

Downloaded via the EU tax law app / web

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Große Kammer)

5. Juni 2012(*)

„Rechtsmittel – Staatliche Beihilfen – Steuerschuldenerlass – Befreiung von der Körperschaftsteuer – Erhöhung des Gesellschaftskapitals – Verhalten des Staates wie ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber – Kriterien für die Unterscheidung, ob der Staat als Anteilseigner in Ausübung hoheitlicher Befugnisse handelt – Bestimmung des privaten Referenzkapitalgebers – Grundsatz der Gleichbehandlung – Beweislast“

In der Rechtssache C-124/10 P

betreffend ein Rechtsmittel nach Art. 56 der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union, eingelegt am 26. Februar 2010,

Europäische Kommission, vertreten durch E. Gippini Fournier, B. Stromsky und D. Grespan als Bevollmächtigte,

Klägerin,

unterstützt durch

EFTA-Überwachungsbehörde, vertreten durch X. Lewis und B. Alterskjær als Bevollmächtigte,

Streithelferin im Rechtsmittelverfahren,

andere Verfahrensbeteiligte:

Électricité de France (EDF) mit Sitz in Paris (Frankreich), Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt M. Debroux,

Klägerin im ersten Rechtszug,

Französische Republik, vertreten durch G. de Bergues und J. Gstalter als Bevollmächtigte,

Iberdrola SA mit Sitz in Bilbao (Spanien), Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte J. Ruiz Calzado und É. Barbier de La Serre,

Streithelferinnen im ersten Rechtszug,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Große Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten V. Skouris, der Kammerpräsidenten A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot und M. Safjan sowie der Richter K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (Berichterstatter), D. Šváby und der Richterin M. Berger,

Generalanwalt: J. Mazák,

Kanzlerin: R. ?ere?, Verwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 2011, nach Anhörung der Schlussanträge des Generalanwalts in der Sitzung vom 20. Oktober 2011 folgendes

Urteil

1 Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Europäische Kommission die Aufhebung des Urteils des Gerichts der Europäischen Union vom 15. Dezember 2009, EDF/Kommission (T-156/04, Slg. 2009, II-4503, im Folgenden: angefochtenes Urteil), mit dem die Art. 3 und 4 der Entscheidung 2005/145/EG der Kommission vom 16. Dezember 2003 über staatliche Beihilfen, die Frankreich EDF und der Strom- und Gaswirtschaft gewährt hat (ABl. 2005, L 49, S. 9, im Folgenden: streitige Entscheidung), für nichtig erklärt wurden.

Rechtlicher Rahmen

2 Art. 38 Abs. 2 des französischen Code général des impôts (Steuergesetzbuch) bestimmt:

„Der Nettogewinn besteht aus dem Unterschied zwischen den Werten der Nettoaktiva bei Abschluss und zu Beginn des Zeitraums, dessen Einkünfte als Besteuerungsgrundlage abzüglich der Kapitalzuschüsse und zuzüglich der Entnahmen dienen, die in diesem Zeitraum vom Betreiber oder von den Gesellschaftern getätigt werden. Unter Nettoaktiva ist der Überschuss der Aktiva über den Gesamtbetrag der Passiva, gebildet aus den Forderungen Dritter, den Abschreibungen und den nachgewiesenen Rückstellungen, zu verstehen.“

3 Art. 4 Abs. I und II des Gesetzes Nr. 97-1026 vom 10. November 1997 über steuerliche und finanzielle Dringlichkeitsmaßnahmen (JORF vom 11. November 1997, S. 16387) bestimmt:

„I. Die Anlagen des allgemeinen Elektrizitätsversorgungsnetzes gelten seit der Konzession dieses Netzes an Électricité de France (im Folgenden: EDF) als deren Eigentum.

II. In Anwendung der Bestimmungen von [Abs.] I wird am 1. Januar 1997 der Gegenwert der konzessionierten Sachwerte des allgemeinen Elektrizitätsversorgungsnetzes, der auf der Passivseite der Bilanz [von EDF] steht, nach Abzug entsprechender Wertberichtigungen in den Posten ‚Kapitalerhöhungen‘ aufgenommen.“

Vorgeschichte des Rechtsstreits

Allgemeiner Kontext der Rechtssache

4 EDF erzeugt, befördert und verteilt Strom, insbesondere im gesamten französischen Hoheitsgebiet. Sie wurde durch die Loi n° 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz (Gesetz Nr. 46-628 vom 8. April 1946 über die Verstaatlichung des Elektrizitäts- und Gassektors, JORF vom 9. April 1946, S. 2651) errichtet und befand sich im Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens nach Art. 88 Abs. 2 EG im Jahr 2002 vollständig im Eigentum des Staates.

5 In Art. 36 des Gesetzes Nr. 46-628 ist der Grundsatz der Übertragung der verstaatlichten Elektrizitätskonzessionen auf EDF niedergelegt. Die verschiedenen vom Staat für die Beförderung von Elektrizität erteilten Konzessionen wurden 1958 in einer einheitlichen Konzession, genannt „Allgemeines Versorgungsnetz“ (im Folgenden: AVN), zusammengefasst.

6 Aufgrund der Anwendung des Plan comptable général (Kontenrahmen) von 1982, der spezielle Bilanzierungsregeln für Konzessionen enthielt, auf EDF wurden ab 1987 die besonderen Anforderungen berücksichtigt, denen die Inhaber der Konzessionen unterliegen und die gemäß dem „Grundsatz des Fortbestands der Versorgungsleistungen“ die Verpflichtung beinhalten, die konzessionierten Vermögenswerte nach Ablauf der Konzession in gutem Funktionszustand zurückzugeben.

7 In Anwendung des Plan comptable général wurde ein Kontenplan für EDF erstellt und mit interministeriellem Erlass vom 21. Dezember 1986 (JORF vom 30. Dezember 1986, S. 15794) genehmigt.

8 Gemäß diesem letzteren Kontenplan wurde das AVN unter dem Aktivposten „Konzessionierte Sachanlagen“ in der Bilanz von EDF verbucht und es wurden zwischen 1987 und 1996 besondere Rückstellungen für die Erneuerung des konzessionierten Anlagevermögens gebildet, damit der Inhaber der Konzession dem Konzessionsgeber diese Vermögenswerte bei Ablauf der Konzession in einwandfreiem Zustand zurückgeben konnte.

9 Die Ausgaben, die EDF für die Erneuerung tätigte, wurden in der Bilanz unter dem Posten „Gegenwert der konzessionierten Vermögenswerte“ verbucht. Dieser Posten, auch „Ansprüche des Konzessionsgebers“ genannt, stellte bei Ablauf der Konzession eine Verbindlichkeit von EDF gegenüber dem französischen Staat im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rückgabe der ersetzten Vermögenswerte dar.

10 1994 sah der französische Rechnungshof den vermögensrechtlichen Status des AVN und folglich diesen Kontenplan als irregulär an. Daher leitete der französische Staat ein Verfahren ein, mit dem der vermögensrechtliche Status des AVN geklärt und die Bilanz von EDF umstrukturiert werden sollte.

11 Im Hinblick auf die in der Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl. 1997, L 27, S. 20) vorgesehene Öffnung des Elektrizitätsmarkts bestimmte der am 8. April 1997 unterzeichnete Unternehmensvertrag „État-EDF 1997–2000“ (Staat-EDF 1997–2000) die Normalisierung der Unternehmenskonten und der finanziellen Beziehungen zwischen EDF und dem Staat. Vor diesem Hintergrund wurde das Gesetz Nr. 97-1026 erlassen.

12 Vor dem Erlass dieses Gesetzes war die Bilanz von EDF folgendermaßen strukturiert:

- Die Aktivseite enthielt den Posten „Konzessionierte Sachanlagen“ in Höhe von 285,7 Mrd. FRF, wovon ungefähr 90 Mrd. FRF auf das AVN entfielen;
- Die Passivseite enthielt den Posten „Rückstellungen“, wovon ungefähr 38,5 Mrd. FRF auf das AVN sowie den Posten „Gegenwert der konzessionierten Vermögenswerte“ entfielen, der die Ausgaben für die durchgeführten Erneuerungen enthielt. Dieser Posten belief sich auf 145,2 Mrd. FRF, wovon 18,3 Mrd. auf das AVN entfielen.

13 In Anwendung von Art. 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 wurde EDF am 22. Dezember 1997 mit Schreiben des Ministers für Wirtschaft, Finanzen und Industrie, des Staatssekretärs für den Haushalt und des Staatssekretärs für die Industrie (im Folgenden: Schreiben vom 22. Dezember 1997), insbesondere in seinem Anhang 1, die Umstrukturierung der EDV-Bilanz mitgeteilt. Die steuerlichen Auswirkungen dieser Umstrukturierung wurden in Anhang 3 dieses Schreibens dargelegt. In Randnr. 34 des angefochtenen Urteils fasste das Gericht die Vorgänge im Rahmen dieser Umstrukturierung wie folgt zusammen:

- Erstens wurden die Vermögenswerte, die das AVN bildeten, in Höhe von 90,325 Mrd. FRF in „Eigene Vermögenswerte“ umgestuft und nicht mehr als „Konzessionierte Vermögenswerte“ verbucht.
- Zweitens wurden die nicht verwendeten Rückstellungen für die Erneuerung des AVN in Höhe von 38,521 Mrd. FRF als einbehaltener Gewinn eingestuft, ohne in der Gewinn- und Verlustrechnung verbucht zu werden; in Höhe von 20,225 Mrd. FRF wurden sie als Verlustvortrag umgestuft; der Saldo des so bereinigten Kontos wurde in Höhe von 18,296 Mrd. FRF den Rücklagen zugewiesen. Auch wenn diese Umstufungen außerhalb der Ergebnisrechnung vorgenommen wurden, führten sie zur Feststellung eines steuerbaren Ergebnisses, das gemäß Art. 38 Abs. 2 des Code général des impôts zu einem Steuersatz von 41,66 % besteuert wurde.
- Drittens wurden die „Ansprüche des Konzessionsgebers“ in Höhe von 14,119 Mrd. FRF (der Gesamtbetrag belief sich auf 18,345 Mrd. FRF) außerhalb der Ergebnisrechnung direkt unter dem Posten „Kapitalerhöhungen“ verbucht, und der Saldo wurde auf verschiedene Wertberichtigungskonten verteilt.

Das Verwaltungsverfahren und die streitige Entscheidung

14 Mit Schreiben vom 10. Juli und 27. November 2001 forderte die Kommission die französischen Behörden auf, ihr bestimmte Informationen zu mehreren Maßnahmen zu übermitteln, die hinsichtlich EDF getroffen worden waren und möglicherweise Elemente staatlicher Beihilfe enthielten.

15 In der Folge wurden zwischen der Kommission und den französischen Behörden Schreiben ausgetauscht, darunter ein Schreiben der französischen Behörden an die Kommission vom 9. April 2002 (im Folgenden: Schreiben vom 9. April 2002), in dessen Anhang sich ein undatiertes Vermerk der Generaldirektion Steuern des französischen Ministeriums für Wirtschaft, Finanzen und Industrie befand, in dem es u. a. hieß:

„Die Ansprüche des Konzessionsgebers in Bezug auf das AVN stellen eine nicht bestehende Schuld dar, die die Einbeziehung in das Kapital auf ungerechtfertigte Weise von der Steuer befreit hat.

Diese Rückstellungen wurden dem Kapital zugeführt, ohne dass sich dies auf die Besteuerung ausgewirkt hätte, da das AVN nicht den für Konzessionen geltenden Steuer- und Bilanzierungsvorschriften unterliegt. Da sich das AVN aus eigenen Vermögenswerten zusammensetzte, war EDF nicht verpflichtet, dem Staat diese Vermögenswerte zurückzugeben, so dass die entsprechenden Beträge, die unter dem Posten ‚Ansprüche des Konzessionsgebers‘ verbucht waren, keine wirkliche Verbindlichkeit, sondern eine steuerpflichtige Rücklage darstellten. Unter diesen Umständen hätte diese Rücklage vor ihrer Einbeziehung in das Kapital von der Passivseite der Unternehmensbilanz, wo sie zu Unrecht aufgeführt war, auf ein Konto der Nettosituation übertragen werden müssen, was somit eine positive Veränderung des zu versteuernden Nettovermögens in Anwendung des bereits angeführten Art. 38 [Abs. 2] zur Folge

gehabt hätte.

Die so erzielten Steuervorteile werden mit 5,88 [Mrd. FRF] (14,119 x 41,66 %) [d. h. 888,89 Mio. Euro nach der von der Kommission auf Basis des Wechselkurses zwischen dem FRF und dem Euro vom 22. Dezember 1997 vorgenommenen Umrechnung] angesetzt.“

16 Mit Schreiben vom 16. Oktober 2002, das am 16. November 2002 im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* (ABl. C 280, S. 8) veröffentlicht wurde, teilte die Kommission den französischen Behörden drei verbundene Entscheidungen mit, die EDF betrafen. Insbesondere beschloss die Kommission gemäß Art. 88 Abs. 2 EG die Einleitung des formellen Prüfverfahrens wegen des Vorteils von EDF, keine Körperschaftsteuer für den Teil der Betriebsrücklagen zu zahlen, die steuerfrei für die Erneuerung des AVN gebildet worden waren.

17 In der Folge wurden weitere Schreiben zwischen den französischen Behörden und der Kommission ausgetauscht, darunter ein Schreiben der französischen Behörden an die Kommission vom 9. Dezember 2002 (im Folgenden: Schreiben vom 9. Dezember 2002), in dem es u. a. heißt:

„2. Die Buchhaltungsreform von 1997 kann als zusätzliche Kapitalerhöhung um einen Betrag, der der teilweisen Steuerbefreiung entspricht, angesehen werden, deren Ziel auch darin bestand, eine Unterkapitalisierung zu beheben.

...

Die ‚AVN‘-Ansprüche des Konzessionsgebers wurden bereits vor 1997 aufgrund des besonderen Umstands der Doppeleigenschaft des Staates gegenüber EDF als Konzessionsgeber und Eigentümer als faktische Eigenmittel angesehen. Vor diesem Hintergrund verstand sich von selbst, dass die Ansprüche des Konzessionsgebers keine tatsächlich einklagbare Schuld von EDF gegenüber dem Staat darstellten.

Daher waren EDF und der Staat bei der Umstrukturierung der Bilanz im Jahr 1997, an der der Minister für Wirtschaft, Finanzen und Industrie sowie der Staatssekretär für den Haushalt und der Staatssekretär für die Industrie mitwirkten, bestrebt, das Kapital um die faktischen Eigenmittel zu erhöhen und dabei von der Erhebung der Körperschaftsteuer abzusehen.

In diesem Sinne wurde es als wirksamer und neutral für die staatlichen Stellen angesehen, die Ansprüche des Konzessionsgebers in ihrer Gesamthöhe unmittelbar als Eigenmittel zu verbuchen, statt einen gleichwertigen Vorgang durchzuführen, der darin bestanden hätte,

- das Kapital um einen Nettobetrag nach Abzug der Körperschaftsteuer zu erhöhen;
- EDF die Körperschaftsteuer in Höhe der Veränderung des Nettovermögens aufzuerlegen;
- eine zusätzliche Kapitalerhöhung in Höhe der entrichteten Steuer vorzunehmen.

Eine solche zusätzliche Kapitalerhöhung war durch die Rentabilitätsaussichten von EDF im Jahr 1997 gerechtfertigt, die sich im Übrigen in den Folgejahren als berechtigt herausstellten. Unter vergleichbaren Umständen hätte ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber eine solche Kapitalerhöhung vorgenommen.

Außerdem kann daran erinnert werden, dass die rechnungslegungstechnische Bereinigung der Rücklagen für die Erneuerung des AVN ... auch deswegen durchgeführt wurde, um wieder eine Bilanzstruktur zu schaffen, die Unternehmen aus vergleichbaren Industriesektoren entspricht.“

18 Am 16. Dezember 2003 erließ die Kommission die streitige Entscheidung.

19 Art. 3 dieser Entscheidung lautet:

„Die Nichtzahlung von EDF im Jahr 1997 in Bezug auf die Körperschaftsteuer für den Teil der Rücklagen, die [steuerfrei] für die Erneuerung des [AVN] gebildet wurden und die den 14,119 Mrd. FRF an Ansprüchen des [Konzessionsgebers], die unter Kapitalerhöhungen neu eingestuft wurden, entsprechen, stellt eine mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbare staatliche Beihilfe dar.

Das in der Nichtzahlung der Körperschaftsteuer enthaltene Element staatlicher Beihilfe beläuft sich auf 888,89 Mio. EUR.“

20 Art. 4 der angefochtenen Entscheidung bestimmt insbesondere:

„Frankreich ergreift alle notwendigen Maßnahmen, um die in Artikel 3 aufgeführte Beihilfe von EDF zurückzufordern, die dem Unternehmen bereits unrechtmäßig zur Verfügung gestellt wurde.“

21 Zum Steuervorteil, von dem EDF 1997 profitiert haben soll, führte die Kommission in der Begründung dieser Entscheidung u. a. aus:

„(88) Das Schreiben des Wirtschaftsministers, in dem die steuerlichen Auswirkungen der Sanierung der Bilanz von EDF festgestellt werden, zeigt, dass die französischen Behörden auf die nicht verwendeten Rücklagen für die Erneuerung des [AVN] den 1997 geltenden Körperschaftsteuersatz von 41,66 % angewandt haben.

(89) Dagegen wurde gemäß Artikel 4 des Gesetzes Nr. 97-1026 ... ein Teil dieser Rücklagen, die Ansprüche des [Konzessionsgebers], die den bereits durchgeführten Erneuerungsmaßnahmen entsprechen, unter Kapitalerhöhungen in Höhe von 14,119 Mrd. FRF neu eingestuft, ohne der Körperschaftsteuer zu unterliegen. ... In einer an die Kommission gerichteten Anmerkung der Generaldirektion Steuern vom 9. April 2002 [stellen] die französischen Behörden ... fest, dass ,der so [1997 von EDF] erhaltene Steuervorteil mit 5,88 Mrd. FRF bewertet werden kann (14,119 x 41,66 %)‘; dies entspricht 888,89 Mio. EUR.

...

(91) Die Kommission ist der Ansicht, dass die Ansprüche des [Konzessionsgebers] gleichzeitig und zum gleichen Satz wie die anderen [steuerfrei] gebildeten Betriebsrücklagen hätten besteuert werden müssen. Dies bedeutet, dass die 14,119 Mrd. FRF an Ansprüchen des [Konzessionsgebers] den 38,5 Mrd. FRF an nicht verwendeten Rücklagen hätten hinzugefügt werden müssen, um zu einem Satz von 41,66 % besteuert zu werden, der für die Sanierung der Bilanz von EDF durch die französischen Behörden angewandt wurde. Indem sie nicht die gesamte, bei der Sanierung seiner Bilanz fällige Körperschaftsteuer gezahlt hat, hat EDF 888,89 Mio. EUR eingespart.

...

(95) Die französischen Behörden behaupten überdies, dass die Buchhaltungsreform von 1997 einer zusätzlichen Kapitalerhöhung um einen Betrag, der der teilweisen Steuerbefreiung entspricht, gleichkommt. Es würde sich also um eine Investition und nicht um eine Beihilfe handeln.

...

(96) Die Kommission kann diese Argumente nur zurückweisen, indem sie daran erinnert, dass der Grundsatz des [privaten Kapitalgebers] nur im Rahmen der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten gelten kann und nicht im Rahmen der Ausübung von Regulierungsbefugnissen. Eine Behörde kann das Argument eventueller wirtschaftlicher Vorteile, die sie als Eigentümer eines Unternehmens erhalten könnte, nicht verwenden, um eine Beihilfe, die nach Ermessen bewilligt wurde, durch die Vorrechte zu rechtfertigen, die sie als Steuerbehörde gegenüber demselben Unternehmen besitzt.

(97) Falls ein Staat neben der Ausübung seiner Funktion als öffentliche Gewalt als Aktionär tätig sein kann, so darf er nicht seine Funktionen als Staat, der die öffentliche Gewalt ausübt, und als staatlicher Aktionär miteinander vermischen. Eine Erlaubnis für die Mitgliedstaaten zur Verwendung ihrer Vorrechte als öffentliche Gewalt im Dienste ihrer Investitionen in Unternehmen, die auf für den Wettbewerb offenen Märkten tätig sind, würde die gemeinschaftlichen Vorschriften im Bereich der staatlichen Beihilfen jeglicher rechtlicher Wirksamkeit berauben. Falls der Vertrag darüber hinaus gemäß seinem Artikel 295 neutral in Bezug auf Kapitaleigentum ist, so müssen für die öffentlichen Unternehmen nichtsdestoweniger dieselben Vorschriften wie für die privaten Unternehmen gelten. Es bestünde keine Gleichbehandlung zwischen den öffentlichen Unternehmen und den Privatunternehmen mehr, wenn der Staat seine Vorrechte als öffentliche Gewalt zugunsten der Unternehmen, deren Aktionär er ist, nutzen würde.“

22 In Randnr. 51 des angefochtenen Urteils hat das Gericht angeführt, dass sich unter Berücksichtigung der gemäß Art. 4 der angefochtenen Entscheidung berechneten Zinsen der von EDF geforderte Gesamtbetrag auf 1,217 Mrd. Euro belaufen und EDF dem französischen Staat diese Summe zurückgezahlt habe.

Das Verfahren vor dem Gericht und das angefochtene Urteil

23 Mit Klageschrift, die am 27. April 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, erhob EDF Klage auf Nichtigklärung der Art. 3 und 4 der streitigen Entscheidung.

24 Mit Schriftsatz, der am 17. August 2004 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, beantragte die Französische Republik, als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge von EDF zugelassen zu werden. Mit Beschluss vom 20. September 2004 ließ der Präsident der Dritten Kammer des Gerichts die Französische Republik als Streithelferin zu.

25 Mit Schriftsatz, der am 3. März 2008 bei der Kanzlei des Gerichts eingegangen ist, beantragte Iberdrola, SA (im Folgenden: Iberdrola), als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen zu werden. Da der Antrag auf Zulassung als Streithelferin nach Ablauf der in Art. 115 § 1 der Verfahrensordnung des Gerichts genannten sechswöchigen Frist gestellt wurde, wurde Iberdrola mit Beschluss vom 5. Juni 2008 als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission mit der Maßgabe zugelassen, ihre Erklärungen in der mündlichen Verhandlung abzugeben.

26 EDF stützte ihre Klage auf drei Klagegründe und zwei Hilfsklagegründe.

27 Das Gericht hat seine Prüfung auf den ersten Klagegrund und die ersten drei Teile des zweiten Klagegrundes beschränkt. Durch das angefochtene Urteil sind nämlich der erste Klagegrund sowie die ersten beiden Teile des zweiten Klagegrundes zurückgewiesen worden. Das Gericht hat dagegen den dritten Teil des zweiten Klagegrundes bestätigt und folglich die Art. 3 und 4 der streitigen Entscheidung für nichtig erklärt.

28 Mit diesem dritten Teil des zweiten Klagegrundes machte EDF geltend, dass die fraglichen Maßnahmen als Kapitalerhöhung einzustufen und im allgemeinen Kontext der Klärung der finanziellen Beziehungen zwischen dem französischen Staat und EDF zu untersuchen gewesen seien. Bei der Umsetzung dieser Maßnahmen habe sich der Staat wie ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber verhalten, was die Kommission durch Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers überprüfen hätte müssen.

29 Die Französische Republik trat dem Rechtsstreit zur Unterstützung der Anträge von EDF insbesondere zu diesem dritten Teil des Klagegrundes bei. Iberdrola trat dem Rechtsstreit zur Unterstützung der Anträge der Kommission bezüglich desselben Teils bei.

30 In den Randnrn. 233 bis 237 des angefochtenen Urteils hat das Gericht die Auffassung vertreten, dass für die Entscheidung der Frage, ob die Kommission die Intervention des französischen Staates zugunsten des Kapitals von EDF anhand des Kriteriums des privaten Kapitalgebers hätte prüfen müssen, festzustellen ist, ob diese Intervention angesichts ihrer Natur und ihres Gegenstands und unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Ziels eine Investition darstelle, die von einem privaten Kapitalgeber vorgenommen werden könne, und daher von diesem Staat als Wirtschaftsteilnehmer in gleicher Weise wie von einem privaten Kapitalgeber getätigt worden sei, oder ob es sich um eine Intervention des Staates als Träger öffentlicher Gewalt handele, so dass die Anwendung dieses Kriteriums ausgeschlossen sei. Insbesondere sei die betreffende Maßnahme nicht nur anhand ihrer Form zu prüfen, da der Erlass eines Gesetzes für sich genommen nicht ausreiche, um auszuschließen, dass die staatliche Intervention zugunsten des Kapitals eines Unternehmens einem wirtschaftlichen Ziel diene, das auch ein privater Kapitalgeber verfolgen könnte.

31 In den Randnrn. 240 bis 242 dieses Urteils hat das Gericht daran erinnert, dass die „Ansprüche des Konzessionsgebers“ in Höhe von 14,119 Mrd. FRF außerhalb der Ergebnisrechnung direkt unter dem Posten „Kapitalerhöhungen“ verbucht worden seien. Die Kommission habe die Auffassung vertreten, dass nur die unterbliebene Besteuerung dieser Ansprüche vor der Kapitalerhöhung eine staatliche Beihilfe darstelle, wobei sich alle Beteiligten einig gewesen seien, dass auf den Betrag von 14,119 Mrd. FRF vor seiner Verbuchung unter dem Posten „Kapitalerhöhung“ eine Steuer zu entrichten gewesen wäre.

32 In den Randnrn. 243 bis 245 dieses Urteils hat das Gericht die Auffassung vertreten, dass die betreffende Maßnahme, die der Umstrukturierung der Bilanz von EDF und der Erhöhung ihrer Eigenmittel gedient habe, keine Bestimmung steuerrechtlicher Natur sei, sondern dass es sich um eine Bilanzierungsvorschrift handele, die steuerliche Auswirkungen habe. Es hat jedoch festgestellt, dass die Kommission nur die steuerlichen Auswirkungen dieser Maßnahme geprüft und darauf hingewiesen habe, dass sie aufgrund der steuerrechtlichen Natur des von ihr festgestellten Vorteils nicht die vorgenommene Kapitalerhöhung oder das Kriterium des privaten Kapitalgebers berücksichtigen müssen, da der Erlass einer Steuerschuld, wie er hier vorliege, auf der Ausübung hoheitlicher Befugnisse des Staates beruhe.

33 In den Randnrn. 247 bis 250 dieses Urteils war das Gericht der Ansicht, dass die Kommission angesichts des mit der fraglichen Maßnahme verfolgten Ziels, das Kapital von EDF zu erhöhen, nicht allein aufgrund der steuerlichen Natur der betreffenden Forderung von der

Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers hätte absehen dürfen. Die Kommission hätte die wirtschaftlichen Überlegungen hinter der betreffenden Investition sowie die Frage prüfen müssen, ob ein privater Kapitalgeber in der gleichen Lage eine Investition vergleichbaren Umfangs vorgenommen hätte. Dazu sei die Kommission nämlich unabhängig von der Form, in der das Kapital vom Staat erhöht worden sei, verpflichtet.

34 In den Randnrn. 251 und 252 des angefochtenen Urteils hat das Gericht näher ausgeführt, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Form der betreffenden Investition Unterschiede bei den Kosten, die mit der Aufbringung des Kapitals verbunden seien, und der Kapitalrendite bewirke, so dass man zu dem Ergebnis gelangen könnte, dass ein privater Kapitalgeber eine solche Investition nicht getätigt hätte. Dies setze jedoch eine wirtschaftliche Prüfung im Rahmen der Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers voraus. Eine solche Prüfung sei gerechtfertigt gewesen, da zum einen eine Kapitalerhöhung durch Einbringung der Forderung eines privaten Aktionärs gegen das Unternehmen habe erfolgen können und zum anderen der hierbei erfolgte Rückgriff auf ein Gesetz als notwendige Folge des Umstands habe angesehen werden können, dass die Regeln über das Kapital von EDF selbst gesetzlich festgelegt gewesen seien.

35 Daher ist das Gericht in Randnr. 253 zum Ergebnis gekommen, dass die Kommission, da die streitige Maßnahme in ihrem Zusammenhang zu würdigen gewesen sei, sich nicht darauf habe beschränken dürfen, deren steuerliche Auswirkungen zu prüfen, sondern gleichzeitig die Begründetheit des Vorbringens hätte prüfen müssen, dass der Verzicht auf die Steuerforderung im Rahmen der Umstrukturierung der Bilanz und der Erhöhung des Kapitals von EDF das Kriterium des privaten Kapitalgebers erfüllen könne.

36 Anschließend hat das Gericht in den Randnrn. 254 bis 259 dieses Urteils das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht angewandt werden könne, weil der französische Staat in der vorliegenden Rechtssache seine hoheitlichen Befugnisse durch Rückgriff auf ein Gesetz ausgeübt habe, um auf eine Steuerforderung zu verzichten. Im vorliegenden Fall habe keine Verpflichtung des Staates als Träger öffentlicher Gewalt in Rede gestanden, und es sei nicht um die Beurteilung bestimmter Kosten gegangen, die dem Staat aufgrund seiner Verpflichtungen als Träger öffentlicher Gewalt oblägen.

37 In den Randnrn. 260 bis 263 dieses Urteils hat das Gericht das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen, das Kriterium des privaten Kapitalgebers könne nicht auf die Umwandlung einer Steuerforderung in Kapital angewandt werden, da einem privaten Kapitalgeber gegenüber einem Unternehmen niemals eine solche Steuerforderung, sondern nur eine private oder geschäftliche Forderung zustehen könne. Das Kriterium des privaten Kapitalgebers diene jedoch nach Ansicht des Gerichts gerade der Prüfung, ob trotz des Umstands, dass der Staat über Mittel verfüge, auf die ein privater Kapitalgeber nicht zurückgreifen könne, ein privater Kapitalgeber in der gleichen Lage eine vergleichbare Investitionsentscheidung getroffen hätte. Folglich seien die Natur der Forderung und somit der Umstand, dass einem privaten Kapitalgeber keine Steuerforderung zustehen könne, irrelevant.

38 In den Randnrn. 264 bis 277 des angefochtenen Urteils hat das Gericht das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen, ein privater Kapitalgeber hätte in einer vergleichbaren Lage die Steuer entrichten müssen, wodurch ihm höhere Kosten entstanden wären, da ein solcher Kapitalgeber für eine Einlage von 100 Euro in Wirklichkeit 141,66 Euro hätte aufbringen müssen.

39 Hierzu hat das Gericht erstens darauf hingewiesen, dass EDF und die Französische Republik geltend gemacht hätten und die Kommission selbst in Randnr. 51 der Entscheidung über die Einleitung des formellen Prüfungsverfahrens, die in Randnr. 16 des vorliegenden Urteils erwähnt wird, der Auffassung gewesen sei, dass nach französischem Steuerrecht die

Veränderung des Nettovermögens durch Kapitalerhöhung mittels Einbringung einer Forderung, die ein Aktionär gegen sein Unternehmen innehat, bei der Berechnung der Körperschaftsteuer nicht zu berücksichtigen sei und daher bei der Umwandlung der Forderung in Kapital keine Steuer auf den Forderungsbetrag anfalle.

40 Zweitens widerspreche die Argumentation der Kommission ihren Darlegungen zu dem von ihr in der angefochtenen Entscheidung festgestellten Vorteil, da sie zu einer Prüfung der Gesamtkosten führe, die einem privaten Kapitalgeber bei einer Investition von 14,119 Mrd. FRF entstünden, obwohl die Umbuchung der Ansprüche des Konzessionsgebers in Höhe dieses Betrags von der Kommission nicht als Beihilfe angesehen worden sei.

41 Drittens hat das Gericht das Vorbringen der Kommission nicht als schlüssig angesehen, da sie einräume, dass sie die zusätzliche Kapitaleinlage in Höhe von 5,88 Mrd. FRF – das Gericht gibt fälschlich den Betrag von 5,6 Mrd. FRF an – geprüft hätte, wenn EDF diesen Betrag als Steuer gezahlt hätte und der französische Staat ihr den gleichen Betrag zurückübertragen hätte, weil in diesem Fall – und nur in diesem Fall – die dem Staat entstandenen Kosten mit den Kosten, die einem privaten Kapitalgeber entstanden wären, vergleichbar gewesen wären. Nach Ansicht des Gerichts wären aber in diesem Fall für den Staat die gleichen Kosten angefallen, und EDF hätte den gleichen Betrag erhalten, den sie mittels der streitigen Maßnahme erhalten habe.

42 Viertens wären einem privaten Kapitalgeber – unterstellt, dass er tatsächlich Steuern hätte entrichten müssen – durch eine Kapitalerhöhung mittels Forderungseinbringung Kosten in Höhe von 5,88 Mrd. FRF entstanden, also exakt dieselben Kosten, wie sie im vorliegenden Fall dem französischen Staat entstanden seien. Außerdem ließe sich ein etwaiger Kostenunterschied nur durch Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers überprüfen.

43 Fünftens stünde, selbst wenn sich die Kosten einer Kapitalaufstockung in Höhe von 14,119 Mrd. FRF für den französischen Staat auf 0 FRF und für einen privaten Kapitalgeber auf 5,88 Mrd. FRF beliefen, dieser Kostenunterschied einer Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nicht entgegen.

44 In Randnr. 283 des angefochtenen Urteils hat das Gericht das Vorbringen der Kommission zurückgewiesen, dass die Anerkennung der Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers dazu führen könne, dass jede Form von Steuerbefreiung, die die Mitgliedstaaten vornähmen, gültig sei. Hierzu hat das Gericht zum einen festgestellt, dass es sich im vorliegenden Fall nicht nur um eine Steuerbefreiung zugunsten eines Unternehmens handle, sondern um den Verzicht auf eine Steuerforderung im Rahmen einer Erhöhung des Kapitals eines Unternehmens, dessen einziger Aktionär der Staat gewesen sei, und zum anderen, dass das Ergebnis der Anwendung des Kriteriums nicht vorweggenommen werden dürfe, da dieses sonst völlig sinnlos wäre.

Verfahren vor dem Gerichtshof

45 Mit Schriftsatz, der am 29. Juli 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen ist, hat die EFTA-Überwachungsbehörde ihre Zulassung als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Kommission beantragt.

46 Mit Beschluss vom 2. September 2010 hat der Präsident des Gerichtshofs diese Streithilfe zugelassen.

Anträge der Parteien

47 Die Kommission beantragt,

- das angefochtene Urteil, mit dem das Gericht die Art. 3 und 4 der streitigen Entscheidung für nichtig erklärt und der Kommission ihre eigenen Kosten sowie die Kosten von EDF auferlegt hat, aufzuheben;
- den dritten Teil des zweiten von EDF im ersten Rechtszug vorgebrachten Klagegrundes zurückzuweisen;
- die Sache zur erneuten Prüfung an das Gericht zurückzuverweisen;
- die Kostenentscheidung vorzubehalten.

48 Die EFTA-Überwachungsbehörde beantragt,

- dem Rechtsmittel stattzugeben und das angefochtene Urteil aufzuheben und
- die Sache an das Gericht zurückzuverweisen.

49 Iberdrola beantragt,

- dem Rechtsmittel stattzugeben und das angefochtene Urteil aufzuheben;
- den dritten Teil des zweiten von EDF im ersten Rechtszug vorgebrachten Klagegrundes zurückzuweisen;
- die Sache an das Gericht zurückzuverweisen und
- EDF die Kosten des Verfahrens einschließlich der von Iberdrola aufzuerlegen.

50 EDF und die Französische Republik beantragen,

- das Rechtsmittel zurückzuweisen und
- der Kommission die Kosten aufzuerlegen.

Zum Rechtsmittel

51 Die Kommission stützt ihr Rechtsmittel auf zwei Gründe: erstens eine Verfälschung der Tatsachen und zweitens einen Rechtsfehler bei der Auslegung von Art. 87 EG, insbesondere bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs und des Inhalts des Kriteriums des umsichtigen marktwirtschaftlich handelnden privaten Kapitalgebers.

52 Zu prüfen ist zunächst der zweite Rechtsmittelgrund.

Zum zweiten Rechtsmittelgrund: Rechtsfehler bei der Auslegung von Art. 87 EG

53 Das zweite Rechtsmittel besteht aus vier Teilen, die gemeinsam zu prüfen sind.

Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

54 Mit dem ersten Teil des zweiten Rechtsmittels macht die Kommission geltend, das Gericht habe sich rechtsfehlerhaft auf das vom französischen Staat verfolgte Ziel gestützt, um festzustellen, ob er als Anteilseigner oder als Träger öffentlicher Gewalt gehandelt habe. Art. 87 Abs. 1 EG sehe eine Unterscheidung nach den Zielen staatlicher Interventionen nicht vor.

55 Nach Ansicht der Kommission lässt sich anhand des Kriteriums der Absicht des betreffenden Mitgliedstaats keine Unterscheidung treffen zwischen den Interventionen des Staates als Anteilseigner und jenen, die der Staat in Ausübung seiner hoheitlichen Gewalt vornimmt. Dieses Kriterium sei subjektiv und eigne sich für Manipulationen.

56 Mit dem zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission erstens geltend, das Gericht habe nicht geprüft, ob das tatsächliche Verhalten des französischen Staates mit dem eines privaten Kapitalgebers vergleichbar sei, da es nicht das vom Gesetz Nr. 97-1026 vorgesehene „Kurzschema“, sondern das „Langschema“ untersucht habe, wonach zunächst beim Posten „Kapitalerhöhung“ ein Nettobetrag nach Abzug der Steuer verbucht werde, dann EDF eine Steuer in Höhe der Veränderung des Nettovermögens auferlegt werde und schließlich eine zusätzliche Kapitalerhöhung in Höhe der entrichteten Steuer vorgenommen werde.

57 Nach Ansicht der Kommission ist es nicht gleichgültig, für welches der beiden Verfahren man sich entscheide, da beim „Langschema“ der Staatshaushalt Transparenz gewährleiste, während beim hier angewandten „Kurzschema“ die eingesetzten Mittel nicht der Haushaltsdisziplin unterlägen. Somit sei der Grundsatz der steuerlichen Gleichbehandlung missachtet worden und EDF habe eine Sonderbehandlung bar jeder Transparenz genossen.

58 Zweitens wirft die Kommission dem Gericht vor, dass es die Notwendigkeit außer Acht gelassen habe, einen privaten Referenzkapitalgeber zu bestimmen, da nach der Rechtsprechung eine reale marktwirtschaftliche Vergleichsgröße festzulegen sei. Der Gerichtshof habe nämlich vom Anwendungsbereich des Kriteriums des privaten Kapitalgebers die Fälle ausgeschlossen, in denen es keinen realen Wirtschaftsbeteiligten gebe, mit dem das Verhalten des Staates verglichen werden könnte.

59 Drittens meint die Kommission, ein privater Kapitalgeber hätte sich nicht wie der französische Staat verhalten können, da er die Körperschaftsteuer hätte zahlen müssen und sie nicht in Kapital hätte umwandeln können. Nur der Staat in Ausübung seiner Steuerhoheit habe noch über den betreffenden Betrag verfügen können. Das Kriterium des privaten Kapitalgebers diene aber der Prüfung, ob eine private Investition unter ähnlichen Bedingungen hätte getätigt werden können.

60 Viertens vertritt die Kommission den Standpunkt, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers, so wie es vom Gericht aufgefasst werde, darauf abziele, jedes Verhalten des Staates allein unter dem Gesichtspunkt der Rentabilität zu prüfen, was den öffentlichen Unternehmen ermögliche, aus der Eigenschaft ihres Eigentümers Vorteile zu ziehen.

61 Im dritten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes bringt die Kommission vor, die Würdigung des Gerichts verletze aufgrund der alleinigen Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts der Rentabilität und der Möglichkeit des Staates, von seinen hoheitlichen Befugnissen Gebrauch zu machen, den Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen, rufe Wettbewerbsverzerrungen hervor, die mit den Art. 295 EG und 87 EG unvereinbar seien, und laufe dem mit dem Kriterium des privaten Kapitalgebers verfolgten Ziel zuwider. Dieses Kriterium werde nämlich zu einem Mittel, die Qualifizierung als Beihilfe im Fall von Maßnahmen auszuschließen, die ein privater Kapitalgeber nicht treffen könnte.

62 Mit dem vierten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes macht die Kommission erstens geltend, das Gericht habe die Regeln der Beweislastverteilung missachtet. Wenn alle anderen erforderlichen Voraussetzungen für die Feststellung des Vorliegens einer staatlichen Beihilfe erfüllt seien, obliege es dem Mitgliedstaat, der die Einrede des Kriteriums des privaten Kapitalgebers erhebe, den Beweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen, die für diese Ausnahme vorliegen müssten, erfüllt seien.

63 Es stehe außer Streit, dass die französischen Behörden im Laufe des Verwaltungsverfahrens nur Rentabilitätsaussichten geltend gemacht hätten, ohne ihre Behauptungen mit Angaben zu untermauern. Außerdem lasse sich den Akten nichts entnehmen, was darauf hindeute, dass der französische Staat die mögliche Rentabilität der streitigen Steuerbefreiung im Auge gehabt hätte. Vor diesem Hintergrund ist die Kommission der Auffassung, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, eine Prüfung der fraglichen Steuerbefreiung im Licht dieses Kriteriums vorzunehmen.

64 Zweitens weist die Kommission darauf hin, dass die Rechtmäßigkeit einer Entscheidung im Bereich staatlicher Beihilfen anhand der Informationen zu beurteilen sei, über die sie zum Zeitpunkt des Erlasses dieser Entscheidung habe verfügen können. Aus dem Vorstehenden ergebe sich, dass sie zu diesem Zeitpunkt über keinerlei Information verfügt habe, die für die Erheblichkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers hätte sprechen können.

65 Iberdrola übernimmt das Vorbringen der Kommission und fügt zum ersten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes hinzu, das Gericht habe dadurch, dass es dem vom Staat verfolgten Ziel eine zentrale Rolle zuerkannt habe, den bestehenden Unterschied zwischen dem Staat als Anteilseigner und dem Staat als Träger öffentlicher Gewalt außer Acht gelassen. Somit trete die bestehende Ungleichheit zwischen den Mitteln eines privaten Wirtschaftsteilnehmers und denen des Staates hinter der möglichen Nähe der verfolgten Ziele zurück.

66 Iberdrola erläutert, kein privater Wirtschaftsteilnehmer habe die Macht, die Voraussetzungen einer Besteuerung festzulegen; zu einer wirtschaftlichen Tätigkeit, die darin bestehe, Waren oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten, gehöre nicht die Ausübung der Steuerhoheit. Außerdem führe, wenn dem Staat verboten werde, von seiner Steuerhoheit zugunsten öffentlicher Unternehmen Gebrauch zu machen, dies zu keiner Diskriminierung, da der Staat stets Kapital zuführen könne.

67 Zum zweiten Teil des zweiten Rechtsmittels führt Iberdrola aus, dass es nicht sicher sei, ob das Kapital von EDF um den streitigen Betrag erhöht worden wäre, wenn der französische Staat die Steuer erhoben und seinem Haushalt zugeführt hätte, da für die Durchführung der Entscheidung über eine solche Kapitalerhöhung andere Verfahren, Kontrollen und Beschlüsse erforderlich gewesen wären als für die betreffende Steuerbefreiung.

68 Zum dritten Teil des zweiten Rechtsmittels bringt Iberdrola vor, dass die übliche Trennung zwischen den Tätigkeiten als Anteilseigner und jenen, die mit den hoheitlichen Befugnissen des Staates zusammenhingen, darauf abziele, einem Interessenskonflikt vorzubeugen und die Chancengleichheit zwischen den Wirtschaftsteilnehmern zu wahren. Der Ansatz des Gerichts gestatte aber den Mitgliedstaaten, von ihren Befugnissen Gebrauch zu machen, um öffentliche Unternehmen von bestimmten Verpflichtungen zu befreien, die private Wirtschaftsteilnehmer träfen.

69 Die EFTA-Überwachungsbehörde übernimmt das Vorbringen der Kommission und von Iberdrola. Hinsichtlich des ersten Teils des zweiten Rechtsmittelgrundes ist sie der Auffassung, dass die Absichten des Staates, auch wenn sie mit Sicherheit festgestellt werden könnten, nicht

berücksichtigt werden sollten. Es sei auf der Grundlage von objektiven und überprüfbareren Kriterien zu bestimmen, ob der Staat als Träger öffentlicher Gewalt oder als privater Kapitalgeber gehandelt habe.

70 Der Staat erhebe Steuern im Rahmen der Ausübung öffentlicher Gewalt, so dass der Erlass von Steuerschulden im selben Rahmen erfolge. Ein Verhalten wie das des Staates könne aber nicht mit dem eines privaten Kapitalgebers verglichen werden.

71 Zum zweiten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes weist die EFTA-Überwachungsbehörde darauf hin, dass die Schuld von EDF gegenüber dem französischen Staat keine geschäftliche oder vertragliche, sondern eine steuerliche sei. Nach Ansicht der Behörde hätte das Gericht, anstatt ein fiktives subjektives Verhalten des französischen Staates mit dem eines hypothetischen privaten Kapitalgebers zu vergleichen, das tatsächliche Verhalten dieses Staates mit dem eines auf dem Markt existierenden Kapitalgebers und nicht mit dem eines Gläubigers vergleichen sollen.

72 Die Finanzkrise habe gezeigt, dass in solchen Fällen ein eindeutiges und leicht handhabbares Kriterium angewandt werden müsse, das sich auf objektive, gerichtlich nachprüfbarere Umstände gründe. Der Ansatz des Gerichts werde diesem Anspruch nicht gerecht.

73 Was den vierten Teil des zweiten Rechtsmittelgrundes anlangt, so weist die EFTA-Überwachungsbehörde darauf hin, dass die vom Gericht auferlegte Beweislastumkehr die Organe, die mit der Beihilfenkontrolle betraut seien, in eine schwierige Situation bringe, da sie nicht in der Lage seien, ihre Entscheidungen im Licht der ihnen zur Verfügung stehenden Informationen zu erlassen. Die Kommission könne das Kriterium des privaten Kapitalgebers nicht von sich aus anwenden.

74 EDF und die Französische Republik beantragen, den zweiten Rechtsmittelgrund zurückzuweisen. Insbesondere habe das Gericht zu Recht entschieden, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers hier anwendbar sei und dass die Kommission dadurch, dass sie dieses Kriterium von vorneherein zurückgewiesen habe, die ihr obliegenden Verfahrenspflichten verletzt habe.

Würdigung durch den Gerichtshof

75 Die Kommission, die EFTA-Überwachungsbehörde und Iberdrola werfen dem Gericht im Wesentlichen vor, bei der Prüfung der Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers erstens das vom französischen Staat mit dem Erlass der streitigen Maßnahme verfolgte Ziel berücksichtigt zu haben, zweitens die Rolle des Staates als Anteilseigner und die des Staates in Ausübung seiner Steuerhoheit verwechselt zu haben, drittens gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen und viertens gegen die Regeln über die Beweislastverteilung verstoßen zu haben.

76 Aus der Rechtsprechung folgt, dass bei einer aus Staatsmitteln finanzierten Maßnahme, die das begünstigte Unternehmen in eine günstigere finanzielle Lage als seine Mitbewerber versetzt und daher gleichzeitig den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt, nicht von vorneherein aufgrund der von diesem Staat verfolgten Ziele ausgeschlossen werden kann, dass diese Maßnahme als „Beihilfe“ im Sinne von Art. 87 EG einzustufen ist (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Mai 1999, Italien/Kommission, C-6/97, Slg. 1999, I-2981, Randnr. 15, vom 19. September 2000, Deutschland/Kommission, C-156/98, Slg. 2000, I-6857, Randnr. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 9. Juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere“ u. a./Kommission, C-71/09 P, C-73/09 P und C-76/09 P, Slg. 2011, I-4727, Randnr. 94 und die dort angeführte Rechtsprechung).

77 Art. 87 Abs. 1 EG unterscheidet nämlich nicht nach den Gründen oder Zielen der staatlichen Maßnahmen, sondern bestimmt diese nach ihren Wirkungen (Urteil Comitato „Venezia vuole vivere“ u. a./Kommission, Randnr. 94 und die dort angeführte Rechtsprechung).

78 Nach ständiger Rechtsprechung werden jedoch die Voraussetzungen, die eine Maßnahme erfüllen muss, um unter den Begriff „Beihilfe“ im Sinne von Art. 87 EG zu fallen, nicht erfüllt, wenn das begünstigte öffentliche Unternehmen denselben Vorteil, der ihm aus Staatsmitteln gewährt wurde, unter Umständen, die normalen Marktbedingungen entsprechen, hätte erhalten können, wobei diese Beurteilung bei öffentlichen Unternehmen grundsätzlich unter Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers erfolgt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 21. März 1991, Italien/Kommission, C-303/88, Slg. 1991, I-1433, Randnr. 20, und vom 16. Mai 2002, Frankreich/Kommission, C-482/99, Slg. 2002, I-4397, Randnrn. 68 bis 70, sowie Comitato „Venezia vuole vivere“ u. a./Kommission, Randnr. 91 und die dort angeführte Rechtsprechung).

79 Insbesondere geht aus der Rechtsprechung hervor, dass zur Beurteilung der Frage, ob dieselbe Maßnahme unter normalen Marktbedingungen von einem privaten Kapitalgeber, der sich in einer möglichst ähnlichen Lage befindet wie der Staat, getroffen worden wäre, nur die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen sind, die mit der Eigenschaft des Staates als Anteilseigner zusammenhängen, nicht aber jene, die sich an seine Eigenschaft als Träger von öffentlicher Gewalt knüpfen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 10. Juli 1986, Belgien/Kommission, 234/84, Slg. 1986, 2263, Randnr. 14, und Belgien/Kommission, 40/85, Slg. 1986, 2321, Randnr. 13, vom 14. September 1994, Spanien/Kommission C-278/92 bis C-280/92, Slg. 1994, I-4103, Randnr. 22, und vom 28. Januar 2003, Deutschland/Kommission, C-334/99, Slg. 2003, I-1139, Randnr. 134).

80 Daher sind die Rollen des Staates als Anteilseigner eines Unternehmens auf der einen Seite und als Träger öffentlicher Gewalt auf der anderen Seite zu unterscheiden, wie die Kommission, die EFTA-Überwachungsbehörde und Iberdrola zu Recht ausführen und wie das Gericht in den Randnrn. 223 bis 228 des angefochtenen Urteils festgestellt hat.

81 Folglich hängt die Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers letztlich davon ab, ob der betroffene Mitgliedstaat einem ihm gehörenden Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil in seiner Eigenschaft als Anteilseigner und nicht in seiner Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt gewährt.

82 Daher muss ein Mitgliedstaat, wenn er sich im Verwaltungsverfahren auf dieses Kriterium beruft, im Zweifelsfall eindeutig und anhand objektiver und nachprüfbarer Nachweise belegen, dass er die durchgeführte Maßnahme in seiner Eigenschaft als Anteilseigner getroffen hat.

83 Aus diesen Nachweisen muss klar hervorgehen, dass der betroffene Mitgliedstaat vor oder gleichzeitig mit der Gewährung des wirtschaftlichen Vorteils (vgl. in diesem Sinne Urteil Frankreich/Kommission, Randnrn. 71 und 72) die Entscheidung getroffen hat, mit der tatsächlich durchgeführten Maßnahme Kapital in das von ihm kontrollierte öffentliche Unternehmen zu investieren.

84 Insoweit können insbesondere Nachweise erforderlich sein, die zeigen, dass diese Entscheidung auf wirtschaftlichen Bewertungen beruht, die mit jenen vergleichbar sind, die ein rationaler privater Kapitalgeber in einer möglichst ähnlichen Lage wie dieser Mitgliedstaat vor dieser Kapitalanlage hätte erstellen lassen, um die künftige Rentabilität einer solchen Kapitalanlage zu bestimmen.

85 Wirtschaftliche Bewertungen, die nach Gewährung dieses Vorteils erstellt werden, die rückblickende Feststellung der tatsächlichen Rentabilität der vom betroffenen Mitgliedstaat

getätigten Kapitalanlage oder spätere Rechtfertigungen der tatsächlich gewählten Vorgehensweise reichen demgegenüber nicht für den Nachweis aus, dass dieser Mitgliedstaat vor oder gleichzeitig mit dieser Gewährung eine solche Entscheidung in seiner Eigenschaft als Anteilseigner getroffen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Frankreich/Kommission, Randnrn. 71 und 72).

86 Wenn der betroffene Mitgliedstaat der Kommission die erforderlichen Nachweise vorgelegt hat, hat diese eine Gesamtwürdigung vorzunehmen und dabei neben den vom betroffenen Mitgliedstaat vorgelegten Nachweisen auch jeden anderen im betreffenden Fall erheblichen Anhaltspunkt zu berücksichtigen, der es ihr ermöglicht, festzustellen, ob dieser Mitgliedstaat die in Rede stehende Maßnahme in seiner Eigenschaft als Anteilseigner oder in der als Träger öffentlicher Gewalt getroffen hat. Wie das Gericht in Randnr. 229 des angefochtenen Urteils entschieden hat, können hierbei insbesondere die Natur und der Gegenstand dieser Maßnahme, der Kontext, in den sie eingebettet ist, sowie das verfolgte Ziel und die Regeln, denen diese Maßnahme unterworfen ist, von Bedeutung sein.

87 Folglich hat das Gericht unter den vorliegenden Umständen zu Recht entschieden, dass das vom französischen Staat verfolgte Ziel im Rahmen der erforderlichen Gesamtwürdigung berücksichtigt werden konnte, um festzustellen, ob dieser Staat tatsächlich in seiner Eigenschaft als Anteilseigner gehandelt hat und somit das Kriterium des privaten Kapitalgebers im vorliegenden Fall anwendbar ist.

88 Hinsichtlich der Frage, ob die Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers im vorliegenden Fall allein aufgrund der steuerrechtlichen Natur der vom französischen Staat eingesetzten Mittel ausgeschlossen werden konnte, ist daran zu erinnern, dass Art. 87 Abs. 1 EG vorsieht, dass aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die aufgrund ihrer Wirkungen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 19. September 2000, Deutschland/Kommission, Randnr. 25 und die dort angeführte Rechtsprechung).

89 Außerdem ist in Randnr. 78 des vorliegenden Urteils darauf hingewiesen worden, dass die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers dazu dient, festzustellen, ob der einem öffentlichen Unternehmen aus staatlichen Mitteln – in welcher Form auch immer – gewährte wirtschaftliche Vorteil aufgrund seiner Wirkungen den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.

90 Somit sollen diese Bestimmung und dieses Kriterium verhindern, dass sich das begünstigte öffentliche Unternehmen durch staatliche Mittel in einer günstigeren finanziellen Lage befindet als seine Mitbewerber (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 15. März 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Slg. 1992, I-877, Randnr. 14, und vom 19. Mai 1999, Italien/Kommission, Randnr. 16).

91 Die finanzielle Lage des begünstigten öffentlichen Unternehmens hängt aber nicht von der Form der Gewährung dieses Vorteils, ganz gleich, welcher Art sie sein mag, ab, sondern vom Betrag, der ihm letztlich zufließt. Das Gericht hat somit rechtsfehlerfrei seine Prüfung der Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers auf die Verbesserung der finanziellen Lage von EDF im Hinblick auf die Öffnung des Elektrizitätsmarktes für den Wettbewerb und auf die Auswirkungen der betreffenden Maßnahme auf den Wettbewerb und nicht auf die steuerliche Natur der vom französischen Staat eingesetzten Mittel konzentriert.

92 Aufgrund all dessen ergibt sich somit, dass im Hinblick auf die mit Art. 87 Abs. 1 EG sowie mit dem Kriterium des privaten Kapitalgebers verfolgten Ziele ein wirtschaftlicher Vorteil, selbst wenn er aus Mitteln steuerlicher Natur gewährt wird, namentlich anhand des Kriteriums des

privaten Kapitalgebers zu beurteilen ist, wenn sich am Ende der gegebenenfalls erforderlichen Gesamtwürdigung zeigt, dass der betroffene Mitgliedstaat diesen Vorteil trotz des Einsatzes von Mitteln, die unter die öffentliche Gewalt fallen, in seiner Eigenschaft als Anteilseigner des ihm gehörenden Unternehmens gewährt hat.

93 Folglich ist die vom Gericht in Randnr. 250 des angefochtenen Urteils getroffene Feststellung rechtsfehlerfrei, dass die Verpflichtung der Kommission zur Prüfung der Frage, ob die Kapitaleinlage des Staates unter Umständen erfolgte, die den normalen Marktbedingungen entsprechen, unabhängig von der Form besteht, in der die Kapitaleinlage des Staates erbracht wird.

94 Was das Vorbringen der Kommission, der EFTA-Überwachungsbehörde und von Iberdrola betrifft, wonach ein privater Kapitalgeber eine Kapitalanlage, wie sie der französische Staat getätigt habe, unter vergleichbaren Umständen nicht hätte tätigen können, da er die Steuer hätte zahlen müssen und nur dieser Staat aufgrund seiner Steuerhoheit noch über diese Steuer entsprechenden Beträge verfügen können, so ist zum einen darauf hinzuweisen, dass das private Unternehmen, das sich in der Lage von EDF befindet, und nicht sein Anteilseigner diese aus dem betreffenden Buchungsvorgang folgende Steuer hätte zahlen müssen.

95 Im vorliegenden Fall hätte also durch Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers festgestellt werden können, ob ein privater Anteilseigner unter ähnlichen Umständen dem Kapital eines Unternehmens, das sich in einer vergleichbaren Lage wie EDF befindet, einen Betrag in Höhe der geschuldeten Steuer zugeführt hätte.

96 Zum anderen, wie das Gericht in den Randnrn. 275 und 276 des angefochtenen Urteils ausgeführt hat, würde ein etwaiger Unterschied zwischen den von einem privatem Kapitalgeber getragenen Kosten und jenen, die dem Kapital gebenden Staat entstehen, einer Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nicht entgegenstehen. Mit diesem Kriterium kann nämlich u. a. genau das Vorliegen eines solchen Unterschieds festgestellt und bei der Beurteilung der Frage, ob die von diesem Kriterium aufgestellten Bedingungen erfüllt sind, berücksichtigt werden.

97 Entgegen dem Vorbringen der Kommission, der EFTA-Überwachungsbehörde und der Iberdrola missachtet daher die Würdigung des Gerichts nicht den Grundsatz der Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen, ruft keine Wettbewerbsverzerrungen hervor und läuft dem mit dem Kriterium des privaten Kapitalgebers verfolgten Ziel nicht zuwider.

98 Somit hat das Gericht keinen Rechtsfehler begangen, als es festgestellt hat, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers sogar dann anwendbar sein kann, wenn Mittel steuerlicher Natur eingesetzt wurden.

99 Dem ist hinzuzufügen, dass das Gericht mit dem angefochtenen Urteil weder die Anwendbarkeit dieses Kriteriums auf den vorliegenden Fall noch, wie in Randnr. 283 dieses Urteils ausgeführt, das Ergebnis der etwaigen Anwendung dieses Kriteriums vorweggenommen hat.

100 Insbesondere hat das Gericht dadurch, dass es sich auf die Prüfung beschränkt hat, ob die Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers allein aufgrund der steuerrechtlichen Natur der vom französischen Staat eingesetzten Mittel ausgeschlossen werden kann, in keiner Weise eine Würdigung vorgenommen, die den Mitgliedstaaten im Ergebnis erlaubte, bei der Anwendung dieses Kriteriums die Vorteile und Verpflichtungen zu berücksichtigen, die mit ihrer Eigenschaft als Träger öffentlicher Gewalt oder subjektiven und manipulierbaren Umständen zusammenhängen.

101 Zur Frage, ob es im vorliegenden Fall notwendig war, einen Referenzkapitalgeber zu bestimmen, ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung, auf die sich die Kommission, die EFTA-Überwachungsbehörde und Iberdrola hierbei stützen, auf das völlige Fehlen von Vergleichsmöglichkeiten zwischen der Lage eines öffentlichen Unternehmens und jener eines privaten Unternehmens, das keine Monopolstellung hat, abstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 3. Juli 2003, Chronopost u. a./Ufex u. a., C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P, Slg. 2003, I-6993, Randnr. 38).

102 Die Kommission, die EFTA-Überwachungsbehörde und Iberdrola machen aber nicht geltend, dass es unmöglich sei, die Lage von EDF mit der eines privaten Unternehmens, das in denselben Bereichen wie EDF tätig ist, zu vergleichen. Überdies geht aus eben dieser Rechtsprechung hervor, dass für einen solchen Vergleich eine Beurteilung unter Bezugnahme auf die verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Umstände vorzunehmen ist.

103 Zudem stellt das Kriterium des privaten Kapitalgebers entgegen dem Vorbringen der Kommission und der EFTA-Überwachungsbehörde keine Ausnahme dar, die nur zur Anwendung kommt, wenn sich ein Mitgliedstaat auf sie beruft und die in Art. 87 Abs. 1 EG enthaltenen Merkmale des Begriffs der mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbaren staatlichen Beihilfe vorliegen. Es ergibt sich nämlich aus Randnr. 78 des vorliegenden Urteils, dass dieses Kriterium, sofern anwendbar, zu den Merkmalen gehört, die von der Kommission zu berücksichtigen sind, um das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe festzustellen.

104 Wenn sich daher erkennen lässt, dass das Kriterium des privaten Kapitalgebers anwendbar sein könnte, hat die Kommission den betroffenen Mitgliedstaat um alle einschlägigen Informationen zu ersuchen, um überprüfen zu können, ob die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit und Anwendung dieses Kriteriums erfüllt sind. Sie kann sich nur dann weigern, solche Informationen zu prüfen, wenn die vorgelegten Beweise aus der Zeit nach Erlass der Entscheidung über die Vornahme der betreffenden Kapitalanlage stammen.

105 In den Randnrn. 83 bis 85 des vorliegenden Urteils ist nämlich bereits festgestellt worden, dass für die Anwendung des Kriteriums des privaten Kapitalgebers nur die im Zeitpunkt der Entscheidung über die Vornahme der Kapitalanlage verfügbaren Informationen und vorhersehbaren Entwicklungen relevant sind. Dies gilt insbesondere, wenn die Kommission wie im vorliegenden Fall das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage prüft, die ihr nicht mitgeteilt und vom betreffenden Mitgliedstaat bereits getätigt worden war, als sie ihre Prüfung durchführte.

106 Nach alledem ist der zweite Rechtsmittelgrund zurückzuweisen.

Zum ersten Rechtsmittelgrund: Verfälschung der Tatsachen

107 Die Kommission ist im Wesentlichen der Auffassung, das Gericht habe Beweise verfälscht, indem es davon ausgegangen sei, dass die Französische Republik mit der streitigen Maßnahme eine Steuerforderung in Kapital umgewandelt habe. Nach Ansicht der Kommission hat die

Französische Republik nämlich EDF durch diese Maßnahme eine Befreiung von der Körperschaftsteuer gewährt. Die Kommission macht geltend, das Kriterium des privaten Kapitalgebers sei im Fall einer Steuerbefreiung nicht relevant.

108 Wie im Rahmen der Beurteilung des zweiten Rechtsmittelgrundes festgestellt worden ist, ist jedoch, wenn ein Mitgliedstaat einem ihm gehörenden Unternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, die steuerliche Natur der für die Gewährung dieses Vorteils gewählten Vorgehensweise nicht geeignet, die Anwendbarkeit des Kriteriums des privaten Kapitalgebers von vorneherein auszuschließen. Dies gilt umso mehr, wenn die einzelne vom betroffenen Mitgliedstaat gewählte Vorgehensweise für die Beurteilung der Anwendbarkeit dieses Kriteriums irrelevant ist.

109 Unter diesen Umständen wäre die vermeintliche Verfälschung des Sachverhalts durch das Gericht, angenommen, sie wäre erwiesen, jedenfalls nicht geeignet, die Begründetheit des angefochtenen Urteils in Frage zu stellen. Daraus folgt, dass der erste Rechtsmittelgrund als unbegründet zurückzuweisen ist.

110 Nach alledem ist das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Kosten

111 Nach Art. 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofs, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, ist die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten zu verurteilen. Da EDF die Verurteilung der Kommission beantragt hat und diese mit ihrem Vorbringen unterlegen ist, ist sie zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

112 Nach Art. 69 § 4 Abs. 1 der Verfahrensordnung, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, trägt die Französische Republik ihre eigenen Kosten.

113 Nach Art. 69 § 4 Abs. 2 der Verfahrensordnung, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, trägt die EFTA-Überwachungsbehörde ihre eigenen Kosten.

114 Nach Art. 69 § 4 Abs. 3 der Verfahrensordnung, der gemäß Art. 118 der Verfahrensordnung auf das Rechtsmittelverfahren entsprechende Anwendung findet, kann der Gerichtshof entscheiden, dass ein Streithelfer seine eigenen Kosten trägt. Diese Bestimmung ist hinsichtlich Iberdrola anzuwenden.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt und entschieden:

- 1. Das Rechtsmittel wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Europäische Kommission trägt die Kosten.**
- 3. Die EFTA-Überwachungsbehörde, die Französische Republik und die Iberdrola SA tragen ihre eigenen Kosten.**

Unterschriften

* Verfahrenssprache: Französisch.