

**Downloaded via the EU tax law app / web**

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 5 juni 2012 (\*)

”Överklagande – Statligt stöd – Avstående av en skattefordran – Befrielse från bolagsskatt – Höjning av aktiekapitalet – Statens agerande som en försiktig privat investerare i en marknadsekonomi – Kriterier som gör det möjligt att skilja på den situationen då staten agerar som aktieägare och den situationen då staten ägnar sig åt myndighetsutövning – Definition av en privat investerare som ska ligga till grund för jämförelsen – Principen om likabehandling – Bevisbörda”

I mål C-124/10 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 26 februari 2010,

**Europeiska kommissionen**, företrädd av E. Gippini Fournier, B. Stromsky och D. Grespan, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

klagande,

med stöd av

**EFTA:s övervakningsmyndighet**, företrädd av X. Lewis och B. Alterskjær, båda i egenskap av ombud,

intervenient i överklagandet,

i vilket de andra parterna är:

**Électricité de France (EDF)**, Paris (Frankrike), företrädd av M. Debroux, avocat,

sökande i första instans,

**Republiken Frankrike**, företrädd av G. de Bergues och J. Gstalter, båda i egenskap av ombud,

**Iberdrola SA**, Bilbao (Spanien), företrädd av J. Ruiz Calzado och É. Barbier de La Serre, avocats,

intervenienter i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot och M. Safjan samt domarna K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (referent), D. Šváby och M. Berger,

generaladvokat: J. Mazák,

justitiesekreterare: handläggaren R. ?ere?,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 12 juli 2011,

och efter att den 20 oktober 2011 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

## Dom

1 Europeiska kommissionen har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 15 december 2009 i mål T-156/04, EDF mot kommissionen (REU 2009, s. II-4503) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogiltigförklarade tribunalen artiklarna 3 och 4 i kommissionens beslut 2005/145/EG av den 16 december 2003 om det statliga stöd som Frankrike genomfört till förmån för EDF samt el- och gasindustrin (EUT L 49, 2005, s. 9) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

### Tillämpliga bestämmelser

2 I artikel 38.2 i den allmänna skattelagen (Code général des impôts) anges följande:

”Nettoöverskott är skillnaden mellan värdet av nettotillgångarna vid slutet och i början av den period för vilken överskottet utgör den beskattningsbara inkomsten, med avdrag för ytterligare tillskott och med tillägg för innehavarens eller bolagsmännens uttag under denna period. Med nettotillgångar menas det belopp med vilket tillgångarna överstiger den del av de sammanlagda skulder som utgörs av skulder till tredje man, avskrivningar och styrkta reserver.”

3 I artikel 4.I och 4.II i lag nr 97-1026 av den 10 november 1997 om brådskande åtgärder av skattetekniskt och finansiellt slag (loi n° 97-1026, du 10 novembre 1997, portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier) (JORF av den 11 november 1997, s. 16387), anges följande:

I. Anläggningarna i högspänningsnätet anses utgöra Électricité de Frances [(nedan kallat EDF)] egendom efter det att bolaget har beviljats koncession för detta elkraftnät.

II. För tillämpning av bestämmelserna i [punkt] I ska motvärdet på skuldsidan i [EDF:s] balansräkning den 1 januari 1997 för tillgångar i högspänningsnätet som omfattas av koncessionsavtalet tas upp i posten ’Kapitaltillskott’, efter justering för skillnader i motsvarande omvärderingar.”

### Bakgrund till tvisten

#### *Målets allmänna bakgrund*

4 EDF producerar, överför och distribuerar el, huvudsakligen inom Frankrike. Bolaget bildades genom lag nr 46-628 av den 8 april 1946 om förstatligande av el- och gassektorn (loi n° 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l’électricité et du gaz) (JORF av den 9 april 1946, s. 2651). När kommissionen år 2002 fattade sitt beslut att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG, ägdes samtliga aktier av franska staten.

5 I artikel 36 i lag nr 46-628 fastställdes att de förstatligade koncessionerna för el skulle överlåtas till EDF. De olika statligt beviljade koncessionerna för överföring av el slogs år 1958 samman till en enda koncession, det så kallade ”allmänna elkraftnätet” (*réseau d’alimentation général en énergie électrique* – RAG) (nedan kallat högspänningsnätet).

6 Tillämpningen på EDF av 1982 års allmänna kontoplan, som innehöll särskilda redovisningsregler för koncessioner, innebar från och med år 1987 att hänsyn skulle tas till de särskilda begränsningar som finns för koncessionshavarna, eftersom de har en skyldighet att

återlämna de anläggningstillgångar som omfattas av koncessionen i fullgott skick när koncessionsavtalet löper ut, i enlighet med ”principen om långsiktig hållbarhet hos allmännyttiga tjänster”.

7 Med tillämpning av 1982 års allmänna kontoplan upprättades en egen kontoplan för EDF. Denna godkändes därefter genom den interministeriella förordningen av den 21 december 1986 (JORF av den 30 december 1986, s. 15794).

8 I EDF:s särskilda kontoplan har högspänningsnätet tagits upp på tillgångssidan i EDF:s balansräkning under posten ”Materiella anläggningstillgångar i koncession”. Särskilda avsättningar för förnyelse av anläggningstillgångarna i koncession har tillkommit mellan åren 1987 och 1996, och syftet med dessa avsättningar var att ge koncessionshavaren möjlighet att återlämna dessa tillgångar till koncessionsgivaren i perfekt skick efter det att koncessionen löpt ut.

9 EDF:s utgifter för förnyelser har i balansräkningen registrerats under posten ”Motvärde för tillgångar i koncession”. Denna post, som även kallas ”Koncessionsgivarens rättigheter”, utgjordes av en skuld som EDF hade gentemot franska staten, vilken var knuten till ett gratis återlämnande av de tillgångar som hade ersatts när koncessionen löpte ut.

10 År 1994 ansåg den franska revisionsrätten att ägarskapsförhållandena beträffande högspänningsnätet var olagliga och därmed även nämnda kontoplan. Franska staten försökte följaktligen klargöra ägarskapsförhållandena i fråga om högspänningsnätet samt gjorde en omstrukturering av EDF:s balansräkning.

11 Enligt entreprenadavtalet mellan staten och EDF för åren 1997–2000, som undertecknades den 8 april 1997, skulle företagets redovisningsregler och dess finansiella förbindelser med staten standardiseras inför öppnandet av marknaden för el, enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, 1997, s. 20). Det var mot denna bakgrund som lag nr 97/1026 antogs.

12 Innan denna lag antogs såg EDF:s balansräkning ut på följande sätt:

- På tillgångssidan fanns en post med rubriken ”Materiella anläggningstillgångar i koncession” som uppgick till 285,7 miljarder franska franc (FRF), varav cirka 90 miljarder FRF för högspänningsnätet.
- På skuldsidan fanns en post med rubriken ”Avsättningar”, varunder cirka 38,5 miljarder FRF avsåg högspänningsnätet, samt en post med rubriken ”Motvärde för tillgångar i koncession”, under vilken utgifterna för de förnyelser som hade gjorts hade registrerats. Den posten uppgick till 145,2 miljarder FRF, varav 18,3 miljarder för högspänningsnätet.

13 Med tillämpning av artikel 4 i lag nr 97-1026 förklarades omstruktureringen av EDF:s balansräkning i en skrivelse, särskilt bilaga 1 däri, från ekonomi-, finans- och industriministern, statssekreteraren för budgetfrågor och statssekreteraren för industrifrågor, som skickades till EDF den 22 december 1997. De skatterättsliga konsekvenserna av denna omstrukturering angavs i bilaga 3 till skrivelsen. I punkt 34 i den överklagade domen sammanfattade tribunalen omstrukturingsåtgärderna på följande sätt:

- För det första omklassificerades högspänningsnätets anläggningstillgångar, till ett belopp på 90,325 miljarder FRF, till ”egna anläggningstillgångar” och miste därigenom klassificeringen ”anläggningstillgångar i koncession”.
- För det andra redovisades de outnyttjade avsättningarna för förnyelse av

högspänningsnätet, till ett belopp på 38,521 miljarder FRF, som balanserade vinstmedel utan att omföringen gjordes över resultaträkningen. Därav omklassificerades ett belopp på 20,225 miljarder FRF, som balanserades i ny förlusträkning. Det kontot var därmed reviderat, och återstoden på 18,296 miljarder FRF avsattes till reserver. Även om dessa omklassificeringar inte gjordes över resultaträkningen har de konstaterats vara skattepliktiga med en skattesats på 41,66 procent, enligt artikel 38.2 i den allmänna skattelagen.

– För det tredje konterades ”koncessionsgivarens rättigheter” direkt under posten kapitaltillskott med ett belopp på 14,119 miljarder FRF (av totalt 18,345 miljarder FRF) utan att omföringen gjordes över resultaträkningen, eftersom beloppet hade tagits upp på olika värderegleringskonton.

#### *Det administrativa förfarandet och det omtvistade beslutet*

14 Genom skrivelser av den 10 juli och den 27 november 2001 uppmanade kommissionen de franska myndigheterna att inkomma med upplysningar angående flera åtgärder som vidtagits till förmån för EDF och som kunde innehålla inslag av statligt stöd.

15 Skriftväxling ägde rum mellan kommissionen och de franska myndigheterna, däribland en skrivelse av den 9 april 2002 från de franska myndigheterna till kommissionen. Till denna skrivelse fanns en bifogad icke daterad promemoria från generaldirektoratet för skatter vid det franska ministeriet för ekonomi-, finans- och industrifrågor. Däri angavs följande:

”Koncessionsgivarens rättigheter avseende högspänningsnätet utgör en obetald skuld som genom införlivandet i företagets egna kapital på ett omotiverat sätt har befriats från skatt.

Dessa avsättningar har införlivats i företagets eget kapital utan några skattemässiga konsekvenser, eftersom högspänningsnätet inte omfattades av skatte- och redovisningssystemet för koncessioner. Högspänningsnätet utgörs av egna anläggningstillgångar och därför har EDF inte haft någon skyldighet gentemot staten att återlämna dessa tillgångar, så motsvarande belopp under posten ’koncessionsgivarens rättigheter’ utgör inte en faktisk skuld utan en reserv som inte är befriad från skatt. Mot bakgrund av detta skulle denna reserv, innan den införlivades i företagets eget kapital, ha överförts till företagets skulder där den felaktigt återfanns på ett nettobalanskonto, vilket sålunda medförde en positiv förändring av nettotillgångarna som är beskattningsbar enligt den redan nämnda artikel 38.[2].

Den skattefördel som på så sätt erhöles kan värderas till 5,88 miljarder FRF ( $14,119 \times 41,66 \%$ ) [det vill säga 888,89 miljoner euro enligt kommissionens uträkning baserad på växelkursen FRF/euro per den 22 december 1997].”

16 Kommissionen underrättade de franska myndigheterna om tre förenade beslut angående EDF genom en skrivelse av den 16 oktober 2002, som offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* den 16 november 2002 (EGT C 280, s. 8). Kommissionen beslutade särskilt att enligt artikel 88.2 EG inleda det formella granskningsförfarandet angående den fördel som följde av att EDF inte betalat bolagsskatt när det gäller en del av de skattebefriade bokföringsmässiga avsättningar som gjorts för att förnya det franska högspänningsnätet.

17 Ny skriftväxling ägde rum mellan kommissionen och de franska myndigheterna, däribland en skrivelse av den 9 december 2002 från de franska myndigheterna till kommissionen. Däri angavs följande:

”2. 1997 års redovisningsreform kan således beskrivas som ett kapitaltillskott på ett belopp som motsvarar den delvisa skattebefrielsen. Syftet var också att korrigera en underkapitalisering.

...

Redan före år 1997 ansågs koncessionsgivarens rättigheter till högspänningsnätet som något som kunde likställas med egna medel (*quasi-fonds propres*) till följd av att staten hade två roller gentemot EDF: dels rollen som koncessionsgivande myndighet, dels som ägare. Det var således underförstått att koncessionsgivarens rättigheter inte utgjorde någon skuld som faktiskt skulle betalas av EDF till staten.

I samband med omstruktureringen av balansräkningen år 1997, där ekonomi-, finans- och industriministern, statssekreteraren för budgetfrågor och statssekreteraren för industrifrågor medverkade, ville EDF och franska staten omvandla det som kunde likställas med egna medel (*quasi-fonds propres*) till aktiekapital, bortsett från uttagandet av bolagsskatt.

Det ansågs vara mer effektivt och neutralt för myndigheterna att direkt omvandla koncessionsgivarens rättigheter till egna medel uppgående till deras totala belopp, snarare än att vidta en motsvarande transaktion enligt följande:

- omvandla ett nettobelopp efter bolagsskatt till kapital,
- begära att EDF betalar bolagsskatt som motsvarar förändringen av nettotillgångarna.
- ombesörja ett kompletterande kapitaltillskott som motsvarar erlagd skatt.

Ett sådant kompletterande kapitaltillskott kunde motiveras med de lönsamhetsprognoser som EDF uppvisade år 1997; dessa prognoser slog för övrigt in under påföljande år. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle under jämförbara förhållanden ha fattat beslut om ett sådant kapitaltillskott.

Det kan för övrigt erinras om att ett annat syfte med att bringa ordning i de bokföringsmässiga åtgärderna beträffande förnyelsen av högspänningsnätet var att balansräkningen skulle få en struktur som i större utsträckning överensstämde med situationen hos företagen inom jämförbara industrisektorer.”

18 Kommissionen fattade det omtvistade beslutet den 16 december 2003

19 Artikel 3 i det omtvistade beslutet har följande lydelse:

”Det faktum att EDF under 1997 inte betalade bolagsskatt på en del av de skattefria avsättningar som gjorts för förnyelse av det franska högspänningsnätet, motsvarande koncessionsgivarens rättigheter på 14,119 miljarder [FRF] som omklassificerades till kapitaltillskott, utgör ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Inslaget av statligt stöd i denna uteblivna betalning av bolagsskatt uppgår till 888,89 miljoner euro.”

20 I artikel 4 i det omtvistade beslutet föreskrivs bland annat följande:

”Frankrike skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från EDF återkräva det stöd som avses i artikel 3 och som olagligen redan utbetalats till företaget.”

21 När det gäller EDF:s skatteförmån år 1997, angav kommissionen följande i skälen till sitt beslut:

”(88)Ekonomiministerns skrivelse, där man slår fast de skattemässiga konsekvenserna av omstruktureringen av EDF:s balansräkning, visar att de franska myndigheterna tagit ut den bolagsskatt på 41,66 procent som var tillämplig 1997 på de utnyttjade avsättningarna för förnyelsen av högspänningsnätet.

(89) I enlighet med artikel 4 i lag nr 97-1026 ... har däremot en del av dessa avsättningar, nämligen koncessionsgivarens rättigheter motsvarande de förnyelsearbeten som redan gjorts, omklassificerats till kapitaltillskott på ett belopp på 14,119 miljarder franc utan att belastas med bolagsskatt. ... I ett meddelande av den 9 april 2002 från generaldirektoratet för skatter till kommissionen uppger de franska myndigheterna att ... 'den skattefördel som på så sätt erhöles [av EDF 1997] kan värderas till 5,88 miljarder franc (14,119 x 41,66 %)', det vill säga 888,89 miljoner euro. ...

...

(91) Kommissionen anser att koncessionsgivarens rättigheter skulle ha beskattats samtidigt och till samma skattesats som övriga skattefria avsättningar. Detta innebär att koncessionsgivarens rättigheter till ett belopp på 14,119 miljarder franc skulle ha lagts till de utnyttjade skattefria avsättningarna på 38,5 miljarder franc för att beskattas med den skattesats på 41,66 procent som de franska myndigheterna tillämpade på omstruktureringen av EDF:s balansräkning. Genom att inte betala hela den bolagsskatt som borde ha utgått vid omstruktureringen av företagens balansräkning sparade EDF 888,89 miljoner euro.

...

(95) De franska myndigheterna hävdar för övrigt att 1997 års redovisningsreform är likvärdig med ett kapitaltillskott på ett belopp som motsvarar den delvisa skattebefrielsen. Det skulle sålunda handla om en investering och inte ett stöd från statens sida. ...

(96) Kommissionen måste avfärda dessa argument genom att påminna om att principen om en privat investerare bara gäller ekonomisk verksamhet, och inte utövandet av tillsynsbefogenheter. En myndighet kan inte använda argumentet om eventuella ekonomiska fördelar som man kunnat dra i egenskap av ägare till ett företag för att motivera ett stöd som skönsmässigt beviljats genom de rättigheter myndigheten har i egenskap av skattemyndighet gentemot samma företag.

(97) Även om en medlemsstat utöver utövandet av sina myndighetsbefogenheter kan verka som aktieägare, får den inte blanda ihop sina funktioner som myndighetsutövare respektive som aktieägare. Om medlemsstaterna fick utnyttja sina rättigheter som myndighetsutövare för att gynna sina investeringar i företag som verkar på konkurrensutsatta marknader skulle gemenskapens bestämmelser om statligt stöd bli verkningslösa. Och även om EG-fördraget enligt artikel 295 är neutralt i fråga om vem som äger kapitalet, kvarstår ändå det faktum att offentliga företag måste omfattas av samma regler som privata företag. Principen om likabehandling av offentliga och privata företag skulle med andra ord åsidosättas om staten utnyttjade sina rättigheter som myndighetsutövare för att gynna företag som den äger.”

22 I punkt 51 i den överklagade domen angav tribunalen att, med hänsyn till den ränta som har beräknats med tillämpning av artikel 4 i det omtvistade beslutet, det totala belopp som återkrävs från EDF uppgår till 1,217 miljarder euro samt att EDF har betalat tillbaka denna summa till franska staten.

### **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

23 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 april 2004 väckte EDF talan om ogiltigförklaring av artiklarna 3 och 4 i det omtvistade beslutet.

24 Genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 17 augusti 2004 ansökte Republiken Frankrike om att få intervensera till stöd för EDF:s yrkanden. Genom beslut av den 20 september 2004 biföll ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning denna ansökan.

25 Genom handling som registrerades vid förstainstansrättens kansli den 3 mars 2008, ansökte Iberdrola SA (nedan kallat Iberdrola) om att få intervensera i målet till stöd för kommissionens yrkanden. Ansökan inkom efter utgången av tidsfristen på sex veckor, enligt artikel 115.1 i förstainstansrättens rättegångsregler och det var genom beslut av den 5 juni 2008 som Iberdrola tilläts intervensera till stöd för kommissionens yrkanden och yttra sig vid den muntliga förhandlingen.

26 EDF åberopade tre förstahandsgrunder och två andrahandsgrunder.

27 Tribunalen prövade endast den första förstahandsgrunden och de tre första delarna av den andra förstahandsgrunden. Tribunalen fann nämligen att EDF inte kunde vinna framgång med den första grunden och de två första delarna av den andra grunden. Tribunalen biföll däremot talan såvitt avsåg den tredje delen av den andra grunden, och ogiltigförklarade således artiklarna 3 och 4 i det omtvistade beslutet.

28 I denna tredje del av den andra grunden gjorde EDF gällande att de aktuella åtgärderna borde ha betraktats som kapitaltillskott och bedömts i sin helhet i samband med klargörandet av de finansiella förbindelserna mellan franska staten och EDF. Genom att vidta dessa åtgärder har staten uppträtt som en försiktig privat investerare i en marknadsekonomi, vilket kommissionen borde ha prövat utifrån kriteriet om en privat investerare.

29 Republiken Frankrike intervenerade till stöd för EDF:s yrkanden, bland annat nämnda tredje delgrund. Iberdrola intervenerade till stöd för kommissionens yrkanden rörande samma delgrund.

30 I punkterna 233–237 i den överklagade domen ansåg tribunalen att för att avgöra om det ankom på kommissionen att pröva franska statens ingripanden beträffande EDF:s aktiekapital utifrån kriteriet om en privat investerare, skulle det fastställas om detta ingripande, utifrån sin karaktär och sitt föremål och med hänsyn till det syfte som eftersträvas, utgör en investering som en privat investerare skulle kunna göra och, därmed, ett ingripande från staten i egenskap av ekonomisk aktör som agerar på samma grund som en privat investerare, eller om det gällde ett ingripande från staten i egenskap av offentlig myndighet, vilket därmed utesluter en tillämpning av kriteriet om en privat investerare. I synnerhet ansåg tribunalen att det inte fanns anledning att pröva den aktuella åtgärden enbart utifrån dess form, eftersom den omständigheten att ett ingripande antar formen av en lag inte i sig räcker för att utesluta att statens ingripande i ett företags kapital har ett sådant ekonomiskt syfte som också en privat investerare kan ha.

31 I punkterna 240–242 erinrade tribunalen om att "koncessionsgivarens rättigheter" konterades direkt i posten kapitaltillskott med ett belopp på 14,119 miljarder FRF utan att

överföringen gjordes över resultaträkningen. Tribunalen betonade att det som kommissionen hade betraktat som statligt stöd endast var den omständigheten att koncessionsgivarens rättigheter inte beskattades innan kapital tillfördes, och att samtliga parter var överens om att beloppet på 14,119 miljarder FRF borde ha beskattats, innan det togs upp under posten "Kapitaltillskott".

32 I punkterna 243–245 i den överklagade domen ansåg tribunalen att syftet med den aktuella åtgärden var att omstrukturera EDF:s balansräkning och att öka företagets eget kapital, och att det därför inte rörde sig om skattebestämmelser i sig utan om redovisningsbestämmelser som får skattemässiga konsekvenser. Tribunalen konstaterade emellertid att kommissionen endast hade granskat de skattemässiga konsekvenserna av den aktuella åtgärden och att den hade klargjort att den – med anledning av den skattemässiga fördelen – inte hade skyldighet att ta hänsyn till den kapitalökning som gjordes och inte heller till kriteriet om en privat investerare, eftersom avståendet av skattefordran var resultatet av att staten utövade sina rättigheter som myndighetsutövare.

33 I punkterna 247–250 i den överklagade domen fann tribunalen att, med hänsyn till syftet med den kapitalrekonstruktion av EDF som gjordes genom den aktuella åtgärden, enbart den skattemässiga naturen hos den franska statens fordran inte medgav att kommissionen avstod från att tillämpa kriteriet om en privat investerare. Tribunalen fann att det ankom på kommissionen att kontrollera om en privat investerare skulle ha gjort en jämförbar investering av samma storlek under liknande omständigheter, detta för att undersöka det ekonomiskt sett rationella i en sådan investering. Det föreligger nämligen en sådan skyldighet för kommissionen oberoende av formen för statens tillförande av kapitalet.

34 I punkterna 251 och 252 i den överklagade domen preciserade tribunalen att det inte kan uteslutas att den form som investeringen antar leder till skillnader i fråga om kostnader för aktivering och avkastning av kapitalet, vilket kan leda till slutsatsen att en privat investerare inte skulle ha gjort en sådan investering. Detta förutsätter dock, enligt tribunalen, att det görs en ekonomisk bedömning i samband med tillämpningen av kriteriet om en privat investerare. Det hade nämligen enligt tribunalen varit motiverat att göra en sådan bedömning, eftersom en ökning av kapitalet kan uppkomma till följd av att en fordran som en privat aktieägare har på företaget införlivas, och att ta till en lag för detta ändamål kunde anses vara en nödvändig konsekvens av att bestämmelserna om EDF:s eget kapital också hade reglerats i lag.

35 I punkt 253 i den överklagade domen slog tribunalen således fast att med hänsyn till att den omtvistade åtgärden måste sättas in i sitt sammanhang, kunde kommissionen följaktligen inte enbart undersöka de skattemässiga konsekvenserna utan att samtidigt undersöka om det fanns grund i Republiken Frankrikes argument att avståendet av skattefordran i samband med omstruktureringen av balansräkningen och ökningen av EDF:s eget kapital kunde anses vara ett förfarande som uppfyllde kriteriet om en privat investerare.

36 I punkterna 254–259 i den överklagade domen kunde tribunalen inte godta kommissionens argument att kriteriet om en privat investerare inte kunde tillämpas, eftersom franska staten i detta fall hade utövat sina offentlighetsrättsliga befogenheter genom att stifta en lag för att avstå från en skattefordran. Tribunalen fann i detta avseende att det inte fanns någon skyldighet för staten såsom offentlig myndighet och att det inte var fråga om att bedöma vissa kostnader för staten med anledning av dess offentlighetsrättsliga skyldigheter.

37 I punkterna 260–263 underkände tribunalen kommissionens argument att kriteriet om en privat investerare inte kan tillämpas när det är fråga om en omvandling av en skattefordran till eget kapital, eftersom en privat investerare aldrig kan ha en sådan fordran på ett företag, utan enbart en civilrättslig fordran. Kriteriet om en privat investerare syftar emellertid, enligt tribunalen, just till att kontrollera om en privat investerare under samma omständigheter, trots att staten förfogar över medel som en privat investerare inte har, skulle ha fattat ett sådant beslut om investering som är



jämförbart med statens. Arten av den fordran som är omvandlad till kapital, och därmed också den omständigheten att en privat investerare inte kan ha en skattefordran, saknar följaktligen betydelse för frågan huruvida kriteriet om en privat investerare ska tillämpas.

38 I punkterna 264–277 i den överklagade domen tillbakavisade tribunalen kommissionens argument att en privat investerare skulle ha varit tvungen att betala skatt i en jämförbar situation, vilket skulle ha inneburit en högre kostnad för den privata investeraren, eftersom en privat investerare för att få tillgång till 100 euro i praktiken skulle behöva uppbåda 141,66 euro.

39 Tribunalen påpekade för det första att EDF och Republiken Frankrike hade påpekat, vilket även kommissionen ansett i punkt 51 i beslutet att inleda det formella granskningsförfarandet (se punkt 16 ovan), att den förändring av nettotillgångarna som blir resultatet av att kapitalet ökas, genom införlivande av en fordran som ett företags aktieägare har på företaget, enligt fransk skattelagstiftning inte ska beaktas i beräkningen av bolagsskatten och att omvandlingen av fordran till kapital därmed inte medför någon beskattning som har denna fordran som underlag.

40 Tribunalen fann för det andra att kommissionens argument inte stod i överensstämmelse med den fördel som kommissionen hade funnit i det angripna beslutet, eftersom detta argument egentligen innebar att man var tvungen att undersöka en privat investerares totala kostnader för att investera 14,119 miljarder FRF, medan kommissionen inte hade betraktat omklassificeringen av koncessionsgivarens rättigheter på 14,119 miljarder FRF som ett stöd.

41 För det tredje påpekade tribunalen att kommissionens argumentation i alla händelser var inkonsekvent. Kommissionen hade nämligen medgett att den skulle ha granskat det extra kapitaltillskottet på 5,88 miljarder FRF (ett belopp som av tribunalen felaktigt angavs till 5,6 miljarder FRF), om EDF först hade betalat detta belopp som skatt och om Republiken Frankrike hade återbetalat samma belopp, därför att kostnaden för staten respektive för den privata investeraren endast i det fallet skulle ha kunnat jämföras. Tribunalen fann emellertid att kostnaden skulle ha varit densamma och det belopp som EDF hade fått skulle ha varit detsamma som det belopp som EDF fått inom ramen för den omtvistade åtgärden.

42 Tribunalen fann för det fjärde att kostnaden för ett kapitaltillskott genom en privat investerares införlivande av fordran, om denne faktiskt var skyldig att betala skatt i ett sådant fall, skulle uppgå till 5,88 miljarder FRF, och således vara identisk med det som franska staten betalat haft i förevarande fall. Tribunalen fann även att det enbart är med kriteriet om en privat investerare som det kan kontrolleras om det föreligger en eventuell skillnad i kostnader.

43 För det femte fann tribunalen att skillnaden i kostnad inte utgjorde något hinder för att tillämpa kriteriet om en privat investerare, även om kostnaden på 14,119 miljarder FRF för en kapitalrekonstruktion skulle vara 0 FRF för staten och 5,88 miljarder FRF för en privat investerare.

44 I punkt 283 i den överklagade domen underkände tribunalen kommissionens argument att det skulle kunna leda till att alla former av skattebefrielse som medlemsstaterna medger skulle godkännas om man tillät att kriteriet om en privat investerare användes. Tribunalen erinrade i detta avseende om att det inte bara handlade om en skattebefrielse som har beviljats ett företag, utan om ett avstående av en skattefordran i samband med en kapitalökning i ett företag där staten är den enda aktieägaren, samt om att det inte går att föregripa tillämpningen av detta kriterium, vilket annars skulle vara onödigt eller olämpligt.

## **Förfarandet vid domstolen**

45 Genom handling som inkom till domstolen kansli den 29 juli 2010 har EFTA:s övervakningsmyndighet ansökt om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden.

46 Domstolens ordförande beslutade den 2 september 2010 att bifalla denna ansökan.

### **Parternas yrkanden**

47 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen, i den del tribunalen ogiltigförklarade artiklarna 3 och 4 i det omtvistade beslutet och förpliktade kommissionen att bära sina rättegångskostnader och ersätta EDF:s rättegångskostnader,
- förordna att EDF inte kan vinna framgång med den tredje delen av den andra grunden som EDF åberopat vid tribunalen,
- återförvisa målet till tribunalen för ny handläggning, och
- låta beslutet om rättegångskostnaderna anstå.

48 EFTA:s övervakningsmyndighet har yrkat att domstolen ska

- bifalla överklagandet och upphäva den överklagade domen, och
- återförvisa målet till tribunalen för ny handläggning.

49 Iberdrola har yrkat att domstolen ska

- bifalla överklagandet och upphäva den överklagade domen,
- förordna att EDF inte kan vinna framgång med den tredje delen av den andra grunden som EDF åberopat vid tribunalen,
- återförvisa målet till tribunalen för ny handläggning, och
- förplikta EDF att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som förorsakats Iberdrola.

50 EDF och Republiken Frankrike har yrkat att domstolen ska

- ogilla överklagandet, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

### **Prövning av överklagandet**

51 Kommissionen har till stöd för sitt överklagande åberopat två grunder. Som första grund har kommissionen gjort gällande att tribunalen missuppfattade omständigheterna. Som andra grund har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 87 EG, särskilt när det gällde fastställandet av tillämpningsområdet för och innehållet i kriteriet om en försiktig privat investerare i en marknadsekonomi.

52 Domstolen kommer först att pröva den andra grunden.

*Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning vid tolkningen av artikel 87 EG*

53 Den andra grunden består av fyra delgrunder, vilka domstolen kommer att pröva gemensamt.

Parternas argument

54 Som första delgrund har kommissionen gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den, vid sin prövning av huruvida franska staten hade agerat såsom aktieägare eller ägnat sig åt myndighetsutövning, grundade sig på vilket syfte som franska staten eftersträvat. I artikel 87.1 EG görs nämligen inte någon åtskillnad beroende på vilka syften som eftersträvas med de statliga ingripandena.

55 Kommissionen anser att det utifrån kriteriet om medlemsstatens avsikt inte är möjligt att göra någon åtskillnad mellan de åtgärder som staten vidtar i egenskap av aktieägare och de åtgärder som staten vidtar i egenskap av myndighetsutövare. Kriteriet är subjektivt och kan manipuleras.

56 Som andra delgrund har kommissionen gjort gällande följande. Tribunalen har inte försökt att avgöra om franska statens agerande går att jämföra med en privat investerares agerande, eftersom tribunalens prövning inte avser det "korta system" som föreskrivs i lag nr 97-1026, utan det "långa systemet". Detta långa system består i att ett nettoskattebelopp först överförs till posten "Eget kapital", därefter framställs begäran om att EDF betalar in en skatt som motsvarar förändringen av nettotillgångarna och slutligen tillförs extra kapital med ett lika stort belopp som den skatt som har betalats in.

57 Valet av det långa eller det korta systemet saknar emellertid inte relevans, eftersom insyn garanteras enligt statsbudgeten när det är fråga om det "långa systemet", medan de använda medlen, om det "korta systemet" används (som i förevarande fall), inte omfattas av budgetreglerna. Principen om likabehandling i skattehänseende beaktades således inte, och EDF särbehandlades utan någon som helst insyn.

58 Kommissionen har vidare riktat kritik mot tribunalen för att den inte beaktat att det är nödvändigt att definiera en privat investerare som man kan jämföra med. I rättspraxis föreskrivs att en reell jämförelse ska göras utifrån en person som finns i marknadsekonomin. Domstolen har nämligen slagit fast att kriteriet om en privat investerare inte ska tillämpas när det inte finns någon reell aktör som statens agerande kan jämföras med.

59 Kommissionen anser dessutom att en privat investerare inte hade kunnat agera på det sätt som franska staten agerade. En privat investerare hade nämligen varit tvungen att betala bolagsskatt och inte kunnat omvandla skatten till kapital. Det är bara staten som i egenskap av myndighet i skattefrågor hade kunnat disponera över medlen. Syftet med att tillämpa kriteriet om en privat investerare är emellertid att kontrollera om en privat investering hade varit möjlig under liknande förhållanden.

60 Vidare har kommissionen gjort gällande att kriteriet om en privat investerare – såsom tribunalen uppfattat detta begrepp – innebär att statens åtgärder kontrolleras utifrån en enda utgångspunkt, nämligen lönsamheten; detta skulle göra det möjligt för offentliga företag att få fördelar på grund av att de har staten som ägare.

61 Som tredje delgrund har kommissionen gjort gällande följande. Tribunalen beaktade således endast denna lönsamhetsaspekt och möjligheten för staten att använda sig av sina befogenheter

att utöva offentlig makt. Därmed åsidosatte tribunalen principen om likabehandling av offentliga och privata företag, och tribunalens bedömning medför även en snedvridning av konkurrensen, i strid med artiklarna 295 EG och 87 EG. Tribunalens bedömning står dessutom inte i överensstämmelse med det syfte som ska uppnås med kriteriet om en privat investerare. På grund av detta kriterium blir det nämligen möjligt att anse att åtgärder som en privat investerare inte kunnat vidta inte ska kvalificeras som stöd.

62 Som fjärde delgrund har kommissionen gjort gällande följande. Tribunalen har åsidosatt reglerna om bevisbördefördelning. När alla övriga villkor för att det ska kunna anses föreligga ett statligt stöd är uppfyllda, ankommer det på den medlemsstat – som gör gällande undantaget som baseras på kriteriet om en privat investerare – att bevisa att villkoren för detta undantag är uppfyllda.

63 Enligt kommissionen är det emellertid utrett att de franska myndigheterna under det administrativa förfarandet endast framfört påståenden angående lönsamhetsaspekterna, utan att därvid åberopa någon bevisning till styrkande av dessa påståenden. Det framgick inte heller av utredningen att franska staten hade räknat med den potentiella lönsamheten av med att undantas från den omtvistade skatten. Mot denna bakgrund anser kommissionen att den inte kunde vara skyldig att pröva det aktuella skatteundantaget mot bakgrund av nämnda kriterium.

64 Kommissionen har vidare erinrat om att lagenligheten av ett beslut om statligt stöd ska bedömas utifrån de uppgifter som kommissionen kunde ha tillgång till då den fattade sitt beslut. Det framgår emellertid av det ovan anförda att kommissionen vid denna tidpunkt inte hade tillgång till någon omständighet som gav vid handen att kriteriet om en privat investerare var relevant.

65 Iberdrola har instämt i kommissionens argument och har tillagt följande beträffande den första delgrunden. Tribunalen ansåg att det syfte som franska staten hade med åtgärden var av central betydelse, och tribunalen har därigenom bortsett från att man ska skilja på den situation då staten agerar som aktieägare och den situation då staten ägnar sig åt myndighetsutövning. Den omständigheten att det är möjligt att de eftersträlvade målen konvergerar med varandra, innebär således att det blir mindre tydligt att en privat aktör och staten inte har samma medel att förfoga över.

66 Iberdrola har preciserat att det inte finns någon privat aktör som har befogenheten att bestämma vilka villkor som ska vara uppfyllda för att skattskyldighet ska inträda. En näringsverksamhet som består i försäljning av varor eller tjänster på en viss marknad innefattar inte några skatterättsliga befogenheter. Att staten förbjuds att använda sina skatterättsliga befogenheter så att offentliga företag gynnas innebär inte någon diskriminering, eftersom staten alltid kan tillskjuta kapital.

67 När det gäller den andra delgrunden har Iberdrola anförts följande. Om franska staten hade tagit ut skatt och integrerat skatten i sin statsbudget, är det inte säkert att det omtvistade kapitaltillskottet till EDF hade ägt rum. De förfaranden, den tillsyn och det arbitrage som föreskrivs för sådana beslut om kapitaltillskott är nämligen inte desamma som dem som gäller för det här aktuella undantaget från skatteplikt.

68 Beträffande den tredje delgrunden har Iberdrola gjort gällande följande. Syftet med att skilja på den situation då staten agerar som aktieägare och den situation då staten ägnar sig åt myndighetsutövning är att förhindra intressekonflikter och att säkerställa att aktörerna behandlas lika. Tribunalens resonemang innebär emellertid att medlemsstaterna ges möjlighet att använda sig av sina befogenheter på så sätt att offentliga företag inte behöver fullgöra vissa skyldigheter som gäller för privata aktörer.

69 EFTA:s tillsynsmyndighet har instämt i kommissionens och Iberdrolas argument. När det gäller den första delgrunden, anser tillsynsmyndigheten att man inte ska beakta vilka avsikter som staten haft med åtgärden, även om det är möjligt att med säkerhet fastställa dessa avsikter. Det ska avgöras utifrån objektiva och kontrollerbara kriterier om staten har ägnat sig åt myndighetsutövning eller agerat som privat investerare.

70 EFTA:s tillsynsmyndighet har påpekat att staten då den uppbär skatt ägnar sig åt myndighetsutövning, och detsamma gäller följaktligen även då staten avstår från en skattefordran. Franska statens agerande kan emellertid inte jämföras med en privat investerares agerande.

71 När det gäller den andra delgrunden har EFTA:s tillsynsmyndighet gjort gällande att EDF:s skuld till franska staten inte är av kommersiell eller kontraktuell art, utan det är fråga om en skatteskuld. I stället för att jämföra franska statens subjektiva och fiktiva agerande med en hypotetisk privat investerares agerande, borde tribunalen ha jämfört franska statens faktiska agerande med det agerande som kan förväntas av en investerare på marknaden, och inte med en borgenärs agerande.

72 Finanskrisen har visat att i sådana här situationer ska man tillämpa ett klart och lätt genomförbart kriterium som grundas på objektiva omständigheter som kan bli föremål för domstolsprövning. Tribunalen kan emellertid genom sitt tillvägagångssätt inte anses ha uppfyllt detta krav.

73 När det gäller den fjärde delgrunden har EFTA:s övervakningsmyndighet gjort gällande följande. Tribunalen har vänt på bevisbördan, och de myndigheter som har till uppgift att utöva tillsyn över statligt stöd försätts därmed i en delikat situation; de får nämligen fatta sina beslut enbart mot bakgrund av de uppgifter som de har tillgång till. Kommissionen kan inte tillämpa kriteriet om en privat investerare ex officio.

74 EDF och Republiken Frankrike anser att överklagandet inte kan vinna bifall på den andra grunden. De anser att tribunalen gjorde en riktig bedömning då den kom fram till att kriteriet om en privat investerare var tillämpligt i förevarande mål. Tribunalen gjorde även rätt då den slog fast att kommissionen, genom att bortse från detta kriterium, inte fullgjort sina processuella skyldigheter.

#### Domstolens bedömning

75 Kommissionen, EFTA:s övervakningsmyndighet och Iberdrola har gjort gällande att tribunalen gjorde fel då den prövade om kriteriet om en privat investerare var tillämpligt. De har därvid påpekat att tribunalen, för det första, beaktade franska statens syfte med den omtvistade åtgärden, för det andra, blandade samman statens olika roller som aktieägare och som myndighet i skattefrågor, för det tredje, åsidosatte principen om likabehandling mellan offentliga och privata företag och, för det fjärde, åsidosatte reglerna om bevisbördefördelning.

76 Det har slagits fast i rättspraxis att en åtgärd som beviljas med statliga medel och som försätter det mottagande företaget i en ekonomisk situation som är mer fördelaktig än den situation som konkurrenterna befinner sig i och som av denna anledning snedvrider eller hotar att snedvrída konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna, inte kan undgå att klassificeras som "stöd" i den mening som avses i artikel 87 EG på grund av de mål som staten eftersträvar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 maj 1999 i mål C-6/97, Italien mot kommissionen, REG 1999, s. I-2981, punkt 15, av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-6857, punkt 25 och där angiven rättspraxis, och av den 9 juni 2011 i de förenade målen C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, Comitato "Venezia vuole vivere" m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. I-4727, punkt 94 och där angiven rättspraxis).

77 I första punkten i artikel 87 EG görs nämligen inte någon åtskillnad mellan statliga åtgärder med hänsyn till deras orsaker eller syften, utan de definieras i stället med utgångspunkt i vilka verkningar de har (domen i de ovannämnda förenade målen Comitato "Venezia vuole vivere" m.fl. mot kommissionen, punkt 94 och där angiven rättspraxis).

78 Det framgår emellertid av fast rättspraxis att de villkor som en åtgärd ska uppfylla för att kunna anses vara ett "stöd" i den mening som avses i artikel 87 EG inte är uppfyllda, om det mottagande offentliga företaget kunde få samma fördel som den som företaget fått genom statliga medel under förhållanden som motsvarar normala marknadsvillkor, varvid denna bedömning, beträffande offentliga företag, i princip ska ske med tillämpning av kriteriet om en privat investerare (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 mars 1991 i mål C-303/88, Italien mot kommissionen, REG 1991, s. I-1433, punkt 20; svensk specialutgåva, volym 11, s. 115, av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397, punkterna 68–70, samt domen i de ovannämnda förenade målen Comitato "Venezia vuole vivere" m.fl. mot kommissionen, punkt 91 och där angiven rättspraxis).

79 Vid bedömningen av huruvida en privat investerare – som befinner sig i en situation som ligger så nära den situation som staten befinner sig i som möjligt – under normala marknadsvillkor skulle ha vidtagit samma åtgärd, ska man endast beakta de förmåner och skyldigheter som staten har i egenskap av aktieägare men inte de förmåner och skyldigheter som staten har i egenskap av offentlig myndighet (se, för ett liknande resonemang, domar av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2263, punkt 14; svensk specialutgåva, volym 8, s. 691, och i mål 40/85, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2321, punkt 13, dom av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92-C-280/92, Spanien mot kommissionen, REG 1994, s. I-4103, punkt 22, och av den 28 januari 2003 i mål C-334/99, Tyskland mot kommissionen, REG 2003, s. I-1139, punkt 134).

80 Således ska åtskillnad göras mellan, å ena sidan, statens roll som aktieägare i ett företag och, å andra sidan, statens roll då den ägnar sig åt myndighetsutövning. Detta har även gjorts gällande av kommissionen, EFTA:s övervakningsmyndighet och Iberdrola, och tribunalen kom dessutom fram till samma bedömning i punkterna 223–228 i den överklagade domen.

81 Frågan om kriteriet om en privat investerare är tillämpligt beror till syvende och sist på om den berörda medlemsstaten har beviljat en ekonomisk förmån till ett statligt ägt företag i sin egenskap av aktieägare, och inte i sin egenskap av myndighetsutövare.

82 Om en medlemsstat under det administrativa förfarandet åberopar detta kriterium, är det således denna medlemsstat som – om tvivel därom råder – entydigt ska visa, med stöd av objektiva och kontrollerbara omständigheter, att åtgärden vidtagits av staten i dess egenskap av aktieägare.

83 Dessa omständigheter ska klart och tydligt ge vid handen att den berörda medlemsstaten – innan eller samtidigt som den ekonomiska fördelen beviljades (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkterna 71 och 72) – fattat beslutet om att investera i det kontrollerade offentliga företaget genom den faktiskt vidtagna åtgärden.

84 I detta avseende kan det bland annat erfordras att omständigheter läggs fram som visar att beslutet fattats med stöd av ekonomiska kalkyler som kan jämföras med sådana kalkyler som en rationell privat investerare – som befinner sig i en situation som ligger så nära den situation som medlemsstaten befinner sig i som möjligt – skulle ha låtit upprätta före ett investeringsbeslut för att utröna om en sådan investering kommer att löna sig.

85 Varken ekonomiska kalkyler som upprättats efter det att förmånen beviljats, retrospektiva rapporter som visar att den berörda medlemsstatens investering faktiskt blivit lönsam eller omständigheter som i efterhand visar att det var motiverat att fatta det beslut som faktiskt fattades kan däremot vara tillfyllest för att visa att medlemsstaten – innan eller samtidigt som den ekonomiska fördelen beviljades – fattat beslutet i egenskap av aktieägare (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkterna 71 och 72).

86 Om den berörda medlemsstaten inför kommissionen gör gällande omständigheter av erforderligt slag, ankommer det på kommissionen att göra en helhetsbedömning. Utöver de omständigheter som åberopats av medlemsstaten ska kommissionen vid denna helhetsbedömning beakta alla andra relevanta omständigheter som gör det möjligt för kommissionen att avgöra om den aktuella åtgärden har vidtagits av medlemsstaten i dess egenskap av aktieägare eller i dess egenskap av myndighetsutövare. Sådana omständigheter som är relevanta för denna bedömning kan – såsom tribunalen slagit fast i punkt 229 i den överklagade domen – särskilt utgöras av åtgärdens karaktär och föremål, det sammanhang som låg bakom åtgärdens vidtagande, det eftersträvade syftet med åtgärden samt de regler som gäller för densamma.

87 Domstolen finner således att tribunalen gjorde en riktig bedömning då den fann att franska statens syfte med åtgärden kunde beaktas inom ramen för helhetsbedömningen och, därmed, ligga till grund för bedömningen av om Frankrike verkligen hade vidtagit åtgärden såsom aktieägare och om kriteriet om en privat investerare därmed var tillämpligt i målet.

88 När det sedan gäller frågan huruvida kriteriet om en privat investerare inte var tillämpligt redan av den anledningen att franska statens medel var av skatterättslig natur, erinrar domstolen om följande. Enligt artikel 87.1 EG är stöd som ges med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, och som genom sin verkan snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen, oförenligt med den gemensamma marknaden, i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna (se domen av den 19 september 2000 i det ovannämnda målet Tyskland mot kommissionen, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

89 I punkt 78 ovan har domstolen dessutom fastställt att syftet med kriteriet om en privat investerare är att avgöra om den ekonomiska fördelen som beviljats, av vilket slag den än är, med hjälp av statliga medel till ett offentligt företag är ägnad att – på grund av sin verkan – snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen och att påverka handeln mellan medlemsstaterna.

90 Syftet med denna bestämmelse och detta kriterium är således att förhindra att mottagande offentliga företag med hjälp av statliga medel försätts i en ekonomisk situation som är mer fördelaktig än den situation som konkurrenterna befinner sig i (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España, REG 1994, s. I-877, punkt

14, och domen av den 19 maj 1999 i det ovannämnda målet Italien mot kommissionen, punkt 16).

91 Den ekonomiska situation som det mottagande offentliga företaget ska anses ha försatts i beror emellertid inte på i vilken form denna förmån har beviljats, av vilket slag det än må vara, utan på det belopp som till syvende och sist kommer företaget till godo. Vid sin prövning av om kriteriet om en privat investerare var tillämpligt, gjorde tribunalen således rätt då den koncentrerade denna prövning på om EDF hade försatts i en bättre ekonomisk situation inför öppnandet av elektricitetsmarknaden för konkurrens och på vilka verkningar den aktuella åtgärden haft på konkurrensen, och inte på om franska statens medel var av skatterättslig natur.

92 Med beaktande av de mål som eftersträvas med artikel 87.1 EG och med kriteriet om en privat investerare, ska en ekonomisk fördel – även då den beviljats med skattemedel – således bedömas bland annat utifrån kriteriet om en privat investerare, om den i förekommande fall erforderliga helhetsbedömningen ger vid handen att den berörda medlemsstaten, trots användningen av sådana medel som hör till myndighetsutövning, har beviljat förmånen i sin egenskap av aktieägare i företaget.

93 Domstolen finner således att tribunalen inte gjort någon felaktig bedömning då den i punkt 250 i den överklagade domen konstaterade att det föreligger en skyldighet för kommissionen att undersöka om staten har tillfört kapitalet under förhållanden som motsvarar normala marknadsvillkor, oberoende av formen för statens tillförande av kapitalet.

94 Kommissionen, EFTA:s övervakningsmyndighet och Iberdrola har framfört argumentet att en privat investerare inte hade kunnat genomföra en sådan investering som den som gjorts av franska staten under jämförbara förhållanden, eftersom den privata investeraren hade varit tvungen att betala skatt och eftersom det bara är franska staten i egenskap av skattemyndighet som kunde förfoga över belopp som motsvarar denna skatt. Vad beträffar detta argument gör domstolen följande bedömning. För det första är det det privata företag som befinner sig i EDF:s situation – och inte dess aktieägare – som skulle ha haft att betala skatten beträffande den aktuella bokföringsmässiga åtgärden.

95 En tillämpning av kriteriet om en privat investerare skulle således i förevarande mål ha gjort det möjligt att bedöma om en privat aktieägare, under liknande förhållanden, hade tillskjutit kapital uppgående till den förfallna skatten till ett företag som befinner sig i en situation som går att jämföra med den situation som EDF befann sig i.

96 För det andra finner domstolen – i likhet med vad tribunalen slagit fast i punkterna 275 och 276 i den överklagade domen – att en eventuell skillnad i kostnad för en privat investerare och för den stat som gör investeringen inte utgör något hinder att tillämpa kriteriet om en privat investerare. Tack vare detta kriterium blir det nämligen möjligt just att fastställa att en sådan skillnad föreligger och att beakta denna skillnad vid bedömningen av huruvida de villkor som anges i detta kriterium är uppfyllda.

97 Till skillnad från vad som gjorts gällande av kommissionen, EFTA:s övervakningsmyndighet och Iberdrola, finner domstolen således att tribunalen inte åsidosatt principen om likabehandling mellan offentliga och privata företag. Tribunalens bedömning leder inte heller till någon snedvridning av konkurrensen, och den strider inte mot det syfte som eftersträvas med kriteriet om en privat investerare.

98 Tribunalen gjorde således inte någon felaktig bedömning då den fann att kriteriet om en privat investerare kan tillämpas även då det är skattemedel som använts.

99 Domstolen finner även att tribunalen inte föregrep bedömningen av om kriteriet om en privat



investerare var tillämpligt i målet, och inte heller – såsom tribunalen påpekat i punkt 283 i den överklagade domen – bedömningen av vad som skulle bli utfallet om nämnda kriterium eventuellt tillämpades.

100 När tribunalen begränsade sin bedömning och därvid endast prövade om kriteriet om en privat investerare inte kunde vara tillämpligt redan av den anledningen att de medel som använts av franska staten var skattemedel, så innebar tribunalens bedömning ingalunda att medlemsstaterna, vid tillämpningen av detta kriterium, tilläts att beakta de förmåner och skyldigheter som var förknippade med medlemsstaternas roll som myndighetsutövare eller med subjektiva och manipulerbara omständigheter.

101 När det gäller frågan huruvida det var nödvändigt att definiera en investerare som kunde ligga till grund för jämförelsen, gör domstolen följande bedömning. Den av kommissionen, EFTA:s övervakningsmyndighet och Iberdrola åberopade rättspraxisen avser det fall då det inte finns någon möjlighet att jämföra ett offentligt företags situation med situationen för ett privat företag som inte har monopolställning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 juli 2003 i de förenade målen C-83/01 P, C-93/01 P och C-94/01 P, Chronopost m.fl. mot Ufex m.fl., REG 2003, s. I-6993, punkt 38).

102 Kommissionen, EFTA:s övervakningsmyndighet och Iberdrola har emellertid inte gjort gällande att det är omöjligt att jämföra EDF:s situation med situationen för ett privat företag som är verksamt inom samma näringssektorer som EDF. Nämnda rättspraxis ger dessutom vid handen att man vid denna jämförelse ska göra en bedömning utifrån tillgängliga uppgifter om objektiva och kontrollerbara omständigheter.

103 Till skillnad från vad som gjorts gällande av kommissionen och EFTA:s övervakningsmyndighet, finner domstolen dessutom att kriteriet om en privat investerare inte utgör något undantag som endast ska tillämpas då så begärs av en medlemsstat, då rekvisiten i artikel 87.1 EG för att ett statligt stöd ska anses vara oförenligt med den gemensamma marknaden är uppfyllda. Det framgår nämligen av punkt 78 ovan att detta kriterium – då det är tillämpligt – återfinns bland de omständigheter som kommissionen ska beakta vid prövningen av om det är fråga om ett sådant stöd.

104 Då det visar sig att kriteriet om en privat investerare kan vara tillämpligt, ankommer det således på kommissionen att förelägga den berörda medlemsstaten att inkomma med alla relevanta upplysningar som gör det möjligt för kommissionen att pröva om villkoren för detta kriteriums tillämplighet och tillämpning är uppfyllda. Kommissionen får vägra att lägga sådana upplysningar till grund för sin bedömning endast om den åberopade bevisningen har upprättats efter det att investeringsbeslutet fattats.

105 Domstolen har nämligen redan slagit fast i punkterna 83–85 ovan att det enda som är relevant för bedömningen angående kriteriet om en privat investerare är dels sådana uppgifter som fanns tillgängliga då investeringsbeslutet fattades, dels sådana utvecklingstendenser som kunde förutses då nämnda investeringsbeslut fattades. Så är fallet särskilt då kommissionen (såsom i detta mål) prövar om det är fråga om ett statligt stöd då det gäller en investering som inte anmälts till kommissionen och som redan har genomförts av den berörda medlemsstaten då kommissionen genomför sin prövning.

106 Överklagandet kan således inte bifallas såvitt avser den andra grunden.

*Den första grunden: Missuppfattning av omständigheterna*

107 Kommissionen anser att tribunalen missuppfattade bevisningen, då den kom fram till att

Republiken Frankrike genom den omtvistade åtgärden hade omvandlat en skattefordran till kapital. Kommissionen anser nämligen att Republiken Frankrike beviljade EDF ett undantag från plikten att erlägga bolagsskatt, och då det är fråga om undantag från skatteplikt är kriteriet om en privat investerare inte relevant.

108 Domstolen gör emellertid följande bedömning. Vid prövningen av den andra grunden har domstolen kommit fram till att när en medlemsstat beviljar ett statligt ägt företag en ekonomisk förmån, så innebär inte den omständigheten i sig att förmånen beviljats medelst en skatteteknisk åtgärd att kriteriet om en privat investerare inte är tillämpligt. Således är det i än högre grad så att den precisa åtgärd som vidtagits av den berörda medlemsstaten saknar relevans för bedömningen av om nämnda kriterium är tillämpligt.

109 Även om det antas att kommissionens påstående om att tribunalen missuppfattat omständigheterna är korrekt, så finner domstolen under alla omständigheter att detta inte kan innebära att den överklagade domen ska anses vara felaktig. Den första grunden är således verkningslös och ska därför lämnas utan avseende.

110 Överklagandet ska således ogillas.

### **Rättegångskostnader**

111 Enligt artikel 69.2 i domstolens rättegångsregler, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. EDF har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska EDF:s yrkande bifallas.

112 I enlighet med artikel 69.4 första stycket i domstolens rättegångsregler, som är tillämpligt på mål om överklagande enligt artikel 118, ska Republiken Frankrike bära sina rättegångskostnader.

113 I enlighet med artikel 69.4 andra stycket i domstolens rättegångsregler, som är tillämpligt på mål om överklagande enligt artikel 118, ska EFTA:s övervakningsmyndighet bära sina rättegångskostnader.

114 Enligt artikel 69.4 tredje stycket i domstolens rättegångsregler, som är tillämpligt på mål om överklagande enligt artikel 118, kan domstolen besluta att en intervenient ska bära sina rättegångskostnader. Domstolen finner att denna bestämmelse ska tillämpas såvitt avser Iberdrola.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Överklagandet ogillas.**
- 2) **Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna.**
- 3) **EFTA:s övervakningsmyndighet, Republiken Frankrike och Iberdrola SA ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter

\* Rättegångsspråk: franska.