Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 28 juni 2012 [1]

Förenade målen C-399/10 P och C-401/10 P

Bouygues SA,
Bouygues Télécom SA
mot
Europeiska kommissionen m.fl.
och
Europeiska kommissionen
mot

Republiken Frankrike m.fl.

”Överklagande — Statligt stöd — Begrepp — Fördelar som beviljas direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel — Finansiella åtgärder till förmån för France Télécom”

1. Bouygues SA och Bouygues Télécom SA (mål C-399/10 P), som är två bolag bildade enligt fransk rätt, varav det sistnämnda är verksamt på den franska marknaden för mobiltelefoni (nedan kallade bolagen Bouygues), och Europeiska kommissionen (mål C-401/10 P) har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 21 maj 2010 i de förenade målen T-425/04, T-444/04, T-450/04 och T-456/04, Frankrike m.fl. mot kommissionen (REU 2010, s. II-2099) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogiltigförklarade tribunalen artikel 1 i kommissionens beslut 2006/621/EG av den 2 augusti 2004 om det statliga stöd som Frankrike genomfört till förmån för France Télécom (EUT L 257, 2006, s. 11) (nedan kallat det omtvistade beslutet) och slog fast att det inte fanns anledning att pröva yrkandena om ogiltigförklaring av artikel 2 i nämnda beslut.

I – Bakgrund till tvisten och det omtvistade beslutet

2. France Télécom (nedan kallat FT) är yttersta moderbolag i en koncern verksam inom tillhandahållande av telekommunikationsnät och telekommunikationstjänster. FT är ett börsnoterat aktiebolag och år 2002 innehade den franska staten 56,45 procent av bolagets aktiekapital. Den 31 december 2001 offentliggjorde FT sin årsredovisning för år 2001, vari framgick att bolaget hade en nettoskuld på 63,5 miljarder euro och gjorde en förlust på 8,3 miljarder euro. Den 30 juni 2002 hade FT en nettoskuld på 69,69 miljarder euro, varav 48,9 miljarder euro var obligationslån som förföll till betalning under perioden 2003–2005.

1 — Originalspråk: franska.

3. Den franska ekonomi-, finans- och industriministern uttalade sig om FT:s ekonomiska ställning i en intervju som publicerades i dagstidningen *Les Echos* den 12 juli 2002 (nedan kallat uttalandet av den 12 juli 2002), enligt följande:

”Vi är majoritetsägare med 55 procent av aktiekapitalet … I egenskap av aktieägare kommer staten att bete sig som en rationell investerare och kommer att vidta lämpliga åtgärder om [FT] skulle få problem … Jag upprepar att om [FT] skulle få finansieringsproblem, vilket inte är fallet i dag, kommer staten att vidta nödvändiga åtgärder för att de ska övervinnas. Ni sätter ny fart på ryktena om ett kapitaltillskott … Absolut inte! Jag säger bara att vi i sinom tid kommer att vidta lämpliga åtgärder. Om det skulle bli nödvändigt …”

4. I ett pressmeddelande av den 13 september 2002 (nedan kallat uttalandet av den 13 september 2002) gjorde de franska myndigheterna följande uttalande avseende FT:s ekonomiska ställning:

”Efter de oförutsedda förlusterna under första halvåret har [FT] ett stort underskott på eget kapital. Denna ekonomiska situation undergräver [FT:s] potential. Därför kommer [den franska] regeringen att ta det fulla ansvaret … [Den franska s]taten kommer att hjälpa [FT] att genomföra planen och kommer själv att bidra till ett omfattande tillskott av eget kapital till [FT], enligt en tidsplan och former som återstår att fastställa med hänsyn till marknadsvillkoren. Fram till dess kommer [den franska] staten vid behov att vidta åtgärder för att lösa [FT:s] finansieringsproblem.”

5. FT:s nya VD utnämndes den 2 oktober 2002. I pressmeddelandet tillkännagavs detta utnämnande (nedan kallat uttalandet av den 2 oktober 2002) på följande sätt:

”… [FT:s nya VD] har stöd från staten som är fast besluten att ta sitt ansvar som aktieägare. [Den franska s]taten kommer att delta i omstruktureringsåtgärderna och kommer själv att lämna tillskott av eget kapital till [FT] under former som ska fastställas i nära samarbete med [FT:s] VD och styrelse. Såsom redan nämnts kommer [den franska] staten fram till dess att vid behov vidta åtgärder för att [FT] inte ska få finansieringsproblem.”

6. Vid ett styrelsemöte den 4 december 2002 lade FT:s nya ledning fram handlingsplanen ”Ambition France Télécom 2005” (nedan kallad Ambitionsplanen 2005), som huvudsakligen syftade till att återställa balansen i FT:s balansräkning genom en förstärkning av det egna kapitalet uppgående till 15 miljarder euro.

7. Presentationen av Ambitionsplanen 2005 åtföljdes av ett pressmeddelande från ekonomi-, finans- och industriministern den 4 december 2002 (nedan kallat tillkännagivandet av den 4 december 2002), vilket har följande lydelse:

”[Ekonomiministern] … bekräftar att [den franska] staten stödjer den handlingsplan som [FT:s] styrelse antog den 4 december [2002]. 1) Koncernen [FT] utgör en sammansvetsad industrigrupp med exceptionellt gott resultat. [FT:s] ekonomi är i dag i obalans och det är i behov av eget kapital och på medellång sikt återfinansiering. Situationen bottnar i misslyckade investeringar som tyvärr gjordes just när den ekonomiska överhettningen var som värst samt i allmänna motgångar på marknaden. Att [FT] inte kunde finansiera sin expansion på annat sätt än genom lån har förvärrat situationen. 2) [Den franska s]taten som är majoritetsägare har uppmanat den nya ledningen att återställa [FT:s] ekonomiska balans och samtidigt behålla koncernens integritet … 3) Med tanke på den handlingsplan som utarbetades av ledningen och utsikterna till avkastning på investeringarna kommer [den franska] staten att delta i [en förstärkning av det egna kapitalet] med 15 miljarder euro i förhållande till sin aktieandel, vilket innebär en investering på 9 miljarder euro. [Den franska s]taten som aktieägare agerar därmed som en rationell investerare. Det är [FT] som ska fastställa de närmare formerna och tidsplanen för [förstärkningen av det egna kapitalet]. [Den franska r]egeringen vill att transaktionen … genomför[s] med största möjliga hänsyn till enskilda aktieägare och aktieägande anställda [i FT]. För

att [FT] ska kunna inleda transaktionen vid lämpligt tillfälle är [den franska] staten beredd att lämna ett förskott på [sitt deltagande i förstärkningen av det egna kapitalet], genom ett tillfälligt [aktieägartillskott] till [FT], som ska återbetalas till marknadsvillkor. 4) Hela [den franska] statens andel i [FT] kommer att överföras till [Entreprise de recherches et d'activités pétrolières (företag för petroleumforskning och petroleumverksamhet, nedan kallat ERAP)], som är ett affärsdrivande offentligt industriföretag (EPIC). Det kommer att ta upp lån på finansmarknaderna för att finansiera [den franska] statens andel i [förstärkningen av det egna kapitalet] [i FT]."

8. Den 4 december 2002 anmälde Republiken Frankrike till kommissionen de finansiella åtgärder som skulle vidtas enligt Ambitionsplanen 2005, däribland det planerade aktieägartillskottet som tillkännagavs samma dag.

9. Den 11 och den 12 december 2002 emitterade FT två på varandra följande obligationslån för sammanlagt 2,9 miljarder euro.

10. ERAP, genom vilket den franska staten den 14 april 2003 innehade 28,6 procent av aktierna i FT, delgav den 20 december 2002 FT ett paraferat och undertecknat förslag till avtal om aktieägartillskott (nedan kallat det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002). FT undertecknade inte detta avtalsförslag och aktieägartillskottet genomfördes aldrig.

11. Den 15 januari 2003 tog FT lån i form av emitteringar av obligationslån för sammanlagt 5,5 miljarder euro. Obligationslånen täcktes inte av någon statlig säkerhet eller garanti. FT förnyade den 10 februari 2003 en del av ett syndikerat lån på 15 miljarder euro som hade förfallit till betalning.

12. Den 4 mars 2003 verkställdes den förstärkning av det egna kapitalet som ingick i Ambitionsplanen 2005. Den 24 mars 2003 ökades FT:s kapital med 15 miljarder euro. Den franska staten bidrog med 9 miljarder euro vilket var proportionerligt med dess andel av FT:s kapital. Transaktionen avslutades den 11 april 2003. FT avslutade räkenskapsåret 2002 med en förlust på cirka 21 miljarder euro och en nettoskuld på nära 68 miljarder euro. Räkenskaperna för år 2002, som FT offentliggjorde den 5 mars 2003, visade att FT:s omsättning hade ökat med 8,4 procent, vinsten före avskrivningar hade ökat med 21,1 procent och vinsten före finansiella poster hade ökat med 30,9 procent. Den 14 april 2003 innehade den franska staten 58,9 procent av aktierna i FT.

13. Bolagen Bouygues ingav den 22 januari 2003 ett klagomål till kommissionen om visst stöd som den franska staten hade beviljat FT och Orange inom ramen för återfinansieringen av FT.

14. Den 3 augusti 2004 delgav kommissionen de franska myndigheterna det omtvistade beslutet. I artikel 1 i beslutet föreskrivs att "[det aktieägartillskott] som [Republiken Frankrike] beviljade [FT] i december 2002 i form av en kreditfacilitet på 9 miljarder euro utgör med hänvisning till uttalandena från juli 2002 och framåt ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden". I artikel 2 i det omtvistade beslutet föreskrivs att "[d]et stöd som avses i artikel 1 [inte] skall … leda till återkrav".

15. När det gäller FT:s ekonomiska ställning konstaterade kommissionen att FT sedan juni 2002 hade allvarliga strukturella problem och problem med sin balansräkning. Kommissionen ansåg att vid den tidpunkt då uttalandet av den 12 juli 2002 gjordes skulle en ytterligare sänkning av FT:s kreditvärdering ha medfört att bolagets kreditvärdering inte längre skulle nå upp till nivån hög kreditvärdighet och att kreditvärderingsinstituten S & P och Moody's var på väg att sänka kreditvärderingen till "junk bond" (nedan kallade högriskobligationer). Kommissionen ansåg att FT var föremål för en förtroendekris i juli 2002.

16. I skäl 186 i det omtvistade beslutet konstaterade kommissionen att de åtgärder som anmäldes i december 2002 hade föregåtts av flera uttalanden och åtgärder från de franska myndigheternas sida sedan juli 2002. Dessa uttalanden och åtgärder gjorde det lättare att förstå orsakerna till och omfattningen av åtgärderna i december 2002. Uttalandena och åtgärderna påverkade hur marknaden och de ekonomiska aktörerna uppfattade FT:s situation i december 2002. Vidare ansåg kommissionen att uttalandena och åtgärderna från juli 2002 och framåt kunde bedömas som en helhet, vilka kunde tolkas som att statliga medel utsattes för en risk (skäl 187). Kommissionen konstaterade att fördelarna för företaget, som blev särskilt tydliga i juli, inte inträffade på samma gång som det potentiella ianspråktagandet av statliga medel, som snarare förekom i december. Enligt kommissionen var det dock svårt att tveklöst avgöra om uttalandena i juli 2002 åtminstone potentiellt kunde anses ha bundit statliga medel. Teorin om att uttalandena från juli 2002 kunde utgöra stöd ”[var] därför nyskapande, men troligen inte helt grundlös” (skäl 188). Kommissionen ansåg dock att den inte hade tillräcklig information för att kunna bevisa inslag av stöd enligt denna teori (skäl 189).

17. Kommissionen inriktade därför sin bedömning på de åtgärder som vidtogs från december 2002 och framåt, vilka hade anmälts av den franska staten. Kommissionen ansåg i fråga om dessa åtgärder att det var särskilt tydligt att statliga medel bands upp och att företaget fick en fördel ”med hänsyn till hur uttalandena ... påverkade marknade[n]”. Vidare påpekade kommissionen att det föreslagna aktieägartillskottet av den 20 december 2002 gav FT en fördel, eftersom företaget kunde öka sin finansiering och lugna marknadens oro för om det skulle fullgöra sina förpliktelser. Även om avtalet om aktieägartillskott aldrig skrevs under ”förespeglades marknaden ett [tillskott] som gav FT en fördel eftersom marknaden ansåg att [FT:s] ekonomiska ställning var solidare” (skäl 194). Kommissionen ansåg att fördelen beviljats genom en statlig åtgärd som innebar potentiell men inte omedelbar överföring av medel, vilket inte utesluter att fördelen beviljades med statliga medel. Kommissionen fann att ”statliga medel [potentiellt] kan ha belastats när [aktieägartillskottet] offentliggjordes och villkoren för tillhandahållandet fastställdes, eftersom marknaden fick intryck av att [tillskottet] faktiskt tillhandahållits och slutligen när det av ERAP paraferade och undertecknade ... avtalet översändes till FT” (skäl 196).

18. Kommissionen drog slutsatsen att de aktuella åtgärderna utgjorde ett statligt stöd som var oförenligt med den gemensamma marknaden. Eftersom stödets inverkan inte kunde beräknas med precision, utgjorde dock rätten att gå i svaromål hinder för att återkräva stödet. Eftersom kommissionen hade gjort en helhetsbedömning av andra omständigheter än det föreslagna aktieägartillskottet av den 20 december 2002 och eftersom frågeställningen om ett sådant beteende är förenligt med reglerna om statligt stöd var ny, utgjorde även principen om skydd för berättigade förväntningar hinder för ett återkrav.

II – Den överklagade domen

19. Republiken Frankrike, FT, bolagen Bouygues och Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications yrkade vid tribunalen att det omtvistade beslutet (helt eller delvis) skulle ogiltigförklaras.

20. I den överklagade domen prövade tribunalen, efter att ha slagit fast att de olika sökande hade ett berättigat intresse av att få saken prövad, den kvalificering som statligt stöd som kommissionen hade gjort i det omtvistade beslutet. I det avseendet uppgav tribunalen i punkt 221 att det ”för det första [ska] prövas huruvida uttalandena från juli 2002 och framåt och det planerade aktieägartillskottet i december 2002 för sig eller tillsammans ger FT en eller flera fördelar. Om så är fallet ska det för det andra prövas huruvida dessa fördelar som FT eventuellt beviljats följer av en överföring av statliga medel. Om så är fallet ska det för det tredje prövas huruvida kriteriet avseende en rationell privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor iakttogs när FT eventuellt beviljades dessa fördelar som härrör från statliga medel.”

21. Vad först beträffar uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002, konstaterade tribunalen i punkt 234 i den överklagade domen att ”[k]ommissionen har i det [omtvistade] beslutet visat att uttalandena gav FT en avsevärd fördel, eftersom de ledde till att FT återfick förtroendet på finansmarknaderna, de gjorde det möjligt för FT att lättare och till en lägre kostnad få ny kredit som bolaget behövde för att återfinansiera de skulder uppgående till 15 miljarder euro som skulle komma att förfalla till betalning inom kort och slutligen eftersom de bidrog till att stabilisera FT:s mycket instabila ekonomiska ställning som i juni och juli 2002 var på väg att försämras avsevärt”. I den följande punkten konstaterade tribunalen även att ”kommissionen med stöd av ett antal indicier fastställde att till följd av uttalandet av den 12 juli 2002, de uttalanden som gjordes därefter och tillkännagivandet av det planerade aktieägartillskottet den 4 december 2002, gav kreditvärderingsinstituten FT en mer fördelaktig kreditvärdering än den som de skulle ha gett eller tidigare avsett att ge med hänsyn till den finansiella kris som FT befann sig i”. I punkt 237 medgav tribunalen att ”uttalandena tillsammans [har] haft en avgörande inverkan på kreditvärderingsinstitutens reaktion, och denna reaktion har sedan varit avgörande för hur investerarna och fordringsägarna omvärderade FT:s anseende samt för finansmarknadernas aktörers beteende, vilka senare deltog i en återfinansiering av FT”. I punkt 240 drog tribunalen slutligen slutsatsen att ”[d]en positiva och stabiliserande verkan på kreditvärderingen av FT som direkt följer av uttalandena från juli 2002 och framåt och de franska myndigheternas avsikt, … nödvändigtvis [fick] till följd att FT beviljades en ekonomisk fördel och att dess ekonomiska ställning stärktes. Kommissionen kunde, endast med stöd av detta konstaterande, fastställa att FT beviljades en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG, utan att behöva fastställa dess belopp.”

22. I punkt 243 och följande punkter i den överklagade domen prövade tribunalen därefter ”huruvida aktieägartillskottet, som inte genomfördes längre än till ett av FT icke undertecknat och icke verkställt avtalsförslag, i sig har gett FT en ytterligare fördel som skiljer sig från den fördel som beskrivits i punkterna 235–237 [i den överklagade domen]”. I punkt 244 hänvisade tribunalen till skäl 194 i det omtvistade beslutet, där det ”anges att även om FT aldrig skrev under avtalet om aktieägartillskott och det inte heller verkställdes gav det FT en fördel, eftersom företaget kunde öka sin finansiering och lugna marknadens oro för om det kunde fullgöra sina förpliktelser och på så sätt påverka lånevillkoren för FT”. Tribunalen preciserade att det framgår av detta skäl att ”[d]et var … den omständigheten att ’marknaden [förespeglades] ett [tillskott] som gav FT en fördel eftersom marknaden ansåg att [FT:s] ekonomiska ställning var solidare’”. I punkt 245 påpekade tribunalen att ”[i] den mån som kommissionen likställer den ovan beskrivna fördelen med en lugnande verkan på marknaden och att tredjeman fick intryck av att FT tillhandahållits ett aktieägartillskott, har denna fördel … uppenbarligen förväxlats med den som följer av uttalandena från juli 2002 och framåt, och särskilt med den som följer av tillkännagivandet av aktieägartillskottet den 4 december 2002 som redan hade haft en sådan verkan på finansmarknaderna och förbättrat FT:s lånevillkor”. I den följande punkten förklarade tribunalen att ”[d]et verkar … vara uteslutet att det planerade aktieägartillskott som var föremål för det undertecknade, paraferade avtal som ERAP översände till FT har kunnat ha samma eller åtminstone liknande påverkan på marknaderna som tillkännagivandet av detsamma den 4 december 2002”, eftersom ”den omständigheten att ERAP översände avtalet om aktieägartillskott till FT den 20 december 2002 inte [medförde] ett separat offentliggörande av det planerade aktieägartillskottet, utöver tillkännagivandet den 4 december 2002”.

23. I punkterna 251–256 i den överklagade domen prövade tribunalen huruvida kommissionen ”har styrkt att [endast] den … omständigheten att FT hade en ensidig och ovillkorlig rätt att förfoga över den kreditfacilitet på 9 miljarder euro som var föremål för avtalet om aktieägartillskott, innebar att FT beviljades en fördel, trots att avtalsförslaget varken undertecknades eller verkställdes”. Enligt tribunalen framgick det nämligen av det omtvistade beslutet ”tillräckligt klart och tydligt” att kommissionen hade beaktat en sådan ytterligare fördel som skilde sig från den som beskrevs i punkterna 235–237 i domen och som följde av ”uttalandena från juli 2002 och framåt” och av tillkännagivandet av den

4 december 2002 (punkterna 248–250). I slutet av sin analys drog tribunalen slutsatsen att sådan bevisning saknades, eftersom kommissionen inte, med beaktande av de villkor som reglerade fullgörandet av det aktuella kreditavtalet, hade undersökt huruvida detta konkret hade fördelaktiga ekonomiska effekter för FT (punkt 257).

24. I punkt 262 och följande punkter i den överklagade domen berörde tribunalen frågan huruvida de fördelar som tidigare fastställts följde av en överföring av statliga medel. Först underkände tribunalen bolagen Bouygues ståndpunkt att en sådan överföring följde av uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002, till följd av att dessa uttalanden var öppet hållna, otydliga och villkorliga och det förhållandet att det inte var styrkt att de uppfyllde ”villkoren för ett ensidigt rättsligt bindande åtagande från ... statens sida, om så endast i form av en avsiktsförklaring, och ... [som] innebar att det skett en överföring av statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG” (punkterna 268–289).

25. Tribunalen prövade därefter huruvida en överföring av statliga medel hade styrkts vad beträffar dels tillkännagivandet av den 4 december 2002, dels det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002.

26. Vad beträffar tillkännagivandet av den 4 december 2002 konstaterade tribunalen att varken kommissionen eller bolagen Bouygues hade hävdat att detta tillkännagivande innebar att det skedde en överföring av statliga medel i enlighet med fransk förvaltningsrätt och civilrätt och att det följaktligen inte ankom på tribunalen att pröva en sådan fråga (punkterna 293–295). I punkt 296 tillade tribunalen att ”[e]n överföring av statliga medel till följd av tillkännagivandet av den 4 december 2002 kan under alla omständigheter endast motsvara en fördel som består i att en kreditfacilitet på 9 miljarder euro ställdes till förfogande, såsom uttryckligen förutsågs däri. För det första har det i punkt 292 [i den överklagade domen] erinrats om att kommissionen inte styrkte att det hade skett en sådan överföring i det [omtvistade] beslutet. För det andra skiljer sig denna fördel från den som följer av uttalandena från juli 2002 och framåt, såsom anges i beslutet (se punkt 243 och följande punkter [i den överklagade domen]), vilket emellertid inte påverkar frågan huruvida fördelen utgör en förbättring av villkoren för återfinansieringen av FT och/eller en eventuell höjning av dess aktie- och obligationskurs.” I den följande punkten angav tribunalen att ”[d]et förutsätts ..., för att ... krav[et] på samband mellan den fastställda fördelen och överföringen av statliga medel ska vara uppfyllt, att fördelen har ett nära samband med en motsvarande kostnad som belastar statens budget ... Så är emellertid inte fallet i detta mål vad gäller förhållandet mellan den fördel i det [omtvistade] beslutet som följer av uttalandena från juli 2002 och framåt, å ena sidan, och den påstådda överföringen av statliga medel till följd av att en kreditfacilitet på 9 miljarder euro ställdes till förfogande, såsom förutsågs i tillkännagivandet av det planerade aktieägartillskottet den 4 december 2002, å andra sidan.” Följaktligen drog tribunalen slutsatsen att kommissionen inte hade styrkt att det aktuella tillkännagivandet innebar att det hade skett en överföring av statliga medel.

27. Vad beträffar det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002, inskränkte sig tribunalen till att fastslå att ”[e]ftersom kommissionen inte styrkte i det [omtvistade] beslutet att en fördel hade beviljats till följd av det avtalsmässiga förslaget som sådant (se punkterna [254–257 i den överklagade domen]), är det än mindre möjligt för tribunalen att slå fast att det skedde en överföring av statliga medel som hade ett samband med denna fördel” (punkt 299).

28. Tribunalen berörde slutligen frågan huruvida ”kommissionen, inom ramen för sin helhetsbedömning (se punkt 266 [i den överklagade domen]), ändå gjorde rätt när den bedömde uttalandena från juli 2002 och framåt, tillkännagivandet av det planerade aktieägartillskottet och översändandet av avtalet om aktieägartillskott tillsammans, för att slå fast att kriteriet avseende överföring av statliga medel var uppfyllt i detta mål”(punkterna 302–309). Efter denna prövning drog

tribunalen slutsatsen att ”[ä]ven om kommissionen ... hade möjlighet att ta hänsyn till samtliga inträffade händelser som påverkat den franska statens slutgiltiga beslut i december 2002 att stödja FT genom ett aktieägartillskott när den kvalificerade fördelen, har kommissionen inte styrkt att det skett en överföring av statliga medel som har samband med denna fördel”.

III – Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

29. Bolagen Bouygues har, genom handling som inkom till domstolens kansli den 4 augusti 2010, överklagat tribunalens dom (mål C-399/10 P). Även kommissionen har, genom handling som inkom till domstolens kansli den 5 augusti 2010, överklagat denna dom (mål C-401/10 P). Genom beslut av domstolens ordförande den 28 februari 2011 tilläts Konungariket Danmark och Förbundsrepubliken Tyskland att intervenera i mål C-399/10 P till stöd för kommissionens respektive Republiken Frankrikes yrkanden. Konungariket Danmark avstod senare från sin rätt att intervenera. Genom beslut av domstolens ordförande den 8 september 2011 förenades målen C-399/10 P och C-401/10 P med avseende på det muntliga förfarandet och domen.

30. Bolagen Bouygues har i mål C-399/10 P i första hand yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen, pröva målet i sak och delvis ogiltigförklara artikel 1 i det omtvistade beslutet, i den mån kommissionen däri underförstått men med nödvändighet underlät att kvalificera den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 som statligt stöd, och ogiltigförklara artikel 2 i nämnda beslut. För det fall domstolen finner att målet inte är färdigt för avgörande, har bolagen i andra hand yrkat att domstolen ska återförvisa målet till tribunalen för en ny prövning samt förplikta kommissionen, FT, Republiken Frankrike och Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna. I mål C-401/10 P har bolagen Bouygues hänvisat till de yrkanden som framställdes i deras överklagande.

31. Kommissionen har i mål C-401/10 P yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen, i den mån tribunalen ogiltigförklarade artikel 1 i det omtvistade beslutet och förpliktade kommissionen att bära sina rättegångskostnader och ersätta Republiken Frankrikes och FT:s rättegångskostnader i målen T-425/04 och T-444/04, samt återförvisa målet till tribunalen för en ny prövning och förordna att beslut i fråga om rättegångskostnaderna i målet ska meddelas senare. I mål C-399/10 P har kommissionen instämt i bolagen Bouygues yrkanden, utom såvitt avser yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 1 i det omtvistade beslutet, i den mån som tribunalen underförstått men med nödvändighet underlät att kvalificera den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 som statligt stöd, yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 2 i nämnda beslut samt yrkandet om att kommissionen ska förpliktas att bära sina rättegångskostnader och ersätta bolagen Bouygues rättegångskostnader.

32. FT och Republiken Frankrike har yrkat att domstolen ska ogilla bolagen Bouygues och kommissionens överklaganden eller, i annat fall, återförvisa målet till tribunalen. För det fall domstolen upphäver domen och beslutar att inte återförvisa målet till tribunalen, har FT och Republiken Frankrike yrkat att domstolen ska bifalla samtliga eller delar av deras respektive yrkanden i första instans och förplikta bolagen Bouygues och kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

33. Förbundsrepubliken Tyskland har anslutit sig till Republiken Frankrikes yrkanden och har även yrkat att domstolen ska förplikta bolagen Bouygues och kommissionen att ersätta intervenienternas rättegångskostnader.

IV – Prövning av överklagandena

34. Bolagen Bouygues har till stöd för sitt överklagande i mål C-399/10 P åberopat två grunder. Som första grund har det gjorts gällande att tribunalen begick fel när den klassificerade den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 som stöd. Den andra grunden avser att tribunalen begick fel vid kvalificeringen som stöd av det aktieägartillskott som den franska staten beviljade FT i form av att en kreditfacilitet på 9 miljarder euro ställdes till förfogande i december 2002.

35. Kommissionen har åberopat tre grunder inom ramen för sitt överklagande i mål C-401/10 P. Som första grund har det gjorts gällande att motiveringen i den överklagade domen är motstridig. Kommissionen har som andra grund gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 87.1 EG. Den tredje grunden avser frågan huruvida det omtvistade beslutet missuppfattades.

A – *Anmärkningarna om att artikel 87.1 EG åsidosattes*

36. I de följande punkterna kommer jag att först pröva de anmärkningar som bolagen Bouygues har anfört inom ramen för sin första grund, vilken avser att tribunalen felaktigt underlät att kvalificera den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 som stöd. Därefter kommer jag att gemensamt pröva de anmärkningar som bolagen Bouygues har anfört inom ramen för sin andra grund och som kommissionen har anfört inom ramen för sin andra grund, vilka avser kvalificeringen som stöd av det aktieägartillskott som den franska staten beviljade FT. Eftersom villkoret att stöden ska finansieras med hjälp av statliga medel är själva kärnfrågan i diskussionerna mellan parterna, är det lämpligt att låta prövningen av dessa anmärkningar föregås av en kortfattad redogörelse för rättspraxis på området.

1. Redogörelse för den rättspraxis som avser villkoret att stödet ska finansieras med hjälp av statliga medel

37. Enligt numera fast rättspraxis är ett av villkoren för att det ska föreligga ett stöd att statliga medel tas i anspråk, vilket följaktligen ska medföra en kostnad som belastar statens budget.

38. Även om det enligt nu gällande regler för statligt stöd är fråga om en etablerad princip, har emellertid så inte alltid varit fallet. Domstolen tycktes i ett första skede av sin rättspraxis snarare inrikta sig på att fastslå att en åtgärd var statlig *antingen* på grund av att allmänna medel användes för att finansiera åtgärden *eller* på grund av att åtgärden kunde tillskrivas staten.[2] I en dom från år 1985, där domstolen skulle ta ställning till huruvida ett bidrag till jordbrukare som finansierades genom driftsöverskottet från franska Caisse nationale de crédit agricole utgjorde stöd, slog således domstolen uttryckligen fast att ”ett stöd inte nödvändigtvis [måste] finansieras med statliga medel för att betraktas som statligt stöd”.[3] Några år senare bekräftade domstolen detta synsätt i domen i de förenade

2 — Detta synsätt grundades på användningen av den disjunktiva konjunktionen ”eller” i uttrycket ”stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel” i den tidigare artikel 92.1 i EEG-fördraget (senare artikel 92.1 i EG-fördraget, därefter artikel 87.1 EG i ändrad lydelse, och nu artikel 107 FEUF): se, i det avseendet, Merola, M. ”Le critère de l’utilisation des ressources publiques”, i *Les aides d’État*, Éditions de l’Université Libre de Bruxelles, 2005, s. 15.

3 — Dom av den 30 januari 1985 i mål 290/83, kommissionen mot Frankrike (REG 1985, s. 439; svensk specialutgåva, volym 8, s. 39), punkt 14. I det fallet rådde det inte någon tvekan om att åtgärden hade beslutats på uppmaning av de offentliga myndigheterna och följaktligen kunde tillskrivas staten, medan den franska regeringen däremot hävdade att överskottet som användes för att finansiera bidraget inte var statliga medel utan ränteavkastningen från driften av en privat sparbank.

målen Kwekerij van der Kooy m.fl. mot kommissionen,[4] och år 1988, i en dom som avsåg huruvida en räntesubvention på exportkrediter som de grekiska myndigheterna beviljade genom Greklands centralbank utgjorde stöd,[5] betecknade domstolen detta synsätt som ”fast rättspraxis”.[6] Även flera generaladvokater stödde en tolkning av artikel 92 i EG-fördraget enligt vilken den offentliga finansieringen av stödet inte är ett nödvändigt villkor för att en åtgärd som utan tvekan kan tillskrivas staten ska kunna kvalificeras som stöd.[7]

39. Från och med domen i de förenade målen Sloman Neptun[8] har dock domstolen klart intagit en motsatt ståndpunkt. Genom att underkänna det av kommissionen anförda resonemanget som grundade sig på ovannämnda rättspraxis, och i motsats till generaladvokaten Darmons förslag till avgörande, slog domstolen i nämnda dom fast att ”endast de förmåner som ges direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel [ska] betraktas som stöd enligt artikel 92.1 i fördraget” och att ”[d]et framgår ... redan av ordalydelsen i bestämmelsen ... att förmåner som ges med andra medel än statliga inte omfattas av de ifrågavarande bestämmelsernas tillämpningsområde”.[9] Omsvängningen bekräftades i domen i målet Kirsammer-Hack,[10] som också avsåg sociallagstiftningsområdet. Detta synsätt har senare konstant följts.[11] I målet PreussenElektra[12] hade domstolen öppet uppmanats av kommissionen att ompröva sin praxis, särskilt mot bakgrund av den senaste utvecklingen av gemenskapens rättsordning, men domstolen följde inte denna uppmaning.[13]

40. Även om en fördel som ett eller flera företag beviljas måste vara finansierad med hjälp av statliga medel för att den ska anses vara statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF, följer det däremot av fast rättspraxis att det inte alltid är nödvändigt att visa att en överföring av sådana medel har ägt rum.[14] Statens avstående från att uppbära intäkter, trots att det inte innebär en direkt överföring av allmänna medel, kan också utgöra stöd enligt artikel 107 FEUF.[15] Domstolen har redan

4 — dom av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, Kwekerij van der Kooy m.fl. mot kommissionen (REG 1988, s. 219; svensk specialutgåva, volym 9, s. 305), punkterna 32–38. I det målet var det fråga om tillämpningen i Nederländerna av en förmånstaxa för naturgas som gynnade en viss användargrupp och som fastställdes av gasproducenterna, däribland Gasunie, ett privaträttsligt bolag som till 50 procent ägdes direkt eller indirekt av den nederländska staten. Efter att med hänsyn till aktieägarstrukturen i Gasunie ha slagit fast att fastställandet av taxan var en följd av den nederländska statens uppträdande, slog domstolen fast att ”[d]etta konstaterande är tillräckligt för att dra den slutsatsen att fastställandet av den omtvistade taxan ... skall ... omfattas av begreppet stöd som ges av en medlemsstat i enlighet med artikel 92 i fördraget”.

5 — Dom av den 7 juni 1988 i mål 57/86, Grekland mot kommissionen (REG 1988, s. 2855), punkt 12.

6 — det ska dock noteras att redan vid denna tidpunkt hade domstolen vid två tillfällen uteslutit att det förelåg ett stöd efter att ha konstaterat att fördelarna inte beviljades direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel: se dom av den 24 januari 1978 i mål 82/77, van Tiggele (REG 1978, s. 25; svensk specialutgåva, volym 4, s. 1), punkt 24, och av den 13 oktober 1982 i de förenade målen 213/81-215/81, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl. (REG 1982, s. 3583), punkt 22.

7 — Se generaladvokaten Verloren van Themaats förslag till avgörande i de ovannämnda förenade målen Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Will m.fl., generaladvokaten Slynns förslag till avgörande i det ovannämnda målet Grekland mot kommissionen och generaladvokaten Darmons förslag till avgörande i de förenade målen C-72/91 och C-73/91, Sloman Neptun, där domstolen meddelade dom den 17 mars 1993 (REG 1993, s. I-887; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-47). Se, mer nyligen, generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande i mål C-237/04, Enirisorse, där domstolen meddelade dom den 23 mars 2006 (REG 2006, s. I-2843), punkterna 44–53.

8 — Domen i de ovannämnda förenade målen.

9 — I punkt 19 preciserade domstolen att ”[s]killnaden mellan stöd som ges av staten eller med hjälp av statliga medel syftar till att i begreppet stöd inte endast inbegripa stöd som ges direkt av staten utan också stöd som ges av offentliga eller privata organ, som utsetts eller inrättats av staten”. I en senare dom preciserade domstolen att villkoret avseende en överföring av statliga medel inte ersatte villkoret att de fördelar som beviljats mottagarna av de aktuella åtgärderna ska kunna tillskrivas staten, utan att det tillkom utöver detta: dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen (REG 2002, s. I-4397), punkt 24.

10 — Dom av den 30 november 1993 i mål C-189/91, Kirsammer-Hack (REG 1993, s. I-6185).

11 — Se dom av den 1 december 1998 i mål C-200/97, Ecotrade (REG 1998, s. I-7907), punkt 36, där frågan uppkom huruvida den italienska lagen om införande av förfarandet med tvångsförvaltning av storföretag i kris, vilken avvek från de allmänna konkursreglerna, innehöll inslag av stöd, och dom av den 17 juni 1999 i mål C-295/97, Piaggio (REG 1999, s. I-3735), som avsåg samma italienska lag. I linje med samma rättspraxis, om än med några skillnader vad gäller resonemanget, se även dom av den 7 maj 1998 i de förenade målen C-52/97-C-54/97, Viscido m.fl. (REG 1998, s. I-2629).

12 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099).

13 — Det är intressant att notera att i det ovannämnda målet PreussenElektra bars kostnaderna för den aktuella åtgärden huvudsakligen av privata aktörer som var verksamma på samma marknad som stödmottagarna, vilket medförde en ytterligare snedvridning av konkurrensen.

14 — Dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España (REG 1994, s. I-877), punkt 14, av den 27 juni 2000 i mål C-404/97, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-4897), punkt 45, och domen i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 36.

15 — Se, särskilt, domen i det ovannämnda målet Banco Exterior de España, punkt 14, och dom av den 19 maj 1999 i mål C-6/97, Italien mot kommissionen (REG 1999, s. I-2981), punkt 16.

slagit fast att kriteriet finansiering med hjälp av statliga medel kan vara uppfyllt i fråga om följande: en skattebefrielse eller en skattelättnad,[16] ett uppskjutande av beskattning och, på vissa villkor, betalningslättnader avseende sociala avgifter som skönsmässigt beviljas ett företag av det organ som ansvarar för indrivningen av dem,[17] tillhandahållande av varor eller tjänster till förmånliga villkor,[18] ett faktiskt avstående från offentliga fordringar eller en befrielse från skyldighet att betala böter eller andra straffavgifter[19].

41. I domen i målet Ecotrade medgav dessutom domstolen att ”en ytterligare börda för de offentliga myndigheterna” skulle kunna följa av att en statlig garanti beviljas,[20] vilket är det typfall som bolagen Bouygues uttryckligen har erinrat om med avseende på uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002. I det avseendet vill jag erinra om att kommissionen, i sitt tillkännagivande om statligt stöd i form av garantier (nedan kallat tillkännagivandet om stöd i form av garantier),[21] beträffande frågan om ianspråktagande av allmänna medel, angav, ”[f]ör att undvika eventuella oklarheter”, att när staten inte får ersättning i form av en lämplig avgift för att den bär risken ”gynnar det företaget samtidigt som statens medel tas i anspråk”. Följaktligen beviljas stödet ”vid den tidpunkt då garantin beviljas, inte då garantin åberopas eller då medel betalas ut enligt villkoren i garantin” och stöd föreligger ”även om det visar sig att staten aldrig betalar ut några medel inom ramen för en garanti”.[22] Användningen av allmänna medel följer således inte av den framtida och osäkra kostnad som skulle belasta statens budget för det fall garantin togs i anspråk, utan av det förhållandet att staten, *utan någon lämplig ersättning, tar på sig risken för en sådan förlust*, vilken enligt kommissionen består i en aktuell utebliven inkomst. Närmare bestämt är det kombinationen av dessa två omständigheter – den risk som bärs och avsaknaden av en lämplig avgift – som ger upphov till att allmänna medel tas i anspråk, när det gäller en garanti.[23]

42. Slutligen ska det erinras om, vilket bolagen Bouygues korrekt har framhållit, att domstolen i domen i det ovannämnda målet Ecotrade medgav att även en *framtida och potentiell kostnad* för de offentliga myndigheterna skulle kunna räcka för att uppfylla villkoret om användning av statliga medel.[24]

16 — se domarna i de ovannämnda målen Banco Exterior de España, punkt 14, och Italien mot kommissionen, punkt 16, och dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-6857), punkterna 26 och 27.

17 — Dom av den 29 juli 1999 i mål C-256/97, DM Transport (REG 1999, s. I-3913).

18 — Dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl. (REG 1996, s. I-3547), punkt 59.

19 — Domen i det ovannämnda målet Piaggio, punkterna 41 och 42.

20 — Se dom av den 1 december 1998 i mål C-200/97, Ecotrade (REG 1998, s. I-7907), punkt 43. Se även domstolens dom av den 27 juni 2000 i mål C-404/97, kommissionen mot Portugal (REG 2000, s. I-4897), och förstainstansrättens dom av den 13 juni 2000 i de förenade målen T-204/97 och T-270/97, EPAC mot kommissionen (REG 2000, s. II-2267), där förstainstansrätten angav att ”beviljandet av en statlig garanti [inte kan] undantas från förbudet i artikel 92 i fördraget enbart av det skälet att det mottagande företaget inte har erhållit denna förmån genom att statliga medel omedelbart och entydigt har tagits i anspråk” (punkt 81).

21 — EUT C 155, 2008, s. 10.

22 — För ett liknande resonemang, se domen.

23 — Såvitt jag vet har domstolen ännu inte uttryckligen tagit ställning till denna fråga (se dock dom av den 8 december 2011 i mål C-275/10, Residex Capital IV, REU 2011, s. I-13043, där domstolen, i likhet med tillkännagivandet om stöd i form av garantier, har identifierat ett inslag av stöd i den lägre finansiella kostnaden för mottagaren av den statliga garantin jämfört med den kostnad som skulle ha uppkommit om mottagaren hade varit tvungen att skaffa finansiering eller en garanti till marknadspris). Vad beträffar förstainstansrätten, se domen i det ovannämnda målet EPAC mot kommissionen, punkterna 80 och 81. Se även, mer nyligen, förstainstansrättens dom av den 19 oktober 2005 i mål T-318/00, Freistaat Thüringen mot kommissionen (REG 2005, s. II-4179), punkt 125, och tribunalens dom av den 10 november 2011 i mål T-384/08, Elliniki Nafpigokataskevastiki m.fl. mot kommissionen, punkt 92, där det hänvisas till punkt 80 i domen i det ovannämnda målet EPAC mot kommissionen.

24 — I punkt 41 i nämnda dom medgav nämligen domstolen att ”[m]ed hänsyn till att de fordringar som hör samman med den fortsatta ekonomiska verksamheten är prioriterade”, kan det tillstånd att fortsätta verksamheten som de företag som omfattas av förfarandet med tvångsförvaltning beviljats ”innebära att en ytterligare börda läggs på de offentliga myndigheterna, om det faktiskt fastställs att staten eller offentliga organ finns bland de främsta fordringsägarna [till] ... företaget i kris”.

2. Kvalificeringen av den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 som stöd (den första grunden i mål C-399/10 P)

43. Som första grund har bolagen Bouygues hävdat att tribunalen felaktigt inte kvalificerade den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 som stöd. Denna grund består av tre delar. Som första delgrund har bolagen Bouygues gjort gällande att tribunalen begick fel när den definierade de erforderliga villkoren för att ett stödjande uttalande ska kunna medföra att statliga medel tas i anspråk (se punkt a nedan). Som andra delgrund har bolagen anfört att de nationella rättsregler som det redogjordes för vid kommissionen missuppfattades (se punkt b nedan). Slutligen har de, genom den första grundens tredje del, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig kvalificering genom att den felaktigt underlät att, såsom en användning av allmänna medel, beakta de ekonomiska effekterna av de förväntningar som statens uttalanden hade skapat (se punkt c nedan).

a) De fel som tribunalen påstås ha begått när den definierade de erforderliga villkoren för att ett stödjande uttalande av staten ska kunna medföra en användning av allmänna medel (den första grundens första del i mål C-399/10 P)

44. Inom ramen för den första grundens första del har bolagen Bouygues, utan att i sig ifrågasätta villkoret att stödet ska finansieras med hjälp av statliga medel, ifrågasatt de krav som tribunalen uppställde för att det skulle anses styrkt att detta villkor var uppfyllt beträffande uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002. För det första stödde sig tribunalen felaktigt på att risken för att allmänna medel skulle tas i anspråk var av framtida och osäker karaktär för att utesluta att dessa uttalanden utgjorde stöd. För det andra, och i motsats till vad tribunalen hävdade, är de obestämda villkoren för statens ingripande och det obestämda belopp som garanterades inte en avgörande omständighet för att utesluta att statliga medel tagits i anspråk, eftersom begreppet garanti inte är begränsat till de traditionella säkerheter som föreskrivs och regleras i nationell rätt. Slutligen har bolagen Bouygues gjort gällande att tribunalen felaktigt ansåg att det krävdes ett rättsligt bindande åtagande från staten för att styrka att allmänna medel hade använts.

45. De anmärkningar som angetts ovan är riktade mot punkterna 279 och 280 i den överklagade domen. Efter att ha analyserat karaktären av uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 (punkterna 272–278 i den överklagade domen), drog tribunalen i punkt 279 slutsatsen att ”[dessa uttalanden] – till följd av att de är öppet hållna, otydliga och villkorliga, särskilt med avseende på deras natur, räckvidd och villkoren för en eventuell intervention från den franska statens sida till förmån för FT ... – inte [kan] likställas med en statlig garanti eller tolkas som att de ger uttryck för ett oåterkalleligt åtagande att bevilja FT finansiellt stöd”. I den följande punkten angav vidare tribunalen att ”[f]ör att det ska vara fråga om ett konkret, ovillkorligt och oåterkalleligt åtagande från den franska statens sida förutsätts att uttalandena uttryckligen anger antingen exakt vilka belopp som ska investeras, vilka skulder som det ska ges en garanti för eller, åtminstone, att en ekonomisk ram förutbestäms, till exempel att en kreditfacilitet uppgående till ett visst belopp ska ställas till förfogande eller villkoren för beviljande för det planerade stödet”.

46. Jag vill redan nu påpeka att tribunalens konstateranden som återges i föregående punkt går utanför ramarna för en analys som utförs med hänsyn till relevant nationell rätt, vilken analys tribunalen gjorde först i punkt 283 och följande punkter i den överklagade domen. Jag medger att tribunalens tillvägagångssätt, vilket består i att analysera frågan huruvida ett stödjande uttalande från staten utgör ett rättsligt bindande åtagande som kan medföra att allmänna medel tas i anspråk utan att hänvisa till de relevanta bestämmelserna i tillämplig nationell rätt, gör mig förbryllad.

47. Även om det antas att en sådan analys är tillåten, har jag även vissa grundläggande invändningar mot de villkor som tribunalen fastställde i punkt 280 i den överklagade domen. Jag anser nämligen att dessa villkor är alltför restriktiva, eftersom de leder till att det är uteslutet att en stödåtgärd vars ekonomiska effekter kan likställas med de ekonomiska effekterna av en statlig garanti,[25] men vars exakta räckvidd, med avseende på den ekonomiska risken för den offentliga budgeten, ännu inte är mätbar vid den tidpunkt då åtgärden vidtas,[26] kan medföra en överföring av allmänna medel, och detta gäller *även när en sådan åtgärd, enligt tillämplig nationell rätt, medför ett rättsligt bindande åtagande för staten*. Att detta principiellt är uteslutet är enligt min mening inte motiverat, särskilt mot bakgrund av domstolens praxis enligt vilken det vid kvalificeringen av en åtgärd som statligt stöd ska beaktas vilka verkningar som åtgärden kan få.[27]

48. Sedan detta påpekats anser jag inte att det är nödvändigt att närmare pröva denna fråga. Att tribunalen inte godtog bolagen Bouygues påstående om att uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 utgör statliga stöd grundar sig nämligen i huvudsak på andra skäl än dem som angavs i punkterna 279 och 280 i den överklagade domen. Eftersom jag, såsom har angetts ovan, anser att de anmärkningar som bolagen Bouygues har anfört mot dessa skäl inte kan godtas till någon del, följer härav att även om jag skulle komma fram till slutsatsen att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning i punkt 280 i den överklagade domen, så skulle ett sådant fel ensamt inte räcka för att upphäva den överklagade domen.

49. Jag övergår därför till att bedöma de anmärkningar som bolagen Bouygues har anfört mot de domskäl i den överklagade domen där tribunalen, för det första, på grundval av bestämmelser i fransk civilrätt och förvaltningsrätt, uteslöt att uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 hade medfört ett rättsligt bindande åtagande för staten (se punkt b nedan) och, för det andra, att uttalandena hade kunnat medföra att statliga medel togs i anspråk även i avsaknad av ett rättsligt åtagande (se punkt c nedan).

25 — Man kan exempelvis tänka sig underförstådda garantier, som följer av de särskilda rättsregler som är tillämpliga på mottagaren, eller avsikts- eller garantiförklaringar. Jag vill i det avseendet påpeka att enligt tillkännagivandet om stöd i form av garantier omfattar begreppet garanti, vid tillämpningen av detta tillkännagivande, ”varje stödåtgärd vars ekonomiska effekter motsvarar de ekonomiska effekterna av en garanti” och som följer antingen av en bestämmelse i nationell rätt eller av administrationens beteende. Kommissionen har således bland annat gjort åtskillnad mellan garantier som har sin upprinnelse i ett ”avtal” eller ”andra rättsliga källor”, i motsats till ”garantier i mindre synlig form”, varvid som exempel nämns ”muntliga åtaganden”.

26 — Jag noterar i förbigående att de villkor som anges i punkt 280 i den överklagade domen, enligt vilka det krävs att räckvidden av den beviljade garantin ska vara mätbar när garantin beviljas, finns med bland de villkor som anges i punkt 3.2 i tillkännagivandet om stöd i form av garantier, vilka måste vara uppfyllda för att principen om en privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor ska iakttas. I avsaknad av samma krav avseende definitionen av den ekonomiska ramen för stödåtgärden, anser kommissionen med andra ord att åtgärden kan utgöra stöd, medan tribunalen anser att denna åtgärd inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 107 FEUF, eftersom det inte har styrkts att statliga medel har tagits i anspråk.

27 — Dom av den 2 juli 1974 i mål 173/73, Italien mot kommissionen (REG 1974, s. 709; svensk specialutgåva, volym 2, s. 321), punkt 27, av den 24 februari 1987 i mål 310/85, Deufil mot kommissionen (REG 1987, s. 901), punkt 8, och av den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot kommissionen (REG 1996, s. I-4551), punkt 20. Vad mer specifikt avser den form som statens stöd antar, se dom av den 14 november 1984 i mål 323/82, Intermills mot kommissionen (REG 1984, s. 3809; svensk specialutgåva, volym 7, s. 685), punkt 31, av den 3 oktober 1991 i mål C-261/89, Italien mot kommissionen (REG 1991, s. I-4437), punkt 8, och domen i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, punkt 25. Denna avsaknad av formalism återspeglar sig även på själva begreppet statliga medel, vilket enligt domstolen ”omfattar alla likvida medel som myndigheterna faktiskt kan använda för att stödja företag”, se domen av den 16 maj 2002 i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 37, där domstolens vida definition syftade till att omfatta offentligägda företags medel, som även om de inte permanent disponerades av staten likväl fortlöpande kontrollerades av staten.

b) Påståendet att de nationella rättsregler som det redogjordes för vid kommissionen missuppfattades (den första grundens andra del i mål C-399/10 P)

50. Bolagen Bouygues har gjort gällande att det var på grund av en missuppfattning av de nationella rättsregler som den skulle ta ställning till som tribunalen slog fast att vissa inslag i uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 – i synnerhet att det inte på ett klart, tydligt och bindande sätt angavs vilka åtgärder som skulle vidtas för att åtgärda FT:s finansieringsproblem, att de var villkorade med att FT skulle få finansieringsproblem och att dessa uttalanden rörde framtiden – utgjorde hinder för att det skulle anses att staten hade ett rättsligt åtagande enligt fransk civilrätt eller förvaltningsrätt.

51. Jag vill erinra om att domstolen nyligen har tagit ställning till gränserna för domstolens prövning, inom ramen för ett överklagande, av tribunalens bedömning av en medlemsstats nationella rätt.[28] I synnerhet har domstolen angett att den ”[t]ill att börja med är ... behörig att pröva om [tribunalen], mot bakgrund av de handlingar och de övriga uppgifter som ingetts, ... missuppfattat ordalydelsen i de aktuella nationella bestämmelserna eller i den nationella rättspraxis eller doktrin som rör dessa bestämmelser. Vidare är domstolen behörig att pröva om [tribunalen] – mot bakgrund av denna information – ... kom fram till slutsatser som uppenbarligen är oförenliga med innehållet däri. Slutligen är domstolen behörig att pröva om [tribunalen] ... – vid sin prövning av alla dessa omständigheter – tillmätte någon av dem, för att konstatera innehållet i den aktuella nationella lagstiftningen, en betydelse som den inte har i förhållande till de andra omständigheterna, såvida detta på ett uppenbart sätt framgår av handlingarna i målet.”[29]

52. I förevarande fall har bolagen Bouygues, till stöd för anmärkningen om att det skedde en missuppfattning, för det första hänvisat till ett juridiskt utlåtande som kommissionen begärde in och bifogade sina inlagor vid tribunalen. Det framgår av detta utlåtande att ett åtagande att komma fram till ett klart och tydligt resultat, enligt fransk rätt, medför en skyldighet med avseende på resultatet och att bristen på tydlighet eller klarhet vad beträffar medlen för att uppnå ett sådant resultat saknar betydelse.

53. I motsats till vad FT har hävdat, kan detta argument tas upp till sakprövning, eftersom det ingår i den grund avseende att kommissionen feltolkade fransk rätt som bolagen Bouygues åberopade i första instans. I den mån bolagen Bouygues avser att göra gällande att innehållet i ovannämnda juridiska utlåtande missuppfattades, kan deras argument inte godtas i sak, då de inte har preciserat vad en sådan missuppfattning skulle bestå i, och det går inte att sluta sig till vad denna består i enbart av konstaterandet att tribunalen inte gjorde samma bedömning som den som angavs i detta utlåtande. I den mån bolagen Bouygues däremot stöder sig på det aktuella juridiska utlåtandet för att göra gällande att bestämmelser i nationell rätt missuppfattades, ska det påpekas att det framgår av själva lydelsen i utlåtandet att den som upprättade detta inskränkte sig till att stödja ståndpunkten att det *framstår som sannolikt* att uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 kvalificeras som ”garantiåtagande” i fransk handelsrätt.[30] Som tribunalen påpekade i punkt 283 i den överklagade domen framgår det även av utlåtandet att en sådan ståndpunkt grundar sig på antagandet

28 — Dom av den 5 juli 2011 i mål C-263/09 P, Edwin mot harmoniseringsbyrån (REU 2011, s. I-5853). I det målet gjorde klaganden gällande att en bestämmelse i nationell rätt hade åsidosatts, vilken var tillämplig i målet i och med att en unionsrättslig bestämmelse hänvisade till den.

29 — Ibidem, punkt 53.

30 — I de avsnitt i det aktuella utlåtandet som bolagen Bouygues har hänvisat till, drar den som upprättade utlåtandet i synnerhet slutsatsen att ”det *tycks vara möjligt* att visa att de uttalanden som staten gjorde mellan juli 2002 och december 2002 faktiskt har samma särdrag som en garanti i form av ett ensidigt åtagande, och att det *framstår som sannolikt* att denna garanti kan kvalificeras som ett garantiåtagande, trots dess säregna karaktär” (min kursivering).

att dessa uttalanden ger uttryck för ett klart och tydligt, om än relativt obestämt, åtagande från statens sida, ett antagande som tribunalen just underkände i punkterna 272–278 i den överklagade domen.[31] Detsamma gäller Cour de cassations dom av den 9 juli 2002 i målet Lordex, vilken omnämndes i utlåtandet.[32]

54. Bolagen Bouygues har för det andra hävdat att enligt de bestämmelser i fransk förvaltningsrätt som ingavs till tribunalen kan uttalanden av en stat till stöd för ett företag vara rättsligt bindande för staten.

55. Bolagen har först gjort gällande att ”en stats utfästelser anses ha bindande verkan enligt förvaltningsrättslig praxis”. De har särskilt nämnt Conseil d’États dom av den 30 juni 1922 i målet Lamiable m.fl., enligt vilken det räcker att myndigheten har betett sig så att den ”givit [ett bestämt] intryck av” att den kommer att vidta vissa åtgärder för att det ska föreligga ett statligt åtagande. Denna dom är tillämplig i förevarande mål då, såsom tribunalen själv medgav, uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 skapade förväntningar hos marknaden. I det avseendet vill jag påpeka att samma argument åberopades av bolagen Bouygues vid tribunalen och underkändes i punkt 284 i den överklagade domen, huvudsakligen på grund av att argumentet förutsätter att dessa uttalanden kan anses tillräckligt klara, tydliga, ovillkorliga och bindande, vilket tribunalen inte ansåg var fallet i punkterna 272–278 i samma dom. Det framgår av lydelsen i domen i målet Lamiable m.fl. och av andra domar av Conseil d’État som bolagen Bouygues har omnämnt och bifogat sina inlagor[33] att tribunalen inte gjorde en uppenbart felaktig tolkning av denna rättspraxis och att den inte missuppfattade dess räckvidd, när den slog fast att det följde av denna rättspraxis att administrationen ansvarar för att medborgarna har getts tydliga försäkringar eller för ett beteende som klart ger uttryck för administrationens avsikt att agera på ett visst sätt. Det argument som bolagen Bouygues grundar på denna rättspraxis kan således inte godtas.

56. Bolagen Bouygues har vidare hänvisat till ekonomi-, finans- och industriministerns cirkulär av den 22 juli 2003 om kartläggning av underförstådda eller uttryckliga garantier som beviljats av staten och till den informationsskrivelse som fogades till detta cirkulär. Det framgår av dessa handlingar att statens garanti kan ta formen av en ”underförstådd garanti”, vilken definieras som ett administrativt beslut ”som skapar eller medför finansiella följder för staten”, att den bland annat kan följa av en ”ministerskrivelse eller [på] ... andra grunder”, och att till och med garantier som har kunnat beviljas utan giltig rättslig grund ändå kan ”ge upphov till rättigheter för mottagarna”. I det avseendet vill jag påpeka att tribunalen, i punkt 285 i den överklagade domen, slog fast att bolagen Bouygues inte kan åberopa detta cirkulär och denna informationsskrivelse, eftersom uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 ”inte styrker att den franska staten gett en underförstådd garanti till förmån för FT” och tribunalen hänvisade till punkt 284 i samma dom,[34] där den slog fast att den förvaltningsrättsliga praxis som bolagen Bouygues hade omnämnt inte var tillämplig i detta fall. Härav följer att det ankom på bolagen Bouygues att ifrågasätta slutsatserna i nämnda punkt 284, för att motbevisa tribunalens invändning om att cirkuläret och därtill hörande informationsskrivelse saknade betydelse. De argument som bolagen har anfört kan dock inte leda till ett sådant resultat.

31 — Tribunalens slutsatser vad beträffar att statens uttalanden till stöd för FT var vaga, otydliga och villkorliga hör till bedömningen av de faktiska omständigheterna, och bolagen Bouygues har i fråga om denna bedömning inte direkt och uttryckligen åberopat en grund om att det skedde en missuppfattning, utan denna grund har åberopats med avseende på relevanta bestämmelser i fransk rätt.

32 — I nämnda dom godtog inte Cour de cassation kvalificeringen som borgen, utan den slog fast att en avsiktsförklaring från ett moderbolag, vari det angavs att ”vi kommer från och med denna dag att se till att transaktionen genomförs på ett korrekt sätt och ... vi kommer att, gentemot er, göra vad som krävs för att genomföra transaktionen”, utgjorde en rättslig skyldighet med avseende på resultatet.

33 — Förutom domen i det ovannämnda målet Lamiable m.fl., vilken ingavs till tribunalen, har bolagen Bouygues till sitt överklagande bifogat bland annat Conseil d’États dom av den 3 mars 1993 i målet Comité central d’entreprise de la société d’exploitation industrielle des tabacs et allumettes, och av den 26 oktober 1973 i målet Société civile immobilière ”Résidence Arcole”, domar som har citerats och kommenterats i advokaten Sureaus utlåtande av den 14 januari 2004, vilket bifogades ansökan i första instans.

34 — I denna punkt drog tribunalen slutsatsen att ”det inte [har] styrkts att [uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002], med hänsyn till deras inneboende egenskaper, kan utgöra grunden för ett ... rättsligt bindande och ovillkorligt åtagande från den franska statens sida att stödja FT”.

57. Bedömningen av de argument som bolagen Bouygues har åberopat till stöd för den första grundens andra del ger inte stöd för påståendet att bestämmelser i fransk rätt missuppfattades. Allmänt utgör den slutsats som tribunalen kom fram till med hänsyn till att statens uttalanden till stöd för FT var vaga, otydliga och villkorliga, hinder för att dessa argument ska kunna godtas. Denna slutsats hör till bedömningen av de faktiska omständigheterna, och bolagen Bouygues har i fråga om denna bedömning inte direkt och uttryckligen åberopat en anmärkning om att det skedde en missuppfattning. De argument som bolagen har anfört syftar inte till, och lyckas under alla omständigheter inte, att visa att det är uppenbart att de franska tvistemålsdomstolarna eller förvaltningsdomstolarna faktiskt skulle ha gjort en annan bedömning vad gäller karaktären av dessa uttalanden.

58. Under dessa omständigheter kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser denna del av bolagen Bouygues första grund.

c) Den felaktiga kvalificering som tribunalen påstås ha gjort på grund av att den underlät att beakta, såsom en användning av allmänna medel, de ekonomiska effekterna av de förväntningar som statens uttalanden hade skapat (den första grundens tredje del i mål C-399/10 P)

59. Innan jag prövar den tredje delen av bolagen Bouygues första grund, är det lämpligt att pröva den tredje anmärkning som dessa bolag har anfört inom ramen för den första delen av denna grund, vilken avser att tribunalen felaktigt ansåg att det krävdes ett rättsligt bindande åtagande från staten för att det skulle anses att allmänna medel hade tagits i anspråk. Bolagen Bouygues anser att eftersom det saknar betydelse vilken form statens ingripande tar sig, och det endast är verkningarna av ingripandet som ska beaktas, räcker det att visa att det föreligger en finansiell och ekonomisk risk, även om denna inte grundar sig på ett rättsligt åtagande till följd av detta ingripande, för att det ska vara fråga om en användning av statliga medel. Republiken Frankrike har bestritt dessa argument, genom att som stöd åberopa domstolens dom i målet Österrike mot kommissionen [35] och förstainstansrättens dom i målet Fleuren Compost. [36]

60. I det förstnämnda målet gjorde kommissionen gällande att Republiken Österrike var förhindrad att åberopa den rättspraxis som bygger på domen i målet Lorenz, på grund av ett ovillkorligt och rättsligt bindande löfte till mottagaren av det omtvistade stödet innan stödet anmäldes, vilket var likvärdigt med ett genomförande av stödet. Enligt kommissionen hade ett sådant löfte enligt österrikisk rätt samma verkningar som en lagstiftning varigenom stöd införs, eftersom löftet rättsligt sett tvingade de österrikiska myndigheterna att bevilja det stöd som utlovats. Domstolen bemötte detta argument genom att endast konstatera att de österrikiska myndigheterna uttryckligen hade ställt som villkor, för att stödet skulle beviljas, att kommissionen först skulle godkänna stödet och att kommissionen följaktligen inte hade lämnat uppgifter som gjorde det möjligt att anse att stödet i fråga ovillkorligen, och följaktligen på ett rättsligt bindande sätt enligt österrikisk rätt, hade utlovats innan det anmäldes. I det ovannämnda målet Fleuren Compost uppkom i stället frågan vid vilken tidpunkt det aktuella stödet hade beviljats, det vill säga när de nederländska myndigheterna skickade en bekräftelse på mottagandet av den ansökan om stöd som sökanden hade ingett, vilket sökanden gjorde gällande, eller när beslutet att bevilja stödet fattades efter en prövning av nämnda ansökan, vilket kommissionen hävdade. Förstainstansrätten angav att det avgörande kriteriet var det som avser ”det juridiskt bindande beslut varmed behöriga [nationella] instanser utlovar stöd” [37].

35 — Dom av den 15 februari 2001 i mål C-99/98, Österrike mot kommissionen (REG 2001, s. I-1101).

36 — Dom av den 14 januari 2004 i mål T-109/01, Fleuren Compost mot kommissionen (REG 2004, s. II-127).

37 — Punkt 74.

61. I likhet med bolagen Bouygues tror jag inte att de ovannämnda domarna kan ges den innebörd och den räckvidd som den franska regeringen har gett dem. I synnerhet anser jag inte att det av domen i det ovannämnda målet Österrike mot kommissionen går att utläsa att ”det däri uppställs en allmän princip om att det krävs att det föreligger ett rättsligt bindande åtagande för att det ska vara fråga om stöd”, vilket den franska regeringen har hävdat. I domen i det målet, liksom i domen i det ovannämnda målet Fleuren Compost, tas det nämligen inte ställning till begreppet stöd, utan domen avser enbart frågan när en planerad stödåtgärd kan anses ha beviljats, för att avgöra vilka rättsregler som är tillämpliga på åtgärden.[38] I domen i det ovannämnda målet Österrike mot kommissionen var dessutom den enda fråga som kommissionen tog upp och som domstolen prövade frågan huruvida de österrikiska myndigheternas löfte att bevilja stöd, enligt österrikisk rätt, medförde ett rättsligt bindande åtagande för staten att agera på det sättet. Inte en enda gång uppkom däremot frågan huruvida det kan vara möjligt att statliga medel tas i anspråk även i avsaknad av ett sådant åtagande. Slutligen, och som bolagen Bouygues korrekt har framhållit, fastställdes det inte i de båda målen eller gjordes ens gällande att de aktuella handlingarna (löftet att bevilja stöd i det ovannämnda målet Österrike mot kommissionen och bekräftelsen på mottagandet av ansökan om stöd i det ovannämnda målet Fleuren Compost) hade gett de framtida stödmottagarna någon som helst fördel, vilket däremot är fallet i förevarande mål beträffande uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002.

62. Trots att den franska regeringens ståndpunkt, att det alltid krävs ett rättsligt bindande åtagande från statens sida för att en stödåtgärd till ett företag ska kunna anses ha beviljats med hjälp av allmänna medel, enligt min mening inte är helt övertygande,[39] anser jag inte att det är nödvändigt att ytterligare pröva denna fråga, eftersom tribunalen hur som helst, i punkt 288 i den överklagade domen, prövade huruvida, ”om det åtagande som påstås följa av uttalandena från juli 2002 och framåt *inte var rättsligt bindande* i enlighet med nationell rätt, ... dessa uttalanden [innebar] att det skedde en överföring av statliga medel”.[40] Den tredje delen av bolagen Bouygues första grund avser just denna prövning.

63. Genom denna delgrund har bolagen Bouygues i huvudsak hävdat att tribunalen – efter att ha slagit fast att den franska staten, genom uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002, hade genomfört en strategi grundad på dess anseende som en solvent och tillförlitlig fordringsägare och gäldenär för att återfå förtroendet på marknaderna – därefter underlät att beakta följden av en sådan strategi, nämligen att denna stat skulle ha förlorat trovärdigheten på marknaderna om den hade svikit de förväntningar som den därigenom hade skapat. Bolagen har påpekat att kommissionen i det omtvistade beslutet, på grundval av en ekonomisk studie som hade utförts på uppdrag av kommissionen, medgav att ett förlorat anseende motsvarade en mycket stor kostnad för staten. Eftersom det rörde sig om en komplicerad ekonomisk fråga, hade kommissionen ett utrymme för skönsmässig bedömning och det ankom inte på tribunalen att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning.

64. Jag vill först påpeka att kommissionen – efter att i skälen 214–218 i det omtvistade beslutet ha prövat såväl frågan huruvida uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 var bindande enligt nationell rätt som frågan huruvida uttalandena kunde äventyra statens trovärdighet – drog slutsatsen i skäl 218 att ”[de bedömda omständigheterna] i sin helhet faktiskt [kan] ha inneburit risker för statsfinanserna (antingen därför att staten kunde ha hållits ansvarig gentemot investerarna eller därför att statens kostnader för framtida transaktioner skulle ha ökat)” och att teorin om ”[a]tt franska statens uttalanden från juli 2002 skulle utgöra stöd [därför är] en nyskapande teori men

38 — I domen i det ovannämnda målet Österrike mot kommissionen uppkom frågan huruvida den aktuella åtgärden skulle anses som nytt stöd eller som befintligt stöd. I domen i det ovannämnda målet Fleuren Compost var det fråga om att kontrollera huruvida den omtvistade åtgärden omfattades av en stödordning som tidigare godkänts av kommissionen.

39 — Mot bakgrund av den rättspraxis som angetts ovan i punkt 47, enligt vilken det vid klassificeringen av en åtgärd som statligt stöd ska beaktas vilka verkningar åtgärden har, skulle det nämligen kunna anses att villkoret att statliga medel tagits i anspråk är uppfyllt när statens beteende är sådant att det uppstår en kostnad som belastar statens budget genom att det föreligger en tillräckligt konkret ekonomisk risk för staten, om inte rättsligt så *faktiskt*.

40 — Min kursivering.

antagligen inte helt grundlös”. I skäl 219 i det omtvistade beslutet ansåg dock kommissionen att den inte hade ”tillräcklig information för att otvivelaktigt bevisa inslag av stöd enligt denna nyskapande teori”. Som tribunalen korrekt påpekade i punkt 288 i den överklagade domen, följer härav att kommissionen slutligen avstod från att slutgiltigt ta ställning i frågan huruvida de ovannämnda uttalandena kunde medföra att staten förlorade trovärdighet på finansmarknaderna, vilket skulle medföra en ekonomisk risk för staten i form av en ökning av statens kostnader för framtida transaktioner. Under dessa omständigheter saknar bolagen Bouygues fog för att hävda att tribunalen ersatte kommissionens bedömning med sin egen bedömning, då den i punkt 288 i den överklagade domen slog fast att ”[d]et har ... inte visats att även om det åtagande som påstås följa av uttalandena från juli 2002 och framåt inte var rättsligt bindande i enlighet med nationell rätt, innebar dessa uttalanden att det skedde en överföring av statliga medel”.

65. Vidare anser jag att bolagen Bouygues, i den mån de har gjort gällande att tribunalen inte beaktade konsekvenserna för statsfinanserna av de förväntningar som de aktuella uttalandena skapade på marknaderna och att tribunalen således felbedömde den ändamålsenliga verkan av artikel 107.1 FEUF, i själva verket har yrkat att domstolen ska göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna. I punkt 288 i den överklagade domen slog nämligen tribunalen fast att ”[ä]ven om det antogs att den franska statens trovärdighet och rykte på finansmarknaderna kunde äventyras för det fall en eventuell utfästelse från staten om att bevilja ett företag stöd inte respekterades, har det emellertid i detta mål inte styrkts att uttalandena från juli 2002 och framåt innebar ett tydligt, ovillkorligt och bindande åtagande till förmån för FT vilket kunde få sådana skadliga följder”. Tribunalen fortsatte med att påpeka att ”de franska myndigheternas agerande från juli 2002 och framåt [var] avsett att förhindra sådana konsekvenser genom att inte fastställa naturen, räckvidden och de exakta villkoren för [den franska statens] eventuella framtida intervention”. Efter att ha slagit fast att den franska staten, genom dessa uttalanden, aktivt hade försökt att påverka finansmarknaderna för att återfå förtroendet, i syfte att förbereda återfinansieringen av FT, uttalade tribunalen i punkt 282 i den överklagade domen att ”[i] ett sådant sammanhang kan ... endast den omständigheten att den franska staten hänvisade till sitt speciella rykte på finansmarknaderna inte visa att det förelåg en risk som innebär att det ska anses ha skett en överföring av statliga medel”.

66. I motsats till vad bolagen Bouygues har hävdat, ska det konstateras att tribunalen faktiskt beaktade möjligheten att allmänna medel kunde komma att tas i anspråk till följd av de kostnader som statens eventuellt förlorade trovärdighet gentemot finansmarknaderna skulle medföra, men att den ansåg att så inte var fallet i förevarande mål, då staten inte hade agerat på ett sätt som konkret skulle ha kunnat äventyra denna trovärdighet. Återigen grundar sig denna slutsats på bedömningar av de faktiska omständigheterna vad gäller de aktuella uttalandenas lydelse och karaktär. Eftersom det inte har anförts någon anmärkning som uttryckligen avser att innehållet i dessa uttalanden missuppfattades, omfattas sådana bedömningar inte av domstolens prövning.

67. Av de skäl som angetts ovan anser jag att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den tredje anmärkningen i den första delen av bolagen Bouygues första grund och såvitt avser den tredje delen av samma grund.

d) Slutsats beträffande den första grunden i mål C-399/10 P

68. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska slå fast att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser någon del av den första grunden i mål C-399/10 P, vilken avser att det begicks fel när den franska statens uttalanden av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 klassificerades som stöd.

3. Kvalificeringen av aktieägartillskottet som stöd (andra grunden i mål C-399/10 P och andra grunden i mål C-401/10 P)

69. Genom argument som till stor del sammanfaller har bolagen Bouygues och kommissionen, ur olika aspekter, ifrågasatt det resonemang som föranledde tribunalen att i den överklagade domen dra slutsatsen att kommissionen inte hade styrkt att det förekom stöd i det aktieägartillskott som den franska staten beviljade FT och att ogiltigförklara artikel 1 i det omtvistade beslutet. De olika anmärkningar och argument som i det avseendet har anförts av klagandena i de båda överklagandena kommer att slås samman och prövas gemensamt nedan.

a) Det fel som tribunalen påstås ha begått genom att kräva att det ska visas att det föreligger ett nära samband mellan fördelen och ianspråktagandet av statliga medel (den första och den andra delen av den andra grundens första del i mål C-399/10 P och den andra grundens första del i mål C-401/10 P)

70. Bolagen Bouygues och kommissionen har medgett att det är nödvändigt att styrka ett samband mellan fördelen och ianspråktagandet av allmänna medel för att kunna dra slutsatsen att det föreligger ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF, men de har samtidigt bestritt tribunalens ståndpunkt i den överklagade domen, enligt vilken det krävs en strikt överensstämmelse mellan dessa båda omständigheter. En sådan uppfattning, vilken enligt deras mening är fullständigt nyskapande, saknar inte bara stöd i domstolens och tribunalens praxis, utan motsägs dessutom av denna.

71. Den anmärkning som granskningen avser är i huvudsak riktad mot punkt 262 i den överklagade domen, där tribunalen, efter att ha erinrat om att fördelen ska följa av en överföring av statliga medel, därefter angav att ”[d]et förutsätts i princip, för att detta krav på samband mellan den konstaterade fördelen och ianspråktagandet av statliga medel ska vara uppfyllt, att fördelen *har ett nära samband med en motsvarande kostnad* som belastar statens budget”.[41] Till stöd för detta påstående hänvisade tribunalen till punkt 21 i domen i de ovannämnda förenade målen Sloman Neptun, till punkt 27 i domen i målet Tyskland mot kommissionen[42] och till punkt 58 i domen i det ovannämnda målet PreussenElektra.

72. Inledningsvis uppkommer frågan vad tribunalen exakt avsåg när den angav att fördelen ska ha ett nära samband med ”en motsvarande kostnad” eller, på andra ställen i den överklagade domen, att den ska ”[motsvara] en [likvärdig] kostnad” (punkt 297) eller att den ska leda ”till en motsvarande minskning av statens budget”(punkt 309). Enligt FT och den franska och den tyska regeringen har tribunalen endast upprepat kravet att fördelen ska beviljas direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel, medan bolagen Bouygues och kommissionen har gjort gällande att den överensstämmelse som tribunalen krävde går utöver enbart ett samband och kräver att fördelen och de medel som frigjorts ”sammanfaller”, även till sina belopp.

73. Även om jag inte är övertygad om att tribunalen verkligen avsåg att kräva att det ska styrkas att fördelen och kostnaden är likvärdiga i ekonomiskt hänseende, anser jag dock att tribunalen inte heller inskränkte sig till att kräva bevis för att det föreligger enbart ett samband mellan dessa, vilket bland annat FT har gjort gällande. Enligt tillämpningen i den överklagade domen förutsätter nämligen det krav på överensstämmelse mellan fördelen och kostnaden som tribunalen uppställde som teori ett så nära samband att en viss kostnad som belastar statens budget endast skulle kunna motsvara en förutbestämd typ av fördel, med följden att det är uteslutet att det föreligger något samband när fördelen och kostnaden inte är av samma slag.

41 — Min kursivering.

42 — Dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-6857), punkt 27.

74. Enligt rättspraxis krävs det visserligen att det föreligger ett samband mellan fördelen och den kostnad som belastar den offentliga budgeten, i den meningen att enbart fördelar som tilldelas ”direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel” [43] eller som medför ”en ytterligare börda för staten” [44] utgör stöd i den mening som avses i artikel 107 FEUF. Enligt rättspraxis krävs det däremot inte att en strikt överensstämmelse mellan fördelen och kostnaden styrks, såsom tribunalen tolkade rättspraxis i den överklagade domen. I synnerhet bekräftas inte ett sådant krav av de domar som omnämnts ovan i punkt 71 och som tribunalen hänvisade till i punkt 262 i den överklagade domen.

75. Som jag har angett ovan i punkt 39 utgjorde den förstnämnda av dessa domar, nämligen domen i de ovannämnda förenade målen Sloman Neptun, ett viktigt steg i domstolens praxis, eftersom domstolen slutgiltigt distanserade sig från en tolkning av artikel 92 i fördraget, enligt vilken det inte ansågs att offentlig finansiering utgjorde ett nödvändigt villkor för att en åtgärd som kan tillskrivas staten skulle kvalificeras som stöd. I punkt 19 i nämnda dom framhöll således domstolen att ”endast de förmåner som ges direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel [ska] betraktas som stöd enligt artikel 92.1 i fördraget”, medan ”förmåner som ges med andra medel än statliga” inte omfattas av denna bestämmelse. I det målet var det fråga om nationella bestämmelser som reglerade de avtalsenliga förhållandena mellan vissa rederier och deras anställda. I punkt 21 i nämnda dom, till vilken det hänvisas i punkt 262 i den överklagade domen, konstaterade domstolen att de aktuella bestämmelserna, med hänsyn till deras ändamål och allmänna systematik, inte syftade till ”att skapa en förmån som skulle utgöra en ytterligare börda för staten”, och domstolen angav att konsekvenserna därav, särskilt vad gäller förlorade skatteintäkter, var ”oskiljaktigt förenade med denna ordning” och ”utg[jorde] inte ett medel för att ge de berörda företagen en bestämd förmån”. Tribunalens ståndpunkt att det krävs en strikt överensstämmelse mellan fördelen och de medel som tagits i anspråk, i den mening som förklarats ovan i punkt 72, bekräftas inte alls av de avsnitt som återgetts ovan, där domstolen i huvudsak inskränkte sig till att slå fast att en sådan förmån som rederierna åtnjöt enligt de aktuella bestämmelserna inte kunde anses ha getts med hjälp av allmänna medel enbart på grund av att skatteintäkter indirekt hade gått förlorade genom statens val att reglera en viss sektor på ett visst sätt.

76. I punkt 58 i domen i det ovannämnda målet PreussenElektra, vilken tribunalen också nämnde i punkt 262 och därefter i punkt 308 i den överklagade domen, återges innehållet i punkt 19 i domen i de ovannämnda förenade målen Sloman Neptun, genom att erinra om kravet att fördelen ska tilldelas ”direkt eller indirekt med hjälp av statliga medel”. I domen i det ovannämnda målet PreussenElektra skulle domstolen ta ställning till en tolkningsfråga rörande regleringen i en medlemsstat enligt vilken privata elförsörjningsföretag ålades en skyldighet att köpa den el som producerades från förnybara energikällor till minimipriser som översteg denna els faktiska ekonomiska värde. Domstolen fann det uteslutet att enbart de minskade skatteintäkter som en sådan skyldighet kunde medföra kunde anses ”utgöra ett medel för att ge producenterna av el från förnybara energikällor en bestämd förmån som bekostas av staten”. [45] I likhet med i domen i de ovannämnda förenade målen Sloman Neptun, kom domstolen fram till denna slutsats mot bakgrund av att en sådan minskning av skatteintäkterna var ”oskiljaktigt förenad” med de aktuella bestämmelserna. Den ekonomiska börda som följde av den skyldighet att köpa el till minimipriser som föreskrevs i de aktuella bestämmelserna vilade således helt på privata företag. [46]

43 — Se, förutom domarna i de ovannämnda målen Sloman Neptun, PreussenElektra och Tyskland mot kommissionen, bland annat domarna i de ovannämnda målen Kirsammer-Hack, Viscido m.fl. och Ecotrade samt dom av den 5 mars 2009 i mål C-222/07, UTECA (REG 2009, s. I-1407), i vilken det slogs fast att allmänna bestämmelser i vilka det föreskrevs att programföretag skulle avsätta en del av sina rörelseintäkter till förfinansiering av biograffilm och TV-film inte utgjorde statligt stöd, och dom av den 8 september 2011 i mål C-279/08 P, kommissionen mot Nederländerna (REU 2011, s. I-7671), punkt 103.

44 — Se domen i det ovannämnda målet Piaggio, punkterna 34 och 35, och dom av den 15 juli 2004 i mål C-501/00, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-6717), punkterna 91 och 92.

45 — Punkt 62.

46 — Det ska även påpekas att domarna i de ovannämnda målen Sloman Neptun och PreussenElektra båda avsåg allmänna nationella regleringar för en viss ekonomisk sektor, som i det förstnämnda fallet syftade till att värna om konkurrenskraften inom sektorn och som i det sistnämnda fallet syftade till att uppnå miljöskyddsmål. Den typ av offentligt ingripande som avsågs skilde sig således väsentligt från det ingripande som är aktuellt i förevarande mål.

77. Vad slutligen beträffar domen i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, ska det påpekas att det i denna dom inte alls uppställdes ett krav på strikt överensstämmelse mellan fördelen och kostnaden som belastar allmänna medel. I den domen ansågs en situation som kännetecknades av en uppdelning mellan dem till vilka åtgärden som belastade statens budget var riktad – i det fallet en skattelättnad som investerarna beviljades på vissa villkor – och stödmottagarna, vilka indirekt drog fördel av de investeringar som främjades av denna skattelättnad, utgöra stöd. För att göra detta konstaterande stödde sig domstolen på en bedömning av den aktuella regleringens effekter, vilken föranledde den att konstatera dels att den indirekta förmån som beviljats de företag som avsågs i denna reglering ”är ... en följd av att medlemsstaten har avstått från de skatteintäkter som normalt tas ut, eftersom investerarna därigenom har getts möjlighet att förvärva andelar i dessa företag på villkor som är fördelaktigare i skattemässigt hänseende”, dels att ”[d]en omständigheten att investerarna därefter fattar självständiga beslut [inte medför] att sambandet mellan skattelättnaden och de berörda företagens förmån upphör, eftersom de förändrade marknadsvillkoren som uppstår på grund av denna förmån ekonomiskt sett är en följd av att statsmakterna gått miste om skatteintäkter”.[47] I motsats till de domar som tidigare analyserats, ansåg domstolen i nämnda dom att de minskade skatteintäkterna låg till grund för den indirekta förmån som beviljades de företag som avsågs i den aktuella regleringen, trots att förmånen orsakades av en skattelättnad som inte beviljades dessa företag utan tredje man. Enligt min mening följer härav en vid tolkning av sambandet mellan fördelen och kostnaden, vilken förutsätter att de konkreta verkningarna av statens ingripande beaktas och som inte kan utgöra stöd för den restriktiva tolkning som tribunalen gjorde i den överklagade domen.

78. Förutom att tribunalens teori i punkt 262 i den överklagade domen saknar stöd i rättspraxis, anser jag att denna teori också är alltför formalistisk, vilket är svårt att förena med en tillämpning av begreppet stöd med hänsyn till verkningarna av den aktuella åtgärden. Den riskerar dessutom att göra det extremt svårt att styrka att det föreligger ett statligt stöd, särskilt när det rör sig om offentliga ingripanden som yttrar sig i transaktioner som ibland är extremt komplicerade och som, såsom i förevarande fall, omfattar flera olika åtgärder spridda över tid. Som kommissionen har anfört finns det slutligen vissa typer av stöd, såsom indirekt stöd eller stöd av social karaktär som ges till konsumenter, och som föreskrivs i artikel 107.2 a FEUF – i fråga om vilka de medel som staten tar i anspråk inte med automatik medför en motsvarande fördel för mottagarna – som lämpar sig dåligt för att inordnas i det rigida schema som tribunalen har uppställt.

79. Av de skäl som angetts anser jag att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att kräva att det skulle visas att det förelåg ett nära samband mellan fördelen och den kostnad som belastade statens budget, såsom slogs fast i den överklagade domen.

80. Som jag kommer att visa nedan har detta fel medfört att hela den bedömning som tribunalen gjorde av frågan huruvida aktieägartillskottet utgjorde stöd är ogiltig.

b) Det fel som tribunalen påstås ha begått genom att vägra erkänna att det förelåg ett samband mellan, å ena sidan, den fördel som följde av uttalandena från juli 2002 och framåt och av tillkännagivandet av den 4 december 2002, och, å andra sidan, ianspråktagandet av statliga medel som följde av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 (den tredje delen av den andra grundens första del i mål C-399/10 P och den andra grundens första och andra del i mål C-401/10 P)

81. Bolagen Bouygues och kommissionen anser att den tolkning som tribunalen valde, vad beträffar karaktären på det samband som ska föreligga mellan fördelen och användningen av statliga medel, medförde att tribunalen gjorde en splittrad bedömning av den franska statens ingripande till förmån för FT, vilken inte tog hänsyn till snedvridningseffekten av de olika vidtagna åtgärderna, betraktade

47 — Se, för ett liknade resonemang, även förstainstansrättens dom av den 18 januari 2005 i mål T-93/02, Confédération nationale du Crédit mutuel mot kommissionen (REG 2005, s. II-143), och av den 4 mars 2009 i mål T-445/05, Associazione italiana del risparmio gestito och Fineco Asset Management mot kommissionen (REG 2009, s. II-289).

som en helhet. På grundval av ett sådant felaktigt synsätt, gjorde tribunalen en felaktig bedömning när den slog fast att det inte förelåg något samband mellan, å ena sidan, fördelen i form av en lugnande verkan på marknaden till följd av uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 samt av tillkännagivandet av den 4 december 2002, och, å andra sidan, ianspråktagandet av statliga medel genom tillhandahållandet av nämnda aktieägartillskott.

82. Det ska erinras om att tribunalen, i punkt 262 och följande punkter i den överklagade domen, behandlade frågan huruvida de fördelar för FT som följde av uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 samt av tillkännagivandet av den 4 december 2002, som den tidigare hade konstaterat, verkligen följde av en överföring av statliga medel. En sådan bedömning gjordes separat och i följd vad beträffar i) uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 (punkterna 268–289),[48] ii) tillkännagivandet av den 4 december 2002 (punkterna 291–298) och iii) det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 (punkterna 299–331). I samtliga tre fall drog tribunalen slutsatsen att det inte hade skett en överföring av statliga medel.

83. Vad beträffar tillkännagivandet av den 4 december 2002 konstaterade tribunalen först att varken kommissionen eller bolagen Bouygues hade hävdat att detta tillkännagivande innebar en överföring av statliga medel i enlighet med fransk förvaltningsrätt och civilrätt (punkterna 293–295). Eftersom – såsom tribunalen själv medgav i punkt 302 i den överklagade domen – ianspråktagandet av allmänna medel som kommissionen konstaterade i det omtvistade beslutet följde *av översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 tillsammans med tillkännagivandet av den 4 december 2002*, och inte endast av översändandet i sig, förefaller inte detta konstaterade vara relevant och är under alla omständigheter inte avgörande för slutsatsen att kommissionen inte hade visat att statliga medel hade tagits i anspråk.[49]

84. Vidare uppgav tribunalen därefter, i punkt 296 i den överklagade domen, att ”[*e*]*n överföring av statliga medel till följd av tillkännagivandet* av den 4 december 2002 *kan* under alla omständigheter endast *motsvara* en fördel som består i att en kreditfacilitet på 9 miljarder euro ställdes till förfogande, såsom uttryckligen förutsågs däri” och att en sådan fördel, vilken kommissionen inte hade styrkt i det angripna beslutet, ”*skiljer sig … från den som följer av uttalandena från juli 2002 och framåt*, såsom anges i beslutet”.[50] I detta avsnitt fann således tribunalen a priori att det inte förelåg ett tillräckligt samband, för att kännetecknа ett statligt stöd, mellan, å ena sidan, *fördelen i form av en lugnande verkan* på marknaden till följd av uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 samt av tillkännagivandet av den 4 december 2002[51] och, å andra sidan – om det antas att kommissionen styrkte detta –, *ett ianspråktagande av statliga medel till följd av detta tillkännagivande*.

85. Det framgår av de formuleringar som tribunalen använde att denna slutsats grundar sig *enbart* på konstaterandet att det inte föreligger någon *överensstämmelse* eller *likvärdighet* mellan den fördel som bestod av den lugnande verkan och ett eventuellt rättsligt bindande åtagande av staten att genomföra det aktieägartillskott som omnämndes i tillkännagivandet av den 4 december 2002. Tribunalen tillämpade här den teori som tidigare diskuterats och underkänts ovan i punkterna 70–78, enligt

48 — Se ovan punkterna 44–78.

49 — Inom ramen för den andra grundens andra del har kommissionen gjort gällande att den, i motsats till vad som konstaterades i punkt 293 i den överklagade domen, ingav bevisning för att uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 tillsammans utgjorde ett ianspråktagande av allmänna medel. Kommissionen har även gjort gällande att tribunalen själv, i punkterna 303–305 i den överklagade domen, ansåg att ett sådant ianspråktagande redan var underförstått i tillkännagivandet av den 4 december 2002. Jag anser att dessa argument inte kan godtas. Beträffande det förstnämnda argumentet framgår det av skäl 219 i det omtvistade beslutet att kommissionen till slut avstod från att slutgiltigt ta ställning till frågan huruvida uttalandena från juli 2002 och framåt tillsammans innebar ett ianspråktagande av statliga medel. Vad beträffar det sistnämnda argumentet, framgår det klart av punkt 293 i den överklagade domen att tribunalen inte berörde frågan huruvida tillkännagivandet av den 4 december 2002 innebar ett rättsligt bindande åtagande för staten enligt fransk rätt.

50 — Min kursivering.

51 — Det ska anses att när tribunalen, i punkterna 296 och 297 i den överklagade domen, omnämnde ”uttalandena från juli 2002 och framåt” syftade den även på tillkännagivandet av den 4 december 2002.

vilken den konstaterade fördelen ska ha ett nära samband med en ”*motsvarande*” eller ”*likvärdig*” *kostnad* som belastar statens budget för att styrka att det föreligger ett statligt stöd. Genom en tillämpning av denna utformning av sambandet mellan fördelen och ianspråktagandet av statliga medel fann tribunalen att det i förevarande fall inte fanns ett sådant samband, eftersom fördelen (den lugnande verkan på finansmarknaderna som enbart berodde på tillkännagivandet av att en kreditfacilitet skulle ställas till FT:s förfogande) och kostnaden (det rättsligt bindande åtagandet att tillhandahålla den planerade kreditfaciliteten) inte var av samma slag.

86. Enligt tribunalen följer härav att ett stöd, i syfte att bevilja den fördel som består i förbättrade villkor för en återfinansiering av FT på grund av finansmarknadernas positiva reaktion till följd av tillkännagivandet av den 4 december 2002, inte hade kunnat konstateras även om kommissionen hade visat att detta tillkännagivande, genom att det gav upphov till ett rättsligt bindande åtagande för staten, *i sig* medförde en överföring av statliga medel, det vill säga även om fördelen och kostnaden som belastade statens budget hade varit en följd av *en och samma handling* (tillkännagivandet av den 4 december 2002). Ett sådant resultat skulle ha varit ännu svårare att förstå, då tribunalen själv medgav att tillkännagivandet hade gett FT en oneklig fördel och att denna fördel var just den som den franska staten eftersträvade och som avsågs med alla de åtgärder som tidsmässigt följde på varandra, från juli till december 2002, inom ramen för samma stödstrategi till förmån för FT.

87. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att det var på grundval av en felaktig tolkning av omfattningen av det samband som ska föreligga mellan fördelen och ianspråktagandet av allmänna medel som tribunalen, i punkterna 296 och 297 i den överklagade domen, slog fast att ett sådant samband inte hade kunnat visas mellan, å ena sidan, den fördel som bestod av den lugnande verkan på finansmarknaderna till följd av tillkännagivandet av den 4 december 2002 och, å andra sidan, en eventuell överföring av statliga medel i samband med detta tillkännagivande. Konstaterandet att ett sådant fel har begåtts kan dock inte i sig leda till slutsatsen att den överklagade domen ska upphävas. Enligt systematiken i tribunalens resonemang utgör nämligen punkterna 296 och 297 en del av motiveringen som angavs för fullständighetens skull.

88. Sedan detta klargjorts vill jag påpeka att samma felaktiga tolkning även återverkar på tribunalens fortsatta bedömning.

89. Detta gäller särskilt punkt 299 i den överklagade domen, där tribunalen, vad beträffar frågan huruvida översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 hade inneburit att det skedde en överföring av statliga medel, fann att ”[e]ftersom kommissionen inte [hade styrkt] i det [omtvistade] beslutet att en fördel hade beviljats till följd av det avtalsmässiga förslaget som sådant …, [var] det än mindre möjligt för tribunalen att slå fast att det [hade skett] en överföring av statliga medel som hade ett samband med denna fördel”. I tribunalens resonemang följer visserligen denna slutsats logiskt sett av konstaterandena i punkterna 246–267 i den överklagade domen,[52] men tribunalens val att, i detta skede, inte koppla ihop det eventuella ianspråktagandet av statliga medel till följd av översändandet av detta förslag med den lugnande verkan på finansmarknaderna till följd av tillkännagivandet av den 4 december 2002, såsom kommissionen hade gjort i det omtvistade beslutet, är däremot endast motiverat mot bakgrund av den restriktiva tolkning av sambandet mellan fördelen och ianspråktagandet av statliga medel som prövats och underkänts ovan i punkterna 70–78.

52 — Det ska erinras om att tribunalen, i punkt 246 i den överklagade domen, ansåg det vara uteslutet att översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 i sig hade kunnat ha en liknande lugnande verkan på marknaden som tillkännagivandet av den 4 december 2002 hade haft, på grund av att det inte offentliggjordes, och i punkterna 264–267 konstaterade tribunalen att kommissionen inte hade styrkt att det förelåg en fördel knuten till detta översändande som skilde sig från den fördel som följde av uttalandena från juli 2002 och framåt och av nämnda tillkännagivande.

90. Denna tolkning återspeglas även i bedömningen i punkt 302 och följande punkter i den överklagade domen, där tribunalen, då den berörde frågan huruvida kommissionen, inom ramen för sin ”helhetsbedömning”, hade lyckats visa att en överföring av statliga medel hade ägt rum, vinnlade sig om att pröva ”för det första ... huruvida den ekonomiska börda som enligt kommissionen belastade statsbudgeten genom tillkännagivandet av det planerade aktieägartillskottet och översändandet av avtalet om aktieägartillskott följde underförstått redan av uttalandena från juli 2002 och framåt [och] [f]ör det andra ... huruvida denna börda motsvara[de] den fördel som enligt kommissionen följde av uttalandena”. Inom ramen för denna bedömning konstaterade tribunalen, i punkterna 303–305 i den överklagade domen, att på grund av att uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 var öppet hållna, otydliga och villkorliga, innebar tillkännagivandet av den 4 december 2002 ”ett tydligt avbrott i det händelseförlopp som ledde till återfinansieringen av FT”. I punkt 308 drog tribunalen slutsatsen att kommissionen, med hänsyn till detta avbrott, inte kunde fastställa att det fanns ett samband ”mellan ett eventuellt ianspråktagande av statliga medel i detta skede och de fördelar som hade beviljats genom de tidigare åtgärderna, det vill säga uttalandena från juli 2002 och framåt”. Tribunalen ansåg nämligen att ”[e]tt sådant samband ... mellan de beståndsdelar som utgör begreppet statligt stöd, när det gäller faktiska omständigheter som inträffat vid olika tillfällen, ... inte [uppfyller] kravet på samband mellan fördelen och överföringen av statliga medel ..., såsom slagits fast i domen i ... målet PreussenElektra”. I den följande punkten slog tribunalen fast att ”den omständigheten att uttalandena från juli 2002 och framåt och tillkännagivandet av den 4 december 2002 gav FT en fördel ... [leder] inte till *en motsvarande minskning av statens budget*”, och den hänvisade i det avseendet till punkterna 296 och 297 i den överklagade domen.

91. Vad beträffar de konsekvenser som tribunalen förknippade med konstaterandet att det inträffade ett avbrott mellan uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 och tillkännagivandet av den 4 december 2002, vill jag – såsom tribunalen själv medgav bland annat i punkt 243 i den överklagade domen – påpeka att den fördel i form av en lugnande verkan på finansmarknaderna som fastslogs i det omtvistade beslutet inte bara följde av dessa uttalanden, *utan även* av tillkännagivandet av den 4 december 2002 och yttrade sig följaktligen även efter detta avbrott. Härav följer att enbart konstaterandet att ett sådant avbrott inträffade inte i sig kan utesluta det samband som kommissionen visade mellan denna fördel och ianspråktagandet av statliga medel vid den tidpunkt då det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 översändes.

92. Däremot framgår det klart av de avsnitt som återgetts ovan i punkt 90 att – även inom ramen för den bedömning som gjordes av samtliga åtgärder som ledde till återfinansieringen av FT – det som konkret hindrade tribunalen från att erkänna förekomsten av det samband som kommissionen hade visat mellan, å ena sidan, den lugnande verkan på finansmarknaderna till följd av tillkännagivandet av att FT skulle få ett aktieägartillskott med ett visst belopp och till följd av att ”[marknaderna] förespeglades ... ett [tillskott]” [53] och, å andra sidan, överföringen av statliga medel i samband med genomförandet av denna åtgärd, [54] var tanken att ett sådant samband förutsätter en strikt överensstämmelse mellan fördelen och kostnaden som belastar statens budget. En sådan överensstämmelse föreligger inte i fråga om en kostnad (i förevarande fall översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002) som inte avspeglas i mottagarens tillgångar genom en fördel av samma slag (nämligen, i förevarande fall, möjligheten att när som helst använda sig av nämnda belopp).

93. Det framgår av samtliga ovanstående överväganden att det var genom en felaktig tolkning av omfattningen av sambandet mellan fördelen och ianspråktagandet av allmänna medel som tribunalen fann att kommissionen i förevarande fall inte hade visat att det skett en överföring av statliga medel.

53 — Se skäl 194 i det omtvistade beslutet och fotnot 116.

54 — Närmare bestämt anges det att ”statliga medel [potentiellt] ... belastats när [aktieägartillskottet] offentliggjordes och villkoren för tillhandahållandet fastställdes, eftersom marknaden fick intryck av att [tillskottet] faktiskt tillhandahållits och slutligen när det av ERAP paraferade och undertecknade … avtalet översändes till FT” (skäl 196 i det omtvistade beslutet).

94. Det återstår att bedöma huruvida kommissionen, i det omtvistade beslutet, korrekt kunde visa att det förelåg ett samband mellan den fördel i form av en lugnande verkan på finansmarknaderna som bland annat följde av tillkännagivandet av den 4 december 2002 och det påstådda ianspråktagandet av statliga medel som följde av översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002. [55]

95. I det avseendet anser jag att eftersom det är fråga om åtgärder som hänger mycket nära samman, såsom tillkännagivandet av att ett visst statligt ingripande håller på att införas och genomförandet av detta (genom översändandet av det undertecknade och paraferade avtalet), [56] och det endast förflöt ungefär två veckor mellan dessa åtgärder, utesluter inte enbart den omständigheten att fördelen för mottagaren följer av den första av dessa åtgärder, medan ianspråktagandet av allmänna medel hänger samman med den andra åtgärden, att det kan visas att det föreligger ett samband mellan dessa åtgärder som är kännetecknande för stöd. Enligt min mening skulle det vara alltför formalistiskt att utesluta att ett sådant samband föreligger enbart på grund av att den aktuella fördelen inte följer direkt av den åtgärd som kan innebära en överföring av allmänna medel, utan snarare av statens offentliggörande av att genomförandet av denna åtgärd är nära förestående. Mer allmänt anser jag att förnekandet av ett sådant samband skulle innebära en felbedömning av den ekonomiska verkligheten bakom den franska statens ingripande i samband med återfinansieringen av FT, dels eftersom det är utrett att FT endast kunde få återfinansiering på marknaderna tack vare statens upprepade stödjande uttalanden till förmån för FT, [57] till vilka bland annat tillkännagivandet av den 4 december 2002 hör, dels eftersom de olika åtgärder som staten vidtog, däribland att ERAP översände det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002, vilket på egen hand kunde innebära att allmänna medel togs i anspråk, utgjorde en del av samma strategi från statens sida till stöd för FT, vilken ”sammantag[et] syftade till och fick till följd att FT återfick förtroendet på marknaderna”, [58] för att möjliggöra en återfinansiering av FT på gynnsammare villkor.

96. På grundval av samtliga ovanstående överväganden anser jag att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att, på grundval av en felaktig tolkning av artikel 87.1 EG, vägra erkänna att det förelåg ett samband mellan, å ena sidan, den fördel som följde av uttalandena från juli 2002 och framåt och av tillkännagivandet av den 4 december 2002, och, å andra sidan, det potentiella ianspråktagandet av statliga medel som följde av översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002. Ett sådant fel kan leda till att den överklagade domen ska upphävas. [59]

97. I det följande kommer de övriga grunder och argument som bolagen Bouygues och kommissionen har anfört att kortfattat prövas för det fall domstolen inte skulle instämma i mina slutsatser ovan.

55 — I likhet med tribunalen tar jag inte ställning till frågan huruvida, såsom kommissionen hävdade i skäl 196 i det omtvistade beslutet, översändandet av förslaget till avtal om aktieägartillskott i sig innebar ett ianspråktagande av statliga medel i form av att statens budget potentiellt belastades, eftersom staten ”måste … hålla beloppet tillgängligt för FT via ERAP”, och således oberoende av både bedömningen av villkoren för detta avtal och den omständigheten att avtalet aldrig genomfördes. Jag vill dock påpeka att varken den franska regeringen eller FT, till skillnad från den tyska regeringen, har bestritt att det i detta skede kunde inträffa att statliga medel togs i anspråk.

56 — I sitt överklagande har kommissionen i det avseendet talat om ”två uttryck för en och samma handling, vilken för övrigt uppfattades på ett enhetligt sätt av marknaderna”.

57 — Trots att dessa uttalanden spekulerade i de subjektiva reaktionerna hos finansmarknadernas aktörer, gav de FT en objektiv materiell fördel.

58 — Se den överklagade domen, punkt 303.

59 — Denna slutsats och samtliga överväganden som angetts ovan påverkar naturligtvis inte frågan huruvida den franska statens aktuella ingripande uppfyllde kriteriet avseende en rationell privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor.

c) De fel som tribunalen påstås ha begått i fråga om begreppet fördel till följd av tillhandahållandet av en kreditfacilitet (den andra grundens andra del i mål C-401/10 P)

98. Inom ramen för den andra grundens andra del har bolagen Bouygues gjort gällande att tribunalen, vid sin bedömning av huruvida det förelåg en fördel, felaktigt beaktade tillkännagivandet av den 4 december 2002 och översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002 var för sig, medan det enligt bolagen rörde sig om delar av ett och samma ingripande av staten, vilka inte kan bedömas för sig.

99. I den mån anmärkningen syftar till att ifrågasätta tribunalens bedömning av huruvida det förelåg en fördel som hade samband med översändandet av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002, anser jag att denna anmärkning inte kan tas upp till sakprövning. I den mån anmärkningen däremot avser att kritisera tribunalens slutsats att det inte fanns något tillräckligt nära samband mellan ”den lugnande verkan till följd av offentliggörandet av att en kreditfacilitet på 9 miljarder [euro] skulle ställas till förfogande [och] överföringen av statliga medel till följd av denna kreditfacilitet”, sammanfaller denna anmärkning med den som har anförts inom ramen för den tredje delen av den andra grundens första del, vilken har prövats ovan tillsammans med de liknande anmärkningar som kommissionen har anfört.

d) Det fel som tribunalen påstås ha begått genom att inte pröva kriteriet avseende en rationell privat investerare för att fastställa huruvida det förelåg en fördel för FT (den andra grundens tredje del i mål C-401/10 P)

100. Genom den andra grundens tredje del har kommissionen i huvudsak hävdat att tribunalen borde ha kontrollerat, vilket kommissionen gjorde i det omtvistade beslutet, huruvida den fördel som FT beviljades till följd av samtliga uttalanden från juli 2002 och framåt och av tillkännagivandet av den 4 december 2002 ”hade beviljats på normala marknadsvillkor eller huruvida en privat enhet skulle ha kunnat fått samma fördel på samma villkor om staten hade betett sig som en privat investerare”. Tribunalen åsidosatte artikel 87.1 EG genom att inte göra en sådan prövning.

101. Jag anser att denna anmärkning inte kan godtas, eftersom den är verkningslös. Det framgår nämligen klart av domskälen i den överklagade domen att tribunalen fann att kommissionen hade felbedömt begreppet stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, på grund av att kommissionen – trots att den hade styrkt att det förelåg en fördel för FT som följde av uttalandena från juli 2002 och framåt och av tillkännagivandet av den 4 december 2002 – likväl inte hade visat att en sådan fördel följde av en överföring av statliga medel. Kommissionen har inte förklarat hur en eventuell prövning av lagenligheten av den metod som den använde vid tillämpningen av testet avseende en privat investerare skulle ha kunnat föranleda tribunalen att ändra denna slutsats, vilken låg till grund för ogiltigförklaringen av det omtvistade beslutet.

e) Påståendet att artikel 87 EG jämförd med artikel 230 EG åsidosattes, på grund av att tribunalen felbedömde det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har när den gör komplicerade ekonomiska bedömningar (den andra grundens fjärde del i mål C-401/10 P)

102. Genom den andra grundens fjärde del har kommissionen först klandrat tribunalen för att den felbedömde det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen hade när den gjorde komplicerade ekonomiska bedömningar genom att i det omtvistade beslutet tillämpa kriteriet avseende en rationell privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor. Denna anmärkning kan inte heller godtas, eftersom kommissionen inte har förklarat hur tribunalen kunde felbedöma det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen använde sig av vid tillämpningen av kriteriet avseende en privat investerare, då tribunalen inte bedömde lagenligheten av det omtvistade beslutet i den del där det gjordes en sådan tillämpning.

103. Inom ramen för samma delgrund har kommissionen vidare klandrat tribunalen för att den ersatte kommissionens tillvägagångssätt med sitt eget tillvägagångssätt, genom att göra en lämplighetsbedömning av det omtvistade beslutet. I synnerhet tycks kommissionen klandra tribunalen för att den, vid prövningen av huruvida det hade skett en överföring av statliga medel, underkände den ”helhetsbedömning” som kommissionen i stället gjorde vid tillämpningen av kriteriet avseende en privat investerare. Detta argument kan inte heller godtas. Det kan nämligen inte göras gällande att tribunalen överskred gränserna för lagenlighetsprövningen av tillämpningen av begreppet stöd när den, med stöd av bland annat sin egen bedömning av de faktiska omständigheterna, drog slutsatsen att en överföring av statliga medel inte kunde styrkas, även om man gemensamt beaktade samtliga händelser som inträffade efter varandra från juli 2002 och framåt.

104. I övrigt sammanfaller de argument som kommissionen har anfört inom ramen för denna del av den andra grunden med de argument som redan har angetts inom ramen för den andra grundens första och andra delar.

B – *Den påstått motstridiga motiveringen av den överklagade domen (den första grunden i mål C-401/10 P)*

105. Enligt kommissionen redogjorde tribunalen, på olika ställen i den överklagade domen, för bedömningar av de undersökta händelserna som var oförenliga sinsemellan. I synnerhet gjorde tribunalen en gemensam bedömning av uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 och tillkännagivandet av den 4 december 2002 för att dra slutsatsen att dessa åtgärder, betraktade som en helhet, gav FT en fördel. I strid med sina tidigare påståenden konstaterade vidare tribunalen att det inträffade ett tydligt avbrott mellan dessa uttalanden och detta tillkännagivande.

106. Jag delar inte kommissionens uppfattning. Tvärtom anser jag att den överklagade domen följer en ganska linjär logik, och domens motivering innehåller enligt min mening inte sådana motstridigheter som kommissionen har gjort gällande. I synnerhet ser jag ingen motstridighet mellan, å ena sidan, påståendet att uttalandena av den 12 juli, den 13 september och den 2 oktober 2002 och tillkännagivandet av den 4 december 2002, tillsammans eller var för sig, gav FT en och samma fördel (eller en liknande fördel), eftersom de gav uttryck för statens avsikt att ingripa till stöd för FT, och, å andra sidan, konstaterandet att dessa olika åtgärder inte var lika tydliga i fråga om definitionen av vilka medel som skulle användas för att genomföra ett sådant stöd och att de hade olika karaktär och olika räckvidd vad beträffar deras förmåga att utgöra ett rättsligt bindande åtagande för staten. Om man likaså beaktar tribunalens tolkning vad beträffar sambandet mellan fördelen och överföringen av statliga medel, går det – i motsats till vad kommissionen har hävdat – inte att upptäcka någon motstridighet mellan, å ena sidan, punkt 259 i den överklagade domen, där tribunalen drog slutsatsen att ”uttalandena från juli 2002 och framåt och tillkännagivandet av ... den 4 december 2002 ... medförde att FT beviljades en fördel” och, å andra sidan, punkt 296, där tribunalen angav att ”[e]n överföring av statliga medel till följd av tillkännagivandet av den 4 december 2002 kan ... endast motsvara en fördel som består i att en kreditfacilitet på 9 miljarder euro ställdes till förfogande, såsom uttryckligen förutsågs däri”. Som jag har påpekat ovan utgör nämligen sistnämnda punkt en tillämpning i förevarande fall av teorin att det endast kan föreligga ett samband mellan en fördel och en överföring av statliga medel som är av samma slag, vilket enligt tribunalen inte var fallet här, mellan, å ena sidan, den fördel bestående i den lugnande verkan på finansmarknaderna som följde av nämnda uttalanden och tillkännagivande och, å andra sidan, den överföring av allmänna medel som följde av att en kreditfacilitet på 9 miljarder euro ställdes till FT:s förfogande.

107. Jag anser följaktligen att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser kommissionens första grund.

C – Den påstått felaktiga tolkningen och missuppfattningen av det omtvistade beslutet (den tredje grunden i mål C-401/10 P)

108. Som tredje grund har kommissionen klandrat tribunalen för att den gjorde en felaktig tolkning av det omtvistade beslutet och missuppfattade de faktiska omständigheter som låg till grund för denna rättsakt. I synnerhet har kommissionen klandrat tribunalen för att den, i punkterna 254 och 255 i den överklagade domen, ansåg att kommissionen borde ha undersökt och mer i detalj motiverat förekomsten av en särskild fördel som följde av det föreslagna avtalet om aktieägartillskott av den 20 december 2002, medan det klart framgår av skälen 190 och 194 i det omtvistade beslutet att kommissionen aldrig beaktade en sådan fördel, utan att den hela tiden endast fastställde den fördel som bestod i att FT på nytt fick tillgång till kapitalmarknaden, på optimala villkor, till följd av att ”marknaden [förespeglades] ett [aktieägartillskott]”. Kommissionen har vidare bestritt påståendet i punkt 247 i den överklagade domen, enligt vilket kommissionen skulle ha medgett, under förhandlingen den 21 april 2009 vid tribunalen, att den ansåg att det föreslagna avtalet om aktieägartillskott som sådant innebar en ytterligare fördel som skilde sig från den som följde av tillkännagivandet av den 4 december 2002. I motsats till vad kommissionen har hävdat framgår det klart av domskälen i den överklagade domen, särskilt av punkterna 244 och 245 i nämnda dom, att tribunalen faktiskt beaktade den fördel som följde av att ”marknaden [förespeglades] ett [aktieägartillskott]”, vilken kommissionen har gjort gällande är den enda fördel som fastställdes i det omtvistade beslutet, och att det endast var för fullständighetens skull som tribunalen, i punkterna 254 och 255, prövade huruvida detta beslut kunde tolkas så, att kommissionen även hade avsett en ytterligare och separat fördel. Under dessa omständigheter kan anmärkningen om att det omtvistade beslutet feltolkades, vilken har angetts i föregående punkt, enligt min mening inte godtas. Det är i det avseendet inte nödvändigt att pröva huruvida tribunalen missuppfattade kommissionens påståenden vid förhandlingen den 21 april 2009.

109. Inom ramen för den tredje grunden har kommissionen dessutom klandrat tribunalen för att den ”missuppfattade det [omtvistade] beslutet och de faktiska omständigheter som beslutet grundar sig på”, genom att slå fast att det inträffade ett tydligt avbrott i händelseförloppet under perioden juli–december 2002, mellan uttalandet av den 12 juli 2002 och tillkännagivandet av den 4 december 2002, ”genom att underlåta att erinra om de två andra uttalanden som gjordes i september och oktober 2002”, vilka enligt kommissionen visar att den franska statens åtaganden gentemot FT gradvis konkretiserades. Denna anmärkning kan inte heller godtas. Det framgår nämligen bland annat av punkterna 303 och 304 i den överklagade domen att tribunalen ansåg att tillkännagivandet av den 4 december 2002 innebar ”ett tydligt avbrott” i händelseförloppet jämfört med *de tre uttalandena* i juli, september och oktober 2002 (”uttalandena från juli 2002 och framåt”, enligt det uttryck som tribunalen valde i punkt 21 i den överklagade domen) – vars karaktär och räckvidd redan hade undersökts i detalj, beträffande vart och ett av dessa uttalanden, i punkterna 273–276 i den överklagade domen – och att tribunalen således inte underlät att beakta samtliga åtgärder som föregick detta tillkännagivande, vilket kommissionen har hävdat.

110. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden anser jag att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser någon del av kommissionens tredje grund.

D – Republiken Frankrikes yrkande om att domskälen ska ändras

111. I sitt svar på kommissionens överklagande har den franska regeringen gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den, i punkterna 240 och 259 i den överklagade domen, kvalificerade verkningarna av uttalandena från juli 2002 och framåt och av tillkännagivandet av den 4 december 2002 som en fördel i den mening som avses i artikel 87.1 EG, innan den undersökte dessa åtgärder mot bakgrund av kriteriet avseende en rationell privat investerare.

112. Det yrkande om ändring av domskälen som den franska regeringen i huvudsak har framställt vid domstolen genom detta argument kan enligt min mening inte bifallas. I punkt 217 i den överklagade domen påpekade nämligen tribunalen att ”[k]riteriet avseende en rationell privat investerare kan ... enbart tillämpas om de åtgärder som staten vidtagit till förmån för ett företag ger företaget en fördel som härrör från statliga medel”. I punkt 221 uppgav tribunalen att den först skulle bedöma huruvida de åtgärder som den franska staten hade vidtagit till förmån för FT hade gett bolaget en fördel och därefter huruvida kriteriet avseende en rationell privat investerare hade iakttagits när en sådan fördel hade beviljats. Slutligen slog tribunalen, i punkt 313, fast att det saknades anledning att pröva de grunder och argument som sökandena i första instans hade anfört beträffande huruvida kommissionens tillämpning av kriteriet avseende en rationell privat investerare var lagenlig. Såsom FT självt har medgett, kan det under dessa omständigheter inte anses att tribunalen tog ställning till frågan huruvida den materiella fördel som följde av de åtgärder som den franska staten hade vidtagit till förmån för FT och som konstaterades i punkterna 234–240 i den överklagade domen var ”otillbörlig” i den mening som avses i artikel 87.1 EG. [60]

V – Förslag till avgörande

113. Av de skäl som angetts ovan föreslår jag att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 21 maj 2010 i de förenade målen T-425/04, T-444/04, T-450/04 och T-456/04, Frankrike m.fl. mot kommissionen. Eftersom det fel som tribunalen begick medför att hela dess bedömning är ogiltig och med hänsyn till att tribunalen inte prövade samtliga grunder som åberopades mot kommissionens beslut 2006/621/EG av den 2 augusti 2004 om det statliga stöd som Frankrike genomfört till förmån för France Télécom, däribland den grund som avsåg kommissionens tillämpning av principen om en rationell privat investerare som verkar på normala marknadsekonomiska villkor, anser jag att det är lämpligt att domstolen återförvisar målet till tribunalen, i enlighet med artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska unionens domstol, för en ny prövning av talan i första instans och att domstolen förordnar att beslut i fråga om rättegångskostnaderna i målet om överklagande ska meddelas senare.

60 — Se även dom av den 5 juni 2012 i mål C-124/10 P, kommissionen mot EDF m.fl., punkt 89.