

Downloaded via the EU tax law app / web

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

5. juni 2012 (*)

»Appel – statsstøtte – afkald på et skattetilgodehavende – fritagelse for selskabsskat – kapitalforhøjelse – statens adfærd som opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi – kriterier, som gør det muligt at adskille staten, der handler som aktionær, fra staten, som udøver sine beføjelser som offentlig myndighed – definition af den private investor, der udgør sammenligningsgrundlaget – ligebehandlingsprincippet – bevisbyrde«

I sag C-124/10 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 26. februar 2010,

Europa-Kommissionen ved E. Gippini Fournier, B. Stromsky og D. Grespan, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

støttet af:

EFTA-Tilsynsmyndigheden ved X. Lewis og B. Alterskjær, som befuldmægtigede,

intervenient i appelsagen,

de øvrige parter i appelsagen:

Électricité de Frankrig (EDF), Paris (Frankrig), ved avocat M. Debroux,

sagsøger i første instans,

Den Franske Republik ved G. de Bergues og J. Gstalter, som befuldmægtigede,

Iberdrola SA, Bilbao (Spanien), ved avocats J. Ruiz Calzado og É. Barbier de La Serre,

intervenienter i første instans,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot og M. Safjan, samt dommerne K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (refererende dommer), D. Šváby og M. Berger,

generaladvokat: J. Mazák

justitssekretær: fuldmægtig R. ?ere?,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 12. juli 2011,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 20. oktober 2011, afsagt følgende

Dom

1 Europa-Kommissionen har i appelskriftet nedlagt påstand om ophævelse af dom afsagt af Den Europæiske Unions Ret den 15. december 2009, EDF mod Kommissionen (sag T-156/04, Sml. II, s. 4503, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede artikel 3 og 4 i Kommissionens beslutning 2005/145/EF af 16. december 2003 om Frankrigs statsstøtte til EDF samt til elektricitets- og gassektoren (EUT 2005 L 49, s. 9, herefter »den anfægtede beslutning«).

Retsforskrifter

2 Artikel 38, stk. 2, i Frankrigs code général des impôts (den almindelige lov om skatter og afgifter) bestemmer:

»Nettoresultatet er forskellen mellem værdien af nettoaktiverne 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 aktiverne overstiger den del af de samlede passiver, der udgøres af gæld til tredjemand, dokumenterede afskrivninger og hensættelser.«

3 Artikel 4, stk. I og II, i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997 om skattemæssige og økonomiske hasteforanstaltninger (JORF af 11.11.1997, s. 16387) bestemmer:

»I. Électricité de France [(herefter »EDF«)] anses for ejer af de af højspændingsforsyningsnettet omfattede anlæg fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net.

II. 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 passivside på [EDF]'s balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb, under posten »Kapitaltilførsler«.

Baggrund for tvisten

Sagens generelle sammenhæng

4 EDF producerer, transporterer og distribuerer elektricitet på bl.a. hele Frankrigs område. EDF, som er oprettet ved lov nr. 46-628 af 8. april 1946 om nationalisering af elektricitets- og gassektoren (JORF af 9.4.1946, s. 2651), ejedes udelukkende af staten på tidspunktet for vedtagelsen i løbet af 2002 af beslutningen om at indlede proceduren i artikel 88, stk. 2, EF.

5 I artikel 36 i lov nr. 46-628 blev det princip fastlagt, at de nationaliserede elektricitetskoncessioner skulle overføres til EDF. I 1958 blev de forskellige koncessioner, staten havde meddelt på transport af elektricitet, samlet i én enkelt koncession, der benævntes »højspændingsforsyningsnettet« (réseau d'alimentation générale, herefter »RAG«).

6 At EDF blev omfattet af den almindelige regnskabsplan af 1982, der indeholdt særlige regnskabsregler for koncessioner, førte i 1987 til, at der skulle tages hensyn til de særlige krav, der skal opfyldes af koncessionshavere, som det i medfør af »princippet om de offentlige tjenesters varige beståen« påhviler at tilbagelevere de koncessionerede aktiver i funktionsdygtig

stand ved koncessionens udløb.

7 I henhold til nævnte almindelige regnskabsplan blev der udarbejdet en særlig regnskabsplan for EDF, som blev godkendt ved tværministeriel bekendtgørelse af 21. december 1986 (JORF af 30.12.1986, s. 15794).

8 RAG blev i overensstemmelse med sidstnævnte regnskabsplan opført på aktivsiden på EDF's regnskab under posten »Koncessionerede materielle anlægsaktiver«, og der blev i perioden 1987-1996 foretaget særlige regnskabsmæssige hensættelser til fornyelse af de koncessionerede materielle anlægsaktiver for at gøre det muligt for koncessionshaveren at tilbagelevere disse aktiver i fejlfri stand ved koncessionens udløb.

9 De af EDF afholdte udgifter til fornyelse blev opført på balancen under posten »Modværdi af koncessionerede aktiver«. Denne post, der ligeledes benævntes »Koncessionsgivers rettigheder«, 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.

10 I 1994 fandt den franske revisionsret, at RAG's ejendoms-mæssige stilling og følgelig nævnte regnskabsplan ikke var lovlig. Den franske stat foretog følgelig en præcisering af RAG's ejendoms-mæssige stilling og omstrukturerede EDF's balance.

11 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 forbindelser 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). Det er i dette perspektiv, at lov nr. 97-1026 blev vedtaget.

12 Før vedtagelsen af denne lov havde EDF's balance følgende udformning:

- På aktivsiden fandtes en post benævnt »Koncessionerede materielle anlægsaktiver« med et beløb på 285,7 mia. FRF, hvoraf ca. 90 mia. FRF vedrørte RAG.
- 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. vedrørte RAG.

13 I henhold til artikel 4 i lov nr. 97-1026 blev den måde, hvorpå EDF's balance skulle omstruktureres, meddelt EDF den 22. december 1997 i en skrivelse fra den franske økonomi-, finans- og industriminister, statssekretæren med ansvar for budgettet og statssekretæren med ansvar for industri og navnlig bilag 1 hertil. De skattemæssige konsekvenser af denne omstrukturering er angivet i bilag 3 til denne skrivelse. I den appellerede doms præmis 34 har Retten opsummeret de transaktioner, der blev gennemført inden for rammerne af nævnte omstrukturering, som følger:

- For det første blev de aktiver, som udgjorde RAG, omklassificeret som »egne aktiver« med et beløb på 90,325 mia. FRF; de blev således ikke længere klassificeret som »koncessionerede aktiver«.
- For det andet blev ikke udnyttede hensættelser til fornyelse af RAG til et beløb på 38,521 mia. FRF bogført som ikke-udloddet overskud uden at blive ført over resultatopgørelsen og for så vidt angår et beløb på 20,225 mia. FRF omklassificeret som et fremført tab; derved afvikledes

saldoen, idet restbeløbet på 18,296 mia. FRF blev overført til reserverne. Skønt de nævnte omklassificeringer ikke blev ført over resultatopgørelsen, gav de anledning til konstateringen af en skattepligtig indkomst, som i henhold til artikel 38, stk. 2, i den almindelige lov om skatter og afgifter blev beskattet med 41,66%.

– For det tredje blev »koncessionsgivers rettigheder« for så vidt angår et beløb på 14,119 mia. FRF (af i alt 18,345 mia. FRF) overført direkte til posten »Kapitaltilførsler« uden at blive ført over resultatopgørelsen, idet restbeløbet blev opført på forskellige opskrivningskonti.

Den administrative procedure og den anfægtede beslutning

14 Ved skrivelser af 10. juli og 27. november 2001 anmodede Kommissionen de franske myndigheder om at give den forskellige oplysninger om en række foranstaltninger, som var blevet truffet vedrørende EDF, og som kunne indeholde elementer af statsstøtte.

15 Herefter udveksledes en række skrivelser mellem Kommissionen og de franske myndigheder, heriblandt en skrivelse af 9. april 2002 fra de franske myndigheder til Kommissionen, hvortil som bilag var vedlagt et udateret notat fra generaldirektoratet for skatter og afgifter under økonomi-, finans- og industriministeriet, hvori navnlig følgende var angivet:

»Koncessionsgivers rettigheder med hensyn til RAG repræsenterer en ikke-forfalden gæld, som ved at blive konverteret til kapital uretmæssigt blev fritaget for skat.

At de nævnte hensættelser blev konverteret til kapital havde ikke nogen skattemæssig betydning, da RAG ikke var omfattet af skatte- og regnskabsreglerne for koncessioner. Eftersom RAG bestod af egne aktiver, havde EDF ikke pligt til at tilbagelevere de nævnte aktiver til staten, og de pågældende beløb under posten »[K]oncessionsgivers rettigheder« udgør derfor ikke et reelt passiv, men en ikke-skattefri reserve. Denne reserve burde derfor, inden den blev konverteret til kapital, være overført fra virksomhedens passiver, hvorunder den fejlagtigt var opført, til en egenkapitalkonto, hvilket ville have ført til en forøgelse af nettoaktiverne i henhold til førnævnte artikel 38 [stk. 2].

Den skattefordel, EDF således opnåede, kan ansættes til 5,88 [mia. FRF] (14,119 x 41,66%) [dvs. 888,89 mio. EUR ifølge den omregning, der er foretaget af Kommissionen på grundlag af vekselkursen FRF/EUR den 22. december 1997].«

16 Ved skrivelse af 16. oktober 2002, offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 16. november 2002 (EFT C 280, s. 8), meddelte Kommissionen de franske myndigheder tre samlede beslutninger vedrørende EDF. Navnlig traf Kommissionen i overensstemmelse med artikel 88, stk. 2, EF beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure 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.

17 Herefter udveksledes igen flere skrivelser mellem de franske myndigheder og Kommissionen, heriblandt en skrivelse af 9. december 2002 fra de franske myndigheder til Kommissionen, hvori følgende bl.a. var angivet:

»2. Den regnskabsmæssige ompostering i 1997 kan opfattes som en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den delvise skattefritagelse, som også har til formål at korrigere for en underkapitalisering.

[...]

Koncessionsgivers rettigheder vedrørende RAG blev allerede før 1997 anset for kvasiegenkapital

på grund af den særlige situation, som fulgte af statens dobbelte rolle over for EDF: koncessionsgivende myndighed og ejer. Under disse betingelser var det implicit, at koncessionsgivers rettigheder ikke udgjorde en reel gæld, som EDF havde til staten.

I forbindelse med omposteringen af EDF's balance i 1997, hvori deltog økonomi-, finans- og industriministeriet, statssekretæren med ansvar for budgettet og statssekretæren med ansvar for industri, ønskede EDF og staten derfor at tilføre kvasiegenkapitalen til kapitalen og se bort fra opkrævningen af selskabsskat.

I dette øjemed fandtes det mere effektivt og neutralt for de offentlige myndigheder direkte at overføre koncessionsgivers rettigheder til egenkapitalen for deres samlede beløb frem for at gennemføre en tilsvarende transaktion, som ville have bestået i:

- at tilføre EDF's kapital et nettobeløb efter selskabsskat
- at anmode EDF om at betale selskabsskat svarende til forøgelsen af nettoaktiverne
- at foretage en supplerende kapitaltilførsel med et beløb svarende til den betalte skat.

En sådan supplerende kapitaltilførsel var begrundet under henvisning til udsigterne til en rentabel drift for EDF i 1997, som desuden konkretiseredes i de følgende år. Under tilsvarende omstændigheder kunne en privat investor i et samfund med markedsøkonomi tænkes at ville have foretaget et sådant kapitalindskud.

Det bemærkes endvidere, at regnskaberne for hensættelserne til fornyelse af RAF var blevet korrigeret [...] også med henblik på en udarbejdelse af balancen, som var mere i overensstemmelse med tilsvarende industrisektorer.«

18 Kommissionen vedtog den 16. december 2003 den anfægtede beslutning.

19 Denne beslutnings artikel 3 bestemmer:

»EDF's manglende betaling af selskabsskat i 1997 for den del af de skattefrie hensættelser til fornyelse af [RAG], svarende til 14,119 mia. FRF i form af koncessionsafgifter omklassificeret til kapitaltilførsel, udgør statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet.

Støtteelementet som følge af den manglende betaling af selskabsskat udgør 888,89 mio. EUR.«

20 I nævnte beslutnings artikel 4 bestemmes:

»Frankrig træffer alle nødvendige foranstaltninger for at [tilbagesøge] den i artikel 3 omtalte støtte hos EDF, som allerede uretmæssigt er stillet til rådighed for virksomheden.«

21 Hvad angår den skattefordel, som EDF har nydt godt af i 1997, har Kommissionen i begrundelsen for samme beslutning navnlig anført følgende:

»(88) Brevet fra økonomiministeren, hvori de skattemæssige konsekvenser af omposteringerne på EDF's balance beskrives, viser, at de franske myndigheder har pålignet de ikke anvendte hensættelser til udskiftning af [RAG] selskabsskat med den gældende sats i 1997 på 41,66%.

(89) Til gengæld er en del af [hensættelserne], [koncessionsgivers rettigheder] svarende til allerede gennemførte udskiftningsoperationer, i overensstemmelse med artikel 4 i lov nr. 97-1026 [...] blevet omposteret under kapitaltilførsel til et beløb af 14,119 mia. FRF, uden at der er opkrævet selskabsskat herfor. [...] I et notat fra [generaldirektoratet for skatter og afgifter] til

Kommissionen dateret den 9. april 2002 [konstaterer] de franske myndigheder, at [...] »den således opnåede skattefordel [for EDF i 1997] kan fastsættes til 5,88 mia. FRF (14,119 × 41,66%)«, svarende til 888,89 mio. EUR [...]

[...]

(91) Kommissionen finder, at [koncessionsgivers rettigheder] skulle have været beskattet samtidig og til samme sats som de øvrige regnskabsmæssige, skattefrie henlæggelser. Dette betyder, at de 14,119 mia. FRF i koncessionsgivers rettigheder skulle have været lagt til de 38,5 mia. FRF i ikke udnyttede henlæggelser og beskattet til den sats på 41,66%, som de franske myndigheder har anvendt ved omposteringsne på EDF's balance. Ved ikke at betale hele den skyldige selskabsskat ved omposteringsne på sin balance har EDF sparet 888,89 mio. EUR.

[...]

(95) Efter de franske myndigheders opfattelse svarer den regnskabsmæssige ompostering i 1997 i øvrigt til en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den delvise skattefritagelse. Der er således tale om en investering fra deres side og ikke om støtte. [...]

(96) Kommissionen kan kun afvise disse argumenter og erindre om, at princippet om den private investor kun finder anvendelse i forbindelse med udøvelse af økonomiske aktiviteter og ikke i forbindelse med udøvelsen af reguleringsbeføjelser. En offentlig myndighed kan ikke bruge argumentet om eventuelle økonomiske fordele, som den måtte kunne få som ejer af en virksomhed, til at begrunde tildeling af skønsmæssig støtte i kraft af den særstilling, som den indtager som skattemyndighed i forhold til den samme virksomhed.

(97) Selv om en medlemsstat ud over at fungere som offentlig myndighed også kan optræde som aktionær, må den ikke sammenblende sine funktioner som en stat, der udøver en offentlig myndighed, og staten som aktionær. Hvis medlemsstaterne fik tilladelse til at anvende deres særrettigheder som offentlig myndighed til gavn for deres investeringer i virksomheder, der opererer på åbne markeder, ville man gøre fællesskabsbestemmelserne om statsstøtte fuldstændig virkningsløse. Selv om traktaten i henhold til artikel 295 forholder sig neutral med hensyn til ejendomsretten til kapitalen, gælder det ikke desto mindre, at offentligretlige virksomheder skal være underlagt samme regler som private virksomheder. Men der ville ikke være tale om ligebehandling mellem offentlige og private virksomheder, hvis staten anvendte sine særrettigheder som offentlig myndighed til fordel for de virksomheder, hvori den er aktionær.«

22 I den appellerede doms præmis 51 anførte Retten, at det samlede beløb, der krævedes tilbagesøgt fra EDF, med renter beregnet i henhold til den anfægtede beslutnings artikel 4 androg 1,217 mia. EUR, og at EDF havde betalt den franske stat dette beløb.

Sagen for Retten og den appellerede dom

23 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 27. april 2004 anlagde EDF sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4.

24 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 17. august 2004 fremsatte Den Franske Republik begæring om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for EDF's påstande. Ved kendelse af 20. september 2004 imødekom formanden for Rettens Tredje Afdeling denne interventionsbegæring.

25 Ved dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 3. marts 2008 fremsatte Iberdrola SA (herefter »Iberdrola«) begæring om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens

påstande. Da interventionsbegæringen var blevet fremsat efter udløbet af den frist på seks uger, der er fastsat i artikel 115, stk. 1, i Rettens procesreglement, fik Iberdrola ved kendelse af 5. juni 2008 tilladelse til under den mundtlige forhandling at fremsætte sine bemærkninger til støtte for Kommissionens påstande.

26 EDF fremsatte til støtte for appellen tre principale anbringender og to subsidiære anbringender.

27 Retten begrænsede sin bedømmelse til det første principale anbringende og det andet principale anbringendes tre første led. Retten forkastede således med den appellerede dom det første anbringende og det andet anbringendes to første led. Derimod gav den EDF medhold i det andet anbringendes tredje led og annullerede følgelig den anfægtede beslutnings artikel 3 og 4.

28 Med det andet anbringendes tredje led gjorde EDF gældende, at de omhandlede foranstaltninger burde have været kvalificeret som kapitaltilførsel og anskuet i en større sammenhæng, nemlig som et led i præciseringen af de økonomiske forbindelser mellem den franske stat og EDF. Ved at gennemføre de pågældende foranstaltninger handlede staten som en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi, hvilket Kommissionen burde have undersøgt under anvendelse af kriteriet om den private investor.

29 Den Franske Republik indtrådte i sagen til støtte for EDF's påstande hvad navnlig angår nævnte tredje led. Iberdrola indtrådte i sagen til støtte for Kommissionens påstande vedrørende samme led.

30 I den appellerede doms præmis 233-237 fandt Retten, at det med henblik på at undersøge, om det tilkom Kommissionen at undersøge den franske stats indgreb i EDF's kapital efter kriteriet om den private investor, måtte fastslås, om nævnte indgreb i betragtning af sin art og indhold og under hensyn til det forfulgte formål udgjorde en investering, som det havde været muligt for en privat investor at foretage, og om denne stat således havde foretaget det i sin egenskab af erhvervsdrivende, der handler på samme måde som en privat erhvervsdrivende, eller om det udgjorde et indgreb, staten havde gennemført i sin egenskab af offentlig myndighed, hvilket ville udelukke, at kriteriet om den opmærksomme private investor blev anvendt. Retten fandt navnlig, at foranstaltningen ikke kun skulle undersøges ud fra sin form, idet anvendelsen af en lov ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at det kan udelukkes, at statens indgreb i en virksomheds kapital har et økonomisk formål, som en privat investor også kunne forfølge.

31 I dommens præmis 240-242 anførte Retten, at »koncessionsgivers rettigheder« er blevet direkte overført for så vidt angår et beløb på 14,119 mia. FRF til posten kapitaltilførsler uden at blive ført over resultatopgørelsen. Retten fremhævede, at Kommissionen kun anså den manglende beskatning af de nævnte rettigheder før kapitaltilførslen for at være statsstøtte, idet samtlige parter var enige om, at beløbet på 14,119 mia. FRF var skattepligtigt, før det blev opført under posten »Kapitaltilførsel«.

32 I dommens præmis 243-245 fandt Retten, at den omhandlede foranstaltning, som havde til formål at omstrukturere EDF's balance og forhøje virksomhedens egenkapital, ikke udgjorde en bestemmelse af skattemæssig art som sådan, men en regnskabsmæssig bestemmelse med skattemæssige virkninger. Retten konstaterede imidlertid, at Kommissionen kun havde undersøgt de skattemæssige virkninger af nævnte foranstaltning, og at den havde præciseret, at det på grund af den skattemæssige art af den fordel, som den havde identificeret, ikke påhvilede den at tage hensyn til den kapitalforhøjelse, der var sket, eller kriteriet om den private investor, idet et afkald på et skattetilgodehavende som det omhandlede fulgte af udøvelsen af beføjelserne som offentlig myndighed.

33 I præmis 247-250 bemærkede Retten, at når det blev taget i betragtning, at den omhandlede foranstaltning havde til formål at rekapitalisere EDF, kunne det forhold, at det omtvistede tilgodehavende var af skattemæssig art, ikke i sig selv indebære, at Kommissionen kunne undlade at anvende kriteriet om den private investor. Ifølge Retten havde Kommissionen pligt til at undersøge, om den pågældende investering var økonomisk rationel, ved at vurdere, om en privat investor ville have foretaget en beløbsmæssigt tilsvarende investering til fordel for EDF under lignende omstændigheder. Der består nemlig en sådan forpligtelse for Kommissionen, uafhængigt af under hvilken form staten har indskudt kapitalen.

34 I den appellerede doms præmis 251 og 252 præciserede Retten, at det ikke kunne udelukkes, at den omhandlede investerings form kunne 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. Dette ville imidlertid forudsætte en økonomisk analyse inden for rammerne af anvendelsen af kriteriet om den private investor. Ifølge Retten var der grund til at foretage en sådan undersøgelse, eftersom en kapitalforhøjelse kunne være resultatet af konverteringen af en fordring, som en privat aktionær havde på virksomheden, og eftersom anvendelsen af en lov i dette øjemed kunne anses for at være en nødvendig konsekvens af, at bestemmelserne om EDF's kapital selv var fastsat ved lov.

35 Retten konkluderede derfor i dommens præmis 253, at henset til, at den omtvistede foranstaltning skulle vurderes i sin sammenhæng, kunne Kommissionen ikke indskrænke sig til kun at undersøge de skattemæssige virkninger, men måtte samtidig undersøge, om der var grundlag for argumentationen om, at afkaldet på skattetilgodehavendet inden for rammerne af omstruktureringen af EDF's balance og af forhøjelsen af virksomhedens kapital, kunne anses for at være en foranstaltning, der opfyldte kriteriet om den private investor.

36 Retten forkastede derefter i nævnte doms præmis 254-259 Kommissionens argument om, at kriteriet om den private investor ikke kunne anvendes, fordi den franske stat i det foreliggende tilfælde ved at anvende en lov til at give afkald på betalingen af et skattetilgodehavende havde gjort brug af sine beføjelser som offentlig myndighed. Retten fandt herved, at der i den foreliggende sag ikke bestod en forpligtelse, der påhvilede staten i dens egenskab af offentlig myndighed, og at det ikke drejede sig om at vurdere en række udgifter, statens forpligtelser som offentlig myndighed medførte for den.

37 I samme doms præmis 260-263 forkastede Retten Kommissionens argument om, at kriteriet om den private investor ikke kan anvendes på konverteringen af et skattetilgodehavende til kapital, da en privat investor aldrig ville kunne have et sådant tilgodehavende hos en virksomhed, men kun en civilretlig eller erhvervmæssig fordring. Ifølge Retten har kriteriet om den private investor netop til formål at undersøge, om en privat investor på trods af, at en sådan ikke råder over sådanne midler, som staten råder over, under de samme omstændigheder ville have truffet en investeringsmæssig beslutning, der svarede til statens. Af hvilken art fordringen er, og den omstændighed, at en privat investor ikke kan have et skattetilgodehavende, er derfor uden betydning.

38 I den appellerede doms præmis 264-277 forkastede Retten Kommissionens argument om, at en privat investor ville have skullet betale skatten i en tilsvarende situation, hvilket ville have ført til større omkostninger for den private investor, idet denne for at yde 100 EUR i realiteten skulle have rejst 141,66 EUR.

39 Retten anførte herved for det første, at EDF og Den Franske Republik havde gjort gældende, og Kommissionen selv i punkt 51 i beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der er nævnt i denne doms præmis 16, havde anslået, at det fulgte af

fransk skatteret, at den forøgelse af nettoaktiverne, det medfører, at en fordring, som en aktionær i en virksomhed har på virksomheden, konverteres til kapital, ikke skulle medregnes ved beregningen af selskabsskatten, og at konverteringen af fordringen til kapital således ikke ville give anledning til en beskatning, der har fordringens beløb som grundlag.

40 Retten fandt for det andet, at Kommissionens argument stod i modsætning til fordelene, således som Kommissionen beskrev den i den anfægtede beslutning, eftersom dette argument ledte til, at det skulle undersøges, hvor store samlede omkostninger en privat investor måtte afholde for at investere 14,119 mia. FRF, mens omklassificeringen af koncessionsgiverens rettigheder til dette beløb ikke af Kommissionen var blevet anset for at udgøre støtte.

41 Retten fandt for det tredje, at Kommissionens argumentation var inkonsekvent, idet den havde medgivet, at den ville have undersøgt den supplerende kapitaltilførsel på 5,88 mia. FRF – et beløb, som Retten fejlagtigt har angivet som 5,6 mia. FRF – hvis EDF forinden havde betalt dette beløb i skat, og den franske stat derpå havde tilbagebetalt EDF det samme beløb, eftersom omkostningerne for denne stat og den private investor i så fald – og kun i så fald – havde kunnet sammenlignes. Retten fandt imidlertid, at i denne situation ville omkostningerne for staten i realiteten have været de samme, og det beløb, EDF havde modtaget, ville have været det samme som det, virksomheden modtog som følge af den anfægtede foranstaltning.

42 Retten fandt for det fjerde, at hvis en privat investor rent faktisk skulle have betalt skatten, ville de omkostninger, en privat investor skulle have båret ved en kapitaltilførsel i form af konvertering af en fordring, have andraget 5,88 mia. FRF, og således svare til dem, den franske stat ville have skullet bære i det foreliggende tilfælde. Desuden er det kun ved at anvende kriteriet om den private investor, at det kunne afklares, om der er forskel på omkostningerne.

43 Retten fandt for det femte, at selv om omkostningerne ved en rekapitalisering til et beløb på 14,119 mia. FRF havde andraget 0 FRF for den franske stat og 5,88 mia. FRF for en privat investor, ville denne forskel på omkostningerne under alle omstændigheder ikke have været til hinder for at anvende kriteriet om den private investor.

44 I den appellerede doms præmis 283 afviste Retten Kommissionens argumentation om, at det kunne føre til, at enhver form for skattefritagelse, der blev indført af medlemsstaterne, måtte godkendes, hvis det blev tilladt at påberåbe sig kriteriet om den private investor. Retten anførte herved, dels at der i det foreliggende tilfælde ikke var tale om, at der var blevet indrømmet en virksomhed en ren skattelettelse, men om, at der var givet afkald på et skattetilgodehavende i forbindelse med en forhøjelse af kapitalen i en virksomhed, hvori staten var eneaktionær, dels at det på forhånd ikke kunne vides, hvilket resultat det ville føre til at anvende kriteriet, da dette i så fald ville være formålsløst.

Retsforhandlingerne for Domstolen

45 Ved dokument indleveret til Domstolens Justitskontor den 29. juli 2010 anmodede EFTA-Tilsynsmyndigheden om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.

46 Ved kendelse af 2. september 2010 gav Domstolens præsident tilladelse til denne intervention.

Parternes påstande

47 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

– Den appellerede dom ophæves, i det omfang Retten herved har annulleret den anfægtede

beslutnings artikel 3 og 4 og pålagt Kommissionen at bære sine egne omkostninger og betale EDF's omkostninger.

- Tredje led af det andet anbringende fremsat af EDF i første instans forkastes.
- Sagen hjemvises til Retten til fornyet behandling.
- Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

48 EFTA-tilsynsmyndigheden har nedlagt følgende påstande:

- Appellen antages til realitetsbehandling, og den appellerede dom ophæves.
- Sagen hjemvises til Retten.

49 Iberdrola har nedlagt følgende påstande:

- Appellen antages til realitetsbehandling, og den appellerede dom ophæves.
- Tredje led af det andet anbringende fremsat af EDF forkastes.
- Sagen hjemvises til Retten.
- EDF tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder Iberdrolas omkostninger.

50 EDF og Den Franske Republik har nedlagt følgende påstande:

- Appellen forkastes.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

51 Kommissionen har fremsat to anbringender til støtte for sin appel. Det første anbringende vedrører en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, og det andet anbringende vedrører en retlig fejl ved fortolkningen af artikel 87 EF og nærmere bestemt ved fastsættelsen af anvendelsesområdet for og indholdet af kriteriet om en opmærksom privat investor i et samfund med markedsøkonomi.

52 Det andet anbringende skal undersøges først.

Det andet anbringende om en retlig fejl med hensyn til fortolkningen af artikel 87 EF

53 Det andet anbringende kan inddeles i fire led, som bør behandles samlet.

Parternes argumenter

54 Med det andet anbringendes første led har Kommissionen anført, at Retten begik en retlig fejl, da den baserede sig på det mål, der blev forfulgt af den franske stat, for at fastslå, om den havde handlet som aktionær eller som offentlig myndighed. Artikel 87, stk. 1, EF opstiller således ingen sondring ud fra det mål, der forfølges med de statslige indgreb.

55 Kommissionen har anført, at kriteriet baseret på nævnte medlemsstats hensigt ikke gør det muligt at sondre mellem indgreb ved staten som aktionær og indgreb ved staten, der handler som offentlig myndighed. Ifølge Kommissionen er dette kriterium subjektivt og kan give anledning til

manipulationer.

56 Med det andet anbringendes andet led har Kommissionen for det første anført, at Retten ikke søgte at fastslå, om den af den franske stat anlagte adfærd kunne sammenlignes med en privat investors adfærd, eftersom dens analyse ikke omfattede den »korte metode«, der er fastsat ved lov nr. 97-1026, men den »lange metode«, som først og fremmest bestod i at tilføre posten »Kapitaltilførsler« et nettobeløb efter skat, dernæst anmode EDF om at betale en skat, der svarede til forøgelsen af nettoaktiverne, og endelig foretage en supplerende kapitaltilførsel med et beløb svarende til den betalte skat.

57 Ifølge Kommissionen er valget mellem den ene eller den anden af disse fremgangsmåder ikke uden betydning, eftersom statsbudgettet ved den »lange metode« garanterer gennemsigtighed, mens de investerede midler ved den »korte metode«, der er anvendt i den foreliggende sag, undgår enhver form for budgetdisciplin. Ligheden i forhold til skatten er dermed brudt, eftersom EDF fik særbehandling uden nogen form for gennemsigtighed.

58 For det andet foreholder Kommissionen Retten ikke at have taget hensyn til behovet for at definere en privat investor, som udgør sammenligningsgrundlaget, idet retspraksis foreskriver definitionen af et sammenligningsgrundlag, som reelt findes i et samfund med markedsøkonomi. Ifølge Kommissionen har Domstolen fra anvendelsesområdet for kriteriet om den private investor udelukket situationer, hvor der ikke er nogen reel erhvervsdrivende, som statens adfærd kan sammenlignes med.

59 For det tredje er det Kommissionens opfattelse, at den franske stats adfærd ikke kunne have været anlagt af en privat investor, eftersom sidstnævnte skulle have betalt selskabsskat og ikke havde kunnet konvertere denne til kapital. Kun staten i sin egenskab af skattemyndighed kunne stadig råde over det omhandlede beløb. Kriteriet om den private investor tilsigter at undersøge, om en privat investering kunne være blevet foretaget under lignende omstændigheder.

60 For det fjerde er Kommissionen af den opfattelse, at kriteriet om den private investor som anvendt af Retten tilsigter at undersøge al statens adfærd alene i lyset af rentabiliteten, hvilket gør det muligt for offentlige virksomheder at drage fordele af deres ejers status.

61 Med det andet anbringendes tredje led har Kommissionen gjort gældende, at Rettens analyse, fordi den fra denne synsvinkel alene tager hensyn til rentabiliteten, og fordi staten har mulighed for at anvende sine beføjelser som offentlig myndighed, udgør en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder og indebærer konkurrencefordrejninger, som er i strid med artikel 295 EF og 87 EF, og som er i strid med formålet med kriteriet om den private investor. Dette kriterium bliver således et middel til at udelukke kvalificeringen som støtte hvad angår foranstaltninger, som en privat investor ikke kan træffe.

62 Med det andet anbringendes fjerde led har Kommissionen for det første gjort gældende, at Retten har tilsidesat reglerne om bevisbyrdens fordeling. Det er Kommissionens opfattelse, at det, når alle de andre betingelser for, at det konstateres, at der er tale om statsstøtte, er opfyldt, tilkommer den medlemsstat, som påberåber sig undtagelsen vedrørende kriteriet om den private investor, at føre bevis for, at betingelserne for, at denne undtagelse kan anvendes, er opfyldt.

63 Det er imidlertid ubestridt, at de franske myndigheder under den administrative procedure har begrænset sig til at påberåbe sig udsigterne til rentabilitet, uden at der er blevet fremlagt nogen oplysninger til støtte for deres påstande. Der er desuden intet i sagsakterne, som tyder på, at den franske stat havde forudset den potentielle rentabilitet ved den omtvistede skattefritagelse. Under disse omstændigheder er det Kommissionens opfattelse, at den ikke havde pligt til at

undersøge den omhandlede skattefritagelse i lyset af nævnte kriterium.

64 Kommissionen har for det andet anført, at lovligheden af en beslutning på statsstøtteområdet skal bedømmes ud fra de oplysninger, som Kommissionen råder over på tidspunktet for beslutningens vedtagelse. Det følger imidlertid af det foregående, at Kommissionen på dette tidspunkt ikke rådede over nogen oplysning, som viste, at kriteriet om den private investor var relevant.

65 Iberdrola har anvendt Kommissionens argumentation og har desuden hvad angår det andet anbringendes første led anført, at Retten ved at have tillagt det af staten forfulgte mål en central plads har set bort fra sondringen mellem staten som aktionær og staten, der handler som offentlig myndighed. Det mulige sammenfald mellem de mål, som forfølges, skygger således for den ulighed, som består mellem de midler, som står til rådighed for en privat erhvervsdrivende, og de midler, som staten råder over.

66 Iberdrola har præciseret, at ingen privat erhvervsdrivende har beføjelse til at fastsætte de betingelser, som skattepligten er underlagt, og det er selskabets opfattelse, at eftersom en økonomisk aktivitet består i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et givent marked, er udøvelsen af en beføjelse på skatteområdet ikke en del af en sådan aktivitet. Iberdrola har desuden anført, at den omstændighed, at staten forbydes at anvende de beføjelser, som den har på skatteområdet, til fordel for offentlige virksomheder, ikke indebærer nogen forskelsbehandling, idet staten altid kan foretage en kapitalforhøjelse.

67 Hvad angår det andet anbringendes andet led har Iberdrola præciseret, at selv om den franske stat havde opkrævet skatten og derefter havde optaget sidstnævnte i sit budget, er det ikke sikkert, at forhøjelsen af EDF's kapital med det omtvistede beløb ville være blevet gennemført, eftersom procedurerne, kontrollerne og afvejningerne i forbindelse med gennemførelsen af en beslutning om en sådan kapitalforhøjelse ville have været anderledes end dem, som den omhandlede skattefritagelse har resulteret i.

68 Hvad angår det andet anbringendes tredje led har Iberdrola anført, at adskillelsen mellem aktiviteterne som aktionær og de aktiviteter, som henhører under statens beføjelser som offentlig myndighed, har til formål at forhindre en interessekonflikt og sikre, at de erhvervsdrivende har lige muligheder. Den af Retten anvendte logik gør det imidlertid muligt for medlemsstaterne at anvende deres beføjelser for at fritage offentlige virksomheder for visse forpligtelser, som påhviler private erhvervsdrivende.

69 EFTA-Tilsynsmyndigheden har anvendt Kommissionen og Iberdrolas argumentation. Hvad angår det andet anbringendes første led er det denne myndigheds opfattelse, at selv om de ville kunne fastlægges med sikkerhed, skal der ikke tages hensyn til statens hensigter. Det skal på grundlag af objektive kriterier, som kan efterprøves, undersøges, om staten har handlet som offentlig myndighed eller som privat investor.

70 EFTA-tilsynsmyndigheden har anført, at staten opkræver skatter inden for rammerne af udøvelsen af offentlig myndighed, og er derfor af den opfattelse, at et afkald på skatteskyld sker inden for de samme rammer. Statens adfærd kan imidlertid ikke sammenlignes med en privat investors adfærd.

71 For så vidt angår det andet anbringendes andet led har EFTA-Tilsynsmyndigheden gjort gældende, at EDF's gæld til den franske stat ikke var erhvervsrættelig eller kontraktuel, men derimod skatterættelig. Ifølge nævnte myndighed skulle Retten i stedet for at sammenligne en subjektiv fiktiv adfærd for den franske stat med adfærden for en hypotetisk privat investor sammenligne denne stats reelle adfærd med adfærden for ikke en kreditor, men en investor, som

fandtes på markedet.

72 EFTA-Tilsynsmyndigheden har præciseret, at finanskrisen har vist, at det i denne type situationer er nødvendigt at anvende et klart kriterium, som er nemt at anvende, og som er baseret på objektive elementer, som kan efterprøves af domstolene. Den af Retten valgte tilgang opfylder imidlertid ikke et sådant krav.

73 Hvad angår det andet anbringendes fjerde led har EFTA-Tilsynsmyndigheden gjort gældende, at den vending af bevisbyrden, som Retten har pålagt, sætter de institutioner, som skal kontrollere statsstøtte, i en vanskelig position, eftersom de kun kan træffe deres afgørelser i lyset af de oplysninger, som de råder over. Kommissionen kan ikke anvende kriteriet om den private investor af egen drift.

74 EDF og Den Franske Republik har nedlagt påstand om, at det andet appelanbringende forkastes. Det er navnlig opfattelsen hos EDF og Den Franske Republik, at Retten med rette fandt, at kriteriet om den private investor fandt anvendelse i den foreliggende sag, og at Kommissionen ved at undlade at anvende dette kriterium havde tilsidesat de proceduremæssige forpligtelser, som påhviler den.

Domstolens bemærkninger

75 Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola foreholder i det væsentlige Retten, at den ved undersøgelsen af spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet om den private investor finder anvendelse i den foreliggende sag, for det første har taget hensyn til det mål, som den franske stat forfulgte, da den vedtog den omtvistede foranstaltning, for det andet har sammenblandet rollen som staten, der er aktionær, med rollen som staten, der udøver sine beføjelser på skatteområdet, for det tredje har tilsidesat princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder og for det fjerde har tilsidesat reglerne om fordelingen af bevisbyrden.

76 Det følger af retspraksis, at en foranstaltning, som ydes ved hjælp af statsmidler, som giver den begunstigede virksomhed en gunstigere økonomisk stilling end dens konkurrenter, og som af denne grund både fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke uden videre kan falde uden for begrebet »støtte« i traktatens artikel 87 EF på grund af de af nævnte stat forfulgte mål (jf. i denne retning dom af 19.5.1999, sag C-6/97, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2981, præmis 15, af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis, og af 9.6.2011, forenede sager C-71/09 P, C-73/09 P og C-76/09 P, Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 4727, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

77 I denne bestemmelses stk. 1 sondres der nemlig ikke mellem grundene til eller hensigten med de statslige interventioner, men bestemmelsen definerer dem alene efter deres virkninger (jf. dommen i sagen Comitato »Venezia vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis).

78 Det fremgår imidlertid også af fast retspraksis, at de betingelser, som en foranstaltning skal opfylde for at være omfattet af begrebet »støtte« som omhandlet i artikel 87 EF, ikke er opfyldt, hvis den begunstigede offentlige virksomhed kunne opnå den samme fordel som den, der er blevet stillet til rådighed for den ved hjælp af statens midler, på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår, idet denne vurdering for offentlige virksomheder i princippet skal ske under anvendelse af kriteriet om den private investor (jf. i denne retning dom af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433, præmis 20, og af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 68-70, samt dommen i sagen Comitato »Venezia

vuole vivere« m.fl. mod Kommissionen, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

79 Navnlig fremgår det af retspraksis, at der med henblik på vurderingen af, om den samme foranstaltning ville være blevet truffet under normale markedsvilkår af en privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som staten befinder sig i, kun skal tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med sidstnævntes situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed (jf. i denne retning domme af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 14, og sag 40/85, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2321, præmis 13, samt dom af 14.9.1994, forenede sager C-278/92 – C-280/92, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 4103, præmis 22, og af 28.1.2003, sag C-334/99, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 1139, præmis 134).

80 Det følger heraf, at der skal foretages en sondring mellem statens rolle som aktionær i en virksomhed på den ene side og staten, der handler som offentlig myndighed, på den anden side, som Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola med rette har anført, og som Retten har fastslået i den appellerede doms præmis 223-228.

81 Følgelig afhænger anvendelsen af kriteriet om den private investor i sidste ende af, om den omhandlede medlemsstat i sin egenskab af aktionær og ikke i sin egenskab af offentlig myndighed indrømmer en økonomisk fordel til en virksomhed, som tilhører den.

82 Det følger heraf, at det, hvis en medlemsstat under den administrative procedure påberåber sig nævnte kriterium, tilkommer den i tvivlstilfælde utvetydigt og på grundlag af objektive elementer, som kan efterprøves, at føre bevis for, at beslutningen om at gennemføre foranstaltningen blev truffet i dens egenskab af aktionær.

83 Det skal af disse elementer klart fremgå, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidigt med indrømmelsen af den økonomiske fordel (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 71 og 72) har besluttet ved den foranstaltning, som faktisk er blevet gennemført, at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed.

84 Der kan i denne forbindelse kræves beviser, hvoraf fremgår, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, som en rationel privat investor, som befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført inden at foretage en sådan investering med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering.

85 Derimod er økonomiske vurderinger foretaget efter tildelingen af nævnte fordel, den efterfølgende konstatering af, at den af den pågældende medlemsstat foretagne investering reelt var rentabel, eller efterfølgende begrundelser for valget af den fremgangsmåde, som blev fulgt, ikke tilstrækkelige til at godtgøre, at denne medlemsstat forud for eller samtidigt med denne tildeling har truffet en sådan beslutning i sin egenskab af aktionær (jf. i denne retning dommen i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 71 og 72).

86 Hvis den pågældende medlemsstat for Kommissionen fremlægger beviser af den art, som kræves, tilkommer det sidstnævnte at foretage en samlet vurdering, som ud over de af denne medlemsstat fremlagte beviser, skal tage hensyn til alle andre relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om beslutningen om at gennemføre den omhandlede foranstaltning er blevet truffet af nævnte medlemsstat i dens egenskab af aktionær eller dens egenskab af offentlig myndighed. Af relevans i denne forbindelse er navnlig, som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 229, denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte

mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af.

87 Det følger heraf, at det under de foreliggende omstændigheder er med rette, at Retten fastslog, at det af den franske stat forfulgte mål kunne tages i betragtning inden for rammerne af den overordnede bedømmelse, som krævedes, for at fastslå, om nævnte stat havde handlet som aktionær, og om kriteriet om den private investor derfor fandt anvendelse i den foreliggende sag.

88 Hvad angår spørgsmålet, om der i den foreliggende sag kunne ses bort fra anvendeligheden af kriteriet om den private investor alene på grund af den skattemæssige art af de midler, som den franske stat har anvendt, bemærkes, at efter 87, stk. 1, EF er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som i kraft af sin virkninger fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene, uforenelig med fællesmarkedet, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. dommen af 19.9.2000 i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis).

89 Som anført i denne doms præmis 78 tilsigter anvendelsen af kriteriet om den private investor af fastslå, om den økonomiske fordel, uanset sin form, som ved hjælp af statens midler er blevet indrømmet en offentlig virksomhed i kraft af sine virkninger kan fordreje eller true konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

90 Denne bestemmelse og dette kriterium tilsigter at forhindre, at den begunstigede offentlige virksomhed ved hjælp af statslige midler gives en gunstigere økonomisk stilling end sine konkurrenter (jf. i denne retning dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml. I, s. 877, præmis 14, og dommen af 19.5.1999 i sagen Italien mod Kommissionen, præmis 16).

91 Den økonomiske situation for den begunstigede offentlige virksomhed afhænger imidlertid ikke af den form, hvorunder fordelene stilles til rådighed, uanset arten heraf, men af det beløb, som den i sidste ende nyder godt af. Det er således uden at begå en retlig fejl, at Retten fokuserede sin analyse af spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet om den private investor finder anvendelse på forbedringen af EDF's økonomiske situation med henblik på åbningen af elektricitetsmarkedet for konkurrence og virkningerne af den omhandlede foranstaltning, på konkurrencen og ikke på den skattemæssige karakter af de midler, som den franske stat har anvendt.

92 Det følger af det foregående, at henset til målene med artikel 87, stk. 1, EF og kriteriet om den private investor skal en økonomisk fordel, selv hvis den indrømmes ved hjælp af skattemæssige foranstaltninger, navnlig bedømmes i lyset af kriteriet om den private investor, hvis det under den samlede vurdering, som i givet fald kræves, viser sig, at den pågældende medlemsstat til trods for, at den har anvendt sådanne midler, som henhører under den offentlige myndighed, har indrømmet nævnte fordel i sin egenskab af aktionær i virksomheden, som tilhører den.

93 Heraf følger, at Rettens konstatering i den appellerede doms præmis 250, hvorefter der består en forpligtelse for Kommissionen til at undersøge, om staten har indskudt kapitalen under omstændigheder, der svarer til normale markedsvilkår, uafhængigt af, under hvilken form staten har indskudt kapitalen, ikke er behæftet med nogen retlig fejl.

94 Hvad angår det argument, der er fremsat af Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola, hvorefter en privat investor ikke kunne foretage en investering som den, den franske stat foretog, under lignende betingelser, eftersom den ville skulle betale skat, og kun den nævnte stat som skattemyndighed kunne råde over beløb svarende til denne skat, bemærkes for det første, at hvad angår den omhandlede regnskabsmæssige disposition er det den private virksomhed, som befinder sig i en situation, som den EDF befinder sig i, og ikke dens aktionær, som ville skulle betale nævnte skat.

95 I den foreliggende sag ville anvendelsen af kriteriet om den private investor således have gjort det muligt at fastslå, om en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført et beløb svarende til den skat, som skulle betales, i en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i.

96 For det andet bemærkes, at som Retten har anført i den appellerede doms præmis 275 og 276, er en eventuel forskel mellem de omkostninger, som afholdes af en privat investor, og de omkostninger, som påhviler staten som investor, ikke til hinder for anvendelsen af kriteriet om den private investor. Dette kriterium gør det således netop muligt at fastslå, om der består en sådan forskel og tage hensyn hertil ved bedømmelsen af spørgsmålet, om de betingelser, der er fastsat ved dette kriterium, er opfyldt.

97 Det følger heraf, at den af Retten foretagne analyse, i modsætning til hvad Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola har anført, ikke tilsidesætter princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, ikke indebærer en fordrejning af konkurrencen, og ikke er i strid med de mål, som forfølges med anvendelsen af kriteriet om den private investor.

98 Retten begik derfor ikke en retlig fejl, da den fandt, at kriteriet om den private investor kan anvendes, selv i tilfælde hvor midler af skattemæssig art er blevet anvendt.

99 Det bemærkes endvidere, at Retten med den appellerede dom hverken foregreb anvendeligheden i den foreliggende sag af dette kriterium, eller, som anført i dommens præmis 283, resultatet af en eventuel anvendelse af dette kriterium.

100 Ved at begrænse sig til at efterprøve, om der kunne ses bort fra anvendeligheden af kriteriet om den private investor alene på grundlag af den skattemæssige karakter af de midler, der var anvendt af den franske stat, foretog Retten navnlig på ingen måde en analyse, som resulterer i, at medlemsstaterne ved anvendelsen af dette kriterium kan tage hensyn til de fordele og forpligtelser, der er forbundet med deres egenskab af offentlig myndighed, eller elementer, som er subjektive, eller som kan manipuleres.

101 Hvad angår spørgsmålet, om det i den foreliggende sag var nødvendigt at fastsætte en investor, som udgjorde et sammenligningsgrundlag, bemærkes, at den retspraksis, som Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola i denne forbindelse har henvist til, omhandler det forhold, at det ikke er muligt at sammenligne situationen for en offentlig virksomhed med situationen for en privat virksomhed, som ikke opererer på et monopoliseret marked (jf. i denne retning 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., Sml. I, s. 6993, præmis 38).

102 Kommissionen, EFTA-Tilsynsmyndigheden og Iberdrola har ikke anført, at det er umuligt at sammenligne EDF's situation med situationen for en privat virksomhed, som opererer i sektorer, som er identiske med de sektorer, som EDF opererer i. Det fremgår desuden af den samme retspraksis, at det for at foretage en sådan sammenligning er nødvendigt at foretage en bedømmelse under henvisning til de foreliggende objektive elementer, som kan efterprøves.

103 I modsætning til hvad Kommissionen og EFTA-Tilsynsmyndigheden har anført, udgør kriteriet om den private investor desuden ikke en undtagelse, som kun finder anvendelse efter anmodning fra en medlemsstat, når de elementer, som udgør en statsstøtte, der er uforenelig med fællesmarkedet som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF, foreligger. Det fremgår således af denne doms præmis 78, at dette kriterium, når det finder anvendelse, er blandt de elementer, som Kommissionen har pligt til at tage hensyn til for at fastslå, om der foreligger en sådan støtte.

104 Det følger heraf, at det, når det viser sig, at kriteriet om den private investor kan finde anvendelse, tilkommer Kommissionen at anmode den pågældende medlemsstat om at give den alle relevante oplysninger, som sætter den i stand til at undersøge, om betingelserne for anvendelighed og anvendelse af dette kriterium er opfyldt, og den kan kun nægte at undersøge sådanne oplysninger, hvis de fremlagte beviser er blevet fastlagt efter vedtagelsen af beslutningen om at foretage den pågældende investering.

105 Som allerede anført i denne doms præmis 83-85 er kun de beviser, som var til rådighed på det tidspunkt, hvor beslutningen om at foretage investeringen blev truffet, og de udviklinger, som kunne forudsiges på dette tidspunkt, relevante med henblik på anvendelsen af kriteriet om den private investor. Dette er navnlig tilfældet, når, som i den foreliggende sag, Kommissionen undersøger, om der er tale om statsstøtte i forhold til en investering, som den ikke er blevet underrettet om, og som allerede er blevet gennemført af den pågældende medlemsstat på det tidspunkt, hvor den foretager sin undersøgelse.

106 Henset til det foregående skal det andet anbringende forkastes.

Det første anbringende om en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder

107 Det er i det væsentlige Kommissionens opfattelse, at Retten foretog en urigtig gengivelse af beviserne, da den fandt, at Den Franske Republik ved den omtvistede foranstaltning konverterede et skattetilgodehavende til kapital. Ifølge Kommissionen har Den Franske Republik med denne foranstaltning indrømmet EDF en fritagelse for selskabsskat. Kommissionen har anført, at ved en skattefritagelse er kriteriet om den private investor ikke relevant.

108 Det er imidlertid i forbindelse med undersøgelsen af det andet anbringende blevet konstateret, at når en medlemsstat indrømmer en virksomhed, som tilhører den, en økonomisk fordel, er den skattemæssige karakter af den fremgangsmåde, som anvendes for at tildele nævnte fordel, ikke tilstrækkelig til, at det kan udelukkes, at kriteriet om den private investor finder anvendelse. Det følger så meget desto mere heraf, at den fremgangsmåde, som den pågældende medlemsstat har valgt, er helt uden relevans for vurderingen af, om nævnte kriterium finder anvendelse.

109 Under disse betingelser kan Rettens påståede urigtige gengivelse af de faktiske omstændigheder, selv dersom den fandtes godtgjort, under alle omstændigheder ikke påvirke korrektheden af den appellerede dom. Det følger heraf, at det første anbringende skal forkastes som irrelevant.

110 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at appellen skal forkastes.

Sagens omkostninger

111 I henhold til artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement, der i medfør af dets artikel 118 finder tilsvarende anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da EDF har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, og den har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

112 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, som i henhold til samme reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, bærer Den Franske Republik sine egne omkostninger.

113 I overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 4, andet afsnit, som i henhold til samme reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, bærer EFTA-Tilsynsmyndigheden sine egne omkostninger.

114 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, tredje afsnit, som i henhold til samme reglements artikel 118 finder anvendelse i appelsager, kan Domstolen træffe afgørelse om, at en intervenient bærer sine egne omkostninger. Denne bestemmelse skal anvendes hvad angår Iberdrola.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) **Appellen forkastes.**
- 2) **Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger.**
- 3) **EFTA-Tilsynsmyndigheden, Den Franske Republik og Iberdrola SA bærer hver deres egne omkostninger.**

Underskrifter

* Processprog: fransk.