CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. MENGOZZI
van 28 juni 2012 [1]

Gevoegde zaken C-399/10 P en C-401/10 P

Bouygues SA en Bouygues Télécom SA
tegen
Europese Commissie e.a.
en
Europese Commissie
tegen

Franse Republiek e.a.

„Hogere voorziening — Staatssteun — Begrip — Direct of indirect met staatsmiddelen verleende voordelen — Financiële maatregelen ten gunste van France Télécom”

1. In hun hogere voorziening vorderen Bouygues SA en Bouygues Télécom SA (zaak C-399/10 P), twee vennootschappen naar Frans recht waarvan de tweede actief is op de Franse markt voor mobiele telefonie (hierna: „vennootschappen Bouygues”), en de Europese Commissie (zaak C-401/10 P) vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 21 mei 2010, Frankrijk e.a./Commissie (T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04, Jurispr. blz. II-2099, hierna: „bestreden arrest”), waarbij ten eerste artikel 1 van beschikking 2006/621/EG van de Commissie van 2 augustus 2004 betreffende de door Frankrijk ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van France Télécom (PB L 257, blz. 11, hierna: „litigieuze beschikking”) is nietig verklaard en ten tweede is verklaard dat op de vorderingen tot nietigverklaring van artikel 2 van deze beschikking niet behoefde te worden beslist.

I – Voorgeschiedenis van het geding en litigieuze beschikking

2. France Télécom (hierna: „FT”), die aan het hoofd staat van een groep die telecommunicatienetwerken en -diensten aanbiedt, is een beursgenoteerde naamloze vennootschap waarvan het kapitaal in 2002 voor 56,45 % in handen was van de Franse Staat. Uit de gepubliceerde jaarrekening voor 2001 blijkt dat FT op 31 december 2001 een nettoschuld bezat van 63,5 miljard EUR en 8,3 miljard EUR verlies had geleden. Op 30 juni 2002 bedroeg de nettoschuld van FT 69,69 miljard EUR; 48,9 miljard daarvan bestond uit obligatieleningen die in de loop van de jaren 2003 tot en met 2005 kwamen te vervallen.

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

3. In verband met de financiële situatie van FT verklaarde de Franse minister van Economie, Financiën en Industrie in een interview dat op 12 juli 2002 verscheen in het dagblad *Les Echos* (hierna: „verklaring van 12 juli 2002") het volgende:

„Wij zijn met 55 % van het kapitaal de meerderheidsaandeelhouder [...]. De Staat zal zich, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, als een voorzichtig investeerder gedragen en mocht [FT] moeilijkheden ondervinden, dan zullen wij passende maatregelen treffen. [...] Ik herhaal dat, mocht [FT] financieringsproblemen hebben – hetgeen thans niet het geval is – de Staat de nodige besluiten zal nemen om deze problemen te overwinnen. U brengt het gerucht van een kapitaalverhoging weer op gang... Nee, zeker niet! Ik zeg alleen dat wij, te zijner tijd, passende maatregelen zullen nemen. Mocht dat nodig zijn [...]."

4. In een persbericht van 13 september 2002 over de financiële situatie van FT (hierna: „verklaring van 13 september 2002") verklaarden de Franse autoriteiten het volgende:

„Na de uitzonderlijke verliezen die in het eerste halfjaar werden opgetekend, kijkt [FT] nu aan tegen een fors ontoereikend eigen vermogen. Door deze financiële situatie wordt het potentieel van de onderneming erg broos. De [Franse] regering is dus vastbesloten haar verantwoordelijkheden ten volle op zich te nemen [...]. De [Franse] Staat zal [FT] zijn steun geven bij de tenuitvoerlegging van dit plan en zal, naar rato van zijn aandeel, bijdragen aan een zeer substantiële versterking van de kapitaalbasis van [FT], binnen een tijdsschema en volgens voorwaarden die afhankelijk van de marktsituatie moeten worden bepaald. In afwachting zal de [Franse] Staat, mocht dat nodig blijken, de maatregelen nemen om [FT] voor enig financieel probleem te behoeden."

5. Op 2 oktober 2002 werd bij FT een nieuwe president-directeur benoemd. Het persbericht waarin deze benoeming werd aangekondigd, luidt (hierna: „verklaring van 2 oktober 2002"):

„[...] In dat kader heeft [de nieuwe president-directeur van FT] de ruggensteun van de Staat die, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, vastberaden is al zijn verantwoordelijkheden op zich te nemen. De [Franse] Staat zal helpen bij de tenuitvoerlegging van de herstelmaatregelen en zal, naar rato van zijn aandeel, bijdragen in de versterking van de kapitaalbasis van [FT] op de voorwaarden die in nauw overleg met de bestuursvoorzitter [van FT] en de raad van bestuur zullen worden bepaald. Zoals de [Franse] Staat al heeft aangegeven, zal hij ondertussen, mocht dat nodig blijken, de maatregelen nemen om [FT] voor alle financiële problemen te behoeden."

6. Tijdens de vergadering van de raad van bestuur van FT van 4 december 2002 presenteerden de nieuwe bestuurders van FT een actieplan met als titel „Ambition France Télécom 2005" (hierna: „plan Ambition 2005"), dat vooral tot doel had, de balans van FT weer in evenwicht te brengen door het eigen vermogen met 15 miljard EUR te versterken.

7. Bij de presentatie van het plan Ambition 2005 werd op 4 december 2002 een persbericht uitgegeven door de minister van Economie (hierna: „aankondiging van 4 december 2002"), met de volgende tekst:

„[De] minister van Economie [...] bevestigt de ruggensteun van de [Franse] Staat voor het actieplan dat de raad van bestuur van [FT] op 4 december [2002] heeft goedgekeurd. 1) De groep [FT] vormt een coherent industrieel geheel dat opmerkelijke prestaties levert. [FT] heeft momenteel echter te kampen met een financiële structuur in onbalans, en heeft behoefte aan [eigen vermogen] en herfinanciering op middellange termijn. Deze situatie vloeit voort uit de mislukking van investeringen in het verleden, die slecht zijn uitgevoerd en afgehandeld op het hoogtepunt van de financiële ‚zeepbel' en, meer algemeen, de omslag van de markten. [FT] kon haar groei alleen uit schulden financieren, hetgeen deze situatie alleen maar heeft verergerd. 2) De [Franse] Staat heeft, in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, het nieuwe management gevraagd het financiële evenwicht van [FT] te herstellen en daarbij de groep als één geheel in stand te houden [...] 3) Gezien het actieplan dat het management heeft uitgewerkt en de vooruitzichten op return on investment zal de [Franse] Staat, naar rato van zijn aandeel in het kapitaal,

deelnemen aan de versterking van de kapitaalbasis met 15 miljard EUR – een investering van 9 miljard EUR. Als aandeelhouder is de [Franse] Staat voornemens aldus op te treden als een voorzichtig investeerder. Het staat aan [FT] om de precieze voorwaarden en het tijdschema te bepalen voor de versterking van haar kapitaalbasis. De [Franse] regering wil dat bij het uitvoeren van deze operatie maximaal rekening wordt gehouden met de situatie van [de] individuele aandeelhouders en de werknemers die aandelen in [FT] bezitten. Om [FT] de kans te geven een marktoperatie op het meest geschikte moment te starten, is de [Franse] Staat bereid zijn deelname aan de versterking van de kapitaalbasis te vervroegen, in de vorm van een tijdelijk aandeelhoudersvoorschot dat [FT] – tegen marktvoorwaarden – ter beschikking wordt gesteld. 4) Aan het industriële en commerciële overheidsbedrijf [Entreprise de recherches et d'activités pétrolières] ERAP zal het volledige belang van de [Franse] staat in [FT] worden overgedragen. [Dit bedrijf] zal op de financiële markten [leningen opnemen] om het aandeel van de [Franse] Staat in de versterking van de kapitaalbasis van [FT] te financieren."

8. De Franse Republiek heeft de Commissie op 4 december 2002 in kennis gesteld van de financiële maatregelen van het plan Ambition 2005, met inbegrip van het project voor een aandeelhoudersvoorschot dat op diezelfde dag was aangekondigd.

9. Op 11 en 12 december 2002 gaf FT twee maal achter elkaar obligaties uit voor een totaal bedrag van 2,9 miljard EUR.

10. Op 20 december 2002 zond de ERAP, de schakel waarlangs de Franse staat, op 14 april 2003, 28,6 % in het kapitaal van FT bezat, FT een geparafeerde en ondertekende ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot (hierna: „aanbod van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002"). FT heeft deze ontwerpovereenkomst niet ondertekend en het aandeelhoudersvoorschot is nooit verleend.

11. Op 15 januari 2003 heeft FT obligatieleningen uitgegeven voor een totaal bedrag van 5,5 miljard EUR. Voor deze obligatieleningen werd door de Staat geen zekerheid of garantie verleend. Op 10 februari 2003 verlengde FT een deel van een consortiale kredietlijn van 15 miljard EUR die verviel.

12. Op 4 maart 2003 werd begonnen met de in het plan Ambition 2005 voorgenomen versterking van het eigen vermogen. Op 24 maart 2003 verhoogde FT haar kapitaal met 15 miljard EUR. De Franse Staat participeerde, naar rato van zijn aandeel in het kapitaal van FT, voor 9 miljard EUR in deze kapitaalverhoging. Deze operatie werd afgesloten op 11 april 2003. FT sloot het boekjaar 2002 af met een verlies van circa 21 miljard EUR en een netto financiële schuld van ongeveer 68 miljard EUR. Uit de door FT op 5 maart 2003 gepubliceerde jaarrekeningen voor 2002 bleek een stijging van de omzet met 8,4 %, een stijging van het bedrijfsresultaat vóór afschrijvingen met 21,1 % en een stijging van het bedrijfsresultaat met 30,9 %. Op 14 april 2003 had de Franse staat 58,9 % van het kapitaal van FT in handen.

13. Op 22 januari 2003 hebben de vennootschappen Bouygues bij de Commissie een klacht ingediend over steun die de Franse Staat aan FT en Orange zou hebben verleend in het kader van de herfinanciering van FT.

14. Op 3 augustus 2004 heeft de Commissie de Franse autoriteiten in kennis gesteld van de litigieuze beschikking. In artikel 1 van deze beschikking wordt bepaald dat „[h]et aandeelhoudersvoorschot dat [de Franse Republiek] in december 2002 aan [FT] heeft toegekend in de vorm van een kredietlijn van 9 miljard EUR, bezien in de context van de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen, [...] met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun [vormt]". Volgens artikel 2 van de litigieuze beschikking „[dient] de in artikel 1 bedoelde steun [...] niet te worden teruggevorderd."

15. De Commissie heeft vastgesteld dat de financiële toestand van FT sinds juni 2002 werd gekenmerkt door zware structurele problemen en dat de balans niet in evenwicht was. Volgens de Commissie zou op de dag van de verklaring van 12 juli 2002 elke verdere verlaging van de rating van de schuld van FT tot gevolg hebben gehad dat deze schuld niet meer investeringswaardig was, en stonden de ratingbureaus S & P en Moody's op het punt deze rating te verlagen tot het niveau van een „junk bond". Zij heeft daaruit geconcludeerd dat FT in juli 2002 met een vertrouwenscrisis kampte.

16. In punt 186 van de considerans van de litigieuze beschikking constateert de Commissie dat de maatregelen van december 2002, waarop de aanmelding betrekking had, vanaf juli 2002 waren voorafgegaan door meerdere verklaringen en maatregelen van de Franse autoriteiten. Deze verklaringen en maatregelen zouden het ten eerste mogelijk hebben gemaakt de redenen en de draagwijdte van de maatregelen van december 2002 beter te begrijpen. Daarnaast zouden deze verklaringen en maatregelen een impact hebben gehad op de perceptie van de markten en economische actoren van de situatie van FT in december 2002. Vervolgens heeft de Commissie overwogen dat het mogelijk was de verklaringen en maatregelen sinds juli 2002 te onderzoeken als één geheel, dat zou kunnen worden gezien als potentieel gevaar voor de staatsmiddelen (punt 187 van de considerans). Zij heeft een tijdsverschil vastgesteld tussen de voordelen voor de onderneming, die bijzonder nadrukkelijk waren in de maand juli, en het feit dat potentieel staatsmiddelen in het geding kwamen, hetgeen in december 2002 duidelijker leek vast te staan. Het zou, volgens de Commissie, nochtans niet eenvoudig zijn om zonder enige twijfel te bepalen of door de verklaringen van juli 2002 – ten minste potentieel – staatsmiddelen in het geding konden komen. De stelling dat de verklaringen van juli 2002 steun zouden zijn, „is dus een vernieuwende stelling, maar [...] waarschijnlijk niet zonder grond" (punt 188 van de considerans). De Commissie was evenwel van mening dat zij niet over voldoende gegevens beschikte om te kunnen aantonen dat op basis van deze stelling sprake was van staatssteun (punt 189 van de considerans).

17. Zij heeft dus haar analyse gericht op de maatregelen die vanaf december 2002 waren genomen en waren aangemeld door de Franse Staat. Hierbij was het volgens haar duidelijker dat er staatsmiddelen in het geding waren en dat er sprake was van een voordeel „wanneer de impact van de voorafgaande verklaringen en maatregelen in aanmerking wordt genomen". De Commissie heeft vervolgens opgemerkt dat het aanbod van het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 FT een voordeel opleverde, omdat de onderneming haar financieringsmiddelen kon uitbreiden en de markt kon geruststellen ten aanzien van haar vermogen om haar verplichtingen na te komen. Ook al was de overeenkomst over het aandeelhoudersvoorschot nooit ondertekend, „kan de indruk die in verband met dit voordeel bij de markt is gewekt, FT een voordeel opleveren, aangezien de markt van oordeel was dat de financiële situatie van [FT] was versterkt" (punt 194 van de considerans). Zij overwoog dat het feit dat een voordeel voortvloeit uit een verbintenis van de Staat die een potentiële, doch geen onmiddellijke overdracht van middelen inhoudt, niet uitsluit dat dit voordeel wordt toegekend uit staatsmiddelen. Volgens de Commissie is er een „potentiële extra last voor de staatsmiddelen [...] geschapen door de aankondiging van de beschikbaarstelling van een aandeelhoudersvoorschot [...], gekoppeld aan het scheppen van de voor die beschikbaarstelling noodzakelijke voorwaarden [...], doordat bij de markt de indruk werd gewekt dat dit voorschot daadwerkelijk ter beschikking was gesteld, en ten slotte door de toezending aan [FT] van een door ERAP geparafeerd en ondertekend voorakkoord" (punt 196 van de considerans).

18. De Commissie kwam tot de conclusie dat de bedoelde maatregelen met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatsteun vormden. Daar de impact ervan evenwel niet precies kon worden berekend, zou de eerbiediging van de rechten van verdediging van de lidstaat een hinderpaal voor de terugvordering kunnen vormen. Daarenboven zou ook het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen zich tegen terugvordering verzetten, aangezien de Commissie een globale analyse had gemaakt van andere gegevens dan het aanbod van een aandeelhoudervoorschot van 20 december 2002, en de vraag of een dergelijke gedraging verenigbaar was met de regels op het gebied van staatsteun, nieuw was.

II – Bestreden arrest

19. Met hun beroep voor het Gerecht vorderden de Franse Republiek, FT, de vennootschappen Bouygues en de Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (gehele of gedeeltelijke) nietigverklaring van de litigieuze beschikking.

20. In het bestreden arrest erkent het Gerecht het procesbelang van de verschillende verzoekers en onderzoekt vervolgens de door de Commissie in de litigieuze beschikking gegeven kwalificatie van staatsteun. Dienaangaande stelt het Gerecht in punt 221 dat „eerst [dient] te worden onderzocht of de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van december 2002 afzonderlijk of samen een of meer voordelen hebben verleend aan FT. Indien dat het geval is, dient vervolgens te worden beoordeeld of deze voordelen voor FT voortvloeien uit een overdracht van staatsmiddelen. Indien ook dat het geval is, dient ten derde te worden onderzocht of deze uit staatsmiddelen voortvloeiende voordelen met inachtneming van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zijn verleend."

21. Wat allereerst de impact van de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 betreft, constateert het Gerecht in punt 234 van het bestreden arrest dat „de Commissie in de [litigieuze] beschikking afdoende heeft aangetoond dat deze verklaringen FT een aanzienlijk voordeel hebben opgeleverd doordat zij deze onderneming in staat hebben gesteld het vertrouwen van de financiële markten terug te winnen, het voor FT mogelijk, gemakkelijker of goedkoper hebben gemaakt de nieuwe kredieten op te nemen die zij nodig had voor de herfinanciering van haar kortlopende schuld van 15 miljard EUR, en uiteindelijk hebben bijgedragen tot de stabilisatie van de zeer hachelijke financiële situatie van FT, die in juni en juli 2002 aanzienlijk slechter dreigde te worden". In het volgende punt constateert het Gerecht ook dat „de Commissie een samenstel van aanwijzingen heeft verzameld die aannemelijk maken dat de ratingbureaus na de verklaring van 12 juli 2002 en de daaraanvolgende verklaringen en de aankondiging van een ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot op 4 december 2002 FT een gunstigere rating hebben gegeven dan zij eerder hadden gedaan of van plan waren te doen gelet op de financiële crisis waarin de onderneming verkeerde". Het erkent in punt 237 dat zij „tezamen beslissend zijn geweest voor de reactie van de ratingbureaus en dat deze reactie op haar beurt beslissend is geweest voor het herstel van de reputatie van FT bij de investeerders en de schuldeisers en voor de houding van de spelers op de financiële markten, die later aan de herfinanciering van FT hebben deelgenomen". Het concludeert tot slot in punt 240 dat „[d]e rechtstreeks uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de wil van de Franse autoriteiten voortvloeiende positieve en stabiliserende impact op de rating van FT [...] dus noodzakelijk tot gevolg [had] dat FT een financieel voordeel kreeg en dat de economische positie van deze onderneming werd versterkt. Alleen al op grond van deze vaststelling kon de Commissie concluderen dat FT een voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG had gekregen, zonder dat zij dit voordeel behoefde te kwantificeren".

22. In de punten 243 en volgende van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht vervolgens „of het aandeelhoudersvoorschot, dat in de fase van een door FT niet ondertekende ontwerpovereenkomst is gebleven en nooit ten uitvoer is gelegd, op zichzelf FT een extra voordeel heeft opgeleverd dat verschilt van het in de punten 235 tot en met 237 [van het bestreden arrest] beschreven voordeel". In punt 244 verwijst het Gerecht naar punt 194 van de considerans van de litigieuze beschikking „volgens hetwelk de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot, ondanks het feit dat zij door FT nooit is ondertekend en dus ook niet ten uitvoer is gelegd, FT een voordeel opleverde omdat zij deze in staat stelde haar financiële middelen uit te breiden, de markt gerust te stellen ten aanzien van haar vermogen om haar verplichtingen na te komen en aldus invloed uit te oefenen op de voorwaarden waartegen zij kredieten kon opnemen". Het Gerecht benadrukt daarbij dat uit dit punt van de considerans voortvloeit dat „immers ‚de indruk die in verband met dit voordeel bij de markt is gewekt, [FT] een voordeel [kon] opleveren, aangezien de markt van oordeel was dat de financiële situatie [van FT] was versterkt'". In punt 245 merkt het Gerecht op dat „[v]oor zover de Commissie het aldus beschreven voordeel echter gelijkstelt met het geruststellen van de markt en met het wekken

van de indruk bij derden dat het aandeelhoudersvoorschot ter beschikking van FT is gesteld, valt dit voordeel overduidelijk samen met het voordeel dat voortvloeit uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en inzonderheid met het voordeel dat voortvloeit uit de aankondiging van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot op 4 december 2002, die reeds een dergelijke impact op de financiële markten hadden gehad en hadden geleid tot een verbetering van de voorwaarden waartegen FT leningen kon opnemen." In het punt daarna legt het uit dat „[h]et immers uitgesloten [lijkt] dat de door ERAP ondertekende, geparafeerde en aan FT toegezonden ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot, een zelfde of althans vergelijkbare invloed op deze markten heeft gehad als de aankondiging van deze ontwerpovereenkomst op 4 december 2002", aangezien „de toezending van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot door ERAP aan FT op 20 december 2002 niet afzonderlijk openbaar [is] gemaakt naast de op 4 december 2002 openbaar gemaakte aankondiging van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot".

23. In de punten 251 tot en met 256 van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht of de Commissie „rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat het feit alleen dat FT eenzijdig en onvoorwaardelijk het in de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot bepaalde krediet van 9 miljard EUR kon opnemen, FT een voordeel opleverde, ofschoon deze onderneming die ontwerpovereenkomst nooit heeft ondertekend en die overeenkomst nooit ten uitvoer is gelegd". Volgens het Gerecht blijkt „met het vereiste minimum aan duidelijkheid en nauwkeurigheid" uit de litigieuze beschikking dat de Commissie rekening had gehouden met een dergelijk extra voordeel dat verschilde van het in de punten 235 tot en met 237 van dat arrest beschreven voordeel, en voortvloeide uit „de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen" en de aankondiging van 4 december 2002 (punten 248-250). Aan het einde van zijn analyse concludeert het Gerecht dat een dergelijk bewijs ontbreekt, daar de Commissie niet heeft onderzocht of de betrokken kredietovereenkomst, gelet op de voorwaarden voor de uitvoering ervan, concreet economisch voordeel voor FT opleverde (punt 257).

24. In de punten 262 en volgende van het bestreden arrest behandelt het Gerecht de vraag of de eerder vastgestelde voordelen voortvloeien uit een overdracht van staatsmiddelen. Het verwerpt allereerst de stelling van de vennootschappen Bouygues dat een dergelijke overdracht zou voortvloeien uit de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002, wegens het open, onduidelijke en voorwaardelijke karakter van deze verklaringen en het feit dat niet was aangetoond dat zij voldeden aan „de voorwaarden om te kunnen spreken van een juridisch verbindende eenzijdige toezegging door de Franse Staat, zij het in de vorm van een letter of intent, die een overdracht van staatsmiddelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG inhield" (punten 268-289).

25. Het Gerecht gaat vervolgens met betrekking tot ten eerste de aankondiging van 4 december 2002 en ten tweede het aanbod van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 na, of een overdracht van staatsmiddelen was aangetoond.

26. Het Gerecht stelt wat de aankondiging van 4 december 2002 betreft vast dat de Commissie noch de vennootschappen Bouygues hebben betoogd dat deze aankondiging naar Frans administratief of civiel recht een overdracht van staatsmiddelen inhield en dat het derhalve niet aan hem stond een dergelijke vraag te onderzoeken (punten 293-295). In punt 296 voegt het Gerecht hieraan toe dat „[i]n elk geval [...] een uit de aankondiging van 4 december 2002 voortvloeiende overdracht van staatsmiddelen slechts [zou] kunnen overeenkomen met een voordeel bestaande in de opening van de kredietlijn van 9 miljard EUR, die daarin uitdrukkelijk in het vooruitzicht wordt gesteld. Enerzijds heeft de Commissie, zoals in punt 292 [van het bestreden arrest] in herinnering is gebracht, een dergelijk voordeel in de [litigieuze] beschikking niet rechtens genoegzaam gekwalificeerd. Anderzijds verschilt dit voordeel van het voordeel dat voortvloeit uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen, zoals dat in die beschikking is aangenomen (zie punten 243 en volgende van [het bestreden arrest]), ongeacht of dit laatste voordeel bestaat in de verbetering van de voorwaarden voor de herfinanciering van FT en/of in de eventuele stijging van de koers van de aandelen en obligaties van die onderneming." In het volgende punt benadrukt het Gerecht dat „[de] eis van samenhang tussen het vastgestelde voordeel en de

overdracht van staatmiddelen impliceert [...] dat dit voordeel overeenkomt met een gelijkwaardige last voor de begroting van de staat [...]. Dit is in casu echter niet het geval met de band tussen het in de [litigieuze] beschikking vastgestelde, uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen voortvloeiende voordeel enerzijds en anderzijds de gestelde overdracht van openbare middelen bestaande in de opening van een kredietlijn van 9 miljard EUR die in de aankondiging van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot op 4 december 2002 in het vooruitzicht werd gesteld." Het Gerecht concludeert dientengevolge dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de betrokken aankondiging een overdracht van staatsmiddelen inhield.

27. Wat het aanbod van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 betreft, overweegt het Gerecht enkel dat „voor zover de Commissie in de [litigieuze] beschikking niet afdoende heeft aangetoond dat uit het aanbod van de overeenkomst als zodanig een voordeel voortvloeide (zie punten [254-257 van het bestreden arrest]), het Gerecht a fortiori niet kan concluderen dat er sprake is van een met dit voordeel samenhangende overdracht van staatsmiddelen" (punt 299).

28. Tot slot behandelt het Gerecht de vraag of „de Commissie, op grond van haar globale aanpak (zie punt 266 [van het bestreden arrest]), de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen, de aankondiging van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot en de toezending van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot als een geheel mocht beoordelen en daaruit kon concluderen dat in het onderhavige geval was voldaan aan de voorwaarde van overdracht van staatsmiddelen" (punten 302-309). Het Gerecht concludeert uit dit onderzoek dat „de Commissie, ook al mocht zij voor het kwalificeren van een voordeel rekening houden met alle gebeurtenissen die zijn voorafgegaan aan en invloed hebben uitgeoefend op de door de Franse Staat in december 2002 genomen definitieve beslissing om FT door middel van een aandeelhoudersvoorschot te ondersteunen, er niet in [is] geslaagd het bestaan van een met dit voordeel samenhangende overdracht van staatsmiddelen aan te tonen".

III – Procedure voor het Hof en conclusies van partijen

29. Bij op 4 augustus 2010 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift hebben de vennootschappen Bouygues hogere voorziening ingesteld tegen het bestreden arrest (zaak C-399/10 P). Bij op 5 augustus 2010 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft ook de Commissie hogere voorziening ingesteld tegen dat arrest (zaak C-401/10 P). Bij beschikking van de president van het Hof van 28 februari 2011 zijn het Koninkrijk Denemarken en de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie in zaak C-399/10 P aan de zijde van respectievelijk de Commissie en de Franse Republiek. Het Koninkrijk Denemarken heeft zich vervolgens teruggetrokken. Bij beschikking van de president van het Hof van 8 september 2011 zijn de zaken C-399/10 P en C-401/10 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

30. De vennootschappen Bouygues verzoeken het Hof in zaak C-399/10 P het bestreden arrest te vernietigen, ten gronde uitspraak te doen en ten eerste artikel 1 van de litigieuze beschikking gedeeltelijk nietig te verklaren, voor zover de Commissie impliciet maar noodzakelijkerwijze heeft geweigerd de verklaringen van de Franse Staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 aan te merken als staatssteun, en ten tweede artikel 2 van deze beschikking nietig te verklaren; subsidiair, in het geval het Hof van oordeel is dat het geding niet in staat van wijzen is, de zaak voor verdere afdoening terug te verwijzen naar het Gerecht; de Commissie, FT, de Franse Republiek en de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten. In zaak C-401/10 P verwijzen zij naar de eisen in hun hogere voorziening.

31. De Commissie verzoekt het Hof in zaak C-401/10 P het bestreden arrest te vernietigen voor zover artikel 1 van de litigieuze beschikking daarbij is nietig verklaard en de Commissie is verwezen in haar eigen kosten alsmede in die aan de zijde van de Franse Republiek en FT in de zaken T-425/04 en T-444/04, de zaak voor hernieuwde behandeling terug te verwijzen naar het Gerecht en de beslissing omtrent de kosten aan te houden. In zaak C-399/10 P heeft de Commissie zich aangesloten bij de vorderingen van Bouygues, behalve wat betreft de vorderingen tot nietigverklaring van artikel 1 van de litigieuze beschikking voor zover daarbij impliciet maar noodzakelijkerwijze is geweigerd de verklaringen van de Franse staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 aan te merken als staatssteun, de vordering tot nietigverklaring van artikel 2 van deze beschikking en de vordering tot verwijzing van de Commissie in haar eigen kosten en die aan de zijde van de vennootschappen Bouygues.

32. FT en de Franse Republiek verzoeken het Hof de hogere voorzieningen van de vennootschappen Bouygues en de Commissie af te wijzen en anders de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht. In het geval het Hof het arrest vernietigt en weigert de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen, verzoeken zij het Hof hun respectieve vorderingen in eerste aanleg geheel of gedeeltelijk toe te wijzen en de vennootschappen Bouygues en de Commissie te verwijzen in de kosten.

33. De Bondsrepubliek Duitsland steunt de vorderingen van de Franse Republiek en verzoekt het Hof ook de vennootschappen Bouygues en de Commissie te verwijzen in de kosten aan de zijde van de interveniënten.

IV – Hogere voorzieningen

34. Ter ondersteuning van hun hogere voorziening in zaak C-399/10 P voeren de vennootschappen Bouygues twee middelen aan, het eerste inzake onjuistheden bij het kwalificeren als steun van de verklaringen van de Franse staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002, en het tweede inzake onjuistheden bij het kwalificeren als steun van het aandeelhoudersvoorschot dat de Franse Staat in december 2002 had verleend aan FT in de vorm van een kredietlijn van 9 miljard EUR.

35. In haar hogere voorziening in zaak C-401/10 P voert de Commissie drie middelen aan. Het eerste is ontleend aan een tegenstrijdige motivering in het bestreden arrest, het tweede aan een onjuiste rechtsopvatting van artikel 87, lid 1, EG, en het derde aan een onjuiste opvatting van de litigieuze beschikking.

A – *Grieven inzake schending van artikel 87, lid 1, EG*

36. Hierna zal ik eerst ingaan op de grieven van de vennootschappen Bouygues in hun eerste middel, ten betoge dat het Gerecht ten onrechte heeft geweigerd de verklaringen van de Franse Staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 te kwalificeren als steun, en vervolgens, gezamenlijk, op de grieven van de vennootschappen Bouygues in hun tweede middel en van de Commissie in haar tweede middel met betrekking van de kwalificatie van het aandeelhoudersvoorschot van de Franse staat aan FT als steun. Daar de voorwaarde van financiering van de steunmaatregelen door staatsmiddelen centraal staat in het debat tussen partijen, zal ik echter vooraf kort de rechtspraak op dit punt in herinnering roepen.

1. Samenvatting van de rechtspraak over de voorwaarde van financiering door staatsmiddelen

37. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat de vastlegging van staatsmiddelen een van de wezenlijke eisen is voor een steunmaatregel, die dan ook een last voor de begroting van de staat moet betekenen.

38. Hoewel dit in de huidige stand van de ontwikkeling van het staatssteunrecht een vaststaand beginsel is, is dit niet altijd het geval geweest. In een eerste fase in zijn rechtspraak leek het Hof eerder geneigd de overheidsoorsprong van een maatregel *afwisselend* te zoeken in de publiekrechtelijke aard van de ter financiering ervan gebruikte middelen *en* in de toerekenbaarheid ervan aan de staat.[2] Zo bevestigde het Hof in een arrest van 1985, toen het zich moest uitspreken over de aard van een uitkering aan landbouwers die werd gefinancierd uit de geaccumuleerde winst van de Caisse nationale française de crédit agricole, nadrukkelijk dat „een steunmaatregel niet noodzakelijk met staatsmiddelen behoeft te worden bekostigd om als steunmaatregel van de staat te worden aangemerkt"[3]. Enkele jaren later bevestigde het Hof deze benadering in het arrest Kwekerij van der Kooy e.a./Commissie[4] en kwalificeerde deze benadering in 1988 als „vaste rechtspraak"[5] in een arrest waarin rentesubsidie op exportkredieten die door de Griekse autoriteiten werd toegekend via de Bank van Griekenland werd gekwalificeerd als steunmaatregel.[6] Ook lazen meerdere advocaten-generaal artikel 92 van het EG-Verdrag aldus dat steun niet per se met openbare middelen hoefde te worden gefinancierd om een maatregel die zonder enige twijfel aan de staat kan worden toegerekend, aan te merken als steunmaatregel.[7]

39. Vanaf het arrest Sloman Neptun[8] neemt het Hof echter duidelijk een tegengesteld standpunt in. Het Hof verwierp het betoog van de Commissie, dat was gebaseerd op de bovengenoemde rechtspraak en bevestigde, in tegenstelling tot de conclusie van advocaat-generaal Darmon, dat „enkel voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd, [zijn] te beschouwen als steunmaatregelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag" en dat „uit de tekst van deze bepaling [...] blijkt [...] dat de uit andere dan staatsmiddelen bekostigde voordelen niet binnen het toepassingsgebied van bedoelde bepaling vallen"[9]. De ommekeer werd enkele maanden later bekrachtigd in het arrest Kirsammer-Hack[10], ook op het gebied van de sociale wetgeving. Deze

2 — Deze opvatting was gebaseerd op het gebruik van het tegenstellend voegwoord „of" in de zinsnede „steunmaatregelen van de staten of [...] met staatsmiddelen bekostigd", in het oude artikel 92, lid 1, van het EEG-Verdrag (later artikel 92, lid 1 van het EG-Verdrag, zelf na wijziging artikel 87, lid 1, EG en vervolgens artikel 107 VWEU): zie over dit onderwerp, Merola, M., „Le critère de l'utilisation des ressources publiques", in *Les aides d'État*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 2005, blz. 15.

3 — Arrest van 30 januari 1985, Commissie/Frankrijk (290/83, Jurispr. blz. 439, punt 14). De Franse regering betoogde in die zaak, hoewel het geen twijfel leed dat de maatregel was besloten op aandringen van de overheid en derhalve kon worden toegerekend aan de staat, dat de winst die werd gebruikt ter financiering van de uitkering de financiële opbrengst was van het beheer van particuliere spaargelden en niet van staatsmiddelen.

4 — Arrest van 2 februari 1988 (67/85, 68/85 en 70/85, Jurispr. blz. 219, punten 32-38). In de zaak die heeft geleid tot dit arrest, ging het om de toepassing in Nederland van een preferentieel aardgastarief ten gunste van een bepaalde groep gebruikers, dat was vastgesteld door de gasproducenten, waaronder de Gasunie, een privaatrechtelijke vennootschap waarin de Nederlandse staat direct of indirect 50 % van het kapitaal bezat. Nadat het Hof, gelet op de aandeelhoudersstructuur van Gasunie, had vastgesteld dat de vaststelling van dat tarief het resultaat was van een gedraging die aan de Nederlandse Staat kon worden toegerekend, bevestigde het dat „dit volstaat om te kunnen concluderen dat de vaststelling van het litigieuze tarief [...] kan vallen onder het begrip steunmaatregel van een lidstaat in de zin van artikel 95 van het Verdrag".

5 — Ik merk evenwel op dat het Hof toen al tot twee maal toe had ontkend dat er sprake was van een steunmaatregel na de constatering dat de voordelen niet rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen waren toegekend: zie de arresten van 24 januari 1978, van Tiggele (82/77, Jurispr. blz. 25, punt 24), en 13 oktober 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e.a. (213/81-215/81, Jurispr. blz. 3583, punt 22).

6 — Arrest van 7 juni 1988, Griekenland/Commissie (57/86, Jurispr. blz. 2855, punt 12).

7 — Zie de conclusies van de advocaten-generaal VerLoren van Themaat in de zaak die heeft geleid tot het arrest Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will e.a. reeds aangehaald; Slynn in de zaak die heeft geleid tot het arrest Griekenland/Commissie, reeds aangehaald, en Darmon in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 17 maart 1993, Sloman Neptun (C-72/91 en C-73/91, Jurispr. blz. I-887). Zie ook de meer recente conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 23 maart 2006, Enirisorse (C-237/04, Jurispr. blz. I-2843), punten 44-53.

8 — Arrest reeds aangehaald.

9 — Het Hof benadrukte in punt 19 dat „het onderscheid tussen steunmaatregelen van de staten en met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen is bedoeld om niet slechts de rechtstreeks door de staat bekostigde steun onder het begrip steunmaatregel te brengen, maar ook die welke wordt toegekend door publiek- of privaatrechtelijke lichamen die door de staat zijn aangewezen of ingesteld". In een later arrest preciseerde het Hof dat de voorwaarde van overdracht van staatsmiddelen niet in de plaats kwam van de voorwaarde dat de door de betrokken maatregelen aan de begunstigde toegekende voordelen moeten kunnen toegerekend aan de staat, maar als hierbij komend moest worden gezien: arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 24).

10 — Arrest van 30 november 1993, C-189/91, Jurispr. blz. I-6185.

richting is sindsdien constant aangehouden.[11] In de zaak PreussenElektra[12], reeds aangehaald, werd het Hof openlijk door de Commissie verzocht om zijn rechtspraak opnieuw te overwegen, met name in het licht van de recente ontwikkelingen in de communautaire rechtsorde: het Hof ging hier echter niet op in.[13]

40. Hoewel een voordeel dat aan een of meerdere ondernemingen wordt toegekend met staatsmiddelen moet worden bekostigd om te kunnen worden aangemerkt als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, hoeft volgens vaste rechtspraak daarentegen niet in alle gevallen te worden aangetoond dat er een overdracht van dergelijke middelen heeft plaatsgevonden.[14] Ziet de staat af van de inning van inkomsten, kan eveneens van een steunmaatregel in de zin van artikel 107 VWEU worden gesproken, ook al vindt hierbij geen rechtstreekse overdracht van openbare middelen plaats.[15] Zo heeft het Hof reeds vastgesteld dat aan het vereiste van financiering met staatsmiddelen kunnen voldoen: een belastingvrijstelling of -vermindering[16], een uitstel van belastingbetaling en, onder bepaalde voorwaarden, betalingsfaciliteiten die in verband met socialezekerheidsbijdragen door het met de inning van die bijdragen belaste orgaan op discretionaire wijze aan een onderneming waren toegekend[17], de levering van goederen of verrichting van diensten onder preferentiële voorwaarden[18], de feitelijke kwijtschelding van vorderingen van de overheid of een vrijstelling van de verplichting tot betaling van geldboeten of andere financiële sancties.[19]

41. In het arrest Ecotrade heeft het Hof daarenboven erkend dat „een extra last voor de overheid" zou kunnen voortvloeien uit de verlening van een staatsgarantie[20], een geval dat expliciet wordt vermeld door de vennootschappen Bouygues in verband met de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002. Op dit punt herinner ik eraan dat de Commissie in haar mededeling betreffende staatssteun in de vorm van garanties (hierna: „mededeling betreffende staatssteun in de vorm van garanties")[21], over de kwestie van de toezegging van publieke middelen, „om eventuele twijfel weg te nemen", benadrukt dat wanneer het door de staat gedragen risico niet wordt vergoed door een passende premie „er zowel een voordeel voor de onderneming als een derving van middelen door de staat" ontstaat. Derhalve moet de steun worden geacht te zijn verleend „op het tijdstip dat de garantie wordt toegekend en niet op het tijdstip waarop de garantie wordt aangesproken of waarop betalingen uit hoofde van de garantie plaatsvinden" en wordt dit niet anders „zelfs indien de staat uiteindelijk niet overgaat tot betalingen uit hoofde van de verleende garantie"[22]. Het gebruik van openbare middelen vloeit dus niet voort uit de toekomstige en onzekere last die op het budget van de staat zou

11 — Zie arresten van 1 december 1998, Ecotrade (C-200/97, Jurispr. blz. I-7907, punt 36), waarin het de vraag was of de Italiaanse wet waarbij de procedure van buitengewoon beheer van grote ondernemingen in moeilijkheden was ingesteld die afweek van de bepalingen van het commune faillissementsrecht, elementen van steun omvatte, en 17 juni 1999, Piaggio (C-295/97, Jurispr. blz. I-3735), dat over dezelfde Italiaanse wet ging. Zie in dezelfde lijn, maar met enkele verschillen in de gevolgde redenering, ook het arrest van 7 mei 1998, Viscido e.a. (C-52/97-C-54/97, Jurispr. blz. I-2629).

12 — Arrest van 13 maart 2001 (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099).

13 — Het is interessant om op te merken dat in de zaak die heeft geleid tot het arrest PreussenElektra, de kosten van de betrokken maatregel voornamelijk ten laste kwamen van particuliere ondernemingen die actief waren op dezelfde markt als de begunstigde van de steunmaatregel, waardoor de mededinging nog meer werd vervalst.

14 — Arresten van 15 maart 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Jurispr. blz. 1-877, punt 14), en 27 juni 2000, Commissie/Portugal (C-404/97, Jurispr. blz. I-4897, punt 45), en arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald (punt 36).

15 — Zie met name arrest Banco Exterior de España, reeds aangehaald (punt 14), en arrest van 19 mei 1999, Italië/Commissie (C-6/97, Jurispr. blz. I-2981, punt 16).

16 — Zie arresten Banco Exterior de España, reeds aangehaald (punt 14), en Italië/Commissie, reeds aangehaald (punt 16), alsmede arrest van 19 september 2000, Duitsland/Commissie (C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punten 26 en 27).

17 — Arrest van 29 juli 1999 DM Transport (C-256/97, Jurispr. blz. I-3913).

18 — Arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 59).

19 — Arrest Piaggio, reeds aangehaald (punten 41 en 42).

20 — Zie arrest van 1 december 1998, Ecotrade (C-200/97, Jurispr. blz. I-7907, punt 43). Zie ook arrest van 27 juni 2000, Commissie/Portugal (C-404/97, Jurispr. blz. I-4897), en arrest Gerecht van 13 juni 2000, EPAC/Commissie (T-204/97 en T-270/97, Jurispr. blz. II-2267), waarin het Gerecht preciseert dat „de verlening van een garantie door de staat niet buiten het verbod van artikel 92 van het Verdrag [kan] vallen, alleen op grond dat dit voordeel de begunstigde onderneming niet door middel van een onmiddellijke en zekere vrijmaking van openbare middelen is verleend" (punt 81).

21 — PB 2008, C 155, blz. 10.

22 — Zie in die zin het arrest.

drukken indien de garantie zou moeten worden nagekomen, maar uit het feit dat *de staat zonder passende tegenprestatie het risico van betaling draagt*, hetgeen volgens de Commissie een actuele inkomstenderving vormt. Nader bepaald is het de combinatie van deze twee elementen, het dragen van een risico en het ontbreken van een passende premie, die in het geval van een garantie leidt tot een inzet van openbare middelen. [23]

42. Tot slot zij eraan herinnerd dat, zoals de vennootschappen Bouygues terecht hebben benadrukt, het Hof in de zaak Ecotrade heeft erkend dat zelfs een *toekomstige en potentiële last* voor de overheid kan volstaan om aan de voorwaarde van het gebruik van staatsmiddelen te voldoen. [24]

2. Kwalificatie van de verklaringen van de Franse Staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 als steun (eerste middel in zaak C-399/10 P)

43. Met hun eerste middel betogen de vennootschappen Bouygues dat het Gerecht ten onrechte de kwalificatie van de verklaringen van de Franse Staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 als steun heeft afgewezen. Dit middel bestaat uit drie onderdelen. Met het eerste onderdeel verwijten de vennootschappen Bouygues het Gerecht blijk te hebben gegeven van onjuiste rechtsopvattingen ten aanzien van de voorwaarden waaronder een steunverklaring een toezegging van staatsmiddelen kan inhouden (zie punt a hieronder). Het tweede onderdeel klaagt dat de voor de Commissie aangevoerde nationale rechtsregels verkeerd zijn toegepast (zie punt b hieronder). Het derde onderdeel ten slotte klaagt over een onjuiste kwalificatie door het Gerecht doordat het, in verband met het gebruik van openbare middelen, ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de economische gevolgen van de door de verklaringen van de Staat gewekte verwachtingen (zie punt c hieronder).

a) Onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven ten aanzien van de voorwaarden waaronder een steunverklaring gebruik van staatsmiddelen kan inhouden (eerste onderdeel van het eerste middel in zaak C-399/10 P)

44. In het eerste onderdeel van hun eerste middel betwisten de vennootschappen Bouygues, zonder de voorwaarde van de financiering van een steunmaatregel door staatsmiddelen als zodanig ter discussie te stellen, de eisen die het Gerecht heeft gesteld aan het bewijs van de vervulling van deze voorwaarde met betrekking tot de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002. In de eerste plaats heeft het Gerecht ten onrechte de toekomstige en onzekere aard in aanmerking genomen van het risico dat openbare middelen zouden worden ingezet, om aan deze verklaringen het karakter van steun te ontzeggen. In de tweede plaats zijn, anders dan het Gerecht betoogt, het onbepaalde karakter van de wijze van staatsinterventie alsmede het gegarandeerde bedrag niet doorslaggevend om een toezegging van staatsmiddelen uit te sluiten, omdat het begrip garantie niet beperkt is tot de in het nationale recht bepaalde en geregelde klassieke zekerheden. Tot slot voeren de vennootschappen Bouygues aan dat het Gerecht ten onrechte een juridisch bindende toezegging van de Staat als noodzakelijk heeft beschouwd voor het bewijs dat openbare middelen zijn gebruikt.

23 — Het Hof heeft zich naar mijn weten nog niet uitdrukkelijk over deze vraag uitgesproken (zie echter het arrest van 8 december 2011, Residex Capital IV, C-275/10, Jurispr. blz. I-13043, waarin het, in de lijn van de mededeling betreffende staatssteun in de vorm van garanties, het steunelement ziet in de lagere financiële kosten voor de begunstigde van de staatsgarantie dan de kosten die hij had moeten dragen als hij de financiering of garantie had moeten vinden tegen de marktprijs). Wat het Gerecht betreft, zie arrest EPAC/Commissie, reeds aangehaald (punten 80 en 81). Zie ook, meer recente, arresten Gerecht van 19 oktober 2005, Freistaat Thüringen/Commissie (T-318/00, Jurispr. blz. II-4179, punt 125), en 10 november 2011, Elliniki Nafpigokataskevastiki e.a./Commissie (T-384/08, punt 92, dat verwijst naar punt 80 van het arrest EPAC/Commissie, reeds aangehaald).

24 — In punt 41 van dit arrest heeft het Hof namelijk erkend dat „gelet op de voorrang voor de schuldvorderingen in verband met de voortzetting van het bedrijf" de toestemming die wordt gegeven aan bedrijven die onder buitengewoon beheer zijn geplaatst om hun activiteit voort te zetten, „een extra last voor de overheid met zich kunnen brengen, indien inderdaad komt vast te staan dat de staat of openbare instellingen tot de belangrijkste schuldeisers van de onderneming in moeilijkheden behoren".

45. Deze grieven zijn gericht tegen de punten 279 en 280 van het bestreden arrest. Na een analyse te hebben gemaakt van de aard van de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 (punten 272-278 van het bestreden arrest) concludeert het Gerecht in punt 279 dat deze verklaringen „omdat zij open, onnauwkeurig en voorwaardelijk zijn, inzonderheid ter zake van de aard, de draagwijdte en de voorwaarden van een eventuele staatsinterventie ten gunste van FT, [...] niet kunnen worden gelijkgesteld met een staatsgarantie en evenmin kunnen worden uitgelegd als aanwijzingen van een onherroepelijke toezegging om FT een welbepaalde financiële bijstand [...] te verlenen". Het preciseert vervolgens in het volgende punt dat „[e]en concrete, onvoorwaardelijke en onherroepelijke toezegging van overheidsmiddelen door de Franse Staat zou hebben vereist dat deze verklaringen uitdrukkelijk aangaven welke bedragen zouden worden geïnvesteerd of welke concrete schulden zouden worden gegarandeerd, of althans een vooraf omschreven financieel kader, zoals een kredietlijn voor een bepaald bedrag, alsmede de voorwaarden voor toekenning van de voorgenomen steun, aangaven".

46. Ik wil meteen opmerken dat de geciteerde overwegingen van het Gerecht niet het relevante nationale recht betreffen, dat pas in de punten 283 en volgende van het bestreden arrest aan de orde komt. Ik geef echter toe dat ik moeite heb met deze aanpak van het Gerecht om de vraag of een steunverklaring van de Staat een juridisch bindende toezegging vormt die kan leiden tot een inzet van openbare middelen, te behandelen zonder daarbij te verwijzen naar de relevante bepalingen van het toepasselijke nationale recht.

47. Verder heb ik, gesteld dat een dergelijke aanpak ongeoorloofd is, tevens fundamentele bedenkingen bij de voorwaarden die het Gerecht in punt 280 stelt. Deze lijken mij namelijk uitermate restrictief, aangezien zij uiteindelijk een overdracht van openbare middelen uitsluiten bij elke steunverklaring waarvan de economische gevolgen kunnen worden gelijkgesteld met die van een staatsgarantie [25], maar waarvan de precieze draagwijdte, wat het financiële risico voor de overheidsbegroting betreft, nog niet meetbaar is op het moment waarop de verklaring wordt gedaan [26], en dit *zelfs wanneer een dergelijke verklaring volgens het toepasselijke nationale recht een juridische bindende verplichting ten laste van de staat doet ontstaan*. Deze principiële uitsluiting lijkt mij niet gerechtvaardigd, met name niet in het licht van de rechtspraak van het Hof, die in het stadium waarin een maatregel wordt aangemerkt als staatssteun, rekening houdt met de gevolgen die deze kan veroorzaken. [27]

48. Dit gezegd zijnde, acht ik het niet noodzakelijk deze vraag nader te onderzoeken. Het Gerecht heeft de bewering van de vennootschappen Bouygues dat de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 staatssteun vormen, namelijk in hoofdzaak afgewezen op andere gronden dan die welke in de punten 279 en 280 van het bestreden arrest staan vermeld. Aangezien ik, zoals ik

25 — Te denken valt bijvoorbeeld aan impliciete garanties die voortvloeien uit het bijzondere regime dat geldt voor de begunstigde, of aan letters of intent of patronaatsverklaringen. Ik merk op dit punt op dat, in de zin van de mededeling betreffende staatssteun in de vorm van garanties, „iedere steunmaatregel waarvan de economische gevolgen gelijkwaardig zijn aan die van een garantie" en die voortvloeit uit een bepaling van nationaal recht dan wel uit een gedraging van de overheid, onder het begrip „garantie" valt. Zo maakt de Commissie onder andere onderscheid tussen garanties die afkomstig zijn uit „contractuele" of „andere juridische bron", tegenover „garanties waarvan de vorm minder zichtbaar is", en noemt daarbij als voorbeeld „mondelinge toezeggingen".

26 — Ik merk terzijde op dat de in punt 280 van het bestreden arrest genoemde voorwaarden, die eisen dat de draagwijdte van de verstrekte garantie meetbaar is op het moment van de toezegging ervan, deel uitmaken van de eisen die staan vermeld in punt 3.2 van de mededeling betreffende staatssteun in de vorm van garanties en die vervuld moeten worden om te voldoen aan het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie. Met andere woorden, is aan dezelfde eisen voor de bepaling van het financiële kader van de maatregel niet voldaan, is de Commissie van mening dat de maatregel steun kan vormen, terwijl het Gerecht van mening is dat de maatregel buiten de werkingssfeer van artikel 107 VWEU valt, daar niet is vastgesteld dat staatsmiddelen zijn toegezegd.

27 — Arresten van 2 juli 1974, Italië/Commissie (173/73, Jurispr. blz. 709, punt 27); 24 februari 1987, Deufil/Commissie (310/85, Jurispr. blz. 901, punt 8), en 26 september 1996, Frankrijk/Commissie (C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 20). Zie meer specifiek voor wat de vorm betreft waarin de staatssteun wordt verleend, arresten van 14 november 1984, Intermills/Commissie (323/82, Jurispr. blz. 3809, punt 31), en 3 oktober 1991, Italië/Commissie (C-261/89, Jurispr. blz. I-4437, punt 8), en arrest Duitsland/Commissie, reeds aangehaald (punt 25). Dit gebrek aan formalisme komt overigens ook tot uiting in het begrip staatsmiddelen zelf, dat volgens het Hof „alle geldelijke middelen [omvat] die de overheid daadwerkelijk kan gebruiken om ondernemingen te steunen", zie arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 37, waarin de brede definitie van het Hof ook werd geacht te gelden voor de financiële middelen van overheidsbedrijven die, hoewel zij niet permanent in bezit zijn van de schatkist, niettemin constant onder overheidscontrole staan.

hieronder zal uiteenzetten, van mening ben dat de grieven die de vennootschappen Bouygues tegen deze gronden hebben aangevoerd in hun geheel moeten worden afgewezen, zodat, zelfs als ik zou concluderen dat het Gerecht in punt 280 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dit op zich niet zou volstaan voor de vernietiging van het bestreden arrest.

49. Ik ga dus over tot de analyse van de grieven die de vennootschappen Bouygues hebben aangevoerd tegen de gedeelten van het bestreden arrest waarin het Gerecht ten eerste op basis van regels van het Franse civiele en administratieve recht heeft uitgesloten dat de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 een juridisch verbindende verplichting ten laste van de staat hebben doen ontstaan (zie punt b hieronder), en ten tweede heeft uitgesloten dat zij, ook zonder enige juridische verplichting, een toezegging van staatsmiddelen hadden kunnen omvatten (zie punt c hieronder).

b) Onjuiste opvatting van de voor de Commissie aangevoerde nationale rechtsregels (tweede onderdeel van het eerste middel in zaak C-399/10 P)

50. De vennootschappen Bouygues voeren aan dat het Gerecht de hem overgelegde interne rechtsregels onjuist heeft opgevat door te oordelen dat bepaalde aspecten van de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002, met name het gebrek aan nauwkeurigheid, duidelijkheid en stelligheid wat de middelen betreft die moesten worden ingezet om de financieringsproblemen van FT op te lossen, het van het ontstaan van financieringsproblemen voor FT afhankelijke karakter van de verklaringen, alsmede het feit dat deze verklaringen waren gericht op de toekomst, naar Frans administratief of civiel recht in de weg stonden aan de erkenning van een juridische verplichting ten laste van de Staat.

51. Ik herinner eraan dat het Hof zich recent heeft uitgesproken over de in hogere voorziening bestaande grenzen van zijn toetsing van de vaststellingen van het Gerecht ten aanzien van het nationale recht van een lidstaat.[28] Het Hof benadrukt met name dat het „bevoegd [is] om te onderzoeken, ten eerste of het Gerecht op basis van de hem overgelegde documenten en andere stukken de formulering van de betrokken nationale bepalingen, van de nationale rechtspraak of van de werken van de rechtsleer ter zake, niet onjuist heeft voorgesteld, ten tweede of het Gerecht gelet op deze gegevens geen vaststellingen heeft verricht die duidelijk in strijd zijn met de inhoud ervan, en ten slotte of het Gerecht bij het onderzoek van alle gegevens voor de vaststelling van de inhoud van de betrokken nationale wetgeving niet aan één gegeven een belang heeft toegekend dat het niet heeft ten opzichte van de andere gegevens, voor zover dit duidelijk blijkt uit de stukken in het dossier”[29].

52. In casu verwijzen de vennootschappen Bouygues ter ondersteuning van hun grief inzake een onjuiste opvatting in de eerste plaats naar een juridisch advies waarom de Commissie had verzocht, dat in bijlage bij haar schrifturen voor het Gerecht was gevoegd. Uit dat advies zou blijken dat een toezegging om te komen tot een duidelijk en precies resultaat naar Frans recht een resultaatsverplichting schept, waarbij een onnauwkeurigheid of onduidelijkheid over de middelen om een dergelijk resultaat te bereiken niet van belang is.

53. Anders dan door FT wordt beweerd, is dit argument ontvankelijk, omdat het deel uitmaakt van het middel waarmee de vennootschappen Bouygues in eerste aanleg klaagden over onjuiste uitlegging van het Franse recht door de Commissie. Ten gronde faalt het betoog van de vennootschappen Bouygues, voor zover zij zich willen beroepen op een onjuiste opvatting van de inhoud van het bovenvermelde juridische advies, omdat zij niet nader hebben aangegeven waarin een dergelijke onjuiste opvatting zou bestaan, en deze niet kan worden afgeleid uit de enkele constatering dat het Gerecht de in dit advies uiteengezette stelling niet heeft gevolgd. Voor zover de vennootschappen Bouygues zich daarentegen

28 — Arrest van 5 juli 2011, Edwin/BHIM (C-263/09 P, Jurispr. blz. I-5853). In casu beriep verzoekster zich op schending van een nationale rechtsregel die van toepassing was geworden op het geding door de verwijzing in een bepaling van Unierecht.

29 — Ibidem, punt 53.

beroepen op het betrokken juridische advies tot staving van een onjuiste opvatting van de nationale rechtsregels, merk ik ten eerste op dat uit de tekst van dat advies naar voren komt dat de schrijver enkel verdedigt dat de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 naar Frans handelsrecht *waarschijnlijk* kunnen worden aangemerkt als „patronaatsverbintenis” [30]. Ten tweede blijkt ook uit dit advies, zoals het Gerecht opmerkt in punt 283 van het bestreden arrest, dat deze opvatting op de premisse berust dat deze verklaringen een heldere en nauwkeurige, hoewel relatief onbepaalde, toezegging van de Staat verwoorden, een premisse die juist door het Gerecht in de 272 tot en met 278 van het bestreden arrest wordt verworpen. [31] Dit geldt eveneens voor het arrest van de Cour de cassation van 9 juli 2002 in de zaak Lordex, dat in dat advies wordt aangehaald. [32]

54. In de tweede plaats stellen de vennootschappen Bouygues dat volgens de aan het Gerecht overgelegde regels van het Franse bestuursrecht de verklaringen van de Staat ter ondersteuning van een onderneming de Staat juridisch kunnen binden.

55. Zij voeren allereerst aan dat „de administratieve rechtspraak bindende kracht toekent aan de beloften van de Staat”. Zij halen met name een arrest aan van de Conseil d’État van 30 juni 1922 in de zaak Lamiable en anderen. Volgens dit arrest volstaat voor een verbintenis van de Staat, dat het bestuur zich heeft gedragen „op een wijze die de overtuiging wekte” dat het zich op een bepaalde wijze zou gedragen. Dit arrest zou hier van toepassing zijn, aangezien, zoals het Gerecht zelf heeft erkend, de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 een verwachting op de markt hebben gewekt. Dienaangaande merk ik op dat ditzelfde argument door de vennootschappen Bouygues is aangevoerd voor het Gerecht en is verworpen in punt 284 van het bestreden arrest, voornamelijk omdat dit veronderstelt dat de genoemde verklaringen kunnen worden beschouwd als voldoende helder, nauwkeurig, onvoorwaardelijk en stellig, hetgeen het Gerecht in de punten 272 tot en met 278 van zijn arrest heeft uitgesloten. Uit de tekst van het arrest Lamiable en andere arresten van de Conseil d’État die zijn aangehaald door de vennootschappen Bouygues en in bijlage bij hun schrifturen zijn gevoegd [33], blijkt echter dat het Gerecht geen kennelijk onjuiste lezing heeft gegeven van deze rechtspraak en de draagwijdte ervan niet onjuist heeft opgevat door zich op het standpunt te stellen dat deze rechtspraak de aansprakelijkheid van het bestuur ervan laat afhangen of aan de burgers precieze verzekeringen zijn gegeven, dan wel of er sprake is geweest van een gedraging waaruit de bedoeling van het bestuur om op een bepaalde wijze te handelen duidelijk naar voren kwam. Het argument dat de vennootschappen Bouygues aan deze rechtspraak ontlenen is dus ongegrond.

56. De vennootschappen Bouygues verwijzen vervolgens naar de circulaire van de minister van Economisch zaken, Financiën en Industrie van 22 juli 2003 inzake het overzicht van de door de Staat stilzwijgend of uitdrukkelijk verleende garanties en de bijgevoegde toelichting. Uit deze handelingen zou blijken dat de staatsgarantie de vorm kan aannemen van een „impliciete garantie”, in de zin van een bestuurshandeling „die financiële gevolgen sorteert en heeft voor de Staat”, dat deze garantie met name kan voortvloeien uit een „brief van een minister of enige andere bron” en dat zelfs zonder

30 — De auteur van het advies waarnaar wordt verwezen door de vennootschappen Bouygues, concludeert met name dat „het *mogelijk lijkt* aan te tonen dat de verklaringen die de Staat heeft afgelegd tussen juli 2002 en december 2002 inderdaad de kenmerken vertonen van een garantie in de vorm van een eenzijdige verbintenis, die *naar waarschijnlijkheid* kan worden aangemerkt als patronaatsverbintenis, ondanks het originele karakter ervan” (cursivering van mij).

31 — De conclusies die door het Gerecht worden getrokken met betrekking tot het vage, onduidelijke en voorwaardelijke karakter van de verklaringen van de Staat ter ondersteuning van FT, behoren tot de feitelijke oordelen. De vennootschappen Bouygues hebben hiertegen geen direct en uitdrukkelijk middel inzake onjuiste voorstelling opgeworpen, zoals zij wel gedaan ten aanzien van de relevante Franse rechtsregels.

32 — In dit arrest verwierp de Franse Cour de cassation de kwalificatie van zekerheid, maar stelde vast dat er sprake was van een juridische resultaatsverplichting ten aanzien van een letter of intent die afkomstig was van een moedervennootschap, waarin werd aangegeven dat „wij er vanaf heden op zullen letten dat deze operatie goed verloopt en [...] het nodige zullen doen om haar wat u betreft tot een goed einde te brengen”.

33 — Behalve het voormelde arrest Lamiable e.a. dat is overgelegd aan het Gerecht, hebben de vennootschappen Bouygues bij hun hogere voorziening onder andere de arresten gevoegd van de Conseil d’État van 3 maart 1993, Comité central d’entreprise de la société d’exploitation industrielle des tabacs et allumettes, en 26 oktober 1973, Société civile immobilière „Résidence Arcole”. Deze arresten zijn aangehaald en van commentaar voorzien in het advies van mr. Sureau van 14 januari 2004, dat bij het verzoekschrift in eerste aanleg was gevoegd.

geldige rechtsgrondslag verleende garanties niettemin „rechten kunnen creëren voor de begunstigden ervan". Dienaangaande merk ik op dat het Gerecht in punt 285 van het bestreden arrest stelt dat de vennootschappen Bouygues zich niet op deze circulaire en deze toelichting kunnen beroepen nu niets in de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 „wijst op een door de Franse Staat impliciet gegeven garantie ten behoeve van FT", en verwijst naar punt 284 van dit arrest [34], waarin het de toepasselijkheid van de door de vennootschappen Bouygues aangehaalde administratieve rechtspraak op de onderhavige zaak afwijst. Hieruit volgt dat, ter verwerping van het bezwaar van het Gerecht dat deze circulaire en de bijbehorende toelichting niet van belang zijn, de vennootschappen Bouygues de conclusies in punt 284 moesten aanvechten. De aangevoerde argumenten slagen daarin echter niet.

57. Uit het onderzoek van de argumenten die de vennootschappen Bouygues ter onderbouwing van dit tweede onderdeel van hun eerste middel hebben aangevoerd, blijkt niet van de gestelde onjuiste opvatting van de Franse rechtsregels. Algemeen gesproken stuiten hun argumenten af op hetgeen het Gerecht heeft geconcludeerd over het vage, onnauwkeurige en voorwaardelijke karakter van de verklaringen van de staat ter ondersteuning van FT. Ten eerste is deze conclusie gebaseerd op een waardering van de feiten waarvan de vennootschappen Bouygues niet direct en uitdrukkelijk stellen dat ze onjuist zijn opgevat. Ten tweede zijn de door hen aangevoerde argumenten er niet op gericht, en slagen er in ieder geval niet in, om aan te tonen dat de Franse civiele en administratieve rechters de aard van deze verklaringen feitelijk kennelijk anders zouden hebben beoordeeld.

58. Onder deze omstandigheden moet dit onderdeel van het eerste middel van de vennootschappen Bouygues worden verworpen.

c) Onjuiste kwalificatie door het Gerecht doordat het, in verband met het gebruik van openbare middelen, ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de economische gevolgen van de door de verklaringen van de Staat gewekte verwachting (derde onderdeel van het eerste middel in zaak C-399/10 P)

59. Alvorens het derde onderdeel van het eerste middel van de vennootschappen Bouygues te onderzoeken, moet eerst de derde grief van het eerste onderdeel van dit middel worden onderzocht, namelijk dat het Gerecht ten onrechte had overwogen dat een juridisch bindende toezegging van de Staat noodzakelijk was voor de conclusie dat openbare middelen waren ingezet. Aangezien de vorm van het optreden van de Staat niet van belang is en enkel de gevolgen ervan in aanmerking moeten worden genomen, zou volgens de vennootschappen Bouygues het gebruik van staatsmiddelen volstaan om een financieel economisch risico aan te tonen, zelfs als dit niet is gegrond op een juridische verplichting die voortvloeit uit dit optreden. De Franse Republiek verzet zich tegen een dergelijk betoog en voert ter staving het arrest van het Hof Oostenrijk/Commissie [35] aan, alsmede het arrest van het Gerecht, Fleuren Compost [36].

60. In de zaak die heeft geleid tot het eerste van deze arresten, betoogde de Commissie dat de Republiek Oostenrijk, door haar onvoorwaardelijke en rechtens bindende toezegging aan de begunstigde van de litigieuze steunmaatregel voorafgaand aan de aanmelding ervan, die gelijk stond aan de tenuitvoerlegging van de steunmaatregel, geen beroep kon doen op de Lorenz-rechtspraak. Volgens de Commissie had een dergelijke toezegging naar Oostenrijks recht dezelfde gevolgen als een wettelijke bepaling waarbij een steunmaatregel werd ingesteld, aangezien deze de Oostenrijkse autoriteiten wettelijk verplichtte tot verlening van de beloofde steun. In antwoord op dit argument beperkte het Hof zich tot de vaststelling dat de Oostenrijkse autoriteiten de toekenning van de steun

34 — In dit punt concludeert het Gerecht dat „niet [is] aangetoond dat die verklaringen [van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002], gelet op de intrinsieke kenmerken ervan, de grondslag kunnen vormen van een [...] juridisch verbindende en onvoorwaardelijke toezegging door de Franse Staat om FT te ondersteunen".

35 — Arrest van 15 februari 2001 (C-99/98, Jurispr. blz. I-1101).

36 — Arrest van 14 januari 2004 (T-109/01, Jurispr. blz. II-127).

uitdrukkelijk afhankelijk stelden van voorafgaande toestemming van de Commissie en dat deze derhalve onvoldoende gegevens had verschaft om te kunnen vaststellen dat de betrokken steunmaatregel vóór de aanmelding ervan onvoorwaardelijk was toegezegd en dus juridisch bindend volgens Oostenrijks recht. In de zaak Fleuren Compost, reeds aangehaald, was het daarentegen de vraag op welk moment de betrokken steun was verleend, bij de verzending door de Nederlandse autoriteiten van een ontvangstbevestiging van de steunaanvraag van verzoekster, zoals deze laatste beweerde, of bij de beschikking tot steunverlening die was vastgesteld na onderzoek van deze aanvraag, zoals daarentegen door de Commissie werd betoogd. Het Gerecht preciseerde dat het relevante criterium „het juridisch bindende besluit waarmee de bevoegde [nationale] instanties steun toezeggen" was. [37]

61. Net als de vennootschappen Bouygues denk ik niet dat aan de bovenbedoelde arresten de zin en draagwijdte kan worden toegekend die de Franse regering hieraan geeft. Mijns inziens kan met name niet uit het arrest Oostenrijk/Commissie worden afgeleid dat „hierin een algemene regel wordt gesteld, dat de kwalificatie van een maatregel als steun een juridisch bindende toezegging vereist", zoals door deze regering wordt betoogd. Dit arrest zegt namelijk, net als het arrest Fleuren Compost, niets over het begrip steun, maar betreft enkel de vraag wanneer een voorgenomen steun als verleend kan worden beschouwd, teneinde vast te stellen welk rechtsstelsel hierop van toepassing is. [38] Daarenboven was in het arrest Oostenrijk/Commissie de enige door de Commissie opgeworpen en door het Hof behandelde vraag of uit de steuntoezegging van de Oostenrijkse autoriteiten naar Oostenrijks recht een juridisch bindende verplichting ontstond ten laste van de staat om in die zin te handelen. Op geen enkel moment is echter de vraag aan de orde geweest of er ook bij gebreke van een dergelijke verplichting sprake kon zijn van een bekostiging met staatsmiddelen. Tot slot werd, zoals de vennootschappen Bouygues juist benadrukken, in de twee zaken niet vastgesteld of zelfs betoogd dat de bedoelde handelingen (de belofte steun te verlenen in de zaak Oostenrijk/Commissie en de ontvangstbevestiging van de steunaanvraag in de zaak Fleuren Compost) enig voordeel hadden verstrekt aan de toekomstige ontvangers van de steun, zoals daarentegen in casu wel het geval is met betrekking tot de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002.

62. Nu dit is verduidelijkt, en hoewel de stelling van de Franse regering dat altijd een juridisch bindende toezegging van de staat nodig is om een steunbetuiging aan een onderneming te kunnen beschouwen als met openbare middelen bekostigd, mij niet geheel overtuigt [39], is het naar mijn mening niet nodig nader op deze vraag in te gaan, aangezien het Gerecht niettemin in punt 288 van het bestreden arrest heeft onderzocht of „ook al zou de toezegging die uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen zou voortvloeien, *naar nationaal recht juridisch niet verbindend zijn*, die verklaringen niettemin een overdracht van staatsmiddelen inhouden" [40]. Het derde onderdeel van het eerste middel van de vennootschappen Bouygues heeft nu juist betrekking op dit onderzoek.

63. In dit onderdeel betogen de vennootschappen Bouygues in wezen dat het Gerecht, na te hebben erkend dat de Franse Staat met de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 een strategie had toegepast die was gebaseerd op haar bekendheid als solvabele en geloofwaardige crediteur en debiteur om het vertrouwen van de markten te herstellen, vervolgens het logische gevolg van een dergelijke strategie heeft genegeerd, namelijk dat deze staat aan geloofwaardigheid zou hebben ingeboet op de markten, als hij niet aan de aldus gecreëerde verwachting had voldaan. Zij wijzen erop dat de Commissie in de litigieuze beschikking, op basis van een economische studie

37 — Punt 74.

38 — In het arrest Oostenrijk/Commissie was de vraag of de betrokken maatregel moest worden aangemerkt als een nieuwe steunmaatregel dan wel een bestaande steunmaatregel, terwijl het er in het arrest Fleuren Compost om ging of de litigieuze maatregel al dan niet onder een vooraf door de Commissie goedgekeurde steunregeling viel.

39 — In het licht van de in punt 47 hierboven aangehaalde rechtspraak, dat in het stadium waarin een maatregel wordt aangemerkt als staatssteun rekening moet worden gehouden met de gevolgen ervan, zou men immers kunnen menen dat de voorwaarde van inzet van staatsmiddelen is vervuld, wanneer het gedrag van de staat dusdanig is dat een last voor het budget van de staat ontstaat door dit budget feitelijk, zoniet rechtens, bloot te stellen aan een voldoende concreet financieel risico.

40 — Cursivering van mij.

waartoe zij opdracht had gegeven, heeft erkend dat deze reputatieschade voor de staat zeer hoge kosten meebracht. Aangezien het een complexe economische kwestie betreft, zou de Commissie hebben beschikt over een beoordelingsvrijheid en stond het niet aan het Gerecht om zijn eigen analyse in de plaats te stellen van die van de Commissie.

64. Ik merk allereerst op dat de Commissie, na in de punten 214 tot en met 218 van de considerans van de litigieuze beschikking zowel de vraag te hebben onderzocht of de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 naar nationaal recht juridisch bindend waren, alsook de vraag of deze de geloofwaardigheid van de Staat in het geding konden brengen, in punt 218 van de considerans concludeert dat „[deze omstandigheden] in hun geheel bezien kunnen [...] worden opgevat als daadwerkelijk het risico inhoudend dat zij staatsmiddelen in gevaar brengen (hetzij doordat zij de aansprakelijkheid van de Staat ten aanzien van investeerders in het geding brengen, hetzij doordat zij de kosten van toekomstige transacties van de Staat verhogen)" en dat „[d]e stelling dat de verklaringen van de Franse autoriteiten vanaf juli 2002 steun vormen, [...] dus een vernieuwende stelling [is], maar [...] waarschijnlijk niet zonder enige grond [is]". In punt 219 van de considerans van de litigieuze beschikking is zij echter van mening „dat zij op die basis niet onweerlegbaar aan kan tonen dat er van staatssteun sprake is". Hieruit volgt, zoals het Gerecht in punt 288 van het bestreden arrest terecht opmerkt, dat de Commissie uiteindelijk uitdrukkelijk heeft afgezien van een definitief antwoord op de vraag of de aangehaalde verklaringen de geloofwaardigheid van de Staat op de financiële markten konden aantasten, hetgeen voor de Staat een financieel risico meebracht in de vorm van een stijging van de kosten voor zijn toekomstige transacties. Onder deze omstandigheden kunnen de vennootschappen Bouygues niet op goede gronden stellen dat het Gerecht zijn eigen beoordeling in de plaats zou hebben gesteld van die van de Commissie met de vaststelling in punt 288 van het bestreden arrest, dat „niet [is] gebleken dat, ook al zou de toezegging die uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen zou voortvloeien, naar nationaal recht juridisch niet verbindend zijn, die verklaringen niettemin een overdracht van staatsmiddelen inhouden".

65. Vervolgens ben ik van mening dat de vennootschappen Bouygues, voor zover zij het Gerecht verwijten geen rekening te hebben gehouden met de gevolgen voor de overheidsfinanciën van de verwachting die de betrokken verklaringen bij de markten hadden gewekt en aldus de nuttige werking van artikel 107, lid 1, VWEU te hebben miskend, het Hof in werkelijkheid verzoeken de feiten opnieuw te beoordelen. In punt 288 van het bestreden arrest heeft het Gerecht inderdaad geoordeeld dat „ook al zou de niet-nakoming van een eventuele steunbelofte van de Franse Staat ten behoeve van een onderneming de geloofwaardigheid en de reputatie van deze staat op de financiële markten in gevaar kunnen brengen, in het onderhavige geval niet is aangetoond dat de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen een nauwkeurige, onvoorwaardelijke en stellige toezegging ten behoeve van FT bevatten die dergelijke schadelijke gevolgen kon hebben". Het merkt vervolgens op dat „de actie van de Franse autoriteiten vanaf juli 2002 er immers juist op [was] gericht, dergelijke gevolgen te voorkomen door twijfel te laten bestaan over de aard, de draagwijdte en de nadere voorwaarden van [de] eventuele toekomstige interventie [van de Franse Staat]". Ook betoogt het Gerecht in punt 282 van het bestreden arrest, na te hebben erkend dat de Franse Staat met deze verklaringen de financiële markten actief heeft willen beïnvloeden om hun vertrouwen te herstellen met het doel de herfinanciering van FT voor te bereiden, dat „het feit alleen dat de Franse Staat in een dergelijke context zijn bijzondere reputatie op de financiële markten heeft uitgespeeld, [...] echter niet [volstaat] als bewijs dat zijn middelen zozeer aan risico waren blootgesteld dat kan worden gesproken van een overdracht van staatsmiddelen".

66. Het Gerecht heeft dus, anders dan door de vennootschappen Bouygues wordt beweerd, wel degelijk rekening gehouden met de mogelijkheid dat de kosten die een eventueel verlies aan geloofwaardigheid van de Staat op de financiële markten meebracht, beslag op openbare middelen konden leggen, maar heeft dit in casu uitgesloten bij gebreke van een gedraging van de Staat die een dergelijke

geloofwaardigheid concreet in gevaar kon brengen. Deze conclusie is, nogmaals, gebaseerd op feitelijke waarderingen inzake de strekking en de aard van de betrokken verklaringen. Bij gebreke van een grief die uitdrukkelijk een onjuiste opvatting van de inhoud van deze verklaringen aan de orde stelt, kunnen dergelijke beoordelingen niet door het Hof worden getoetst.

67. Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik van mening dat de derde grief van het eerste onderdeel van het eerste middel van de vennootschappen Bouygues alsmede het derde onderdeel van dit middel moeten worden verworpen.

d) Conclusie over het eerste middel in zaak C-399/10 P

68. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof in overweging het eerste middel in zaak C-399/10 P, ontleend aan onjuistheden bij de kwalificatie van de verklaringen van de Franse Staat van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 als steun, in zijn geheel af te wijzen.

3. Kwalificatie van het aandeelhoudersvoorschot als steun (tweede middel in zaak C-399/10 P en tweede middel in zaak C-401/10 P)

69. Met argumenten die in grote mate dezelfde strekking hebben, betwisten de vennootschappen Bouygues en de Commissie vanuit verschillende invalshoeken de redenering die het Gerecht in het bestreden arrest tot de conclusie heeft gebracht dat de Commissie niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat het door de Franse Staat aan FT toegekende aandeelhoudersvoorschot steun was en dat artikel 1 van de litigieuze beschikking nietig moest worden verklaard. De diverse grieven en argumenten die verzoeksters in beide hogere voorzieningen dienaangaande hebben aangevoerd, zal ik hergroeperen en hieronder gezamenlijk behandelen.

a) Het Gerecht heeft ten onrechte bewijs van een nauwe samenhang tussen voordeel en bekostiging met staatsmiddelen geëist (eerste en tweede subonderdeel van het eerste onderdeel van het tweede middel in zaak C-399/10 P en eerste onderdeel van het tweede middel in zaak C-401/10 P)

70. Hoewel zij erkennen dat een samenhang tussen voordeel en bekostiging met openbare middelen moet worden aangetoond om te kunnen concluderen dat er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU, betwisten de vennootschappen Bouygues en de Commissie het in het bestreden arrest door het Gerecht ingenomen standpunt, dat deze twee factoren strikt overeen moeten stemmen. Een dergelijke, naar hun mening totaal vernieuwende opvatting zou niet alleen geen steun vinden in de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht, maar hiermee bovendien ook in tegenspraak zijn.

71. De hier besproken grief is hoofdzakelijk gericht tegen punt 262 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht, na eraan te hebben herinnerd dat het voordeel moet voortvloeien uit een overdracht van staatsmiddelen, verder gaat met de precisering dat „[d]eze eis van samenhang tussen het vastgestelde voordeel en het op het spel zetten van staatsmiddelen in beginsel [impliceert] dat het voordeel *nauw verband houdt met een [daarmee overeenstemmende] last voor de begroting van de staat* [...]”[41]. Tot staving van deze bewering verwijst het Gerecht naar punt 21 van het arrest Sloman Neptun, reeds aangehaald, punt 27 van het arrest Duitsland/Commissie[42], en punt 58 van het arrest PreussenElektra, reeds aangehaald.

41 — Cursivering van mij.

42 — Arrest van 19 september 2000 (C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 27).

72. De voorafgaande vraag is wat het Gerecht precies bedoelt met de vermelding dat het voordeel nauw verband moet houden met een „[*daarmee overeenstemmende*] last", of, elders in het bestreden arrest, dat het moet „overeenkomen met een gelijkwaardige last" (punt 297) dan wel „als tegenhanger een overeenkomstige vermindering van de begroting van de staat heeft" (punt 309). Volgens FT en de regeringen van Frankrijk en Duitsland herhaalt het Gerecht enkel de eis dat het voordeel rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen moet worden toegekend, terwijl de vennootschappen Bouygues en de Commissie betogen dat de door het Gerecht geëiste overeenkomst verder strekt dan een enkele samenhang en vereist dat het voordeel en de vrijgemaakte middelen „samenvallen", met inbegrip van hun bedrag.

73. Hoewel ik zelf niet ervan overtuigd ben dat het Gerecht daadwerkelijk de eis heeft willen stellen dat wordt aangetoond dat voordeel en last financieel gelijkwaardig zijn, ben ik wel van mening dat het evenmin slechts het bewijs van het bestaan van een simpel verband tussen beide verlangt, zoals met name wordt beweerd door FT. De wijze waarop de eis van samenhang tussen voordeel en last uit de theorie van het Gerecht in het bestreden arrest wordt toegepast, impliceert namelijk dat er sprake moet zijn van een dermate nauwe band, dat een bepaalde last voor het staatsbudget enkel kan overeenkomen met een vooraf bepaald soort voordeel. Dit heeft tot gevolg dat geen enkele band kan bestaan wanneer voordeel en last niet van dezelfde orde zijn.

74. Hoewel volgens de rechtspraak tussen het voordeel en de last die op het overheidsbudget drukt een samenhang vereist is, in die zin dat enkel de voordelen die „rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd"[43] of „een extra last voor de Staat"[44] creëren, steunmaatregelen vormen in de zin van artikel 107 VWEU, is niet vereist dat wordt aangetoond dat er een strikte samenhang bestaat tussen voordeel en last: de uitlegging die het Gerecht hieraan in het bestreden arrest heeft gegeven. Een dergelijk vereiste volgt met name niet uit de in punt 71 hierboven vermelde arresten, waarnaar het Gerecht verwijst in punt 262 van het bestreden arrest.

75. Zoals ik hierboven in punt 39 heb uiteengezet, vormt het eerste van deze arresten, dat is gewezen in de zaak Sloman Neptun, een belangrijke stap in de rechtspraak van het Hof, aangezien het hierin definitief afstand heeft genomen van een uitlegging van artikel 92 van het Verdrag die overheidsfinanciering niet zag als een noodzakelijke voorwaarde voor de kwalificatie als steun van een maatregel die viel toe te rekenen aan de Staat. Zo benadrukt het Hof in punt 19 van dit arrest dat „enkel voordelen die rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen worden bekostigd, [zijn] te beschouwen als steunmaatregelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag", terwijl „de uit andere dan staatsmiddelen bekostigde voordelen" niet onder de bedoelde bepaling vallen. De zaak die heeft geleid tot dit arrest, betreft een nationale regeling van de contractuele verhoudingen tussen bepaalde zeescheepvaartondernemingen en hun werknemers. In punt 21 van het arrest, waarnaar in punt 262 van het bestreden arrest wordt verwezen, stelt het Hof vast dat de betrokken regeling door haar strekking en algemene structuur niet beoogde „een voordeel te verschaffen dat voor de staat [...] een extra last meebrengt", en benadrukt het dat de gevolgen daarvan in de vorm van met name het verlies van belastingontvangsten „inherent aan die regeling" waren en „geen middel [vormden] om de betrokken ondernemingen een bepaald voordeel toe te kennen". De stelling van het Gerecht, dat er sprake moet zijn van een strikte samenhang tussen het voordeel en de gebruikte middelen in de zin die hiervoor in punt 72 is uiteengezet, wordt geenszins gesteund door de hierboven weergegeven

43 — Zie onder andere de reeds aangehaalde arresten Sloman Neptun, PreussenElektra en Duitsland/Commissie, de reeds aangehaalde arresten Kirsammer-Hack, Viscido e.a. en Ecotrade, en het arrest van 5 maart 2009, UTECA (C-222/07, Jurispr. blz. I-1407), waarin een algemene regeling waarbij televisieomroepen verplicht werden een deel van hun bedrijfsinkomsten te besteden aan de voorfinanciering van bioscoop- en televisiefilms, niet werd aangemerkt als steunmaatregel, en het arrest van 8 september 2011, Commissie/Nederland (C-279/08 P, Jurispr. blz. I-7671, punt 103).

44 — Zie arrest Piaggio, reeds aangehaald (punten 34 en 35), en arrest van 15 juli 2004, Spanje/Commissie (C-501/00, Jurispr. blz. I-6717, punten 91 en 92).

passages, waarin het Hof in wezen enkel bevestigt dat een voordeel, zoals datgene dat de scheepvaartondernemingen ontleenden aan de betrokken regeling, niet kan worden geacht te zijn toegekend met openbare middelen enkel wegens een verlies van belastinginkomsten dat de keuze van de Staat om een bepaalde sector op een bepaalde wijze te regelen, indirect meebrengt.

76. In punt 58 van het arrest PreussenElektra, dat door het Gerecht ook wordt aangehaald in punt 262 en verderop in punt 308 van het bestreden arrest, is de inhoud overgenomen van punt 19 van het arrest Sloman Neptun en wordt de eis herhaald dat het voordeel „rechtstreeks of zijdelings met staatsmiddelen is bekostigd". In het arrest PreussenElektra heeft het Hof, waaraan een prejudiciële vraag was gesteld over de regeling van een lidstaat die particuliere elektriciteitsbedrijven de verplichting oplegde elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen af te nemen tegen minimumprijzen die hoger waren dan de werkelijke economische waarde van dit soort elektriciteit, uitgesloten dat de enkele daling van de belastingontvangsten waartoe een dergelijke verplichting kon leiden, kon worden beschouwd „als een middel om de producenten van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen een bepaald voordeel ten laste van de staat te verlenen"[45]. Net als in het arrest Sloman Neptun kwam het Hof tot deze conclusie op grond van het aan de betrokken regeling „inherente" karakter van een verlaging van belastingontvangsten. De financiële last die voortvloeide uit de afnameverplichting tegen minimumprijzen van de betrokken regeling rustte aldus volledig op particuliere ondernemingen.[46]

77. Tot slot, wat het arrest Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, betreft: dit arrest stelt verre van de eis van een strikte overeenstemming tussen voordeel en last voor de openbare middelen en beschouwt als staatssteun een situatie die wordt gekenmerkt door een loskoppeling tussen degenen tot wie de maatregel die op het budget van de Staat drukt is gericht – in casu een belastingvermindering die onder bepaalde voorwaarden wordt toegekend aan investeerders – en de begunstigden van de steun, die zijdelings voordelen genoten door de investeringen die door deze vermindering werden aangemoedigd. Hiertoe baseert het Hof zich op een analyse van de gevolgen van de betrokken regelgeving, die leidt tot de constatering dat ten eerste het voordeel dat zijdelings is toegekend aan de ondernemingen die onder deze regelgeving vallen, „zijn oorsprong vindt in de verzaking door de lidstaat aan fiscale inkomsten die hij normalerwijze zou hebben ontvangen, voor zover het die verzaking is die de investeerders de mogelijkheid verleent om tegen fiscaal gunstigere voorwaarden deelnemingen in die ondernemingen te nemen", en ten tweede dat „[d]e tussenkomst van een autonome beslissing van de investeerders [...] het verband tussen de belastingvermindering en het voordeel dat de betrokken ondernemingen genieten niet weg[neemt], aangezien, in economische termen, de wijziging van de marktvoorwaarden die tot dat voordeel leidt, het gevolg is van het verlies van fiscale inkomsten door de overheid"[47]. Anders dan in de eerder geanalyseerde arresten, wordt de vermindering van de belastinginkomsten door het Hof hier beschouwd als de oorsprong van het zijdelings aan de onder de betrokken regeling vallende ondernemingen toegekende voordeel, hoewel dit voortkomt uit een belastingvermindering die niet aan deze ondernemingen wordt toegekend, maar aan derden. Hieruit blijkt naar mijn mening een ruime uitlegging van de samenhang tussen voordeel en last, die rekening houdt met de concrete gevolgen van het staatsoptreden en die de restrictieve uitlegging van het Gerecht in het bestreden arrest niet kan ondersteunen.

78. Naast het feit dat de opvatting die het Gerecht in punt 262 van het bestreden arrest naar voren brengt, geen steun vindt in de rechtspraak, gaat zij naar mijn mening tevens gebukt onder een overmaat van formalisme, hetgeen niet goed samengaat met de toepassing van het steunbegrip aan de hand van de gevolgen van de betrokken maatregel. Voorts ontstaat hiermee het risico dat het extreem moeilijk wordt het bestaan van staatssteun te bewijzen, met name wanneer het overheidsinterventies

45 — Punt 62.

46 — Ook moet worden opgemerkt dat de arresten Sloman Neptun en PreussenElektra beide betrekking hadden op algemene nationale regelingen voor een bepaalde economische sector; in het eerste geval moest de sector concurrerend worden gehouden, en in het tweede geval ging het om doelstellingen van milieubescherming. Het type overheidsingrijpen verschilde dus aanzienlijk van datgene dat in casu aan de orde is.

47 — Zie in die zin ook de arresten Gerecht van 18 januari 2005, Confédération nationale du Crédit mutuel/Commissie (T-93/02, Jurispr. blz. II-143), en 4 maart 2009, Associazione italiana del risparmio gestito en Fineco Asset Management/Commissie (T-445/05, Jurispr. blz. II-289).

betreft die soms extreem complexe operaties omvatten waarbij, zoals in het onderhavige geval, meerdere samengestelde maatregelen over een bepaalde periode worden verdeeld. Tot slot, zoals de Commissie terecht betoogt, lenen bepaalde soorten steunen, zoals indirecte steun of sociale steun, die worden toegekend aan consumenten, bedoeld in artikel 107, lid 2, sub a, VWEU – waarbij de door de Staat toegezegde middelen niet automatisch tot uiting komen in een overeenkomstig voordeel voor de begunstigden – zich slecht om een plaats binnen de strakke lijnen van het door het Gerecht opgelegde schema te vinden.

79. Om de uiteengezette redenen ben ik van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het bewijs van een nauwe band te eisen tussen het voordeel en de last voor het staatsbudget, zoals in het bestreden arrest is gesteld.

80. Zoals ik hieronder zal aantonen, heeft deze onjuiste opvatting de gehele behandeling van de kwalificatie van het aandeelhoudersvoorschot als steunmaatregel aangetast.

b) Het Gerecht heeft ten onrechte geen samenhang aanvaard tussen enerzijds het voordeel uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van 4 december 2002, en anderzijds de vastlegging van staatsmiddelen ten gevolge van het aanbod van de overeenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 (derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het tweede middel in zaak C-399/10 P en het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel in zaak C-401/10)

81. Volgens de vennootschappen Bouygues en de Commissie heeft de uitlegging die het Gerecht heeft gegeven aan de aard van het verband dat moet bestaan tussen het voordeel en het gebruik van de staatsmiddelen, ertoe geleid dat het Gerecht het optreden van de Franse staat ten behoeve van FT versnipperd heeft geanalyseerd en daarbij geen rekening heeft gehouden met de verstorende werking van de verschillende vastgestelde maatregelen in hun geheel beschouwd. Op basis van deze onjuiste benadering zou het Gerecht ten onrechte een verband hebben uitgesloten tussen enerzijds het voordeel in de vorm van een geruststellende werking op de markt die voortvloeide uit de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 en de aankondiging van 4 december 2002, en anderzijds de vastlegging van staatsmiddelen die de beschikbaarstelling van dit voorschot vertegenwoordigde.

82. Er zij aan herinnerd dat het Gerecht in de punten 262 en volgende van het bestreden arrest is ingegaan op de vraag of de voordelen die voor FT resulteren uit de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 en de aankondiging van 4 december 2002, die het eerder heeft geïdentificeerd, inderdaad voortvloeiden uit een overdracht van staatsmiddelen. Het heeft dit na elkaar onderzocht voor: i) de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 (punten 268-289) [48]; ii) de aankondiging van 4 december 2002 van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot (punten 291-298), en iii) het aanbod van de overeenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 (punten 299-331). Het Gerecht komt voor elk van de drie gevallen tot de conclusie dat er geen sprake was van overdracht van staatsmiddelen.

83. Wat de aankondiging van 4 december 2002 betreft, stelt het Gerecht allereerst vast dat noch de Commissie noch de vennootschappen Bouygues hebben gesteld dat deze aankondiging naar Frans administratief of civiel recht een overdracht van staatsmiddelen inhield (punten 293-295). Echter, aangezien, zoals het Gerecht zelf erkent in punt 302 van het bestreden arrest, de vastlegging van openbare middelen volgens de Commissie in de litigieuze beschikking voortvloeide uit *de toezending*

48 — Zie de punten 44-78 hierboven.

van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot in combinatie met de aankondiging van 4 december 2002 en niet uit dat voorstel alleen, lijkt deze vaststelling niet relevant en in ieder geval niet bepalend voor de conclusie dat de Commissie een vastlegging van staatsmiddelen niet heeft aangetoond.[49]

84. Vervolgens stelt het Gerecht in punt 296 van het bestreden arrest, dat „[i]n elk geval [...] *een uit de aankondiging van 4 december 2002 voortvloeiende overdracht van staatsmiddelen slechts [zou] kunnen overeenkomen* met een voordeel bestaande in de opening van de kredietlijn van 9 miljard EUR, die daarin uitdrukkelijk in het vooruitzicht wordt gesteld" en dat een dergelijk voordeel, dat de Commissie in de litigieuze beschikking niet rechtens genoegzaam zou hebben gekwalificeerd, *„verschilt [...] van het voordeel dat voortvloeit uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen*, zoals dat in die beschikking is aangenomen"[50]. In deze passage sluit het Gerecht dus bij voorbaat uit dat er een verband kan bestaan dat volstaat om te kunnen spreken van staatssteun, tussen enerzijds *het voordeel in de vorm van het geruststellen* van de markt, dat voortvloeit uit de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 en de aankondiging van 4 december 2002[51], en anderzijds, ervan uitgaande dat deze door de Commissie is aangetoond, *een vastlegging van staatsmiddelen resulterend uit dezelfde aankondiging*.

85. Uit de door het Gerecht gebruikte bewoordingen vloeit voort dat deze conclusie *enkel* berust op de vaststelling dat er geen relatie van *overeenstemming of gelijkwaardigheid* is tussen het voordeel bestaande in de geruststelling en de eventuele juridische bindende verplichting van de Staat om het aandeelhoudersvoorschot uit de aankondiging van 4 december 2002 uit te keren. Het Gerecht past hier de in de bovenstaande punten 70 tot en met 78 besproken en verworpen opvatting toe, dat voor het bewijs van staatssteun het vastgestelde voordeel nauw verbonden moet zijn met een „[*daarmee overeenstemmende*]" of „*gelijkwaardige*" *last* voor het staatsbudget. De toepassing van deze opvatting van de samenhang tussen voordeel en vastlegging van staatsmiddelen brengt het Gerecht ertoe een dergelijk verband in casu uit te sluiten, aangezien het voordeel (geruststelling van de financiële markten door de enkele aankondiging van de opening van een kredietlijn ten faveure van FT) en de last (juridisch bindende toezegging om de voorziene kredietlijn te openen) niet van dezelfde orde van grootte zijn.

86. Hieruit volgt, volgens het Gerecht, dat een steunmaatregel bestaande in het voordeel in de vorm van de verbetering van de voorwaarden voor herfinanciering van FT door de positieve reactie van de financiële markten op de aankondiging van 4 december 2002, zelfs niet had kunnen worden vastgesteld in het geval de Commissie had aangetoond dat deze aankondiging, voor zover deze een juridisch bindende verplichting voor de Staat creëerde, *op zichzelf* een overdracht van staatsmiddelen inhield, namelijk zelfs wanneer voordeel en last voor het staatsbudget hun oorsprong vonden in *een en dezelfde handeling* (de aankondiging van 4 december 2002). Een dergelijk resultaat zou des te moeilijker te begrijpen zijn geweest, daar het Gerecht zelf erkent dat de aankondiging een ontegenzeggelijk voordeel heeft opgeleverd voor FT, dat de Franse Staat juist dit voordeel had nagestreefd en dat alle maatregelen die achtereenvolgens tussen juli en december 2002 waren genomen, in het kader van eenzelfde strategie ter ondersteuning van FT, hierop gericht waren.

49 — In het tweede onderdeel van haar tweede middel voert de Commissie aan dat zij, anders dan is vastgesteld in punt 293 van het bestreden arrest, gegevens heeft overgelegd waarmee de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 in hun geheel genomen als een vastlegging van openbare middelen konden worden aangemerkt. Zij voert tevens aan dat het Gerecht zelf, in de punten 303 tot en met 305 van het bestreden arrest, zou hebben overwogen dat een dergelijke vastlegging al in de aankondiging van 4 december 2002 lag besloten. Deze argumenten snijden naar mijn mening geen hout. Wat het eerste argument betreft, blijkt uit punt 219 van de considerans van de litigieuze beschikking dat de Commissie uiteindelijk geen definitief standpunt heeft ingenomen over de vraag of de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen, gezamenlijk beschouwd, een vastlegging van staatsmiddelen inhielden. Wat het tweede argument betreft, blijkt duidelijk uit punt 293 van het bestreden arrest dat het Gerecht niet is ingegaan op de vraag of de aankondiging van 4 december 2002 krachtens het Franse recht een juridisch bindende verplichting inhield voor de Staat.

50 — Cursivering van mij.

51 — Waar het Gerecht in de punten 296 en 297 van het bestreden arrest melding maakt van „de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen", verwijst het mijns inziens tevens naar de aankondiging van 4 december 2002.

87. Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat het Gerecht op basis van een onjuiste uitlegging van de draagwijdte van de samenhang die moet bestaan tussen voordeel en vastlegging van openbare middelen, in de punten 296 en 297 heeft geoordeeld dat een dergelijke samenhang niet kon worden vastgesteld tussen enerzijds het voordeel bestaande uit de geruststelling van de financiële markten door de aankondiging van 4 december 2004, en anderzijds een eventuele overdracht van staatsmiddelen in verband met deze aankondiging. Deze onjuiste opvatting kan echter niet tot vernietiging van het bestreden arrest leiden. In de opbouw van de uitspraak van het Gerecht gaat het bij de punten 296 en 297 namelijk om een overweging ten overvloede.

88. Niettemin merk ik op dat deze onjuiste opvatting tevens doorwerkt in de verdere analyse van het Gerecht.

89. Dit is met name het geval in punt 299 van het bestreden arrest waarin het Gerecht, wat de vraag betreft of de verzending van het aanbod van de overeenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 een overdracht van staatsmiddelen inhield, overweegt dat „voor zover de Commissie in de [litigieuze] beschikking niet afdoende heeft aangetoond dat uit het aanbod van de overeenkomst als zodanig een voordeel voortvloeide [...], het [...] a fortiori niet k[o]n concluderen dat er sprake [was] van een met dit voordeel samenhangende overdracht van staatsmiddelen". Ofschoon deze conclusie in de redenering van het Gerecht logisch aansluit bij de vaststellingen in de punten 246 tot en met 267 van het bestreden arrest[52], kan de keuze van het Gerecht om in dit stadium de eventuele vastlegging van staatsmiddelen resulterend uit de verzending van dit aanbod, niet in verband te brengen met een geruststellende werking op de financiële markten naar aanleiding van de aankondiging van 4 december 2002, zoals de Commissie had gedaan in de litigieuze beschikkingen, enkel worden gerechtvaardigd in het licht van de restrictieve uitlegging van de samenhang tussen voordeel en vastlegging van staatsmiddelen die in de bovenstaande punten 70 tot en met 78 is onderzocht en verworpen.

90. Deze uitlegging wordt ook weerspiegeld in de analyse in de punten 302 en volgende van het bestreden arrest, waar het Gerecht, bij de beoordeling van de vraag of de Commissie een overdracht van staatsmiddelen had weten aan te tonen op basis van haar „globale aanpak", tracht na te gaan of „enerzijds, de potentiële last voor de begroting van de staat die volgens de Commissie uit de aankondiging van de ontwerpovereenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot en de toezending van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot voortvloeit, reeds impliciet voortvloeide uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen, en anderzijds, die last overeenkwam met het voordeel dat volgens de Commissie uit die verklaringen voortvloeide". In dit kader constateert het Gerecht in de punten 303 tot en met 305 van het bestreden arrest dat de aankondiging van 4 december 2002 wegens het open, onduidelijke en voorwaardelijke karakter van de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 „een aanzienlijke breuk [vormde] in de opeenvolging van gebeurtenissen die tot de herfinanciering van FT hebben geleid" en concludeert in punt 308 dat, gezien deze breuk, de Commissie niet gerechtigd was een band te leggen „tussen een eventuele toezegging van staatsmiddelen in die fase en door eerdere maatregelen, te weten de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen, toegekende voordelen [...]". Volgens het Gerecht namelijk, zou „[e]en dergelijke band [...] tussen de bestanddelen van het begrip steun ter zake van verschillende feiten die zich in verschillende fasen hebben voorgedaan, [...] overigens in strijd zijn met het vereiste van samenhang tussen het voordeel en de overdracht van staatsmiddelen [...] zoals dat in het arrest PreussenElektra

52 — Ter herinnering: in punt 246 van het betreden arrest heeft het Gerecht uitgesloten dat de verzending van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 op zich de markt op soortgelijke wijze kon geruststellen als de aankondiging van 4 december 2002, aangezien deze niet openbaar was gemaakt, en in de punten 264-267 heeft het vastgesteld dat de Commissie geen voordeel had aangetoond in verband met deze verzending, dat los stond van het voordeel dat voortvloeide uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en deze aankondiging.

[...] is geformuleerd". In het volgende punt bevestigt het Gerecht dat „de omstandigheid dat de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van 4 december 2002 FT een voordeel hebben opgeleverd [...] geen *overeenkomstige vermindering van de begroting van de staat* [...]" als tegenhanger heeft en verwijst dienaangaande naar de punten 296 en 297 van het bestreden arrest.

91. Wat de consequenties betreft die het Gerecht verbindt aan de vaststelling dat er een breuk bestaat tussen de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 en de aankondiging van 4 december 2002, merk ik op dat het Gerecht zelf, onder andere in punt 243 van het bestreden arrest, erkent dat het voordeel in de vorm van de geruststelling van de financiële markten, dat werd aanvaard in de litigieuze beschikking, niet slechts voortvloeit uit deze verklaringen, *maar ook* uit de aankondiging van 4 december 2002 en dus ook nog na deze breuk bestaat. Hieruit volgt dat de enkele constatering van een dergelijke breuk op zich onvoldoende grond is voor verwerping van de samenhang die de Commissie tussen dit voordeel en de vastlegging van staatsmiddelen in de fase van de verzending van het aanbod van de overeenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 heeft aangetoond.

92. Daarentegen blijkt duidelijk uit de hierboven in punt 90 weergegeven passages dat, ook in het kader van de analyse van alle maatregelen die tot de herfinanciering van FT hebben geleid, hetgeen het Gerecht concreet ervan weerhoudt om de samenhang te aanvaarden die de Commissie heeft vastgesteld tussen enerzijds de geruststelling van de financiële markten door de aankondiging van de beschikbaarstelling van een aandeelhoudersvoorschot van een bepaald bedrag aan FT en „de indruk die in verband met dit voordeel bij de markt is gewekt"[53], en anderzijds de overdracht van staatsmiddelen in verband met de uitvoering van deze maatregel[54], de opvatting is dat een dergelijke samenhang een strikte overeenstemming tussen het voordeel en de last voor de staatsbegroting vereist. Deze overeenstemming zou niet bestaan tussen een last (in casu de verzending van het aanbod van een overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002) die niet wordt weerspiegeld in het vermogen van de begunstigde door een voordeel van dezelfde orde van grootte (in casu namelijk de mogelijkheid om zich dat bedrag op enig moment te verschaffen).

93. Uit een en ander volgt dat het Gerecht op basis van een onjuiste uitlegging van de draagwijdte van de samenhang tussen voordeel en vastlegging van staatsmiddelen heeft beslist dat de Commissie in casu geen overdracht van staatsmiddelen had aangetoond.

94. Thans moet nog worden onderzocht of de Commissie in de litigieuze beschikking wel een verband kon vaststellen tussen het voordeel in de vorm van een geruststelling van de financiële markten door onder andere de aankondiging van 4 december 2002, en de gestelde vastlegging van staatsmiddelen die voortvloeide uit de verzending van het aanbod van een overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002.[55]

53 — Zie punt 194 van de considerans van de litigieuze beschikking alsook voetnoot 116 ervan.

54 — Meer bepaald „een potentiële extra last [...] is geschapen door de aankondiging van de beschikbaarstelling van een aandeelhoudersvoorschot [...] gekoppeld aan het scheppen van de voor die beschikbaarstelling noodzakelijke voorwaarden [...], doordat bij de markt de indruk werd gewekt dat dit voorschot daadwerkelijk ter beschikking was gesteld, en ten slotte door de toezending aan [FT] van een door ERAP geparafeerd en ondertekend voorakkoord (punt 196 van de considerans van de litigieuze beschikking).

55 — Net als het Gerecht neem ik geen standpunt in over de vraag of, zoals de Commissie stelt in punt 196 van de litigieuze beschikking, de verzending van de ontwerpovereenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot op zich een vastlegging van staatsmiddelen impliceerde in de vorm van een potentiële last voor het staatsbudget, aangezien de Staat „voor [FT] – via ERAP – het bedrag van de overeenkomstige middelen ter beschikking [had] moeten houden", dus los van zowel het onderzoek van de voorwaarden van deze overeenkomst als de omstandigheid dat deze nooit is uitgevoerd. Ik merk evenwel op dat, anders dan de Duitse regering, de Franse regering noch FT betwist dat in die fase staatsmiddelen in het geding waren.

95. Dienaangaande dunkt mij dat wanneer het gaat om maatregelen die zeer nauw met elkaar zijn verbonden, zoals de aankondiging dat een bepaalde interventie van de staat wordt voorbereid en de uitvoering ervan (door de verzending van de ondertekende en geparafeerde overeenkomst) [56], waartussen overigens maar ongeveer twee weken tijdverschil zit, het enkele feit dat het voordeel voor de begunstigde voortvloeit uit de eerste maatregel, terwijl de vastlegging van openbare middelen in verband zou staan met de tweede, niet uitsluit dat hiertussen een samenhang die kenmerkend is voor een steunmaatregel, kan worden aangetoond. Het zou mijns inziens overdreven formalistisch zijn een dergelijk verband uit te sluiten alleen omdat het betrokken voordeel niet direct voortvloeit uit de maatregel die mogelijk een overdracht van openbare middelen omvat, maar eerder uit de ruchtbaarheid die de Staat heeft gegeven aan het feit dat de uitvoering van deze maatregel op handen was. Meer algemeen gesproken lijkt mij dat het ontkennen van een dergelijk verband voorbijgaat aan de economische realiteit van het optreden van de Franse Staat in het kader van de herfinanciering van FT, aangezien ten eerste vaststond dat FT zich enkel op de markten kon herfinancieren dankzij de herhaalde steunverklaringen van de Staat [57], in het bijzonder de aankondiging van 4 december 2002, en ten tweede de verschillende door de Staat vastgestelde maatregelen, met inbegrip van de verzending door ERAP van het aanbod van de overeenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002, dat als enige een vastlegging van publieke middelen kon meebrengen, deel uitmaakten van een en dezelfde strategie van de Staat ter ondersteuning van FT, met „in haar geheel tot doel en tot gevolg [...] het vertrouwen van de markten terug te winnen” [58], zodat FT zich onder gunstiger voorwaarden kon herfinancieren.

96. Ik ben op basis van het voorgaande van mening dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op basis van een onjuiste uitlegging van artikel 87, lid 1, EG een samenhang af te wijzen tussen enerzijds het voordeel dat voortvloeide uit de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van 4 december 2002, en anderzijds de potentiële vastlegging van staatsmiddelen ten gevolge van de verzending van het aanbod van de overeenkomst voor het aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002. Deze onjuistheid is van dien aard dat zij moet leiden tot vernietiging van het bestreden arrest. [59]

97. Voor het geval het Hof de door mij getrokken conclusies niet deelt, zal ik hierna kort ingaan op de overige middelen en argumenten van de vennootschappen Bouygues en de Commissie.

c) Onjuiste opvattingen waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven inzake het begrip voordeel voortvloeiend uit de beschikbaarstelling van een kredietlijn (tweede onderdeel van het tweede middel in zaak C-401/10 P)

98. In het kader van het tweede onderdeel van hun tweede middel voeren de vennootschappen Bouygues aan dat het Gerecht in zijn analyse van het bestaan van een voordeel ten onrechte de aankondiging van 4 december 2002 en de verzending van het aanbod van een overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 los van elkaar heeft beschouwd. Dit waren onderdelen van een en hetzelfde optreden van de Staat, die niet afzonderlijk konden worden beoordeeld.

99. Voor zover de grief is gericht tegen de beoordeling van het Gerecht van het bestaan van een voordeel in verband met de verzending van het aanbod van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002, is deze naar mijn mening niet-ontvankelijk. Voor zover de grief zich daarentegen keert tegen de conclusie van het Gerecht dat er geen voldoende nauw

56 — De Commissie spreekt in haar hogere voorziening op dit punt van „twee uitingen van eenzelfde feit dat ook nog door de markten als eenheid werd gezien”.

57 — Deze verklaringen hebben, hoewel zij inspeelden op subjectieve reacties van spelers op de financiële markten, FT een objectief materieel voordeel opgeleverd.

58 — Zie het bestreden arrest (punt 303).

59 — Deze conclusie, alsook alle bovenstaande overwegingen, laten uiteraard de vraag onverlet, of de betrokken ingreep van de Franse Staat al dan niet voldoet aan het criterium van voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie.

verband bestaat tussen „de geruststellende werking van de bekendmaking van de opening van een kredietlijn van 9 miljard [EUR en] de overdracht van staatsmiddelen die voortvloeide uit deze opening", valt zij samen met de grief die in het kader van het derde subonderdeel van het eerste onderdeel van het tweede middel naar voren is gebracht, die ik hierboven heb behandeld tezamen met soortgelijke grieven die door de Commissie waren aangevoerd.

d) Onjuiste opvatting waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven door niet aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder te toetsen of er al dan niet sprake was van een voordeel voor FT (derde onderdeel van het tweede middel in zaak C-401/10 P)

100. Met het derde onderdeel van haar twee middel stelt de Commissie in wezen dat, zoals zij in de litigieuze beschikking heeft gedaan, het Gerecht had moeten nagaan of het voordeel voor FT dat voortvloeide uit alle sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van 4 december 2002, „was toegekend onder normale marktvoorwaarden en of een private entiteit onder dezelfde voorwaarden hetzelfde voordeel had kunnen krijgen indien de Staat had gehandeld als particuliere investeerder". Door dit niet te doen heeft het Gerecht artikel 87, lid 1, EG geschonden.

101. Deze grief moet naar mijn mening als ondeugdelijk worden verworpen. Uit de motivering van het bestreden arrest komt namelijk duidelijk naar voren dat naar het oordeel van het Gerecht de Commissie het begrip steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG onjuist had opgevat: zij had weliswaar rechtens voldoende aangetoond dat de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van 4 december 2002 een voordeel voor FT opleverden, maar niet dat dit voordeel voortvloeide uit een overdracht van staatsmiddelen. De Commissie heeft echter niet uitgelegd hoe een onderzoek van de rechtmatigheid van de door haar gevolgde methode bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder het Gerecht ter zake tot een andere conclusie had kunnen brengen dan waarop het de nietigverklaring van de litigieuze beschikking heeft gebaseerd.

e) Schending van artikel 87 EG juncto artikel 230 EG doordat het Gerecht is voorbijgegaan aan de beoordelingsmarge die de Commissie heeft bij het verrichten van complexe economische analyses (vierde onderdeel van het tweede middel in zaak C-401/10 P)

102. Met het vierde onderdeel van haar tweede middel verwijt de Commissie het Gerecht allereerst dat het is voorbijgegaan aan de ruime beoordelingsmarge waarover zij beschikte bij het verrichten van complexe economische beoordelingen in het kader van de toepassing van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in de litigieuze beschikking. Ook deze grief moet worden verworpen, daar de Commissie niet heeft uitgelegd hoe het Gerecht voorbij heeft kunnen gaan aan de beoordelingsmarge waarvan zij gebruik heeft gemaakt bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, terwijl het de rechtmatigheid van het gedeelte van de litigieuze beschikking waarin dit criterium werd toegepast, niet eens heeft onderzocht.

103. Hetzelfde onderdeel van dit middel verwijt het Gerecht vervolgens dat het zijn eigen opvatting in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie en dus de opportuniteit van de litigieuze beschikking heeft beoordeeld. De Commissie lijkt het Gerecht vooral te verwijten dat het bij het onderzoek naar het bestaan van een overdracht van staatsmiddelen de „globale benadering", die de Commissie juist zou hebben gevolgd in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, als ongerechtvaardigd heeft afgewezen. Ook dit argument snijdt geen hout. Er kan immers geen sprake van zijn dat het Gerecht de grenzen van de rechtmatigheidstoetsing wat de toepassing van het begrip steunmaatregel betreft zou hebben overschreden toen het, onder andere op basis van zijn eigen beoordeling van de feiten, een overdracht van staatsmiddelen niet bewezen achtte, ook al werden alle gebeurtenissen die elkaar sinds juli 2002 hadden opgevolgd, gezamenlijk in aanmerking genomen.

104. Voor het overige vallen de door de Commissie in dit onderdeel van haar tweede middel aangevoerde argumenten samen met die die al in het eerste en tweede onderdeel van ditzelfde middel waren genoemd.

B – *Tegenstrijdige motivering van het bestreden arrest (eerste middel in zaak C-401/10 P)*

105. Volgens de Commissie maakt het Gerecht op verschillende plaatsen in het bestreden arrest analyses van de onderzochte gebeurtenissen die onderling onverenigbaar zijn. Enerzijds behandelt het de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 en de aankondiging van 4 december 2002 gezamenlijk, om tot de conclusie te komen dat deze maatregelen, in hun geheel genomen, een voordeel vormden voor FT, en anderzijds constateert het, in tegenspraak met zijn eerdere beweringen, dat er tussen deze verklaringen en deze aankondiging een diepgaand verschil bestaat.

106. Ik deel het standpunt van de Commissie niet. Het lijkt mij juist dat het bestreden arrest een tamelijk rechtlijnige logica volgt en dat de motivering vrij is van de door de Commissie gestelde tegenstrijdigheden. Ik zie met name geen enkele tegenstrijdigheid tussen enerzijds de vaststelling dat de verklaringen van 12 juli, 13 september en 2 oktober 2002 en de aankondiging van 4 december 2002, gezamenlijk of afzonderlijk in aanmerking genomen, FT eenzelfde voordeel (of een vergelijkbaar voordeel) boden in zoverre ze een voornemen van de Staat weerspiegelden haar te hulp te komen, en anderzijds de vaststelling dat deze verschillende maatregelen niet even nauwkeurig waren in de bepaling van de middelen waarmee die hulp zou worden gerealiseerd, en een uiteenlopende aard en draagwijdte hadden wat hun geschiktheid betreft een juridisch bindend verplichting te scheppen voor de Staat. Ook indien rekening wordt gehouden met de uitlegging die het Gerecht heeft gegeven met betrekking tot de samenhang tussen voordeel en overdracht van staatsmiddelen, kan, anders dan door de Commissie wordt beweerd, geen enkele tegenstrijdigheid worden gevonden tussen enerzijds punt 259 van het bestreden arrest, waar het Gerecht concludeert dat „de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van [...] 4 december 2002 [...] de toekenning aan FT van een voordeel [...] inhielden", en punt 296, waarin het aangeeft dat „een uit de aankondiging van 4 december 2002 voortvloeiende overdracht van staatsmiddelen slechts [zou] kunnen overeenkomen met een voordeel bestaande in de opening van de kredietlijn van 9 miljard EUR, die daarin uitdrukkelijk in het vooruitzicht wordt gesteld". Zoals ik hierboven heb uiteengezet, vormt dit laatste punt in casu immers de toepassing van het standpunt dat een samenhang slechts kan bestaan tussen een voordeel en een overdracht van staatsmiddelen van dezelfde orde van grootte, waarvan volgens het Gerecht geen sprake is tussen het voordeel bestaande in de geruststelling van de financiële markten door deze verklaringen en deze aankondiging enerzijds, en de overdracht van openbare middelen voortvloeiend uit de opening van de kredietlijn van 9 miljard EUR voor FT anderzijds.

107. Ik ben derhalve van mening dat het eerste middel van de Commissie moet worden verworpen.

C – *Onjuiste uitlegging en onjuiste voorstelling van de litigieuze beschikking (derde middel in zaak C-401/10 P)*

108. Met haar derde middel verwijt de Commissie het Gerecht een verkeerde lezing van de litigieuze beschikking en een onjuiste voorstelling van de feitelijke gegevens waarop deze handeling was gebaseerd. Zij komt met name op tegen het oordeel in de punten 254 en 255 van het bestreden arrest, dat zij het bestaan van een afzonderlijk voordeel voortvloeiend uit het aanbod van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot van 20 december 2002 nader had moeten onderzoeken en motiveren, terwijl uit de punten 190 en 194 van de litigieuze beschikking duidelijk naar voren komt dat zij een dergelijk voordeel nooit in aanmerking heeft genomen, maar steeds enkel rekening heeft gehouden met het voordeel dat bestond in de hernieuwde toegang tot de kapitaalmarkt voor FT onder optimale voorwaarden als gevolg van de „indruk die in verband met dit [voorschot] bij de markt is gewekt". Zij betwist bovendien de bewering in punt 247 van het bestreden arrest, dat zij ter

terechtzitting van 21 april 2009 voor het Gerecht zou hebben erkend dat het aanbod van de overeenkomst voor een aandeelhoudersvoorschot naar haar mening als zodanig een extra en afzonderlijk voordeel opleverde ten opzichte van het voordeel dat voortvloeide uit de aankondiging van 4 december 2002. Anders dan door de Commissie wordt beweerd, komt duidelijk uit de motivering van het bestreden arrest naar voren, met name in de punten 244 en 245 ervan, dat het Gerecht wel degelijk rekening heeft gehouden met in de eerste plaats het voordeel voortvloeiend uit de „indruk die in verband met dit [voorschot] bij de markt is gewekt" – volgens de Commissie het enige dat in de litigieuze beschikking is vastgesteld – en dat het in de punten 254 en 255 slechts volledigheidshalve heeft onderzocht of deze beschikking aldus kon worden uitgelegd dat de Commissie ook een later en afzonderlijk voordeel voor ogen had gehad. Onder deze omstandigheden moet de in het vorige punt uiteengezette grief dat de litigieuze beschikking onjuist is uitgelegd, naar mijn mening als ongegrond worden verworpen, zonder dat behoeft te worden nagegaan of het Gerecht de opmerkingen van de Commissie ter terechtzitting van 21 april 2009 onjuist heeft opgevat.

109. In het kader van haar derde middel verwijt de Commissie het Gerecht verder dat het „de bestreden beschikking en de feiten waarop deze is gebaseerd" onjuist heeft voorgesteld door te oordelen dat er een aanzienlijke breuk bestond in de opeenvolging van de gebeurtenissen tussen juli en december 2002, tussen de verklaring van 12 juli 2002 en de aankondiging van 4 december 2002, zonder echter de twee andere verklaringen uit september en oktober 2002 hierbij te betrekken, die volgens de Commissie getuigen van de geleidelijke concretisering van de toezeggingen van de Franse Staat ten aanzien van FT. Ook deze grief kan niet slagen. Uit met name de punten 303 en 304 van het bestreden arrest blijkt immers dat het Gerecht van oordeel was dat de aankondiging van 4 december 2002 een aanzienlijke breuk in de opeenvolging van gebeurtenissen vormde ten opzichte van *de drie verklaringen* van juli, september en oktober 2002 (de „verklaringen sinds 2002" in de verkorte schrijfwijze waarvoor het Gerecht in punt 21 van het bestreden arrest heeft gekozen) – waarvan de aard en de draagwijdte al in detail waren onderzocht in de punten 273 tot en met 276 van het bestreden arrest – en dat het Gerecht dus niet heeft nagelaten, zoals de Commissie beweert, alle maatregelen die aan deze aankondiging voorafgingen in aanmerking te nemen.

110. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat het derde middel van de Commissie in zijn geheel als ongegrond moet worden verworpen.

D – *Verzoek van de Franse Republiek om vervanging van gronden*

111. In haar memorie van antwoord op de hogere voorziening van de Commissie voert de Franse regering aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 240 en 259 van het bestreden arrest de gevolgen van de sinds juli 2002 afgelegde verklaringen en de aankondiging van 4 december 2002 als voordeel in de zin van artikel 87, lid 1, EG aan te merken alvorens deze maatregelen te toetsen aan het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder.

112. Naar mijn mening kan het verzoek om vervanging van gronden dat de Franse regering in wezen aan het Hof richt, niet worden toegewezen. In punt 217 van het bestreden arrest stelt het Gerecht namelijk dat „de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder vereist dat de door de staat ten behoeve van een onderneming getroffen maatregelen een met staatsmiddelen bekostigd voordeel verlenen". In punt 221 geeft het aan dat het eerst zal onderzoeken of de door de Franse Staat ten behoeve van FT genomen maatregelen haar een voordeel hebben verleend, en vervolgens of een dergelijk voordeel is verleend met inachtneming van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder. Tot slot verklaart het Gerecht in punt 313 dat niet behoeft te worden beslist op de middelen en argumenten die door verzoeksters in eerste aanleg zijn aangevoerd ten aanzien van de rechtmatigheid van de toepassing van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder door de Commissie. Onder deze omstandigheden kan het Gerecht niet, zoals FT zelf ook toegeeft, worden geacht zich erover te hebben uitgesproken of het in de punten 234 tot en met 240 van het bestreden arrest beschreven materiële voordeel dat voortvloeide uit de door de Franse Staat ten behoeve van FT

vastgestelde maatregelen, in de zin van artikel 87, lid 1, EG „onverschuldigd" was.[60]

V – Conclusie

113. Derhalve geef ik het Hof in overweging het bestreden arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 21 mei 2010, Frankrijk e.a./Commissie (T-425/04, T-444/04, T-450/04 en T-456/04) te vernietigen. Voorts, aangezien de onjuiste opvatting van het Gerecht diens volledige beoordeling aantast en het Gerecht niet alle middelen heeft onderzocht die zijn aangevoerd tegen beschikking 2006/621/EG van de Commissie van 2 augustus 2004 betreffende de door Frankrijk ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van France Télécom, waaronder die betreffende de toepassing door de Commissie van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in de markteconomie, lijkt het mij wenselijk dat het Hof de zaak overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie verwijst naar het Gerecht voor een nieuw onderzoek van het beroep in eerste aanleg, met aanhouding van de beslissing over de kosten van de hogere voorziening.

60 — Zie ook arrest van 5 juni 2012, Commissie/EDF e.a. (C-124/10 P, punt 89).