

**KOMMISSIONENS AFGØRELSE (EU) 2016/154**

af 22. juli 2015

**om statsstøtte SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) Konvertering af skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til kapital med henblik på fornyelse af det franske højspændingsnet (Réseau d'Alimentation Générale) iværksat af Frankrig til fordel for EDF**

(meddelt under nummer C(2015) 4959)

**(Kun den franske udgave er autentisk)****(EØS-relevant tekst)**

EUROPA-KOMMISSIONEN HAR —

under henvisning til traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, særlig artikel 108, stk. 2, første afsnit <sup>(1)</sup>,efter at have opfordret de interesserede parter til at fremkomme med deres bemærkninger i medfør af ovennævnte artikel <sup>(2)</sup>,

under hensyntagen til disse bemærkninger, og

ud fra følgende betragtninger:

- (1) Ved beslutning af 16. oktober 2002 indledte Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 108, stk. 2, i TEUF (»indledningsbeslutningen«) vedrørende de fordele, som den offentlige erhvervsvirksomhed »Electricité de France (E.D.F.), Service National« (»EDF« — der ultimo 2004 blev til aktieselskabet Electricité de France SA) opnåede ved sin manglende betaling af den skyldige selskabsskat, og som opstod ved omstruktureringen af selskabets balance i 1997 på en del af de skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til udskiftning af højspændingsforsyningsnettet (»RAG«), der blev konverteret til kapital.
- (2) I deres bemærkninger til Kommissionen ved brev af 11. december 2002 bestred de franske myndigheder, at EDF havde fået en skattemæssig fordel, og gjorde bl.a. gældende, at den supplerende kapitaltilførsel afhjalp en underkapitalisering og derfor var begrundet.
- (3) Ved brev af 21. januar 2003 fremsendte Kommissionen de eneste bemærkninger fra en berørt part, den havde modtaget, til Frankrig og udbad sig de franske myndigheders kommentarer. Frankrig fremsendte ingen kommentarer til disse bemærkninger.
- (4) Der blev den 12. februar 2003 afholdt et teknisk møde mellem Kommissionen og de franske myndigheder, hvorefter Kommissionen den 4. juli 2003 fremsendte en anmodning om oplysninger.
- (5) Den 11. november 2003 fremsendte Frankrig nye oplysninger. Den 17. november 2003 afholdtes et nyt teknisk møde mellem Kommissionen, de franske myndigheder og repræsentanter for EDF. De franske myndigheder fremlagde supplerende oplysninger den 20. november 2003.
- (6) Ved beslutning af 16. december 2003 <sup>(3)</sup> erklærede Kommissionen støtteordningerne for EDF uforenelige med det indre marked og krævede støtten tilbagebetalt med renter. Støtten blev tilbagebetalt i februar 2004.

<sup>(1)</sup> Med virkning fra 1. december 2009 er EF-traktatens artikel 87 og 88 blevet til henholdsvis artikel 107 og 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (»TEUF«). De to sæt bestemmelser er i det væsentlige identiske. I denne afgørelse skal henvisninger til artikel 107 og 108 i TEUF efter omstændighederne forstås som henvisninger til EF-traktatens artikel 87 og 88. Med TEUF er der også indført visse terminologiske ændringer, f.eks. er »Fællesskab« erstattet med »Union«, »fællesmarkedet« med »det indre marked« og »Retten i Første Instans« med »Retten«. Det er TEUF-terminologien, der anvendes i denne afgørelse.

<sup>(2)</sup> EFT C 280 af 16.11.2002, s. 8.

<sup>(3)</sup> EUT L 49 af 22.2.2005, s. 9.

- (7) Ved dom af 15. december 2009 annullerede Retten Kommissionens beslutning <sup>(1)</sup>. Frankrig refunderede EDF det støttebeløb, som selskabet havde tilbagebetalt i 2004.
- (8) Ved dom af 5. juni 2012 forkastede Domstolen den appel, som Kommissionen havde iværksat med påstand om ophævelse af Rettens dom <sup>(2)</sup>.
- (9) Ved afgørelse af 2. maj 2013 udvidede Kommissionen den formelle undersøgelsesprocedure (»udvidelsesafgørelsen«) <sup>(3)</sup>.
- (10) De franske myndigheder fremsendte deres bemærkninger til Kommissionen den 1. juli 2013.
- (11) Ved brev af 13. august 2013 fremsendte Kommissionen en enkelt berørt parts bemærkninger af 29. juli 2013, nemlig EDF's, til Frankrig og udbad sig de franske myndigheders kommentarer. Den 11. oktober 2013 fremsendte Frankrig sine kommentarer til EDF's bemærkninger.
- (12) Den 18. oktober 2013 sendte EDF Kommissionen en undersøgelse udarbejdet af en konsulent (Oxera) og dateret 15. oktober 2013. Den 22. oktober 2013 sendte Kommissionen denne undersøgelse videre til de franske myndigheder og udbad sig deres kommentarer. Kommissionen tog imidlertid det forbehold, at undersøgelsen var blevet fremsendt over to en halv måned efter den frist, der var blevet fastsat i udvidelsesafgørelsen, og desuden at den var blevet udarbejdet, efter at den beslutning om at investere i EDF, som Frankrig påberåbte sig, var blevet truffet. Den 6. november 2013 fremsendte Frankrig sine kommentarer til undersøgelsen.
- (13) Der blev holdt et møde mellem Kommissionen og de franske myndigheder den 14. november 2013. Den 15. november 2013 sendte Kommissionen en anmodning om nye oplysninger og præciseringer af de bemærkninger, som Frankrig havde fremsendt den 23. december 2013.
- (14) Den 22. november 2013 sendte EDF Kommissionen en juridisk udtalelse, der var rekvireret af EDF til at supplere og støtte EDF's bemærkninger af 29. juli 2013.
- (15) På anmodning fra EDF blev der holdt et møde med Kommissionen med deltagelse af de franske myndigheder den 12. marts 2014.
- (16) Den 13. maj 2014 udbad Kommissionen sig Frankrigs eventuelle kommentarer til den juridiske udtalelse, der var fremsendt af EDF, samt præciseringer og supplerende oplysninger, som de franske myndigheder fremsendte pr. brev af 19. juni 2014.

## 1. UDFØRLIG BESKRIVELSE AF STØTTEFORANSTALTNINGEN

### 1.1. STØTTEMODTAGER: EDF — UDVIKLING I SELSKABETS STATUS OG KAPITAL

- (17) EDF blev stiftet ved lov nr. 46-628 af 8. april 1946 om nationalisering af el og gas (»lov nr. 46-628«), i henhold til hvis artikel 1 produktion, transport, distribution, import og eksport af elektricitet i Frankrig blev nationaliseret. Ved denne lov overdroges ledelsen af de nationaliserede elektricitetsvirksomheder til en national offentlig erhvervsvirksomhed under navnet »Electricité de France (E.D.F.), Service National«.
- (18) Ifølge artikel 16 i lov nr. 46-628 udgjorde nettoværdien af de formuegoder, rettigheder og forpligtelser, der blev overdraget til EDF, EDF's egenkapital, tilhørte nationen, var uafhængelig og skulle ved tab på driften dækkes gennem resultaterne i senere regnskabsår. I henhold til artikel 1 i dekret nr. 56-493 af 14. maj 1956 vedrørende kapitaltilførslerne til EDF var disse underlagt de regler, der var fastlagt i artikel 16 i førnævnte lov. I henhold til artikel 2 i samme dekret skulle staten have renter og udbytte af disse tilførsler.

<sup>(1)</sup> Rettens dom af 15. december 2009 i sag T-156/04, EDF mod Kommissionen, Sml. 2009 II, s. 4503.

<sup>(2)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318.

<sup>(3)</sup> EUT C 186 af 28.6.2013, s. 73.

- (19) I medfør af lov nr. 46-628 havde EDF siden stiftelsen været og var stadig i 1997 en national offentlig erhvervsvirksomhed, som ikke var omfattet af bestemmelserne om aktieselskaber. En offentlig erhvervsvirksomhed har ikke en selskabskapital i modsætning til et offentligretligt aktieselskab, som ejes af sine aktionærer<sup>(1)</sup>. Trods ordene »kapital« og »kapitaltilførsel«, der anvendes i de relevante tekster, havde EDF som offentligretlig juridisk person ikke en selskabskapital. Ifølge lov nr. 2004-803 af 9. august 2004 om den offentlige elektricitets- og gastjeneste og om elektricitets- og gasvirksomheder (»lov nr. 2004-803«) ville denne status blive ændret på sigt. I lov nr. 2004-803, artikel 24, blev det præciseret, at EDF, som staten skulle eje en kapitalandel i på 70 %, skulle være reguleret af gældende lovgivning for aktieselskaber, medmindre andet var fastsat i lovgivningen. Ifølge artikel 47 i denne lov skulle den offentlige erhvervsvirksomhed EDF desuden med tiden omdannes til et aktieselskab, med forbehold af bekendtgørelsen af et dekret om den nye status. I artikel 46 blev det præciseret, at selskabet EDF's balance pr. 31. december 2004 skulle opgøres på grundlag af den offentlige erhvervsvirksomhed EDF's balance pr. 31. december 2003 og resultatopgørelse for regnskabsåret 2004.
- (20) Omdannelsen af EDF til aktieselskab trådte i kraft i medfør af dekret nr. 2004-1224 af 17. november 2004 om aktieselskabet Electricité de Frances vedtægter. Ifølge vedtægterne, der var bilag til dekretet, skulle EDF fremover være et aktieselskab reguleret af de love og regler, der var gældende for kommercielle selskaber, bl.a. code de commerce, for så vidt som det ikke var undtaget herfra i kraft af mere specifikke bestemmelser, herunder dets egne vedtægter.
- (21) Ifølge artikel 6 i EDF's vedtægter, blev selskabets selskabskapital, som staten oprindelig ejede fuldt ud, fastsat til 8,129 mia. EUR fordelt på 1 625 800 000 aktier à 5 EUR. Det nye aktieselskab EDF's selskabskapital blev i november 2004 fastsat til det samme beløb som summen af den kapital og de kapitaltilførsler, som den offentlige erhvervsvirksomhed EDF havde akkumuleret indtil da, nemlig 8,1 mia. EUR. Denne værdi af kapital og kapitaltilførsler var opnået ved anvendelse af lov nr. 97-1026 af 10. november 1997 om forskellige foranstaltninger af økonomisk og kommerciel karakter (»lov nr. 97-1026«) og forblevet uændret siden 1997.
- (22) I henhold til lov nr. 2004-803 og EDF's vedtægter ejede — og ejer — staten til hver en tid 70 % af selskabskapitalen. I november 2005 blev der udstedt nye EDF-aktier i en åben emission, som blev optaget til handel på Euronext, hvilket således reelt åbnede EDF's kapital over for andre aktionærer end staten.

#### 1.2. OPRETTELSE AF REGNSKABSMÆSSIGE HENLÆGGELSER MED HENBLIK PÅ FORNYELSE AF HØJSPÆNDINGSFORSY- NINGSNETTET

- (23) I henhold til artikel 36 i lov nr. 46-628 fik EDF overdraget samtlige nationaliserede elektricitetskoncessioner. Ifølge lovens artikel 37 skulle koncessionshaver overholde en standardiseret specifikation for disse koncessioner. I 1958 blev de forskellige koncessioner, som staten således havde overdraget til EDF, samlet i én enkelt koncession, der benævntes »højspændingsforsyningsnettet« (réseau d'alimentation générale, herefter »RAG«).
- (24) I mangel af specifikke regnskabsregler for koncessionerne havde EDF siden 1946 anset sig selv som ejer af de formuegoder, der indgik i RAG, og bogført dem under aktiver på sin balance. I medfør af artikel 8 i specifikationen, som blev godkendt ved dekret nr. 56-1225 af 28. november 1956, var EDF pligtig til for egen regning at udføre alle de vedligeholdelses- og fornyelsesarbejder, som var nødvendige for at vedligeholde de af koncessionen omfattede anlæg i driftsmæssig god stand.
- (25) I 1987 — efter en ændring i 1982 af den generelle kontoplan i form af specifikke regler om formuegoder, der skulle føres tilbage til staten efter koncessionens udløb — ændrede EDF sin regnskabspraksis vedrørende aktiverne i RAG, som indtil da havde været anset for selskabets egne formuegoder og bogført på balancen som et aktiv under posten »Biens mis en concession« (aktiver under koncession). For disse aktiver anvendte EDF herefter de særlige franske regnskabsregler for koncessionerede aktiver, som skal tilbagegives til staten efter koncessionens udløb, og foretog skattefri henlæggelser til fornyelse af RAG.
- (26) I en rapport fra 1994<sup>(2)</sup> fandt den franske revisionsret, at det i en sådant tilfælde med en fast enekoncessionshaver for staten, som var udpeget ved lov, f.eks. EDF, var vanskeligt at betragte de aktiver, som udgjorde RAG, som værende af den type, der skulle tilbagegives til staten ved koncessionens udløb i modsætning til EDF's egne

<sup>(1)</sup> De franske myndigheders svar af 23. december 2013, punkt 71 og 72.

<sup>(2)</sup> Særreport om EDF's koncessioner nr. 1993 af 10. oktober 1994.

formuegoder i RAG. Med andre ord fandt revisionsretten ikke den regnskabsmæssige ændring, som EDF indførte i 1987, og som udmøntede sig i oprettelsen af skattefri henlæggelser, berettiget. EDF og ressortmyndighederne iværksatte hurtigt et samarbejde om at normalisere EDF's situation.

- (27) I 1997 omfattede EDF's regnskaber to typer af skattefri henlæggelser til fornyelse af RAG: endnu ikke anvendte henlæggelser til et beløb af 38,5 mia. FRF og koncessionsafgifter svarende til allerede gennemførte fornyelser til et beløb af 18,345 mia. FRF.

### 1.3. KONVERTERING AF REGNSKABSMÆSSIGE HENLÆGGELSER

- (28) Lov nr. 97-1026 klarlagde status for de formuegoder, der udgjorde RAG. Denne lovs artikel 4 har følgende ordlyd:

»I. Électricité de France anses for ejer af de af RAG omfattede anlæg fra det tidspunkt, hvor virksomheden blev meddelt koncession på dette net.

II. Med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i [stk.] I opføres pr. 1. januar 1997 modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver, som er opført på passivside på EDF's balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb, under posten »Kapitaltilførsler« [...].«

- (29) Loven skulle finde anvendelse på alle transaktioner vedrørende EDF's kapital. Ifølge ordlyden i artikel 16 i lov nr. 46-628, der var gældende i 1997, var EDF's kapital da også uafhængelig og tilhørte nationen. Således faldt kapitaltilførslerne til EDF, der hidrørte fra omposteringen af henlæggelserne til fornyelse af RAG, ind under fransk ret.

- (30) Lov nr. 97-1026 fastlægger ejerskabet til de af RAG omfattede aktiver. EDF's balance blev derfor ændret ved lov nr. 97-1026. De henlæggelser, som EDF foretog mellem 1987 og 1996 til fornyelse af RAG med henblik på tilbageførsel af disse aktiver til staten, uanset om de blev udnyttet eller ikke, mistede deres formål, hvis aktiverne i RAG blev betragtet som EDF's ejendom.

- (31) I bilag 1 til et brev fra økonomi-, finans- og industriministeriet, budgetministeren og industriministeren til EDF af 22. december 1997 (»brevet fra økonomiministeren«) gøres der rede for omposteringen på EDF's balance i medfør af artikel 4 i lov nr. 97-1026:

— Ompostering af »koncessionsafgifter« (18 345 563 605 FRF):

Konsolidering under posten kapitaltilførsler af modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver i naturalier svarende til 14 119 065 335 FRF.

Sammenlægning af opskrivningsbeløbene vedrørende RAG fra 1959 (2 425 mio. FRF) og fra 1976 (ikke-afskrivningsberettigede anlægsaktiver: 97 mio. FRF) med posten »Opskrivningsbeløb for RAG«, hvis værdi dermed stiger fra 1 720 mio. FRF til 4 145 mio. FRF.

Sammenlægning af de lovbestemte henlæggelser vedrørende opskrivningen af afskrivningsberettigede anlægsaktiver fra 1976 (1 704 mio. FRF), hvorved denne post øges fra 877 mio. FRF til 2 581 mio. FRF.

Ompostering til overførsler af de henlæggelser til fornyelse, som ikke længere var berettigede (38 520 943 408 FRF), i henhold til udtalelse fra Conseil national de la comptabilité nr. 97-06 af 18. juni 1997 vedrørende regnskabsmæssige ændringer.»

- (32) I forbindelse med omposteringerne på EDF's balance fulgte de franske myndigheder udtalelse nr. 97-06 af 18. juni 1997 fra Conseil national de la comptabilité vedrørende ændring af regnskabsmetoder, ændring af skønsmetoder, ændring af skattemæssige muligheder og fejlkorrektion (»udtalelsen fra Conseil national de la comptabilité«), hvori det fastslås, at korrektioner for bogføringsfejl, som pr. definition vedrører bogføring af gennemførte transaktioner, »bogføres under resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres«.

- (33) I henhold til lov nr. 97-1026 og brevet fra økonomiministeren blev opskrivningsbeløbene flyttet til afsnittet »Egenkapital« uden skattemæssige konsekvenser, idet de svarede til en skattefri værditilvækst opnået ved opskrivning eller efter en skattemæssigt neutral ordning ifølge reguleringslovene af 1959 og 1976.

## 1.4. DEN SKATTEMÆSSIGE KONSEKVENNS AF KONVERTERINGEN AF DE REGNSKABSMÆSSIGE HENLÆGGELSER

- (34) I bilag 3 til brevet fra økonomiministeren fastslås ligeledes de skattemæssige konsekvenser af omposteringerne på EDF's balance. Der konstateres et nettoudsving i aktiverne med omposteringen til overførsler af uudnyttede henlæggelser til fornyelse på 38,5 mia. FRF, som beskattes med en selskabsskatteprocent på 41,66 %, som var gældende i 1997. De endnu uudnyttede henlæggelser på 38,5 mia. FRF blev således beskattet af de franske myndigheder på normal vis. Til gengæld blev den del af henlæggelserne, som ligeledes blev oprettet skattefrit og konsolideret som kapitaltilførsel svarende til koncessionsafgifterne, ikke beskattet.
- (35) I et notat fra Direction générale des impôts af 9. april 2002, som de franske myndigheder fremsendte til Kommissionen, anføres det, at »koncessionsafgifterne vedrørende RAG udgør en ikke forfalden gæld, som uretmæssigt er fritaget for skat gennem opførelsen under kapitaltilførsel«, og at »denne reserve forud for opførelsen under kapitaltilførsel skulle have været overført fra passiverne i den virksomhed, hvor den fejlagtigt figurerede, til en egenkapitalpost, hvilket ville have medført en forøgelse af de skattepligtige nettoaktiver i henhold til artikel 38-2« i Code général des impôts. De franske myndigheder konstaterer, at »den således opnåede skattefordel [for EDF i 1997] kan ansættes til 5,88 mia. FRF (14,119 × 41,66 %)«.

## 2. INDLEDNINGSBESLUTNINGEN

- (36) I sin indledningsbeslutning konkluderede Kommissionen, at de ulovlige supplerende henlæggelser til fornyelse af RAG i perioden 1987-1996 havde givet EDF en fordel efter artikel 107, stk. 1, i TEUF. Denne manøvre havde sikret EDF en selektiv økonomisk fordel i form af forskellen mellem den kapitaliserede værdi af den selskabsskat, som EDF ikke betalte af henlæggelserne i den pågældende periode, og værdien af den selskabsskat, som EDF betalte i 1997 efter ikrafttrædelsen af artikel 4 i lov nr. 97-1026.
- (37) Trods det forhold, at EDF drev virksomhed i Frankrig på en række markeder, der var omfattet af monopollovgivningen før ikrafttrædelsen af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF<sup>(1)</sup> om liberalisering af elsektoren, mente Kommissionen, at de omhandlede støtteforanstaltninger til fordel for EDF havde fordrejet eller truet med at fordreje konkurrencen og påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne efter artikel 107, stk. 1, i TEUF. Det skyldtes især, at der trods de enerettigheder, som EDF havde til udøvelsen af visse aktiviteter i Frankrig, alligevel foregik en vis grad af samhandel mellem medlemsstaterne på disse markeder. Desuden var der fri konkurrence på de tilhørende markeder, hvortil EDF allerede havde diversificeret sine aktiviteter ud over disse enerettigheder, både geografisk og sektormæssigt. Disse virkninger var allerede til stede længe inden liberaliseringen af elsektoren.
- (38) Kommissionen konkluderede også, at det drejede sig om ny støtte, som på dette tidspunkt ikke syntes at tillade den konklusion, at betingelserne i artikel 107, stk. 2 og 3, i TEUF var opfyldt. I øvrigt havde de franske myndigheder ikke påberåbt sig anvendelsen af bestemmelserne i artikel 106, stk. 2, i TEUF.

## 3. BEMÆRKNINGER FRA EN BERØRT TREDJEMAND

- (39) Ved brev af 6. januar 2003 fremsendte Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Electricité Thermique (SNPIET) sine bemærkninger til Kommissionen i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure. Ifølge disse bemærkninger til EDF's manglende betaling af selskabsskat i 1997 på en del af de skattefrie henlæggelser til udskiftning af RAG har EDF ved udøvelsen af sine aktiviteter ikke overholdt gældende regler for industri- og handelsselskaber og dermed handlet i strid med bestemmelserne i lov nr. 46-628 af 8. april 1946.

## 4. FRANKRIGS BEMÆRKNINGER TIL BESLUTNINGEN OM AT INDLEDE DEN FORMELLE UNDERSØGELSESPROCEDURE

- (40) De franske myndigheder fremsendte deres bemærkninger til Kommissionen ved brev af 11. december 2002. De bestrider, at EDF's manglende betaling i 1997 af selskabsskat af en del af de skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til fornyelse af RAG havde karakter af statsstøtte.

<sup>(1)</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT L 27 af 30.1.1997, s. 20).

- (41) Indledningsvis anfægter de franske myndigheder det beløb for henlæggelserne til fornyelse af RAG, som Kommissionen angiver. De franske myndigheder fastholder endvidere, at selv hvis der ikke var blevet foretaget henlæggelser til fornyelse af RAG, havde EDF ikke kunnet betale selskabsskat fra 1987 til 1996 som følge af skattemæssig overførsel af store tab. Endvidere mente de franske myndigheder, idet staten både var ejer af EDF og koncessionsgiver til RAG, at koncessionsafgifterne reelt ikke udgjorde en forfalden gæld til staten. Ved omposteringerne på EDF's balance i 1997 blev disse koncessionsafgifter derfor bogført som EDF's egenkapital for at korrigere for underkapitaliseringen, men uden at de blev pålagt selskabsskat.
- (42) Efter de franske myndigheders opfattelse kan de regnskabsmæssige omposteringer i 1997 fortolkes som en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den delvise skattefritagelse, hvis formål også var at korrigere for underkapitaliseringen. EDF og staten har ønsket at bogføre denne kvasiegenkapital som kapital, uanset selskabsskatten. Det blev vurderet, at det ville være mere effektivt og neutralt at bogføre koncessionsafgifterne direkte som egenkapital med det samlede beløb herfor frem for at foretage den tilsvarende konkrete transaktion, som ville have bestået i at bogføre et nettobeløb efter selskabsskat som kapital, anmode EDF om at betale selskabsskatten af ændringen i nettoaktiverne og endelig foretage en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den erlagte skat.
- (43) De franske myndigheder vurderer, at en sådan supplerende tilførsel var begrundet i prognoserne for EDF's rentabilitet i 1997, som i øvrigt blev opfyldt i de følgende år. Ifølge de franske myndigheder ville en fornuftig privat markedsøkonomisk investor under sammenlignelige omstændigheder have foretaget en sådan kapitaltilførsel.
- (44) De franske myndigheder afviser endvidere, at betalingerne til staten skulle være reduceret uforholdsmæssigt mellem 1987 og 1996 som følge af de pågældende henlæggelser. De anfører, at selv om nettoresultatet havde været højere, ville betalingerne til staten ikke være blevet højere, idet betalingernes størrelse i denne periode ikke nåede op på en forud defineret procentdel af virksomhedens nettoresultat. Dette niveau blev fastsat skønsmæssigt af staten som en absolut værdi og skulle ikke nødvendigvis fastsættes i henhold til virksomhedens økonomiske situation. Desuden blev betalingerne ikke nødvendigvis taget fra nettooverskuddet i de enkelte regnskabsår. På baggrund heraf og i lyset af overførslerne af EDF's underskud understreger de franske myndigheder, at staten endelig opkrævede en dividende fra 1987 til 1996, hvis niveau lå betydeligt over det, der var fastsat i selskabsretten.
- (45) De franske myndigheder skønner desuden, at selv om henlæggelserne til fornyelse af RAG udløste en fordel, ville denne fordel være at betragte som udlignet af den forhøjede selskabsskat, der blev betalt i 1997. De vurderer ligeledes, at EDF i perioden 1987-1996 samlet betalte et større beløb i selskabsskat til staten end et kommercielt selskab, som ikke havde foretaget henlæggelser til fornyelse af RAG, og som havde udbetalt dividende til sin aktionær svarende til 37,5 % af nettoresultatet efter skat.
- (46) De franske myndigheder finder i øvrigt, at selv om der var konstateret en uberettiget fordel, ville der være tale om eksisterende støtte og ikke om ny støtte på grund af den 10-årige forældelsesfrist i henhold til artikel 15 i **Rådets forordning (EF) nr. 659/1999** <sup>(1)</sup>, som løb fra tildelingen af den første støtte. Eftersom Kommissionens første anmodning om oplysninger er dateret den 10. juli 2001, ville eventuel støtte tildelt før 1991 være forældet. De franske myndigheder skønner ikke, at lovgivningsindgrebet i 1997 havde opsættende virkning på denne forældelsesfrist, idet kun foranstaltninger truffet af Kommissionen kan have denne virkning. Endelig mener de franske myndigheder, at der under alle omstændigheder ville være tale om eksisterende støtte, idet den blev tildelt forud for liberaliseringen af elmarkedet.
- (47) I deres brev af 20. november 2003 gentager de franske myndigheder deres argumenter vedrørende opskrivningsbeløbene, der er medregnet i beløbet for koncessionsafgifterne i selskabets regnskaber, og vedrørende anvendelsen af forældelsesreglen. Endvidere hævder de, at selskabsskattesatsen, som skulle have været anvendt på omposteringerne på EDF's balance, er satsen fra 1996 (36,67 %) og ikke fra 1997 (41,66 %). De anser nemlig denne ompostering for at være foretaget på grundlag af en selvangivelse indgivet den 23. december 1997, dvs. efter afslutningen af regnskabsåret 1996, men inden regnskabsåret 1997.
- (48) De franske myndigheder afviser således Kommissionens påstand om, at EDF blev tildelt en fordel i 1997 som følge af den manglende betaling af selskabsskat af en del af de skattefrie henlæggelser til fornyelse af RAG.

<sup>(1)</sup> Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EFT L 83 af 27.3.1999, s. 1).

## 5. AFGØRELSER TRUFFET AF DEN EUROPÆISKE UNIONS RETSINSTANSER

- (49) Ved dom af 15. december 2009 annullerede Retten Kommissionens beslutning af 16. december 2003 med den begrundelse, at det påhvilede Kommissionen at verificere, om en fornuftig privat markedsøkonomisk investor under lignende omstændigheder ville have foretaget en beløbsmæssigt sammenlignelig investering. Retten vurderede, at Kommissionen burde have kontrolleret, om transaktionen opfyldte kriteriet om det markedsøkonomiske investorprincip. Retten fandt således, at Kommissionen havde begået en retlig fejl og overtrådt artikel 107 i TEUF.
- (50) Ved dom af 5. juni 2012 forkastede Domstolen den appel, som Kommissionen havde iværksat med påstand om ophævelse af Rettens dom. Domstolen fandt navnlig, at Rettens konstatering af, at der bestod en forpligtelse for Kommissionen til at undersøge, om kapitalen var tilført af staten under omstændigheder, der svarede til normale markedsvilkår, uanset under hvilken form denne kapital var blevet til tilført, ikke var behæftet med en retlig fejl. Domstolen skønnede også, at Rettens vurdering af, at det markedsøkonomiske investorprincip også kan være gældende, selv om der er anvendt midler af skattemæssig art, heller ikke er behæftet med en retlig fejl.

## 6. AFGØRELSE OM AT UDVIDE DEN FORMELLE UNDERSØGELSESPROCEDURE

- (51) Som følge af annulleringen af beslutningen af 16. december 2003 skal Kommissionen vedtage en ny afgørelse i medfør af artikel 266 i TEUF og artikel 13 i forordning (EF) nr. 659/1999 for at afslutte proceduren, idet den efterlever de retlige spørgsmål, der blev endeligt afgjort ved Domstolens dom. Da beslutningen af 16. december 2003 var blevet annulleret, skulle Kommissionen på ny undersøge spørgsmålene om artikel 3 og 4 i denne beslutning.
- (52) Dels vurderede hverken Domstolen eller Retten, at indledningsbeslutningen var behæftet med uregelmæssigheder. Den kan derfor danne grundlag for en ny endelig afgørelse. Dels har Domstolen klart udstukket kriterier for anvendelighed og anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip. Disse kriterier støtter sig navnlig på eksistensen af objektiv og verificerbar dokumentation for, at medlemsstaten ganske rigtigt besluttede at foretage en investering i den kontrollerede offentlige virksomhed på grundlag af økonomiske vurderinger, som var sammenlignelige med dem, som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have fået udarbejdet inden investeringen for at fastslå dens fremtidige rentabilitet <sup>(1)</sup>.
- (53) I afgørelsen om at udvide den formelle undersøgelsesprocedure bemærkede Kommissionen, at der på dette tidspunkt i den administrative procedure ikke fandtes beviser, dokumentation eller dokumenter til støtte for de franske myndigheders påstand om, at den regnskabsmæssige ompostering i 1997 udgjorde en supplerende kapitaltilførsel på et beløb svarende til den delvise skattefritagelse. I modsætning til de franske myndigheders opfattelse fremgik det heller ikke, at en sådan supplerende kapitaltilførsel ikke skulle være en støtte, men en investering, som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor under sammenlignelige omstændigheder ville have foretaget på baggrund af prognoserne for EDF's rentabilitet i 1997, som i øvrigt blev opfyldt i de følgende år.
- (54) Derfor præciserede Kommissionen i udvidelsesafgørelsen på baggrund af de tilgængelige oplysninger og dokumenter sin foreløbige analyse af den eventuelle økonomiske fordel, som opstod ved EDF's manglende betaling i 1997 af selskabsskatten på den del af henlæggelserne, der svarede til de 14,119 mia. FRF i koncessionsafgifter, som blev konverteret til kapitaltilførsler.
- (55) I den henseende syntes den overordnede bedømmelse af de foreliggende omstændigheder at være den, at denne foranstaltning udgik fra en offentlig myndighed, og at det markedsøkonomiske investorprincip dermed ikke var anvendeligt. Til støtte for deres påstand havde de franske myndigheder da heller ikke fremlagt oplysninger eller en forretningsplan udarbejdet før eller samtidig med beslutningen om ikke at opkræve skat hos EDF, som kunne bevise rentabiliteten i en sådan operation. I faktisk henseende bemærkede Kommissionen med hensyn til de kriterier, som Domstolen fremførte, at Frankrig passende kunne fremlægge behørig dokumentation for dateringen af de fremlagte dokumenter og bevis for, at de var blevet gennemgået af de kompetente ministre og embedsmænd og af det franske parlaments to kamre før vedtagelsen af den anfægtede beslutning.
- (56) I mangel af denne dokumentation forekommer Frankrig i stedet som ligningsmyndighed at have undtaget omposteringen på EDF's balance fra selskabsbeskatning, hvad angår konverteringen af henlæggelserne af koncessionsafgifter i henhold til artikel 4 i lov nr. 97-1026. Der var ingen udtrykkelig budgetbestemmelse, ifølge hvilken disse skatterelaterede midler på forhånd var tildelt EDF, ej heller var der taget regler eller kontroller angående investeringer i anvendelse for at sikre et retsgrundlag for den påståede investering.

<sup>(1)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 84.

- (57) Ligeledes bemærkede Kommissionen subsidiært i sin udvidelsesafgørelse, at selv om det markedsøkonomiske investorprincip havde kunnet anvendes, kunne anvendelsen af det på det tidspunkt føre til den konklusion, at en privat investor ikke ville have investeret 5,88 mia. FRF i kapitaltilførslen til EDF i 1997. I mangel af dokumentation fra de franske myndigheder forekom det udelukket, at en privat aktionær på normale markedsvilkår ville have foretaget den påståede investering uden på forhånd at have undersøgt, hvad der måtte være af objektive og pålidelige undersøgelser, fortrinsvis udført af en upartisk investeringsrådgiver, snarere end f. eks. modtagervirksomheden, som bl.a. kunne påvise forrentningen af den investerede kapital, prognosen for investeringsafkastet og de iboende risici både i absolut forstand og set i forhold til forrentningsvilkårene for en sådan investering.
- (58) I den henseende føjede Kommissionen til de faktorer, som en fornuftig privat investor ville have undersøgt før sin investering, dels usikkerheden, hvad angik summen af og udviklingen i de pensionsfinansieringsomkostninger, som EDF skulle afholde i 1997 ifølge sin egen ordning, dels den vurdering, som en investor kunne foretage heraf på det pågældende tidspunkt.
- (59) Under disse omstændigheder forekom den delvise fritagelse for selskabsskat i 1997 ikke at være en produktiv investering fra den statslige aktionærs side, men snarere en undtagelsesforanstaltning af skattemæssig art, som kunne have sikret EDF en økonomisk fordel.
- (60) Det fremgik i øvrigt, at den manglende opkrævning af skyldig selskabsskat hos EDF indebar statslige midler og kunne påvirke konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne og dermed opfylde de øvrige betingelser for anvendelse af artikel 107, stk. 1, i TEUF.
- (61) I mangel af et retsgrundlag til støtte for, at en driftsstøtte, der styrkede EDF's stilling i forhold til konkurrenterne, kunne være forenelig med det indre marked, udtrykte Kommissionen i sin afgørelse af 2. maj 2013 tvivl om støttens forenelighed med det indre marked. Den havde allerede udtrykt lignende tvivl i sin indledningsbeslutning.

#### 7. BEMÆRKNINGER FRA TREDJEMAND

- (62) Ved brev af 29. juli 2013 fremlagde EDF sine bemærkninger til udvidelsesafgørelsen. EDF kritiserer på tre hovedpunkter det ræsonnement, som denne afgørelse bygger på, nemlig i) at der i afgørelsen ikke tages hensyn til indholdet af Rettens dom, og at man ikke anerkender, at der reelt er tale om en rekapitalisering af EDF fra statens side, ii) at afgørelsen er overdrevet formalistisk, idet det fejlagtigt postuleres, at det er nødvendigt med en forretningsplan i tilknytning til investeringen, mens rekapitaliseringen er resultatet af nøje og modne overvejelser, hvilket bevises af de utallige dokumenter fra den pågældende periode, og iii) at det i afgørelsen udokumenteret og i strid med den dokumentation, som EDF vedlægger til støtte for sine bemærkninger, postuleres, at ingen investor i en situation, der var sammenlignelig med statens, ville have foretaget en sammenlignelig investering.
- (63) Ifølge EDF fortsætter Kommissionen således med at analysere den foranstaltning, som den franske stat traf i 1997, alene ud fra de påståede skattemæssige konsekvenser heraf, mens Retten klart afviste denne tilgang. Som Retten udtalte, udgør den foranstaltning, som staten iværksatte, da den omposterede koncessionsafgifterne som kapitaltilførsel, en rekapitalisering af EDF, som skulle afhjælpe underskuddet på EDF's balance med henblik på liberaliseringen af energimarkederne. Brevet fra økonomiministeren af 22. december 1997 indeholder ikke en særskilt skattemæssig beslutning i forhold til 1997-loven, men blot en konstatering af de skattemæssige konsekvenser. Det er ene og alene denne rekapitaliseringsforanstaltning, der skal undersøges, og ikke de påståede skattemæssige konsekvenser, som kunstigt adskilles herfra i afgørelsen om udvidelse af den formelle undersøgelsesprocedure.
- (64) Ifølge EDF fastlægger retspraksis ingen formalia på området og kræver heller ikke en specifik forretningsplan i tilknytning til investeringen, kun objektiv og verificerbar dokumentation, der ligger forud for eller samtidig med den undersøgte foranstaltning. I øvrigt ville en sådan forretningsplan ikke have været nødvendig for staten i 1997. Staten rådede over fem repræsentanter i EDF's bestyrelse, havde siden 1946 været eneejer af EDF og kendte på det pågældende tidspunkt virksomheden fuldt ud og tog del i dens ledelse og fastlæggelsen af dens langsigtede strategi. Ifølge EDF var et sådant langsigtet perspektiv særlig relevant i EDF's tilfælde på grund af aktiviteternes kapitalintensitet og anlægsaktivernes lange levetid på 30 til 75 år i visse tilfælde.



- (65) Ifølge EDF var det som aktionær og ikke som offentlig myndighed, at staten foretog en investering på baggrund af præcise prognoser og vurderinger af fremtiden, sådan som det også fremgår af de mange dokumenter fra daværende periode. Allerede i 1995 blev der således iværksat samarbejde mellem EDF og virksomhedens ressortministerier for at drage konsekvenserne af revisionsrettens udtalelse som nævnt i betragtning 26. Dette samarbejde gjaldt således navnlig omposteringerne på virksomhedens balance og kapitalens rentabilitet. Samarbejdet udmøntede sig i underskrivelsen den 8. april 1997 af serviceaftalen mellem staten og EDF for perioden 1997-2000 og i den samtidige fremsættelse, nemlig den 2. april 1997, af et lovforslag om forskellige bestemmelser af økonomisk og finansiel art, hvoraf artikel 45 var en gentagelse af bestemmelserne i artikel 4 i lov nr. 97-1026. Lovgivningsarbejdet i begge det franske parlaments kamre og sågar loven i sig selv viser ifølge EDF, at staten med sin disposition optrådte som en aktionær, nemlig ved at foretage en kapitaltilførsel, der rekapitaliserede EDF.
- (66) Som det fremgår af ca. 40 dokumenter fra den pågældende periode, som EDF har bilagt sine skriftlige bemærkninger, havde staten i sine analyser og overvejelser fire primære hensyn at tage:
- hensynet til den nye konkurrencesituation med gradvis liberalisering af markederne i henhold til direktiv 96/92/EF
  - hensynet til en normalisering af statens finansielle forbindelser til EDF på et almenretligt grundlag for at fjerne de eventuelle hidtidige tvetydigheder
  - hensynet til at afhjælpe det betydelige underskud på EDF's balance ved at styrke virksomhedens egenkapital
  - hensynet til at forbedre international sammenligning for at øge virksomhedens troværdighed i finanssektoren.
- (67) Endelig er det markedsøkonomiske investorprincip ifølge EDF ikke alene anvendeligt som følge af de nævnte hensyn, men i øvrigt også opfyldt i det foreliggende tilfælde, eftersom staten handlede, som en privat investor ville have gjort. Efter EDF's mening drejede det sig ifølge Domstolen (præmis 78 og 89 i dommen) om at fastslå, om EDF kunne have opnået den samme fordel, som virksomheden fik ved hjælp af de statslige midler, på normale markedsvilkår, og om denne fordel på grund af sine virkninger kunne fordreje eller true med at fordreje konkurrencen.
- (68) Det vil her atter fremgå af mange dokumenter fra den daværende periode, at staten faktisk undersøgte og beregnede rentabiliteten af sin investering, sådan som en eneaktionær ville have gjort med en investering i sin virksomhed i et langsigtet perspektiv. Det er på dette grundlag, at staten fastsatte sin betaling i serviceaftalen med EDF for 1997-2000 på et niveau, som dengang svarede til den forrentning, som aktionærer i sammenlignelige selskaber opnåede. De beløb, som EDF skulle betale til staten fra 1997 til 2000, blev således ansat af staten forud for indgåelsen af aftalen.
- (69) I øvrigt nævnte EDF i sine bemærkninger fra juli 2013 en undersøgelse bestilt hos Oxera, hvis resultat endnu ikke forelå, da EDF fremsendte sine bemærkninger. EDF hævdede, at Oxera-undersøgelsen ville sammenligne den forventede interne forrentning af statens investering i 1997 og det afkast, som kapitalmarkederne krævede for en lignende investering, og vise, at en privat investor ville have foretaget investeringen ifølge de betingelser, der var fastlagt i serviceaftalen for 1997-2000.
- (70) EDF fremsendte den 18. oktober 2013 denne Oxera-undersøgelse dateret den 15. oktober 2013 <sup>(1)</sup> til Kommissionen uden yderligere bemærkninger. Som EDF forventede ifølge sine bemærkninger fra juli 2013, konkluderede Oxera, at en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have investeret i forhøjelsen af kapitaltilførsels beløb til EDF. Denne konklusion bygger på, at rentabiliteten (den interne forrentning), som en sådan investor kunne have håbet på i 1997, lå i spændet mellem 35 % og 15 % og på 27 % i gennemsnit over fem år samt under alle omstændigheder højere end den rentabilitet på 12,7 %, som en sådan investor ville have krævet. Forrentningen beregnes under hensyntagen til værdien primo og ultimo af salget af statens rettigheder i EDF.

(<sup>1</sup>) »Does the 1997 recapitalisation of EDF by the French State meet the private investor test? (Opfylder den franske stats rekapitalisering af EDF i 1997 det markedsøkonomiske investorprincip?«). Endelig rapport af 15. oktober 2013.

- (71) EDF mener, at EDF grundlæggende var økonomisk sund i 1997 på nær den svage egenkapital, som også analytikerne dengang bemærkede, idet de ikke tvivlede på virksomhedens finansielle levedygtighed eller forretningsmuligheder på det tidspunkt, hvor staten foretog sin investering. EDF's rating var glimrende (Aaa hos Moody's i 1992-1997, AAA hos Standard & Poor's i 1996-1997) og ville være fortsat sådan, selv om man havde måttet sætte den et par niveauer ned for at tage højde for den statsgaranti, som EDF nød godt af som offentlig erhvervsvirksomhed. Det fremgår af flere dokumenter fra perioden, at forrentningen for den franske stat af EDF i form af afgifter var sammenlignelig med forrentningen i form af udbytte fra selskaberne i CAC40 (afkast på 4,5 % til 5 %) og virksomhederne i den europæiske energisektor (anslået 4,7 % og 5,27 % i henholdsvis 1996 og 1997). Det viser i øvrigt ifølge EDF, at EDF kunne have opnået samme kapitalsum på kapitalmarkederne, og dermed at foranstaltningen ikke kunne fordreje konkurrencen som følge af sine virkninger.
- (72) Navnlig mener EDF, at en privat investor, der er ejer af hele et datterselskabs kapital, under sammenlignelige omstændigheder ville have kunnet foretage en lignende investering i det pågældende datterselskab ved at konvertere en fordring mod dette til kapital uanset fordringens art. Denne analyse støttes af en juridisk udtalelse, der er afgivet på EDF's anmodning. I sit forsøg på at afhjælpe den finansielle strukturs ubalance mellem en svag egenkapital og gældsætningen kunne staten også have tilladt virksomheden at konkurrere mod andre af sektorens store aktører i EU. Den samme aktionær ville derfor ikke bevidst have ladet en betydelig uligevægt fortsætte med at belaste balancen hos sit datterselskab, som grundlæggende var økonomisk sundt, hvis vedkommende havde adgang til en nem måde at afhjælpe ubalancen på ved at konvertere en fordring til kapital.
- (73) Ifølge EDF er det således rimeligt at mene, at en privat investor i en situation, der er så sammenlignelig med statens som muligt, nemlig virksomhedens eneaktionær, der arbejder i et langsigtet perspektiv i et kapitalintensivt marked, der er på vej mod liberalisering, ville have foretaget den samme investering.

#### 8. FRANKRIGS BEMÆRKNINGER TIL AFGØRELSEN OM AT UDVIDE DEN FORMELLE UNDERSØGELSESPROCEDURE

- (74) De franske myndigheder mener primært, at staten handlede som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, da den konverterede koncessionsafgifterne til en kapitaltilførsel til EDF, som var fritaget for selskabsskat. De franske myndigheder mener i modsætning til, hvad der fremlægges i indledningsbeslutningen af 16. oktober 2002 og udvidelsesafgørelsen af 2. maj 2013, at den foranstaltning, som Kommissionen vil analysere, er en enkeltstående foranstaltning til rekapitalisering af EDF gennem vedtagelse af artikel 4 i lov nr. 9-1026 og ikke den foranstaltning i form af skattefritagelse ydet i forbindelse med konverteringen af koncessionsafgifter til kapitaltilførsel, som er uafhængig af bestemmelserne i nævnte lov. De støtter sig til oplysningerne i en række dokumenter fra 1996 og 1997, der er vedlagt deres bemærkninger, og som ifølge dem bekræfter dette udsagn. Disse dokumenter er nævnt i betragtning 87-108. Ifølge de franske myndigheder støtter andre dokumenter fremlagt af EDF i øvrigt Frankrigs bemærkninger.
- (75) De franske myndigheder minder subsidiært om, at de bestrider støttebeløbet, og gentager deres bemærkninger af 20. november 2003 om, at satsen for den pågældende selskabsskat skulle være den, der var gældende i 1996 og ikke i 1997, jf. betragtning 47.

#### Anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip

- (76) De franske myndigheder bestrider, at den anfægtede skattefritagelse er et resultat af Frankrigs egenskab af offentlig myndighed, hvilket gør det markedsøkonomiske investorprincip uanvendeligt. De mener ikke, at Domstolen kræver, at medlemsstaten fremlægger en reel forretningsplan i tilknytning til den anfægtede foranstaltning.
- (77) I den henseende minder de for det første om, at EDF i 1997 var en offentlig erhvervsvirksomhed under statens ansvar, som derfor havde et solidt kendskab til virksomheden og dens virksomhedsstrategi og finansielle perspektiver. De vurderer derfor, at de oplysninger og evalueringer, som staten rådede over, før den traf den anfægtede foranstaltning, og som viser investeringens rentabilitet, bør tages i betragtning. Kommissionen skal foretage en overordnet analyse af bl.a. denne dokumentation samt ethvert andet relevant bevis.

- (78) For det andet mener de franske myndigheder i lyset af arten af og genstanden for artikel 4 i lov nr. 97-1026, at staten handlede i egenskab af aktionær, da den ydede skattefritagelse af konverteringen af henlæggelserne af koncessionsafgifter. Der blev således forud for denne lov underskrevet en serviceaftale den 8. april 1997 mellem staten og EDF for perioden 1997-2000, hvis gennemførelse var betinget af vedtagelsen af lovgivningsmæssige foranstaltninger til omstrukturering af EDF's balance. Før da havde ressortmyndighederne i et brev af 12. juli 1996 meddelt EDF, at denne aftale skulle indeholde et ambitiøst mål om forrentning til staten. Men ifølge afsnit III i aftalen var forrentningen til staten resultatet af to elementer, nemlig i) et afkast af kapitaltilførslerne til en fast rentesats af 3 % og ii) en supplerende forrentning svarende til 40 % af EDF's nettoresultat, idet det samlede beløb af de to elementer dog ikke kunne overstige 6 % af summen af kapitaltilførslerne.
- (79) Staten undersøgte denne forrentning som en udsigt til udbytte, som den, hvad angår den supplerende forrentning, kvantificerede til 3,5 mia. FRF med mulighed for at nå op på 6 mia. FRF i løbet af perioden, hvilket bekræftes af brevet af 22. april 1997 fra EDF's ressortmyndigheder. Denne vurdering byggede på de økonomiske og finansielle perspektiver, som EDF havde meddelt finansministeriet den 19. februar 1997, og på serviceaftalens hypoteser. Ordførerens rapport fra september 1997 til senatet om lov nr. 97-1026 indeholdt også analyser fra ministeriet om den forventede forrentning til staten som aktionær i 1998, nemlig 2,6 mia. FRF, hvoraf 1,5 mia. FRF var fast rente og 1,1 mia. FRF var supplerende forrentning. Staten havde derfor beregnet de fremtidige forrentningsudsigter, før den traf beslutning om den omhandlede foranstaltning, i lighed med enhver aktionær, der ønsker at deltage i kapitalforhøjelsen af sin virksomhed.
- (80) For det tredje mener de franske myndigheder, at konverteringen af henlæggelserne af koncessionsafgifter og mere generelt omstruktureringen af EDF's balance og styrkelsen af egenkapitalen afbødede svagheden i virksomhedens finansielle struktur. Hvis denne svaghed havde bestået, ville EDF sandsynligvis have måttet imødesee en forhøjelse af renten på sin gæld og være kommet i vanskeligheder i forholdet til sine forretningsforbindelser på grund af en negativ opfattelse af modpartsrisikoen. Denne bekymring hos staten som aktionær udspringer af begrundelsen for artikel 4 i lovforslaget, som blev til lov nr. 97-1026, og af den kompetente ministers tale, da han fremlagde lovforslaget for senatet den 2. oktober 1997.
- (81) I rapporterne om lovforslaget fra de to kamres ordførere til deres respektive kammer understreges i øvrigt den positive virkning af omstruktureringen af EDF's balance for forholdet mellem gæld og egenkapital, idet den første rapport bedømte dette forhold (24,2 mia. FRF) til at være utilstrækkeligt i henseende til lånegælden (131,9 mia. FRF) og nettoaktiverne (696,4 mio. FRF), og at styrkelsen af egenkapitalen gav EDF en balancestruktur, som var i bedre overensstemmelse med nettonutidsværdien, og gjorde det samtidig muligt at foretage mere relevante sammenligninger med de europæiske konkurrenter, mens den anden rapport desuden lagde vægt på den positive virkning for EDF af en forøget troværdighed i finanssektorens og sine potentielle samarbejdspartneres øjne. Men ifølge de franske myndigheder svarer styrkelsen af den finansielle struktur i en virksomhed til en fornuftig privat markedsøkonomisk investors overvejelser i en sammenlignelig situation.
- (82) Det følger heraf ifølge de franske myndigheder, at det markedsøkonomiske investorprincip var anvendeligt, eftersom staten handlede i egenskab af aktionær, da den foretog den skattefrie konvertering af henlæggelserne af koncessionsafgifter til kapitaltilførsel til EDF.

#### **Anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip**

- (83) Først og fremmest minder de franske myndigheder om, at serviceaftalen mellem staten og EDF indeholdt en bestemmelse om en forrentning til staten sammensat af to elementer, nemlig i) et afkast af kapitaltilførslerne til en fast rentesats af 3 % og ii) en supplerende forrentning svarende til 40 % af EDF's nettoresultat, hvilket viste, at staten havde oplysninger om den forventede forrentning af den investerede kapital. Som det i øvrigt bekræftes af rapporten fra medlemmet af Assemblée nationale på baggrund af den faste sats for kapitaltilførslerne, har konverteringen til kapital af henlæggelserne af koncessionsafgifter bevirket en stigning i den absolutte værdi af forrentningen til staten på grund af udvidelsen af beregningsgrundlaget.
- (84) Desuden mener de franske myndigheder, at rentabiliteten af investeringen i EDF i 1997 skulle ses i et langsigtet perspektiv med hensyn til de fremtidige betalinger til staten og udsigten til virksomhedens værdistigning. Men foruden det positive nettoresultat efter skat og afregning til staten (1,4 mia. FRF oven i de 2,5 mia. FRF i 1998 i forrentning til staten) blev der genereret betydelige midler i perioden 1997-2000, henved 70 mia. FRF, som bestemt i serviceaftalen. Som EDF i sit brev af 19. februar 1997 understreger, havde staten fastsat et mål om vækst på dette beløb i virksomhedens nettonutidsværdi som følge af gældsreduktionen, opbygningen af aktiver og udviklingsinvesteringer, der gav forventninger om en stigning i værdien af EDF's kapital.

- (85) Endelig havde staten i risikovurderingen af investeringen som aktionær taget hensyn til de særlige træk ved EDF's fremherskende aktivitet, som primært foregik i Frankrig, på basis af et princip om lovbestemt prissætning til dækning af virksomhedens omkostninger. Disse karakteristika mindskede risikoen ved investeringen og derfor kravet om rentabilitet. Et notat fra EDF af 27. juli 1996 sendt til senatet den 15. september 1997 viste i øvrigt, at forrentningen til aktionærene i udenlandske virksomheder varierede betydeligt alt efter det institutionelle og lovgivningsmæssige klima i sektoren i det enkelte land.
- (86) Det følger heraf ifølge de franske myndigheder, at staten handlede som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, da den foretog konverteringen af henlæggelserne af koncessionsafgifter til kapitaltilførsel til EDF uden at opkræve selskabsskat. Denne konklusion bekræftes i øvrigt af EDF's bemærkninger, herunder de undersøgelser og analyser, som virksomheden støtter sig til, jf. betragtning 62-73. Især hvad angår Oxeras økonomiske undersøgelse, som EDF har fremsendt, mener de franske myndigheder, at Kommissionen skal foretage den samme analyse for at fastslå, hvorvidt statens rekapitalisering af EDF i 1997 har karakter af en fornuftig investering.

### De dokumenter, som Frankrig har fremsendt til støtte for sine bemærkninger

- (87) Til støtte for deres svar på udvidelsesafgårelsen fremsendte de franske myndigheder ni dokumenter til Kommissionen som bilag til deres bemærkninger af 1. juli 2013. Disse ni dokumenter fremlægges til støtte for deres påstand, der allerede er indeholdt i bemærkningerne af 11. december 2002 om, at en supplerende kapitaltilførsel svarende til provenuet af den ikkeopkrævede skat var berettiget i kraft af udsigten i 1997 til rentabilitet for EDF, som i øvrigt holdt stik i de følgende år. Uanset det, som Frankrig dokumenterer i sine bemærkninger, skal der foretages en systematisk analyse af de primære beviser indeholdt i disse dokumenter.
- (88) Dokumenterne angår dels forberedelsen eller gennemførelsen af serviceaftalen mellem staten og EDF for perioden 1997-2000, dels drøftelsen af lovforslaget, som blev til lov nr. 97-1026. Det drejer sig om dokumenter fra 1996-1997, som derfor er samtidige med den påståede investeringsbeslutning. Nærmere betegnet er disse dokumenter serviceaftalen for 1997-2000 <sup>(1)</sup>, breve fra virksomhedens ressortministre <sup>(2)</sup>, breve fra virksomheden til ministeriets eller senatets forvaltninger <sup>(3)</sup> samt dokumenter og to rapporter fra Assemblée nationale og senatet som forberedelse til drøftelsen af lovforslaget <sup>(4)</sup>. Indholdet af dokumenterne er yderligere beskrevet i det følgende.
- (89) Ved brev af 12. juli 1996 til bestyrelsesformanden for EDF glæder ressortministrene sig over resultaterne af planaftalen for 1993-1996 mellem EDF og staten og tager i lyset af udløbsdatoen den 31. december 1996 hul på forberedelsen af planaftalen for 1997-2000. I øvrigt præciseres det i brevet, at den finansielle balance i planaftalen for 1997-2000 skulle defineres i henhold til en ny ramme, der normaliserede EDF's regnskabs- og skattemæssige situation som følge af det arbejde, der var udført siden 1995. I dette brev krævede man samarbejde og drøftelser igangsat mellem de ansvarlige forvaltninger og EDF og meddelte samtidig EDF de tre primære mål, der skulle tages hensyn til i den kommende aftale.
- For det første krævede ministrene, at »virksomhedens produktivitetstigninger skal tillade den at forfølge sin politik om lavere priser, der kan bidrage til fransk erhvervsliv konkurrenceevne og den hjemlige forbrugers øgede købekraft«.
  - EDF skulle også samtidig fortsætte indsatsen for at reducere sin gæld og fastsætte et ambitiøst mål om forrentning til staten ved hjælp af en mekanisme, der indeholdt et incitament for EDF til at forbedre sine resultater.
  - Endelig skulle der også i planaftalen fastlægges en prioriteret international udviklingsstrategi for EDF.

<sup>(1)</sup> Serviceaftale mellem staten og EDF for 1997-2000, underskrevet den 8. april 1997.

<sup>(2)</sup> Brev af 12. juli 1996 fra økonomi- og finansministeren og industri-, post- og telekommunikationsministeren til EDF's bestyrelsesformand, brev af 22. april 1997 fra økonomi- og finansministeren, den delegerede budgetminister og industri-, post- og telekommunikationsministeren til EDF's bestyrelsesformand.

<sup>(3)</sup> Brev fra EDF's finansdirektør til chefen for afdelingen for finansiering og kapitalandele under Trésor (finansministeriet) af 19. februar 1997, analysenotat fra EDF af 27. juli 1996 om forrentning til aktionæren, fremsendt til senatet den 15. september 1997.

<sup>(4)</sup> Begrundelse for artikel 45 i lovforslaget om diverse bestemmelser af økonomisk og finansiel art, vedtaget i ministerrådet den 5. april 1997, rapport fra Assemblée nationale finans-, økonomi- og planudvalg forelagt af medlem Didier Migaud, af 10. september 1997 om lovforslag nr. 201 om akutte skatte- og finansforanstaltninger (forkortet MUFF), rapport fra senator Alain Lambert om lovforslaget om akutte skatte- og finansforanstaltninger fremlagt den 24. september 1997, tale af økonomi-, finans- og industriministeren ved fremlæggelsen af MUFF-lovforslaget for senatet den 2. oktober 1997.

- (90) Undervejs i forberedelserne af aftalen sendte EDF's finansdirektør den 19. februar 1997 et notat fra EDF til direktionen for Trésor dateret den 18. februar 1997. Notatet indeholdt de primære hypoteser for det finansielle scenarie, der var knyttet til serviceaftalen mellem EDF og staten for perioden 1997-2000, herunder især de årlige resultatopgørelser og oversigter over det forventede finansieringsbehov i perioden.
- (91) Det fremgik af notatet, at man forventede en faldende tendens i prisen hvert år ( $- [\dots] (*) \%$ ,  $- [\dots] \%$ ,  $- [\dots] \%$ ,  $- [\dots] \%$ ), investeringer i industriel udvikling på  $[\dots]$  FRF, heraf  $[\dots]$  FRF internationalt rettet, og investeringer for  $[\dots]$  FRF i den primære aktivitet i perioden 1997-2000. Der nævnes også en skattefradragberettiget forrentning af kapitaltilførslerne på 3 % af et anslået grundlag på 50 mia. FRF efter omstrukturering af balancen og på 40 % af resultatet efter afregning af fast forrentning og selskabsskat. Gælden ultimo skulle også falde fra  $[\dots]$  FRF ultimo 1996 til  $[\dots]$  FRF ultimo 2000. Ligeledes skulle differencen mellem gæld og aktiver mindskes fra  $[\dots]$  FRF ultimo 1996 til  $[\dots]$  FRF ultimo 2000.
- (92) Blandt de dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt som bilag til deres bemærkninger, er notatet fra EDF af 18. februar 1997 og fremsendt til ressortmyndighederne dagen efter, det eneste, der indeholder systematiske og kvantificerede prognoser og fremskrivninger om EDF's økonomiske og finansielle driftsresultater. På grundlag af disse prognoser fra februar 1997 kunne staten som aktionær regne med et afkast på den investerede kapital på 2,1 mia. FRF i 1997, 2,5 mia. i 1998, 2,4 mia. i 1999 og 2,4 mia. i 2000 eller 2,35 mia. FRF i gennemsnit om året. EDF's forventede resultatopgørelse for 1997-2000 så i notatet ud som følger:

Tabel 1

**Forventet resultatopgørelse for EDF 1997-2000 (mia. FRF i løbende priser)**

	1997	1998	1999	2000
Indtægter	186,3	184,2	185,7	187,5
Udgifter	177,0	177,2	179,1	180,9
heraf brændsel og indkøb af energi	36,9	36,8	37,8	38,5
heraf driftsudgifter	88,3	91,2	93,6	95,7
Resultat af den primære virksomhed	9,3	7,0	6,6	6,6
Resultat før afregning til staten	6,8	6,5	6,1	6,1
Forrentning af kapitaltilførslerne	1,5	1,5	1,5	1,5
Supplerende forrentning	0,6	1,0	0,9	0,9
Selskabsskat	3,9	2,6	2,4	2,3
Nettoresultat	0,9	1,4	1,3	1,4

Kilde: Notat fra EDF af 18. februar 1997: »Contrat d'Entreprise — Perspectives Economico-Financières« (Serviceaftale — økonomiske og finansielle perspektiver).

- (93) Som præciseret i notatet fra EDF var forrentningen til staten fradragberettiget. Dette udgør en undtagelse fra princippet om, at selskabsskat opkræves på baggrund af virksomhedens resultat efter afskrivninger og renter, hvilket nedbringer nettoresultatet og dermed det beløb, der måtte være afsat til udbetaling af udbytte. Denne ad hoc-undtagelse forøgede potentielt det afkast, som staten som aktionær skulle have udbetalt, men formindskede tilsvarende det skatteprovenu, som staten som skatteudskrivningsmyndighed skulle modtage. I deres svar af 23. december 2013 præciserer de franske myndigheder, at forrentningen af kapitaltilførslerne fra 2001 blev betragtet som et almenretligt udbytte, hvorfor man fjernede skattefradragberettigelsen fra denne forrentning. Denne opfattelse af forrentningen blev anvendt på koncernaftalen mellem EDF og staten for perioden 2001-2003, som afløste serviceaftalen for 1997-2000.

(\*) Oplysning, som er omfattet af tavshedspligt.

- (94) Den 8. april 1997 blev der indgået en serviceaftale mellem staten og EDF for perioden 1997-2000, som blev undertegnet af ressortministrene og EDF's PDG (bestyrelsesformand og generaldirektør). I aftalen blev de hovedlinjer, som EDF skulle følge på mellemlang sigt, angivet sammen med underskrivernes gensidige forpligtelser, om hvilke det blev præciseret, at de var indgået ud fra bredt anlagte hypoteser og kun kunne revideres på baggrund af en betydelig forandring i virksomhedens miljø. Aftalen indeholdt diverse forpligtelser i tre afsnit: I) fokus på den offentlige virksomheds grundlæggende opgaver, II) forberedelse nu af virksomhedens fremtid og III) bringe virksomheden ind i en ny finansiel og institutionel ramme. I to bilag til aftalen beskrives resultatindikatorerne for aftalens udførelse (bilag I) og udviklingen i prissætningen pr. år fra 1997 til 2000 (bilag II).
- (95) De primære forpligtelser og hovedlinjer ifølge aftalen set i relation til genstanden for nærværende afgørelse er som følger:
- Staten bekræftede sin hensigt om at opretholde virksomhedens status, der blandt andre faktorer havde bevist sin effektivitet og skulle forblive en stabil reference i den fremtidige udvikling, sådan som EU-direktivet om det indre marked for elektricitet muliggjorde (<sup>1</sup>). På sin side skulle EDF deltage i den fysiske planlægning og nationale solidaritet, bl.a. føre en ambitiøs politik for økonomisk aktivitet og beskæftigelse ved at stille sig til rådighed for lokale forvaltningsmyndigheder med hensyn til hjælp til jobskabelse og forbedring af de fattigste elkunders situation (afsnit I).
  - EDF's udvikling skulle fremme »styrkelsen af franske virksomheders konkurrenceevne«, hvormed de produktivitetsstigninger, som virksomheden forpligtede sig til, primært skulle anvendes til at sænke priserne. Prisjusteringerne skulle udløse en gennemsnitlig prisnedsættelse i faste priser på [...] % i april 1997, [...] % i april 1998, [...] % i april 1999 og [...] % i april 2000. Samtidig skulle EDF's udvikling rettes mod at vinde nye markeder med fokus på Europa (afsnit II).
  - EDF's balance skulle omstruktureres med det dobbelte formål at styrke virksomhedens egenkapital og stabilisere den finansielle forbindelse med staten på et tilnærmelsesvist almenretligt grundlag. Regeringen forpligtede sig således til i 1997 at forelægge en lovgivningsforanstaltning for parlamentet om omstrukturering af EDF's balance med virkning fra 1. januar 1997. Aftalen indeholdt en bestemmelse om en forrentning til staten som aktionær sammensat af to elementer, nemlig et afkast af kapitaltilførslerne til en fast rentesats af 3 % og en supplerende forrentning svarende til 40 % af EDF's nettoresultat med et loft over summen af disse to elementer på 6 % af summen af kapitaltilførslerne uden angivelse af den absolutte værdi af de forventede beløb. I øvrigt forpligtede EDF sig for perioden 1997-2000 til bl.a. at afsætte [...] FRF til internationalt rettede industrielle investeringer og nedbringe sin bruttogæld til [...] FRF ultimo 2000 ved at nedbringe den med [...] FRF som led i planen om at opnå gældfrihed med henblik på udskiftningen af RAG. Endelig var det i aftalen bestemt, at et eventuelt bedre økonomisk resultat end forventet skulle bruges »primært til yderligere prisnedsættelser« før forrentning til staten som aktionær eller af personalets interesser i virksomheden (afsnit III).
- (96) Et brev fra de ministre, der var medunderskrivere af serviceaftalen, til bestyrelsesformanden for EDF af 22. april 1997 bekræfter enigheden om og den endelige karakter af de referencehypoteser og finansielle prognoser, som fremgik af notatet fra EDF af 18. februar 1997, der understøttede serviceaftalen 1997-2000. Brevet henviser da også udtrykkeligt til det forudgående samråd mellem EDF og de offentlige myndigheder om udarbejdelsen af det finansielle scenarie. Også målet om en gennemsnitlig nedsættelse af EDF's priser med [...] % over fire år nævnes i brevet.
- (97) Brevet af 22. april 1997 henviser til bestemmelserne i dekret af 14. maj 1956 som ændret og bestemmelserne om afregning af forrentning til staten som nævnt i afsnit III i serviceaftalen. I overensstemmelse med disse bestemmelser præciseres det i brevet, at »der af referencescenariet fremgik en supplerende forrentning til et beløb af 3,5 mia. FRF i perioden« 1997-2000, og at disse betingelser gjorde det muligt at nå et samlet afregningsbeløb til staten på 5,1 mia. FRF i 1997 ved at inkludere den faste rente og acontoafregning af selskabsskatten. Disse beløb svarer til dem, der fremgår af notatet fra EDF af 18. februar 1997. Overensstemmelsen mellem beløbene for den supplerende forrentning beregnet ud fra virksomhedens resultat bekræfter, at alle typer beløb (indtægter, udgifter, nettoresultat osv.) på EDF's forventede driftsopgørelse for perioden 1997-2000 er blevet undersøgt, valideret og noteret af ressortmyndighederne.

(<sup>1</sup>) Aftalen henviser til direktiv 96/92/EF. Dette direktiv rummede i lighed med det efterfølgende direktiv ingen regler om selskabsstatus for det indre markeds producenter, transportører eller distributører af elektricitet.

- (98) Brevet fra ressortministrene af 22. april 1997 understreger også, at aftalens finansielle ligevægt bundede i den regnskabs- og skattemæssige ramme for omstruktureringen af EDF's balance, som skulle træde i kraft den 1. januar 1997 med forbehold af vedtagelsen af de nødvendige lovbestemmelser. I denne henseende præciseres det i brevet, at »de nærmere bestemmelser om iværksættelsen af denne omstrukturering såvel regnskabsmæssigt som skattemæssigt skal drøftes yderligere mellem ressortmyndighederne og virksomheden på basis af det vedtagne skema«.
- (99) Regeringen havde da også kort før affattelsen af dette brev forelagt Assemblée nationale et lovforslag, som blev vedtaget af ministerrådet den 5. april 1997, om forskellige bestemmelser af økonomisk og finansiel art, hvoraf artikel 45 omhandlede konverteringen af regnskabsmæssige henlæggelser hos EDF. I begrundelsen for dette lovforslag forklarede det, at de forventede regnskabsmæssige justeringer ville gøre det muligt for EDF at opnå en balance, som var i bedre overensstemmelse med virksomhedens reelle økonomiske situation, og et niveau for dens egenkapital, som svarede til aktivitetsniveauet. Som følge af opløsningen af Assemblée nationale den 21. april 1997 blev lovforslaget ikke behandlet.
- (100) Efter overførslen til parlamentet af lovforslaget om akutte skatte- og finansforanstaltninger, som senere blev vedtaget som lov nr. 97-1026, udpegede Assemblée nationale og senatet hver sin ordfører. Rapport nr. 204 fra Assemblée nationale beskriver historikken bag nødvendigheden af at præcisere ejendomsretten til EDF's elektricitetstransportanlæg, som ugyldiggør den regnskabspraksis, som revisionsretten anfægtede i sin særberetning nr. 1993 af 10. oktober 1994 om EDF's koncessioner. De regnskabsmæssige ændringer, der blive nødvendige, forklares, og konsekvenserne heraf for de forskellige poster på balancen angives med anslåede værdier som følger:

Tabel 2

**Virkningerne af omposteringerne af EDF's egenkapital som følge af artikel 4 i MUFF-loven for regnskabet for 1996 (mia. FRF)**

	Ultimo 1996	Virkningen af artikel 4
Egenkapital	24,2	79,8
heraf (passiver):		
Kapital	2,6	2,6
Kapitaltilførsler	36,6	50,7
Opskrivningsbeløb	2,1	6,2
Lovpligtige reserver	0,15	0,15
Overførsel <sup>(1)</sup>	20,2	18,3
Årets resultat efter afregning til staten	1,9	1,9

Kilde: Økonomi- og finansministeriet.

<sup>(1)</sup> Ændringerne vedrørende overførsel er strengt taget ikke en del af virkningerne af artikel 4, men blot en logisk konsekvens.

- (101) Rapporten fra Assemblée nationale fremhæver virkningerne af lovforslaget for opnåelsen af mere relevante sammenligninger med andre europæiske konkurrenters gældsgrad (Østrig, Det Forenede Kongerige, Sverige, Spanien og Tyskland), idet forholdet mellem nettogæld og egenkapital efter omstruktureringen af EDF's balance falder fra 480 % til 148 %.
- (102) I øvrigt understreger Assemblée nationale rapport ændringerne i det finansielle forhold mellem staten og EDF. Den forklarer den juridiske ordning og forrentningen af kapitaltilførslerne til EDF i henhold til dekret nr. 56-493 af 14. maj 1956 som ændret ved dekret nr. 86-1360 af 30. december 1986. Denne ordning omfattede en forrentning til en fast sats på højst 8 % og en supplerende forrentning på basis af EDF's resultat efter skat og fast rente. EDF's betalinger for perioden 1991-1996 nåede ifølge rapporten op på 3,41 mia. FRF om året i gennemsnit i denne periode. Sat i forhold til egenkapitalen ultimo 1996 har disse betalinger udløst en gennemsnitlig løbende rentabilitet på 14,1 % for staten som aktionær <sup>(1)</sup>. Disse betalinger er angivet i nedenstående tabel:

<sup>(1)</sup> Rentabiliteten for staten som aktionær forklares ved det beskedne kapitalgrundlag på 36 mia. FRF (nævneren i gældsgraden) og størrelsen af de regnskabsmæssige henlæggelser. Efter bogføringen af disse og indtil 1996 blev EDF's årlige nettoresultat negativt. Den negative overførsel på resultatopgørelsen gav sig udslag i et indhug i egenkapitalen på balancen på 24,2 mia. FRF (jf. tabel 2, kolonnen »Ultimo 1996«, som viser, hvordan EDF's egenkapital blev udhulet af en negativ overførsel på 20,2 mia. FRF før ændringen, der blev indført ved artikel 4 i lov nr. 97-1026). Eftersom der ikke blev opkrævet skat af de negative resultater, opstod den meget positive rentabilitet for staten som aktionær på bekostning af staten som skatteudskrivningsmyndighed.

Tabel 3

**Det finansielle forhold mellem staten og EDF (mio. FRF i løbende priser)**

	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Renter på kapitaltilførslerne (BG — linje 407)	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816
Supplerende rente på kapitaltilførslerne (BG — linje 116)	500	665	965	1 938	1 500	4 002
I alt	2 316	2 481	2 781	3 754	3 316	5 818

Kilde: Rapport fra Assemblée nationale, s. 77, Kommissionens beregning af »I alt«.

- (103) I rapporten fra Assemblée nationale præciseres det angående de forventede ændringer i EDF's balance, at »da kapitaltilførslerne udgør beregningsgrundlaget for den faste rente, risikerede kapitalforøgelsen som følge af denne artikel at øge opkrævningerne hos EDF. Der er derfor påtænkt en ændring af forrentningsbetingelserne i serviceaftalen mellem virksomheden og staten for 1997-2000 underskrevet den 8. april 1997. Den faste rentesats nedsættes til 3 % for at kompensere for virkningen af det forøgede beregningsgrundlag«. Rapporten angiver i øvrigt, at EDF trods overskud siden 1990 ikke havde betalt selskabsskat, og at stigningen i henlæggelser i forbindelse med RAG-koncessionen gjorde det muligt på én gang at afvikle de akkumulerede regnskabsmæssige og skattemæssige negative overførsler. Derfor opgøres det i rapporten, at den offentlige virksomhed (EDF) ifølge ressortministeriet skal betale 3 mia. FRF i 1997 og 2,5 mia. FRF i 1998 i selskabsskat.
- (104) Rapporten fra Assemblée nationale nævner undersøgelsen af en ændring fra parlamentets side af lovens ordlyd, der blev fremlagt og afvist på udvalgsplan. Ændringen gjaldt en præcisering af, at de omposterede regnskabsmæssige henlæggelser skulle konverteres til egenkapital ved en bogføring uden om EDF's resultatopgørelse for at undgå, at der fremkom en meget stor gevinst, som staten kunne være fristet til at opkræve en del af. Med dette for øje skulle ændringen bestå i at indskrive regnskabsproceduren i loven og præcisere, at staten ikke kunne foretage yderligere opkrævning hos EDF i anledning af overførslen af ejendomsretten til RAG-aktiverne. I rapporten berettes det, at »indskrivelsen i loven af regnskabsproceduren for konvertering af henlæggelserne til egenkapital blev afvist på foranledning af Conseil d'Etat, da den ikke havde karakter af lovgivning«. Rapporten indeholder flere parlamentsudtalelser om, at staten burde kunne foretage andre opkrævninger hos EDF, at virksomheden burde betale skat af sit overskud, og at det reelle spørgsmål var, »hvor meget regeringen ville opkræve hos EDF og hvordan«.
- (105) På sin side præciserer senatet i sin rapport, der blev udarbejdet med henblik på drøftelsen af lovforslaget, den manglende berettigelse af de regnskabsmæssige henlæggelser, der siden 1987 var foretaget til udskiftning af RAG. Ressortministeren fremhæver i sin tale i senatet den 2. oktober 1997 i forbindelse med fremlæggelsen af lovforslaget den »fiktive« karakter af EDF's tab i skattemæssig henseende og af den manglende betaling af selskabsskat, som disse henlæggelser medførte. Ministeren forsikrede i sin tale senatet om, at bestemmelsen på ingen måde berørte EDF's monopolstilling. I senatets rapport præsenteres konsekvenserne af den undersøgte artikel for posterne på EDF's balance før og efter omposteringen af henlæggelserne ifølge en beregning, der svarer til den beregning, der blev undersøgt i Assemblée nationale rapport, jf. tabel 2 ovenfor. Rapporten præciserer, at »sminkningen« af EDF's balance gjorde det lettere at sammenligne den med konkurrenternes. Det gav EDF en større troværdighed i finanssektoren, så meget mere som prisen for at genforhandle gælden især afhang af forholdet mellem virksomhedens nettogæld og egenkapital.
- (106) Som »klarlægning« af EDF's finansielle forhold til staten præciserer rapporten fra senatet, at »serviceaftalen, der blev underskrevet den 8. april 1997 for perioden 1997-2000, til gengæld for skatteprovenuet, som den offentlige virksomhed herefter skulle sikre staten, omfattede en lettere nedsættelse af EDF's betalinger til staten«. Som følge af den positive tilskrivning af henlæggelsen til fornyelse på 38,5 mia. FRF, som gjorde EDF selskabsskattepligtig, blev »det finansielle forhold mellem staten og EDF nedbragt« ifølge senatets rapport.



- (107) Endelig omfatter de andre dokumenter, som Frankrig har fremlagt, et følgebrev med bilag fra EDF's finansdirektør til senatets forvaltning af 15. september 1997. Brevet fra EDF indeholdt en tabel med en kvantificering af virkningerne af artikel 4 i lovforslaget og virkningerne for balancen, en kopi af instruksen af 27. juli 1993 om elforsyningskoncessionerne og et internt notat fra EDF om udenlandske erfaringer med afkast til aktionærer i elsektoren af 27. juli 1996. Sidstnævnte dokument forklarer de væsentlige principper for afkast til aktionæren, forskellene og tallene for rentabiliteten i sektoren for visse virksomheders vedkommende: 60-80 % af overskuddet i USA, 40 % for National Power og Power Gen, 78 % for Union Fenosa og 30 % for Endesa, som sikrede Spanien en rentabilitet på 28 % i perioden 1991-1996 under hensyntagen til udbytterne og stigningen i aktiekursen.
- (108) Trods de to andre dokumenter, som EDF sendte til senatet i sit brev af 15. september 1997, blev principperne, tallene og anvendelsen af disse på EDF's forrentning til aktionæren, som præsenteret i notatet af 27. juli 1996, hverken analyseret eller medtaget i senatets rapport. Tværtimod præciserer senatets rapport i lighed med rapporten fra Assemblée nationale, at den påtænkte nedsættelse af den forrentning, som EDF skulle betale til staten af de kapitaltilførsler, som staten som aktionær havde foretaget, blev gennemført »for at tage højde for stigningen i kapitaltilførslerne, som nærværende artikel havde til formål at udvirke«.

## 9. VURDERING AF FORANSTALTNINGERNE: FOREKOMST AF STATSSTØTTE

- (109) Det bestemmes i artikel 107, stk. 1, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde: »Bortset fra de i traktaterne hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.« Anvendelsen af disse kumulative betingelser på den skattefritagelse, som Frankrig indrømmede EDF, undersøges i det følgende.

### 9.1. SELEKTIV FORDEL FOR EN VIRKSOMHED

- (110) I det ved lov nr. 97-1026 bestemtes, at EDF skulle betragtes som ejer af RAG, som virksomheden havde fået koncession til, bør det kontrolleres, hvorvidt denne lov indebærer en overdragelse af ejendomsretten til RAG.
- (111) Ifølge oplysningerne fra de franske myndigheder kan EDF med rimelighed betragtes som ejer af RAG før nævnte lovs ikrafttræden. Denne konklusion bygger på følgende: kendetegnene ved de forskellige typer af koncessionsaftaler i fransk ret, de særlige kendetegn ved den oprindelige koncession til EDF, som ikke indeholdt nogen præcis bestemmelse om tilbagelevering, anskaffelsesproceduren for de pågældende aktiver, for hvilke EDF skulle betale en afgift svarende til en eksproprieringserstatning, samt betingelserne for finansiering af vedligeholdelsen og udbygningen af RAG på EDF's regning. Derfor synes »klarlægningen« af ejendomsretten til RAG i lov nr. 97-1026 ikke i sig selv at udgøre en økonomisk fordel for EDF.
- (112) Det skal derfor undersøges, om man i lov nr. 97-1026 tog alle de skattemæssige konsekvenser af denne »klarlægning« af ejendomsretten til RAG, og i modsat fald om der var tale om en skattemæssig fordel for EDF.

#### 9.1.1. Statens afkald på at opkræve den skyldige skat hos EDF udgør umiddelbart en selektiv fordel

- (113) I perioden 1987-1996 foretog EDF skattefrie henlæggelser til udskiftning af RAG, som den franske revisionsret fandt i strid med reglerne. Med vedtagelsen af artikel 4 i lov nr. 97-1026, ifølge hvilken EDF betragtes som ejer af RAG, blev grundlaget for disse henlæggelser fjernet, og de måtte omposteres under andre poster på balancen.
- (114) Brevet fra økonomiministeren, hvori de skattemæssige konsekvenser af omposteringerne på EDF's balance beskrives, viser, at de franske myndigheder har pålignet de uudnyttede henlæggelser til udskiftningen af RAG selskabsskat med den gældende sats i 1997 på 41,66 %.

- (115) Til gengæld blev den del af disse henlæggelser, der svarede til de allerede udførte udskiftningsarbejder, også kaldet koncessionsafgifter, omposteret som kapitaltilførsler til en værdi af 14,119 mia. FRF. Denne ompostering af henlæggelserne blev ikke pålagt selskabsskat. Skatteforvaltningen erkender den ulovlige karakter af denne disposition, som det fremgår af notatet fra det franske skattedirektorat af 9. april 2002, der blev sendt til Kommissionen og gengives i betragtning 35.
- (116) I henhold til udtalelsen fra Conseil national de la comptabilité skal fejlkorrektioner bogføres på resultatopgørelsen for det regnskabsår, hvor de konstateres. Hvis de uudnyttede henlæggelser, der var oprettet skattefrit for et beløb af 38,5 mia. FRF, var blevet pålagt selskabsskat til satsen på 41,66 % i 1997, er der på den anden side ingen objektiv begrundelse for ikke at have beskattet den anden del af de skattefrie henlæggelser til samme sats.
- (117) Koncessionsafgifterne skulle have været beskattet samtidig og til samme sats som de øvrige regnskabsmæssige, skattefrie henlæggelser. Dette betyder, at de 14,119 mia. FRF i koncessionsafgifter skulle have været lagt til de 38,5 mia. FRF i uudnyttede henlæggelser og beskattet til den sats på 41,66 %, som blev anvendt til omposteringerne på EDF's balance. Ved ikke at betale hele den skyldige selskabsskat ved omposteringerne på sin balance har EDF sparet 5 882 849 762 FRF i skat.
- (118) Den skattemæssige foranstaltning begunstigede EDF i 1997, idet skattefritagelsen på 5,88 mia. FRF, der var indeholdt i de 14,119 mia. FRF, blev bogført på EDF's balance som koncessionsafgifter og af staten omposteret, da lov nr. 97-1026 trådte i kraft med tilbagevirkende kraft pr. 1. januar 1997. Der gøres rede for lovens skattemæssige konsekvenser i brevet fra økonomiministeren med virkning fra samme dato, 1. januar 1997.
- (119) De franske myndigheder hævder, at selv hvis der ikke var blevet foretaget henlæggelser til fornyelse af RAG, havde EDF ikke kunnet betale selskabsskat fra 1987 til 1996 som følge af de skattemæssige overførsler af tab. Dette argument er irrelevant. Skattefordelen stammer fra 1997 og ikke de tidligere år. I øvrigt udløste de ulovlige henlæggelser de skattemæssige overførsler af tab. De skattemæssige overførsler forsvandt gradvis fra 1987 til 1996, således at EDF's skyldige skattebeløb i 1997 ville have været klart større, end det blev, selv uden at tage hensyn til den manglende betaling af skat på omposteringen af koncessionsafgifterne.
- (120) De franske myndigheder mener ligeledes, at selv om henlæggelserne til udskiftning af RAG var blevet til en fordel, ville denne være at betragte som ophævet af den forhøjede selskabsskat, der blev betalt i 1997. Men som de franske myndigheder selv anfører i deres notat af 9. april 2002, jf. betragtning 35, blev koncessionsafgifterne — selv om de uudnyttede henlæggelser til udskiftning blev beskattet normalt — omposteret til kapitaltilførsler uden at blive pålagt selskabsskat. I 1997 betalte EDF således en lavere skat end den normalt skyldige skat.
- (121) De franske myndigheder vurderer ligeledes, at EDF i perioden 1987-1996 samlet betalte et større beløb i selskabsskat til staten end et kommercielt selskab, som ikke havde foretaget henlæggelser til fornyelse af RAG, og som havde udbetalt dividende til sin aktionær svarende til 37,5 % af nettoresultatet efter skat. I øvrigt er selskabsskattesatsen, som skulle have været anvendt på omposteringerne på EDF's balance, den, der gjaldt i 1996 og ikke i 1997.
- (122) På den ene side, som nævnt i betragtning 32 og 116, mener Conseil national de la comptabilité, at bogføringsfejl skal rettes i løbet af det regnskabsår, hvor de konstateres. Da henlæggelserne til udskiftning af RAG mistede deres grundlag ved lov nr. 97-1026 af 10. november 1997, er det da også i regnskabsåret 1997, at de burde være omposteret og dermed beskattet med den gældende selskabsskattesats i dette regnskabsår. På den anden side anvendte de franske myndigheder selv selskabsskattesatsen for 1997 på den del af henlæggelserne, der er blevet beskattet, jf. betragtning 34.
- (123) EDF's manglende betaling i 1997 af 5 882 849 762 FRF i selskabsskat udgør en økonomisk fordel for denne virksomhed. EDF har kunnet anvende dette beløb til at forøge sin egenkapital uden at gøre brug af eksterne finansielle midler. Hvis den skyldige skat faktisk var blevet betalt, og stigningen i egenkapitalen var blevet finansieret af virksomhedens driftsresultat, ville virksomheden have måttet skære ned på sine udgifter, øge sine indtægter eller undlade investeringer. Ved at kunne disponere over beløb, som burde være betalt til den franske stat som selskabsskat, blev EDF en modtager af en foranstaltning, som begunstigede denne virksomhed frem for andre franske virksomheder i en lignende situation, som måtte betale selskabsskat af omposteringer af uretmæssige henlæggelser i medfør af artikel 38-2 i Code général des impôts, som var gældende i 1997, jf. betragtning 35.

- (124) Men Frankrig henviste i sine bemærkninger af 11. december 2002 til anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip. Som EU's retsinstanser minder om, især i de afgørelser, der nævnes i betragtning 7 og 8, begunstiger en supplerende kapitaltilførsel til fordel for EDF svarende til den skyldige skat i det foreliggende tilfælde ikke den virksomhed, som modtager den, ved at give den en økonomisk fordel efter artikel 107, stk. 1, i TEUF, hvis det kan fastslås, at en hypotetisk privat aktionær ville have investeret et tilsvarende beløb i EDF på samme vilkår og under lignende omstændigheder ifølge det markedsøkonomiske investorprincip.
- (125) Domstolen præciserede i præmis 99 i førnævnte dom af 5. juni 2012, at Retten i den appellerede dom hverken havde foregrebet anvendeligheden i det foreliggende tilfælde af det markedsøkonomiske investorprincip eller resultatet af den eventuelle anvendelse af dette princip. Derfor skal først anvendeligheden og dernæst anvendelsen af dette princip på det foreliggende tilfælde undersøges under hensyntagen til bl.a. de kriterier, som Domstolen har opstillet.

#### 9.1.2. Anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip

- (126) For at bestemme den eventuelle anvendelighed af det markedsøkonomiske investorprincip skal det fastslås ved en overordnet vurdering, om skattefritagelsen blev ydet af Den Franske Republik i egenskab af aktionær eller som offentlig myndighed. Domstolen præciserer i sin dom af 5. juni 2012 en række faktorer, der bør tages i betragtning i denne overordnede vurdering. Disse faktorer, som undersøges nærmere nedenfor i lyset af omstændighederne i det foreliggende tilfælde, er følgende:
- I tvivlstilfælde påhviler det medlemsstaten entydigt og på grundlag af objektiv og verificerbar dokumentation at fastslå, at det er i egenskab af aktionær, at den har iværksat foranstaltningen <sup>(1)</sup>. Denne dokumentation skal klart vise, at den pågældende medlemsstat forud for eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel har besluttet ved den faktisk iværksatte foranstaltning at investere i den kontrollerede offentlige virksomhed <sup>(2)</sup>.
  - Der kan i denne forbindelse kræves beviser for, at denne beslutning er baseret på økonomiske vurderinger, som kan sammenlignes med dem, en fornuftig privat investor, der befinder sig i en situation, som ligger så tæt som muligt på den situation, som nævnte medlemsstat befinder sig i, under de foreliggende omstændigheder ville have udført, inden han foretog en sådan investering, med henblik på at fastslå den fremtidige rentabilitet af en sådan investering <sup>(3)</sup>. Kommissionen kan nægte at undersøge dokumentation, der er udfærdiget efter vedtagelsen af beslutningen om at foretage den pågældende investering <sup>(4)</sup>.
  - Af relevans i denne forbindelse er denne foranstaltnings art og indhold, baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af <sup>(5)</sup>.
  - Anvendelsen af kriteriet om den private investor skal gøre det muligt at fastslå, om en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført et beløb svarende til den skat, som skulle betales, til en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i <sup>(6)</sup>.
- (127) I deres bemærkninger af 11. december 2002, jf. betragtning 42, hævdede de franske myndigheder, at det ville have været anset for mere effektivt og neutralt for EDF at postere koncessionsafgifterne direkte under egenkapitalen med det samlede beløb uden at betale selskabsskat. Men ingen af de dokumenter, der lå forud for eller samtidig med den påståede beslutning om ikke at opkræve skat, og som Frankrig eller EDF fremsendte til støtte for deres bemærkninger til afgørelsen om udvidelse af proceduren, indeholder direkte eller indirekte henvisning til den påståede investeringsbeslutning, dens konsekvenser, fordele og ulemper eller den analoge beslutning om at øge summen af kapitaltilførsler ved ikke at opkræve skat. De dokumenter, som er fremsendt af de franske myndigheder og nævnt i betragtning 87-108, indeholder ingen henvisning til endelige analyse af fordelene og ulemperne for staten ved beslutningen om ikke at opkræve selskabsskat af en del af henlæggelserne af koncessionsafgifterne, som blev omposteret til kapitaltilførsel til EDF i medfør af lov nr. 97-1026 af 10. november 1997.
- (128) Det påhviler Frankrig i tilfælde af tvivl om anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip, sådan som Kommissionen har udtrykt det, entydigt og på grundlag af objektiv og verificerbar dokumentation at fastslå,

<sup>(1)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 82.

<sup>(2)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 83.

<sup>(3)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 84.

<sup>(4)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 104.

<sup>(5)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 86.

<sup>(6)</sup> Dom i sag C-124/10 P, Kommissionen mod EDF, EU:C:2012:318, præmis 95.

at det er i egenskab af aktionær, at den har iværksat foranstaltningen. Men set i lyset af de fremlagte beviser forekommer det, at beslutningen om at investere ved at undlade at opkræve den skat, som EDF i princippet skyldte, skal anses for at være truffet stiltiende uden udfærdigelse af et begrundet juridisk dokument, der kunne gøre det muligt at få kendskab til eller kontrollere det præcise indhold af denne beslutning, grundene hertil, retsgrundlaget herfor, hvilken kompetent myndighed der traf den, og på hvilken dato det skete. Med hensyn til de faktorer, som Domstolen fremhæver til kontrol af anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip, nemlig nødvendigheden af at råde over objektiv og verificerbar dokumentation, en faktisk iværksat foranstaltning eller forudgående økonomiske vurderinger, skal fraværet af henvisninger eller faktiske beviser opfattes som det første tegn på, at dette princip ikke er anvendeligt.

- (129) I mangel af dokumentation for den påståede beslutning må den eventuelle investeringsforanstaltning, som den franske stat skal have iværksat, beskrives. I det foreliggende tilfælde mener Domstolen, at kriteriet om den fornuftige private markedsøkonomiske investor skal gøre det muligt at fastslå, om en privat aktionær under lignende omstændigheder ville have tilført 5,88 mia. FRF til en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i. En investering foretaget af Frankrig ville indebære undladelse af at inddrive dette beløb med det formål at opnå en gevinst, som oversteg de oprindeligt anvendte midler. Det er således i forhold til det skyldige selskabsskattebeløb, at analysen skal foretages.
- (130) I den henseende gør manglen på specifikke undersøgelser, henvisninger og analyser af rentabiliteten af investeringen på det skattefrie beløb det vanskeligt blandt de oplysninger, som Frankrig og EDF har fremsendt, at isolere virkningerne af den påståede investering. Denne vanskelighed kan overvindes, hvis man af hensyn til analysen af de fleste relevante faktorer for at kontrollere anvendeligheden og anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip anser den yderligere kapitaltilførsel til EDF i form af det ikkeopkrævede skattebeløb som værende omfattet af de samme bestemmelser som resten af tilførslerne. Tilførslerne blev således forrentet til en bestemt sats, og satsen skulle være og blev reelt også anvendt på det ikkeopkrævede skattebeløb. I de tilfælde, hvor det er den yderligere virkning, der omtales, giver de oplysninger, som Frankrig og EDF har fremsendt, til gengæld ikke mulighed for ved første øjekast at illustrere virkningen af at have øget kapitaltilførslerne med et beløb svarende til det ikkeopkrævede skattebeløb.
- (131) Den manglende opkrævning af skatten bevirkede, at kapitaltilførslen til EDF og dermed EDF's egenkapital steg med yderligere 5,88 mia. FRF oven i det samlede beløb på 14,119 mia. FRF i omposterede henlæggelser. Disse henlæggelser, som ikke svarede til en forudgående tilførsel af friske penge fra staten som aktionær, blev ompostet til kapitaltilførsler under den tilhørende post på EDF's balance blandt de øvrige egenkapitalposter (jf. tabel 2). Uden skattefritagelsen ville EDF's egenkapital, som skulle nå op på 79,8 mia. FRF i 1997, have været på 72,1 mia. FRF ifølge de dokumenter, der blev undersøgt på daværende tidspunkt (jf. betragtning 100, tabel 2). I stedet for 50,7 mia. FRF blev statens kapitaltilførsler til EDF fastlagt til 44,8 mia. FRF.

#### Den påståede investeringsbeslutning: analysefaktorer

- (132) Som de franske myndigheder understreger, blev for det første den absolutte værdi af forrentningen til staten forøget med værdien af skattefritagelsen (jf. betragtning 83), eftersom tilførslen af det ubetalte skattebeløb øgede summen af tilførslerne, og idet denne sum blev forrentet til et fast sats (3 %). Imidlertid udmøntede stigningen i kapitaltilførslen svarende til skattefritagelsen sig ikke i en forholdsmæssig stigning i forrentningen til staten. Det står i denne henseende fast, at forrentningen af statens kapitaltilførsler til EDF har været bestemt siden dekret nr. 56-1360 af 30. december 1956 (jf. betragtning 18 og 103). Der har således været fastlagt en forrentning (til varierende sats) i de serviceaftaler, som lå forud for og efter den gældende aftale for perioden 1997-2000, jf. betragtning 93 og 102. Princippet om forrentning var fastlagt inden den påståede beslutning og blev fastholdt efterfølgende.
- (133) I øvrigt viser undersøgelsen af fakta, at den omhandlede skattefritagelse har kunnet bevirke et fald i forrentningen af statens investering. Rapporten, som Assemblée nationale udfærdigede i september 1997, viser utvetydigt, at stigningen i tilførslens samlede beløb er årsag til en nedsættelse af forrentningen heraf for ikke at »øge opkrævningerne hos EDF« (jf. betragtning 103). Rapporten fra senatet understøtter denne bevidste nedsættelse fra de offentlige myndigheders side (jf. betragtning 108).
- (134) Fra 1991 til 1996 betalte EDF en bedre forrentning til staten af en mindre sum af kapitaltilførsler set i forhold til det, der var planlagt mellem 1997 og 2000 for en større sum. Den gennemsnitlige årlige forrentning i absolut

værdi på 3,41 mia. FRF for perioden 1991-1996, hvor summen af tilførsler var 36,6 mia. FRF, var noget større end de 2,35 mia. FRF, som var påtænkt for en større sum på 50,7 mia. FRF i perioden 1997-2000 (jf. betragtning 92 og 102-103, tabel 3). Det følger heraf, at den ekstra forrentning i løbende priser af stigningen i summen af kapitaltilførsler på 5,88 mia. FRF, som staten som aktionær håbede på for perioden 1997-2000, derfor kunne analyseres som værende negativ for perioden 1991-1996.

- (135) De franske myndigheder havde da også sørget for, at den absolutte og relative forrentning, der blev betalt til den franske stat af kapitaltilførslen, blev mindre i absolut og relativ værdi, jo større summen af tilførsler blev, sådan som rapporterne fra Assemblée nationale og senatet entydigt viser. Det følger heraf, at med forøgelsen af tilførslernes samlede sum, der blev ringere forrentet end den tilførselssum, der fandtes før lov nr. 97-1026, forekommer beslutningen om at yde en skattefritagelse ikke nødvendigvis at udgøre en investering.
- (136) For det andet er måden at planlægge og fastsætte forrentningen af stigningen i kapitaltilførsler på ikke den, som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor kunne vælge.
- (137) Som henvisningerne i såvel ressortministrenes breve som i parlamentsrapporterne viser, jf. betragtning 97, 103 og 106, tog de franske myndigheder i undersøgelsen i 1997 af den franske stats forrentning efter omposteringerne på EDF's balance faktisk både hensyn til den forfaldne forrentning af kapitaltilførslerne til staten som aktionær i snæver forstand og de skattebeløb, som staten håbede at opkræve fra 1997 efter flere år med overførsler til det følgende år af tab og dermed ingen skattebetalinger til staten som skatteudskrivningsmyndighed. Som det vises i betragtning 93, var forrentningen af tilførslerne fradragsberettiget med hensyn til selskabsskat gennem en undtagelse fra almindelig ret.
- (138) Den ordning, som de franske myndigheder undersøgte og godkendte i 1997, var således en samlet opkrævning hos EDF af skat og forrentning til aktionæren. Summen af den samlede skat, der blev opkrævet hos EDF, selv ud over den omstridte fritagelse, som er skattemyndighedens privilegium, og forrentningen, der blev betalt til staten som aktionær, fortaber sig i de dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt. De mener imidlertid, at dokumenterne viser, at der findes en investeringsbeslutning. Tværtimod tyder denne konstante hensyntagen til EDF's betaling af skyldig skat til staten som skatteudskrivningsmyndighed, herunder gennem normalisering og afvikling af den ikkeopkrævede skat før lov nr. 97-1026 med henblik på at undersøge og fastsætte forrentningen til staten som aktionær, på, at den anfægtede skattefritagelse blev indrømmet af staten som offentlig myndighed og ikke som investor.
- (139) Denne indikation styrkes i øvrigt af arten af de mål, der blev sat for EDF af staten i 1997 af hensyn, der må tilskrives en offentlig myndighed og ikke en aktionær. Disse hensyn kommer til udtryk i fastsættelsen af EDF's priser som aftalt i serviceaftalen for 1997-2000, hvoraf forrentningen til staten som aktionær afhang. Staten krævede da også, at EDF skulle bidrage til styrkelsen af fransk erhvervslivs konkurrenceevne og de franske husholdningers købekraft. Det er hensyn, som ikke blot ville være fremmede for en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, men også i strid med denne hypotetiske investors finansielle interesser. Det samme gælder det mål, der blev sat for EDF i serviceaftalen for 1997-2000, om at føre en ambitiøs politik for økonomisk aktivitet og beskæftigelse ved at stille sig til rådighed for lokale forvaltningsmyndigheder (jf. betragtning 89 og 95).

Økonomiske evalueringer med henblik på at fastslå den påståede investerings rentabilitet

- (140) Serviceaftalen mellem staten og EDF underskrevet den 8. april 1997 indeholdt forhåndsevalueringer af finansieringsscenariet med prognoser for afkastet til staten som aktionær af dens investering i form af kapitaltilførsler til EDF (jf. betragtning 92). Disse dokumenter og analyser, som de franske myndigheder har fremlagt, vedrører de forventede virkninger af omposteringen af alle de henlæggelser, som EDF foretog, uanset om de var blevet beskattet eller ikke, og om de var resultatet af lov nr. 97-1026 eller ikke. Den eneste systematiske evaluering, som de franske myndigheder har fremlagt, nemlig i notatet fra EDF af 18. februar 1997 (jf. betragtning 92), er generel og begrænset til den lovbestemte forrentning, der anvendes på kapitaltilførslerne, herunder dem, der lå forud for omposteringerne på EDF's balance, men eksklusive f.eks. forrentningen af anden kapital end tilførsler eller forrentningen af egenkapitalen.
- (141) Intet dokument fremsendt af Frankrig eller EDF viser, at den påståede investeringsbeslutning om at yde en større kapitaltilførsel til EDF ved ikke at opkræve skat af omposteringen har været genstand for nogen specifik gennemgang, undersøgelse eller analyse. Under indtryk af de omhandlede beløb havde en fornuftig privat markedsøkonomisk investor dog sandsynligvis ladet foretage en finansiell og økonomisk investeringsanalyse, før

han traf beslutningen, hvis beløbet på 5,88 mia. FRF i skattefritagelse i henhold til den lovbestemte rentabilitet af kapitaltilførslerne var nødvendigt, for at virksomheden kunne sikre den langsigtede rentabilitet af den samlede investering, og for at aktionæren kunne få et tilstrækkeligt afkast. Denne type forudgående økonomisk undersøgelse, som Domstolen nævner i præmis 84 i sin dom blandt de faktorer, der tillader den at konkludere til fordel for anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip, forefindes ikke.

- (142) Det er særlig bemærkelsesværdigt, at der ud over den forrentning, der skulle ydes til staten i perioden 1997-2000, ikke er foretaget nogen undersøgelse af forrentning eller afkast på langt sigt, selv om Frankrig netop påstår at have foretaget en langsigtet investering. Men en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville ikke have undladt at foretage en analyse af rentabiliteten af sin investering i perioden efter 2000.
- (143) Hvis det er rimeligt at mene, at en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have taget højde for virkningerne af nedsættelsen af EDF's gældsgrad, må det konstateres, at EDF's fordel ved at låne til en lavere omkostning takket være en bedre gældsgrad nævnes i generelle vendinger i visse dokumenter fremsendt af Frankrig (jf. betragtning 101 og 105) og af EDF. Imidlertid nævnes intetsteds fordelene og rentabiliteten for staten som aktionær ved en mindre låneomkostning for EDF eller en lavere gældsgrad. Ifølge de daværende kvantifikationer, der præsenteres i betragtning 101, skulle forholdet mellem EDF's nettogæld og egenkapital nå ned på 148 % med den fulde nye kapitaltilførsel, der beløb sig til 50,7 mia. FRF inklusive den omtvistede skattefritagelse på 5,88 mia. FRF. Uden skattefritagelsen ville gældsgraden har været ca. 163 % eller ca. en tredjedel af de 480 % fra før lov nr. 97-1026. Betragtet isoleret fra de øvrige virkninger af omposteringen af diverse henlæggelser har bidraget fra skattefritagelsen til forbedringen af gældsgraden kun beskeden betydning, og det er højst tvivlsomt, om den har udmøntet sig konkret i mindre låneomkostninger for EDF (betragtning 170-172). Under alle omstændigheder indeholder de dokumenter, som de franske myndigheder har fremlagt, hverken udsagn om eller analyser af, at gevinsten for aktionæren ved en gældsgrad på 148 %, eller på 163 % for den sags skyld, udgjorde en investering. På dette punkt findes der ingen forudgående økonomisk evaluering, der er sammenlignelig med den, som en fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have ladet foretage, som nævnt i præmis 84 i Domstolens dom.
- (144) I denne henseende beviser den økonomiske undersøgelse, som EDF fremlægger til støtte for sine bemærkninger (jf. betragtning 69-70), ikke, at Frankrig har handlet som investor og ikke som offentlig myndighed. Undersøgelsen blev foretaget efter den påståede investeringsbeslutning, der blev truffet i 1997, og blev ikke gennemgået af de kompetente myndigheder med henblik på at træffe en sådan beslutning. Alene af denne grund kan undersøgelsen ikke accepteres som bevis i henhold til Domstolens angivelser (jf. betragtning 126, præmis 104 i dommen af 5. juni). At undersøgelsen er foretaget ud fra autentiske data, der var til rådighed på daværende tidspunkt, kan ikke ændre ved denne konklusion. Undersøgelsen blev bestilt som følge af udvidelsen af undersøgelsesproceduren i maj 2013, og undersøgelsens konklusioner var tilsyneladende kendt af EDF i juli 2013, mens undersøgelsen daterer sig til oktober 2013. Der er i øvrigt yderligere grunde, der gør undersøgelsens kvantificerede resultater ugyldige og dermed fjerner grundlaget for de konklusioner, som EDF drog af den til støtte for sine bemærkninger, nemlig:
- Undersøgelsen bygger på data, der næsten alle var fra daværende tidspunkt, og er udført ved hjælp af metoder, der er almindeligt anerkendt til evaluering af en virksomheds værdi, med nedennævnte vigtige forbehold. Alligevel er der tale om en særlig kompleks økonomisk evaluering, der indebar en forholdsvis grundig datasøgning og tog ca. tre måneder at udføre og godkende. Udførelsen af undersøgelsen omfatter mange på hinanden følgende metodevalg, der til tider kan anfægtes. Uden denne udførelse er det helt umuligt ud fra spredte data fra forskellige kilder at få blot en idé om eller en eventuel prognose for de kvantificerede resultater vedrørende den rentabilitet, som den franske stat hævdes at kunne forvente i 1997, som man i undersøgelsen nåede frem til. Men Domstolen kræver, at anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip støtter sig på de evalueringer, der kunne foretages fremadrettet på tidspunktet for beslutningstagningen (jf. præmis 105 i dommen af 5. juni 2012). I modsætning til EDF's påstande tyder selve det forhold, at den franske stats kompetente myndigheder hverken foretog eller lod foretage en undersøgelse af dette omfang eller denne kompleksitet på grundlag af de tilgængelige data i 1996-1997, på, at rentabiliteten for aktionæren af den påståede investering i sig selv ikke var en relevant overvejelse for de franske myndigheder, inden de traf deres beslutning.
  - Undersøgelsen analyserer den franske stats adfærd i lyset af det markedsøkonomiske investorprincip ved hjælp af oplysninger og hypoteser, der er meget forskellige fra dem, der præsenteres i betragtning 87-108, og som ifølge de franske myndigheder har begrundet og berettiget den beslutning, der hævdes at være truffet. Men det er ikke EDF, der traf investeringsbeslutningen, og ifølge Domstolen (præmis 82 og 83 i dommen af 5. juni 2012) er det Frankrig, der påhviler at fremføre de beviser, der afdækker arten af og sammenhængen

bag den trufne beslutning. Eftersom de franske myndigheder hævder, at det er ud fra de oplysninger og data, som de selv har fremlagt, at Frankrig traf sin beslutning, træder undersøgelsen og dermed EDF reelt i den påståede investors sted og foregiver at vide bedre end den franske stat, hvilke hensyn og oplysninger der faktisk har motiveret den allerede trufne beslutning, og hvilke hypoteser den havde lagt til grund. Derfor bygger undersøgelsen på spekulationer og antagelser om de data, oplysninger og hypoteser, som de franske myndigheder — blandt flere andre, som ikke kan udelukkes — har taget i betragtning i 1997, og har derfor ikke beviskraft i 2015 (eller i oktober 2013, da den blev foretaget) til at forklare og klarlægge den beslutning, som de franske myndigheder faktisk traf i 1997, og som disse myndigheder forklarer med andre oplysninger og hypoteser.

- Den manglende beviskraft understreges af, at undersøgelsen for at nå frem til de resultater, der præsenteres i betragtning 70, dels bygger på vilkårlige eller risikable hypoteser, dels ikke underbygges af fakta, dels er i strid med oplysninger, der fremgår af dokumenter, som er fremsendt af de franske myndigheder, og som ifølge disse illustrerer anvendeligheden og den faktiske anvendelse i det foreliggende tilfælde af det markedsøkonomiske investorprincip. I undersøgelsen antages det således for det første, at forrentningen til staten som aktionær efter 2000 ikke ville blive reguleret ved et dekret og udmøntet i en serviceaftale mellem staten og EDF, men være fastlagt ved henvisning til de udbytter, som andre virksomheder i sektoren udbetalte i 1996-1997 <sup>(1)</sup>. Men forrentningen af kapitaltilførslerne til EDF havde været reguleret ved dekret siden 1956 (jf. betragtning 102), og den var blevet forskriftsmæssigt fastsat og indskrevet i de flerårige serviceaftaler både før og efter 1997 ud fra hensyn, som ikke havde at gøre med de udbytter, som blev udbetalt af virksomheder i sektoren, som var aktive på andre markeder end Frankrig (jf. betragtning 94 og 95). Ligeledes genindføres der for det andet i undersøgelsen uden begrundelse henlæggelser i EDF's resultatopgørelse, som stammer fra EDF's virksomhedsregnskab, med et beløb af 11,6 mia. FRF (før skat) og 7,3 mia. FRF (efter skat) <sup>(2)</sup>, hvorved værdien af EDF kunstigt opskrives med samme beløb, uden at der tages hensyn til de tilgængelige oplysninger og prognoser i 1997 om omfanget af EDF's forpligtelser vedrørende pensionsordningen for virksomhedens personale (jf. betragtning 168-169).
- Desuden, for det tredje, er væksten i EDF's værdi som følge af væksten i afkast og resultater den, som blev beregnet i undersøgelsen ud fra »markedsforventninger« i 1997 <sup>(3)</sup>. Men de franske myndigheder havde de prognoser for indtægter og resultater, der var specifikke og kvantificerede for EDF for 1997-2000 og godkendt i forbindelse med udarbejdelsen af serviceaftalen for samme periode, til sin rådighed og hævder at have støttet sig til disse prognoser og oplysninger, da de traf deres beslutning (jf. betragtning 78-79, 90, 94 og 96), samtidig med at de i 1997 havde et solidt kendskab til virksomheden og dennes finansielle perspektiver (jf. betragtning 77). At anvende tredjeparters »markedsforventninger« til endeligt at fastsætte et skøn over EDF's værdi under disse omstændigheder er hverken fornuftigt eller i tråd med de argumenter, som Frankrig fremsætter for at forklare og underbygge den beslutning, som de franske myndigheder hævdes at have truffet, ikke mindst i betragtning af, at de franske myndigheder fremfører, at EDF's fremherskende aktivitet foregik i Frankrig til lovbestemte priser i 1997 (jf. betragtning 85). I øvrigt blev disse priser fastsat til et lavt niveau med henblik på at styrke fransk erhvervslivs konkurrenceevne og de franske husholdningers købekraft (jf. betragtning 89 og 95). Der gives i undersøgelsen hverken en forklaring på endsige en gyldig begrundelse for, hvorfor den forrentning, de udbytter og de resultater, som kunne fremvises af virksomheder, der var børsnoterede aktieselskaber, ikke fandtes i noget større omfang i Frankrig og var aktive på markeder med andre konkurrencevilkår og anden lovgivning (f.eks. Endesa, Gas Natural og Union Fenosa i Spanien, RWE, EON og Verbund i Tyskland, Fluxys i Belgien), kunne være bestemmende for EDF's resultater, forrentning og udbytter, hvilket er en af de hypoteser, som betinger de resultater, der præsenteres i betragtning 70 <sup>(4)</sup>.
- Endelig, for det fjerde, postulerer undersøgelsen uden begrundelse, at væksten i kapitaltilførslen til EDF i 1997 svarede til erhvervslivets af et likvidt finansielt aktiv, i hvert fald potentielt <sup>(5)</sup>. Men EDF var i 1997 en offentlig erhvervsvirksomhed, som ikke havde en selskabskapital (jf. betragtning 19), og de franske myndigheder og EDF hævdede dengang, at EDF ville bevare den status i fremtiden (jf. betragtning 95 og 105). I betragtning 179-181 påvises det nærmere, at denne påstand, som var afgørende for undersøgelsesresultaterne, var risikabel.

Foranstaltningens art og indhold, baggrunden herfor og de bestemmelser, som den er omfattet af

- (145) Domstolen understreger, at arten af den trufne foranstaltning er en af de relevante faktorer, der skal tages i betragtning for at konkludere til fordel for anvendeligheden af det markedsøkonomiske investorprincip (jf. præmis 86 i dommen). Beslutningen om at tilføre et ekstra beløb i kapitaltilførsel til EDF ved ikke at opkræve

<sup>(1)</sup> Oxera-undersøgelsen, punkt 3.3, 3.24-3.25.

<sup>(2)</sup> Oxera-undersøgelsen, tabel A2.2.

<sup>(3)</sup> Oxera-undersøgelsen, punkt 3.3

<sup>(4)</sup> Oxera-undersøgelsen, punkt 3.3, 3.15, tabel 3.2, tabel 3.8 for beta-koefficienten og bilag 5.

<sup>(5)</sup> Oxera-undersøgelsen, punkt 3.5, 3.13, 3.20 til 3.23.

skat på omposteringen af de ulovlige henlæggelser til RAG er både en beslutning af regnskabsmæssig art om ompostering mellem poster på EDF's balance (jf. betragtning 100 og 105) og en beslutning af skattemæssig art, eftersom de kompetente myndigheder vurderer, at selskabsskatten skulle pålignes før omposteringen (jf. betragtning 35), mens skatten blev betalt af andre omposterede regnskabsmæssige henlæggelser. I modsætning til, hvad de franske myndigheder påstår, er det derfor ikke fastslået, at den regnskabsmæssige og den skattemæssige side af beslutningen er uløseligt knyttet til hinanden i en enkelt foranstaltning indført ved lov nr. 97-1026 af 10. november 1997.

- (146) Ifølge artikel 4, stk. 2, i loven skulle modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver, som er opført på passivsiden på EDF's balance, efter fradrag af de dertil svarende opskrivningsbeløb opføres under posten »Kapitaltilførsler« (jf. betragtning 28). Det kunne udledes heraf, at loven bestemte, at ud over eventuelle op- eller nedskrivninger måtte ingen regnskabsmæssig eller skattemæssig tilpasning reducere den modværdi, der skulle bogføres som kapitaltilførsel til EDF. Imidlertid falder beslutningen om, hvorvidt EDF skulle pålignes skat, i medfør af artikel 34 i Frankrigs forfatning ikke ind under loven, og lov nr. 97-1026 kunne ikke indeholde en gyldig bestemmelse om dette spørgsmål. Denne artikel begrænser parlamentets lovgivningsbeføjelser på skatteområdet til fastsættelse af beskatningsgrundlaget, satsen og de nærmere bestemmelser om inddrivelse af skatter og afgifter. EDF betalte således selskabsskat af visse regnskabsmæssige henlæggelser, men ikke af andre som følge af den samme ompostering, der fulgte af loven.
- (147) De forberedende dokumenter fremsendt af de franske myndigheder, som nævnes i betragtning 104, viser i øvrigt, at Conseil d'Etat i 1997 var af den opfattelse, at bestemmelser af ikke-lovgivningsmæssig karakter skulle fjernes fra teksten i lovforslaget. Desuden blev et ændringsforslag fra regeringen til lovforslaget om at begrænse de opkrævninger, som staten kunne foretage hos EDF i kraft af loven, også afvist. Endelig mente ressortministrene i april 1997, at de nærmere bestemmelser om iværksættelsen af omstruktureringen hos EDF både regnskabsmæssigt og skattemæssigt skulle drøftes yderligere mellem ressortmyndighederne og virksomheden (jf. betragtning 98).
- (148) Disse faktorer, som blev præciseret og kvantificeret i brevet om iværksættelse, der blev sendt af ressortministrene til EDF den 22. december 1997, efter vedtagelsen af loven (jf. betragtning 31), viser, at de skattemæssige aspekter af iværksættelsen kan adskilles fra bestemmelserne i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997. Disse ministre forklarer i deres brev til EDF omstruktureringen af EDF's balance ved anvendelse af artikel 4 i lov nr. 97-1026 af 10. november 1997 og synes stiltiende at beslutte de skattemæssige konsekvenser af denne omstrukturering, uden at der i loven er tale om nogen rentabel investering af nogen art eller obligatoriske bestemmelser.
- (149) Hvad angår baggrunden for foranstaltningen, som Domstolen fremhæver som en relevant faktor blandt andre i bedømmelsen af den eventuelle anvendelighed af det markedsøkonomiske investorprincip, viser de forberedende møder og støttedokumenter for perioden, som førte til serviceaftalen mellem staten og EDF, der blev underskrevet den 8. april 1997, at omposteringen af henlæggelserne blev foretaget på baggrund af udsigten til delvis liberalisering af elektricitetsmarkedet i EU, som var besluttet i 1996. Desuden fremgår hensigten om mere internationalisering af EDF's aktiviteter af serviceaftalen for 1997-2000 og de forberedende dokumenter foruden af parlamentets dokumenter. Serviceaftalen forudsætter selv, at der træffes en lovgivningsforanstaltning om normalisering som den, der er bestemt i lov nr. 97-1026, hvilket de facto knytter aftalens og lovgiverens mål sammen. Imidlertid tages der hverken i aftalen fra april 1997 eller i de forberedende dokumenter eller korrespondancen med EDF's ressortmyndigheder stilling til det præcise skattebeløb.
- (150) Denne baggrund, som Frankrig beskriver i sine bemærkninger, gør det imidlertid ikke muligt at fastslå med sikkerhed, at foranstaltningen kan henføres til en aktionærs adfærd i forbindelse med en investering. Nødvendigheden af at afhjælpe de uregelmæssigheder, som Cour des comptes konstaterede i oktober 1994, indgår også i denne baggrund. Selv om det på den ene side drejede sig om at afhjælpe en regnskabsmæssig uregelmæssighed, som havde gjort det muligt for EDF ikke at betale selskabsskat i årevis, understregede de franske myndigheder, at ordningen ikke såede tvivl om EDF's monopol (jf. betragtning 105), og at den stabile ramme, som liberaliseringen af markedet tillod, skulle fastholdes (jf. betragtning 95). Liberaliseringen åbnede ganske vist muligheder for udvidelse på andre medlemsstaters nationale markeder, og der var planlagt visse tiltag i serviceaftalen for 1997-2000, for at EDF kunne ekspandere mere internationalt. Men det står alligevel fast, at de offentlige myndigheders hensigt om at begunstige de nationale virksomheder gennem finansielle støtteforanstaltninger ved udsigten til liberalisering ikke begrænser sig til offentlige virksomheder eller er betegnende for adfærd hos en fornuftig aktionær i en offentlig virksomhed.
- (151) Endelig angiver Domstolen, at det er relevant at undersøge de regler, som den omstridte foranstaltning er omfattet af, for at kunne fastslå, om den har karakter af investering foretaget af staten som aktionær eller udspringer af en offentlig myndigheds beføjelser. Om foranstaltningen hører til i den ene eller anden kategori, kan derfor afgøres under overholdelse af de regler, der gælder for foranstaltningen. Derfor skal de regler, der



gælder for investering af skattemidler i virksomheder som EDF, undersøges. Uden den omhandlede foranstaltning ville provenuet af den ikkeopkrævede selskabsskat være gået ind blandt indtægterne på den franske stats generelle budget i 1997. Som det blev bestemt i artikel 18 i anordning nr. 59-2 af 2. januar 1959 om en styringslov for finanslovene, der gjaldt i den omhandlede periode, tilskrives samtlige indtægter, der skal dække samtlige udgifter, alle statens indtægter og alle statens udgifter én og samme konto kaldet det generelle budget. Således indbetales skatteprovenuet til fordel for staten og bogføres på dens budget og ikke til fordel for offentlige virksomheder.

- (152) Dette budget er underlagt princippet om bruttoopgørelse, ifølge hvilket samtlige indtægter og udgifter bogføres som to adskilte poster, uden at der knyttes nogen særlig forbindelse imellem dem, f.eks. mellem en selskabsskatteindbetaling og en anvendelse af midler som f.eks. en kapitaltilførsel til fordel for en offentlig virksomhed som EDF. Ganske vist er det muligt i fransk ret på forhånd at afsætte skattemidler til en anden juridisk person end staten eller til investering, forudsat at denne anvendelse er udtrykkeligt bestemt. Ifølge artikel 18 i anordning nr. 59-2 er det således en undtagelse, at statens midler, ud over bl.a. udlån og forskud, tildeles andre modtagere, og det kan kun ske på regeringens initiativ ved en bestemmelse i finansloven.
- (153) Men lov nr. 97-1026 af 10. november 1997 var ikke en finanslov og kunne derfor ikke danne grundlag for at afsætte skattemidler direkte til EDF's kapital. I øvrigt fremgår det ikke, at der var vedtaget specifikke bestemmelser på regeringens initiativ i finansloven om budgettet for 1997 om en forudgående bestemmelse af provenuet af den skat, som EDF skyldte, til den franske stats udgifter i forbindelse med en investering i EDF's kapital over samme budget. Denne regel, som muliggør investeringen af skattemidler indbetalt til staten i en anden juridisk person end staten som f.eks. EDF, synes derfor ikke at have været udnyttet.
- (154) De allerfleste af ovennævnte faktorer viser klart, at Frankrig hverken før eller samtidig med tildelingen af den økonomiske fordel gennem den manglende indbetaling af selskabsskat traf beslutning om ved skattefritagelse at foretage en investering i EDF. Derfor forekommer det markedsøkonomiske investorprincip ikke at være anvendeligt på denne foranstaltning. Nedenstående overvejelser om anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip har derfor subsidiær karakter.

#### 9.1.3. Anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip

- (155) I sin dom af 5. juni 2012 i nærværende sag vurderede Domstolen, at anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip skal gøre det muligt at fastslå, om en privat investor ville have tilført et beløb svarende til den skyldige skat på lignende vilkår til en virksomhed, som befandt sig i en situation, som kunne sammenlignes med den situation, som EDF befandt sig i (jf. præmis 95 i dommen). Den eventuelle forskel mellem investeringsomkostningen, som den private investor henholdsvis staten som aktionær bærer, kan også tages i betragtning for at fastslå, om de betingelser, der er fastlagt ifølge dette princip, er opfyldt (jf. præmis 96 i dommen).
- (156) Vurderingen sker ud fra objektiv og verificerbar dokumentation og de evalueringer, der kunne foretages fremadrettet på tidspunktet for beslutningstagningen (jf. præmis 102 og 105 i dommen). Ved denne vurdering skal der kun tages hensyn til de fordele og forpligtelser, som er forbundet med statens situation i dens egenskab af aktionær, og ikke dem, som er forbundet med dens egenskab af offentlig myndighed (jf. præmis 79 i dommen).
- (157) I betragtning af den situation og de karakteristika, der kendetegnede EDF som offentlig virksomhed, der i over 50 år havde været kontrolleret fuldt ud af den franske stat, er det passende at vælge perspektivet med en investor, der forfølger et mål om langsigtet rentabilitet, og foretage en nærmere undersøgelse af de oplysninger, som Frankrig har fremsendt, jf. betragtning 87-108. Det er da også disse oplysninger, som de franske myndigheder påberåber sig som grundlag for deres egen beslutning i 1997.

- (158) I første omgang skal den rentabilitet, som EDF tilbød sin aktionær i 1997, undersøges. Denne rentabilitet skal sammenlignes med referenceværdier. I 1997 lå den gennemsnitlige rente på langfristede franske obligationer (30 år) på 6,35 %. Selv for løbetider, der var kortere (10 år) end levetiden for EDF's installationer, var den gennemsnitlige rente på franske statsobligationer 5,58 % <sup>(1)</sup>. Disse værdier repræsenterer på samme tid afkastet på et finansielt aktiv, der anses for temmelig sikkert, og statens langsigtede finansieringsomkostninger på det pågældende tidspunkt. En investering i en virksomhed som EDF i 1997 udgjorde en mere risikabel investering end besiddelse af statsobligationer i samme periode. Derfor ville en fornuftig privat markedsøkonomisk investor have krævet en større rentabilitet end den, han kunne få af statsobligationer.
- (159) Men undersøgelsen af den løbende rentabilitet, som den franske stat kunne regne med i 1996-1997, sådan som den fremgår af dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt, gør det ikke muligt at konkludere, at investeringen opfylder det markedsøkonomiske investorprincip.
- (160) De berørte myndigheder har fremsendt den forventede resultatopgørelse for EDF for perioden efter omstruktureringen af balancen, som den blev undersøgt i 1997 af de berørte myndigheder (jf. betragtning 92, tabel 1). Skønnene i tabellen understøttes af andre dokumenter fra dengang (jf. betragtning 96-97 og 103). Disse skøn over EDF's referencescenario for den følgende periode var blevet godkendt af de statslige myndigheder (jf. betragtning 97). På grundlag af denne resultatopgørelse og de summer, som staten forventedes at investere i EDF (jf. betragtning 100, tabel 2), er det muligt at beregne den rentabilitet, som staten kunne regne med på henholdsvis kapitaltilførslerne til EDF, EDF's samlede kapital (oprindelig og tilførsler) og EDF's egenkapital (samlet kapital, opskrivningsbeløb, lovpligtige reserver og overførsler) <sup>(2)</sup> ifølge tabel 4.

Tabel 4

**Forventet forrentning af kapitalposterne på EDF's balance 1997-2000 (mia. FRF)**

	1997	1998	1999	2000	1997-2000
Fast del på 3 %	1,5	1,5	1,5	1,5	6,0
Variabel del	0,6	1,0	0,9	0,9	3,4
Fast plus variabel del	2,1	2,5	2,4	2,4	9,4
Rentabilitet af egenkapital (79,8 mia. FRF) (%)	2,63	3,13	3,01	3,01	2,94
Rentabilitet af kapital og tilførsler (53,3 mia. FRF) (%)	3,94	4,69	4,50	4,50	4,41
Rentabilitet af kapitaltilførsler (50,7 mia. FRF) (%)	4,14	4,93	4,73	4,73	4,64

Kilde: Kommissionens beregning ud fra tabel 1 og 2.

<sup>(1)</sup> Årligt gennemsnit for den daglige toneangivende rente på 30-årige og 10-årige franske statsobligationer, kilde Banque de France: referencesats på skatkammerbeviser (bons du Trésor) og ombyttelig statsobligation (OAT), <http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux>.

<sup>(2)</sup> Relevansen af at beregne rentabiliteten af virksomhedens samlede egenkapital i anlægsaktiver i forhold til den kapital, der var investeret i form af kapitaltilførsler, bekræftes af det forhold, at man i aftalen mellem staten og EDF for perioden 2001-2003 begrænsede forrentningen til staten, der var fastlagt i procent (37,5 %) af nettoresultatet, til et interval mellem minimum 1,5 % og maksimum 4,5 % af egenkapitalen som beregningsgrundlag. Svar fra de franske myndigheder af 23. december 2013, punkt 53.

- (161) Det fremgår af de dokumenter, som de franske myndigheder nævner og har fremsendt, at staten som aktionær i 1997 forventede en forrentning fra EDF i den fulde periode 1997-2000 på 9,4 mia. FRF, heraf 6 mia. FRF i form af den faste andel på 3 % og 3,4 mia. FRF for hele perioden i form af den supplerende andel efter omposteringerne som følge af lov nr. 97-1026. Ud fra de skøn, der blev godkendt dengang, var den løbende gennemsnitlige rentabilitet, som staten som aktionær kunne håbe på fremover, 2,94 % af EDF's samlede egenkapital, 4,41 % af den samlede kapital investeret af staten i EDF og 4,64 % af summen af kapitaltilførsler. Denne forrentning, som gjaldt for beløbet for skattefritagelsen, som blev omposteret som kapitaltilførsel, lå langt under de 6,35 % på de obligationer, som den franske stat udstedte i 1997 med henblik på sin egen langsigtede finansiering. En fornuftig privat markedsøkonomisk investor ville have ment, at den forventede løbende rentabilitet af et beløb på 5,88 mia. FRF svarende til skattefritagelsen var utilstrækkelig til at berettiggeliggøre investeringen.
- (162) I øvrigt vurderede Domstolen i præmis 96 i sin dom af 5. juni 2012, at det er muligt i forbindelse med anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip at tage højde for forskellen mellem den investeringsomkostning, som henholdsvis en privat investor og staten bærer. Det indebærer en sammenligning mellem den rentabilitet, som ifølge de franske myndigheder berettiggeliggør omposteringerne af henlæggelserne af koncessionsafgifter med beløbet for skattefritagelsen, og den rentabilitet, som en privat aktionær ville have opnået ved at foretage den samme rekapitalisering af en virksomhed, der på alle punkter kan sammenlignes med EDF, bortset fra beføjelsen til at fritage kapitaltilførslen for selskabsskat, som ikke er en privat investor beskåret.
- (163) En sådan virksomhed, hvis aktionær havde haft 5,88 mia. FRF til en rekapitalisering heraf på vilkår, der var identiske med EDF's, ville have haft udsigt til en forrentning på 4,64 % årligt af den yderligere kapital, som aktionæren havde investeret, nemlig 272 mio. FRF om året, uden hensyntagen til selskabsskatten. Ved at anvende selskabsskattesatsen på 41,66 %, der var gældende i 1997, blev den forventede forrentning 159 mio. FRF om året for samme kapitaltilførsel eller en årlig nominal forrentning på 2,7 %. Denne sats for en andel af kapitalen i en virksomhed med de risici, der knytter sig til en sådan investering, skal sammenlignes med 6,35 % ydet på franske statsobligationer i samme periode. Den lave forrentning ville derfor have skræmt en privat investor væk, som ikke havde statens skattemæssige beføjelser. Med så beskudne rentabilitetsudsigter for den investerede kapital synes det udelukket, at en fornuftig privat investor, hvis virksomhed var pligtig at betale selskabsskat af kapitaltilførslerne, ville have deltaget i kapitalstigningen i EDF i 1997 i statens sted.
- (164) Det skal derfor undersøges, om de dokumenter og oplysninger, der var samtidige med beslutningen om at ompostere henlæggelserne uden at pålægge skat, som Frankrig har fremsendt, indeholder yderligere indikationer, som kunne have overbevist en fornuftig privat investor om at foretage den påståede investering uanset den tilsyneladende meget beskudne rentabilitet. Disse indikationer kan bl.a. vedrøre EDF's kapacitet til at i) øge sine driftsindtægter på langt sigt, ii) forbedre sine driftsresultater gennem effektivisering, iii) øge nettoværdien af virksomhedens produktionsaktiver eller iv) levere en konstant og tilstrækkelig forrentning til sin aktionær. Det er faktorer, som potentielt kan skabe værdi på langt sigt for aktionæren på baggrund af positive prognoser, men være ødelæggende for værdien med negative prognoser.
- (165) I denne henseende indeholder ingen af de dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt, en kvantificering, endog en kvalitativ evaluering af en eventuel værdiskabelse for aktionæren, som de franske myndigheder har undersøgt og taget i betragtning for perioden 1997-2000 og derefter. Der findes kun generelle generiske referencer til en bedre hensyntagen til statens interesser som aktionær. Det tyder på, at virksomhedens værdistigning som investering for staten som aktionær ikke blev taget i betragtning for at træffe den påståede beslutning. Under alle omstændigheder gør undersøgelsen af de fire faktorer, der potentielt kan skabe værdi for aktionæren, det ikke muligt at konkludere ud fra de data, der var tilgængelige i 1997, bl.a. den forventede resultatopgørelse for 1997-2000 for EDF og prognoserne for det finansieringsscenarie, som ressortmyndighederne havde valgt (jf. betragtning 92, tabel 1, betragtning 96), at der kunne forventes en vækst.
- (166) Hvad angår EDF's samlede indtægter, kunne staten som aktionær forvente en meget beskudt vækst på 0,64 %. Der er stort set tale om en stagnation, som kan forklares ved det mål, som staten havde fastsat for EDF om at »bidrage til fransk erhvervslevens konkurrenceevne og den hjemlige forbrugers øgede købekraft«, hvilket udmøntede sig i en gennemsnitlig nedsættelse på [...] % af EDF's priser over fire år (jf. betragtning 89 og 95-96) eller en årlig nedbringelse på [...] %. EDF udøvede den væsentligste del af sin virksomhed i Frankrig, idet det var bestemt for perioden 1997-2000, at over 89 % af EDF's indtægter skulle komme fra det franske marked. Derfor afhang størstedelen af disse indtægter af de valg, som staten traf med hensyn til prissætning på elektricitet. En fornuftig privat investor ville ikke have undladt at notere sig den begrænsende karakter, som fastsættelsen af offentlige politiske målsætninger, der var i strid med hans interesser som aktionær, ville have for hans formueinteresser. Ingen fornuftig privat investor ville have accepteret en nedsættelse af forrentningen af sin investering til fordel for franske virksomheders konkurrenceevne.

- (167) Posten på den forventede resultatopgørelse for 1997-2000, der viste resultaterne af EDF's primære virksomhed, skulle også falde med 29 % i løbet af perioden fra 9,3 mia. FRF i 1997 til 6,6 mia. FRF i 2000. Driftsomkostningerne skulle stige med 2,2 % på grund af især stigningen i de løbende driftsudgifter, idet de finansielle omkostninger, afskrivninger og renter bortset fra kapitalforrentning skulle falde. Med tillæg af afskrivninger og finansielle omkostninger til resultatet af den primære virksomhed var den forventede udvikling for 1997-2000 også negativ, eftersom denne sum skulle falde fra 62,6 mia. FRF til 53,9 mia. FRF, dvs. et fald på 13,9 %. Men det er udviklingen i resultatet af den løbende virksomhed før afskrivninger og renter, som på sigt afgør virksomhedens kapacitet til at generere værdi og positive pengestrømme. Ud over den forventede nedsættelse havde staten i sin forfølgelse af økonomipolitiske målsætninger fastsat det mål for EDF, at virksomheden skulle anvende sine eventuelle effektiviseringsgevinster og produktivitetstigninger til en yderligere nedsættelse af priserne, før den anvendte dem til en bedre forrentning til aktionæren (jf. betragtning 95). Det følger heraf, at EDF's løbende drift, tyngt af statens økonomipolitiske målsætninger, ikke kunne give forventning om en tilfredsstillende fremtidig forrentning.
- (168) Som Kommissionen nævnte i sin udvidelsesafgørelse ville en fornuftig privat investor have taget højde for usikkerheden, hvad angik summen af og udviklingen i de pensionsfinansieringsomkostninger, som EDF skulle afholde i 1997 i henhold til den særlige ordning for el- og gassektoren. I EDF's tilfælde i 1997 repræsenterede pensionsudgifterne og desuden de tilhørende ikkebalanceførte forpligtelser et pant, der foregreb yderligere dræn i virksomhedens allerede beskedne nettoresultat.
- (169) Mens EDF's pensionsmasse repræsenterede 12,2 mia. FRF i 1997, skulle pensionsmassen ved uændret lovgivning stige betydeligt i løbet af de følgende år for hele ordningen (herunder GDF og ikkenationaliserede virksomheder) til 20 mia. FRF i 2010 og 25 mia. FRF i 2020 <sup>(1)</sup>. Ved at bruge en fordelingsnøgle for EDF på 78,4 %, som afspejler EDF's del af lønmodtagermassen i den branche, der er omfattet af ordningen, ville EDF's andel af pensionsmassen ved uændret lovgivning <sup>(2)</sup> være 15,7 mia. FRF i 2010 og 19,6 mia. FRF i 2020, endda uden at tage højde for en eventuel hensættelse til fremtidige forpligtelser. Den forventelige stigning i pensionsudgifterne var derfor større end det nettoresultat efter forrentning til staten og skat, der forventedes for perioden 1997-2000 som vist i tabel 1. Derfor ville den evaluering, som i 1997 kunne foretages af en fornuftig privat markedsøkonomisk investor, som i lighed med den franske stat ville have haft et solidt kendskab til virksomhedens situation, have fået vedkommende til at forhøje virksomhedens fremtidige udgifter og tilsvarende nedsætte sine forventninger til investeringens rentabilitet.
- (170) I øvrigt kunne en fornuftig privat investor forvente en betydelig reduktion af EDF's gæld, som skulle falde fra [...] FRF til [...] FRF over fire år (jf. betragtning 91 og 95). Imidlertid står det fast, at EDF beholdt en rating på Aaa hos kreditvurderingsbureauet Moody's fra 1992 til 1996 med en gældsgrad på 480 %. De franske myndigheder nævner også i temmelig vage vendinger, at EDF genererede midler for 70 mia. FRF i perioden 1997-2000 (jf. betragtning 84). Imidlertid skulle EDF's gældsætning og dens mekaniske virkning for værdien af virksomhedens nettoaktiver ikke give sig udslag i en forbedring af forrentningen til den franske stat i samme periode, men tværtimod i en gældsnedbringelse i forhold til perioden 1991-1996 (jf. betragtning 134).
- (171) Som EDF selv angiver, ville EDF have haft en glimrende rating, selv efter en eventuel nedsættelse heraf hos bureauer som Moody's og Standard & Poor's (jf. betragtning 71). I øvrigt nævnes EDF's gældsnedbringelse på [...] FRF blandt de mål, der blev fastsat for 1997-2000. Gældsnedbringelsen skulle resultere i en betydelig nedbringelse af EDF's samlede renteudgifter. Derfor ville hverken nedbringelsen af EDF's samlede gæld eller omkostningen herved eller de eventuelle fordele for staten som aktionær være blevet svækket af en mindre kapitaltilførsel på 44,8 mia. FRF i stedet for 50,7 mia. FRF. En gældsgrad på 163 % i stedet for de 148 %, som ventedes på grund af skattefritagelsen, ville ikke have været begrænsende for aktionærens interesser. I denne henseende findes der ikke nogen optimal finansiell struktur, og rapporten fra Assemblée nationale (jf. betragtning 100) viser gældsgrader i sektoren fra 250 % (Verbund, Østrig) til 10-15 % (Veaba, Tyskland, og PowerGen, Det Forenede Kongerige).
- (172) Gældsætningen gjorde det muligt for EDF at finansiere sin vækst og sine resultater uden ekstra kapital fra aktionæren, idet rentabiliteten af den kapital, som staten allerede have investeret, steg ved hjælp af gældens gearingseffekt. Men gældsnedbringelsen blev prioriteret, selv om EDF havde en glimrende rating før den planlagte gældsnedbringelse (jf. betragtning 71). I øvrigt er den glimrende rating, der afspejler EDF's kapacitet til at betale

<sup>(1)</sup> EDF's årsrapport 1997, s. 103.

<sup>(2)</sup> Ved artikel 2 i beslutningen af 16. december 2003 (C(2003) 4637/fin) (EUT L 49 af 22.2.2005, s. 9), besluttede Kommissionen ikke at fremsætte indvendinger mod reformen af den pensionsordning, som gjaldt for el- og gassektoren, og som EDF var underlagt. Denne reform bevirkede en overførsel til det generelle socialsikringsystem af pensionsudgifterne og -forpligtelserne i den særlige ordning for EDF's personale og personalet i andre virksomheder under ordningen.

sine kreditorer før 1996, ikke uforenelig med en beskeden forrentning til aktionæren. Tværtimod ville kreditvurderingen af de gældsbeviser, som EDF udstedte, være desto bedre, fordi aktionærens betaling var beskeden. Med tidshorisonten i de prognoser, som de franske myndigheder har fremsendt, ville den forventelige nedbringelse af gearingseffekten og under alle omstændigheder skattebeløbets beskeden indvirkning på gældsgraden have fået en fornuftig privat markedsøkonomisk investor til enten at sænke sine forventninger til investeringens rentabilitet eller til ikke at vurdere, at investeringen i egenkapital med skattebeløbet var begrundet i nødvendigheden af at forbedre EDF's gældssituation i 1997.

- (173) Endelig ville en fornuftig privat investor sandsynligvis have baseret sin investeringsbeslutning på evalueringen af virksomhedens kapacitet til at garantere ham en stabil og tilstrækkelig forrentning. I den henseende forekommer den forrentning, som staten som aktionær forventede for perioden 1997-2000 jf. de franske myndigheders oplysninger meget ringere end de 6,35 %, der blev ydet på franske statsobligationer i samme periode. Desuden kunne denne forrentning de facto nedskrives med den skat, der blev betalt til staten som skatteudskrivningsmyndighed (jf. betragtning 103 og 106). Forrentningen til aktionæren var også betydeligt udhulet på det tidspunkt, hvor staten foretog den påståede investering. Enhver aktionær ville have noteret sig det pludselige og meget store fald i forrentningen af kapitaltilførslerne negativt. Denne forrentning skulle falde fra reelt 9,32 % i gennemsnit i perioden 1991-1996 til forventet 4,64 % i perioden 1997-2000, dvs. en nedsættelse med over halvdelen. Sat i forhold til egenkapitalen faldt rentabiliteten fra 14,1 % i gennemsnit ultimo 1996 til forventet 2,94 % i perioden 1997-2000 (jf. betragtning 92 og 102, tabel 1 og 3).
- (174) En fornuftig privat investor kan ganske vist acceptere en nedsættelse af sin løbende forrentning ved udsigten til en vækst i virksomheden, der enten giver sig udslag i en bedre fremtidig forrentning eller en stigning i virksomhedens værdi, som vil kunne generere en merværdi ved salg af dens aktiver som udtryk for en ejendomsret til virksomheden. I den henseende ville den løbende rentabilitet, som kunne forventes i 1997, dels ikke have gjort det muligt at kompensere for den pludselige nedsættelse af rentabiliteten. Dels gør undersøgelsen af de fire faktorer, der potentielt kan skabe værdi for aktionæren, jf. betragtning 164-173, det ikke muligt på baggrund af de tilgængelige oplysninger i de dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt, at konkludere, at aktionæren kunne forvente en vækst i virksomhedens værdi.
- (175) I øvrigt giver den tilgængelige dokumentation ikke mulighed for at konkludere, at en fornuftig privat investor, der handlede i den franske stats sted i 1997, på baggrund af de tilgængelige oplysninger kunne have satset på en merværdi af kapitalen til at kompensere for den beskeden løbende forrentning til staten. De franske myndigheder har ikke foretaget undersøgelser af EDF's værdi før og efter omposteringerne af henlæggelserne i 1997.
- (176) Oven i købet havde EDF i 1997 i over 50 år været en offentlig erhvervsvirksomhed og ikke et aktieselskab. I medfør af artikel 16 i lov nr. 46-628 tilhørte dens kapital den franske nation og kunne ikke afhændes (jf. betragtning 18). I øvrigt må det konstateres, at selv efter omstruktureringen af EDF's balance i kraft af lov nr. 97-1026 var EDF's samlede nettogæld i 1997 på ca. 118 mia. FRF og dermed langt større end dens egenkapital, som var på 79,8 mia. FRF (jf. betragtning 101, tabel 2).
- (177) I ingen af de dokumenter, der har belyst de franske myndigheders påståede investeringsbeslutning, gøres der rede for et eventuelt forslag til privatisering af EDF gennem salg af hele eller dele af statens kapital heri. Det ville have krævet på forhånd, at det blev vedtaget at lade EDF forlade sin status af offentlig erhvervsvirksomhed og i stedet få status af aktieselskab. Tværtimod var den eneste henvisning til EDF's status i disse dokumenter statens bekræftelse af sin vilje til at opretholde EDF's specifikke status, som »skulle forblive en stabil reference i den fremtidige udvikling« i det indre marked for elektricitet (betragtning 95). Det er med støtte i disse oplysninger, at Frankrig hævder, at investeringsbeslutningen blev truffet. Disse fakta skal derfor forblive referencerammen for analysen af den påståede beslutning.
- (178) På disse betingelser ville det ikke have været rimeligt og fornuftigt af en investor at håbe på en merværdi af kapitalen, som ville have været betinget af den lovgivende magts indgreb imod dels lovbestemmelserne, som disse

var vedtaget af de franske myndigheder i 1946 og siden havde været uafbrudt gældende, dels statens udtrykkelige vilje som bekræftet af den ansvarlige minister for statens kapitalandele i 1997 til at opretholde EDF's specifikke juridiske status i det indre marked for energi, der blev liberaliseret på EU-plan. De hypoteser, der ligger til grund for EDF's konklusioner vedrørende den rentabilitet af investeringen, som en fornuftig privat investor ville håbe på, og som bygger på den oprindelige og fremtidige værdi af aktier i EDF i 1997 (jf. betragtning 69 og 70), tager ikke højde for EDF's status i 1997 og modsiges af de dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt, og som henviser dertil.

- (179) Som de franske myndigheder understreger, havde EDF som offentlig erhvervsvirksomhed i 1997 ingen selskabskapital i modsætning til f.eks. et aktieselskab, hvis kapital ejes af aktionærerne (jf. betragtning 19), som til hver en tid kan sælge deres aktier. Derfor ville referenceinvestoren i 1997 bl.a. have skullet bestemme et vist antal faktorer eller opstille en række hypoteser, der nødvendigvis gav anledning til bekymring, i henseende til i) til hvilken værdi staten ville fastlægge et fremtidigt aktieselskabs selskabskapital, f.eks. ved at inkludere eller ekskludere kvasiegenkapital, som er afgørende for selskabets evne til at sikre et stabilt udbytte, ii) hvor mange aktier denne kapital ville blive opsplittet i, velvidende at aktiens pålydende beløb har betydning for dens tiltrækningskraft på markedet, iii) hvilken form en åbning af kapitalen gennem udstedelse af nye aktier eventuelt ville få, og hvor stor emissionen i så fald ville være, hvilket er afgørende for graden af mulig udvanding af investorens andel, og endelig iv) hvornår transaktionen ville finde sted, hvilket set i lyset af de beskudne perspektiver om værditilvækst i henhold til resultatprognosen for EDF frem til 2000 (jf. betragtning 167) ikke kunne forventes i en nær fremtid. Intet i de oplysninger, som de franske myndigheder har fremsendt om perioden før den påståede investering, gør det muligt at mene, at disse spørgsmål kunne være blevet besvaret i 1997.
- (180) På disse betingelser ville den eventuelle stigning i værdien af den rettighed, som staten havde i EDF's kapital som følge af den omtvistede kapitaltilførsel, hvis man antager, at den var etableret (hvilket klart ikke er tilfældet), have forudsat, at en fornuftig investor sluttede sig til mindst fire væsentlige faktorer, som han i modsætning til lovgiveren og tilsynsmyndigheden hverken ville have haft indflydelse på endsige gyldige tilgængelige oplysninger om i 1997. En fornuftig privat investor ville ikke have været uvidende om den stort set manglende likviditet i sin investering. Det følger heraf, at en fornuftig privat investor ville have taget højde for denne omstændighed, da han traf beslutning om at investere eller ikke. Denne mangel på likviditet kan gøre en eventuel stigning i virksomhedens værdi mindre interessant.
- (181) I øvrigt skal, som det er angivet i betragtning 144, det markedsøkonomiske investorprincip primært testes ved hjælp af de oplysninger og dokumenter, der fremsendes af medlemsstaten i en situation, hvor beslutningen allerede er truffet, eftersom det er medlemsstaten, som hævder, at det er denne dokumentation og ikke andre hypotetiske elementer eller endda oplysninger, som er i strid med det fremsendte, som medlemsstaten har taget i betragtning. Men Domstolen kræver, at anvendelsen af det markedsøkonomiske investorprincip støtter sig på de evalueringer, der kunne foretages fremadrettet på tidspunktet for beslutningstagningen (jf. præmis 105 i dommen af 5. juni 2012). Således hævdede de franske myndigheder i 1997, at EDF's status, som ikke tillod udstedelse og salg af aktier i EDF, ville blive opretholdt som en stabil reference, herunder i et liberaliseret indre marked (jf. betragtning 95). At anvende hypoteser, der strider mod de franske myndigheders påstand, er det samme som at foretage testen i en situation, som ikke er den mest sammenlignelige med den, som medlemsstaten befinder sig, hvilket er i strid med, hvad der kræves ifølge retspraksis (jf. betragtning 126).
- (182) Selv om man antager af hensyn til analysen, at en fornuftig privat investor i sin beslutning om at foretage den påståede investering havde kunnet tage højde for en fremtidig værdistigning af sin investering på en ukendt dato oven i den normalt tilbudte rentabilitet, ville investoren ikke desto mindre som hypotese have valgt virksomhedens kapacitet til at generere udbytte på langt sigt og dermed have fulgt den tidshorizont, der gjaldt for den franske stat som ejer af EDF siden 1946. For at vurdere værdien af sin ejendomsret i EDF ville den fornuftige private investor have fravalgt den regnskabsmæssige værdi af virksomhedens nettoaktiver, selv om han fokuserede på gældsnedbringelsen og genereringen af midler, som de franske myndigheder fremhæver (jf. betragtning 84). Værdien af aktiverne, investeringsbeløbene eller gældsnedbringelsen falder ikke nødvendigvis sammen med den reelle økonomiske værdi med henblik på at fastsætte en transaktionspris. Man bør således ikke hæfte sig ved, at den fulde tilbagebetaling af EDF's gæld i 1997 ville have krævet beløb, som langt oversteg EDF's egenkapital (jf. betragtning 177). På langt sigt er en virksomheds værdi et resultat af dens evne til at generere værdi for aktionæren i form af udbytter eller en værdiforøgelse af kapitalen snarere end den regnskabsmæssige værdi af dens aktiver eller ejendom.

- (183) Blandt de forskellige metoder, der anvendes inden for finansiering til at vurdere offeromkostningen ved eller den nødvendige rentabilitet af en omsættelig ejendomsret i en virksomheds kapital, er den hyppigst anvendte den såkaldte MEDAF (model for evaluering af finansielle aktiver, på engelsk Capital Asset Pricing Model »CAPM«) <sup>(1)</sup>. Som vist i tabel 5 opnår man ved anvendelse af MEDAF på en investering i EDF's kapital i 1997 en målværdi for den nødvendige rentabilitet på ca. 12 % (der kan komme op på 13,4 %) for et likvidt aktiv som en EDF-aktie. Men denne målværdi bør ses som en minimumsværdi. Den forudsætter, at en ejendomsret i EDF såsom en aktie ikke blot var mulig og kunne overdrages, men også at der var et likvidt marked, mens staten ejede 100 % af kapitalen, og EDF ikke kunne udstede aktier. Til den nødvendige rentabilitet for et likvidt aktiv skal der lægges en præmie på mellem 0,5 og 1,5 % <sup>(2)</sup> for at afspejle den store usikkerhed, som udspringer af de faktorer, der blev undersøgt i betragtning 179 og 180 med hensyn til EDF-papirenes likviditet, og som kunne præge en fornuftig privat investor i 1997.
- (184) Under alle omstændigheder er gyldigheden af størrelsesordenen 12 % uden likviditetspræmie tæt på om end mindre end den løbende rentabilitet af egenkapitalen på 14 %, som EDF ydede til den franske stat mellem 1991 og 1996 (jf. betragtning 102, tabel 3). Det er normalt af den reelt opnåede rentabilitet, at forventningen om den fremtidige rentabilitet udspringer. Gyldigheden af denne størrelsesorden på 12 % underbygges også af anvendelsen af andre parametre ud fra tilgængelige tal fra daværende periode, herunder dem, som blev brugt til undersøgelsen, der blev udført for EDF's regning jf. betragtning 70, som fastsætter en målværdi inden for et spænd på mellem 11,9 % og 13,5 % med et gennemsnit på 12,7 %. Når resultaterne af analysen ikke ændrer sig med en likviditetspræmie på over målrentabiliteten på ca. 12 % eller ved anvendelse fra 1997 og frem af de 14 % i reel rentabilitet fra den nærmeste fortid, er det ikke nødvendigt at tage højde for denne præmie og den reelle rentabilitet.

Tabel 5

**Nødvendig målrentabilitet for en investering i aktier i EDF i 1997: beregningsværdier**

Parameter	Værdi	Kilde
Risikofri rente	6,35 — 5,58	Årligt gennemsnit i 1997 for den daglige toneangivende rente på 30-årige og 10-årige fransk statsobligationer, kilde Banque de France: referencesats på skatkammerbeviser (bons du Trésor) og ombyttelig statsobligation (OAT), <a href="http://www.banque-france.fr/economiet-statistiques/changes-et-taux">http://www.banque-france.fr/economiet-statistiques/changes-et-taux</a> .
Beta for EDF (med gæld)	0,45 — 0,54 — 0,62	1. Beta for EDF — Vernimmen et alii op.cit., grafik s. 427. 2. og 3. Oxera-undersøgelsen, tabel 3.8, Beta EU-selskaber i sektoren.
Gæld (%)	60	EDF's kapitalstruktur efter omstruktureringen i 1997
Beta for EDF (uden gæld)	0,84 — 0,89 — 1,36	1. og 2. Kommissionens beregning. 3. Oxera-undersøgelsen, tabel 3.8

<sup>(1)</sup> Denne model vurderer målrentabiliteten, som en investor kræver af en virksomheds kapital (k), som resultatet af, at der til rentabiliteten af et finansielt aktiv, der anses for risikofrit eller lavrisikabelt, nemlig en statsobligation på et referencefinansmarked ( $r_f$ ), føjes en markedsrisikopræmie, der afspejler den mere risikable karakter af en investering i aktier ( $K_m - r_f$ ) multipliceret med en specifik risikoefficient for aktien i den pågældende virksomhed ( $\beta$ ), som helst skal være virksomheden selv og ellers sammenlignelige virksomheder, der bruges som reference. Parameter  $\beta$  skal vurderes for en virksomhed uden gæld (gearing) for at måle den iboende risiko ved virksomheden (s aktie) i forhold til markedet. Modellen er  $k = r_f + \beta \times (K_m - r_f)$ . Kommissionen anvendte MEDAF til at vurdere den nødvendige rentabilitet af kapitalinvesteringerne i en virksomhed, godkendt af Den Europæiske Unions Ret i sag T-319/12, Spanien mod Kommissionen, »Ciudad de la Luz«, EU:T:2014:604, præmis 48-66. En fyldigere beskrivelse findes i Vernimmen et alii, »Corporate Finance«, John Wiley & Sons ed. 2. udgave, 2009, kap. 22; resultaterne af undersøgelserne af frekvensen af anvendelsen af evalueringsmetoderne jf. s. 460. Det teoretiske grundlag og en numerisk anvendelse af MEDAF på det foreliggende tilfælde er også med i Oxera-undersøgelsen, som EDF betalte (jf. betragtning 70), se navnlig bilag I.

<sup>(2)</sup> Vernimmen et alii, »Corporate Finance«, John Wiley & Sons ed. 2. udgave, 2009, s. 433-434.

Parameter	Værdi	Kilde
Markedsrisikopræmie	6,3 — 7,3	1. /Vernimmen op.cit. s. 423 citat af Mehra Prescott 2/2003 T.2 FR 1973-98. 2. Forventet risikopræmie i Frankrig i gennemsnit for perioden 1988-1996 (denne præmie var 10,1 % i 1996). »An examination of Equity Risk Premium Forecasts in the G-6 Countries«, Khorrana, Moyer & Pattel, I/B/E/S Working Paper, august 1997, s. 25.
Spænd for målrentabilitet	11,7 — 12,1 — 13,4	Kommissionens beregning
Medianrentabilitet	12	Kommissionens beregning

- (185) For at træffe sin investeringsbeslutning i 1997 ville en fornuftig privat investor i en situation, som var så tæt som muligt på de franske myndigheders, have valgt de systematiske skøn over EDF's fremtidige resultater, som var godkendt af de kompetente myndigheder og valgt som finansieringsscenarie, sådan som de fremgår af EDF's forventede resultatopgørelse for perioden 1997-2000 (jf. betragtning 90-92, tabel 1, betragtning 97). Skattefritagelsen repræsenterede 11 % af EDF's kapital og kapitaltilførsler på 53,3 mia. FRF i 1997 efter omstruktureringen af balancen. Det kan derfor formodes, at investeringen gav ret til at modtage 11 % af udbytteerne (forrentning af kapitaltilførslerne som anslået i tabel 1 og 4) og værdien af EDF. Til at fastslå denne værdi skal der anvendes en model til beregning af en virksomheds værdi på langt sigt, nemlig dividendemodellen, på engelsk dividend discount model »DDM«<sup>(1)</sup>.
- (186) Resultaterne af DDM-analysen af en investering på 5,88 mia. FRF på basis af de dividender, der forventes ifølge EDF's forventede resultatopgørelse 1997-2000 (forrentning af kapitaltilførsler og supplerende forrentning i tabel 1) præsenteres i tabel 6 med angivelse af den interne forrentning (IF) af pengestrømmene og en nettonutidsværdi (NNV) for målrentabiliteten på 12 %, 6,35 % og 5,58 %<sup>(2)</sup>. Disse resultater er beregnet for et referencescenarie baseret på aktuel analysepraksis (tabel 6.1) med tre mindre plausible følsomhedsanalyser, som løsner referencescenariets hypoteser og dermed simulerer en større rentabilitet for aktionæren end referencescenariet (tabel 6.2, 6.3 og 6.4).

Tabel 6

### Skøn over rentabiliteten (NNV) af en investering på 5,88 mia. FRF ved hjælp af DDM-modellen på basis af EDF's forventede resultatopgørelse 1997-2000 (tabel 1) (mia. FRF)

#### 6.1. Centralt scenarie (Forventet vækst i dividenderne ultimo perioden 1999-2000)

	1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
	Investeringer	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende	DDM-værdi
	- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	2,21
NNV på 12 %	- 3,43					
NNV på 6,35 %	- 3,17					
NNV på 5,58 %	- 3,12					
IF	- 13 %					

NB: Tabellen læses som følger: For de forventede pengestrømme mellem 1.1.1997 og 31.12.2000 er NNV med en aktualiseringsssats på 12 % - 3,43 mia. FRF (...), og IF er - 13 %.

<sup>(1)</sup> DDM repræsenterer værdien af virksomheden ud fra (senest) udbetalt dividende (Dt), stigningsgraden i dividenderne (d'D) og målforrentningen eller offeromkostningerne ved kapitalen (K) ifølge formelen  $V_t = Dt (1 + d'D)/(K - d'D)$ . DDM bruges også i Oxeraundersøgelsen, der blev udført for EDF's regning (punkt 3.27-3.31, tabel 3.4), men med andre og for visse vedkommende meget urealistiske værdier. Oxera-undersøgelsen bruger en stigningsgrad i dividenderne på 9,3 % om året. Stigningsgrader for dividende forbindes med virksomhedens vækst i en livstidsberegning som DDM. Stigningsgrader på 9,3 %, som er langt over inflationen og væksten i BNP på langt sigt, indebærer, at EDF på sigt lagde beslag på hele det franske bruttonationalprodukt.

<sup>(2)</sup> En negativ nettonutidsværdi for en given rentesats (aktualisering-finansiering) tyder på, at investeringen ikke er rentabel til denne rentesats. Den interne forrentning (positiv — IF) angiver den effektive rentesats, til hvilken de forventede pengestrømme forrenter en investering.



## 6.2. Følsomhed 1 (d dividender = 4,51 % i årlig sats 1997/2000)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investeringer	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende	DDM-værdi
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	3,69
NNV på 12 %	- 2,68						
NNV på 6,35 %	- 2,14						
NNV på 5,58 %	- 2,05						
IF	- 4,7 %						

## 6.3. Følsomhed 2 (Centralt scenarie + tilføjelse af 11 % kvasiegenkapital)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investeringer	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende	DDM-værdi
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	4,93
NNV på 12 %	- 2,06						
NNV på 6,35 %	- 1,29						
NNV på 5,58 %	- 1,16						
IF	0,3 %						

## 6.4. Følsomhed 3 (Følsomhed 1 + tilføjelse af 11 % kvasiegenkapital)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investeringer	Dividende	Dividende	Dividende	Dividende	DDM-værdi
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	6,41
NNV på 12 %	- 1,30						
NNV på 6,35 %	- 0,26						
NNV på 5,58 %	- 0,08						
IF	5,2 %						

(187) Det fremgår af skønnene i tabel 6, at hvis beløbet på 5,88 mia. FRF i påstået investering havde givet ret til at disponere over en forholdsmæssig andel af dividenden og værdien af EDF, havde transaktionen vist en meget negativ nettonutidsværdi (- 3,43 mia. FRF). For at investeringen kunne have finansiel interesse for en privat markedsøkonomisk investor med den hyppigst valgte hypotese (tabel 6.1), ville det have været nødvendigt, at en fornuftig privat investor var tilfreds med en forrentning, som var meget lavere end en offeromkostning ved kapitalen på 12 % for en investering i likvide aktier i EDF, endda også lavere end renten på franske 30-årige (6,35 %) og 10-årige (5,58 %) statsobligationer i 1997. Men en fornuftig privat investor ville åbenlyst ikke have foretaget investeringen på disse vilkår.

- (188) Disse konklusioner ændrer sig ikke kvalitativt ved anvendelse — for at teste følsomheden — af andre hypoteser, der, om end de er mindre plausible, yderligere fremmer den påståede investering (tabel 6.2-6.4) <sup>(1)</sup>. Under alle omstændigheder er den tilbudte rentabilitet lavere end 12 %, endda også lavere end renten i 1997 på franske statsobligationer med 30 års og 10 års løbetid. Endelig ville en undersøgelse af andre tilgængelige variabler over EDF's forventede resultatopgørelse såsom prognoser for indtægter, resultater af primær virksomhed eller nettoresultat (jf. betragtning 166-168) ikke have gjort det muligt for en fornuftig privat investor at forvente en fuldstændig ændret tendens i retning af bedre forrentning eller værdistigninger for staten som aktionær. Disse tendenser, der i 1997 var forudsigelige og forventede, understøtter atter konklusionerne og udvidelsen heraf til perioden efter 2000, som en fornuftig privat investor kunne forvente i 1997 ud fra de oplysninger, som de franske myndigheder har fremsendt.
- (189) Selv under antagelse af, at den fornuftige private investor havde håbet på en kapitalgevinst oven i EDF's regelmæssige rentabilitet, hvilket intet tyder på i de oplysninger og dokumenter, som de franske myndigheder har fremsendt, og som det oven i købet ville have været for risikabelt at håbe på i betragtning af EDF's status i 1997, er det udelukket, at denne investor havde foretaget den påståede investering. Under disse omstændigheder viser anvendelsen af testen af det markedsøkonomiske investorprincip, at selv om skattefritagelsen på 5,88 mia. FRF i realiteten havde været en investeringsbeslutning truffet af staten som aktionær, ville denne transaktion ikke være blevet gennemført af en fornuftig privat investor, der havde de oplysninger til sin rådighed, som de franske myndigheder har fremført.
- (190) I denne henseende modsiger fakta EDF's bemærkninger (jf. betragtning 71) om, at skattefritagelsen ikke havde nogen begrænsende virkning for konkurrencen eller gav EDF en fordel, eftersom EDF under alle omstændigheder kunne have fundet tilsvarende finansiering på kapitalmarkederne. Det står fast, at EDF ikke kunne udstede aktier til salg på markederne for at skaffe sig det omhandlede beløb. Selv om EDF uden tvivl kunne have fundet en udlåner, ville lånet eller den tilsvarende obligationsemission efter al sandsynlighed have skullet forrentes til en højere sats end den, som den franske stat regnede med for kapitaltilførslerne til EDF i perioden 1997-2000, og højere end satsen for den tilsvarende refinansieringsomkostning ved statsobligationerne i 1997. Hvis EDF havde kunnet disponere over et tilsvarende beløb som hovedstol, ville de afholdte finansieringsomkostninger have været større end finansieringsomkostningerne ved den påståede investering. Selv da og uden at tage højde for en indløsning af hovedstolen, som EDF ikke var forpligtet til med beløbet for skattefritagelsen eller det tilsvarende beløb i kapitaltilførsel i 1997, ville foranstaltningen have givet EDF en økonomisk fordel ved at nedbringe virksomhedens finansieringsomkostninger.
- (191) Selv om det markedsøkonomiske investorprincip havde været anvendeligt, er det ud fra anvendelsen af testen af det markedsøkonomiske investorprincip på grundlag af den dokumentation, som de franske myndigheder har fremsendt til belysning af udsigterne for rentabiliteten og de risici, der er knyttet til den påståede investering i form af skattefritagelse, muligt at konkludere, at en fornuftig privat investor ikke ville have investeret et beløb lig med den skyldige skat i kapitalforhøjelsen i EDF i 1997.
- (192) EDF's manglende betaling af 5,88 mia. FRF i selskabsskat forekommer ikke at være en produktiv investering foretaget af staten som aktionær ved anvendelse af det markedsøkonomiske investorprincip. Den forekommer snarere at være en undtagelsesvis og enkeltstående skattefritagelsesforanstaltning, som har skaffet EDF en økonomisk fordel svarende til beløbet for den ubetalte skat. En sådan fordel styrker nødvendigvis EDF's stilling i forhold til virksomhedens konkurrenters, eftersom egenkapitalbeløbet blandt andre faktorer bestemmer en virksomheds kapacitet og eksterne finansieringsvilkår, mens de således sparede midler i øvrigt har kunnet bruges til andre formål såsom bl.a. investeringen i Frankrig eller andre medlemsstater, hvor konkurrenterne drev virksomhed i 1997.

<sup>(1)</sup> Hypotesen om, at EDF-dividenden ville vokse med 4,51 % (følsomhed 1, tabel 6.2), forekommer optimistisk. Den er opnået ved udjævning af den forventede stigningsgrad over de fire år 1997-2000. Foruden at den valgte stigning i dividenderne efter sædvanlig praksis er den, der gælder ultimo perioden (centralt scenarie), skulle de dividender, der skulle betales af EDF, reelt falde i 1997-2000 i forhold til 1991-1996 og i 1999 og 2000 i forhold til 1998. Under alle omstændigheder er en livstidsats på 4,51 % høj i absolut værdi. Hypotesen (følsomhed 2, tabel 6.3) om, at aktionæren ville tilføje — eller køberen ville betale — (en proratadel af) EDF's kvasiegenkapital, som denne var anslået i 1997 til den objektive værdi af EDF som beregnet, tager ikke højde for, at visse former for egenkapital (reserver) var lovbestemte. Denne hypotese kombineret med DDM-modellen er også optimistisk, idet den svarer til at tildele aktionæren (en proratadel på 11 % af) kvasiegenkapitalen (ud over tegnet kapital), som tillader virksomheden at absorbere eventuelle tab og på langt sigt at være i stand til at yde en regelmæssig dividende og forrentning til aktionæren. Hypotesen forudsætter, at EDF's kvasiegenkapital fastsat i 1997-2000 ville forblive disponibel, mens DDM-modellen ser bort fra andre kilder til afkast end dividende. Det er derfor en lidt begrundet hypotese. Når de to hypoteser (følsomhed 3, tabel 6.4) anvendes samlet, bliver deres respektive ulemper eller svagheder mange gange mindre og gør beregningsresultaterne endnu mere usandsynlige og risikable.

- (193) Den økonomiske fordel medfører dermed en fordrejning af konkurrencen i henhold til artikel 107, stk. 1, i TEUF. Fordelen er selektiv, idet den manglende betaling af selskabsskat af en del af de regnskabsmæssige henlæggelser udgør en undtagelse i forhold til den normale skattemæssige behandling af en sådan transaktion, og denne undtagelse i det foreliggende tilfælde blev anvendt alene på EDF.

#### 9.2. STATSMIDLER

- (194) Støttebegrebet dækker ikke kun positive ydelser som tilskud, men ligeledes ethvert indgreb fra de offentlige myndigheders side, der lemper de byrder, der normalt belaster en virksomheds budget, og hvis virkninger kan sidestilles med støtte <sup>(1)</sup>. Ifølge Domstolens faste retspraksis <sup>(2)</sup> sidestilles statens manglende opkrævning af skyldig skat med forbrug af statsmidler.
- (195) Denne manglende opkrævning af den samlede skyldige selskabsskat for regnskabsåret 1997 udspringer direkte af skattemæssige bestemmelser, der er vedtaget af de franske myndigheder til gennemførelse af en statslig akt, nemlig lov nr. 97-1026 af 10. november 1997.

#### 9.3. KONKURRENCEFORDREJNING OG INDVIRKNING PÅ SAMHANDELEN MELLEM MEDLEMSSTATERNE

- (196) Siden sin oprettelse i 1946 og frem til direktiv 96/92/EF trådte i kraft, har EDF nydt godt af en monopolsituation på det franske marked med eneret på transport, distribution samt import og eksport af elektricitet. Imidlertid var EDF allerede i konkurrence med producenter fra andre medlemsstater før ikrafttrædelsen af direktiv 96/92/EF. Desuden var der fri konkurrence på de tilhørende markeder, som ikke var omfattet af enerettigheder, og hvortil EDF allerede havde diversificeret sine aktiviteter ud over sine enerettigheder, både geografisk og sektormæssigt. Der var således tale om påvirkning af konkurrencen og samhandelen længe inden liberaliseringen i henhold til direktiv 96/92/EF.
- (197) Medlemsstaternes samhandel med elektricitet var omfattende og stigende, og EDF var en aktiv deltager. Denne samhandel blev styrket med vedtagelsen af Rådets direktiv 90/547/EØF <sup>(3)</sup> og fandt sted på grundlag af handelsaftaler mellem de forskellige operatører på medlemsstaternes højspændingsnet. I de europæiske OECD-lande steg importen af elektricitet med gennemsnitligt 7 % om året mellem 1980 og 1990. Fra 1981 til 1989 forøgede EDF overskuddet på sin handelsbalance for elektricitet med faktor 9 og nåede op på en nettoeksport på 42 TWh svarende til 10 % af den samlede produktion. I 1985 eksporterede EDF allerede 19 TWh til andre medlemsstater.
- (198) Før direktiv 96/92/EF trådte i kraft i februar 1999, havde nogle medlemsstater allerede ensidigt indført foranstaltninger med henblik på at åbne deres elmarkeder. Navnlig havde Det Forenede Kongerige åbnet sit marked 100 % for store industrikunder i 1990. Sverige åbnede sit marked 100 % i 1996, Finland begyndte at åbne sit marked i 1995 og nåede 100 % i 1997, Tyskland åbnede sit marked 100 % i 1998, og Nederlandene åbnede sit marked helt for industrikunder i 1998. Allerede forud for den i direktivet fastsatte dato for indførelsen af fri konkurrence kunne statsstøtte til virksomheder med en monopolstilling i en medlemsstat, der deltog aktivt i samhandelen inden for EU, hvilket var tilfældet for EDF, i denne situation påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.
- (199) I sin årsberetning for 1997 anførte EDF, at virksomheden befandt sig »blandt de førende internationale operatører inden for elsektoren med investeringer på over 13 mia. FRF uden for Frankrig, en produktionspark, hvis installerede effekt udgør tæt på 11 % af den franske park og mere end 8 mio. kunder«. I årsberetningen understregedes det ligeledes, at EDF i 1997 havde »mangedoblet og styrket sine investeringer i Europa gennem en udbygning af sin tilstedeværelse i Østrig og Polen« og »eksporteret mere end 70 TWh til Europa«. Denne eksport blev leveret i konkurrence med alternative leverandører på de berørte markeder.
- (200) I henhold til serviceaftalen 1997-2000, som staten og EDF underskrev den 8. april 1997, skulle EDF bruge omkring 12-13 mia. FRF på internationale investeringer, hvor regionerne i Europa var blandt hovedprioriteterne.

<sup>(1)</sup> Dom i sag 30/59, Gezamenlijke Steenkolenmijnen mod Den Høje Myndighed, EU:C:1961:2, dom i sag C-387/92, Banco de Crédito Industrial, EU:C:1994:100, dom i sag C-39/94, SFEI, EU:C:1996:285, dom i sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, EU:C:1996:353, og dom i sag T-106/95, FFSA mod Kommissionen, EU:T:1997:23.

<sup>(2)</sup> Jf. bl.a. dom i sag T-67/94, Ladbroke mod Kommissionen, EU:T:1998:7, præmis 109.

<sup>(3)</sup> Rådets direktiv 90/547/EØF af 29. oktober 1990 om transit af elektricitet gennem de overordnede net (EFT L 313 af 13.11.1990, s. 30).

Mellem 2000 og 2002 havde EDF købt en tredjedel af kapitalen i den tyske virksomhed EnBW, øget produktions- og distributionskapaciteten i sit britiske datterselskab London Electricity, overtaget den direkte kontrol med den italienske virksomhed Fenice og indgået et partnerskab med Fiat om køb af Montedison (som nu er blevet til Edison).

- (201) I 1997 samlede SDS, et datterselskab 100 % ejet af EDF, sine aktiviteter vedrørende levering af tjenesteydelser til privatkunder, virksomheder og lokale myndigheder. SDS drev virksomhed inden for affaldsbehandling, gadebelysning og andre tjenesteydelser vedrørende energi og ydede et bidrag til omsætningen svarende til 685 mio. EUR i 1998 mod 650 mio. EUR i 1997. I 2000 etablerede EDF et partnerskab med Veolia Environment gennem selskabet Dalkia, som er førende i Europa inden for energitjenesteydelser til virksomheder og lokale myndigheder. Selskabet tilbyder konstruktions- og anlægstjenesteydelser samt vedligeholdelse på energiområdet, forvalter varmeanlæg og tekniske tjenester vedrørende driften af bygninger og varetager driften af varmenet, kraftvarmenet samt produktionsenheder til energi og industrielle væsker.
- (202) EDF har ligeledes udviklet sine aktiviteter på markedet for vedvarende energikilder. I 1997 samlede holdingselskabet CHART, et datterselskab 100 % ejet af EDF, sine aktiviteter på området for vedvarende energikilder som jordvarme og vindenergi. Selskabets bidrag til koncernomsætningen var da på 70 mio. EUR.
- (203) Endelig har EDF som producent og distributør af elektricitet været og er stadig i konkurrence med leverandører af andre erstatningsenergikilder som kul, olie og gas, både på det nationale og på de internationale markeder. I Frankrig har EDF f.eks. haft succes med en kampagne, der skal tilskynde til øget brug af elektricitet til opvarmning. EDF har således øget sin markedsandel i forhold til sine konkurrenter, som leverer erstatningsenergikilder som olie eller gas. Inden for stålsektoren konkurrerer elektriske ovne med gas- eller oliefyrede ovne. Det følger heraf, at en foranstaltning som den omhandlede kan fordreje den konkurrence, der foregik med de alternative leverandører, f.eks. Gaz de France.
- (204) EDF optog således en vigtig plads i elektricitetshandelen mellem medlemsstaterne i 1997, mens elektricitetsmarkedet i Frankrig i dag er helt åbent med masser af europæiske leverandører til stede. Det lader således til, at EDF allerede i 1997 var veletableret på visse markeder i andre medlemsstater, og at støtten som følge af EDF's manglende betaling af selskabsskat på en del af de skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til udskiftning af RAG nødvendigvis måtte påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.
- (205) Ovenstående overvejelser blev fremlagt i udvidelsesaftalen. Hverken Frankrig eller EDF bestred i deres bemærkninger, at støtten kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.
- (206) For så vidt som de fire kriterier i artikel 107, stk. 1, i TEUF er opfyldt, udgør EDF's manglende betaling af selskabsskat af en del af de skattefrie regnskabsmæssige henlæggelser til udskiftning af højspændingsforsyningsnettet statsstøtte. Herefter skal støttens forenelighed med det indre marked undersøges.

#### 10. VURDERING AF STØTTENS FORENELIGHED MED DET INDRE MARKED

- (207) I artikel 107, stk. 1, i TEUF hedder det, at støtte, der opfylder de deri definerede kriterier, i princippet er uforenelig med det indre marked. Ifølge fast retspraksis tilkommer det medlemsstaten at fremsøge enhver type grund til og dokumentation for, at en statsstøtte er forenelig med det indre marked <sup>(1)</sup>. I det foreliggende tilfælde har Den Franske Republik hverken gjort nogen grund gældende eller fremlagt nogen dokumentation i den henseende.
- (208) Undtagelserne i artikel 107, stk. 2, i TEUF kan ikke finde anvendelse i denne sag på grund af støttens art, idet den ikke har til formål at forfølge de mål, der nævnes i dette stykke.
- (209) Den omhandlede støtte opfylder heller ikke betingelserne for undtagelserne i artikel 107, stk. 3, litra a) og c), i TEUF om støtte til udviklingen af bestemte områder, da der oven i købet er tale om driftsstøtte. Den er da heller ikke betinget af investeringer eller skabelse af arbejdspladser som krævet i retningslinjerne for statsstøtte med regionalt sigte <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> Sag C-364/90, Italien mod Kommissionen, EU:C:1993:157, præmis 20.

<sup>(2)</sup> Retningslinjer for regionalstøtte (EUT C 209 af 23.7.2013, s. 1).

- (210) I artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF bestemmes ligeledes en undtagelse for støtte til fremme af udviklingen af visse erhvervsgræne, når den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse. I den foreliggende sag falder den undersøgte støtte ikke inden for rammerne af denne undtagelse. Denne undtagelse fra gældende skatteret, som kun gavner en enkelt virksomhed, kan ikke anses for at fremme udviklingen af en erhvervsgræn. Dens eneste formål er således at hjælpe en virksomhed ved at reducere dens driftsudgifter.
- (211) Med hensyn til undtagelserne i artikel 107, stk. 3, litra b) og d), i TEUF har den omhandlede støtte ikke til formål at fremme virkeliggørelsen af et projekt af fælles interesse eller at afhjælpe en alvorlig forstyrrelse af den franske økonomi eller at fremme kulturen og bevare kulturarven.
- (212) Dermed er kriterierne for forenelighed med det indre marked i artikel 107, stk. 2 og 3, i TEUF ikke opfyldt. Hvad angår kompensation for omkostninger til offentlig tjeneste, har de franske myndigheder i øvrigt ikke påberåbt sig anvendelsen af artikel 106, stk. 2, i TEUF i forbindelse med skattefordelen, men de har understreget, at EDF leverer offentlige tjenesteydelsesopgaver. De franske myndigheder har imidlertid ikke fremlagt nogen vurdering af EDF's udgifter som følge af disse opgaver. Kommissionen kan således ikke fastslå, hvorvidt den pågældende skattefordel kompenserer for den eventuelle meromkostning ved leveringen af de offentlige tjenesteydelsesopgaver, som virksomheden er pålagt. Selv om den manglende skattebetaling skulle betragtes som kompensation for levering af en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, er det under alle omstændigheder ikke fastslået, at en sådan kompensation var blevet defineret på forhånd ifølge gennemsigtige og objektive kriterier og beregnet ud fra en effektivt drevet virksomheds omkostninger.
- (213) I den foreliggende sag er det således ikke muligt at undersøge, hvorvidt betingelserne i Altmark-dommen <sup>(1)</sup>, som giver mulighed for at holde sig ude af anvendelsesområdet for artikel 107, stk. 1, i TEUF, er overholdt, eller at undersøge kriterierne for anvendelse af artikel 106, stk. 2, i TEUF, som de franske myndigheder i øvrigt ikke påberåber sig.
- (214) På grundlag af ovenstående betragtninger forekommer det, at den undersøgte støtte udgør driftsstøtte, hvilket indebærer en styrkelse af EDF's konkurrencesituation i forhold til konkurrenterne. På disse betingelser er den uforenelig med det indre marked.
- (215) Desuden finder Kommissionen i modsætning til de franske myndigheder ikke, at forældelsesbestemmelsen finder anvendelse på det foreliggende tilfælde. EDF har ganske vist foretaget skattefrie henlæggelser mellem 1987 og 1996. Det skal imidlertid på den ene side bemærkes, at fejlkorrektioner, som pr. definition vedrører bogføringen af tidligere transaktioner, ifølge Conseil national de comptabilité skal bogføres i resultatet for det regnskabsår, hvor de konstateres, og på den anden side, at loven om, at koncessionsafgifter skal omposteres som kapitaltilførsel og fritages for selskabsskat, stammer fra den 10. november 1997. Skattefordelen stammer således fra 1997, og forældelsen finder ikke anvendelse på ny støtte, der udbetales på denne dato, idet Kommissionens første akt om denne foranstaltning stammer fra 10. juli 2001. I medfør af artikel 15 i forordning (EF) nr. 659/1999 afbryder den formelle undersøgelsesprocedure i øvrigt forældelsesfristen.

## 11. KONKLUSION

- (216) Kommissionen fastslår, at Frankrig ulovligt har iværksat den omhandlede støtte i strid med artikel 108, stk. 3, i TEUF. Kommissionen mener, at fritagelsen for betaling af en selskabsskat på 5 882 849 762 FRF i forbindelse med omposteringen til kapitaltilførsel i henhold til lov nr. 97-1026 af regnskabsmæssige henlæggelser svarende til allerede gennemførte udskiftningsarbejder i højspændingsforsyningsnettet for 14 119 065 335 FRF udgør en ulovlig støtte, der er uforenelig med det indre marked.
- (217) I medfør af artikel 108, stk. 2, i TEUF har Kommissionen, så snart den fastslår, at en støtte er uforenelig med det indre marked, beføjelse til at pålægge den berørte medlemsstat at afskaffe eller ændre den pågældende støtte. I artikel 14 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 bestemmes: »I negative beslutninger om ulovlig støtte bestemmer Kommissionen, at den pågældende medlemsstat skal træffe alle nødvendige foranstaltninger til at kræve støtten tilbagebetalt fra støttemodtageren, i det følgende benævnt »beslutning om tilbagebetaling«. Kommissionen kræver ikke tilbagebetaling af støtten, hvis det vil være i modstrid med et generelt princip i fællesskabslovgivningen«.

<sup>(1)</sup> Sag C-280/00, Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg, EU:C:2003:415.

- (218) Ved at kræve, at den pågældende medlemsstat tilbagesøger den støtte, der er uforenelig med det indre marked, søger Kommissionen at genoprette den oprindelige situation <sup>(1)</sup>. I denne forbindelse mener Domstolen, at målet er nået, når støttemodtagerne har tilbagebetalt den ulovligt ydede støtte og dermed har mistet den fordel, der var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne. Således genoprettes situationen, som den var før udbetalingen af støtten <sup>(2)</sup>.
- (219) I den foreliggende sag er tilbagesøgning af den således konstaterede ulovlige støtte ikke i modstrid med et generelt princip i EU-retten. Hverken Frankrig eller interesserede tredjeparter har fremsat argumenter i den henseende.
- (220) Det følger heraf, at Frankrig skal træffe alle nødvendige forholdsregler til tilbagesøgning hos EDF af den ulovligt udbetalte støtte i form af fritagelsen for betaling af en selskabsskat på 5 882 849 762 FRF i forbindelse med omposteringen til kapitaltilførsel af en del af henlæggelserne på 14 119 065 335 FRF.
- (221) I forbindelse med denne tilbagesøgning skal de franske myndigheder i øvrigt til støttebeløbet føje løbende tilbagesøgningsrente fra den dato, den omhandlede støtte blev stillet til rådighed for virksomheden, nemlig forfaldsdatoen for betaling af selskabsskat af regnskabsåret 1997, og indtil den faktiske tilbagebetaling er sket <sup>(3)</sup>, i overensstemmelse med kapitel V i Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 <sup>(4)</sup>.
- (222) Ifølge forpligtelsen til loyalt samarbejde, der påhviler Frankrig i forbindelse med tilbagesøgningsproceduren, skal dette beløb bestemmes nærmere i løbet af proceduren på grundlag af den dokumentation, som fremsendes af de franske myndigheder, og som bl.a. skal tage højde for vekselkurserne mellem ECU/EUR og franske francs (FRF), der eventuelt gjaldt for EDF's betalinger af selskabsskat i løbet af 1997 og for tilbagebetalingen til EDF af støtte efter annullationen af den første negative afgørelse i 2009. I det foreliggende tilfælde påløber der da heller ikke renter i den periode, hvor støtten ikke længere var til virksomhedens rådighed, nemlig perioden mellem EDF's faktiske tilbagebetaling af støtten til Frankrig og refusionen til EDF. De eventuelle renter, som Frankrig har betalt til EDF, skal dog tages i betragtning.
- (223) De franske myndigheder skal tilbagesøge ovennævnte beløb inden for en frist på fire måneder at regne fra datoen for nærværende afgørelses meddelelse.
- (224) Ifølge fast retspraksis kan en medlemsstat, der støder på uforudsete eller uforudsigelige problemer eller opdager virkninger, som Kommissionen kan have overset, fremlægge disse problemer for Kommissionen sammen med forslag til passende ændringer, så Kommissionen kan overveje dem. I så fald skal Kommissionen og den berørte medlemsstat samarbejde i god tro med henblik på at finde en løsning under fuld iagttagelse af bestemmelserne <sup>(5)</sup> i TEUF.
- (225) Kommissionen beder derfor Frankrig om straks at forelægge den ethvert problem, der måtte opstå under efterlevelsen af nærværende afgørelse.

VEDTAGET DENNE AFGØRELSE:

#### Artikel 1

1. Fritagelsen fra betaling af selskabsskat, som blev ydet til Electricité de France for et beløb af 5 882 849 762 franske francs, og som vedrørte omposteringen som kapital af henlæggelser svarende til modværdien af de af RAG omfattede koncessionerede aktiver, udgør statsstøtte efter artikel 107, stk. 1, i TEUF.

<sup>(1)</sup> Dom i sag C-278/92, C-279/92 og C-280/92, Spanien mod Kommissionen, EU:C:1994:325, præmis 75.

<sup>(2)</sup> Dom i sag C-75/97, Belgien mod Kommissionen, EU:C:1999:311, præmis 64-65.

<sup>(3)</sup> Se artikel 14, stk. 2, i førnævnte forordning (EF) nr. 659/99.

<sup>(4)</sup> Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 af 21. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EUT L 140 af 30.4.2004, s. 1).

<sup>(5)</sup> Dom i sag C-94/87, Kommissionen mod Tyskland, EU:C:1989:46, præmis 9, og dom i sag C-348/93, Kommissionen mod Italien, EU:C:1995:95, præmis 17.

2. Den i stk. 1 nævnte støtte, som Den Franske Republik ulovligt har iværksat, er uforenelig med det indre marked.

#### Artikel 2

1. Den Franske Republik har pligt til at tilbagesøge modværdien i euro af den i artikel 1 omhandlede støtte hos støttemodtageren.
2. Den støtte, der skal tilbagebetales, pålægges renter fra det tidspunkt, hvor den blev udbetalt til støttemodtageren, og indtil den er tilbagebetalt.
3. Beløbet beregnes med renters rente i overensstemmelse med kapitel V i forordning (EF) nr. 794/2004.

#### Artikel 3

1. Tilbagesøgningen af den i artikel 1 omhandlede støtte iværksættes omgående og effektivt.
2. Den Franske Republik sikrer, at denne beslutning efterkommes senest fire måneder efter meddelestedstidspunktet.

#### Artikel 4

1. Senest to måneder efter meddelelsen af denne beslutning sender Den Franske Republik Kommissionen følgende:
  - a) det samlede beløb (hovedstol og renter), som støttemodtageren skal tilbagebetale
  - b) en detaljeret beskrivelse af, hvilke foranstaltninger der allerede er truffet eller er planlagt for at efterkomme denne afgørelse, og
  - c) dokumentation for, at støttemodtageren har fået påbud om at tilbagebetale støtten.
2. Den Franske Republik holder Kommissionen underrettet om udviklingen i de foranstaltninger, der på nationalt plan træffes for at efterkomme denne beslutning, indtil den støtte, der er tildelt i henhold til den i artikel 1 omhandlede støtteordning, er fuldt tilbagebetalt. Frankrig indsender på Kommissionens anmodning straks oplysninger om de foranstaltninger, der allerede er truffet eller er planlagt for at efterkomme afgørelsen, samt meddeler yderligere detaljer vedrørende de støttebeløb og renter, som modtageren allerede har tilbagebetalt.

#### Artikel 5

Denne afgørelse er rettet til Den Franske Republik.

Udfærdiget i Bruxelles, den 22. juli 2015.

På Kommissionens vegne  
Margrethe VESTAGER  
Medlem af Kommissionen

---