Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. MAZÁK
fremsat den 20. oktober 2011 [1]

Sag C-124/10 P

Europa-Kommissionen
mod

Électricité de France (EDF) m.fl.

»Appel — statsstøtte — selektiv skattefritagelse knyttet til en kapitalforhøjelse under rekapitaliseringen af en virksomhed — det markedsøkonomiske investorprincip — staten som aktionær og staten som udøver af sine offentligretlige magtbeføjelser«

1. Kommissionen har nedlagt påstand om ophævelse af den dom [2], hvorved Retten i Første Instans (nu »Retten«) annullerede artikel 3 og 4 i Kommissionens beslutning om støtte til EDF og elektricitets- og gassektoren [3]. Denne appel har særlig betydning for EU's statsstøtteregler. Den rejser et principielt spørgsmål, der vedrører rækkevidden af (anvendelsesområdet for) et centralt princip i EU's statsstøtteregler – princippet om en markedsøkonomisk investor – i en sag, hvor staten har gjort brug af sine rettigheder som udøver af offentlig myndighed. I det væsentlige er det markedsøkonomiske investorprincip (eller »kriteriet om den private investor«) det logiske udtryk for princippet – der følger af artikel 86 EF og 295 EF – om ligebehandling af offentlige og private virksomheder.

I – De retlige rammer

2. Artikel 38, stk. 2, i Frankrigs code général des impôts fastsætter, at »nettoresultatet er forskellen mellem nettoværdien af aktiverne ved afslutningen og begyndelsen af den periode, for hvilken overskuddet udgør den skattepligtige indkomst, med fradrag af yderligere indskud og med tillæg af udlodninger i denne periode til indehaveren eller selskabsdeltagerne. Ved nettoaktiver forstås det beløb, hvorved nettoaktiverne overstiger den del af de samlede passiver, der udgøres af gæld til tredjemand, dokumenterede afskrivninger og hensættelser«.

3. I henhold til artikel 4, henholdsvis stk. I og II, i lov nr. 97-1026 [4] anses EDF for ejer af de af højspændingsforsyningsnettet omfattede anlæg fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net, og med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i stk. I opføres pr. 1. januar 1997 modværdien af de af højspændingsforsyningsnettet omfattede koncessionerede aktiver, som er opført på passivsiden på EDF's balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb, under posten »Kapitaltilførsler«.

1 — Originalsprog: engelsk.
2 — Dom af 15.12.2009, sag T-156/04, EDF mod Kommissionen, Sml. II, s. 4503 (herefter »den appellerede dom«).
3 — Beslutning C-68/2002, N 504/2003 og C 25/2003 af 16.12.2003 (herefter »den anfægtede beslutning«).
4 — Lov af 10.11.1997 om skattemæssige og økonomiske hasteforanstaltninger (JORF af 11.11.1997, s. 16387).

II – Tvistens faktiske omstændigheder

4. De faktiske omstændigheder, den administrative procedure og den anfægtede beslutning er beskrevet i detaljer i den appellerede doms præmis 9-51. Jeg vil nøjes med at anføre de væsentligste punkter. EDF producerer, transporterer og distribuerer elektricitet. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var EDF ejet fuldt ud af staten. Virksomheden blev stiftet ved lov om nationalisering af elektricitet og gas, som fastlagde det princip, at de nationaliserede elektricitetskoncessioner skulle overføres til EDF. I 1958 blev de forskellige elektricitetskoncessioner, staten havde meddelt på transport af elektricitet, samlet i én enkelt koncession, der benævntes »højspændingsforsyningsnettet« (réseau d'alimentation générale, herefter »RAG«).

5. At EDF blev omfattet af den almindelige regnskabsplan af 1982, der indeholdt særlige regnskabsregler for koncessioner, førte til, at den regnskabsmæssige behandling af RAG blev ændret for at efterkomme visse anvisninger, som Conseil national de la comptabilité (det nationale råd for regnskabsaflæggelse, herefter »CNC«), havde fremsat. Der blev indført en særlig regnskabsplan for EDF, som blev godkendt ved tværministeriel bekendtgørelse. RAG blev opført på aktivsiden på EDF's balance under posten »Koncessionerede materielle anlægsaktiver«. Der blev foretaget særlige regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af de koncessionerede materielle anlægsaktiver for at gøre det muligt for EDF at tilbagelevere disse aktiver i fejlfri stand ved koncessionens udløb.

6. De af EDF afholdte udgifter til fornyelse blev opført på balancen under posten »Modværdi af koncessionerede aktiver« (også benævnt »Koncessionsgivers rettigheder«). Denne post repræsenterede en gæld, som EDF havde til den franske stat som følge af, at EDF var forpligtet til at tilbagelevere de udskiftede aktiver vederlagsfrit ved koncessionens udløb. I en beretning fra 1994 anførte cour des comptes (den franske revisionsret), at den skattelettelse, EDF havde opnået som følge af de retsstridige hensættelser til fornyelse af RAG, ikke var lovlig. Den franske stat foretog følgelig en omstrukturering af EDF's balance. Ved virksomhedsaftalen »Staten-EDF 1997-2000«, der blev undertegnet den 8. april 1997, blev der gennemført en normalisering af EDF's regnskab og af virksomhedens økonomiske forbindelse med staten forud for den åbning af elektricitetsmarkedet, hvorom der var truffet bestemmelse i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT 1997 L 27, s. 20).

7. Før vedtagelsen af loven havde EDF's balance følgende udformning: i) På aktivsiden fandtes en post benævnt »Koncessionerede materielle anlægsaktiver« med et beløb på 285,7 mia. FRF, hvoraf ca. 90 mia. FRF vedrørte RAG; ii) på passivsiden fandtes en post benævnt »Hensættelser«, hvoraf ca. 38,5 mia. FRF vedrørte RAG, og en post benævnt »Modværdi af koncessionerede aktiver«, hvorpå der var opført afholdte udgifter til fornyelse. På denne post var opført i alt 145,2 mia. FRF, hvoraf 18,3 mia. FRF vedrørte RAG.

8. I henhold til artikel 4 i lov nr. 97-1026 blev den måde, hvorpå EDF's balance skulle omstruktureres, besluttet og meddelt EDF den 22. december 1997 i en skrivelse fra den franske økonomi-, finans- og industriminister, statssekretæren for budgettet og statssekretæren for industrien (jf. punkt 25 og 26 nedenfor).

9. Under den administrative procedure traf Kommissionen tre forbundne beslutninger vedrørende EDF, som blev offentliggjort den 16. november 2002 (EUT C 280, s. 8). Kommissionen indledte den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF vedrørende den fordel, det indebar, at EDF ikke havde betalt selskabsskat af den del af de regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af RAG, der var foretaget skattefrit. I den anfægtede beslutnings artikel 3 kvalificeres EDF's manglende betaling af selskabsskat i 1997 for en del af de skattefrie hensættelser til fornyelse af RAG, svarende til 14,119 mia. FRF i form af koncessionsgivers rettigheder omklassificeret til kapitaltilførsel, som statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet. Den pågældende statsstøtte beløber sig ifølge beslutningen til 888,89 mio. EUR. I henhold til den anfægtede beslutnings artikel 4 skulle Frankrig tilbagesøge støtten (med renter) på 1,217 mia. EUR, og dette beløb blev rent faktisk tilbagebetalt til den franske stat.

III – Den appellerede dom

10. Til støtte for søgsmålet havde EDF i det væsentlige fremsat tre anbringender. Retten begrænsede sin bedømmelse til det første anbringende og det andet anbringendes tre første led og forkastede det første anbringende og det andet anbringendes to første led. Den gav EDF medhold i det andet anbringendes tredje led og annullerede den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4, i forbindelse med hvilke EDF i det væsentlige havde gjort gældende, at staten med gennemførelsen af den pågældende foranstaltning havde handlet som en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi.

11. I præmis 233-237 i den appellerede dom fandt Retten i det væsentlige, at den omstændighed, at statens indgreb har form af en lov, ikke er tilstrækkeligt til, at det kan udelukkes, at statens indgreb i en virksomheds kapital har et økonomisk formål, som en privat investor også kunne forfølge. I præmis 243-245 fandt Retten grundlæggende, at bestemmelserne i artikel 4 i lov nr. 97-1026 ikke er skattemæssige bestemmelser som sådan, men regnskabsmæssige bestemmelser med skattemæssige virkninger. I præmis 247-250 bemærkede Retten i det væsentlige, at når de forfulgte formål blev taget i betragtning, kunne det forhold, at den franske stats tilgodehavende hos EDF var af skattemæssig art, og det forhold, at den havde gjort brug af en lov, ikke i sig selv indebære, at Kommissionen kunne undlade at anvende princippet om en markedsøkonomisk investor.

12. I den appellerede doms præmis 251 og 252 fastslog Retten, at det ikke kunne udelukkes, at investeringens form kan føre til forskelle mellem de omkostninger, som er forbundet med at rejse kapitalen, og mellem afkastet af denne, som kunne give anledning til at finde, at en privat investor ikke ville have foretaget en sådan investering under sammenlignelige vilkår. Dette forudsætter imidlertid en økonomisk analyse inden for rammerne af anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip, som Kommissionen bevidst havde afstået fra at foretage. I præmis 253 fastslog Retten, at Kommissionen ikke kunne indskrænke sig til kun at undersøge de skattemæssige virkninger af de bestemmelser, Den Franske Republik havde indført, uden samtidig at undersøge, om der var – og eventuelt efter endt undersøgelse finde, at der ikke var – grundlag for argumentationen om, at foranstaltningen opfyldte det markedsøkonomiske investorprincip.

IV – Retlig bedømmelse

13. Kommissionen har gjort to anbringender gældende til støtte for sin appel: i) Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sagen, og ii) Retten har begået en retlig fejl i forbindelse med bedømmelsen af rækkevidden af princippet om en markedsøkonomisk investor. Det er ikke nødvendigt at give en detaljeret gengivelse af alle parternes argumenter i et særligt afsnit. Jeg vil i stedet integrere argumenterne i min analyse, så forslaget til afgørelse bliver mere læsevenligt.

A – *Det første anbringende om urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder*

14. Kommissionen, Iberdrola og EFTA-Tilsynsmyndigheden (herefter »Tilsynsmyndigheden«) har i alt væsentligt hævdet, at Den Franske Republik, i modsætning til hvad der er anført i den appellerede dom, ikke har konverteret et skattetilgodehavende til kapital, men ganske enkelt har tildelt EDF en støtte i form af fritagelse fra selskabsskat. EDF og den franske regering har gjort gældende, at det første anbringende bør forkastes.

15. For det første har EDF gjort gældende, at det første anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling, da Domstolen herved anmodes om at efterprøve Rettens bedømmelse med hensyn til omstruktureringen af EDF's balance.

16. For så vidt angår anbringendet om urigtig gengivelse af bevisforholdene vil jeg gøre opmærksom på, at det ganske vist alene er Retten, der har kompetence til at afgøre, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt [5], men at Domstolen ikke desto mindre har fastslået, at et sådant anbringende kan antages til realitetsbehandling [6]. I denne sag bør EDF's formalitetsindsigelse ikke tages til følge. Det er tydeligt, at Kommissionen ikke kun har anmodet om en efterprøvelse af Rettens bedømmelse af omstruktureringen af EDF's balance. Det fremgår derimod af de indlæg, der er afgivet for Domstolen, og af sagsakterne, at der er en reel og aktuel risiko for, at Retten har foretaget en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder og en urigtig kvalificering af disse.

17. I henhold til fast retspraksis kan en appellants anbringender angående de faktiske omstændigheder og deres bedømmelse i den appellerede dom nemlig antages til realitetsbehandling, såfremt appellanten enten har gjort gældende, at det fremgår af sagens akter, at Rettens konstateringer er indholdsmæssigt urigtige, eller at Retten har gjort sig skyldig i en forkert gengivelse af de beviser, den har fået forelagt [7]. Vurderingen af bevismaterialet påhviler tydeligvis Retten og kan ikke pådømmes af Domstolen, men dette er ikke tilfældet, når Retten har fordrejet bevismaterialet ved at udlede noget, som det klart ikke indeholder – og dette er efter min opfattelse netop tilfældet i denne sag [8]. Fordrejning af bevismateriale [9] (dénaturation) forekommer, når en ret, som behandler en sags realitet, overskrider sin kompetence ved at fortolke et klart og utvetydigt formuleret dokument (såsom en aftale, et testamente, en rapport, en dom eller en udenlandsk lov) på en måde, der er uforenelig med ordlyden [10].

18. Det følger af samtlige ovenstående bemærkninger, at det første anbringende kan antages til realitetsbehandling.

19. Vedrørende det realitetsspørgsmål, der rejses med det første appelanbringende, fremgår det, at Retten rent faktisk foretog en urigtig kvalificering af de faktiske omstændigheder – navnlig for så vidt som den fastslog, at Den Franske Republik havde konverteret et skattetilgodehavende til kapital (jf. bl.a. den appellerede doms præmis 258), mens staten i virkeligheden tildelte EDF en selektiv fritagelse fra selskabsskat [11].

20. I modsætning til de argumenter, der er fremført af EDF – og som det vil fremgå nedenfor – fremgår det tydeligt af sagsakterne, at de faktiske omstændigheder er blevet fordrejet, og det er derfor ikke nødvendigt, at Domstolen foretager en ny, detaljeret vurdering af de faktiske omstændigheder.

21. Den franske regering har forsøgt at begrunde Rettens tilgang ved at fastholde, at konverteringen af et skattetilgodehavende til kapital skete som led i omstruktureringen af EDF's balance, og at et af trinene i denne proces var en rekapitalisering.

22. Det er ubestridt, at der samtidig var en rekapitalisering af EDF i gang, hvilket ikke i sig selv blev anset for at udgøre statsstøtte. Det er dog vigtigt at påpege, at det var de skattemæssige virkninger – som ikke står i forbindelse med rekapitaliseringen – der blev klassificeret som statsstøtte (jf. den appellerede doms præmis 241). Jeg anser den franske regerings argument for virkningsløst, da jeg mener, at eftergivelsen af en skattegæld og konverteringen af den til en kapitaltilførsel tydeligvis skal anses for to adskilte, på hinanden følgende transaktioner. Faktisk anerkender den franske regering tilsyneladende dette i svarskrivelsens punkt 97.

5 — Dom af 1.6.1994, sag C-136/92 P, Kommissionen mod Brazzelli Lualdi m.fl., Sml. I, s. 1981, præmis 66.

6 — Jf. bl.a. dom af 2.3.1994, sag C-53/92 P, Hilti mod Kommissionen, Sml. I, s. 667, præmis 42.

7 — Jf. dom af 15.6.2000, sag C-237/98 P, Dorsch Consult mod Rådet og Kommissionen, Sml. I, s. 4549, præmis 35 og 36.

8 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Tesauro i sag C-362/95 P, Blackspur DIY m.fl. mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1997 I, s. 4775, punkt 32.

9 — Jf. endvidere dommen i sagen Hilti mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 6, præmis 42.

10 — Jf. generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i sag C-141/08 P, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mod Rådet, Sml. 2009 I, s. 9147, punkt 72.

11 — Dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, præmis 14. Jf. endvidere dom af 19.5.1999, sag C-6/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2981, præmis 16.

23. En gennemgang af sagsakterne bekræfter tydeligvis, at det er umuligt at finde det skattepligtige beløb i nogen af disse dokumenter. Der er ingen momsansættelse, ingen spor af et forfaldent skattetilgodehavende og ingen beslutning om overførsel af det skattepligtige beløb til rekapitaliseringen af EDF. Hvis Rettens fortolkning af de dokumenter og faktiske omstændigheder, som den er blevet forelagt, var korrekt, ville overførslen af det skattepligtige beløb skulle udledes alene af det forhold, at lov nr. 97-1026 og/eller skrivelsen af 22. december 1997 ikke nævner noget herom.

24. Retten fastslog nemlig i den appellerede doms præmis 242, at »samtlige parter er enige om, at beløbet på 14,119 mia. FRF var skattepligtigt, før det blev opført under posten »Kapitaltilførsel««.

25. Det fremgår af den appellerede doms præmis 239-242, at alle foranstaltningerne til omstrukturering af EDF's balance blev opført på balancen med det dobbelte formål at styrke virksomhedens egenkapital og stabilisere den økonomiske forbindelse mellem staten og EDF på et grundlag, der nærmer sig almindelig ret (jf. den appellerede doms præmis 31).

26. Navnlig følgende bør bemærkes: i) De aktiver, som udgjorde RAG, blev omklassificeret som »egne aktiver« med et beløb på 90,325 mia. FRF; ii) ikke-udnyttede hensættelser til fornyelse af RAG blev bogført som ikke-udloddet overskud og omklassificeret som et fremført tab; derved afvikledes saldoen, idet restbeløbet blev overført til reserverne (det skal tilføjes, at denne transaktion blev beskattet); og iii) »koncessionsgivers rettigheder« for så vidt angår et beløb på 14,119 mia. FRF blev overført direkte til posten »Kapitaltilførsler«.

27. Hvad der er vigtigt, er imidlertid, at konverteringen til kapital af det skattepligtige beløb, som EDF blev fritaget for at betale skat af, slet ikke var opført i virksomhedens regnskab.

28. »De franske myndigheder erkender [faktisk] selv, at denne operation var ulovlig. I et notat fra [det franske økonomi-, finans- og industriministeriums] Direction générale des impôts til Kommissionen dateret den 9. april 2002 anfører de franske myndigheder, at »koncessionsafgifter vedrørende højspændingsforsyningsnettet udgør en ikke forfalden gæld, som uretmæssigt er fritaget for skat gennem opførelsen under kapitaltilførsel«, og at »denne reserve forud for opførelsen under kapitaltilførsel skulle have været overført fra passiverne i den virksomhed, hvor den fejlagtigt figurerede, til en egenkapitalpost, hvilket ville have medført en forøgelse af de skattepligtige nettoaktiver i henhold til artikel 38-2« i code général des impôts« (jf. 89. betragtning til den anfægtede beslutning).

29. Trods den utvetydige holdning, der blev udtrykt af Direction générale des impôts, var der ikke foretaget nogen behørig opførelse af et skattetilgodehavende, før det beløb, som »tilgodehavendet« vedrørte, blev tilført som kapital.

30. Tilsyneladende var der i denne sag slet intet »tilgodehavende« og ingen gæld at give afkald på. Som Iberdrola har bemærket, skete der ingen konvertering af tilgodehavendet til kapital, og myndighederne havde tilsyneladende intet ønske om at foretage en sådan konvertering. Det ser endog ud, som om Retten støttede sig på den franske regerings forsøg på efterfølgende at begrunde sine handlinger ud fra det markedsøkonomiske investorprincip. Efter min opfattelse kan sådanne påstande – især da de er fremsat »in tempore suspecto« – ikke med tilbagevirkende kraft ændre en skattefritagelse til et handlingsforløb, der kan anses for »sammenligneligt« med konverteringen af et tilgodehavende til kapital.

31. I den appellerede doms præmis 282 anerkendte Retten, at der ikke fandtes noget tilgodehavende eller nogen gæld at give afkald på: »Før lov nr. 97-1026 blev vedtaget, og EDF blev anset for at være ejer af RAG, forelå der […] ikke nogen skyldig skat. Efter at Den Franske Republik havde givet afkald på at opkræve skatten, var denne heller ikke skyldig og kunne følgelig ikke have været opført på balancen som en gæld for virksomheden«.

32. Jeg er enig med Kommissionen i, at en accept af Rettens gengivelse af de faktiske omstændigheder ville indebære en kapitalforhøjelse, som er implicit og uigennemsigtig, foretaget uden lovgiverens udtrykkelige samtykke og i strid med skattemyndighedernes vejledning.

33. I denne forbindelse spiller den appellerede doms præmis 243 en central betydning for Rettens argumentation. Her bruger Retten tilsyneladende argumentet om, at formålet med artikel 4 i lov nr. 97-1026 var at omstrukturere EDF's balance og forhøje egenkapitalen, til at fastslå, at »[d]er […] således ikke [er] tale om bestemmelser af skattemæssig art som sådan, men om regnskabsmæssige bestemmelser med skattemæssige virkninger, således som det fremgår af den skrivelse, [som blev] tilsendt[…] EDF den 22. december 1997«.

34. Den øvrige del af Rettens argumentation er nemlig baseret på den konklusion, at den franske stat havde foretaget en investering, og især at den havde »gennemfør[t] en forhøjelse af [EDF's] kapital ved at give afkald på et skattetilgodehavende« (jf. den appellerede doms præmis 246). En gennemgang af de relevante afsnit i den appellerede dom bekræfter, at dette rent faktisk er det centrale element i Rettens argumentation, og at det ifølge Retten var det centrale spørgsmål, som skulle afgøres med henblik på at træffe afgørelse vedrørende det tredje led i EDF's andet anbringende.

35. Denne tankegang kan spores gennem hele dommen. Den optræder mere eller mindre eksplicit i præmis 248, 249, 250, 252, 253, 258 and 259. Endvidere henviser Retten til de formål, som angiveligt blev forfulgt, i den appellerede doms præmis 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 og 259.

36. Retten lagde tydeligvis ordlyden af artikel 4 i lov nr. 97-1026 til grund for sin bedømmelse. Hele den franske regerings og EDF's argumentation er i høj grad baseret på denne bestemmelses ordlyd. De har hævdet, at det klart fremgår heraf, at Retten korrekt anså den hjælp, der blev ydet i 1997, for en kapitaltilførsel. Jeg er imidlertid uenig i disse argumenter, da jeg ikke mener, at ordlyden af artikel 4 i lov nr. 97-1026 fører til den uundgåelige konklusion, at denne hjælp var en kapitaltilførsel. Den franske regering har heller ikke i sine indlæg påvist, at det nødvendigvis følger af de finansielle transaktioners karakter, at de udgør en kapitaltilførsel. Det fremgår klart af ovenstående, at den franske regerings argument om, at den påståede kapitaltilførsel blev gennemført på den »mest gennemsigtige« måde (fordi den har form af en lov), også må afvises.

37. Den var højst gennemsigtig i form, men den var bestemt ikke gennemsigtig i indhold.

38. Det er åbenbart, at artikel 4 i lov nr. 97-1026 kun opstiller de regnskabsmæssige konsekvenser af de finansielle transaktioner, som er omfattet. Det er en kendsgerning, at den ikke opstiller de skattemæssige konsekvenser eller virkninger af de pågældende transaktioner. Faktisk har EDF tilsyneladende anerkendt dette i svarskriftet. Som Kommissionen har bemærket, blev et ændringsforslag til lovteksten forkastet under lovgivningsproceduren, fordi det tog sigte på at definere den regnskabsmæssige proces, hvorved de regnskabsmæssige hensættelser vedrørende de pågældende strukturer ville blive konverteret til egenkapital [12].

39. For det første skal det blot påpeges, at intet i lov nr. 97-1026 tyder på, at den franske stat gennemførte en transaktion, som i alt væsentligt bestod i konvertering af et skattetilgodehavende til EDF's kapital. For det andet fremgår det af den rapport fra Assemblée nationales finansudvalg, som blev udarbejdet under behandlingen af lovteksten, at lovgiveren ikke traf beslutning om den skatteproces, hvorved de regnskabsmæssige hensættelser vedrørende elforsyningen, som var omfattet

12 — Jf. »Migaud-rapporten«, udarbejdet på vegne af Assemblée nationales (den franske nationalforsamling) Commission des finances, de l'économie générale et du plan og vedlagt Kommissionens stævning, s. 79-81, hvori diskussionen om »De Courson-ændringen« refereres. Diskussionen om denne ændring viser nemlig, at komiteens mest betydningsfulde medlemmer (og navnlig formanden og hovedordføreren) mente, at den bestemmelse, som skulle vedtages, burde medføre, at EDF skulle betale selskabsskat af beløbet for de hensættelser, som blev omdannet til kapital.

af koncessionen til højspændingsforsyningsnettet, ville blive konverteret til egenkapital. Det er værd at hæfte sig ved, at rapporten bekræfter, at loven ikke indeholder nogen angivelser af de skattemæssige konsekvenser af den regnskabsmæssige omklassificering, som skulle udføres ifølge dens bestemmelser.

40. Hvad angår skrivelsen af 22. december 1997 fra den franske regering til EDF fremgår det, at de franske myndigheder selv klart sondrede mellem foranstaltningerne vedrørende omstruktureringen af balancen (se bilag 1 til skrivelsen) og de skattemæssige konsekvenser (se bilag 3 til skrivelsen). Som Kommissionen har påpeget, viser bilag 1 ganske enkelt den direkte overførsel af koncessionsgivers rettigheder til kapitaltilførselsposten på et beløb af 14,119 mia. FRF, mens bilag 3 fjerner de skattemæssige konsekvenser af denne foranstaltning for EDF. Der er heller ikke noget i dette dokument, der tyder på, at et skattetilgodehavende blev konverteret til kapital.

41. Med hensyn til skrivelsen af 9. april 2002 fra de franske myndigheder til Kommissionen gør det samme sig gældende. Heller ikke her er der nogen antydning af, at den franske stat konverterede et skattetilgodehavende til kapital.

42. Det fremgår af sagsakterne, at det først var på et sent tidspunkt i den administrative procedure – ikke før den 9. december 2002, dvs. 18 måneder efter at undersøgelsen var indledt – at de franske myndigheder i de bemærkninger, som blev sendt til Kommissionen, forsøgte at fremstille den skattefritagelse, som var indrømmet EDF, som en transaktion, der var »sammenlignelig« med en »supplerende kapitaltilførsel«, og det er vigtigt at bemærke, at de franske myndigheder i denne forbindelse ikke fremlagde nogen objektive beviser til støtte for disse påstande.

43. Som Kommissionen korrekt har påpeget i sine indlæg for Retten, indgivet den 3. februar 2005, fremlagde EDF et studie med titlen »En hypotetisk markedsøkonomisk investors perspektiv«, men også dette studie blev udført efterfølgende i et forsøg på retrospektivt at retfærdiggøre den økonomiske tankegang bag den pågældende transaktion. Der blev altså gjort forsøg på at fremstille denne transaktion som en konvertering af et tilgodehavende til kapital, en fortolkning af begivenheder, som med hensyn til de faktiske omstændigheder ikke synes at svare til virkeligheden, eller på noget tidspunkt er blevet bedømt således af Den Franske Republik, på tidspunktet for den pågældende omstrukturering.

44. Endvidere fremgår det klart af den appellerede doms præmis 242, at Retten afveg fra de faktiske omstændigheder i sagen ved at fordreje dem i en sådan grad, at den endte med at afsige dom i en helt anden sag end den, der var blevet forelagt. I denne præmis fremhævede Retten, at alle parter var enige om, at den pågældende transaktion skulle have været beskattet. I præmis 266-269 giver Retten derimod udtryk for sin tvivl om, hvorvidt der rent faktisk skal betales skat under disse omstændigheder. Det fremgår dog af sagsakterne, at der burde være blevet opkrævet skat i forbindelse med den pågældende transaktion i den form, hvori den blev gennemført.

45. Efter min opfattelse kunne Retten ikke fastslå, at der havde fundet en kapitaltilførsel sted som følge af, at der var givet afkald på et skattetilgodehavende, da der ikke fandtes objektive beviser på, at der rent faktisk havde fundet en sådan transaktion sted.

46. Da det er åbenbart, at der ikke fandtes sådanne objektive beviser, bygger Rettens konklusion om, at der skete en kapitaltilførsel, på en urigtig gengivelse af sagens akter.

47. Subsidiært – som Kommissionen har bemærket – hvis Rettens konklusion ikke fortolkes som en konklusion vedrørende en objektiv omstændighed, men som en retlig kvalificering af disse omstændigheder på grundlag af en fiktiv implicit og uigennemsigtig konvertering af en skat til kapital eller som en transaktion svarende til en sådan konvertering, ville denne retlige kvalificering af omstændighederne være åbenbart urigtig, da den ville gøre hele Rettens argumentation ugyldig.

48. Endelig gøres der i den appellerede doms præmis 225 korrekt opmærksom på, at kriteriet om den private erhvervsdrivende ifølge Domstolens praksis ikke er relevant, når statens intervention ikke er af økonomisk art. Dette er tilfældet, når de offentlige myndigheder yder et direkte tilskud til en virksomhed, indrømmer en afgiftsfritagelse eller en nedsættelse af sociale sikringsbidrag. Jeg er derfor enig med Kommissionen i, at det endog ser ud, som om Retten ved at give den pågældende transaktion en anden kvalificering i virkeligheden forsøgte at omgå Domstolens praksis vedrørende rækkevidden af kriteriet om den private erhvervsdrivende.

49. Det følger af samtlige ovenstående bemærkninger, at det første anbringende bør tiltrædes.

B – *Det andet anbringende om fortolkningen af artikel 87 EF*

1. Det andet anbringendes første led om kriterier for sondring mellem staten som aktionær og staten, der udøver sine offentligretlige magtbeføjelser

50. Kommissionen, Iberdrola og Tilsynsmyndigheden har i det væsentlige anfægtet Rettens vurdering, hvorefter sondringen mellem staten som aktionær og staten, der udøver sine offentligretlige magtbeføjelser, i det væsentlige afhænger af det mål, der forfølges af staten – i nærværende sag kapitaltilførslen til EDF – og ikke af objektive og verificerbare forhold, som det kræves ifølge retspraksis. EDF og den franske regering har hævdet, at det andet anbringendes første led bør forkastes.

51. For det første har EDF og den franske regering i alt væsentligt gjort gældende, at det andet anbringende hviler på Rettens påståede fordrejning af omstændigheder, som er genstanden for det første anbringende. De mener, at de to anbringender er komplementære, og at det første rent faktisk udgør en uundgåelig forudsætning for det andet.

52. Efter min opfattelse er det dog åbenbart, at det andet anbringende er adskilt fra og uafhængigt af det første. Det til trods for at appellen nødvendigvis vedrører den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4 vedrørende det forhold, at EDF i 1997 ikke betalte bestemte beløb i selskabsskat. Som Tilsynsmyndigheden og Iberdrola helt korrekt har gjort opmærksom på, kan den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4 afhænge af, om den pågældende støtteforanstaltning klassificeres som en kapitaltilførsel eller som en manglende skattebetaling, hvis en rationel og opmærksom privat investor ikke ville stille disse midler til rådighed til en offentligretlig virksomhed på »vilkår, som en privat investor ville finde acceptable at tilstå en tilsvarende privat virksomhed, når den private investor handler under normale markedsøkonomiske vilkår« [13].

53. Kommissionens faktiske konklusion i den del af den anfægtede beslutning var tydeligvis, at den finansielle bistand, som den franske stat ydede i 1997, udgjorde ulovlig statsstøtte.

54. Jeg mener under alle omstændigheder ikke, der er tvivl om, at det andet anbringende er begrundet. Det er nemlig ubestridt, at den franske stat i denne sag udøvede sine beføjelser som offentlig myndighed.

55. Med hensyn til substansen i det andet anbringendes første led mener jeg, at et af de vigtigste spørgsmål i denne appel er den overordentlig store betydning, som Retten tillægger formålet med den bedømte foranstaltning, sammen med den omstændighed, at denne tilgang ikke har noget grundlag i Domstolens praksis.

13 — Jf. meddelelse til medlemsstaterne fra Kommissionen – Anvendelse af EØF-traktatens artikel 92 og 93 og af artikel 5 i Kommissionens direktiv 80/723/EØF på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren (EFT 1993 C 307, s. 3), punkt 11.

56. Ifølge Domstolens faste fortolkning af artikel 87, stk. 1, EF »sondres der nemlig ikke efter grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men bestemmelsen definerer dem alene efter deres virkninger« [14]. Målene med en statslig foranstaltning er nemlig ikke tilstrækkelige til, at den ikke ipso facto kvalificeres som statsstøtte. I modsat fald ville det være tilstrækkeligt for medlemsstaten at påberåbe sig lovligheden af målet med et offentligt indgreb for at undgå, at traktatens bestemmelser om statsstøtte finder anvendelse [15].

57. Her har EDF indvendt, at Retten ikke vurderede den pågældende foranstaltning *udelukkende* på grundlag af dens mål. Ifølge EDF vurderede Retten denne foranstaltning på baggrund af en række kriterier som f.eks. dens art, genstand og formål og i forhold til alle dens aspekter og den overordnede sammenhæng, den indgik i.

58. Selv om det kan anerkendes, at Retten prima facie ikke udelukkende lagde det forfulgte mål til grund for sin tilgang til sagen, er det dog en kendsgerning, at det ved en grundigere gennemgang af hele den appellerede dom fremgår, at Retten rent faktisk først og fremmest – hvis ikke udelukkende – lagde det forfulgte mål til grund for sine konklusioner med henblik på at afgøre, hvorvidt staten handlede i egenskab af aktionær eller offentlig myndighed. Som det vil fremgå, kan det ikke bestrides, at Retten i sin bedømmelse tillagde det forfulgte mål en altovervejende betydning.

59. I den appellerede doms præmis 229 fastslog Retten følgende: »For at fastslå, om foranstaltninger, staten har truffet, henhører under dens beføjelser som offentlig myndighed eller under de forpligtelser, den hæfter for som aktionær, skal foranstaltningerne vurderes ikke på grundlag af deres form, men på grundlag af deres art, deres indhold og de bestemmelser, de er omfattet af, idet det samtidig tages i betragtning, *hvilket formål foranstaltningerne tager sigte på*« (min fremhævelse).

60. Derefter understregede Retten igen, i præmis 233, at det er nødvendigt at fastslå, om staten forfulgte et »økonomisk formål«, som en privat investor også kunne have forfulgt, for at fastslå, om det markedsøkonomiske investorprincip finder anvendelse eller ikke. Også i præmis 234 og 235 nævnes, at det forfulgte formål er vigtigt i denne sammenhæng. I præmis 236 fastslog Retten, at »[f]oranstaltningen [ikke kun] skal […] undersøges ud fra sin form, men også ud fra sin art, indhold og *formål*, hvilket forudsætter, at den anskues ud fra alle sine aspekter, og at den sammenhæng, hvori den indgår, tages i betragtning« (min fremhævelse). Endelig henvises også i præmis 237 til den pågældende foranstaltnings formål.

61. I præmis 247 fastslår Retten igen – resolut – at »*når det tages i betragtning, at lov nr. 97-1026 har til formål at rekapitalisere EDF*, kan hverken det forhold, at […] tilgodehavende[t] var af skattemæssig art, eller det forhold, at den [franske stat] havde gjort brug af en lov, i sig selv indebære, at Kommissionen kunne undlade at prøve, om en privat investor under lignende omstændigheder kunne have været foranlediget til at foretage en kapitalforhøjelse af samme størrelse, og dermed om staten havde indskudt kapitalen på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår« (min fremhævelse).

62. Med henblik på at afgøre, om det markedsøkonomiske investorprincip fandt anvendelse, tog Retten åbenbart højde for det forfulgte formål – og tillagde det afgørende betydning – hvorfor denne afgørelse er baseret på en retlig fejl.

63. Desuden står det klart, at Domstolens dom i SAT Fluggesellschaft-sagen [16] var den eneste retspraksis, som Retten lagde til grund for sit forsøg på at berettige, at den tog højde for det af medlemsstaten angiveligt forfulgte formål med henblik på at fastslå, om det markedsøkonomiske investorprincip fandt anvendelse.

14 — Dom af 9.6.2011, forenede sager C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, Comitato »Venezia vuole vivere« mod Kommissionen, Sml. I, s. 4727, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis.

15 — Jf. forslag til afgørelse fra generaladvokat Tizzano i sag C-172/03, Heiser, Sml. 2005 I, s. 1627, punkt 45.

16 — Dom af 19.1.1994, sag C-364/92, Sml. I, s. 43.

64. I den relevante præmis i denne dom (præmis 30) henviste Domstolen imidlertid slet ikke til det formål, som blev forfulgt med den pågældende foranstaltning.

65. Først og fremmest er SAT Fluggesellschaft-sagen ikke en statsstøttesag. I denne dom skulle Domstolen afgøre, om en bestemt international organisation kunne anses for en »virksomhed« i artikel 82 og 86 EF's forstand. Domstolen blev nærmere bestemt spurgt, hvorvidt Den Europæiske Organisation for Luftfartens Sikkerhed (Eurocontrol) var en »virksomhed«.

66. Med henblik på at afgøre dette spørgsmål undersøgte Domstolen i) *arten* af Eurocontrols virksomhed (præmis 19), ii) *formålet* med denne virksomhed som fastlagt i den konvention, hvorved organisationen blev oprettet (præmis 21), iii) Eurocontrols *beføjelser* som fastlagt i den ændrede konvention (præmis 22), iv) Eurocontrols *kompetencer*, bl.a. at indføre og opkræve en route-afgifter (præmis 23, 28 og 29), v) Eurocontrols *operationelle virksomhed* (præmis 24) og endelig vi) metoden til Eurocontrols *finansiering* som international organisation (præmis 26).

67. I SAT Fluggesellschaft-dommens præmis 30 og 31 i konkluderede Domstolen derfor, at »ud fra en helhedsbetragtning er Eurocontrols virksomhed […] knyttet til udøvelsen af beføjelser vedrørende kontrollen af og de politimæssige opgaver i luftrummet, som typisk er beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed. Der er ikke tale om økonomisk virksomhed, som kan begrunde anvendelsen af traktatens konkurrenceregler«. Eurocontrol var således ikke en virksomhed i henhold til artikel 82 EF og 86 EF.

68. Det bør bemærkes, at det i denne sag var Retten selv, som i den appellerede doms præmis 246 anerkendte, at »staten ved at give afkald på [skattetilgodehavendet] har gjort brug af sine beføjelser som offentlig myndighed«. Det er ubestridt, at den pågældende foranstaltning er knyttet til udøvelsen af beføjelserne som offentlig myndighed. Som Kommissionen korrekt har påpeget, vedrørte det kriterium, som Domstolen anvendte i SAT Fluggesellschaft-dommen, kvalificeringen af en bestemt organisation som en virksomhed og ikke kvalificeringen af en bestemt transaktion gennemført af staten som statsstøtte, som det er tilfældet i denne sag.

69. Den eneste konklusion, der kan drages af ovenstående betragtninger, er, at SAT Fluggesellschaft-dommen, i modsætning til, hvad den franske regering har fremført, var og er uden relevans for afgørelsen af nærværende sag, og denne dom er navnlig uden relevans for afgørelsen af, hvorvidt det markedsøkonomiske investorprincip finder anvendelse i en given sag, der vedrører artikel 87 EF.

70. Desuden mener jeg, at Retten faktisk ikke engang anvendte de kriterier, som Domstolen opstillede i præmis 30 i SAT Fluggesellschaft-dommen. Retten behandlede det af staten forfulgte formål – et uvæsentligt kriterium i Domstolens dom – som den langt mest afgørende faktor og undlod samtidig at tage hensyn til *arten* af statens handling, da den gav afkald på det pågældende tilgodehavende, som med Rettens egne ord var et eksempel på, at staten udøvede sine beføjelser som offentlig myndighed.

71. For det første er et kriterium, der er baseret på statens hensigt, særligt uanvendeligt til vurdering af, om der er tale om statsstøtte, henset til, at et sådant kriterium i sagens natur er subjektivt og åbent for fortolkning. For det andet kan – som Iberdrola har påpeget – det forhold, at der tages højde for formål, som angiveligt forfølges af medlemsstaten, give anledning til manipulation, som påvirker konkurrencen mellem den private og den offentlige sektor. Der består en reel risiko for, at medlemsstaterne ville blive tilskyndet til blot (ex post) at påberåbe sig hensyn til fortjeneste for at undgå statsstøttereglernes anvendelse.

72. Endelig er den bestemmende rolle, som Retten tillagde det forfulgte formål, vanskelig at forene med den omstændighed, at »støttebegrebet er et objektivt begreb«[17]. Det bør nemlig ikke glemmes, at begrebet statsstøtte i henhold til Domstolens praksis »efter definitionen i traktaten [har] en retlig karakter og skal fortolkes på grundlag af objektive elementer«[18]. Endelig vurderes tilstedeværelsen af et støtteelement udelukkende med henvisning til objektive og verificerbare forhold. Ellers ville Kommissionens overvågningsforpligtelse blive berørt, og Fællesskabets retsinstanser ville ikke kunne »gennemføre en fuldstændig efterprøvelse af, om en foranstaltning henhører under artikel 87, stk. 1, EF«[19], og det er netop risikoen, hvis man følger den fremgangsmåde, som foreslås i den appellerede dom.

73. EDF har derefter gjort gældende, at ikke kun det forfulgte formål, men især også sammenhængen er relevant i forbindelse med anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip. EDF har påberåbt sig nogle sager, hvor Kommissionen skulle vurdere den sammenhæng, hvori forskellige transaktioner indgik, og har navnlig henvist til Chronopost I-sagen[20], sagen P&O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen (herefter »sagen P&O European Ferries«)[21], sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen[22] og sagen Ryanair mod Kommissionen (herefter »Ryanair-sagen«)[23].

74. Jeg behøver dog blot at gøre opmærksom på, at alle disse sager drejede sig om transaktioner af kommerciel art. I Chronopost I-sagen var der tale om overdragelse af en kundekreds, i sagen P&O European Ferries om salg af færgebilletter, i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen om aktiver, der var stillet til rådighed for en bank og derefter brugt som grundlag for dens konkurrenceprægede virksomhed, og endelig drejede Ryanair-sagen sig om fastsættelse af lufthavnsafgifter, dvs. en aktivitet, der har direkte tilknytning til forvaltningen af lufthavnsinfrastruktur, som er en økonomisk aktivitet. Retten fastslog særligt i Ryanair-dommen, at det var berettiget at anse de pågældende afgifter for »gebyrer« og ikke for »skatter« – og i modsætning til, hvad der er tilfældet her, kunne en rabatordning for disse gebyrer rent faktisk gennemføres af en privat erhvervsdrivende.

75. Retten synes især at have hentet inspiration i sin Ryanair-dom, hvor den også annullerede en statsstøtteafgørelse fra Kommissionen. Nærmere bestemt fastslog Retten i Ryanair-dommen, at Kommissionens afslag på at foretage en samlet undersøgelse af de fordele, som blev indrømmet Ryanair af regionen Vallonien og Charleroi lufthavn, og at afgøre, hvorvidt disse to enheder, vurderet under ét, handlede som rationelle erhvervsdrivende på markedsøkonomiske vilkår, var behæftet med en retlig fejl. Det er dog åbenbart, at der skal sondres mellem nærværende sag og Ryanair-sagen. At de aktiviteter, der var tale om i Ryanair-sagen, var erhvervsmæssig virksomhed, var nemlig allerede anerkendt i retspraksis[24]. Selv om de pågældende afgifter i denne sag blev fastsat ved brug af *lovgivning*, fastslog Retten, at der var tale om økonomisk virksomhed, fordi »fastsættelse af lufthavnsafgifter har nær tilknytning til anvendelsen og forvaltningen af Charleroi lufthavn og bør anses for en økonomisk virksomhed«. Retten fastslog i det væsentlige, at det ville indebære en forskelsbehandling af offentlige og private lufthavne, hvis det ikke blev anerkendt, at den vallonske region ved at fastsætte de pågældende afgifter kunne optræde som privat investor. Det bør måske bemærkes, at Kommissionen ikke appellerede Ryanair-dommen.

17 — Jf. forslag til afgørelse af 19.3.2002 fra generaladvokat Léger i sag C-280/00, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg (»Altmark-sagen«), Sml. 2003 I, s. 7747, punkt 77.

18 — Dom af 22.12.2008, sag C-487/06, British Aggregates mod Kommissionen, Sml. I, s. 10515, præmis 111.

19 — Jf. bl.a. dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, Sml. I, s. 3271, præmis 25.

20 — Dom af 3.7.2003, forenede sager C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl. (»Chronopost I-dommen«), Sml. I, s. 6993, præmis 128.

21 — EDF har henvist til forslag til afgørelse fra generaladvokat Tizzano i forenede sager C-442/03 P og C-471/03 P, Sml. 2006 I, s. 4845, punkt 87.

22 — Dom af 3.3.2010, sag T-163/05, Sml. II, s. 387.

23 — Dom af 17.12.2008, sag T-196/04, Sml. II, s. 3643.

24 — Jf. i denne retning dom af 12.12.2000, sag T-128/98, Aéroports de Paris mod Kommissionen, Sml. II, s. 3929, præmis 107-109, 121, 122 og 125.

76. Til forskel fra fastsættelsen af sådanne afgifter kan ingen privat aktør imidlertid (på noget tidspunkt) eftergive et skattetilgodehavende. Jeg mener således, at EDF har åbenbart uret i sit argument om, at det forhold, at det af staten anvendte middel ikke er til rådighed for en privat investor, ikke kan medføre, at det markedsøkonomiske investorprincip skal forkastes. Der er en god grund til det synspunkt, som udtrykkes i den juridiske litteratur, nemlig at det markedsøkonomiske investorprincip ikke kan finde anvendelse i skatteanliggender, dvs. i sager, hvor den pågældende fordel opnås ved brug af skatteregler [25].

77. Efter min opfattelse bør Rettens tilgang i den appellerede dom forkastes, så meget desto mere fordi staten, hvis den eventuelt ønsker at handle som en privat investor, stadig kan gøre dette. Den behøver blot at indskyde kapital i en virksomhed, *efter at* den har udøvet sine skattemæssige beføjelser og således gjort brug af sine beføjelser som offentlig myndighed. I modsætning til EDF's argumenter om, at rækkevidden af det markedsøkonomiske investorprincip ville blive alt for begrænset og indebære forskelsbehandling af offentlige virksomheder, ville den model, jeg foreslår her, ikke forårsage nogen forskelsbehandling af offentlige virksomheder. Den tager ganske enkelt sigte på at begrænse risikoen for forskelsbehandling af private virksomheder.

78. Selv om en stat, som Tilsynsmyndigheden har bemærket, under visse omstændigheder kan indgå i kontraktmæssige og forretningsmæssige forbindelser med virksomheder, var EDF's gæld til den franske stat i denne sag slet ikke af kontraktmæssig eller forretningsmæssig art. Det var en skattegæld. Skat pålægges af staten og er ikke noget, der skyldes som følge af frivillige kontraktmæssige eller forretningsmæssige forbindelser. Under alle omstændigheder har Domstolen sondret mellem transaktioner gennemført af staten i dens rolle som investor og transaktioner, hvor staten optræder som kreditor [26].

79. Når en virksomhed modtager bistand fra offentlige midler, vil denne bistand ifølge det markedsøkonomiske investorprincip blive anset for statsstøtte, hvis en privat investor ikke ville have foretaget en sådan investering under normale omstændigheder. Hvis staten derimod handlede på samme måde, som en normal privat aktionær ville have handlet på normale markedsvilkår, ville den finansielle bistand ikke blive anset for statsstøtte. Som Tilsynsmyndigheden har påpeget, står det klart, at staten pålægger skatter under udøvelse af sin offentlige myndighed. Det kan næppe hævdes, at staten har beføjelse til at pålægge skat i sin egenskab af privat investor. Følgen af at pålægge skat – eftergivelse af skattegæld – er ligeledes en aktivitet, som staten udfører som offentlig myndighed. Der er derfor ingen tvivl om, at statens skattemæssige virksomhed – pålæggelse, opkrævning, tilbagebetaling og eftergivelse af skat – udføres under udøvelse af dens offentlige myndighed og pr. definition ikke kan udføres som privat investor.

80. Derfor skal Domstolen foretage en vigtig sondring. I dommen i sagen Spanien mod Kommissionen (herefter »Hytasa-dommen«) [27] fastslog den, at »[d]er må […] sondres mellem de forpligtelser, staten skal hæfte for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed. Eftersom de tre omhandlede selskaber var blevet oprettet som aktieselskaber, hæftede Patrimonio del Estado som ejer af aktiekapitalen i disse selskaber kun for deres gæld op til likvidationsværdien af deres aktiver. Heraf følger, […] at forpligtelserne vedrørende udgifterne til afskedigelse af de ansatte, betaling af ydelser ved arbejdsløshed samt støtte til genskabelse af den industrielle infrastruktur ikke må tages i betragtning ved anvendelsen af kriteriet vedrørende den private investor«.

25 — Og ved regulering i det hele taget. Jf. bl.a. L. Hancher, T. Ottervanger og P.J. Slot, *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, s. 74; Th. Jaeger, *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, punkt 195; M.-A. Mamut, »Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen«, i Jaeger (red.), *Jahrbuch Beihilferecht 09*, s. 341; og W. Haslehner, »Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen«, i Jaeger (red.), *Jahrbuch Beihilferecht 2011*, NWV, 2011, s. 273.

26 — Dom af 29.4.1999, sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2459, præmis 46.

27 — Dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92 - C-280/92, Sml. I, s. 4103, præmis 22. Jf. endvidere dom af 21.1.1999, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 119, og Kommissionens beslutning 2008/722/EF af 10.5.2007 om Grækenlands påtænkte statsstøtte til OTE's frivillige førtidspensionsordning – sag C 2/06 (ex N 405/05), EUT L 243, s. 7, punkt 85 og 86.

81. I dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen (herefter »Gröditzer-dommen«)[28] fastslog Domstolen, at »[m]ed henblik på at fastslå, om privatiseringen af [Gröditzer Stahlwerke (GS)] til en negativ [salgspris] på 340 mio. DEM indebærer elementer af statsstøtte, skal der foretages en vurdering af, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med organer, som forestår forvaltningen af den offentlige sektor, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af denne størrelse i forbindelse med salget af virksomheden eller ville have valgt en likvidation af virksomheden«[29]. Også her gjorde Domstolen opmærksom på, at der må sondres mellem de forpligtelser, staten skal hæfte for som ejer af et selskabs aktiekapital, og de forpligtelser, der kan påhvile den som offentlig myndighed.

82. Derefter bemærkede generaladvokat Léger i Altmark-sagen[30], at Domstolen kun anvender det markedsøkonomiske investorprincip i situationer, hvor *statens intervention er af økonomisk karakter*. Han fastslog, at det markedsøkonomiske investorprincip er relevant, idet den handling, staten foretager, i det mindste i princippet også kan foretages af en privat erhvervsdrivende med vinding for øje (en investor, en bank, en kautionist, en virksomhed eller en kreditor). Det markedsøkonomiske investorprincip er imidlertid ikke relevant, når statens intervention ikke er af økonomisk karakter. I disse tilfælde kan statens intervention ikke foretages af en privat erhvervsdrivende med vinding for øje, men er et led i udøvelsen af statens offentlige myndighed, f.eks. dens *skatte- og afgiftspolitik* eller dens socialpolitik. Det markedsøkonomiske investorprincip er derfor ikke relevant, da der *pr. definition ikke kan ske nogen tilsidesættelse af princippet om ligebehandling* mellem den offentlige og private sektor. Han konkluderede, at det markedsøkonomiske investorprincip følgelig ikke finder anvendelse på statens interventioner, som hører under udøvelsen af offentlige beføjelser.

83. Retten fastslog korrekt i Ryanair-dommen[31], at »[m]ens det er nødvendigt i det tilfælde, hvor staten handler som en virksomhed, der opererer som en privat investor, at vurdere dens adfærd på grundlag af princippet om den private investor, der opererer på markedsøkonomiske vilkår, er det udelukket at anvende dette princip, når staten handler som offentlig myndighed. I det sidstnævnte tilfælde er det nemlig udelukket at sammenligne statens adfærd med den adfærd, som følges af en privat erhvervsdrivende eller investor, der opererer på markedsøkonomiske vilkår«.

84. I dommen i sagen Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen[32] bemærkede Retten korrekt, at »[h]vad [...] angår delstatens argument om større skatteprovenu bemærkes, at delstatens rolle som offentligt organ og dens rolle som erhvervsdrivende ikke må sammenblandes. Et større skatteprovenu ville imidlertid være fuldstændig uden betydning for en privat investor«.

85. Endelig skal det bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at en enhed, der handler som skatteopkræver, ikke handler som erhvervsdrivende[33]. Desuden følger det af Domstolens praksis, at en aktivitet, der som følge af sin art, sit formål og de regler, den er undergivet, ikke er af økonomisk karakter, eller er knyttet til udøvelsen af beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed, falder uden for anvendelsesområdet for traktatens konkurrenceregler[34].

28 — Dom af 28.1.2003, sag C-334/99, Sml. I, s. 1139, præmis 133 og 134.

29 — Jf. dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen (»StardustMarine«), Sml. I, s. 4397, præmis 70.

30 — Forslag til afgørelse fremsat 14.1.2003 i Altmark-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 17, punkt 20-27.

31 — Nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 85 (min fremhævelse).

32 — Dom af 6.3.2003, forenede sager T-228/99 og T-233/99, Sml. II, s. 435, (»Westdeutsche Landesbank-dommen«).

33 — Dom af 11.9.2003, sag C-207/01, Altair Chimica, Sml. I, s. 8875, præmis 35.

34 — Dom af 19.2.2002, sag C-309/99, Wouters m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 57.

86. I denne forbindelse har EDF og den franske regering indvendt, at der har været andre sager, hvor Domstolen anlagde en mindre streng holdning i situationer, hvor der var gjort brug af statslige beføjelser. Den franske regering har gjort gældende, at midlerne ikke er relevante, når staten kan foretage forskellige former for investering. Den har hævdet, at Domstolen allerede har anerkendt, at foranstaltninger, som ikke var til rådighed for private investorer, kunne sammenlignes med fremgangsmåden hos en privat investor [35].

87. Jeg anser det dog for vigtigt ikke at behandle to helt forskellige begreber på samme måde. Der bør sondres mellem princippet om den private kreditor (der opererer i en markedsøkonomi) og princippet om den private investor (der opererer i en markedsøkonomi) (det markedsøkonomiske investorprincip). I modsætning til, hvad Den Franske Republik har argumenteret, er det ikke muligt at sammenligne en privat investors stilling med en privat kreditors. Mens en investor søger at få et udbytte ved at investere i virksomheder, søger en kreditor at opnå betaling af de beløb, som en debitor i økonomiske vanskeligheder skylder ham [36].

88. Det har derfor betydning, at hverken den franske regering eller EDF i denne forbindelse har hævdet, at dette drejede sig om en virksomhed i økonomiske vanskeligheder. Dette er tydeligvis ikke en sag, hvor en kreditor forsøger at inddrive beløb, som skyldes af en debitor i økonomiske vanskeligheder. Desuden afhænger kriteriet om en privat kreditor ikke af statens rolle som aktionær. Ifølge dette kriterium behandles offentlige og private virksomheder på nøjagtig samme måde. I modsætning til det markedsøkonomiske investorprincip og den situation, vi har med at gøre her, er der ingen risiko for forskelsbehandling i forbindelse med kriteriet om den private kreditor.

89. Den faste praksis, hvorefter »alle samfundsmæssige, regionalpolitiske og sektorbestemte synspunkter [lades] ude af betragtning« under anvendelse af kriteriet om den opmærksomme private investor, således at det ikke kan komme på tale, at der tages hensyn, som tydeligvis vedrører en medlemsstats rolle som offentlig myndighed, stammer fra de tidligste sager [37].

90. Den første praksis om det markedsøkonomiske investorprincip er Meura-dommen og Boch II-dommen [38]. Generaladvokat VerLoren van Themaat havde dog allerede været inde på emnet i sagen Intermills mod Kommissionen [39]. Han anførte, at »[der i] denne sag [nemlig klart er] tale om kapitalinteresser i en virksomhed, som er i vanskeligheder, og om en foranstaltning, som Kommissionen allerede […] har kvalificeret som en statsstøtteforanstaltning efter artikel 92. […] [D]en foreliggende kapitalinteresse i virksomheder under Intermills-koncernen [har] desuden i det væsentlige til formål at dække underskud. For mig at se kan der heller ikke være tvivl om, at også dækning af et underskud af et så væsentligt omfang, at det holder virksomheden kunstigt i live, må anses for en støtteforanstaltning [i henhold til] artikel 92 […] Dette gælder så meget desto mere som denne kapitalinteresse ikke har midlertidig karakter, hvortil kommer, at det af den omstændighed, at de virksomhedsafdelinger, som stadig producerer, endnu ikke selv fire år efter, at støtten blev ydet, har genoprettet deres rentabilitet, må udledes, at det ikke ville have været muligt at få denne kapital stillet til rådighed på det private kapitalmarked«.

35 — Den henviser til dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 46, og dom af 29.6.1999, sag C-256/97, DM transport, Sml. I, s. 3913.

36 — Jf. i denne retning dommen i sagen Spanien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 46, og DM Transport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 24. Jf. endvidere generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse i sag C-276/02, Spanien mod Kommissionen, Sml. 2004 I, s. 8091, punkt 24 og 25, og dom af 11.7.2002, sag T-152/99, HAMSA mod Kommissionen, Sml. II, s. 3049, hvor kapitalkonverteringen af virksomhedens gæld til staten blev vurderet ifølge kriteriet om den private investor, men Retten påpegede, at det korrekte begreb at sammenligne med var den private kreditor.

37 — Jf. Kommissionens beslutning 2006/900/EF af 20.10.2005 om Finlands statsstøtte i form af en investeringsstøtte til fordel for Componenta Corporation, EUT 2006 L 353, s. 36, punkt 26 (en bys rolle som offentlig myndighed og som forretningsdrivende ejer af et selskab må ikke sammenblandes) og Kommissionens beslutning C 56/2006 af 30.4.2008 om Østrigs statsstøtte C 56/06 (ex NN 77/06) til privatiseringen af Bank Burgenland, EUT L 239, s. 32. Kommissionen afviste et argument fremført af Østrig ved at påpege, at offentligretlige forpligtelser ikke bør sammenblandes med analysen af statens handlinger i egenskab af investor, men bemærkede, at den ville have indtaget en anden holdning, hvis Staten havde givet den samme form for garanti *gennem en privatretlig garantikontrakt*.

38 — Henholdsvis domme af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, og sag 40/85, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2321.

39 — Sag 323/82, Sml. 1984 s. 3809 (på s. 3842).

91. Jeg mener, at det står klart – sådan som jeg forsøger at vise i dette forslag til afgørelse – hvorfor det er berettiget, at både Kommissionen og Domstolen altid har fastholdt, at der skal opretholdes en klar sondring mellem statens udøvelse af sine offentlige beføjelser og dens rolle som investor. Selv om en foranstaltning, der er vedtaget under udøvelse af de offentlige beføjelser, stort set har samme virkning som en foranstaltning, som en stat eventuelt havde kunnet vedtage i sin egenskab af investor, skal den således alligevel lades ude af betragtning i forbindelse med bedømmelsen af påstande om, at staten handlede som markedsinvestor [40].

92. Jeg mener, at Retten i den appellerede dom afveg fra en sondring, som Domstolen omhyggeligt har foretaget mellem acta jure gestionis og acta iure imperii [41]. Det er min opfattelse, at Rettens tilgang grundlæggende kan medføre retsusikkerhed og manglende gennemskuelighed samt (skattemæssige) privilegier til offentlige virksomheder. Jeg kan tilføje, at den sidste mulighed kan have en særlig negativ virkning for adskillige sektorer, som er blevet liberaliseret for nylig eller er ved at blive liberaliseret.

93. Specifikt strider Rettens tilgang i den appellerede dom imod det EU-retlige gennemskuelighedskrav. Domstolen har f.eks. fastslået, at »en ordning som den i traktaten omhandlede, der skal sikre, at konkurrencen ikke fordrejes, forudsætter, at de erhvervsdrivende har lige muligheder«. Heraf drog Domstolen den slutning, at »*opretholdelsen af en effektiv konkurrence og hensynet til gennemskuelighed* forudsætter, at formaliseringen af de tekniske specifikationer og kontrollen med deres anvendelse samt godkendelsen skal foretages af et organ, der er uafhængigt af offentlige eller private virksomheder, der udbyder varer og/eller tjenesteydelser på telekommunikationsområdet« [42]. Jeg nærer slet ingen tvivl om, at gennemskuelighed også spiller en meget vigtig rolle inden for statsstøttereglerne.

94. I denne henseende er det relevant at henvise til Altmark-dommen [43]. Hvis man anvender de principper, som blev opstillet i den nævnte dom, skal den begunstigede virksomhed, for at kompensation, der er vederlag for leverede ydelser til opfyldelse af forpligtelser til offentlig tjeneste, ikke skal udgøre statsstøtte, faktisk være pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, og disse forpligtelser skal være »klart definerede«. Endvidere »skal de kriterier, der er grundlag for beregningen af kompensationen, være fastlagt *på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde* (min fremhævelse). I forbindelse med den fjerde betingelse, der er opstillet i Altmark-dommen, er det også relevant, at den virksomhed, der skal pålægges at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, skal vælges inden for rammerne af en procedure for tildeling af offentlige kontrakter.

95. Jeg mener, det står klart, at den appellerede dom rent faktisk sætter spørgsmålstegn ved visse elementer af retspraksis i Altmark-dommen. I denne dom forsøgte Domstolen, ved at indtage en præskriptiv holdning, at udelukke enhver mulighed for manipulation fra medlemsstaternes side (jf. desuden i denne henseende punkt 71 ovenfor) og indføre gennemsigtighed og klarhed i medlemsstaternes aktiviteter på markedet.

96. Jeg mener, at nærværende sag kræver samme tilgang. Kommissionen handlede derfor korrekt, da den anlagde en principfast linje i den anfægtede beslutning, da der bør være en synlig adskillelse mellem statens rolle som offentlig myndighed og statens rolle som aktionær. Jeg mener ikke, at kriteriet om den markedsøkonomiske investor bør finde anvendelse, før der er lige vilkår for de forskellige økonomiske aktører samt lighed i skattemæssig henseende. Man må ikke glemme, at formålet med det markedsøkonomiske investorprincip netop er at forhindre enhver forskelsbehandling

40 — Jf. N. Khan og K-D. Borchardt, »The private market investor principle: reality check or distorting mirror?«, *EC State aid law – Le droit des aides d'État dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer, 2008, s. 115.

41 — Acta iure gestionis, for så vidt som de pågældende foranstaltninger tog sigte på at »normalisere« en virksomheds regnskab, i dette tilfælde EDF's balance (se punkt 6 ovenfor), og acta iure imperii, fordi omstruktureringen af EDF's balance blev »besluttet og meddelt EDF« af de franske myndigheder på grundlag af en lov, som blev vedtaget til dette formål (se punkt 6-8 ovenfor).

42 — Min fremhævelse. Jf. dom af 9.11.1995, sag C-91/94, Tranchant, Sml. I, s. 3911, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis.

43 — Nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 89, 90 og 93.

mellem offentlige og private virksomheder med henblik på at sikre, at traktatens statsstøtteregler anvendes korrekt. Som det fremgår af det ovenstående, fjernede Retten sig imidlertid fra denne lighed i den appellerede dom og således også fra selve eksistensgrundlaget for det markedsøkonomiske investorprincip.

97. Det andet anbringendes første led bør derfor tiltrædes.

2. Det andet anbringendes andet led, hvorefter Retten skulle have vurderet, hvorvidt den franske stats adfærd kunne overtages af en privat aktør uden privilegier

98. Kommissionen, Iberdrola og Tilsynsmyndigheden har i det væsentlige gjort indsigelse imod, at Retten ikke har baseret sin analyse på en sammenlignende undersøgelse af dels den adfærd, en privat fornuftig aktør uden privilegier ville have anvendt under tilsvarende omstændigheder, dels den faktiske adfærd, der i nærværende sag er fulgt af den franske stat med dens offentligretlige prærogativer. EDF og den franske regering har hævdet, at det andet anbringendes andet led bør forkastes.

99. Jeg er dog uenig i EDF's argumenter om, at Retten bedømte statens faktiske adfærd, og mener, at dens analyse rent faktisk er baseret på den adfærd, som den franske stat »kunne have« fulgt – hvis den havde handlet anderledes. Retten undersøgte det handlingsforløb, som staten kunne have fulgt ifølge den »lange metode«. Det bestod i først at tilføre EDF's kapital et nettobeløb efter selskabsskat, derefter anmode EDF om at betale en skat, der svarede til forøgelsen af nettoaktiverne, og til sidst foretage en supplerende kapitaltilførsel med et beløb svarende til den betalte skat.

100. I denne forbindelse har Kommissionen ret, når den gør opmærksom på, at statsbudgettet, som kontrolleres meget nøje, efter den »lange metode« ville have garanteret gennemsigtighed – og det er netop mangel på gennemsigtighed, der er det afgørende punkt i denne sag. Med den metode, som rent faktisk blev anvendt i denne sag, undgik midlerne enhver form for budgetdisciplin, princippet om ligebehandling i skattemæssig henseende blev tilsidesat, og EDF fik særbehandling uden nogen form for gennemsigtighed.

101. Som Iberdrola har gjort gældende, er påstanden om, at det ikke gør nogen forskel, om et skattepligtigt beløb overføres direkte til en offentlig virksomheds kapital – på en helt uigennemsigtig måde – eller dette beløb tilføres statsbudgettet, klart misforstået. Det er slet ikke givet på forhånd, at den kapitaltilførsel, som Retten sidestillede den pågældende skattefritagelse med, rent faktisk ville have fundet sted, hvis den franske stat først havde opkrævet skatten for at tilføre beløbet til statsbudgettet og derefter, gennem de gældende procedurer, havde søgt at investere et beløb i EDF, som svarede til det beløb, der var opkrævet i skat.

102. Under alle omstændigheder fremgår det klart af retspraksis, at klassificeringen af en foranstaltning som statsstøtte ikke afhænger af de foranstaltninger, som ellers »måske ville« være blevet anvendt. Det afhænger af de objektive karakteristika ved den foranstaltning, som rent faktisk blev gennemført af medlemsstaten [44].

103. Desuden fastslog Retten korrekt i dommen i sagen BNP Paribas og BNL mod Kommissionen [45], at »Kommissionen ved undersøgelsen af en ordning i forhold til statsstøttereglerne ikke skal overveje, hvilke subjektive valg modtagerne af støtte efter denne ordning kunne have truffet, hvis ordningen ikke havde eksisteret, men skal undersøge ordningen med henblik på at vurdere, om den objektivt set indebærer en økonomisk fordel i forhold til den beskatning, som ordningen er en undtagelse fra, og som under normale omstændigheder ville finde anvendelse i dens fravær […]. Den betragtning, at de berørte virksomheder formodentlig ikke ville have overdraget deres aktiver, hvis den omtvistede […]ordning ikke havde eksisteret, er irrelevant for en sådan objektiv vurdering«.

44 — Dom af 15.12.2005, sag C-148/04, Unicredito Italiano, Sml. I, s. 11137, præmis 114.

45 — Dom af 1.7.2010, sag T-335/08, Sml. II, s. 3323, præmis 169.

104. Det bør bemærkes, at Rettens holdning i nærværende sag kræver, at Kommissionen foretager en »overordnet« analyse, dvs. en analyse, der omfatter både det tab af skatteindtægter, som følger af EDF's skattefritagelse, og den påståede yderligere kapitaltilførsel fra staten som aktionær. Jeg behøver blot sige, at denne tilgang forudsætter, at skatteindtægten var direkte forbundet til den påståede kapitaltilførsel. Det står dog klart nu, at skatten, hvis den var blevet opkrævet, var blevet tilført statens almindelige budget, uden at der bestod nogen konkret tvungen forbindelse.

105. I henhold til retspraksis kræves kun en fælles bedømmelse af en skat som en metode til at finansiere en foranstaltning, hvis skatten ikke kan adskilles fra støtten, hvilket er tilfældet, når bestemte indtægter er specifikt »afsat« til den pågældende anvendelse. »For at en afgift kan anses for at udgøre en integrerende del af en støtteforanstaltning, skal der [netop] bestå en tvungen forbindelse mellem afgiften og støtten i henhold til den relevante nationale lovgivning, således at afgiftsprovenuet nødvendigvis anvendes til at finansiere støtten og har direkte indvirkning på dennes størrelse« [46].

106. Endvidere er spørgsmålet, hvorvidt det var et rationelt træk fra den franske stats side at vedtage den pågældende foranstaltning, ganske enkelt irrelevant. Dette er ikke formålet med det markedsøkonomiske investorprincip. Det fremgår derimod af retspraksis, at formålet er at sammenligne den offentlige virksomheds situation med den private virksomheds og at undlade at sammenligne omkostningerne for staten i to forskellige transaktioner.

107. I denne forbindelse fastslås det i den appellerede doms præmis 262, at »[s]taten […] som enhver anden kreditor, der ejer et selskab, [nemlig kan] give afkald på en fordring ved at konvertere fordringen til kapital på et tilsvarende beløb. En sådan foranstaltning, hvorved ejeren af et selskab forhøjer selskabets kapital ved at give afkald på en fordring, han har på det, udgør en kompensation, som en opmærksom privat investor ligeledes kan sikre sig under normale markedsvilkår«. Domstolen stillede derfor følgende spørgsmål i retsmødet: Hvis det antages, at en privat virksomhed har foretaget regnskabsmæssige hensættelser med henblik på at tilbagebetale en fordring, som indehaves af eneaktionæren, og sidstnævnte beslutter at give afkald på sin fordring for at øge virksomhedens kapital, er denne transaktion da skattepligtig i henhold til artikel 38, stk. 2, i den franske code général des impôts? Kommissionen svarede, at det er ubestridt, at kapitalforøgelsen aldrig ville være på det samme beløb, da skattebeløbet aldrig ville kunne geninddrives af en privat aktør (som ville skulle betale skat og ikke ville kunne konvertere det til kapital), hvorimod den franske stat i dette tilfælde var i stand til at tilføre det samme beløb igen.

108. Således tog Retten tilsyneladende på den ene side af sammenligningen højde for den adfærd, den franske stat »kunne have fulgt« – dvs. den »lange metode« (i modsætning til statens faktiske adfærd) – mens den på den anden side undlod at definere en privat aktør, som kunne findes på markedet, der kan tjene som reference.

109. Imidlertid fremgår det nu klart af retspraksis, at en kapitaltilførsel fra staten eller offentlige myndigheder ikke kan anses for statsstøtte, når en privat investor, der handlede på normale markedsøkonomiske vilkår, ville have foretaget investeringen [47]. I denne forbindelse må det undersøges, om en privat investor af en størrelse, der kan sammenlignes med det pågældende offentlige organs, under tilsvarende omstændigheder kunne tænkes at ville have indskudt en kapital af den omhandlede størrelse [48].

46 — Dom af 17.7.2008, sag C-206/06, Essent Netwerk Noord m.fl., Sml. I, s. 5497, præmis 89 og 90 og den deri nævnte retspraksis.

47 — Jf. bl.a. domme af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen (»ENI-Lanerossi-dommen«), Sml. I, s. 1433, præmis 20-24, og sag C-305/89, Italien mod Kommissionen (»Alfa Romeo-dommen«), Sml. I, s. 1603, præmis 19 og 20, samt dom af 8.5.2003, forenede sager C-328/99 og C-399/00, Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, Sml. I, s. 4035, præmis 38.

48 — Jf. Alfa Romeo-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 19, dom af 29.6.2000, sag T-234/95, DSG mod Kommissionen, Sml. II, s. 2603, præmis 119, og af 12.12.2000, sag T-296/97, Alitalia mod Kommissionen, Sml. II, s. 3871, præmis 96, samt Westdeutsche Landesbank-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 245.

110. Som det desuden fremgår af det ovenstående, er det i denne sag tydeligt, at en privat virksomhed ikke ville have været i stand til at konvertere de midler, som indgik i de regnskabsmæssige hensættelser, til kapital uden først at blive pålagt selskabsskat. Følgelig ville den private investor ikke længere have haft rådighed over dette skattepligtige beløb og ville således ikke have haft rådighed over det beløb, der antagelig blev anvendt til yderligere kapitaltilførsel, som den franske stat – under udøvelse af sine beføjelser – var i stand til at »investere«.

111. I denne forbindelse er det relevant at henvise til Domstolens dom i Chronopost I-sagen [49], idet Domstolen i bund og grund her gjorde det, som efter min mening skal gøres i denne sag. I Chronopost I-dommen anså Domstolen det ikke for hensigtsmæssigt at sammenligne La Postes situation med en privat investors.

112. I den sag accepterede Retten også, at det markedsøkonomiske investorprincip fandt anvendelse, hvorefter Domstolen forkastede det. Det var nødvendigt, fordi La Poste var i en meget speciel situation, idet virksomheden skulle opretholde et net af postkontorer for at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, og en privat investor – som ikke opererede på et monopoliseret marked – aldrig ville befinde sig i den samme situation.

113. Det følger derfor af Chronopost I-dommen, at når en offentlig aktør er i en situation, som en privat aktør pr. definition ikke kan befinde sig i, er der intet at sammenligne. Efter min opfattelse drejede Chronopost I-sagen sig om fastsættelsen af modydelsen for en offentlig tjenesteydelse, og sagen vedrørte ikke direkte det markedsøkonomiske investorprincip som sådan. Dommen i den sag er imidlertid relevant i denne sag og bør anvendes analogt.

114. Jeg mener derfor, at Retten anvendte retspraksis forkert i den appellerede doms præmis 278, hvor den på grundlag af præmis 38 i Chronopost I-dommen konkluderede, at »mangel på en privat investor, der kan tjene som reference, ikke [indebærer], at foranstaltningen ikke skal undersøges på baggrund af de »sædvanlige markedsvilkår«, idet disse, der i så fald nødvendigvis er hypotetiske, skal bedømmes i forhold til de tilgængelige objektive oplysninger, der kan efterprøves«.

115. Det kan være til hjælp først at læse generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse i Chronopost I-sagen, som blev fulgt af Domstolen. I punkt 47 forklarer generaladvokaten, at »en privat virksomhed, der ikke er forpligtet til at opretholde et offentligt postnet, der kan sammenlignes med La Postes, for at sikre leveringen af befordringspligtige posttjenester […] under »sædvanlige markedsbetingelser« ikke råder over et sådant postnet og dermed ikke kan yde logistisk bistand af den her omhandlede type til et af sine datterselskaber. Retten har […] ved at anmode Kommissionen om at bedømme den modydelse, som et hypotetisk privat finansieringsselskab […], der ikke er forpligtet til at sikre leveringen af befordringspligtige posttjenester og dermed ikke drager fordel af et monopol, kræver for en sådan bistand, anlagt en forkert fortolkning af artikel 87 EF, i det omfang Retten ved efterprøvelsen af, om der forelå statsstøtte, har anvendt parameteret om en privat erhvervsdrivende, der reelt ikke findes under »sædvanlige markedsbetingelser««. Han konkluderer i punkt 45, at »Retten […] har anmodet Kommissionen om at anvende en test, der er åbenbart urealistisk og dermed uegnet til at fastslå, om der i en tilsvarende sammenhæng eventuelt er tale om statsstøtte i henhold til artikel 87 EF«.

116. Det markedsøkonomiske investorprincip var tydeligvis ikke relevant i Chronopost I-sagen. Domstolen tilsluttede sig denne bedømmelse, hvilket er årsagen til, at Domstolen fastslog, at Retten havde begået en fejl, og afviste, at det markedsøkonomiske investorprincip fandt anvendelse i et sådant tilfælde. Domstolen fastslog nemlig i dommens præmis 33, at Rettens »vurdering [på grundlag af anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip], som ikke tager højde for, at en virksomhed som La Poste befinder sig i en situation, som er væsentlig anderledes end den, som en privat virksomhed, der driver virksomhed under normale markedsvilkår, befinder sig i, er behæftet med en retlig fejl«.

49 — Nævnt ovenfor i fodnote 20.

117. Dette er grunden til, at den holdning, som Domstolen indtog i den pågældende sag, på sin vis vedrører det samme problem, som er kernen i denne appel, nemlig nødvendigheden af at udelukke situationer, hvor der ikke findes en virkelig privat aktør, som statens adfærd kan sammenlignes med, fra anvendelsesområdet for det markedsøkonomiske investorprincip.

118. Dette er grunden til, at det kriterium, som blev opstillet i den appellerede dom, ikke kan accepteres, for så vidt som det bygger på en række fiktioner, der påvirker statens og den normale private investors faktiske adfærd. Begge elementer i sammenligningen – statens adfærd på den ene side og den private investors på den anden – ændres i en sådan grad, at det ikke længere drejer sig om en sammenligning af statens faktiske adfærd med en virkelig markedsøkonomisk investors adfærd.

119. Heraf følger, at det kriterium vedrørende det markedsøkonomiske investorprincip, som Retten ridsede op, mister sin relevans. Ifølge Rettens udgave af kriteriet vurderes de »sædvanlige« markedsvilkår ikke længere på grundlag af virkelige faktorer, som ville karakterisere en privat investor, som svarede til en normal markedsøkonomisk investor, der tjente som reference (som Retten undlod at definere), og heller ikke på baggrund af de midler, der anvendes til at tilvejebringe kapital, men på grundlag af rent hypotetiske overvejelser. Det markedsøkonomiske investorprincip kræver tværtimod åbenbart en efterprøvelse af, om en privat investor ville have foretaget den pågældende investering under de samme vilkår. Som Kommissionen har bemærket, kan forskellige investeringer indebære forskellige omkostninger og forskellige perspektiver med hensyn til rentabilitet.

120. Endelig tilkom det, i henhold til den appellerede doms præmis 249, »Kommissionen at undersøge, om en privat investor ville have foretaget en beløbsmæssigt tilsvarende investering under lignende omstændigheder – uden hensyn til, hvilken form statens indgreb med henblik på at forhøje EDF's kapital havde, eller til, om der eventuelt var anvendt skattemæssige ressourcer i dette øjemed – for dermed at prøve, om investeringen var økonomisk rationel, og sammenligne den med den adfærd, en privat investor ville have udvist i relation til den samme virksomhed under de samme vilkår«.

121. EDF har tilsluttet sig Rettens bedømmelse og i det væsentlige gjort gældende, at statens adfærd altid skal bedømmes ud fra et rentabilitetssynspunkt [50].

122. Som Iberdrola har bemærket, ville offentlige virksomheder imidlertid – hvis det kun var det økonomisk rationelle i statens investering, der talte – kunne opnå fordele som følge af deres ejers status, fordi staten som investor i sagens natur er i en anden situation end en privat investor. Ifølge den analyse kunne offentlige virksomheder i sidste ende helt fritages for skat.

123. Som Retten korrekt fastslog i Westdeutsche Landesbank-dommen [51], var det i denne forbindelse ved anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip ikke tilstrækkeligt at sammenligne den forrentning, som delstaten opnåede ved den omtvistede transaktion, med den forrentning, den opnåede af Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalens formue før transaktionen, da disse aktiver ikke var underlagt en privat investors logik. Den forrentning, som delstaten havde opnået som følge af den omtvistede transaktion, skulle sammenlignes med den forrentning, som en tænkt privat investor ville have krævet for transaktionen [52]. Det forhold, at den omtvistede transaktion var fornuftig for delstaten, fritog den ikke for at anvende EU-retten om statsstøtte. Det var stadig nødvendigt at afgøre, om transaktionen styrkede Westdeutsche Landesbanks stilling ved at give den en fordel, som den ikke ville have fået under normale markedsvilkår.

50 — EDF har henvist til dommen i sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 38, præmis 14, og dommen i sagen Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 47, præmis 38.

51 — Nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 313-315.

52 — Jf. i denne retning DM Transport-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 35, præmis 25.

124. Hvis Rettens synspunkt skulle følges, ville medlemsstaterne nemlig kunne handle på grundlag af en generel beregning af, om foranstaltningen var økonomisk rationel, i hvilken forbindelse de ville have mulighed for at gøre brug af beføjelserne som offentlig myndighed. Eksempelvis ville Den Franske Republik i denne sag kunne udøve sine skattemæssige beføjelser til gavn for EDF, hvis transaktionen – betragtet som helhed – kunne fortolkes som en rationel adfærd for en aktør, der handler med gevinst for øje.

125. Det var imidlertid denne form for overordnet beregning af, om transaktionen var økonomisk rationel, Domstolen kritiserede i Hyatsa-dommen og Gröditzer-dommen [53]. Som Iberdrola har gjort opmærksom på, drejede disse sager sig om Tysklands og Spaniens mulighed for at drage fordel af, at de pågældende foranstaltninger (primært kapitalforhøjelser) var økonomisk rationelle, på baggrund af deres forpligtelser som offentlige myndigheder, i tilfælde af den støttemodtagende virksomheds konkurs, f.eks. forpligtelser vedrørende betalingen af visse ydelser ved arbejdsløshed. Domstolen kritiserede en sådan generel udregning af, om foranstaltningerne var rationelle, fordi den involverede den offentlige myndighedsudøvelse. Den fremhævede, at udregningen af, om foranstaltningen er rationel, som er speciel for det markedsøkonomiske investorprincip, på den ene side og på den anden side hensyntagen til fordele og krav, der følger af de beføjelser og forpligtelser, som er specielle for staten, er uforenelige faktorer.

126. I modsætning til, hvad der gives udtryk for i den appellerede doms præmis 256 ff., og til EDF's argumenter, skal det i denne forbindelse bemærkes, at den omstændighed, at de forpligtelser – og rettigheder – som staten måtte have som offentlig myndighed, aldrig må betragtes i tilknytning til de forpligtelser og rettigheder, som staten har som investor, ikke ændres af, at Hytasa-dommen og Gröditzer-dommen alene vedrørte statens »forpligtelser«, og ikke – som i denne sag – de beføjelser, den råder over.

127. Som det klart fremgår af den appellerede doms præmis 258, kan Retten derfor kun begå en sådan fejl ved endnu en gang at lade det påståede formål med den pågældende foranstaltning gå forud for den uafvendelige eksklusivitet af de rettigheder, som er nødvendige for at gennemføre den. Domstolen tog dog hverken i Hytasa- eller Gröditzer-dommen højde for de formål med hensyn til den overordnede rentabilitet, som de to medlemsstande havde påberåbt sig, idet den fastslog, at de ikke var relevante for en investors logik. Foranstaltningernes art var nok i sig selv til at udelukke dem fra den udregning af, om den var rationel, som medlemsstaterne havde påberåbt sig.

128. Endelig er, som Kommissionen har påpeget, Rettens synspunkt særlig paradoksalt, fordi det fremsættes i forbindelse med en liberalisering af det pågældende marked. Da skattefritagelsen udgør en betydelig fordel for den pågældende offentlige virksomhed, vil en sådan foranstaltning tydeligvis have en tendens til at bevare virksomhedens dominerende stilling – på trods af markedets liberalisering.

129. Det følger af de foregående betragtninger som helhed, at det andet anbringendes andet led bør tiltrædes

3. Det andet anbringendes tredje led om princippet om ligebehandling

130. Kommissionen og Iberdrola har i det væsentlige gjort gældende, at den appellerede dom har tilsidesat princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, hvorved den har tilladt en mere favorabel skattemæssig behandling af staten, herunder de selskaber, hvor staten ikke er eneaktionær. EDF og den franske stat har hævdet, at det andet anbringendes tredje led bør forkastes.

53 — Nævnt ovenfor i henholdsvis fodnote 27, præmis 22, og i fodnote 28, præmis 134.

131. Jeg gør opmærksom på, at det markedsøkonomiske investorprincip afspejler princippet om ligebehandling, hvorfor Retten, som Kommissionen har anført, ved at tillade staten at indrømme virksomheder, som den ejer 100%, skattefritagelser – så længe de er tilstrækkeligt rentable – rent faktisk indrømmer disse virksomheder en skattefordel.

132. Dette udgør efter min mening en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling og stemmer ikke overens med det markedsøkonomiske investorprincips formål. Som Retten fremlagde kriteriet, ville det tydeligvis uundgåeligt afføde en alvorlig fordrejning af konkurrencen mellem offentlige og private virksomheder, og den omstændighed, at det anvendte middel også skal være tilgængeligt for den private investor, er derfor ikke kun tomme ord. Dette spørgsmål er selve kernen i det markedsøkonomiske investorprincip. Jeg mener derfor, at dette kriterium, som Retten fremlagde det, er uforeneligt med artikel 295 EF, sammenholdt med artikel 87 EF. Især ville anvendelsen af dette kriterium undergrave den logik, som ligger til grund for neutralitetsprincippet i henhold til artikel 295 EF[54].

133. Da tilgodehavendets art er irrelevant, bør alle finansielle fordele, som staten indrømmer gennem udøvelse af sin offentlige myndighed, nemlig, ifølge Retten, bedømmes på baggrund af dette princip. Denne fremgangsmåde ville være et middel til at udelukke foranstaltninger, som ikke kan anvendes af en privat investor, fra statsstøttebegrebet.

134. Som Iberdrola har gjort opmærksom på, er princippet om, at statens aktiviteter som aktionær bør holdes strengt adskilt fra statens aktiviteter som offentlig myndighed, i bund og grund den samme tankegang, der lå til grund for, at Domstolen fastslog, at det forhold, at en dominerende virksomhed på samme tid havde handlet både som indehaver af særlige rettigheder og som økonomisk aktør, medførte en risiko for interessekonflikt i strid med artikel 82 EF og 86 EF. En ordning med ufordrejet konkurrence som den, der foreskrives i traktaten, kan kun garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder[55]. På samme måde fastslog Domstolen, at en statslig foranstaltning udgør tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF og artikel 82, hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder, og konkurrencen dermed er fordrejet[56]. Jeg mener derfor ikke, at det markedsøkonomiske investorprincip bør give offentlige virksomheder mulighed for at gennemføre transaktioner på gunstigere vilkår end de vilkår, der gælder for private virksomheder, eller at gennemføre transaktioner, som private virksomheder muligvis aldrig vil kunne gennemføre. Det bør nemlig ikke glemmes, at staten i denne sag sagtens kunne have valgt en tilgang, som er sammenlignelig med en privat investors (jf. punkt 77 ovenfor).

135. Som det klart fremgår af det ovenstående, finder jeg det tydeligt, at det markedsøkonomiske investorprincip ikke bør finde anvendelse i forbindelse med en skattefritagelse.

136. Endelig mener jeg ikke – selv om Retten ved første øjekast tilsyneladende har ønsket at begrænse dommens rækkevidde til det tilfælde, hvor staten er eneaktionær i en virksomhed – at det er muligt at gennemskue årsagerne til denne begrænsning i den tankegang, der ligger til grund for dommen. Som Kommissionen har bemærket, bliver anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip tværtimod mere rimelig, når der er private aktionærer sammen med staten, da de øvrige aktionærers adfærd da ofte kan tjene som en gyldig reference.

137. Det andet anbringendes tredje led bør følgelig tiltrædes.

4. Det andet anbringendes fjerde led om bevisbyrden

138. Kommissionen, Iberdrola og Tilsynsmyndigheden har gjort gældende, at Retten har tilsidesat reglerne vedrørende bevisbyrdens fordeling for så vidt angår anvendelsen af princippet om en markedsøkonomisk investor. EDF og den franske stat har gjort gældende, at det andet anbringendes fjerde led bør forkastes.

54 — Jf. dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80-190/80, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. 2545, præmis 21, og Westdeutsche Landesbank-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 32, præmis 192-194.

55 — Jf. dom af 1.7.2008, sag C-49/07, MOTOE, Sml. I, s. 4863, præmis 48-51.

56 — Jf. dom af 22.5.2003, sag C-462/99, Connect Austria, Sml. I, s. 5197, præmis 84.

139. For det første vil jeg gøre opmærksom på, at Retten i den appellerede doms præmis 248-250 anfører, at Kommissionen bærer bevisbyrden med hensyn til, om den pågældende transaktion opfyldte kriteriet om den markedsøkonomiske investor. I præmis 278 kritiserer Retten endog Kommissionen for ikke at have »godtgjort, at der ikke fandtes nogen privat investor, der havde kunnet tjene som reference, og med hvilken den offentlige investor havde kunnet sammenlignes«. Selv om jeg er enig med EDF i, at Kommissionen skal foretage en omhyggelig og uvildig behandling af sagen, mener jeg bestemt ikke, at dette betyder, at Kommissionen har pligt til at foretage en vurdering af en skattefritagelse på grundlag af det markedsøkonomiske investorprincip, blot fordi medlemsstaten »omtalte« dette princip 18 måneder inde i undersøgelsen. Det markedsøkonomiske investorprincip afhænger tydeligvis ikke af medlemsstatens samarbejde.

140. Det tilkommer naturligvis Kommissionen at fastslå, at finansiel bistand fra staten objektivt set opfylder alle betingelserne for at blive kvalificeret som statsstøtte. Når Kommissionen har gjort dette, er det dog en kendsgerning, at det tilkommer staten at påvise, at den handlede, sådan som en rationel privat investor ville have handlet. Som Tilsynsmyndigheden har gjort opmærksom på, kan det markedsøkonomiske investorprincip anvendes til at modbevise, at den pågældende bistand var statsstøtte. Følgelig tilkommer det den pågældende stat at fremlægge modbeviserne.

141. I sin dom i sagen Freistaat Thüringen mod Kommissionen[57] fastslog Retten korrekt i det væsentlige, at når alle betingelserne for forekomsten af statsstøtte er opfyldt, tilkommer det medlemsstaten at »fremfør[e] […] forhold, der skal godtgøre, at ydelsen af den pågældende støtte havde været i overensstemmelse med den adfærd, der udvises af en privat investor i en markedsøkonomi«.

142. Når det kommer til stykket, er det logisk, at det påhviler den medlemsstat, som påberåber sig dette argument, at bevise, at betingelserne for anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip er opfyldt. Desuden er det åbenbart, at medlemsstaten og den støttemodtagende virksomhed er de eneste parter, som råder over de økonomiske og regnskabsmæssige oplysninger, der viser en bestemt investerings beskaffenhed og karakteristika.

143. Dette er under alle omstændigheder i endnu højere grad tilfældet, hvis den adfærd, som medlemsstaten påstår opfylder det markedsøkonomiske investorprincip, tilsyneladende afspejler udøvelsen af statslige beføjelser fra starten.

144. Det fremgår af sagsakterne, at de franske myndigheder ikke fremlagde egnede, specifikke beviser under den administrative procedure for at underbygge deres påstand om, at den franske stat havde handlet som en rationel privat investor. De franske myndigheder hævdede blot, at kapitaltilførslen var begrundet i rentabilitetsperspektiver, uden at de fremlagde beviser, som godtgjorde dette. I modsætning til, hvad EDF har argumenteret, var det derfor, på baggrund af de faktiske omstændigheder i denne sag og i betragtning af, at de franske myndigheder slet ikke fremlagde nogen specifikke beviser, selv om bevisbyrden påhvilede medlemsstaten, berettiget, at Kommissionen undlod at anvende det markedsøkonomiske investorprincip, især under de aktuelle omstændigheder, hvor staten har gjort brug af sine offentlige beføjelser.

145. Heraf følger, at Retten begik en retlig fejl, idet den tilsidesatte reglerne vedrørende bevisbyrdens fordeling.

146. Som Tilsynsmyndigheden har gjort opmærksom på, bringer den vending af bevisbyrden, som Retten udvirkede, nemlig Kommissionen i en uheldig position. Kommissionen kan i princippet ikke kende de nøjagtige omstændigheder omkring den statsstøtte, der er ydet en virksomhed, medmindre den pågældende stat orienterer den om disse omstændigheder. Alle de relevante argumenter – og især de faktiske omstændigheder og den dokumentation, der ligger til grund – skal forelægges af staten. Hvis Kommissionen ikke råder over alle de nødvendige oplysninger, skal den kunne vedtage en beslutning på grundlag af de oplysninger, den er i besiddelse af.

57 — Dom af 19.10.2005, sag T-318/00, Sml. II, s. 4179, præmis 180.

147. Jeg er desuden enig med Kommissionen i, at det forhold, at det ikke er godtgjort, at den pågældende skattefritagelse skulle have været anset for en investering, for hvilken staten havde vurderet rentabilitetsperspektiverne, før den engagerede sig, sådan som en privat investor ville have gjort, afslører endnu en retlig fejl.

148. Som Domstolen bemærkede i dommen i sagen Kommissionen mod Scott[58], »[skal] retmæssigheden af en beslutning om statsstøtte […] af Unionens retsinstanser vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen kunne råde over på det tidspunkt, da den vedtog den«.

149. På det tidspunkt, hvor den anfægtede beslutning i denne sag blev vedtaget, rådede Kommissionen imidlertid ikke over beviser, som godtgjorde, at det markedsøkonomiske investorprincip var relevant eller skulle have været opfyldt. At kritisere Kommissionen for ikke at have vurderet skattefritagelsen i lyset af det markedsøkonomiske investorprincip svarer derfor til at kritisere den for ikke at tage højde for oplysninger, som den ikke havde til rådighed.

150. Endelig skal det påpeges, at de franske myndigheder ikke fremlagde objektive beviser under den administrative procedure, som støttede deres påstand om, at det markedsøkonomiske investorprincip fandt anvendelse. De fremlagde ingen rapport, ekspertudtalelse eller interne studier, som viste, at der var foretaget en rentabilitetsvurdering. Selv da Retten anmodede om at få udarbejdet en sådan rapport, var den rapport, som den derefter fik forelagt, også udarbejdet a posteriori. De franske myndigheder havde med andre ord ingen rapport fra det tidspunkt, hvor den påståede investering blev foretaget. Heraf følger, at den franske stat tilsyneladende investerede 888,89 mio. EUR i en virksomhed uden først at have foretaget en analyse eller på forhånd udarbejdet en forretningsplan, og dog alligevel hævder, at dens adfærd skal anses for at være sammenlignelig med en opmærksom privat investors adfærd i en markedsøkonomi.

151. Heraf følger, at det andet anbringendes fjerde led også bør tiltrædes, og at det andet anbringende følgelig bør tiltrædes i dets helhed.

5. Konsekvenserne af en annullation

152. Ifølge artikel 61, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, såfremt den ophæver den af Retten trufne afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse.

153. I denne sag behandlede Retten ikke alle de af EDF fremsatte anbringender. Det er derfor hensigtsmæssigt at hjemvise sagen til Retten og udsætte afgørelsen om sagens omkostninger.

154. Domstolen kan imidlertid selv træffe afgørelse i en sag, hvis den er moden til påkendelse. Det er min opfattelse, at Domstolen nu råder over alle de oplysninger, som kræves, for at den kan træffe afgørelse om realiteten vedrørende tredje led i EDF's andet anbringende i sagen i første instans, hvorved EDF i alt væsentligt gjorde gældende, at de pågældende foranstaltninger burde have været kvalificeret som kapitaltilførsel og anskuet i en større sammenhæng, nemlig som et led i præciseringen af de økonomiske forbindelser mellem staten og EDF, og herved påstod, at staten handlede som en opmærksom privat investor i en markedsøkonomi. Som det fremgår af ovenstående betragtninger i mit forslag til afgørelse, bør dette tredje led i det andet anbringende imidlertid forkastes.

58 — Dom af 2.9.2010, sag C-290/07 P, Sml. I, s. 7763, præmis 91 og den deri nævnte praksis.

V – Forslag til afgørelse

155. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

— »Dommen afsagt af Den Europæiske Unions Ret (Tredje Afdeling) den 15. december 2009 i sag T-156/04, EDF mod Kommissionen, ophæves, for så vidt som den annullerede artikel 3 og 4 i Kommissionens beslutning om støtte til EDF og elektricitets- og gassektoren (C 68/2002, N 504/2003 og C 25/2003), vedtaget den 16. december 2003.

— Sagen hjemvises til Retten.

— Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«