

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

5 juni 2012 (*)

„Hogere voorziening — Staatssteun — Afstand van belastingvordering — Vrijstelling van vennootschapsbelasting — Verhoging van vennootschappelijk kapitaal — Gedrag van staat als verstandige particuliere investeerder in markteconomie — Criteria voor onderscheid tussen staat die handelt als aandeelhouder en staat die overheidsprerogatieven uitoefent — Definitie van particuliere referentie-investeerder — Beginsel van gelijke behandeling — Bewijslast”

In zaak C-124/10 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 26 februari 2010,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Gippini Fournier, B. Stromsky en D. Grespan als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

ondersteund door:

Toezichthoudende Autoriteit EVA, vertegenwoordigd door X. Lewis en B. Alterskjær als gemachtigden,

interveniënte in hogere voorziening,

andere partijen in de procedure:

Électricité de France (EDF), gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door M. Debroux, advocaat,

verzoekster in eerste aanleg,

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en J. Gstalter als gemachtigden,

Iberdrola SA, gevestigd te Bilbao (Spanje), vertegenwoordigd door J. Ruiz Calzado en É. Barbier de La Serre, advocaten,

interveniëntes in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot en M. Safjan, kamerpresidenten, K. Schieman, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (rapporteur), D. Šváby en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,

griffier: R. ?ere?, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 juli 2011,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 20 oktober 2011,

het navolgende

Arrest

1 De Europese Commissie verzoekt het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 15 december 2009, EDF/Commissie (T-156/04, Jurispr. blz. II-4503; hierna: „bestreden arrest”), waarbij het Gerecht de artikelen 3 en 4 van beschikking 2005/145/EG van de Commissie van 16 december 2003 betreffende de door Frankrijk ten uitvoer gelegde staatssteun aan EDF en aan de elektriciteits- en gassector (PB 2005, L 49, blz. 9; hierna: „litigieuze beschikking”) nietig heeft verklaard.

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 38, lid 2, van de Franse Code général des impôts (algemeen wetboek van belastingen) bepaalt:

„De nettowinst is het verschil tussen de waarde van het nettoactief bij de afsluiting en bij de aanvang van het tijdvak, waarvan de uitkomst dient als grondslag van de belasting, verminderd met de stortingen en vermeerderd met de onttrekkingen gedurende dit tijdvak door de exploitant of de vennoten. Het nettoactief is het totaalbedrag van de activa verminderd met de schuldvorderingen van derden, afschrijvingen en gerechtvaardigde voorzieningen.”

3 Artikel 4, leden I en II, van de Franse wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 betreffende fiscale en financiële spoedmaatregelen (JORF van 11 november 1997, blz. 16387) bepaalt:

„I. De installaties van het hoogspanningsnet worden geacht aan Électricité de France [(hierna: „EDF’)] in eigendom toe te behoren vanaf het tijdstip waarop haar de concessie voor dit net is verleend.

II. Voor de toepassing van het bepaalde in [lid] I wordt op 1 januari 1977 de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningnetwerk, vermeld aan de passiefzijde van de balans van [EDF], na aftrek van de desbetreffende herwaarderingscorrecties, opgevoerd onder de post ‚Kapitaalinjecties’.”

Voorgeschiedenis van het geding

Algemene context van de zaak

4 EDF produceert, vervoert en distribueert elektriciteit, met name op het gehele grondgebied van Frankrijk. EDF, die is opgericht bij wet nr. 46-628 van 8 april 1946 betreffende de nationalisatie van elektriciteit en gas (JORF van 9 april 1946, blz. 2651), was geheel in handen van de Staat toen in 2002 de beslissing is genomen om de in artikel 88, lid 2, EG bedoelde procedure te openen.

5 In artikel 36 van wet nr. 46-628 is het beginsel neergelegd dat de genationaliseerde elektriciteitsconcessies aan EDF worden overgedragen. De verschillende door de Staat verleende concessies voor het elektriciteitsvervoer zijn in 1958 samengevoegd tot één enkele concessie, het

zogenoemde „Réseau d'alimentation générale” (hoogspanningsnet; hierna: „RAG”).

6 Dat op EDF het algemeen boekhoudkundig plan van 1982, met specifieke boekhoudkundige regels voor concessies, werd toegepast, heeft er vanaf 1987 toe geleid dat rekening werd gehouden met de specifieke verplichtingen van de concessiehouders, die bij het verstrijken van de concessie de in concessie gegeven goederen in goed werkende staat moeten teruggeven krachtens het „beginsel van het voortbestaan van de openbare diensten”.

7 In overeenstemming met het algemeen boekhoudkundig plan is voor EDF een specifiek boekhoudkundig plan opgesteld en goedgekeurd bij interministerieel besluit van 21 december 1986 (JORF van 30 december 1986, blz. 15794).

8 Overeenkomstig dit specifiek boekhoudkundig plan is het RAG opgevoerd op de actiefzijde van de balans van EDF onder de post „Geconcessioneerde materiële vaste activa” en werden tussen 1987 en 1996 specifieke reserves aangelegd voor de vervanging van de in concessie gegeven materiële vaste activa, teneinde de concessiehouder in staat te stellen deze goederen bij het verstrijken van de concessie in perfecte staat aan de concessiegever terug te geven.

9 De door EDF gedane uitgaven voor vervanging zijn in de balans opgevoerd onder de post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen”, Deze post, ook wel genoemd „Rechten van de concessiegever”, vormde een schuld van EDF jegens de Franse Staat ter zake van de kosteloze teruggave van de vervangen goederen bij het verstrijken van de concessie.

10 In 1994 heeft de Franse Cour des comptes (rekenkamer) de status van het vermogen van het RAG en dus dit boekhoudkundig plan als onregelmatig aangemerkt. Daarop heeft de Franse Staat stappen ondernomen om de status van het vermogen van het RAG te verduidelijken en de balans van EDF te herstructureren.

11 De „ondernemingsovereenkomst 1997-2000”, die op 8 april 1997 tussen de Staat en EDF werd gesloten, voorzag in normalisering van de boekhouding van de onderneming en van haar financiële verhouding met de Staat in het vooruitzicht van de openstelling van de elektriciteitsmarkt, waartoe het Europees Parlement en de Raad hadden besloten bij richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20). Het is in deze context dat wet nr. 97-1026 is aangenomen.

12 Vóór de vaststelling van deze wet was de balans van EDF als volgt ingedeeld:

- de actiefzijde bevatte een post „Geconcessioneerde materiële vaste activa” ter hoogte van 285,7 miljard FRF, waarvan ongeveer 90 miljard FRF het RAG betrof;
- de passiefzijde bevatte een post „Reserves”, waarvan ongeveer 38,5 miljard FRF voor het RAG, alsook een post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen”, waaronder de gedane uitgaven voor vervangingen werden geboekt. Deze post bedroeg 145,2 miljard FRF, waarvan 18,3 miljard voor het RAG.

13 Overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 werd de herstructurering van de indeling van de balans van EDF op 22 december 1997 aan EDF meegedeeld bij brief van de minister van Economie, Financiën en Industrie, van de staatssecretaris voor Begrotingszaken en van de staatssecretaris voor Industrie en inzonderheid in bijlage 1 erbij. De fiscale gevolgen van deze herstructurering werden toegelicht in bijlage 3 bij deze brief. In punt 34 van het bestreden arrest heeft het Gerecht kort omschreven hoe deze herstructurering is verlopen:

- ten eerste werden de goederen die het RAG vormden, voor een bedrag van 90,325 miljard FRF geherkwalificeerd als „eigen vermogen” en niet meer geboekt als „geconcessioneerde goederen”;
- ten tweede werden de niet gebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG ad 38,521 miljard FRF opgevoerd als niet uitgekeerde winst, zonder opneming in de winst- en verliesrekening, en hiervan werd een bedrag van 20,225 miljard FRF als over te dragen verlies geboekt, zodat deze rekening aldus was verevend; het saldo van 18,296 miljard FRF werd aan de reserves toegevoegd. Hoewel deze nieuwe indelingen buiten de resultatenrekening om verliepen, leidden zij tot een belastbare opbrengst, waarover belasting tegen een tarief van 41,66 % werd geheven volgens artikel 38, lid 2, van de Code général des impôts;
- ten derde werden de „rechten van de concessiegever” buiten de resultatenrekening om rechtstreeks geboekt onder de post kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF (op een totaal van 18,345 miljard FRF) en werd het saldo verdeeld over de verschillende herwaarderingsposten.

Administratieve procedure en litigieuze beschikking

14 Bij brieven van 10 juli en 27 november 2001 heeft de Commissie de Franse autoriteiten verzocht haar bepaalde inlichtingen te geven over verschillende maatregelen die ten aanzien van EDF waren getroffen en staatssteun konden behelzen.

15 Daarop is tussen de Commissie en de Franse autoriteiten correspondentie gevoerd; in een brief van 9 april 2002 van de Franse autoriteiten aan de Commissie, met als bijlage een ongedateerde notitie van het directoraat-generaal belastingen van het ministerie van Economie, Financiën en Industrie, staat onder meer het volgende te lezen:

„De RAG-rechten van de concessiegever vertegenwoordigen een niet-verschuldigd bedrag dat ten onrechte onbelast is gebleven omdat dit is toegevoegd aan het kapitaal.

Deze reserves zijn aan het kapitaal toegevoegd zonder fiscale gevolgen, aangezien het RAG niet onder de voor concessies geldende fiscale en boekhoudkundige regels viel. Aangezien het RAG eigen vermogen was, was EDF niet verplicht om deze vermogensbestanddelen aan de Staat terug te geven, zodat de daarmee overeenkomende bedragen die onder de post ‚[R]echten van de concessiegever’ waren opgevoerd geen reële passiva vormden, maar een reserve waarover belasting verschuldigd was. Gelet hierop had deze reserve, alvorens te worden toegevoegd aan het kapitaal, uit de passiva van de balans, waar zij ten onrechte was opgenomen, moeten worden overgebracht naar een nettostaat. Zodoende zou een positief verschil in de nettowaarde zijn ontstaan, dat belastbaar was overeenkomstig het reeds aangehaalde artikel 38, [lid 2].

Het aldus verkregen belastingvoordeel kan worden geraamd op 5,88 [miljard FRF] ($14,119 \times 41,66\%$) [of 888,89 miljoen EUR, volgens de omrekening die de Commissie op basis van de wisselkoers FRF/EUR van 22 december 1997 heeft gedaan].”

16 Bij brief van 16 oktober 2002, bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 16 november 2002 (PB C 280, blz. 8), heeft de Commissie aan de Franse autoriteiten drie onderling verband houdende beschikkingen betreffende EDF betekend. Overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG heeft de Commissie met name een beschikking gegeven tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure teneinde te bepalen in welke mate EDF een voordeel had genoten door geen vennootschapsbelasting te betalen over het gedeelte van de belastingvrije bestemmingsreserves die voor de vernieuwing of de vervanging van het RAG waren

aangelegd.

17 Daarop is opnieuw correspondentie gevoerd tussen de Franse autoriteiten en de Commissie. Met name in een brief van 9 december 2002 van de Franse autoriteiten aan de Commissie staat onder meer het volgende te lezen:

„2. De boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie ter hoogte van de gedeeltelijke belastingvrijstelling, die ook bedoeld was als correctie van een onderkapitalisatie.

[...]

De RAG-rechten van de concessiegever werden vóór 1997 beschouwd als nagenoeg eigen vermogen wegens de bijzondere situatie die ontstaat doordat de Staat jegens EDF een dubbele hoedanigheid heeft: concessieverlenende overheid en eigenaar. Deze omstandigheid impliceert dat de rechten van de concessiegever geen daadwerkelijk invorderbare schuld van EDF jegens de Staat vormen.

Naar aanleiding van de herstructurering van de balans in 1997, waarbij de minister van Economie, Financiën en Industrie en de staatssecretarissen voor Begrotingszaken en Industrie waren betrokken, hebben EDF en de Staat het nagenoeg eigen vermogen als eigen vermogen willen opvoeren zonder daarover vennootschapsbelasting te betalen.

Volgens deze logica was het voor de overheid doeltreffender en neutraler om de rechten van de concessiegever voor het totaalbedrag rechtstreeks aan het eigen vermogen toe te voegen in plaats van de volgende gelijkwaardige verrichtingen te doen:

- een nettobedrag na vennootschapsbelasting aan het kapitaal toevoegen;
- vragen dat EDF de vennootschapsbelasting voor het bedrag van het verschil in nettoactief betaalt;
- het met de betaalde belasting overeenstemmende bedrag aan het kapitaal toevoegen.

Een dergelijke aanvullende kapitaalinjectie was gerechtvaardigd wegens de winstverwachtingen van EDF in 1997 die in de jaren daarop zijn ingelost. In vergelijkbare omstandigheden zou een particuliere investeerder in een markteconomie tot deze kapitaalinjectie hebben besloten.

Bovendien was de boekhoudkundige herschikking van de bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG [...] ook bedoeld om de balansstructuur meer te doen afstemmen op die van ondernemingen in soortgelijke industriële sectoren.”

18 Op 16 december 2003 heeft de Commissie de litigieuze beschikking gegeven.

19 Artikel 3 van deze beschikking bepaalt:

„De niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de onbelaste bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG, ter hoogte van 14,119 miljard FRF voor rechten van de concessiegever welke zijn overgebracht naar kapitaalinjecties, is staatssteun die niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

Het steunbestanddeel in verband met de niet-betaling van de vennootschapsbelasting bedraagt 888,89 miljoen EUR.”

20 Artikel 4 van deze beschikking bepaalt:

„Frankrijk neemt alle nodige maatregelen om de in artikel 3 bedoelde en reeds onwettig ter beschikking gestelde steun van EDF terug te vorderen.”

21 Met betrekking tot het belastingvoordeel dat EDF in 1997 zou hebben genoten, overweegt de Commissie in deze beschikking het volgende:

„(88) Uit het schrijven van de minister van Economische Zaken, waarin de fiscale gevolgen van de nieuwe balansindeling van EDF worden beschreven, blijkt dat de Franse autoriteiten een vennootschapsbelasting van 41,66 % (het geldende tarief in 1997) hebben berekend over de ongebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG.

(89) Overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 [...] is echter een gedeelte van deze reserves, de rechten van de concessiegever, dat overeenstemt met de reeds gerealiseerde vernieuwingswerkzaamheden, overgebracht naar kapitaalinjecties ter hoogte van 14,119 miljard FRF zonder dat hierover vennootschapsbelasting is berekend. [...] In een notitie van het directoraat-generaal belastingen van 9 april 2002 aan de Commissie [merken] de Franse autoriteiten [...] op dat ,het aldus verkregen belastingvoordeel [in 1997 door EDF] kan worden geraamd op 5,88 miljard FRF ($14,119 \times 41,66 \%$)', dus 888,89 miljoen EUR [...].

[...]

(91) De Commissie is van mening dat over de rechten van de concessiegever tegelijkertijd dezelfde belasting had moeten worden betaald als over de andere belastingvrije bestemmingsreserves. Dit betekent dat 14,119 miljard FRF aan rechten van de concessiegever had moeten worden opgeteld bij de 38,5 miljard FRF aan ongebruikte reserves zodat hierover een belasting van 41,66 % kon worden berekend. Dit percentage is toegepast op de nieuwe balansindeling van EDF door de Franse autoriteiten. Door niet de volledige vennootschapsbelasting te betalen op de nieuwe balansindeling heeft EDF 888,89 miljoen EUR bespaard.

[...]

(95) De Franse autoriteiten beweren bovendien dat de boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie van een bedrag dat overeenkomt met de gedeeltelijke belastingvrijstelling. Van hun kant zou het dus om een investering en niet om steun gaan. [...]

(96) De Commissie wijst deze argumenten van de hand en wijst erop dat het beginsel van de particuliere investeerder slechts een rol mag spelen tijdens de uitoefening van economische activiteiten en niet tijdens de uitoefening van regulerende bevoegdheden. De overheid kan zich niet beroepen op het argument dat zij eventuele economische voordelen zou kunnen verkrijgen als eigenaar van een bedrijf ter rechtvaardiging van steun die zij willekeurig heeft verleend via voorrechten waartoe zij kan besluiten als fiscale autoriteit van dit bedrijf.

(97) Een lidstaat kan namelijk naast de uitoefening van zijn functie als openbare macht weliswaar optreden als aandeelhouder, maar hiertussen moet wel een duidelijke scheidslijn bestaan. Als lidstaten hun voorrechten als openbare macht zouden mogen aanwenden ten behoeve van hun investeringen in ondernemingen op markten met open mededinging, zou de communautaire regelgeving op het gebied van staatssteun totaal geen dienstig effect meer hebben. Ook al is het Verdrag krachtens artikel 295 neutraal ten aanzien van kapitaalbezit, toch

moeten overheidsbedrijven zich houden aan dezelfde regels als particuliere ondernemingen. Overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen zouden niet langer gelijk worden behandeld als de staat zijn voorrechten als openbare macht zou aanwenden ten behoeve van ondernemingen waarvan hij aandeelhouder is.”

22 In punt 51 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erop gewezen dat met de rente berekend volgens artikel 4 van de litigieuze beschikking, het bedrag dat van EDF wordt teruggevorderd, in het totaal 1,217 miljard EUR beloopt en EDF dit bedrag aan de Franse Staat heeft terugbetaald.

Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest

23 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 27 april 2004, heeft EDF beroep tot nietigverklaring van de artikelen 3 en 4 van de litigieuze beschikking ingesteld.

24 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 17 augustus 2004, heeft de Franse Republiek verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van EDF. Bij beschikking van 20 september 2004 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht deze interventie toegestaan.

25 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 maart 2008, heeft Iberdrola, SA (hierna: „Iberdrola”) verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie. Hoewel het verzoek tot interventie is ingediend na het verstrijken van de termijn van zes weken, bepaald in artikel 115, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, is Iberdrola bij beschikking van 5 juni 2008 toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie en indiening van haar opmerkingen tijdens de mondelinge behandeling.

26 Ter onderbouwing van haar beroep heeft EDF drie primaire middelen en twee subsidiaire middelen aangevoerd.

27 Het Gerecht heeft zijn onderzoek beperkt tot het eerste primaire middel en de eerste drie onderdelen van het tweede primaire middel. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht immers het eerste middel en de eerste twee onderdelen van het tweede middel afgewezen. Het Gerecht heeft daarentegen het derde onderdeel van het tweede middel gegrond verklaard en bijgevolg de artikelen 3 en 4 van de litigieuze beschikking nietig verklaard.

28 Met het derde onderdeel van het tweede middel van haar beroep heeft EDF aangevoerd dat de betrokken maatregelen als een kapitaalinjectie hadden moeten worden aangemerkt en hadden moeten worden onderzocht in de bredere context van verduidelijking van de financiële verhouding tussen de Franse Staat en EDF. Bij de tenuitvoerlegging van deze maatregelen heeft deze lidstaat gehandeld als een verstandige particuliere investeerder in een markteconomie, hetgeen de Commissie had moeten nagaan aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder.

29 De Franse Republiek heeft geïntervenieerd aan de zijde van EDF voor met name het derde onderdeel. Iberdrola heeft geïntervenieerd aan de zijde van de Commissie voor hetzelfde onderdeel.

30 In de punten 233 tot en met 237 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat, om uit te maken of de Commissie de interventie van de Franse Staat in het kapitaal van EDF moest onderzoeken aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder, diende te worden vastgesteld of deze interventie, gelet op de aard en het voorwerp ervan en de doelstelling waarop zij is gericht, een investering is die een particuliere investeerder kan verrichten, en derhalve door deze Staat als marktdeelnemer was verricht op dezelfde grondslag als een

particulier investeerder, dan wel een interventie van de Staat die als overheid handelt, waardoor dit criterium niet van toepassing is. Het Gerecht heeft inzonderheid geoordeeld dat de betrokken maatregel niet alleen naar de vorm ervan diende te worden beoordeeld, daar het gebruik van een wet voor een interventie op zich niet voldoende is om uit te sluiten dat met de interventie van de Staat in het kapitaal van een onderneming een economisch doel wordt nagestreefd dat ook een particulier investeerder kan beogen.

31 In de punten 240 tot en met 242 van dit arrest heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de „rechten van de concessiegever” buiten de resultatenrekening om rechtstreeks zijn geboekt onder de post kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF. Het Gerecht heeft benadrukt dat volgens de Commissie het feit dat vóór de kapitaalinjectie geen belasting over deze rechten was geheven, staatssteun behelsde, waarbij alle partijen het erover eens waren dat over het bedrag van 14,119 miljard FRF belasting verschuldigd was voordat het onder de post „Kapitaalinjecties” werd geboekt.

32 In de punten 243 tot en met 245 van dit arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de betrokken maatregel, bedoeld om de balans van EDF te herstructureren en haar eigen vermogen te verhogen, geen fiscale bepaling als zodanig vormde, maar een bepaling van boekhoudkundige aard met fiscale gevolgen. Niettemin heeft het Gerecht vastgesteld dat de Commissie slechts de fiscale gevolgen van deze maatregel had onderzocht en had aangegeven dat het wegens de fiscale aard van het door haar vastgestelde voordeel niet haar taak was om rekening te houden met de gerealiseerde kapitaalverhoging of het criterium van de particuliere investeerder toe te passen, aangezien de afstand van een belastingvordering zoals in casu berust op de uitoefening van overheidsbevoegdheden.

33 In de punten 247 tot en met 250 van ditzelfde arrest heeft het Gerecht verklaard dat gelet op de met de betrokken maatregel nagestreefde doelstelling van herkapitalisatie van EDF de Commissie niet enkel vanwege het fiscale karakter van de betrokken schuldvordering het criterium van de particuliere investeerder buiten toepassing mocht laten. Volgens het Gerecht diende de Commissie de economische beweegredenen van de betrokken investering te bepalen door te oordelen of een particuliere investeerder in dezelfde omstandigheden voor eenzelfde bedrag een vergelijkbare investering in EDF zou hebben gedaan. Deze verplichting gold immers voor de Commissie ongeacht de vorm waarin de Staat het kapitaal had ingebracht.

34 In de punten 251 en 252 van het bestreden arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat niet uit te sluiten valt dat de vorm waarin de betrokken investering is gedaan, tot verschillen leidt wat de kosten voor het vrijmaken van kapitaal en het rendement van het kapitaal betreft, zodat zou kunnen worden geconcludeerd dat een particuliere investeerder deze investering niet zou hebben verricht. Dit vereist echter een economische analyse in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder. Volgens het Gerecht was een dergelijke analyse immers gerechtvaardigd omdat een kapitaalverhoging kan plaatsvinden door inbreng van een schuldvordering die een particuliere aandeelhouder op de onderneming heeft en het gebruik van een wet daartoe bovendien kan worden beschouwd als het noodzakelijke gevolg van het feit dat de voorschriften met betrekking tot het kapitaal van EDF zelf bij wet waren vastgesteld.

35 Bijgevolg is het Gerecht in punt 253 van dit arrest tot de slotsom gekomen dat gelet op de noodzaak om de betrokken maatregel in zijn context te beoordelen de Commissie zich niet mocht beperken tot het onderzoek van de fiscale gevolgen ervan, maar zij tegelijk de juistheid moest onderzoeken van het argument dat de afstand van de belastingvordering in het kader van de herstructurering van de balans en de verhoging van het kapitaal van EDF kon worden beschouwd als een verrichting die voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder.

36 Vervolgens heeft het Gerecht in de punten 254 tot en met 259 van dit arrest het argument

van de Commissie afgewezen dat het criterium van de particuliere investeerder niet kon worden toegepast omdat de Franse Staat in casu zijn overheidsbevoegdheden had uitgeoefend door gebruik te maken van een wet om afstand te doen van een belastingvordering. Het Gerecht heeft geoordeeld dat in casu geen verplichting rustte op de Staat als overheid en het niet ging om de waardering van bepaalde kosten die voor de Staat uit zijn verplichtingen als overheid voortvloeiden.

37 In de punten 260 tot en met 263 van ditzelfde arrest heeft het Gerecht het argument van de Commissie van de hand gewezen dat het criterium van de particuliere investeerder geen toepassing kan vinden op de omzetting van een belastingvordering in kapitaal aangezien een particuliere investeerder geen dergelijke vordering op een onderneming kan hebben, maar enkel een civielrechtelijke of handelsrechtelijke vordering. Volgens het Gerecht strekt het criterium van de particuliere investeerder juist ertoe na te gaan of een particuliere investeerder, hoewel de Staat over middelen beschikt waarover hij niet beschikt, in dezelfde omstandigheden een vergelijkbare investeringsbeslissing zou hebben genomen. De aard van de schuldvordering en het feit dat een particuliere investeerder nooit een belastingvordering kan hebben, zijn dus niet van belang.

38 In de punten 264 tot en met 277 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het argument van de Commissie afgewezen dat een particuliere investeerder in een vergelijkbare situatie zelf de belasting had moeten voldoen, hetgeen voor hem hogere kosten zou hebben meegebracht aangezien hij voor een inbreng van 100 EUR in feite 141,66 EUR zou hebben moeten vrijmaken.

39 Dienaangaande heeft het Gerecht in de eerste plaats opgemerkt dat EDF en de Franse Republiek hadden gesteld, en de Commissie zelf in punt 51 van de in punt 16 van het onderhavige arrest bedoelde beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure had gemeend, dat volgens het Franse belastingrecht de wijziging van het nettoactief als gevolg van de kapitaalverhoging door de inbreng van de schuldvordering die een aandeelhouder van een onderneming op die onderneming heeft, buiten beschouwing moest worden gelaten bij de berekening van de vennootschapsbelasting en dat bijgevolg bij de omzetting van deze schuldvordering in kapitaal geen belastingheffing plaatsvond over het bedrag van deze schuldvordering.

40 In de tweede plaats was het Gerecht van oordeel dat het betoog van de Commissie in tegenspraak was met het voordeel dat zij in de litigieuze beschikking had vastgesteld, aangezien dit betoog leidde tot een onderzoek van de totale kosten die voor een particuliere investeerder ontstaan bij een investering van 14,119 miljard FRF, terwijl de herbestemming van de rechten van de concessiegever, ten belope van dit bedrag, door de Commissie niet als steun was aangemerkt.

41 In de derde plaats heeft het Gerecht het betoog van de Commissie niet consistent bevonden aangezien zij erkende dat zij de aanvullende kapitaalinjectie van 5,88 miljard FRF (en hier heeft het Gerecht per abuis 5,6 miljard FRF vermeld) zou hebben onderzocht indien EDF dit bedrag aan belasting zou hebben betaald en vervolgens indien de Franse Staat haar dit bedrag zou hebben gerestitueerd, omdat de door deze Staat gemaakte kosten dan — en alleen dan — met de kosten van een particuliere investeerder konden worden vergeleken. Het Gerecht heeft echter geoordeeld dat in dat geval de kosten voor deze Staat dezelfde en het door EDF ontvangen bedrag hetzelfde zouden zijn geweest als het bedrag dat EDF dankzij de betrokken maatregel heeft ontvangen.

42 In de vierde plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat gesteld dat een particuliere investeerder daadwerkelijk de belasting zou moeten voldoen, de kosten van een kapitaalinjectie door inbreng van een schuldinvordering voor hem 5,88 miljard FRF zouden hebben bedragen en dus evenveel zouden hebben belopen als het bedrag dat de Franse Staat in casu heeft gedragen. Bovendien kan alleen met het criterium van de particuliere investeerder een eventueel kostenverschil worden geverifieerd.

43 In de vijfde plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat ook al waren de kosten van een herkapitalisatie ten bedrage van 14,119 miljard FRF voor de Franse Staat 0 FRF en voor een particuliere investeerder 5,88 miljard FRF, dit verschil in kosten niet in de weg zou hebben gestaan aan toepassing van het criterium van de particuliere investeerder.

44 In punt 283 van het bestreden arrest heeft het Gerecht niet ingestemd met het argument van de Commissie dat bij aanvaarding van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder iedere vorm van belastingvrijstelling waartoe de lidstaten besluiten, geldig zou zijn. Het Gerecht heeft eraan herinnerd dat het in casu zijns inziens niet ging om een gewone belastingvrijstelling voor een onderneming, maar om de afstand van een belastingvordering in het kader van de verhoging van het kapitaal van een onderneming waarvan de Staat enig aandeelhouder is. Voorts heeft het Gerecht verklaard dat niet mag worden vooruitgelopen op het resultaat van de toepassing van dit criterium, want anders zou dit criterium totaal zinloos worden.

Procesverloop voor het Hof

45 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 29 juli 2010, heeft de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA verzocht om toelating tot interventie aan de zijde van de Commissie.

46 Bij beschikking van 2 september 2010 heeft de president van het Hof toelating tot deze interventie verleend.

Conclusies van de partijen

47 De Commissie concludeert tot:

- vernietiging van het bestreden arrest, voor zover het Gerecht daarbij de artikelen 3 en 4 van de litigieuze beschikking nietig heeft verklaard en de Commissie heeft verwezen in haar eigen kosten en in de kosten van EDF;
- afwijzing van het derde onderdeel van het tweede middel dat EDF in eerste aanleg heeft aangevoerd;
- terugwijzing van de zaak naar het Gerecht voor heronderzoek, en
- aanhouding van de beslissing omtrent de kosten van het geding.

48 De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA concludeert tot:

- toewijzing van de hogere voorziening en vernietiging van het bestreden arrest, en
- terugwijzing van de zaak naar het Gerecht.

49 Iberdrola concludeert tot:

- toewijzing van de hogere voorziening en vernietiging van het bestreden arrest;

- afwijzing van het derde onderdeel van het tweede middel dat EDF heeft aangevoerd;
- terugwijzing van de zaak naar het Gerecht, en
- verwijzing van EDF in de kosten, daaronder begrepen de kosten van Iberdrola.

50 EDF en de Franse Republiek concluderen tot:

- afwijzing van de hogere voorziening, en
- verwijzing van de Commissie in de kosten.

Hogere voorziening

51 Ter onderbouwing van haar hogere voorziening voert de Commissie twee middelen aan: het eerste middel betreft onjuiste opvatting van de feiten en het tweede middel betreft onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 87 EG en meer bepaald bij de afbakening van de werkingssfeer en de inhoud van het criterium van de verstandige particuliere investeerder in een markteconomie.

52 Eerst dient het tweede middel te worden onderzocht.

Tweede middel: onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 87 EG

53 Het tweede middel omvat vier onderdelen, die samen moeten worden onderzocht.

Argumenten van partijen

54 In het eerste onderdeel van het tweede middel stelt de Commissie dat het Gerecht blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven door op basis van de door de Franse Staat nagestreefde doelstelling uit te maken of deze Staat heeft gehandeld als aandeelhouder dan wel als overheid. In artikel 87, lid 1, EG wordt immers geen onderscheid naar de met de staatsinterventies nagestreefde doelstellingen gemaakt.

55 Volgens de Commissie is het niet mogelijk om aan de hand van het criterium van de bedoeling van deze lidstaat een onderscheid te maken tussen interventies van de Staat als aandeelhouder en interventies van de Staat als overheid. Naar de mening van deze instelling is dit een subjectief criterium dat manipulatie in de hand werkt.

56 In het tweede onderdeel van het tweede middel stelt de Commissie in de eerste plaats dat het Gerecht geen poging heeft ondernomen om vast te stellen of het gedrag van de Franse Staat vergelijkbaar is met het gedrag van een particuliere investeerder, want de analyse van het Gerecht ziet niet op het in wet nr. 97-1026 bedoelde „korte plan”, maar op het „lange plan”, waarbij eerst een nettobedrag na belasting is toegevoegd aan de post „Kapitaalinjecties” en vervolgens EDF is gevraagd een over het verschil in nettoactief geheven bedrag aan belasting te betalen en ten slotte een bedrag gelijk aan deze belasting aanvullend is toegevoegd aan het kapitaal.

57 Volgens de Commissie is de keuze voor deze of gene handelwijze niet zonder belang, aangezien volgens het „lange plan” de staatsbegroting transparantie verzekert terwijl volgens het — in casu toegepaste — „korte plan” de aangewende middelen onder geen enkele budgettaire discipline vallen. Op deze wijze is de gelijkheid in belastingzaken doorbroken, aangezien EDF zonder enige vorm van transparantie een bijzondere behandeling heeft genoten.

58 In de tweede plaats verwijt de Commissie het Gerecht geen acht te hebben geslagen op de

noodzaak om een particuliere referentie-investeerder te definiëren, hoewel volgens de rechtspraak een in de markteconomie daadwerkelijk bestaande vergelijkingsbasis moet worden gedefinieerd. Volgens deze instelling heeft het Hof situaties waarin geen echte marktdeelnemer bestaat die als vergelijkingspunt voor het gedrag van de Staat kan dienen, van de werkingssfeer van het criterium van de particuliere investeerder uitgesloten.

59 In de derde plaats is de Commissie van mening dat het gedrag van de Franse Staat niet zou zijn gevolgd door een particuliere investeerder, aangezien laatstgenoemde vennootschapsbelasting had moeten betalen en deze belasting niet in kapitaal had kunnen omzetten. Alleen de Staat, als belastingoverheid, kon nog over het betrokken bedrag beschikken. Met het criterium van de particuliere investeerder wordt echter nagegaan of in vergelijkbare omstandigheden een particuliere investering haalbaar was.

60 In de vierde plaats betoogt de Commissie dat met het criterium van de particuliere investeerder, zoals opgevat door het Gerecht, elke gedraging van de Staat uit het oogpunt van de winstgevendheid wordt onderzocht, waardoor overheidsbedrijven voordeel kunnen halen uit hun status van eigenaar.

61 Met het derde middel van het tweede onderdeel voert de Commissie aan dat de analyse van het Gerecht, doordat daarin de winstgevendheid als enige toetssteen wordt gehanteerd en rekening wordt gehouden met de mogelijkheid voor de Staat om gebruik te maken van zijn voorrechten als openbare macht, het beginsel van gelijke behandeling van overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen schendt, in strijd met de artikelen 295 EG en 87 EG tot verstoringen van de mededinging leidt en haaks staat op de doelstelling van het criterium van de particuliere investeerder. Dit criterium wordt immers een middel om maatregelen die een particuliere investeerder niet kan nemen, niet als staatssteun aan te merken.

62 Met het vierde onderdeel van het tweede middel stelt de Commissie in de eerste plaats dat het Gerecht de regels inzake de bewijslastverdeling heeft geschonden. Wanneer is voldaan aan alle andere voorwaarden voor vaststelling dat sprake is van staatssteun, staat het volgens de Commissie aan de lidstaat die zich beroept op de uitzondering die voortvloeit uit het criterium van de particuliere investeerder, om te bewijzen dat is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van deze uitzondering.

63 Evenwel staat vast dat de Franse autoriteiten in de loop van de administratieve procedure enkel gewag hebben gemaakt van winstvooruitzichten zonder dat zij hun beweringen met gegevens hebben gestaafd. Bovendien blijkt nergens uit het dossier dat de Franse Staat de potentiële winstgevendheid van de betrokken belastingvrijstelling in overweging heeft genomen. De Commissie is van mening dat zij in deze omstandigheden de betrokken belastingvrijstelling niet aan dit criterium hoefde te toetsen.

64 In de tweede plaats herinnert de Commissie eraan dat de wettigheid van een beschikking inzake staatssteun moet worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover zij kon beschikken op het ogenblik waarop zij deze beschikking gaf. Uit het voorgaande volgt echter dat de Commissie op dat tijdstip geen elementen in haar bezit had waaruit kon blijken dat het criterium van de particuliere investeerder relevant was.

65 Iberdrola sluit zich aan bij het betoog van de Commissie en voegt inzake het eerste onderdeel van het tweede middel daaraan toe dat het Gerecht, door cruciaal belang toe te kennen aan de door de Staat nagestreefde doelstelling, is voorbijgegaan aan het onderscheid tussen de Staat als aandeelhouder en de Staat als overheid. Op deze wijze gaat de ongelijkheid die bestaat tussen de middelen waarover een particuliere marktdeelnemer kan beschikken, en de middelen van de Staat verloren achter de mogelijke samenvloeiing van de nagestreefde doelstellingen.

66 Iberdrola preciseert dat geen enkele particuliere marktdeelnemer bij machte is om te bepalen welke voorwaarden gelden voor de belastingplichtigheid en naar haar mening maakt de uitoefening van een fiscale bevoegdheid geen deel uit van een economische activiteit, die erin bestaat goederen en diensten op een bepaalde markt aan te bieden. Iberdrola voegt daaraan toe dat het feit dat de Staat wordt verboden zijn fiscale bevoegdheid te gebruiken in het voordeel van de overheidsbedrijven, geen discriminatie in het leven roept omdat de Staat steeds de mogelijkheid heeft een kapitaalinjectie te doen.

67 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het tweede middel preciseert Iberdrola dat indien de Franse Staat de belasting had ontvangen en daarna in zijn begroting had opgenomen, het niet zeker was dat het betrokken bedrag aan het kapitaal van EDF zou zijn toegevoegd, aangezien de procedures, controles en de arbitrages voor de uitvoering van een beslissing betreffende een dergelijke inbreng verschillend zouden zijn geweest van die waartoe de betrokken belastingvrijstelling aanleiding heeft gegeven.

68 Met betrekking tot het derde onderdeel van het tweede middel betoogt Iberdrola dat de scheiding tussen de activiteiten van aandeelhouder en de activiteiten die een Staat uitoefent met gebruikmaking van zijn overheidsprerogatieven, belangenconflicten beoogt te voorkomen en de gelijkheid van kansen van marktdeelnemers te vrijwaren. De logica die het Gerecht heeft gevolgd, zou de lidstaten evenwel in staat stellen hun prerogatieven te gebruiken om overheidsbedrijven vrij te stellen van bepaalde verplichtingen die wel op de particuliere ondernemingen rusten.

69 De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA sluit zich aan bij het betoog van de Commissie en Iberdrola. Met betrekking tot het eerste onderdeel van het tweede middel is zij van mening dat de bedoelingen van de Staat, ook al kunnen zij met zekerheid worden bepaald, niet in overweging moeten worden genomen. Op basis van objectieve en controleerbare criteria moet worden uitgemaakt of de Staat als overheid dan wel als particuliere investeerder heeft gehandeld.

70 De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA merkt op dat de Staat in de uitoefening van de overheidsmacht belastingen int en naar zij meent, valt ook de afstand van een belastingvordering daaronder. Een gedraging als die van de Staat is echter niet vergelijkbaar met het gedrag van een particuliere investeerder.

71 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het tweede middel benadrukt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA dat de schuld van EDF jegens de Franse Staat geen handelsschuld of contractuele schuld was, maar een belastingschuld. Volgens deze Autoriteit had het Gerecht, in plaats van een fictieve, subjectieve gedraging van de Franse Staat te vergelijken met die van een hypothetische particuliere investeerder, het werkelijke gedrag van deze Staat moeten vergelijken met het gedrag niet van een schuldeiser, maar van een op de markt bestaande investeerder.

72 De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA preciseert dat de financiële crisis heeft uitgewezen dat in dergelijke situaties toepassing moet worden gemaakt van een duidelijk en gemakkelijk te hanteren criterium dat is gebaseerd op objectieve elementen waarop rechterlijk toezicht mogelijk is. De benadering die het Gerecht heeft gevolgd, voldoet evenwel niet aan dit

vereiste.

73 Met betrekking tot het vierde onderdeel van het tweede middel benadrukt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA dat de omkering van de bewijslast door het Gerecht de instellingen die belast zijn met toezicht op staatssteun, in een lastig parket plaatst, daar zij hun beslissingen slechts kunnen nemen op basis van de gegevens waarover zij beschikken. De Commissie kan niet op eigen initiatief het criterium van de particuliere investeerder toepassen.

74 EDF en de Franse Republiek concluderen tot afwijzing van het tweede middel in hogere voorziening. Volgens EDF en de Franse Republiek heeft het Gerecht met name terecht geoordeeld dat het criterium van de particuliere investeerder in casu van toepassing was en dat de Commissie, door dit criterium van meet af aan buiten beschouwing te laten, de op haar rustende procedurele verplichtingen niet is nagekomen.

Beoordeling door het Hof

75 De Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Iberdrola verwijten het Gerecht in wezen te hebben onderzocht of in casu het criterium van de particuliere investeerder van toepassing was, ten eerste door daartoe rekening te houden met de doelstelling die de Franse Staat met de betrokken maatregel beoogde, ten tweede door de rol van de Staat als aandeelhouder en de rol van de Staat die zijn fiscale bevoegdheden uitoefent, door elkaar te halen, ten derde door het beginsel van gelijke behandeling van overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen te schenden en ten vierde door de regels inzake de bewijsvoeringslast met voeten te treden.

76 Volgens de rechtspraak sluiten de door een Staat nagestreefde doelstellingen een met staatsmiddelen genomen maatregel die de begunstigde onderneming in een gunstigere financiële positie dan haar concurrenten plaatst en om die reden de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten negatief beïnvloedt, niet meteen uit van de kwalificatie van „steun” in de zin van artikel 87 EG (zie in de zin arresten van 19 mei 1999, Italië/Commissie, C-6/97, Jurispr. blz. I-2981, punt 15; 19 september 2000, Duitsland/Commissie, C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, Jurispr. blz. I-4727, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77 Lid 1 van deze bepaling maakt immers geen onderscheid op grond van de redenen of doeleinden van maatregelen van de staten, maar definieert deze aan de hand van de gevolgen ervan (arrest Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

78 Tevens is het vaste rechtspraak dat evenwel niet is voldaan aan de voorwaarden opdat een maatregel onder het begrip „steun” in de zin van artikel 87 EG valt, wanneer de begunstigde overheidsonderneming hetzelfde voordeel had kunnen genieten als het voordeel dat met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, waarbij deze beoordeling voor overheidsbedrijven in beginsel aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder moet geschieden (zie in die zin arresten van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-303/88, Jurispr. blz. I-1433, punt 20, en 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punten 68-70, en arrest Comitato „Venezia vuole vivere” e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79 Uit de rechtspraak volgt met name dat ter beoordeling van de vraag of dezelfde maatregel zou zijn genomen onder normale marktomstandigheden door een particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de Staat benadert, alleen rekening dient te

worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die de Staat heeft in zijn hoedanigheid van aandeelhouder, en niet met die welke voortvloeien uit zijn hoedanigheid van overheid (zie in die zin arresten van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 14, en België/Commissie, 40/85, Jurispr. blz. 2321, punt 13; 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92–C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 22, en 28 januari 2003, Duitsland/Commissie, C-334/99, Jurispr. blz. I-1139, punt 134).

80 Daaruit volgt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de rol van de Staat als aandeelhouder van een onderneming en de rol van de Staat die als overheid handelt, zoals de Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Iberdrola terecht stellen en het Gerecht in de punten 223 tot en met 228 van het bestreden arrest heeft geoordeeld.

81 Bijgevolg hangt toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder uiteindelijk ervan af of de betrokken lidstaat een hem toebehorende onderneming een economisch voordeel toekent in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid.

82 Zo een lidstaat in de loop van de administratieve procedure op dit criterium een beroep doet, moet hij bij twijfel derhalve ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aantonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd.

83 Uit deze gegevens moet duidelijk blijken dat de betrokken lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het economische voordeel (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punten 71 en 72) heeft beslist om met de daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel te investeren in een door hem gecontroleerd overheidsbedrijf.

84 Daartoe kunnen met name noodzakelijk zijn gegevens waaruit blijkt dat deze beslissing is genomen op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere investeerder die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de Staat benadert, in de concrete omstandigheden van het geval zou hebben doen uitvoeren alvorens deze investering te doen teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren.

85 Economische ramingen die na toekenning van dit voordeel zijn gemaakt, de vaststelling achteraf dat de door de betrokken lidstaat gedane investering daadwerkelijk winstgevend is geweest of naderhand aangevoerde rechtvaardigingen voor de keuze van de gevolgde handelwijze kunnen echter niet volstaan tot bewijs dat deze lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het voordeel een dergelijke beslissing in zijn hoedanigheid van aandeelhouder heeft genomen (zie in die zin arrest Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punten 71 en 72).

86 Wanneer de betrokken lidstaat de Commissie gegevens van het vereiste soort verstrekt, staat het aan de Commissie om een globale beoordeling te verrichten rekening houdend niet alleen met de door deze lidstaat verstrekte gegevens maar ook met alle andere relevante gegevens van de zaak op basis waarvan kan worden uitgemaakt of de lidstaat de betrokken maatregel heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid. In dit verband kunnen met name relevant zijn, zoals het Gerecht in punt 229 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, de aard en het voorwerp van deze maatregel, de context waarin hij is genomen, alsmede de daarmee nagestreefde doelstelling en regels waaraan deze maatregel is onderworpen.

87 Bijgevolg heeft het Gerecht, gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak, terecht geoordeeld dat bij de vereiste globale beoordeling rekening kon worden gehouden met de door de Franse Staat nagestreefde doelstelling teneinde uit te maken of deze Staat wel degelijk als

aandeelhouder heeft gehandeld en of het criterium van de particuliere investeerder derhalve in casu van toepassing was.

88 Aangaande de vraag of de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder in casu kon worden uitgesloten louter op grond van het feit dat de door de Franse Staat aangewende middelen een fiscaal karakter hadden, dient eraan te worden herinnerd dat artikel 87, lid 1, EG bepaalt dat steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd die wegens de gevolgen ervan de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn voor zover zij het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden (zie arrest van 19 september 2000, Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

89 Bovendien is in punt 78 van het onderhavige arrest opgemerkt dat toepassing van het criterium van de particuliere investeerder ertoe strekt uit te maken of het aan een overheidsbedrijf in welke vorm ook met staatsmiddelen toegekende voordeel wegens de gevolgen ervan de mededinging kan vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden.

90 Met deze bepaling en dit criterium wordt dus beoogd te voorkomen dat het begunstigde overheidsbedrijf dankzij staatsmiddelen in een gunstigere financiële situatie dan zijn concurrenten verkeert (zie in die zin arresten van 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 14, en 19 mei 1999, Italië/Commissie, reeds aangehaald, punt 16).

91 De financiële situatie van het begunstigde overheidsbedrijf hangt echter niet af van de vorm waarin dit voordeel ongeacht de aard ervan ter beschikking is gesteld, maar van het bedrag dat dit bedrijf uiteindelijk verkrijgt. Het Gerecht heeft dus geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door zijn onderzoek of het criterium van de particuliere investeerder toepasselijk was, toe te spitsen op de verbetering van de financiële situatie van EDF met het oog op de liberalisering van de elektriciteitsmarkt en op de gevolgen van de betrokken maatregel voor de mededinging, in plaats van op het fiscale karakter van de door de Franse Staat aangewende middelen.

92 Uit al het voorgaande volgt dat gelet op de doelstellingen van artikel 87, lid 1, EG en van het criterium van de particuliere investeerder, een economisch voordeel, ook al is dat met fiscale middelen toegekend, moet worden getoetst aan het criterium van de particuliere investeerder wanneer na de in voorkomend geval vereiste globale beoordeling blijkt dat de betrokken lidstaat ondanks het gebruik van dergelijke middelen dat een uitoefening van zijn overheidsbevoegdheden vormt, dit voordeel heeft toegekend in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van de hem toebehorende onderneming.

93 De vaststelling van het Gerecht in punt 250 van het bestreden arrest, namelijk dat de verplichting van de Commissie om na te gaan of de Staat het kapitaal heeft ingebracht onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, geldt ongeacht de vorm waarin het kapitaal door de Staat is ingebracht, getuigt bijgevolg niet van een onjuiste rechtsopvatting.

94 Aangaande het argument van de Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Iberdrola dat een particuliere investeerder onder vergelijkbare omstandigheden geen investering als die van de Franse Staat had kunnen doen omdat hij de belasting had moeten betalen en alleen deze Staat als belastingautoriteit nog over dit bedrag aan belasting kon beschikken, zij opgemerkt dat voor de betrokken boekhoudkundige verrichting de particuliere onderneming die zich in de situatie van EDF bevindt, deze belasting had moeten betalen, en niet haar aandeelhouder.

95 In casu had aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder dus kunnen

worden uitgemaakt of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag gelijk aan de verschuldigde belasting had ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie als EDF bevond.

96 Zoals het Gerecht in de punten 275 en 276 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, zou een eventueel verschil in de kosten voor een particuliere investeerder en voor de Staat als investeerder zich bovendien niet hebben verzet tegen toepassing van het criterium van de particuliere investeerder. Dit criterium maakt het immers juist mogelijk om te bepalen of met name een dergelijk kostenverschil bestaat en om daarmee rekening te houden bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de door dit criterium gestelde voorwaarden.

97 Anders dan de Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Iberdrola aanvoeren, wordt door de analyse van het Gerecht het beginsel van gelijke behandeling van overheidsbedrijven en particuliere onderneming derhalve niet geschonden, leidt deze analyse niet tot concurrentievervalsingen en staat zij niet haaks op de doelstelling die met toepassing van het criterium van de particuliere investeerder wordt nagestreefd.

98 Het Gerecht heeft derhalve geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting gegeven door te oordelen dat het criterium van de particuliere investeerder kan worden toegepast zelfs wanneer de aangewende middelen een fiscaal karakter hebben.

99 Daarenboven is het Gerecht in het bestreden arrest niet vooruitgelopen op de toepasselijkheid van dit criterium in casu noch — zoals in punt 283 van dat arrest is opgemerkt — op de uitkomst van de toepassing van dit criterium.

100 Door alleen na te gaan of toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder kon worden uitgesloten louter op grond van het feit dat de door de Franse Staat aangewende middelen een fiscaal karakter hebben, komt de analyse van het Gerecht geenszins erop neer dat de lidstaten wordt toegestaan bij de toepassing van dit criterium rekening te houden met de voordelen en verplichtingen die voortvloeien uit hun hoedanigheid van overheid of met subjectieve elementen die manipulatie in de hand werken.

101 Aangaande de vraag of het in casu noodzakelijk was een referentie-investeerder te definiëren, zij opgemerkt dat de rechtspraak waarop de Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Iberdrola zich in dit verband beroepen, doelt op een situatie waarin het absoluut onmogelijk is om de situatie van een overheidsbedrijf te vergelijken met de situatie van een particuliere onderneming die niet in een gereserveerde sector werkzaam is (zie in die zin arrest van 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a., C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993, punt 38).

102 De Commissie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en Iberdrola voeren evenwel niet aan dat het onmogelijk is om de situatie van EDF te vergelijken met die van een particuliere onderneming die in dezelfde bedrijfsectoren als EDF werkzaam is. Bovendien blijkt uit diezelfde rechtspraak dat voor een dergelijke vergelijking een beoordeling noodzakelijk is op basis van beschikbare objectieve en controleerbare gegevens.

103 Anders dan de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA stellen, vormt het criterium van de particuliere investeerder daarenboven geen uitzondering die enkel geldt op verzoek van een lidstaat, wanneer de bestanddelen van het begrip met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG aanwezig zijn. Uit punt 78 van het onderhavige arrest blijkt immers dat dit criterium, zo het van toepassing is, een van de elementen is die de Commissie in overweging moet nemen om uit te maken of sprake is van dergelijke steun.

104 Wanneer blijkt dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing kan zijn, staat het bijgevolg aan de Commissie om de betrokken lidstaat te vragen haar alle relevantie informatie te bezorgen op basis waarvan kan worden uitgemaakt of is voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid en toepassing van dit criterium en de Commissie mag slechts weigeren deze informatie te onderzoeken indien de overgelegde bewijsstukken dateren van na het tijdstip waarop de beslissing om de betrokken investering te doen is genomen.

105 In de punten 83 tot en met 85 van het onderhavige arrest is reeds opgemerkt dat alleen de gegevens die beschikbaar en de evoluties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen, relevant zijn voor de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder. Dit geldt met name wanneer zoals in casu de Commissie onderzoekt of sprake is van staatssteun met betrekking tot een investering die niet bij haar is aangemeld en door de betrokken lidstaat reeds ten uitvoer is gelegd op het tijdstip waarop zij haar onderzoek voert.

106 Gelet op al het voorgaande moet het tweede middel worden afgewezen.

Eerste middel: onjuiste opvatting van de feiten

107 De Commissie meent in wezen dat het Gerecht de bewijselementen onjuist heeft opgevat door te oordelen dat de Franse Republiek met de betrokken maatregel een belastingvordering heeft omgezet in kapitaal. Volgens de Commissie heeft de Franse Republiek met deze maatregel immers een vrijstelling in de vennootschapsbelasting toegekend. De Commissie stelt dat het criterium van de particuliere investering in geval van een belastingvrijstelling evenwel niet relevant is.

108 Bij de beoordeling van het tweede middel is echter vastgesteld dat wanneer een lidstaat een hem toebehorende onderneming een economisch voordeel toekent, het feit dat de handelwijze voor toekenning van dit voordeel een fiscaal karakter heeft, niet a priori de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder kan uitsluiten. A fortiori volgt daaruit dat de door de betrokken lidstaat gekozen handelwijze van geen belang is voor de beoordeling of dit criterium toepasselijk is.

109 De onjuiste opvatting van de feiten waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven, mocht zij al bewezen zijn, kan bijgevolg in geen geval afdoen aan de gegrondheid van het bestreden arrest. Derhalve faalt het eerste middel.

110 Uit al het voorgaande volgt dat de hogere voorziening moet worden afgewezen.

Kosten

111 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie, dat krachtens artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten voor zover dat is

gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van EDF te worden verwezen in de kosten.

112 Overeenkomstig artikel 69, lid 4, eerste alinea, van dit Reglement voor de procesvoering, dat krachtens dit artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, zal de Franse Republiek haar eigen kosten dragen.

113 Overeenkomstig artikel 69, lid 4, tweede alinea, van dit Reglement voor de procesvoering, dat krachtens dit artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, zal de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA haar eigen kosten dragen.

114 Ingevolge artikel 69, lid 4, derde alinea, van dit Reglement voor de procesvoering, dat krachtens dit artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, kan het Hof bepalen dat een interveniënt zijn eigen kosten zal dragen. Deze bepaling dient te worden toegepast op Iberdrola.

Het Hof (Grote kamer) verklaart:

- 1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) **De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten.**
- 3) **De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, de Franse Republiek en Iberdrola SA dragen hun eigen kosten.**

ondertekeningen

* Procestaal: Frans.