

BESLUIT (EU) 2016/154 VAN DE COMMISSIE**van 22 juli 2015****betreffende steunmaatregel SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) — Herclassificatie van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet als kapitaal die door Frankrijk ten uitvoer is gelegd ten gunste van EDF***(Kennisgeving geschied onder nummer C(2015) 4959)***(Slechts de tekst in de Franse taal is authentiek)****(Voor de EER relevante tekst)**

DE EUROPESE COMMISSIE,

Gezien het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en met name artikel 108, lid 2, eerste alinea ⁽¹⁾,Na de belanghebbenden overeenkomstig het genoemde artikel te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken ⁽²⁾,

En gezien deze opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

- (1) Bij besluit van 16 oktober 2002 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 108, lid 2, VWEU (hierna „het inleidingsbesluit” genoemd) ingeleid ten aanzien van het voordeel dat voortvloeide uit de niet-betaling van de vennootschapsbelasting door het overheidsbedrijf „Électricité de France (E.D.F.), Service National” (hierna „EDF” genoemd, eind 2004 omgevormd tot naamloze vennootschap „Électricité de France SA”) over een gedeelte van de belastingvrije en als kapitaal geherclassificeerde boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het hoogspanningsnet (réseau d'alimentation générale, hierna „RAG” genoemd) bij de herindeling van haar balans in 1997.
- (2) In de aan de Commissie bij brief van 11 december 2002 toegezonden opmerkingen betwisten de Franse autoriteiten dat EDF een fiscaal voordeel heeft genoten, en voeren zij aan dat de aanvullende kapitaalinjectie een onderkapitalisatie corrigeerde en bijgevolg gerechtvaardigd was.
- (3) Bij brief van 21 januari 2003 heeft de Commissie de enige van een belanghebbende ontvangen opmerkingen aan de Franse autoriteiten doorgezonden en hen verzocht hun opmerkingen te maken. De Franse autoriteiten hebben niet gereageerd op deze opmerkingen.
- (4) Op 12 februari 2003 is een technische bijeenkomst tussen de Commissie en de Franse autoriteiten gehouden, gevolgd door een verzoek om inlichtingen van de Commissie van 4 juli 2003.
- (5) Op 11 november 2003 heeft Frankrijk verdere inlichtingen verstrekt. Op 17 november 2003 is opnieuw een technische bijeenkomst gehouden tussen de Commissie, de Franse autoriteiten en vertegenwoordigers van EDF. De Franse autoriteiten hebben op 20 november 2003 aanvullende inlichtingen verstrekt.
- (6) Bij beschikking van 16 december 2003 ⁽³⁾ heeft de Commissie de steunmaatregel ten gunste van EDF onverenigbaar met de interne markt verklaard en de terugvordering van deze steun, vermeerderd met rente, verlangd. De steun is in februari 2004 terugbetaald.

⁽¹⁾ Met ingang van 1 december 2009 zijn de artikelen 87 en 88 VEG respectievelijk de artikelen 107 en 108 VWEU geworden. De bepalingen in beide verdragen zijn inhoudelijk identiek. In het kader van dit besluit moeten verwijzingen naar de artikelen 107 en 108 van het VWEU waar nodig worden begrepen als verwijzingen naar, respectievelijk, de artikelen 87 en 88 van het EG-Verdrag. Bij het VWEU zijn ook enkele wijzigingen in de terminologie aangebracht, zoals de vervanging van „Gemeenschap” door „Unie”, van „gemeenschappelijke markt” door „interne markt” en van „Gerecht van eerste aanleg” door „Gerecht”. In dit besluit wordt de terminologie van het VWEU gebruikt.

⁽²⁾ PB C 280 van 16.11.2002, blz. 8.

⁽³⁾ PB L 49 van 22.2.2005, blz. 9.

- (7) In zijn arrest van 15 december 2009 heeft het Gerecht de beschikking van de Commissie nietig verklaard ⁽¹⁾. Frankrijk heeft het in 2004 terugbetaalde steunbedrag opnieuw aan EDF uitbetaald.
- (8) In zijn arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof de door de Commissie tegen het arrest van het Gerecht ingestelde hogere voorziening afgewezen ⁽²⁾.
- (9) Bij besluit van 2 mei 2013 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure uitgebreid (hierna „het besluit tot uitbreiding van de procedure” genoemd) ⁽³⁾.
- (10) De Franse autoriteiten hebben hun opmerkingen aan de Commissie doen toekomen op 1 juli 2013.
- (11) Bij brief van 13 augustus 2013 heeft de Commissie de opmerkingen van één enkele belanghebbende, namelijk EDF, van 29 juli 2013, doorgezonden aan de Franse autoriteiten en hen verzocht hun opmerkingen te maken. Op 11 oktober 2013 hebben de Franse autoriteiten gereageerd op de opmerkingen van EDF.
- (12) Op 18 oktober 2013 heeft EDF de Commissie een studie van een consultant (Oxera) van 15 oktober 2013 doen toekomen. Op 22 oktober 2013 heeft de Commissie deze studie doorgezonden aan de Franse autoriteiten en hen uitgenodigd hun opmerkingen te maken. In die uitnodiging om opmerkingen te maken, was evenwel het voorbehoud opgenomen dat de studie meer dan tweeënhalve maand na de in het besluit tot uitbreiding van de procedure vastgestelde uiterste datum was toegezonden, en dat zij was opgesteld na de beslissing om te investeren in EDF waarop de Franse autoriteiten zich beriepen. Op 6 november 2013 hebben de Franse autoriteiten hun opmerkingen over de studie ingediend.
- (13) Op 14 november 2013 heeft een bijeenkomst tussen de Commissie en de Franse autoriteiten plaatsgevonden. Op 15 november 2013 heeft de Commissie verzocht om verdere inlichtingen en toelichtingen bij de opmerkingen van de Franse autoriteiten, die haar op 23 december 2013 zijn verstrekt.
- (14) Op 22 november 2013 heeft EDF de Commissie een juridisch advies op verzoek van EDF doen toekomen ter aanvulling en ondersteuning van haar opmerkingen van 29 juli 2013.
- (15) Op 12 maart 2014 heeft een bijeenkomst met de Commissie in aanwezigheid van de Franse autoriteiten plaatsgevonden.
- (16) Op 13 mei 2014 heeft de Commissie de Franse autoriteiten verzocht om eventuele opmerkingen bij het door EDF verstrekte juridische advies, evenals om toelichtingen en aanvullende gegevens, die haar bij brief van 19 juni 2014 zijn verstrekt.

1. GEDETAILLEERDE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGEL

1.1. DE BEGUNSTIGDE: EDF, ONTWIKKELING VAN HAAR STATUS EN HAAR KAPITAAL

- (17) EDF is opgericht bij wet nr. 46-628 van 8 april 1946 betreffende de nationalisatie van elektriciteit en gas (hierna „wet nr. 46-628” genoemd). Op grond van artikel 1 van die wet zijn de productie, het transport, de distributie, de invoer en de uitvoer van elektriciteit in Frankrijk genationaliseerd. Bij deze wet is het beheer van de genationaliseerde elektriciteitsbedrijven toevertrouwd aan een nationale overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter, met name „Électricité de France (E.D.F.), Service National”.
- (18) In artikel 16 van wet nr. 46-628 is bepaald dat het nettosaldo van de aan EDF overgedragen goederen, rechten en verplichtingen haar kapitaal vormt, aan de Staat toebehoort, onvervreemdbaar is en, in geval van exploitatieverliezen, moet worden aangezuiverd door de resultaten van de latere boekjaren. Overeenkomstig artikel 1 van decreet nr. 56-493 van 14 mei 1956 betreffende de aan EDF verstrekte kapitaalinjecties zijn de regels van artikel 16 van voornoemde wet van toepassing op deze kapitaalinjecties. Overeenkomstig artikel 2 van datzelfde decreet geven deze kapitaalinjecties aanleiding tot de uitkering van een rente en een dividend aan de Staat.

⁽¹⁾ Arrest van het Gerecht van 15 december 2009, EDF/Commissie, T-196/04, ECLI:EU:T:2009:505.

⁽²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318.

⁽³⁾ PB C 186 van 28.6.2013, blz. 73.

- (19) Krachtens wet nr. 46-628 is EDF sinds haar oprichting, en ook nog in 1997, een nationale overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter die niet onder de voor naamloze vennootschappen geldende bepalingen valt. Een overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter heeft geen maatschappelijk kapitaal, in tegenstelling tot een naamloze vennootschap van publiek recht, die in handen is van haar aandeelhouders⁽¹⁾. Ondanks de in de desbetreffende teksten gebruikte termen „kapitaal” en „kapitaalinjectie” beschikte EDF vanwege haar status van publiekrechtelijke rechtspersoon niet over een maatschappelijk kapitaal. Wet nr. 2004-803 van 9 augustus 2004 betreffende de openbare dienst voor elektriciteit en gas en elektriciteits- en gasbedrijven (hierna „wet nr. 2004-803” genoemd) voorzag in een toekomstige verandering van deze status. In artikel 24 van wet nr. 2004-803 was gepreciseerd dat EDF, waarvan meer dan 70 % van het kapitaal in handen van de Staat moest zijn, behoudens andersluidende bepalingen onder de regels voor naamloze vennootschappen zou vallen. In artikel 47 van deze wet was voorts bepaald dat de overheidsinstelling EDF later zou worden omgevormd tot naamloze vennootschap, onder voorbehoud van de publicatie van een decreet betreffende haar nieuwe status. In artikel 46 was gepreciseerd dat de balans van EDF per 31 december 2004 zou worden opgesteld op basis van de balans per 31 december 2003 en de resultaatrekening voor het boekjaar 2004 van de overheidsinstelling EDF.
- (20) De omvorming van EDF tot naamloze vennootschap is van kracht geworden bij decreet nr. 2004-1224 van 17 november 2004 betreffende de statuten van de naamloze vennootschap Électricité de France. In de aan het decreet gehechte statuten is bepaald dat EDF voortaan een naamloze vennootschap was die onder de wet- en regelgeving voor handelsondernemingen valt, met name het handelswetboek, voor zover er niet van wordt afgeweken door specifiekere bepalingen, met inbegrip van de statuten zelf.
- (21) In artikel 6 van de statuten van EDF is bepaald dat het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap, dat aanvankelijk volledig in handen van de Staat was, is vastgesteld op 8,129 miljard EUR, verdeeld in 1 625 800 000 aandelen van 5 EUR elk. Het maatschappelijk kapitaal van de nieuwe naamloze vennootschap EDF is in november 2004 vastgesteld op hetzelfde bedrag als het cumulatieve kapitaal en de cumulatieve kapitaalinjecties van de overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter EDF, namelijk 8,1 miljard EUR. Dit bedrag aan kapitaal en kapitaalinjecties was bereikt ingevolge wet nr. 1026 van 10 november 1997 houdende diverse economische en commerciële maatregelen (hierna „wet nr. 97-1026” genoemd), en is sinds 1997 ongewijzigd gebleven.
- (22) Zoals bepaald in wet nr. 2004-803 en de statuten van EDF moest — en moet — de Staat te allen tijde meer dan 70 % van het kapitaal van de maatschappij in handen hebben. In november 2005 zijn nieuwe, tot notering op Euronext toegelaten aandelen van EDF tegen open prijs aangeboden, waardoor het kapitaal van EDF werd opgesteld voor andere aandeelhouders dan de Staat.

1.2. VORMING VAN BOEKHOUDKUNDIGE VOORZIENINGEN VOOR DE VERVANGING VAN HET FRANSE HOOGSPANNINGSNET

- (23) Bij artikel 36 van wet nr. 46-628 zijn alle genationaliseerde elektriciteitsconcessies aan EDF overgedragen. Voor deze concessies moet de concessiehouder zich volgens artikel 37 van de wet houden aan een typebestek. De verschillende aldus door de Staat aan EDF overgedragen concessies voor het elektriciteitsvervoer zijn in 1958 samengevoegd tot één enkele concessie, het zogenoemde „réseau d'alimentation générale” (het Franse hoogspanningsnet), hierna „het RAG” genoemd.
- (24) Bij gebrek aan specifieke boekhoudkundige regels voor concessies beschouwt EDF zich sinds 1946 als eigenaar van de goederen die deel uitmaken van het RAG, en heeft zij die goederen op de actiefzijde van haar balans opgevoerd. Op grond van artikel 8 van het bij decreet nr. 56-1225 van 28 november 1956 goedgekeurde bestek moet EDF alle onderhoudswerkzaamheden en vervangingen uitvoeren die nodig zijn om de in concessie gegeven installaties in goede staat te houden.
- (25) In 1987 heeft EDF, naar aanleiding van een wijziging in 1982 van het algemeen boekhoudkundig plan tot invoering van specifieke regels voor goederen die aan het eind van de concessie aan de Staat moeten worden teruggegeven, haar boekhoudkundige praktijk gewijzigd voor de activa van het RAG die tot dan als eigen vermogen werden beschouwd, en heeft zij deze activa onder de balanspost „in concessie gegeven goederen” opgenomen. Op deze activa heeft EDF de speciale boekhoudkundige regels toegepast die in Frankrijk zijn vastgesteld voor in concessie gegeven goederen die aan de Staat moeten worden teruggegeven wanneer de concessie is verstreken. Daarnaast heeft zij onbelaste boekhoudkundige voorzieningen aangelegd voor de vervanging van het RAG.
- (26) In een verslag van 1994⁽²⁾ stelt de Franse Rekenkamer dat het, in het geval van één enkele permanente bij wet aangewezen concessiehouder van de Staat, zoals EDF, moeilijk was de goederen waaruit het RAG bestond, te beschouwen als goederen die aan het eind van de concessie moesten worden teruggegeven aan de Staat, in tegenstelling tot het eigen vermogen van het RAG, dat aan EDF toebehoorde. Met andere woorden, de door EDF

⁽¹⁾ Antwoord van de Franse autoriteiten van 23 december 2013, punten 71 en 72.

⁽²⁾ Speciaal verslag nr. 1993 van 10 oktober 1994 over de concessies van EDF

in 1987 ingevoerde boekhoudkundige wijziging die ertoe leidde dat belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen werden aangelegd, leek de Franse Rekenkamer niet gerechtvaardigd. De onderneming en de toezicht houdende autoriteiten hebben snel maatregelen genomen om de situatie van EDF te regulariseren.

- (27) In 1997 had EDF in haar boekhouding twee soorten onbelaste boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van het RAG: de nog niet aangewende voorzieningen, voor een bedrag van 38,5 miljard FRF, en de rechten van de concessiegever, die overeenkomen met reeds gerealiseerde vervangingen, voor een bedrag van 18,345 miljard FRF.

1.3. HERCLASSIFICATIE VAN DE BOEKHOUDKUNDIGE VOORZIENINGEN

- (28) Bij wet nr. 97-1026 is de status van de goederen waaruit het RAG bestaat, verduidelijkt. In artikel 4 van deze wet is het volgende bepaald:

- „I. De installaties van het hoogspanningsnet worden geacht aan Électricité de France in eigendom toe te behoren vanaf het tijdstip waarop haar de concessie voor dit net is verleend.
- II. Voor de toepassing van het bepaalde in punt I wordt op 1 januari 1997 de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningsnet, welke zijn vermeld aan de passiefzijde van de balans van Électricité de France, na aftrek van de desbetreffende herwaarderingsreserves, opgevoerd onder de post „Kapitaalinjecties”...”).

- (29) De wet moest worden toegepast voor alle transacties die betrekking hadden op het kapitaal van EDF. In de in 1997 geldende versie van artikel 16 van wet nr. 46-628 was namelijk bepaald dat het kapitaal van EDF onvervreemdbaar was en aan de Staat toebehoorde. De uit de herclassificatie van de voorzieningen voor de vervanging van het RAG voortvloeiende kapitaalinjecties in EDF vielen dan ook onder het Franse recht.

- (30) Bij wet nr. 97-1026 is de eigendom van de activa van het RAG vastgesteld. De balans is dus heringedeeld bij wet nr. 97-1026. De door EDF tussen 1987 en 1996 gevormde voorzieningen voor de vervanging van het RAG met het oog op de teruggave van deze al dan niet gebruikte activa aan de Staat werden overbodig als de goederen van het RAG als eigendom van EDF werden beschouwd.

- (31) In bijlage 1 bij een aan EDF gerichte brief van 22 december 1997 van de minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie, van de staatssecretaris voor Begrotingszaken en van de staatssecretaris voor Industrie (hierna: „de brief van de minister van Economische Zaken” genoemd) wordt de nieuwe balansindeling van EDF overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 toegelicht:

„— Herclassificatie van de „rechten van de concessiegever” (18 345 563 605 FRF):

Consolidering in kapitaalinjecties van de tegenwaarde van in concessie verstrekte goederen in natura voor het RAG ter hoogte van 14 119 065 335 FRF.

Aggregatie van de herwaarderingsreserves voor het RAG van 1959 (2 425 miljoen FRF) en 1976 (niet-afschrijfbaar activa: 97 miljoen FRF) met de post „herwaarderingsreserves RAG”, waardoor dit bedrag stijgt van 1 720 miljoen FRF naar 4 145 miljoen FRF.

Aggregatie van gereglementeerde voorzieningen voor de herwaarderingsreserves van afschrijfbaar activa van 1976 (1 704 miljoen FRF), waardoor deze post toeneemt van 877 miljoen FRF naar 2 581 miljoen FRF.

Herclassificatie van de niet langer gerechtvaardigde voorzieningen voor vervanging (38 520 943 408 FRF), met het oog op de vernieuwing van het RAG, onder toepassing van advies nr. 97-06 van de „Conseil national de la comptabilité” van 18 juni 1997 betreffende boekhoudkundige wijzigingen.”.

- (32) In het kader van de nieuwe balansindeling van EDF hebben de Franse autoriteiten advies nr. 97-06 van 18 juni 1997 van de Conseil national de la comptabilité opgevolgd. In dit advies betreffende wijzigingen in boekhoudkundige methoden, wijzigingen in ramingen, wijzigingen in fiscale opties en foutcorrecties (hierna „het advies van de Conseil national de la comptabilité” genoemd) wordt aangeraden boekhoudkundige foutcorrecties, die per definitie betrekking hebben op de boekhoudkundige verwerking van eerdere bedrijfsactiviteiten, te boeken op de balans van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd.

- (33) Overeenkomstig wet nr. 97-1026 en de brief van de minister van Economische Zaken zijn de herwaarderingsreserves zonder fiscale gevolgen overgeboekt naar de rubriek „eigen vermogen”. Ze komen namelijk overeen met herwaarderingsmeerwaarden die zijn gerealiseerd in het kader van een belastingvrijstelling of een regeling inzake belastingneutraliteit uit hoofde van de herwaarderingswetten van 1959 en 1976.

1.4. FISCALE GEVOLGEN VAN DE HERCLASSIFICATIE VAN DE BOEKHOUDKUNDIGE VOORZIENINGEN

- (34) In bijlage 3 bij de brief van de minister van Economische Zaken is ook aangegeven wat de fiscale gevolgen van de nieuwe balansindeling van EDF zijn. Er is een verschil van 38,5 miljard FRF in de nettoactiva geconstateerd als gevolg van de herclassificatie van de ongebruikte voorzieningen voor vervanging, waarover een vennootschapsbelasting van 41,66 % verschuldigd is (het in 1997 geldende tarief). De nog niet aangewende voorzieningen ter hoogte van 38,5 miljard FRF zijn dan ook normaal belast door de Franse autoriteiten. Over het gedeelte van de eveneens belastingvrije voorzieningen dat is geconsolideerd als kapitaalinjectie en dat overeenkomt met de rechten van de concessiegever, is daarentegen geen belasting geheven.
- (35) In een nota van het directoraat-generaal belastingen van 9 april 2002 aan de Commissie geven de Franse autoriteiten aan dat de RAG-rechten van de concessiegever een niet-verschuldigd bedrag vertegenwoordigen waarover ten onrechte geen belasting hoeft te worden betaald omdat dit is toegevoegd aan het kapitaal en dat voordat de reserve zou zijn toegevoegd aan het kapitaal, deze had moeten worden overgebracht vanaf de passiva van het bedrijf, waar de reserve nu ten onrechte is weergegeven als nettostaat. Zodoende is een positief verschil van het belastbare nettoactief ontstaan overeenkomstig artikel 38-2 van het algemene belastingwetboek. Zij merken op dat het aldus [in 1997 door EDF] verkregen belastingvoordeel op 5,88 miljard FRF kan worden geraamd ($14,119 \times 41,66 \%$).

2. INLEIDINGSBESLUIT

- (36) In haar inleidingsbesluit concludeert de Commissie dat de onregelmatige vorming van aanvullende voorzieningen voor de vervanging van het RAG over de periode 1987-1996 EDF heeft begunstigd in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Deze maatregel heeft EDF een selectief economisch voordeel verschafte dat voortvloeide uit het verschil tussen de gekapitaliseerde waarde van de niet-betaalde vennootschapsbelasting over de voorzieningen in diezelfde periode en het bedrag van de door EDF in 1997 ingevolge de inwerkingtreding van artikel 4 van wet nr. 97-1026 betaalde vennootschapsbelasting.
- (37) Hoewel EDF vóór de inwerkingtreding van Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad ⁽¹⁾ tot liberalisering van de elektriciteitssector in Frankrijk activiteiten uitoefende op een reeks markten met monopolie-rechten, was de Commissie van oordeel dat de betrokken steunmaatregelen ten gunste van EDF de mededinging hadden vervalst of dreigden te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig hadden beïnvloed in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit was met name het gevolg van het feit dat, ondanks de exclusieve rechten van EDF bij de uitoefening van bepaalde activiteiten in Frankrijk, op deze markten toch een zeker handelsverkeer plaatsvond tussen lidstaten. Bovendien was er sprake van vrije mededinging op verwante markten waarop EDF haar activiteiten reeds had gediversifieerd tot buiten haar exclusieve rechten, zowel uit geografisch als sectoraal oogpunt. Deze gevolgen waren reeds geruime tijd vóór de liberalisering van de elektriciteitssector aanwezig.
- (38) De Commissie concludeerde ook dat het nieuwe steun betrof die in dat stadium niet leek te voldoen aan de voorwaarden van artikel 107, leden 2 en 3, VWEU. De Franse autoriteiten hebben zich overigens niet beroepen op de bepalingen van artikel 106, lid 2, VWEU.

3. OPMERKINGEN VAN EEN BELANGHEBBENDE

- (39) Bij schrijven van 6 januari 2003 heeft de Nationale vakbond van onafhankelijke producenten van thermische elektriciteit (Syndicat National des Producteurs Indépendants d'Électricité Thermique — SNPIET) de Commissie opmerkingen doen toekomen in het kader van de formele onderzoeksprocedure. Met betrekking tot de niet-betaling, in 1997, van de vennootschapsbelasting over een deel van de belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG heeft EDF zich volgens die opmerkingen in het kader van haar activiteiten niet gehouden aan de regelgeving voor industriële en commerciële ondernemingen, in tegenstelling tot het bepaalde in wet nr. 46-628 van 8 april 1946.

4. OPMERKINGEN VAN FRANKRIJK OVER HET BESLUIT TOT INLEIDING VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (40) De Franse autoriteiten hebben hun opmerkingen aan de Commissie doen toekomen bij schrijven van 11 december 2002. Ze beschouwen het feit dat EDF in 1997 geen vennootschapsbelasting heeft betaald over een gedeelte van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG niet als een vorm van staatssteun.

⁽¹⁾ Richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB L 27 van 30.1.1997, blz. 20).

- (41) Allereerst betwisten de Franse autoriteiten het door de Commissie genoemde bedrag van de voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG. In de tweede plaats houden de Franse autoriteiten vol dat EDF, zelfs zonder voorzieningen voor de vervanging van het RAG, als gevolg van de overdracht van grote fiscale verliezen niet in staat zou zijn geweest de vennootschapsbelasting tussen 1987 en 1996 te betalen. Omdat de Staat bovendien zowel eigenaar van EDF als concessiegever van het RAG is, zijn de Franse autoriteiten van mening dat de rechten van de concessiegever geen daadwerkelijk invorderbare schuld vormen voor de Staat. Bij de nieuwe balansindeling van 1997 hebben ze deze rechten van de concessiegever bijgevolg opgevoerd als eigen vermogen van EDF om haar onderkapitalisatie te corrigeren zonder dat hierover vennootschapsbelasting hoefde te worden betaald.
- (42) De Franse autoriteiten zijn van mening dat de boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie ter hoogte van de gedeeltelijke belastingvrijstelling, die er eveneens toe strekte een onderkapitalisatie te corrigeren. EDF en de Staat zouden een toewijzing van het quasi-eigen vermogen aan het kapitaal hebben gewenst, los van de vennootschapsbelasting. Er werd van uitgegaan dat het doeltreffender en neutraler zou zijn de rechten van de concessiegever rechtstreeks en voor het volledige bedrag ervan aan het eigen vermogen toe te wijzen dan een equivalente transactie uit te voeren die zou hebben bestaan in de toevoeging van een nettobedrag na vennootschapsbelasting aan het kapitaal, EDF te verzoeken vennootschapsbelasting te betalen ten bedrage van het verschil van het nettoactief, en ten slotte een aanvullende kapitaalinjectie te verrichten voor een bedrag dat overeenkomt met de betaalde belasting.
- (43) Volgens de Franse autoriteiten was een dergelijke aanvullende kapitaalinjectie gerechtvaardigd door de rentabiliteitsvooruitzichten van EDF in 1997, die zich in de daaropvolgende jaren overigens hebben geconcretiseerd. Volgens de Franse autoriteiten zou een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in vergelijkbare omstandigheden een dergelijke kapitaalinjectie hebben gedaan.
- (44) Voorts zijn de Franse autoriteiten het er niet mee eens dat de vergoeding van de Staat tussen 1987 en 1996 onrechtmatig is verlaagd door de vorming van de betrokken voorzieningen. Ze geven aan dat de vergoeding van de Staat zelfs bij een hoger nettoresultaat hetzelfde zou zijn geweest omdat de hoogte van de vergoeding in die periode niet was gekoppeld aan een vooraf vastgesteld percentage van het nettobedrijfsresultaat. Deze hoogte was door de Staat zelf vastgesteld als absolute waarde en was niet noodzakelijk gerelateerd aan de financiële situatie van het bedrijf. Bovendien werd deze vergoeding niet verplicht ingehouden op de nettowinst van elk boekjaar. Vanuit dit oogpunt en gelet op de overgedragen verliezen van EDF benadrukken de Franse autoriteiten dat de Staat tussen 1987 en 1996 uiteindelijk een dividend heeft geïnd dat aanmerkelijk boven de vennootschapsrechtelijke limieten lag.
- (45) Bovendien zijn de Franse autoriteiten van oordeel dat, zelfs als de vorming van voorzieningen voor de vervanging van het RAG tot een voordeel had geleid, dit voordeel zou zijn tenietgedaan door de verhoging van de vennootschapsbelasting in 1997. Ze zijn eveneens van mening dat EDF in de periode 1987-1996 over het geheel genomen meer vennootschapsbelasting aan de Staat heeft betaald dan zou zijn betaald door een handelsonderneming, die geen voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG zou hebben aangelegd en aan de aandeelhouder een dividend van 37,5 % over het nettoresultaat na belastingen zou hebben uitgekeerd.
- (46) De Franse autoriteiten zijn bovendien van mening dat, als er al sprake zou zijn van een onrechtmatig voordeel, het een bestaande en geen nieuwe steunmaatregel zou betreffen, gelet op de in artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999 **van de Raad** ⁽¹⁾ vastgestelde verjaringstermijn van tien jaar, die is ingegaan op het moment van de eerste steunverlening. Aangezien het eerste verzoek om inlichtingen van de Commissie dateert van 10 juli 2001, zou eventuele vóór 1991 verleende steun zijn verjaard. De Franse autoriteiten zijn van mening dat de tussenkomst van de wetgever in 1997 er niet toe heeft geleid dat deze verjaringstermijn is opgeschort, aangezien alleen maatregelen van de Commissie een dergelijke werking kunnen hebben. Tot slot oordelen de Franse autoriteiten dat het hoe dan ook een bestaande steunmaatregel betreft, aangezien hij is genomen vóór de liberalisering van de elektriciteitsmarkt.
- (47) In hun brief van 20 november 2003 verwijzen de Franse autoriteiten naar hun argumenten betreffende de herwaarderingsreserves die zijn meegerekend in het bedrag voor de rechten van de concessiegever in de maatschappelijke rekeningen, en betreffende de toepassing van de verjaringsregel. Bovendien stellen zij dat op de nieuwe balansindeling van EDF een vennootschapsbelasting van 36,67 % (het tarief van 1996) en niet 41,66 % (het tarief van 1997) had moeten worden toegepast. Ze zijn namelijk van mening dat deze herindeling heeft plaatsgevonden op basis van een belastingaangifte van 23 december 1997, d.w.z. na sluiting van het boekjaar 1996 maar vóór sluiting van het boekjaar 1997.
- (48) De Franse autoriteiten betwisten dan ook de bewering van de Commissie dat EDF in 1997 in het voordeel is gesteld omdat zij geen vennootschapsbelasting heeft betaald over een gedeelte van de belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG.

⁽¹⁾ Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB L 83 van 27.3.1999, blz. 1).

5. DE ARRESTEN VAN DE VAN DE RECHTERLIJKE INSTANTIES VAN DE EUROPESE UNIE

- (49) In zijn arrest van 15 december 2009 heeft het Gerecht de beschikking van de Commissie van 16 december 2003 nietig verklaard op grond van het feit dat het aan de Commissie was om na te gaan of een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in dezelfde omstandigheden een investering van vergelijkbare omvang zou hebben gedaan. Volgens het Gerecht had de Commissie moeten nagaan of de transactie voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder. Het gerecht heeft dan ook geoordeeld dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, en artikel 107 VWEU heeft geschonden.
- (50) In zijn arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof de door de Commissie tegen het arrest van het Gerecht ingestelde hogere voorziening afgewezen. Het Hof was met name van mening dat de vaststelling van het Gerecht, namelijk dat de verplichting van de Commissie om na te gaan of de Staat het kapitaal heeft ingebracht onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, geldt ongeacht de vorm waarin het kapitaal door de Staat is ingebracht, niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. Voorts oordeelde het Hof dat de beoordeling van het Gerecht dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing kan zijn zelfs wanneer fiscale middelen zijn aangewend, evenmin van een onjuiste rechtsopvatting getuigt.

6. BESLUIT TOT UITBREIDING VAN DE FORMELE ONDERZOEKSPROCEDURE

- (51) Als gevolg van de nietigverklaring van de beschikking van 16 december 2003 moet de Commissie een nieuw besluit vaststellen krachtens artikel 266 VWEU en artikel 13 van Verordening (EG) nr. 659/1999 om de procedure af te sluiten met inachtneming van de rechtspunten die definitief zijn vastgesteld in het arrest van het Hof. Aangezien de beschikking van 16 december 2003 nietig was verklaard, moest de Commissie de kwesties met betrekking tot de artikelen 3 en 4 van deze beschikking opnieuw bezien.
- (52) Enerzijds had noch het Hof, noch het Gerecht geoordeeld dat het inleidingsbesluit onregelmatig was. Het kan dus de basis vormen voor een nieuw eindbesluit. Anderzijds heeft het Hof duidelijk toepasselijkheids- en toepassingscriteria voor het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie vastgesteld. Deze criteria zijn met name gebaseerd op het bestaan van objectieve en verifieerbare elementen waaruit blijkt dat de beslissing van de lidstaat er wel degelijk in bestond te investeren in het gecontroleerde overheidsbedrijf, op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou hebben doen uitvoeren alvorens deze investering te doen teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren ⁽¹⁾.
- (53) In haar besluit tot uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure merkt de Commissie op dat er in dat stadium van de administratieve procedure geen enkel bewijs of document was ter staving van de bewering van de Franse autoriteiten dat de boekhoudkundige herindeling van 1997 kan worden beschouwd als een aanvullende kapitaalinjectie voor een bedrag dat overeenkomt met de gedeeltelijke belastingvrijstelling. In tegenstelling tot de opmerkingen van de Franse autoriteiten leek een dergelijke aanvullende kapitaalinjectie geen steun te vormen, maar veeleer een investering te zijn die een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in vergelijkbare omstandigheden ook zou hebben gedaan, en die wordt gerechtvaardigd door de rentabiliteitsvooruitzichten van EDF in 1997, die zich in de daaropvolgende jaren overigens hebben geconcretiseerd.
- (54) In het uitbreidingsbesluit geeft de Commissie in het licht van de beschikbare gegevens en documenten toelichtingen bij haar voorlopige analyse van het mogelijke economische voordeel als gevolg van de niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over het gedeelte van de belastingvrije voorzieningen dat overeenkomt met 14,119 miljard FRF aan rechten van de concessiegever die zijn geherclassificeerd als kapitaalinjecties.
- (55) In dit verband leek de algemene beoordeling van de feiten van de zaak aan te tonen dat deze maatregel een overheidsmaatregel was, wat de toepasbaarheid van het beginsel van de particuliere investeerder uitsluit. De Franse autoriteiten hebben hun bewering namelijk niet gestaafd met gegevens of met een businessplan dat voorafging aan of samenviel met het besluit om aan EDF geen belasting aan te rekenen, en dat de rentabiliteit van een dergelijke transactie zou aantonen. Op materieel vlak merkte de Commissie met betrekking tot de door het Hof genoemde criteria op dat Frankrijk de datum van de verstekte documenten naar behoren moest vaststellen en het bewijs moest voorleggen dat zij vóór de litigieuze beschikking waren onderzocht door de bevoegde ministers en ambtenaren en door de kamers van het Parlement.
- (56) Bij ontstentenis van deze elementen leek Frankrijk daarentegen bij de uitoefening van haar fiscale bevoegdheden een afwijkende fiscale behandeling te hebben toegepast bij de herindeling van de balans van EDF wat betreft de herclassificatie van de rechten van de concessiegever overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026. Er waren geen uitdrukkelijke begrotingsbepalingen op grond waarvan deze fiscale middelen vooraf aan EDF werden toegewezen, en evenmin waren voorschriften of controles op investeringsgebied ten uitvoer gelegd om de vermeende investering een rechtsgrondslag te verschaffen.

⁽¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 84.

- (57) In haar uitbreidingsbesluit merkt de Commissie subsidiair voorts op dat, ook al was het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing geweest, uit de toepassing van het beginsel in dat stadium kon worden geconcludeerd dat een particuliere investeerder in 1997 geen 5,88 miljard FRF zou hebben geïnvesteerd in een kapitaalinjectie in EDF. Bij gebrek aan door de Franse autoriteiten verstrekte elementen leek het uitgesloten dat een particulier investeerder in normale marktomstandigheden de vermeende investering zou hebben gedaan zonder vooraf objectieve en betrouwbare studies te hebben onderzocht, bij voorkeur van een onafhankelijke beleggingsadviseur en niet van, bijvoorbeeld, de begunstigde onderneming, die met name het rendement op het geïnvesteerde kapitaal, het uitzicht op rendement op investeringen en de aan een dergelijke investering verbonden intrinsieke risico's, zowel in absolute zin als ten opzichte van de vergoedingsregelingen, zouden aantonen.
- (58) De Commissie voegde in dit verband toe dat een voorzichtige particuliere investeerder, alvorens zijn middelen vast te leggen, onderzoek zou hebben gedaan naar de onzekerheid omtrent het bedrag en de ontwikkeling van de pensioenlasten waaraan EDF in 1997 het hoofd moest bieden in het kader van haar specifieke regeling, en naar de mogelijke beoordeling daarvan door een investeerder op dat ogenblik.
- (59) Gelet op het voorafgaande leek de gedeeltelijke vrijstelling van de vennootschapsbelasting in 1997 geen productieve investering door de Staat als aandeelhouder te zijn, maar veeleer een fiscale uitzonderingsmaatregel die EDF een economisch voordeel kon hebben verschaft.
- (60) Bovendien bleek dat met de niet-inning van de door EDF verschuldigde vennootschapsbelasting staatsmiddelen gemoeid waren en dat de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten daardoor ongunstig konden worden beïnvloed, zodat de andere voorwaarden voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU vervuld waren.
- (61) Bij gebrek aan een rechtsgrondslag om productiesteen die de positie van EDF versterkt ten opzichte van haar concurrenten, verenigbaar met de interne markt te kunnen verklaren, uit de Commissie in haar besluit van 2 mei 2013 twijfels ten aanzien van de verenigbaarheid van de steun met de interne markt. In het inleidingsbesluit waren reeds analoge twijfels gerezen.

7. OPMERKINGEN VAN DERDEN

- (62) Bij brief van 29 juli 2013 heeft EDF opmerkingen over het uitbreidingsbesluit ingediend. EDF formuleert drie grote punten van kritiek ten aanzien van de in dit besluit ontwikkelde redenering: i) het besluit gaat voorbij aan de lering van het arrest van het Gerecht en aan de ware aard van de herkapitalisatie van EDF door de Staat, ii) het besluit is overdreven formalistisch in die zin dat het ten onrechte een businessplan voor de investering verlangt, terwijl de herkapitalisatie het resultaat is van een rijp beraad zoals blijkt uit talrijke documenten uit die periode en iii) in het besluit wordt, zonder bewijsvoering, gesteld dat geen enkele investeerder in een situatie die deze van de Staat zo dicht mogelijk benadert, een vergelijkbare investering zou hebben gedaan, in tegenstelling tot de door EDF ter staving van haar opmerkingen verstrekte feitelijke elementen.
- (63) Volgens EDF bleef de Commissie de door de Franse Staat in 1997 goedgekeurde maatregel dan ook louter vanuit het oogpunt van de vermeende fiscale gevolgen analyseren, terwijl het Gerecht deze benadering duidelijk heeft verworpen. Zoals het Gerecht heeft bevestigd, vormt de maatregel die door de Staat ten uitvoer is gelegd met de herclassificatie van de rechten van de concessiegever als kapitaalinjecties, een herkapitalisatie die bedoeld was om het onevenwicht in de balans van EDF te corrigeren in het vooruitzicht van de openstelling van de energiemarkten voor concurrentie. De brief van de minister van Economische Zaken van 22 december 1997 bevat geen afzonderlijk fiscaal besluit dat afwijkt van de wet van 1997, maar strekt ertoe de fiscale gevolgen ervan vast te stellen. Het is deze ene ondeelbare herkapitalisatiemaatregel die moet worden onderzocht, en niet de vermeende fiscale gevolgen die er in het besluit tot uitbreiding van de formele onderzoeksprocedure artificieel van worden gescheiden.
- (64) Volgens EDF is een specifiek businessplan voor de investering niet verplicht op grond van de rechtspraak, die namelijk geen formaliteiten op dit gebied oplegt, maar objectieve en verifieerbare elementen van vóór of uit de periode van de maatregel verlangt. Voor het overige zou een dergelijk businessplan in 1997 niet noodzakelijk zijn geweest voor de Staat. Die beschikte over vijf vertegenwoordigers in de Raad van bestuur van EDF, had sinds 1946 en op het ogenblik van de feiten het hele kapitaal van EDF in handen, kende de onderneming perfect en was betrokken bij haar beheer en de vaststelling van haar strategische richtsnoeren vanuit een langetermijnperspectief. Volgens EDF was een dergelijk langetermijnperspectief in het geval van EDF met name belangrijk vanwege het kapitaalintensieve karakter van haar activiteiten en de levensduur van haar installaties die tientallen jaren, in sommige gevallen 30 tot 75 jaar, bedraagt.

- (65) Volgens EDF heeft de Staat een investering verricht op basis van nauwkeurige analyses en prognoses in de hoedanigheid van aandeelhouder en niet in de hoedanigheid van overheid, zoals ook blijkt uit talrijke documenten uit die periode. Zo zijn in 1995 besprekingen aangevat waarbij EDF en haar vakministers werden betrokken om de consequenties te trekken uit het in overweging 26 vermelde advies van de Franse Rekenkamer. Aandachtspunten hierbij waren met name de nieuwe balansindeling van de onderneming en de winstgevendheid van het kapitaal. De besprekingen leidden tot de ondertekening van de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF voor de periode 1997-2000, op 8 april 1997, en tot de gelijktijdige indiening van een wetsontwerp betreffende diverse economische en financiële bepalingen, waarvan artikel 45 identiek is aan artikel 4 van wet nr. 97-1026. Volgens EDF kan uit de voorbereidende werkzaamheden van de Nationale Vergadering en de Senaat en zelfs uit de wet zelf worden opgemaakt dat de aard van de overheidsinterventie die van een aandeelhouder is: een kapitaalinjectie om EDF te herkapitaliseren.
- (66) Zoals blijkt uit een veertigtal documenten uit die periode, die EDF bij haar documenten, analyses en overwegingen heeft gevoegd, liet de Staat zich leiden door vier belangrijke overwegingen:
- rekening houden met de nieuwe concurrentiesituatie waarbij de markten geleidelijk worden opengesteld als gevolg van Richtlijn 96/92/EG,
 - zijn financiële betrekkingen met EDF normaliseren op basis van het gemene recht door dubbelzinnigheden uit het verleden op te heffen,
 - het significante onevenwicht in de balansstructuur van EDF rechtekken door haar eigen middelen te versterken,
 - internationale vergelijkingen vergemakkelijken om de geloofwaardigheid van de onderneming bij de financiële gemeenschap te verhogen.
- (67) Tot slot is het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie voor EDF niet alleen van toepassing vanwege de genoemde overwegingen, maar is het in dit geval ook vervuld omdat de Staat heeft gehandeld zoals een particuliere investeerder zou hebben gehandeld. Volgens EDF is het, zoals het Hof in de punten 78 en 89 van het arrest stelt, zaak te bepalen of EDF hetzelfde voordeel had kunnen verkrijgen als het voordeel dat met staatsmiddelen ter beschikking is gesteld onder normale marktomstandigheden, en of dit voordeel, vanwege de gevolgen ervan, de mededinging kan vervalsen of dreigen te vervalsen.
- (68) Uit tal van documenten uit die periode blijkt ook hier dat de Staat de winstgevendheid van zijn investering wel degelijk heeft onderzocht en gekwantificeerd, zoals een investeerder als enige aandeelhouder van de onderneming zou hebben gedaan, vanuit een langetermijnperspectief. De vergoeding van de Staat is in de ondernemingsovereenkomst van EDF voor 1997-2000 op basis daarvan vastgesteld, en kwam op dat ogenblik overeen met de vergoedingen van aandeelhouders van vergelijkbare vennootschappen. Zo zijn de ramingen van de bedragen die EDF aan de Staat zou moeten betalen in de periode 1997-2000, door de Staat onderzocht voordat de overeenkomst werd gesloten.
- (69) Voorts liep EDF in haar opmerkingen van juli 2013 vooruit op een aan Oxera opgedragen studie, die nog niet was afgerond toen EDF haar opmerkingen indiende. EDF voerde aan dat de studie van Oxera de van de investering van de Staat in 1997 verwachte interne opbrengstvoet zou vergelijken met die welke voor een vergelijkbare investering werd verlangd door de kapitaalmarkten, en dat hieruit zou blijken dat een particuliere investeerder de investering zou hebben gedaan onder de in de ondernemingsovereenkomst voor 1997-2000 vastgestelde voorwaarden.
- (70) EDF heeft deze studie van Oxera van 15 oktober 2013 ⁽¹⁾ op 18 oktober 2013 aan de Commissie doen toekomen zonder verdere opmerkingen. Zoals EDF in haar opmerkingen van juli 2013 voorspelde, wordt in de studie van Oxera geconcludeerd dat een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou hebben geïnvesteerd in de verhoging van het bedrag van de kapitaalinjecties voor EDF. Deze conclusie vloeit voort uit het feit dat het rendement (de interne opbrengstvoet) dat een investeerder in 1997 had kunnen verwachten, tussen de 35 % en de 15 % lag, met een gemiddelde van 27 % over vijf jaar, wat hoe dan ook meer was dan het rendement van 12,7 % dat een dergelijke investeerder zou hebben verlangd. Bij de berekening van het rendement wordt de waarde, aan het begin en aan het eind van de periode, van de verkoop van de rechten van de Staat in EDF in aanmerking genomen.

(1) „Does the 1997 recapitalisation of EDF by the French State meet the private investor test?“. Eindverslag van 15 oktober 2013.

- (71) De economische fundamentals van EDF waren naar eigen zeggen, afgezien van het zwakke eigen vermogen, gezond in 1997. Analisten hebben destijds evenmin twijfels geuit ten aanzien van de financiële levensvatbaarheid of de handelsperspectieven op het moment van de investering door de Staat. De rating van EDF was uitstekend (Aaa voor Moody's tussen 1992 en 1997, AAA voor Standard & Poor's in de periode 1996-1997), en zou dit nog steeds geweest zijn zelfs wanneer hij had moeten worden verlaagd met één of twee trappen om rekening te houden met de staatsgarantie die aan EDF was verleend als overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter. Uit meerdere documenten uit die periode blijkt dat de hoogte van de vergoeding van de Franse Staat door EDF vergelijkbaar was met de opbrengst uit dividenden van de vennootschappen van de CAC40 (4,5 tot 5 % van het kapitaal) en van de ondernemingen in de energiesector in Europa (voor 1996 en 1997 respectievelijk op 4,7 % en 5,27 % geraamd). Hieruit bleek overigens dat EDF op de kapitaalmarkt hetzelfde kapitaalbedrag had kunnen krijgen, zodat de mededinging niet kon worden vervalst door de gevolgen van de maatregel.
- (72) EDF is met name van mening dat een particuliere investeerder die het hele kapitaal van een dochteronderneming in handen heeft, in vergelijkbare omstandigheden in staat zou zijn geweest een vergelijkbare investering in die dochteronderneming te verrichten, door een vordering op laatstgenoemde, van welke aard ook, om te zetten in kapitaal. Deze analyse is kracht bij gezet door een op verzoek van EDF uitgebracht juridisch advies. Met zijn poging om een disproportionele financiële structuur als gevolg van het zwakke eigen vermogen in verhouding tot de financiële schuldenlast recht te trekken, zou de Staat het de onderneming mogelijk hebben gemaakt te concurreren met andere grote marktspelers uit die sector in de Unie. Diezelfde aandeelhouder zou dus niet bewust een significant onevenwicht in de balans van zijn dochteronderneming met gezonde economische fundamentals hebben laten voortduren, terwijl hij over een eenvoudig middel beschikte om dit onevenwicht recht te trekken door een vordering in kapitaal om te zetten.
- (73) Volgens EDF kan dus redelijkerwijs worden aangenomen dat een particuliere investeerder in een situatie die deze van de Staat zo dicht mogelijk benadert, namelijk een aandeelhouder die 100 % van de aandelen van de onderneming bezit en die handelt vanuit een langetermijnperspectief, op een zeer kapitaalintensieve markt die op het punt staat te worden opengesteld voor concurrentie, dezelfde investering zou hebben gedaan.

8. OPMERKINGEN VAN FRANKRIJK OVER HET BESLUIT TOT UITBREIDING VAN DE PROCEDURE

- (74) De Franse autoriteiten zijn in de eerste plaats van mening dat de Staat bij de herclassificatie van de rechten van de concessiegever als kapitaal van EDF zonder vennootschapsbelasting te heffen, heeft gehandeld als een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie. Volgens hen is de maatregel die de Commissie moet analyseren, in tegenstelling tot het bepaalde in het besluit tot inleiding van de procedure van 16 oktober 2002 en het besluit tot uitbreiding van de procedure van 2 mei 2013, een eenmalige maatregel tot herkapitalisatie van EDF via de goedkeuring van artikel 4 van wet nr. 9-1026, en geen maatregel tot toekenning van een belastingvrijstelling voor de herclassificatie van de rechten van de concessiegever als kapitaal, die los zou kunnen worden gezien van die wet. Zij baseren zich op de gegevens in een aantal aan hun opmerkingen gehechte documenten van 1996 en 1997 die deze verklaring volgens hen ondersteunen en bevestigen. Deze documenten zijn vermeld in de overwegingen 87 tot en met 108. Voor de Franse autoriteiten zouden overigens ook andere, door EDF overgelegde documenten hun opmerkingen kracht bij zetten.
- (75) Daarnaast wijzen de Franse autoriteiten erop dat zij het steunbedrag betwisten en herhalen zij hun opmerkingen van 20 november 2003 volgens welke voor deze belasting het tarief van 1996 zou moeten gelden en niet dat van 1997, zoals uiteengezet in overweging 47.

Betreffende de toepasselijkheid van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie

- (76) De Franse autoriteiten betwisten dat zij de litigieuze belastingvrijstelling in hun hoedanigheid van openbare macht hebben toegekend, waardoor het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie niet kan worden toegepast. Volgens hen verlangt het Hof niet dat de lidstaat een echt businessplan voorlegt dat betrekking heeft op de litigieuze maatregel.
- (77) In dit verband merken zij in de eerste plaats op dat EDF in 1997 een industriële en commerciële overheidsinstelling was die onder toezicht van de Staat stond, die daardoor goed bekend was met de onderneming, alsook met haar industriële strategie en haar financiële perspectieven. Volgens hen zijn de gegevens en beoordelingen waarover de Staat beschikte alvorens de litigieuze maatregel te nemen, en die de winstgevendheid van de investering aantonen, dan ook ontvankelijk. De Commissie moet een algemene analyse verrichten die met name deze elementen, alsook alle andere relevante elementen bevat.

- (78) Ten tweede menen de Franse autoriteiten, gelet op de aard en het doel van artikel 4 van wet nr. 97-1026, dat de Staat bij de toekenning van een belastingvrijstelling voor de herclassificatie van de rechten van de concessiegever heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van aandeelhouder. Deze wet was namelijk voorafgegaan door de ondertekening van de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF op 8 april 1997, voor de periode 1997-2000, waarvan de uitvoering de goedkeuring van wetgevende maatregelen tot herindeling van haar balans veronderstelde. Voordien hadden de toezichthoudende autoriteiten bij schrijven van 12 juli 1996 aan EDF gemeld dat deze overeenkomst een ambitieuze doelstelling had wat betreft de vergoeding van de Staat. Titel III van de overeenkomst voorzag in een vergoeding van de Staat die twee elementen omvat: i) een vergoeding voor de kapitaalinjecties tegen een vast percentage van 3 %, en ii) een aanvullende vergoeding van 40 % van het nettobedrijfsresultaat van EDF, waarbij de som van beide elementen evenwel niet meer mag bedragen dan 6 % van het bedrag van de kapitaalinjecties.
- (79) De Staat heeft deze vergoeding onderzocht in de vorm van te verwachten dividenden, die hij, wat de aanvullende vergoeding betreft, heeft becijferd op 3,5 miljard FRF, en die aan het eind van de periode konden oplopen tot 6 miljard FRF, zoals blijkt uit een schrijven van de toezichthoudende autoriteiten aan EDF van 22 april 1997. Deze raming was gebaseerd op de economisch-financiële vooruitzichten die EDF op 19 februari 1997 aan de diensten van het ministerie van Financiën had verstrekt, en op de hypothesen in de ondernemingsovereenkomst. Het verslag van de rapporteur van de Senaat van september 1997 over wet nr. 97-1026 bevatte ook analyses van de diensten van het ministerie over de verwachte gevolgen voor de vergoeding van de Staat als aandeelhouder voor 1998, ten bedrage van 2,6 miljard FRF, waarvan 1,5 miljard uit een vaste rente bestond en 1,1 miljard uit een aanvullende vergoeding. De Staat heeft dus de te verwachten vergoedingen geraamd alvorens de betrokken maatregel vast te stellen, zoals elke aandeelhouder die wenst deel te nemen aan de kapitaalverhoging van zijn onderneming, dit zou doen.
- (80) Ten derde zijn de Franse autoriteiten van mening dat de herclassificatie van de rechten van de concessiegever, en meer in het algemeen, de nieuwe balansindeling van EDF en de versterking van het eigen vermogen, de zwakke kapitaalstructuur van de onderneming opvingen. Als deze zwakke kapitaalstructuur had aangehouden, dan was EDF wellicht voor een verhoging van de rente voor haar schuld komen te staan en voor een probleem met haar handelspartners als gevolg van een negatieve beoordeling van het tegenpartijrisico. Deze bezorgdheid van de Staat als aandeelhouder kwam naar voren in de toelichting bij artikel 4 van het wetsontwerp (later wet nr. 97-1026), en ook in de toespraak van de bevoegde minister die het wetsontwerp voor de Senaat presenteerde op 2 oktober 1997.
- (81) In de verslagen van de afgevaardigde en de senator die rapporteerden over het wetsontwerp in respectievelijk de Nationale Vergadering en de Senaat, wordt overigens het positieve effect benadrukt van de nieuwe balansindeling van EDF op de schuldquote ten opzichte van het eigen vermogen: in het eerste verslag was dit laatste met een bedrag van 24,2 miljard FRF als ontoereikend aangemerkt ten opzichte van de schuldvorderingen uit leningen (131,9 miljard FRF) en het nettoactief (696,4 miljoen FRF); de versterking van het eigen vermogen gaf EDF een balansstructuur die beter aansluit bij haar economische realiteit, en tevens relevantere vergelijkingen met de Europese concurrenten mogelijk maakt; in het tweede verslag wordt bovendien de nadruk gelegd op de positieve gevolgen voor EDF van een verhoogde geloofwaardigheid bij de financiële gemeenschap en bij haar potentiële partners. Volgens de Franse autoriteiten is de versterking van de financiële structuur van een onderneming een bezorgdheid van een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in een vergelijkbare situatie.
- (82) Hieruit vloeit volgens hen voort dat het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie wel degelijk van toepassing was, aangezien de Staat bij de herclassificatie, zonder belastingheffing, van de voorzieningen voor rechten van de concessiegever als kapitaal van EDF heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van aandeelhouder.

Betreffende de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie

- (83) In de eerste plaats herinneren de Franse autoriteiten eraan dat de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF voorzag in een vergoeding van de Staat die twee elementen omvat: i) een vergoeding voor de kapitaalinjecties tegen een vast percentage van 3 % en ii) een aanvullende vergoeding van 40 % van het nettobedrijfsresultaat van EDF, waaruit zou blijken dat de Staat beschikte over gegevens betreffende het verwachte rendement op het geïnvesteerde kapitaal. Zoals overigens blijkt uit vorengenoemd verslag van het Parlementslid heeft de herclassificatie van de voorzieningen voor rechten van de concessiegever als kapitaal door het bestaan van een vaste rente op de kapitaalinjecties geleid tot een verhoging van de absolute waarde van de vergoeding van de Staat als gevolg van de verbreding van de grondslag.
- (84) Voorts menen de Franse autoriteiten dat de winstgevendheid van de investering in EDF in 1997 moet worden bekeken vanuit een langetermijnperspectief, gelet op de toekomstige betalingen aan de Staat en de waardeverhoging van de onderneming. Bij de positieve nettoresultaten na belasting en vergoeding van de Staat (1,4 miljard FRF bovenop de vergoeding van de Staat van 2,5 miljard in 1998) zou in de periode 1997-2000 nog een aanzienlijk bedrag aan gegenereerde middelen van ongeveer 70 miljard FRF komen, zoals voorzien in de ondernemingsovereenkomst. Zoals wordt benadrukt in het schrijven van EDF van 19 februari 1997 had de Staat zich wel degelijk een verhoging van de vermogenswaarde tot doel gesteld die op dat bedrag was becijferd, en die voortvloeide uit de schuldafbouw, de vorming van activa en de investeringen in ontwikkeling, wat uitzicht bood op een verhoging van de kapitaalwaarde van EDF.

- (85) Tot slot zou de Staat als aandeelhouder bij de inschatting van de risico's van de investering rekening hebben gehouden met de kenmerken van de hoofdactiviteit van EDF, die zich vooral in Frankrijk ontwikkelde en stoelt op het principe van gereguleerde tarieven die de kosten van de onderneming moeten dekken. Deze kenmerken beperkten het aan de investering verbonden risico en bijgevolg ook de rentabiliteitseis. Uit een nota van EDF van 27 juli 1996, die aan de Senaat is toegezonden op 15 september 1997, zou overigens blijken dat de vergoedingen van de aandeelhouders in buitenlandse ondernemingen aanzienlijk verschilden naargelang van het institutionele en regelgevende kader van de sector in de verschillende landen.
- (86) Volgens de Franse autoriteiten betekent dit dat de Staat bij de herclassificatie van de voorzieningen voor rechten van de concessiegever als kapitaal zonder heffing van vennootschapsbelasting heeft gehandeld als een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie. Deze conclusie wordt bovendien bevestigd door de opmerkingen van EDF, en door de in de overwegingen 62 tot en met 73 vermelde studies en analyses waarop die gebaseerd zijn. Met zijn de Franse autoriteiten van mening dat de Commissie dezelfde analyse als in de door EDF verstrekte economische studie van Oxera moet verrichten om vast te stellen of de herkapitalisering van EDF door de Staat in 1997 al dan niet het karakter van een voorzichtige investering heeft.

Door Frankrijk overgelegde documenten ter staving van haar opmerkingen

- (87) Ter staving van hun reactie op het besluit tot uitbreiding van de procedure hebben de Franse autoriteiten negen documenten overgelegd aan de Commissie als bijlage bij hun opmerkingen van 1 juli 2013. Deze negen documenten zijn overgelegd ter staving van hun argument in hun opmerkingen van 11 december 2002 dat een aanvullende kapitaalinjectie die overeenkomt met de opbrengst van de niet-geïnde belasting, werd gerechtvaardigd door rentabiliteitsvooruitzichten van EDF in 1997, die zich in de daaropvolgende jaren overigens hebben geconcretiseerd. Onverminderd de door Frankrijk in haar opmerkingen naar voren gebrachte elementen dient een systematische analyse te worden verricht van de belangrijkste elementen in deze documenten.
- (88) De documenten hebben betrekking op hetzij de voorbereiding, of de uitvoering van de ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF voor de periode 1997-2000, hetzij de bespreking van het wetsontwerp dat vervolgens wet nr. 97-1026 is geworden. Het betreft stukken van 1996 tot en met 1997, dus uit de periode van de vermeende beslissing tot investeringen. Concreet betreft het de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 ⁽¹⁾, brieven van de toezichthoudende ministers ⁽²⁾, brieven van de onderneming aan de diensten van het ministerie of de Senaat ⁽³⁾ en documenten en twee verslagen van de Nationale Vergadering en de Senaat ter voorbereiding van de bespreking van het wetsontwerp ⁽⁴⁾. De inhoud van de documenten wordt hieronder nader toegelicht.
- (89) In een schrijven van 12 juli 1996 aan de voorzitter van EDF tonen de toezichthoudende ministers zich verheugd over de resultaten van de beheersovereenkomst 1993-1996 tussen EDF en de Staat en beginnen zij, met het oog op de vervaldatum van 31 december 1996, met de voorbereiding van de beheersovereenkomst 1997-2000. Voorts wordt in het schrijven gepreciseerd dat voor het financieel evenwicht van de beheersovereenkomst 1997-2000 een nieuw kader moest worden vastgesteld dat de boekhoudkundige en fiscale situatie van EDF moest harmoniseren na de sinds 1995 verrichte werkzaamheden. In het schrijven wordt verzocht de werkzaamheden en de besprekingen tussen de bevoegde diensten en EDF aan te vatten, en worden de drie belangrijkste, in de toekomstige overeenkomst in aanmerking te nemen doelstellingen aan de onderneming bekendgemaakt:
- in de eerste plaats vonden de ministers dat de door de onderneming gerealiseerde productiviteitswinst haar in staat moest stellen haar prijsverlagingsbeleid voor te zetten en bij te dragen aan het concurrentievermogen van de Franse industrie en aan de verhoging van de koopkracht van de particuliere consument,
 - EDF moest tegelijkertijd ook haar inspanningen op het vlak van schuldafbouw voortzetten en een ambitieuze doelstelling voor de vergoeding van de Staat vaststellen, met een stimuleringsmechanisme voor EDF om haar resultaten te verbeteren,
 - tot slot moest de beheersovereenkomst ook voorzien in strategische richtsnoeren voor de internationale ontwikkeling van EDF, waarbij prioriteiten moeten worden gesteld.

⁽¹⁾ Ondernemingsovereenkomst Staat/EDF 1997-2000, ondertekend op 8 april 1997.

⁽²⁾ Brief van 12 juli 1996 van de minister van Economische zaken en Financiën en van de minister van Industrie, Post en Telecommunicatie aan de voorzitter van EDF; brief van 22 april 1997 van de minister van Economische zaken en Financiën, van de viceminister van Begroting en van de minister van Industrie, Post en Telecommunicatie aan de voorzitter van EDF.

⁽³⁾ Brief van de financieel directeur van EDF aan het hoofd van de dienst financieringen en deelnemingen van het ministerie van Financiën van 19 februari 1997; analysenota van EDF van 27 juli 1996 over de vergoeding van de aandeelhouder, toegezonden aan de Senaat op 15 september 1997.

⁽⁴⁾ Toelichting bij artikel 45 van het wetsontwerp houdende diverse economische en financiële bepalingen, goedgekeurd in de ministerraad op 5 april 1997; verslag van de commissie van Financiën, Algemeen economisch beleid en Plan van de Nationale Vergadering, ingediend door Parlementslid Didier MIGAUD, van 10 september 1997 over wetsontwerp nr. 201 houdende fiscale en financiële spoedmaatregelen; verslag van senator Alain Lambert over het wetsontwerp houdende fiscale en financiële spoedmaatregelen, ingediend op 24 september 1997; toespraak van de minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie bij de indiening van het wetsontwerp MUFF bij de Senaat op 2 oktober 1997.

- (90) Na de voorbereidende werkzaamheden voor de overeenkomst heeft de financieel directeur van EDF op 19 februari 1997 een nota van EDF van 18 februari 1997 aan de directeur van de Schatkist doen toekomen. De nota bevatte de belangrijkste hypothesen van het financieel scenario dat ten grondslag lag aan de ondernemingsovereenkomst voor de periode 1997-2000, met de jaarlijkse resultaatrekeningen en de voorlopige financieringstabellen voor de periode.
- (91) De nota voorzag in een jaarlijkse tariefverlaging (– [...] (*) %, – [...] %, – [...] %, – [...] %), industriële investeringen in ontwikkeling voor [...] FRF, waarvan [...] voor internationale ontwikkeling, en investeringen voor [...] FRF in de hoofdactiviteit in de periode 1997-2000. Voorts is ook sprake van een vergoeding van 3 % die fiscaal aftrekbaar is van de kapitaalinjecties op een grondslag die op 50 miljard FRF is geraamd na de nieuwe balansindeling, en van 40 % van het resultaat na het vaste vergoedingsgedeelte en de vennootschapsbelasting. De schuld aan het eind van het jaar moest van [...] FRF eind 1996 op [...] eind 2000 worden gebracht. Evenzo moest het saldo van de schuld minus de activa van [...] FRF eind 1996 op [...] FRF eind 2000 worden gebracht.
- (92) Van de documenten die door de Franse autoriteiten als bijlage bij hun opmerkingen zijn toegezonden, is de nota van EDF van 18 februari 1997, die de volgende dag aan de toezichhoudende autoriteiten is toegezonden, het enige document dat systematische en becijferde vooruitzichten en prognoses voor de economische en financiële bedrijfsresultaten bevat. Op basis van die prognoses van februari 1997 kon de Staat als aandeelhouder rekenen op een rendement op het geïnvesteerde kapitaal van 2,1 miljard FRF in 1997, 2,5 miljard in 1998, 2,4 miljard in 1999 en 2,4 miljard in 2000, d.w.z. een jaargemiddelde van 2,35 miljard FRF. De in de nota opgenomen voorlopige resultaatrekening van EDF voor 1997-2000 zag er als volgt uit:

Tabel 1

Voorlopige resultaatrekening van EDF 1997-2000 (in miljard FRF — actuele waarde)

	1997	1998	1999	2000
Ontvangsten	186,3	184,2	185,7	187,5
Uitgaven	177,0	177,2	179,1	180,9
waarvan brandstof en aangekochte energie	36,9	36,8	37,8	38,5
waarvan exploitatiekosten	88,3	91,2	93,6	95,7
Resultaat van de hoofdactiviteit	9,3	7,0	6,6	6,6
Resultaat vóór vergoeding van de Staat	6,8	6,5	6,1	6,1
Vergoeding voor de kapitaalinjecties	1,5	1,5	1,5	1,5
Aanvullende vergoeding	0,6	1,0	0,9	0,9
Vennootschapsbelasting	3,9	2,6	2,4	2,3
Nettoresultaat	0,9	1,4	1,3	1,4

Bron: Nota van EDF van 18 februari 1997 „Contrat d'Entreprise — Perspectives Economico-Financières” (Ondernemingsovereenkomst — economisch-financiële vooruitzichten).

- (93) Zoals gepreciseerd in de nota van EDF was de aan de Staat betaalde vergoeding fiscaal aftrekbaar. Dit is een afwijking op het beginsel volgens hetwelk vennootschapsbelasting wordt geheven op het resultaat van de onderneming na afschrijvingen en renten, wat het nettoresultaat en bijgevolg het eventueel voor de betaling van dividenden bestemde bedrag verlaagt. Deze ad-hocafwijking hield een potentiële verhoging van de aan de Staat als aandeelhouder betaalde vergoeding in en een overeenkomstige vermindering van de aan de Staat als belastingontvanger te betalen belasting. In hun antwoord van 23 december 2013 preciseren de Franse autoriteiten dat de vergoeding voor de kapitaalinjecties met ingang van 2001 is gelijkgesteld met een gewoon dividend en dat de fiscale aftrekbaarheid van deze vergoeding bijgevolg is afgeschaft. Deze gelijkstellingsregel is toegepast voor het groepscontract tussen EDF en de Staat voor de periode 2001-2003, dat in de plaats kwam van het contract voor de periode 1997-2000.

(*) Bedrijfsgevoelige informatie.

- (94) Op 8 april 1997 is een ondernemingsovereenkomst gesloten tussen de Staat en EDF voor de periode 1997-2000, die door de toezichthoudende ministers en de voorzitter en directeur-generaal van EDF is ondertekend. In de overeenkomst waren de belangrijkste krachtlijnen gepreciseerd die EDF in haar maatregelen op middellange termijn moest opnemen, alsook de wederzijdse verbintenissen van de ondertekenaars, en werd erop gewezen dat deze verbintenissen waren aangegaan op basis van brede referentiehypothesen en slechts ter discussie konden worden gesteld in geval van een significante verandering in de omgeving van de onderneming. De overeenkomst bevatte diverse verbintenissen onder drie titels: de belangrijkste taken van het overheidsbedrijf herbevestigen (titel I), vandaag beginnen met de voorbereiding van de toekomst van de onderneming (titel II) en voorzien in een hernieuwd financieel en institutioneel kader voor de onderneming (titel III). Bijlage I bij de overeenkomst bevatte de prestatie-indicatoren voor de uitvoering, en bijlage II de per jaar voorziene tariefbewegingen voor de periode 1997-2000.
- (95) De belangrijkste in de overeenkomst vastgelegde verbintenissen en krachtlijnen die verband houden met het onderwerp van dit besluit, worden hieronder weergegeven:
- de Staat herbevestigde zijn wil om de status van de onderneming te handhaven die, samen met andere factoren, zijn doeltreffendheid had bewezen en een stabiele referentie moest blijven bij de verdere ontwikkelingen, zoals mogelijk werd gemaakt door de Europese richtlijn betreffende de organisatie van de interne markt voor elektriciteit ⁽¹⁾. EDF moest van haar kant bijdragen aan ruimtelijke ordening en nationale solidariteit, met name via een ambitieus beleid ter ondersteuning van de economische activiteit en de werkgelegenheid, door zich ten dienste te stellen van de overheden om hen te helpen bij het creëren van banen en door de situatie van haar meest behoeftige klanten te verbeteren (titel I);
 - de ontwikkeling van EDF moest „de versterking van het concurrentievermogen van de Franse ondernemingen” begunstigen; de productiviteitswinst waartoe de onderneming zich verbond, moest bijvoorbeeld in de eerste plaats voor de verlaging van het gemiddelde prijsniveau worden bestemd. De tariefaanpassingen moesten leiden tot gemiddelde dalingen, in constante FRF, met [...] % in april 1997, [...] % in april 1998, [...] % in april 1999 en [...] % in april 2000. Tegelijkertijd moest de ontwikkeling van EDF erop zijn gericht nieuwe, bij voorkeur Europese markten te veroveren (titel II);
 - de balans van EDF moest worden geherstructureerd met het doel zowel de nettobalanspositie van de onderneming te versterken als de financiële betrekkingen met de Staat te stabiliseren op grondslagen die nauwer aansluiten bij het gemene recht; zo verbond de regering zich ertoe het Parlement een wetgevende maatregel voor te leggen voor een nieuwe balansindeling van EDF met ingang van 1 januari 1997. De overeenkomst voorzag in een vergoeding van de Staat als aandeelhouder die twee elementen omvat: een vergoeding voor de kapitaalinjecties met een rentevoet van 3 % en een aanvullende vergoeding van 40 % van het nettobedrijfsresultaat van EDF, waarbij de som van beide elementen niet meer mag bedragen dan 6 % van het bedrag aan kapitaalinjecties, zonder een raming van de bedragen in absolute waarde op te nemen. Bovendien verbond EDF er zich voor de periode 1997-2000 toe [...] FRF te besteden aan industriële investeringen op internationaal niveau, en haar brutoschuld eind 2000 terug te brengen tot [...] FRF door ze te verminderen met [...] FRF, met als doel tegen de vernieuwing van het productiepark schuldvrij te zijn. Tot slot was in de overeenkomst bepaald dat een eventueel overschot in geval van overschrijding van de streefcijfers in de eerste plaats voor een extra tariefverlaging moest worden bestemd, alvorens de vergoeding van de Staat als aandeelhouder te betalen of de winstdeling aan het personeel van de onderneming uit te keren (titel III).
- (96) In een brief van 22 april 1997 die de medeondertekenende ministers van de ondernemingsovereenkomst aan de voorzitter van EDF hebben gericht, wordt het consensuele en definitieve karakter bevestigd van de in de nota van de EDF van 18 februari 1997 vervatte referentiehypothesen en financiële prognoses die ten grondslag lagen aan de ondernemingsovereenkomst 1997-2000. Zo wordt in de brief uitdrukkelijk verwezen naar het voorafgaande overleg tussen EDF en de overheid bij de voorbereiding van het financiële scenario. Er wordt gestreefd naar een gemiddelde daling van de tarieven van EDF met [...] % over vier jaar.
- (97) De brief van 22 april 1997 bevat de bepalingen van het decreet van 14 mei 1956 zoals gewijzigd, en de in titel III van de ondernemingsovereenkomst vervatte voorwaarden voor de aan de Staat betaalde vergoeding. In overeenstemming met deze bepalingen is in de brief gepreciseerd dat het referentiescenario resulteerde in een aanvullende vergoeding ten bedrage van 3,5 miljard FRF over de periode 1997-2000, en dat onder deze voorwaarden een totaalbedrag aan betalingen aan de Staat van 5,1 miljard FRF in 1997 kon worden bereikt, inclusief de vaste rente en het voorschot op de vennootschapsbelasting. Deze bedragen komen overeen met die in de nota van EDF van 18 februari 1997. De overeenkomst tussen de bedragen van de op basis van de ondernemingsresultaten berekende aanvullende vergoeding bevestigt dat alle bedragen (inkomsten, lasten, nettoresultaat enz.) in de voorlopige exploitatierekening van EDF voor de periode 1997-2000 door de toezichthoudende autoriteiten zijn onderzocht, gevalideerd en in aanmerking genomen.

(¹) In de overeenkomst wordt verwezen naar Richtlijn 96/92/EG. Deze richtlijn, evenals die tot vervanging ervan, voorziet niet in regels betreffende de status van producenten, transporteurs of distributeurs van elektriciteit binnen de interne markt.

- (98) In de brief van de toezichthoudende ministers van 22 april 1997 wordt er ook op gewezen dat de basisevenwichten in de overeenkomst pasten in het boekhoudkundige en fiscale kader van de nieuwe balansindeling van EDF die, onder voorbehoud van de nodige wetgevende bepalingen, zou ingaan op 1 januari 1997. In dit verband wordt in de brief gepreciseerd dat over de gedetailleerde bepalingen voor de uitvoering van deze nieuwe balansindeling, zowel op boekhoudkundig als op fiscaal vlak, aanvullend overleg tussen de toezichthoudende autoriteiten en de onderneming zal plaatsvinden op basis van het vastgestelde schema.
- (99) Kort vóór deze briefwisseling had de regering bij de Nationale Vergadering een wetsontwerp betreffende diverse economische en financiële bepalingen ingediend, dat op 5 april 1997 in de ministerraad was goedgekeurd. Artikel 45 daarvan voorzag in de herclassificatie van de boekhoudkundige voorzieningen van EDF. In de toelichting bij dit ontwerp staat dat de balans van EDF dankzij de geplande boekhoudkundige aanpassingen beter zou aansluiten bij haar reële economische situatie, met een eigen vermogen dat in verhouding staat tot haar activiteiten. Door de ontbinding van de Nationale Vergadering op 21 april 1997 is het wetsontwerp niet onderzocht.
- (100) Nadat het wetsontwerp betreffende dringende fiscale en financiële maatregelen, dat later is aangenomen als wet nr. 97-1026, was toegezonden aan het Parlement, hebben de Nationale Vergadering en de Senaat hun rapporteurs aangewezen. In verslag nr. 204 van de Nationale Vergadering wordt de achtergrond geschetst van de noodzaak om de eigendom van de elektriciteitstransmissie-infrastructuur van EDF te verduidelijken, waardoor de door de Franse Rekenkamer in haar specifiek verslag nr. 1993 van 10 oktober 1994 over de concessies van EDF betwiste boekhoudkundige praktijken zouden komen te vervallen. In het verslag worden de als noodzakelijk beschouwde boekhoudkundige wijzigingen toegelicht en worden ramingen verstrekt van de gevolgen ervan voor de verschillende balansposten, zoals hieronder aangegeven:

Tabel 2

Uit artikel 4 van de wet betreffende dringende fiscale en financiële maatregelen („la loi MUFF”) voortvloeiende gevolgen van de reorganisatie van het eigen vermogen van EDF voor de rekeningen 1996 (in miljard FRF)

	Eind 1996	Gevolgen van het artikel
Eigen vermogen	24,2	79,8
waarvan (posten aan de passiefzijde)		
Kapitaal	2,6	2,6
Kapitaalverhogingen	36,6	50,7
Herwaarderingsreserves	2,1	6,2
Voorgescreven reserves	0,15	0,15
Ingehouden winst ⁽¹⁾	- 20,2	18,3
Resultaat van het boekjaar na vergoeding van de Staat	1,9	1,9

Bron: Ministerie van Economische Zaken en Financiën.

⁽¹⁾ De wijzigingen betreffende de ingehouden winst maken strikt genomen geen deel uit van de gevolgen van het artikel, doch zijn er een logisch gevolg van.

- (101) In het verslag van de Nationale Vergadering wordt gewezen op de gevolgen van het wetsontwerp om de vergelijkingen met de schuldratio's van andere Europese concurrenten (Oostenrijk, Groot-Brittannië, Zweden, Spanje, Duitsland) relevanter te maken: na de nieuwe balansindeling zou de ratio nettoschuld/eigen vermogen van EDF dalen van 480 % tot 148 %.
- (102) Voorts wordt in het verslag van de Nationale Vergadering gewezen op de veranderingen in de financiële betrekkingen tussen de Staat en EDF, en wordt uitleg verschaft over het rechtskader en de vergoeding voor de kapitaalinjecties aan EDF, die worden geregeld bij decreet nr. 56-493 van 14 mei 1956, zoals gewijzigd bij decreet nr. 86-1360 van 30 december 1986. Dit stelsel voorzag in een vergoeding tegen een vast percentage van maximaal 8 % en een aanvullende vergoeding op het resultaat van EDF na belastingen en vaste rente. De in het verslag vermelde, door EDF voor de periode 1991-1996 verrichte betalingen, bereikten in die periode gemiddeld 3,41 miljard FRF per jaar; in verhouding tot het eigen vermogen eind 1996 leverden deze betalingen een gemiddeld rendement van 14,1 % op voor de Staat als aandeelhouder ⁽¹⁾; onderstaande tabel geeft een overzicht van deze betalingen:

⁽¹⁾ De winstgevendheid voor de Staat als aandeelhouder wordt verklaard door de zwakke grondslag van de kapitaalinjecties van 36 miljard FRF (noemer van de ratio) en door de omvang van de boekhoudkundige voorzieningen. Na boeking daarvan was het jaarlijks nettoresultaat tot in 1996 negatief. De negatieve ingehouden winst van de resultaatrekening komt tot uiting in het gebruik van het eigen vermogen, dat is vastgesteld op 24,2 miljard FRF (zie tabel 2, kolom „Eind 1996”, waarin is aangegeven hoe het eigen vermogen van EDF is verminderd met een negatieve ingehouden winst van 20,2 miljard FRF vóór de bij artikel 4 van wet nr. 97-1026 ingevoerde wijziging). Aangezien op negatieve resultaten geen belasting werd geheven, was de hoge winstgevendheid voor de Staat als aandeelhouder in het nadeel van de Staat als belastingontvanger.

Table 3

Financial relations between the state and EDF (FRF million current value)

	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Rente over de kapitaalinjecties (AB — post 407)	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816
Aanvullende vergoeding van de kapitaalinjecties (AB — post 116)	500	665	965	1 938	1 500	4 002
Totaal	2 316	2 481	2 781	3 754	3 316	5 818

Bron: Verslag Algemene Vergadering blz. 77, berekeningen Commissie voor „het totaal”.

- (103) In het verslag van de Nationale Vergadering wordt met betrekking tot de geplande wijzigingen in de balans van EDF gepreciseerd dat, aangezien de kapitaalinjecties de grondslag van de vaste rente vormen, de door dit artikel teweeggebrachte verhoging daarvan de heffing voor EDF dreigde te verzwaren. De op 8 april 1997 ondertekende overeenkomst tussen de Staat en de onderneming voorziet derhalve in een wijziging van de voorwaarden voor de vergoeding. De vaste rente is teruggebracht tot 3 % om het grondslageffect te compenseren. In het verslag wordt er bovendien op gewezen dat EDF ondanks de sinds 1990 geboekte winsten geen vennootschapsbelasting had betaald, en dat dankzij de toename van de voorzieningen in verband met de RAG-concessie de opgebouwde boekhoudkundige en fiscale tekorten in één keer konden worden aangezuiverd. In het verslag is aangegeven dat de overheidsinstelling (EDF) volgens het toezichthoudende ministerie 3 miljard FRF in 1997 en 2,5 miljard FRF in 1998 aan vennootschapsbelasting zou moeten betalen.
- (104) In het verslag van de Nationale Vergadering wordt een parlementair amendement op de ingediende wettekst genoemd dat in de commissie is onderzocht en verworpen. Het amendement strekte ertoe te preciseren dat de vrijvallende boekhoudkundige voorzieningen moesten worden omgezet in eigen vermogen door een boeking die niet via de resultaatrekening van EDF gaat, om te vermijden dat een zeer aanzienlijke winst ontstaat die de Staat wellicht gedeeltelijk zou willen inhouden. Met het oog hierop werd in het amendement voorgesteld de boekhoudkundige procedure bij wet vast te leggen en te preciseren dat de Staat EDF geen aanvullende heffing mag opleggen bij de overdracht van de eigendom van de goederen van het RAG. In het verslag staat dat de opnemings van de boekhoudkundige procedure van omzetting van de voorzieningen in eigen vermogen in de wet op verzoek van de Raad van State is verworpen omdat het geen wetgevingsprocedure betreft; volgens meerdere in het verslag vermelde parlementaire opinies moet de Staat andere heffingen voor EDF kunnen instellen, moet de onderneming vennootschapsbelasting over haar winst betalen en is de echte vraag hoeveel de regering zou innen bij EDF en hoe.
- (105) In het verslag van de Senaat ter voorbereiding van de bespreking van het wetsontwerp wordt erop gewezen dat de vorming van boekhoudkundige voorzieningen voor de vervanging van de goederen van het RAG sinds 1987 ongerechtvaardigd was. In de toespraak van de bevoegde minister voor de Senaat op 2 oktober 1997, bij de indiening van het wetsontwerp, wordt gewezen op het „fictieve” karakter uit fiscaal oogpunt van de verliezen van EDF en op de niet-betaling van de uit deze voorzieningen voortvloeiende vennootschapsbelasting. De minister heeft de Senaat in zijn toespraak gerustgesteld dat de regeling de monopoliepositie van EDF geenszins in het gedrang bracht. In het verslag van de Senaat worden de gevolgen van het onderzochte artikel voor de rubrieken van de balans van EDF gepresenteerd, vóór en na de herclassificatie van de voorzieningen, volgens een kwantificering die vergelijkbaar is met die in het verslag van de Nationale Vergadering, zoals weergegeven in tabel 2 hierboven. In het verslag wordt gepreciseerd dat de opschoning van de balans de vergelijking met de balansen van de concurrenten van EDF zou vergemakkelijken; dit zou EDF geloofwaardiger maken bij de financiële gemeenschap, wat des te belangrijker is omdat de kosten van de schuldherschikking met name afhingen van de ratio nettoschuld/eigen vermogen.
- (106) Met betrekking tot de „opheldering” van de financiële betrekkingen tussen EDF en de Staat wordt in het verslag van de Senaat gepreciseerd dat de op 8 april 1997 ondertekende ondernemingsovereenkomst in ruil voor de fiscale inkomsten die de overheidsinstelling voortaan aan de Staat zal betalen, voor de jaren 1997 tot en met 2000 voorziet in een lichte verlaging van de uitkeringen van EDF aan de Staat. Als gevolg van de positieve boeking van de reserve voor de vervanging ten bedrage van 38,5 miljard FRF, waardoor EDF vennootschapsbelasting verschuldigd zou zijn, wordt in het verslag van de Senaat gepreciseerd dat de financiële betrekkingen tussen de Staat en EDF naar beneden zijn bijgesteld.

- (107) Tot slot bevatten de andere door Frankrijk ingediende documenten een begeleidend schrijven van de financiële directie van EDF aan de administratie van de Senaat van 15 september 1997. Bij het schrijven van EDF was een tabel gevoegd met de kwantificering van de gevolgen van artikel 4 van het wetsontwerp en de gevolgen voor de balans, een kopie van het onderzoek van 27 juli 1993 betreffende de elektriciteitsdistributieconcessies en een interne discussienota van EDF van 27 juli 1996 over buitenlandse ervaringen op het vlak van de vergoeding van de aandeelhouders in de elektriciteitssector. In dit laatste document worden de belangrijkste principes voor de vergoeding van aandeelhouders en de discrepantie en de rentabiliteitscijfers voor bepaalde ondernemingen in de sector toegelicht: 60-80 % van de winst in de Verenigde Staten, 40 % voor National Power en Power Gen, 78 % voor Union Fenosa en 30 % voor Endesa, die de Spaanse Staat een rendement van 28 % verschaftte in de periode 1991-1996, rekening houdend met de dividenden en de appreciatie van de koers van het aandeel.
- (108) Ondanks de twee andere documenten die EDF bij brief van 15 september 1997 aan de Senaat verstrekke, zijn de beginselen, de berekeningen en de toepassing daarvan op de vergoeding van de aandeelhouder door EDF, zoals weergegeven in de nota van 27 juli 1996, niet geanalyseerd, noch overgenomen in het verslag van de Senaat. Integendeel, in het verslag van de Senaat wordt evenals in dat van de Nationale Vergadering gepreciseerd dat de geplande verlaging van de door EDF aan de Staat te betalen vergoeding in het kader van de door de Staat als aandeelhouder verrichte kapitaalinjecties is uitgevoerd „om rekening te houden met de uit dit artikel voortvloeiende verhoging van de kapitaalinjecties”.

9. BEOORDELING VAN DE MAATREGELEN: IS ER SPRAKE VAN STAATSSTEUN?

- (109) In artikel 107, lid 1, van het VWEU is het volgende bepaald: „Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.” Of deze cumulatieve voorwaarden van toepassing zijn op de door Frankrijk aan EDF toegekende belastingvrijstelling, wordt hieronder onderzocht.

9.1. SELECTIEF VOORDEEL VOOR EEN ONDERNEMING

- (110) Aangezien bij wet nr. 97-1026 is bepaald dat EDF wordt beschouwd als de eigenaar van het RAG aan wie de concessie was verleend, dient te worden nagegaan of de eigendom van het RAG niet impliciet wordt overgedragen bij deze wet.
- (111) Volgens de door de Franse autoriteiten verstrekte gegevens kan EDF vóór de inwerkingtreding van genoemde wet redelijkerwijs worden beschouwd als eigenaar van het RAG. Deze conclusie is gebaseerd op de volgende elementen: de kenmerken van de verschillende soorten concessiecontracten binnen het Franse recht, de specifieke kenmerken van de oorspronkelijke aan EDF verleende concessie (die geen expliciete clausule inzake retrocessie bevatte), de procedure voor de verwerving van de betrokken activa (waarvoor EDF een met een onteigeningsvergoeding vergelijkbaar recht heeft moeten betalen) en de financieringsvoorwaarden voor het onderhoud en de ontwikkeling van het RAG ten laste van EDF. De in wet nr. 97-1026 verstrekte „opheldering” met betrekking tot de eigendom van het RAG lijkt op zich bijgevolg geen economisch voordeel voor EDF in te houden.
- (112) Derhalve dient te worden nagegaan of in wet nr. 97-1026 alle fiscale consequenties zijn getrokken uit de „opheldering” met betrekking tot de eigendom van het RAG en, zo niet, of EDF geen fiscaal economisch voordeel heeft genoten.

9.1.1. *Het niet heffen van de belasting door EDF vormt op het eerste gezicht een selectief voordeel*

- (113) In de periode 1987-1996 heeft EDF belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG aangelegd, die door de Franse Rekenkamer als onregelmatig zijn aangemerkt. Aangezien EDF in artikel 4 van wet nr. 97-1026 als eigenaar van het RAG wordt beschouwd, zijn deze voorzieningen overbodig geworden en moesten ze bijgevolg worden overgebracht naar andere balansposten.
- (114) Uit de brief van de minister van Economische Zaken, waarin de fiscale gevolgen van de nieuwe balansindeling van EDF worden beschreven, blijkt dat de Franse autoriteiten een vennootschapsbelasting van 41,66 % (het in 1997 geldende tarief) hebben berekend over de ongebruikte voorzieningen voor de vervanging van het RAG.

- (115) Het gedeelte van deze voorzieningen dat overeenkomt met de reeds gerealiseerde vervangingswerkzaamheden (ook rechten van de concessiegever genoemd), is daarentegen geherclassificeerd als kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF. Hierover is geen vennootschapsbelasting berekend. De belastingdienst erkent het onrechtmatige karakter van deze transactie, zoals blijkt uit de aan de Commissie gerichte nota van het directoraat-generaal belastingen van 9 april 2002 zoals vermeld in overweging 35.
- (116) Conform het advies van de „Conseil national de la comptabilité” moeten de foutcorrecties boekhoudkundig worden verwerkt in het resultaat van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd. Ook al is in 1997 een vennootschapsbelasting van 41,66 % berekend over de ongebruikte belastingvrije voorzieningen ten bedrage van 38,5 miljard FRF, is er geen enkele objectieve reden om niet dezelfde belasting te heffen over het andere gedeelte van de belastingvrije voorzieningen.
- (117) Over de rechten van de concessiegever had tegelijkertijd dezelfde belasting moeten worden betaald als over de andere belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen. Dit betekent dat het bedrag van 14,119 miljard FRF aan rechten van de concessiegever had moeten worden opgeteld bij de 38,5 miljard FRF aan ongebruikte voorzieningen, zodat hierover een belasting van 41,66 % kon worden berekend (het op de nieuwe balansindeling van EDF toegepaste percentage). Door niet de volledige vennootschapsbelasting te betalen bij de nieuwe balansindeling heeft EDF 5 882 849 762 FRF bespaard.
- (118) De fiscale maatregel heeft EDF in 1997 begunstigd, aangezien het in het bedrag van 14,119 miljard FRF opgenomen belastingvrije bedrag van 5,88 miljard FRF op de balans van EDF was opgevoerd als rechten van de concessiegever, die door de Staat met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 1997 zijn geherclassificeerd bij de tenuitvoerlegging van wet nr. 97-1026. De fiscale gevolgen van de wet zijn uiteengezet in de brief van de minister van Economische Zaken, met ingang van dezelfde datum van 1 januari 1997.
- (119) De Franse autoriteiten stellen dat EDF, zelfs zonder toevoegingen aan de voorzieningen voor de vervanging van het RAG, door de overdracht van fiscale verliezen niet in staat zou zijn geweest de vennootschapsbelasting tussen 1987 en 1996 te betalen. Dit argument houdt geen steek. Het fiscale voordeel dateert van 1997 en niet van de jaren daarvoor. Bovendien hebben de onregelmatige toewijzingen de overdracht van fiscale verliezen deels uitgelokt. De overgedragen fiscale verliezen zouden tussen 1987 en 1996 geleidelijk zijn verdwenen zodat het bedrag van de door EDF verschuldigde belasting in 1997 aanzienlijk hoger zou zijn geweest dan voordien, zelfs wanneer de niet-betaling van de belasting voor de herclassificatie van de rechten van de concessiegever niet in aanmerking wordt genomen.
- (120) Voorts zijn de Franse autoriteiten van mening dat, zelfs als de vorming van voorzieningen voor de vervanging van het RAG tot een voordeel zou hebben geleid, dit voordeel moet worden geneutraliseerd door de verhoging van de in 1997 betaalde vennootschapsbelasting. Zoals de Franse autoriteiten zelf opmerken in hun in overweging 35 vermelde nota van 9 april 2002, zijn de rechten van de concessiegever, ook al zijn de belastingvrije voorzieningen voor de vervanging van het RAG normaal belast, geherclassificeerd als kapitaalinjecties zonder dat hierover vennootschapsbelasting is betaald. In 1997 heeft EDF dus minder belasting betaald dan zij eigenlijk verschuldigd was.
- (121) De Franse autoriteiten stellen ook dat EDF in de periode 1987-1996 over het geheel genomen meer vennootschapsbelasting aan de Staat heeft betaald dan een handelsonderneming zou hebben betaald, die namelijk geen voorzieningen voor de vervanging van het RAG zou hebben aangelegd en die aan de aandeelhouder een dividend van 37,5 % over het nettoresultaat na belastingen zou hebben uitgekeerd. Voorts had op de nieuwe balansindeling van EDF het vennootschapsbelastingtarief van 1996 en niet dat van 1997 moeten worden toegepast.
- (122) Zoals aangegeven in de overwegingen 32 en 116 moeten de boekhoudkundige fouten volgens de „Conseil national de la comptabilité” worden gecorrigeerd in het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd. Aangezien de voorzieningen voor de vervanging van het RAG als gevolg van wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 overbodig zijn geworden, moesten zij worden overgebracht naar het boekjaar 1997 en moest hierover derhalve de vennootschapsbelasting van dat boekjaar worden berekend. Anderzijds hebben de Franse autoriteiten zelf de vennootschapsbelasting van 1997 toegepast op het belaste gedeelte van de voorzieningen, zoals aangegeven in overweging 34.
- (123) De niet-betaling van 5 882 849 762 FRF aan vennootschapsbelasting door EDF in 1997 vormt een economisch voordeel voor deze onderneming. EDF heeft dit bedrag kunnen aanwenden om haar eigen vermogen te versterken zonder een beroep te doen op externe financiële middelen. Als de belasting daadwerkelijk was betaald en de verhoging van het eigen vermogen was gefinancierd door de bedrijfsresultaten van de onderneming, dan had deze laatste haar kosten moeten beperken, haar inkomsten moeten verhogen of moeten afzien van investeringsuitgaven. Doordat EDF beschikte over bedragen die uit hoofde van de vennootschapsbelasting aan de Franse Staat hadden moeten worden betaald, heeft zij geprofiteerd van een maatregel die alleen voor haar geldt en die haar heeft begunstigd ten opzichte van de Franse ondernemingen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, en die op grond van artikel 38-2 van het in 1997 geldende algemene belastingwetboek (Code général des impôts) vennootschapsbelasting over de herclassificatie van onregelmatige voorzieningen moesten betalen, zoals uitgelegd in overweging 35.

- (124) In hun opmerkingen van 11 december 2002 hebben de Franse autoriteiten zich echter beroepen op de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie. Zoals de rechterlijke instanties van de Unie er met name in de in de overwegingen 7 en 8 vermelde arresten op wijzen, zou een aanvullende kapitaalinjectie ten gunste van EDF ten bedrage van de verschuldigde belasting de onderneming in dit geval niet begunstigen door haar een economisch voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te verschaffen, als aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie was vastgesteld dat een hypothetische particuliere aandeelhouder onder vergelijkbare voorwaarden en in een vergelijkbare situatie eenzelfde bedrag zou hebben geïnvesteerd in EDF.
- (125) In punt 99 van vorengenoemd arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof gepreciseerd dat het Gerecht in het bestreden arrest niet is vooruitgelopen op de toepasbaarheid van dit criterium in casu, noch op de uitkomst van de toepassing van dit criterium. Derhalve dienen achtereenvolgens de toepasbaarheid en de toepasselijkheid van dit beginsel te worden getoetst aan de feiten in deze zaak, met name rekening houdend met de door het Hof genoemde criteria.

9.1.2. *Betreffende de toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie*

- (126) Om te bepalen of het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing is, dient in het kader van een algemene beoordeling te worden vastgesteld of de Franse Republiek de belastingvrijstelling heeft verleend in de hoedanigheid van aandeelhouder dan wel in de hoedanigheid van openbare macht. Het Hof geeft in zijn arrest van 5 juni 2012 meerdere elementen aan die bij deze algemene beoordeling in aanmerking moeten worden genomen. Deze elementen, die hieronder nader worden getoetst aan de omstandigheden van de zaak, zijn de volgende:
- bij twijfel is het aan de lidstaat om ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aan te tonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer heeft gelegd ⁽¹⁾; uit deze gegevens moet duidelijk blijken dat de betrokken lidstaat vóór of tegelijk met de toekenning van het economische voordeel heeft beslist om met de daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel te investeren in een door hem gecontroleerd overheidsbedrijf ⁽²⁾;
 - daartoe kunnen met name gegevens noodzakelijk zijn waaruit blijkt dat deze beslissing is genomen op grond van economische ramingen die te vergelijken zijn met die welke een rationele particuliere investeerder in een markteconomie die zich in een situatie bevindt die zo dicht mogelijk die van de lidstaat benadert, in de concrete omstandigheden van het geval zou hebben doen uitvoeren alvorens deze investering te doen teneinde uit te maken of een dergelijke investering in de toekomst winst zal opleveren ⁽³⁾; de Commissie mag weigeren bewijsstukken te onderzoeken die dateren van na het tijdstip waarop de beslissing om de betrokken investering te doen is genomen ⁽⁴⁾;
 - in dit verband kunnen met name relevant zijn, de aard en het voorwerp van deze maatregel, de context waarin hij is genomen, alsmede de daarmee nagestreefde doelstelling en regels waaraan deze maatregel is onderworpen ⁽⁵⁾;
 - aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder moet dus kunnen worden uitgemaakt of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag gelijk aan de verschuldigde belasting, had ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie als EDF bevond ⁽⁶⁾.
- (127) In hun in overweging 42 vermelde opmerkingen van 11 december 2002 stellen de Franse autoriteiten dat het voor EDF doeltreffender en neutraler zou zijn geweest de rechten van de concessiegever rechtstreeks en voor het volledige bedrag ervan toe te wijzen aan het eigen vermogen, zonder vennootschapsbelasting te betalen. In geen van de door de Franse autoriteiten aan EDF ter staving van hun opmerkingen bij het besluit tot uitbreiding van de procedure voorgelegde documenten die voorafgaan aan of dateren van het vermeende besluit om geen belasting te heffen, is direct of indirect sprake van de vermeende beslissing tot investeren, en van de gevolgen, voordelen en nadelen daarvan, noch van de analoge beslissing om het bedrag aan kapitaalinjecties te verhogen door geen belasting te heffen. In de door de Franse autoriteiten overgelegde en in de overwegingen 87 tot en met 108 vermelde documenten worden de voor- en nadelen voor de Staat van het besluit om geen vennootschapsbelasting te heffen op het gedeelte van de rechten van de concessiegever dat krachtens wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 is geherclassificeerd als kapitaalinjecties van EDF, niet vermeld, laat staan geanalyseerd.
- (128) In geval van twijfels ten aanzien van de toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, zoals die door de Commissie zijn geuit, is het aan de Franse autoriteiten om

⁽¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 82.

⁽²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 83.

⁽³⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 84.

⁽⁴⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 104.

⁽⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 86.

⁽⁶⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 5 juni 2012, Commissie/EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, punt 95.

ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aan te tonen dat zij de maatregel in hun hoedanigheid van aandeelhouder ten uitvoer hebben gelegd. Uit de verstrekte elementen blijkt echter dat de beslissing om te investeren en af te zien van de heffing van de belasting die EDF in principe had moeten betalen, moet worden geacht stilzwijgend te zijn genomen, zonder gemotiveerde rechtshandeling aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of nagegaan wat de precieze inhoud, de redenen en de rechtsgrond van die beslissing waren, en door welke bevoegde autoriteit en op welke datum zij is genomen. In het licht van de door het Hof genoemde elementen om de toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie na te gaan, met name de noodzaak om te beschikken over objectieve en controleerbare gegevens, een daadwerkelijk ten uitvoer gelegde maatregel of voorafgaande economische ramingen, moet het ontbreken van referenties of materiële bewijzen worden gezien als een eerste indicatie dat dit beginsel niet van toepassing is.

- (129) Bij gebrek aan documenten betreffende de vermeende beslissing dient de eventuele investeringsmaatregel die de Franse Staat ten uitvoer zou hebben gelegd, te worden beschreven. In casu oordeelde het Hof dat aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder moet kunnen worden uitgemaakt of een particuliere aandeelhouder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag van 5,88 miljard FRF zou hebben ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie bevond als EDF. Een investering door Frankrijk zou inhouden dat wordt afgezien van de inning van dit bedrag om een winst te verkrijgen die meer bedraagt dan de initieel ingebrachte middelen. Bij de analyse moet dus worden gekeken naar het bedrag van de vennootschapsbelasting.
- (130) In dit verband maakt het gebrek aan specifieke studies, referenties of analyses van de winstgevendheid van de investering ten bedrage van de belastingvrijstelling het moeilijk de gevolgen van de vermeende investering uit de door Frankrijk of EDF verstrekte gegevens te lichten. Dit is geen onoverkomelijk probleem voor zover met het oog op de analyse van de meeste factoren die relevant zijn om de toepasbaarheid en de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie na te gaan, wordt geoordeeld dat voor de extra inbreng in het kapitaal van EDF voor het bedrag aan niet-geheven belasting de aan alle kapitaalinjecties verbonden rechten golden. Als de kapitaalinjecties werden vergoed tegen een bepaalde rentevoet, moest die dus worden toegepast op het bedrag aan niet-betaalde belasting (wat in de praktijk ook is gebeurd). In de gevallen waarin het marginale of het incrementele effect in aanmerking is genomen, kan uit de door Frankrijk of EDF verstrekte gegevens op het eerste gezicht echter niet worden opgemaakt dat het bedrag van de toewijzingen is toegenomen met het bedrag van de niet-geheven belasting.
- (131) Het niet heffen van de belasting heeft tot gevolg gehad dat de inbreng in het kapitaal van EDF en, bijgevolg het aanvullend eigen vermogen van EDF, is toegenomen met 5,88 miljard FRF op een totaal van 14,119 miljard FRF aan geherclassificeerde voorzieningen. Deze voorzieningen, die niet overeenkwamen met een voorafgaande inbreng van vers kapitaal van de Staat als aandeelhouder, zijn geherclassificeerd als kapitaalinjecties en opgenomen onder de post op de creditzijde van de balans van EDF, samen met de andere eigenvermogensposten (kapitaal, toewijzingen, enz.) — tabel 2 -). Zonder de belastingvrijstelling zou het eigen vermogen van EDF, dat in 1997 moest zijn opgelopen tot 79,8 miljard FRF, volgens de destijds onderzochte documenten 72,1 miljard FRF hebben bedragen (overweging 100, tabel 2). In plaats van 50,7 miljard FRF zouden de kapitaalinjecties van de Staat in EDF 44,8 miljard FRF hebben bedragen.

De vermeende beslissing tot investeren: analysegegevens

- (132) In de eerste plaats is, zoals de Franse autoriteiten benadrukken, de absolute waarde van de vergoeding van de Staat toegenomen door de vrijstelling of het niet heffen van de belasting, doordat de opnemings van het bedrag aan niet-betaalde belasting de grondslag van de kapitaalinjecties verhoogde en deze werd vergoed tegen een vaste rentevoet (3 %) (overweging 83). De met de belastingvrijstelling overeenkomende toename van de kapitaalinjectie heeft evenwel niet geleid tot een relatieve verhoging van de vergoeding van de Staat. In dat verband staat vast dat in de vergoeding voor de inbreng van kapitaal door de Staat in EDF werd voorzien sinds decreet nr. 56-1360 van 30 december 1956 (overwegingen 18 en 103). Zoals aangegeven in de overwegingen 93 en 102 is in de ondernemingsovereenkomsten vóór en na die voor de periode 1997-2000 dan ook voorzien in — weliswaar andere — vergoedingen. Het principe van een vergoeding bestond reeds vóór de vermeende beslissing en is daarna verder gehandhaafd.
- (133) Bovendien blijkt uit het onderzoek van de feiten dat de betrokken belastingvrijstelling kan hebben geleid tot een verlaging van de vergoeding van de investering van de Staat. Uit het door de Nationale Vergadering in september 1997 opgestelde verslag blijkt duidelijk dat de verhoging van het totaalbedrag van de kapitaalinjectie verband houdt met de verlaging van de vergoeding ervan om „de fiscale last van EDF niet te verzwaren” (overweging 103). In het verslag van de Senaat wordt die bewust door de overheid gekozen verlaging bevestigd (overweging 108).
- (134) Tussen 1991 en 1996 heeft EDF de Staat beter vergoed voor een lagere grondslag van de kapitaalinjecties ten opzichte van de vergoeding die in de periode 1997-2000 werd betaald voor een hogere grondslag. De gemiddelde jaarlijkse vergoeding van 3,41 miljard FRF in absolute waarde voor de periode 1991-1996, toen de

kapitaalinjecties 36,6 miljard FRF bedroegen, lag aanzienlijk hoger dan die van 2,35 miljard, die was vastgesteld voor een grondslag die in de periode 1997-2000 was verhoogd tot 50,7 miljard FRF (overweging 92 en overwegingen 102 en 103, tabel 3). Hieruit volgt dat het door de Staat als aandeelhouder voor de periode 1997-2000 verwachte lopende marginale rendement van de verhoging van het bedrag van de kapitaalinjectie met 5,88 miljard FRF als negatief ten opzichte van de periode 1991-1996 kon worden beschouwd.

- (135) De Franse autoriteiten hebben er namelijk voor gezorgd dat de absolute en relatieve vergoeding die aan de Franse Staat in het kader van de kapitaalinjectie werd betaald, in absolute en relatieve waarde daalde naarmate de grondslag van de kapitaalinjectie breder werd, zoals duidelijk blijkt uit de verslagen van de Nationale Vergadering en de Senaat. Hieruit volgt dat door de verhoging van het bedrag van de totale kapitaalinjectie, die minder goed werd vergoed dan de kapitaalinjectie van vóór wet nr. 97-1026, de beslissing om een belastingvrijstelling te verlenen, niet noodzakelijk een investering vormt.
- (136) Ten tweede is de vergoeding van de verhoging van de kapitaalinjecties niet opgezet en vastgesteld zoals een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie dat zou hebben gedaan.
- (137) Zoals blijkt uit de verwijzingen in zowel de brieven van de toezichthoudende ministers als in de in de overwegingen 97, 103 en 106 vermelde parlementaire verslagen, hebben de Franse autoriteiten in 1997 bij het onderzoek van de vergoeding van de Franse staat na de nieuwe balansindeling van EDF namelijk zowel de strikt genomen aan de Staat als aandeelhouder toekomende vergoeding van de kapitaalinjecties in aanmerking genomen, als ook het verwachte bedrag aan belastingen dat de Staat vanaf 1997 zou innen na meerdere jaren van negatieve fiscale overdrachten, en dat de Staat als belastingheffende overheid toekomt bij de heffing van de belasting. Zoals aangetoond in overweging 93 was de vergoeding van de kapitaalinjecties in afwijking van het gemene recht op haar beurt aftrekbaar van de vennootschapsbelasting.
- (138) Het door de Franse autoriteiten in 1997 onderzochte en gevalideerde concept was dus dat van één enkele heffing, namelijk de belasting plus de vergoeding van de aandeelhouder. Het totaalbedrag van de op EDF geheven belasting, ook los van de litigieuze belastingvrijstelling, die onder de fiscale voorrechten valt, en de aan de Staat als aandeelhouder betaalde vergoeding, worden in de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten door elkaar gehaald. Volgens hen kan uit deze documenten evenwel een beslissing tot investeren worden opgemaakt. Het feit dat de betaling van door EDF verschuldigde belastingen aan de Staat als belastingontvanger constant in aanmerking wordt genomen, inclusief bij de regularisering en de goedkeuring van de niet-geheven belasting vóór wet nr. 97-1026 met het oog op het onderzoek en de vaststelling van de vergoeding van de Staat als aandeelhouder, lijkt er veeleer op te wijzen dat de litigieuze belastingvrijstelling is verleend door de Staat als openbare macht en niet door de Staat als investeerder.
- (139) Deze indruk wordt overigens versterkt door de aard van de doelstellingen die de Staat voor EDF in 1997 had vastgesteld vanuit bezorgdheden en doelstellingen van een openbare macht en niet van een aandeelhouder. Deze bezorgdheden komen duidelijk tot uiting bij de vaststelling van de tarieven van EDF in de ondernemingsovereenkomst voor de periode 1997-2000, waarvan de vergoeding van de Staat als aandeelhouder afhankelijk was. De Staat verzocht EDF namelijk bij te dragen aan de versterking van het concurrentievermogen van de Franse industrie en van de koopkracht van de Franse huishoudens. Deze bezorgdheden staan niet alleen ver van die van een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, maar staan bovendien haaks op de financiële belangen van die hypothetische investeerder. Hetzelfde geldt voor de voor EDF vastgestelde doelstelling in de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 om een ambitieus beleid ter ondersteuning van de economische activiteit en de werkgelegenheid ten uitvoer te leggen door zich ten dienste te stellen van de lokale overheden (overwegingen 89 en 95).

Economische ramingen met het oog op de vaststelling van de rentabiliteit van de vermeende investering

- (140) De op 8 april 1997 ondertekende ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF bevatte aan het financieel scenario voorafgaande ramingen, met prognoses van het rendement op de investering in kapitaalinjecties van EDF voor de Staat als aandeelhouder (overweging 92). Deze door de Franse autoriteiten verstrekte documenten en analyses hebben betrekking op de verwachte gevolgen van de herclassificatie van alle door EDF gevormde voorzieningen, ongeacht of zij al dan niet zijn belast en ongeacht of zij al dan niet voortvloeiden uit de tenuitvoerlegging van wet nr. 97-1026. De enige door de Franse autoriteiten in de nota van 18 februari 1997 (overweging 92) verstrekte systematische raming is algemeen van aard en beperkt tot de gereguleerde vergoeding die is toegepast op de kapitaalinjecties, inclusief die van vóór de nieuwe balansindeling van EDF, zonder bijvoorbeeld de vergoeding van het kapitaal exclusief de toewijzingen of de vergoeding van het eigen vermogen op te nemen.
- (141) Uit geen enkel door Frankrijk of EDF verstrekt document blijkt dat de beweerdelijke beslissing tot investeren en met name een grotere kapitaalinjectie aan EDF te verstrekken door geen belasting op de herclassificatie te heffen, is onderzocht, bestudeerd of geanalyseerd. Gelet op de betrokken bedragen had een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie echter naar alle waarschijnlijkheid een financiële en economische analyse laten

verrichten alvorens te beslissen of, rekening houdend met het geregementeerde rendement van de kapitaalinjecties, het bedrag van 5,88 miljard aan belastingvrijstelling nodig was om de rentabiliteit op lange termijn van de totale investering van de onderneming en een toereikende vergoeding van de aandeelhouder te garanderen. Dit soort voorafgaande economische studie, zoals het Hof in punt 84 van zijn arrest noemt als één van de elementen waaruit kan worden geconcludeerd dat het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing is, ontbreekt in dit geval.

- (142) Opmerkelijk is dat, afgezien van de vergoeding die in de periode 1997-2000 aan de Staat zou worden toegekend, geen enkele studie over de vergoeding of het rendement op langere termijn is verricht, terwijl Frankrijk juist beweert een langetermijninvestering te hebben verricht. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou echter niet hebben nagelaten een kosten-batenanalyse van een investering voor de periode na 2000 te verrichten.
- (143) Ook al kan er redelijkerwijs worden van uitgegaan dat een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie de gevolgen van de vermindering van de schuldquote van EDF in aanmerking had genomen, zij vastgesteld dat het voordeel voor EDF om te lenen tegen lagere kosten als gevolg van een verbeterde ratio schuld/eigen vermogen in algemene zin wordt genoemd in bepaalde door Frankrijk en EDF overgelegde documenten (overwegingen 101 en 105). In geen van de documenten is echter sprake van de voordelen en de winstgevendheid voor de Staat als aandeelhouder van een vermindering van de leningskosten van EDF of een lage schuldquote. Volgens de in overweging 101 weergegeven berekeningen van dat ogenblik moest de ratio nettoschuld/eigen vermogen van EDF met de volledige nieuwe kapitaalinjectie ten bedrage van 50,7 miljard FRF, inclusief de litigieuze belastingvrijstelling van 5,88 miljard FRF, 148 % bereiken. Zonder de belastingvrijstelling zou deze ratio ongeveer 163 % hebben bedragen, d.w.z. ongeveer drie keer minder dan de ratio van 480 % van vóór wet nr. 97-1026. Wanneer de bijdrage van de belastingvrijstelling aan de verbetering van deze ratio los wordt gezien van de andere gevolgen van de herclassificatie van de diverse voorzieningen, is zij weinig significant en is het bijzonder twijfelachtig of zij zich concreet vertaalt in een vermindering van de leningskosten voor EDF (overwegingen 170 tot en met 172). In de door de Franse autoriteiten ingediende documenten wordt hoe dan ook noch de uit een ratio van 148 % resulterende vergoeding voor de aandeelhouder, noch, a fortiori, de uit een ratio van 163 % resulterende vergoeding als investering vermeld of geanalyseerd. Op dit punt is er geen enkele voorafgaande economische raming die vergelijkbaar is met die welke een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou hebben laten opstellen, zoals vermeld door het Hof in punt 84 van zijn arrest.
- (144) In dit verband is in de door EDF ter staving van haar opmerkingen gepresenteerde economische studie (overwegingen 69 en 70) niet vastgesteld dat Frankrijk als investeerder en niet als openbare macht heeft gehandeld. De studie is opgesteld na de vermeende beslissing tot investeren van 1997, en is niet onderzocht door de autoriteiten die bevoegd zijn om een dergelijke beslissing te nemen. Alleen al daarom is de studie overeenkomstig de aanwijzingen van het Hof niet ontvankelijk als bewijs (overweging 126, punt 104, van het arrest van 5 juni). Dat de studie is verricht op basis van authentieke, op dat ogenblik beschikbare basisgegevens, doet niet af aan deze conclusie. Aanleiding voor de studie was de uitbreiding van de procedure in mei 2013, en EDF was kennelijk reeds in juli 2013 op de hoogte van de conclusies waartoe zij zou leiden, hoewel de studie dateert van oktober 2013. Er zijn nog andere redenen die de becijferde resultaten in de studie ongeldig maken en de conclusies die EDF eruit trekt ter staving van haar opmerkingen, dan ook ondermijnen: —
- in de studie wordt uitgegaan van basisgegevens die vrijwel allemaal van toen dateren, en wordt gebruikgemaakt van algemeen erkende methodologische benaderingen voor de waardering van ondernemingen, onder de hieronder weergegeven belangrijke voorbehouden. Toch is het een bijzonder complexe economische analyse, waar vrij diepgaande opzoekingen aan zijn voorafgegaan, en waarvan de uitvoering en de validering ongeveer drie maanden tijd kostten. Deze uitwerking impliceert talrijke opeenvolgende en soms betwistbare methodologische keuzes. Zonder deze uitwerking is het totaal onmogelijk om op basis van de versnipperde basisgegevens van diverse bronnen een overzicht te krijgen of een mogelijke prognose te maken van de becijferde resultaten in de studie met betrekking tot de winstgevendheid die de Franse Staat in 1997 zogenaamd kon verwachten, zoals aangegeven in de studie. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie steunen op de evaluaties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen (punt 105 van het arrest van 5 juni 2012). In tegenstelling tot wat EDF beweert, kan uit het feit dat de bevoegde diensten van de Franse Staat op basis van de in 1996-1997 beschikbare gegevens zelf geen dergelijke uitgebreide en complexe studie hebben verricht of besteld, worden opgemaakt dat de rentabiliteit van de vermeende investering voor de aandeelhouder niet doorslaggevend was bij de beslissing van de Franse autoriteiten;
 - in de studie wordt het gedrag van de Franse Staat getoetst aan het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie aan de hand van gegevens en hypothesen die sterk verschillen van die in de overwegingen 87 tot en met 108 en die, volgens de Franse autoriteiten, de beweerdelijk genomen beslissing tot investeren hebben gemotiveerd en gerechtvaardigd. Het is echter niet EDF die de beslissing heeft genomen om te investeren, en volgens het Hof (punten 82 en 83 van zijn arrest van 5 juni 2012) is het aan Frankrijk om de elementen aan te voeren waaruit de aard en de context van de genomen beslissing blijken.

Aangezien de Franse autoriteiten aanvoeren dat zij hun beslissing hebben genomen in het licht van de verstrekte gegevens, komen de studie, en bijgevolg ook EDF, de facto in de plaats van de vermeende investeerder en beweren zij meer inzicht te hebben in de overwegingen en gegevens die de reeds genomen beslissing daadwerkelijk hebben gemotiveerd, alsook in de gehanteerde hypothesen, dan de Franse Staat. De studie is dan ook gebaseerd op speculaties en veronderstellingen over de gegevens en hypothesen die de Franse autoriteiten — naast andere, die niet kunnen worden uitgesloten — in 1997 in aanmerking hadden kunnen nemen, en heeft in 2015 (of oktober 2013, toen zij werd verricht) derhalve geen bewijskracht om de daadwerkelijk door de Franse autoriteiten in 1997 genomen beslissing, die zij verklaren aan de hand van andere gegevens en hypothesen, uit te leggen en toe te lichten;

- deze bewijswaarde ontbreekt des te meer daar de studie, om tot de in overweging 70 uiteengezette resultaten te komen, steunt op arbitraire of riskante hypothesen die hetzij niet zijn bevestigd door de feiten, hetzij in tegenspraak zijn met de informatie in de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten die volgens hen de toepasbaarheid en de daadwerkelijke toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie in deze zaak illustreren. In de eerste plaats wordt in de studie bijvoorbeeld aangenomen dat de aan de Staat betaalde vergoeding na 2000 niet bij decreet zou worden geregeld en niet zou uitmonden in een ondernemingsovereenkomst tussen de Staat en EDF, maar zou worden vastgesteld op basis van de dividenden die andere ondernemingen in de sector in 1996-1997 betaalden ⁽¹⁾. De vergoeding van de kapitaalinjecties in EDF werd sinds 1956 geregeld bij decreet (overweging 102) en werd vóór en geruime tijd na 1997 reglementair vastgelegd in meerjarige ondernemingsovereenkomsten op basis van overwegingen die geen verband hielden met de dividenden die ondernemingen in de sector op andere markten dan Frankrijk betaalden (overwegingen 94 en 95). Ten tweede worden in de studie zonder enige rechtvaardiging voorzieningen uit de maatschappelijke rekeningen van EDF opnieuw opgenomen voor een bedrag van 11,6 miljard FRF (exclusief belasting) en 7,3 miljard FRF (na belasting) ⁽²⁾ waardoor de waarde van EDF kunstmatig wordt verhoogd zonder rekening te houden met de in 1997 beschikbare gegevens en voorzienbare ontwikkelingen met betrekking tot de verplichtingen van EDF uit hoofde van de pensioenregeling voor haar personeel (overwegingen 168-(169));
- ten derde is de uit de toename van het rendement en de resultaten voortvloeiende toename van de waarde van EDF in de studie berekend op basis van de „marktvooruitzichten” in 1997 ⁽³⁾. De Franse autoriteiten beschikten echter over specifieke en becijferde prognoses van voor EDF voor de periode 1997-2000 berekende inkomsten en resultaten, die zijn gevalideerd in het kader van de opstelling van de ondernemingsovereenkomst voor diezelfde periode, en hebben zich naar eigen zeggen gebaseerd op die prognoses en gegevens om hun beslissing te nemen (overwegingen 78, 79, 90, 94 en 96), hoewel zij in 1997 over een degelijke kennis van de onderneming en haar financiële vooruitzichten beschikten (overweging 77). De „marktvooruitzichten” van derden die zijn gebruikt om in fine de waarde van EDF te bepalen, zijn noch bewaarheid, noch coherent met de argumenten waarmee Frankrijk de beslissing die haar autoriteiten beweerdelijk hebben genomen, verklaart en staft. Dit geldt des te meer daar de Franse autoriteiten aanvoeren dat de hoofdactiviteit van EDF in 1997 in Frankrijk plaatsvond tegen gereguleerde tarieven (overweging 85). Bovendien waren de tarieven met het oog op de versterking van het concurrentievermogen van de Franse industrie en de koopkracht van de Franse huishoudens op een laag niveau vastgesteld (overwegingen 89 en 95). In de studie wordt niet uitgelegd, en nog minder naar behoren gerechtvaardigd, waarom de vergoeding, de dividenden en de resultaten van ondernemingen die zijn opgericht in de vorm van beursgenoteerde naamloze vennootschappen die niet sterk vertegenwoordigd waren in Frankrijk, en die actief waren op markten met andere concurrentiële en regelgevende beperkingen (bijvoorbeeld Endesa, Gas Natural en Union Fenosa in Spanje, RWE, EON en Verbund in Duitsland, Fluxys in België enz.) van invloed zouden zijn op de resultaten, de vergoeding en de dividenden van EDF, wat één van de hypothesen is waarop de in overweging 70 gepresenteerde resultaten zijn gebaseerd ⁽⁴⁾;
- ten vierde wordt in de studie ten slotte zonder enige rechtvaardiging gesteld dat een verhoging van de inbreng in het kapitaal van EDF in 1997 op zijn minst potentieel overeenkwam met de verwerving van liquide financiële activa ⁽⁵⁾. In 1997 was EDF echter een industriële en commerciële overheidsinstelling zonder maatschappelijk kapitaal (overweging 19), en de Franse autoriteiten en EDF verklaarden destijds dat die status zou worden behouden (overwegingen 95 en 105). Het riskante karakter van deze hypothese, waar de resultaten van de studie grotendeels op zijn gebaseerd, wordt nader aangetoond in de overwegingen 179 tot en met 181.

Aard, doel en context van de maatregel en geldende regels

- (145) Het Hof benadrukt dat de aard van de genomen maatregel deel uitmaakt van de relevante factoren die in aanmerking moeten worden genomen om te kunnen concluderen dat het beginsel van de voorzichtige

⁽¹⁾ Studie van Oxera, punten 3.3, 3.24 en 3.25.

⁽²⁾ Studie van Oxera, tabel A2.2.

⁽³⁾ Studie van Oxera, punt 3.3.

⁽⁴⁾ Studie van Oxera, punt 3.3, 3.15, tabel 3.2, tabel 3.8 voor de betacoëfficiënt en bijlage 5.

⁽⁵⁾ Studie van Oxera, punten 3.5, 3.13 en 3.20 tot en met 3.23.

particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing is (punt 86 van het arrest). De beslissing om extra kapitaal in EDF in te brengen en geen belasting te heffen op de herclassificatie van onregelmatige voorzieningen voor het RAG is zowel een boekhoudkundige beslissing tot herbestemming van posten op de balans van EDF (overwegingen 100 en 105) als een fiscale beslissing, aangezien de bevoegde autoriteiten vinden dat de vennootschapsbelasting moest worden geheven vóór de herclassificatie (overweging 35), terwijl de belasting is betaald op andere geherclassificeerde boekhoudkundige voorzieningen. In tegenstelling tot wat de Franse autoriteiten beweren, is dus niet vastgesteld dat het boekhoudkundige en het fiscale deel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn in één enkele maatregel die is ingevoerd bij wet nr. 97-1026 van 10 november 1997.

- (146) In artikel 4, lid 2, van de wet is bepaald dat de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het RAG, die zijn vermeld aan de passiefzijde van de balans van EDF, na aftrek van de desbetreffende herwaarderingscorrecties, moet worden opgevoerd onder de post „kapitaalinjecties” (overweging 28). Hieruit kan worden afgeleid dat volgens de wet, afgezien van eventuele waarderingscorrecties, geen enkele boekhoudkundige of fiscale aanpassing het bedrag van de tegenwaarde, dat als inbreng in het kapitaal van EDF moest worden opgevoerd, mocht verlagen. De beslissing om aan EDF al dan niet belasting aan te rekenen, valt overeenkomstig artikel 34 van de Franse grondwet niet onder het toepassingsgebied van de wet. Wet nr. 97-1026 kon dus geen uitsluitel hierover geven. Bij vorengenoemd artikel worden de wetgevende bevoegdheden van het Parlement op fiscaal gebied beperkt tot de vaststelling van de grondslag, de rentevoet en de voorwaarden voor de inning van de diverse belastingen. Zo heeft EDF in het kader van dezelfde herclassificatie ingevolge de wet voor bepaalde boekhoudkundige voorzieningen vennootschapsbelasting betaald en voor andere niet.
- (147) Uit de door de Franse autoriteiten verstrekte en in overweging 104 vermelde voorbereidende documenten blijkt overigens dat de Raad van State in 1997 van oordeel was dat de niet-wetgevende bepalingen in de tekst van het wetsontwerp moesten worden geschrapt; daarnaast is ook een wijzigingsvoorstel voor het wetsontwerp van de regering verworpen waarmee werd beoogd de heffingen die de Staat krachtens de wet aan EDF kon aanrekenen, te beperken. Tot slot waren de bevoegde ministers in april 1997 van oordeel dat voor de gedetailleerde voorschriften voor de uitvoering van de nieuwe balansindeling van EDF op boekhoudkundig en fiscaal vlak aanvullend overleg tussen de toezichhoudende autoriteiten en de onderneming nodig was (overweging 98).
- (148) Deze elementen, die zijn gepreciseerd en gekwantificeerd in de brief die de toezichhoudende ministers op 22 december 1997, na de goedkeuring van de wet, aan EDF hebben toegezonden (overweging 31), wijzen erop dat de fiscale uitvoeringsaspecten los kunnen worden gezien van de bepalingen van wet nr. 97-1026 van 10 november 1997. In hun brief aan EDF lichten deze ministers de nieuwe balansindeling van EDF overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 toe, en lijken zij stilzwijgend te beslissen over de fiscale gevolgen van deze herindeling, zonder dat er sprake is van enige rendabele investering of dwingende bepalingen in de wet.
- (149) Met betrekking tot de context van de maatregel, die het Hof noemt als een van de relevante factoren om de eventuele toepasbaarheid van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie te beoordelen, blijkt uit de voorbereidende bijeenkomsten en de bewijsstukken voor de periode, die hebben geleid tot de op 8 april 1997 ondertekende ondernemingsovereenkomst, dat de herclassificatie van de voorzieningen paste in het kader van de gedeeltelijke liberalisering van de elektriciteitsmarkten in de Unie sinds 1996. Het streven om de activiteiten van EDF sterker te internationaliseren is dan ook terug te vinden in de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 en in de voorbereidende documenten, alsook in de parlementaire documenten. In de ondernemingsovereenkomst zelf wordt aangenomen dat voor de uitvoering ervan een wetgevende regularisatiemaatregel als bedoeld in wet nr. 97-1026 nodig is, waardoor een feitelijke continuïteit wordt vastgesteld tussen de doelstellingen van de overeenkomst en die van de wetgever. Noch in de in april 1997 gesloten overeenkomst, noch in de voorbereidende documenten en de contacten met de toezichhoudende autoriteiten van EDF, wordt een standpunt ingenomen over het precieze belastingbedrag.
- (150) Deze context, die wordt geschetst aan de hand van de door de Franse autoriteiten in hun opmerkingen genoemde feiten, maakt het echter niet mogelijk om met zekerheid te stellen dat de maatregel een handeling betreft van een aandeelhouder die een investering verricht. De noodzaak om de door de Rekenkamer in oktober 1994 vastgestelde onregelmatigheden te corrigeren, maakt namelijk ook deel uit van die context. Terwijl het er enerzijds om ging een boekhoudkundige onregelmatigheid te corrigeren die het EDF mogelijk heeft gemaakt jarenlang geen vennootschapsbelasting te betalen, benadrukten de Franse autoriteiten dat de regeling het monopolie van EDF niet in het gedrang bracht (overweging 105) en dat het stabiele kader dankzij de liberalisering van de markt moest worden gehandhaafd (overweging 95). Het is inderdaad zo dat de liberalisering perspectieven voor uitbreiding op nationale markten in andere lidstaten opende en dat de ondernemingsovereenkomst 1997-2000 voorzag in bepaalde maatregelen om EDF sterker te internationaliseren. Daar staat tegenover dat het streven van de overheid om nationale ondernemingen te bevoordelen door financiële steunmaatregelen aan de vooravond van een liberalisering, zich niet beperkt tot overheidsbedrijven en niet kenmerkend is voor het gedrag van een voorzichtige aandeelhouder van een overheidsbedrijf.
- (151) Tot slot geeft het Hof aan dat het onderzoek van de voor de litigieuze maatregel geldende regels relevant is om te bepalen of het een investering door de Staat als aandeelhouder, dan wel een overheidsprerogatief betreft. Bij de

indeling van de maatregel in de ene of de andere categorie kan dus rekening worden gehouden met de naleving van de desbetreffende regels die erop van toepassing zijn. Het is derhalve dienstig de regels te onderzoeken die van toepassing zijn op de investering van fiscale middelen in ondernemingen zoals EDF. Zonder de betrokken maatregel zou de opbrengst van de niet-geheven vennootschapsbelasting zijn toegewezen aan de algemene inkomsten uit de begroting van de Franse Staat in 1997. Zoals bepaald in artikel 18 van beschikking nr. 59-2 van 2 januari 1959 houdende organieke wet inzake financieringswetten, die ten tijde van de feiten van toepassing was, worden alle inkomsten die de uitvoering van alle uitgaven garanderen, alle inkomsten en alle uitgaven van de Staat op een enkele rekening, de „algemene begroting”, geboekt. De inkomsten van de begroting worden toegewezen aan de begroting, ten gunste van de Staat, en niet van de overheidsbedrijven.

- (152) Voor deze begroting geldt het grondwettelijk beginsel van universaliteit, krachtens hetwelk alle inkomsten en alle kredieten worden ingeschreven op twee afzonderlijke blokken, zonder dat een bijzondere link tot stand wordt gebracht tussen bijvoorbeeld inkomsten uit een vennootschapsbelasting en een toewijzing zoals een inbreng in het kapitaal van een overheidsbedrijf zoals EDF. De voorafgaande toewijzing van fiscale middelen aan een andere rechtspersoon dan de Staat, als subsidie of als investering, is in het Franse recht mogelijk voor zover voor uitdrukkelijke bepalingen hierin voorzien. Zo was in artikel 18 van beschikking nr. 59-2 bepaald dat, behalve voor met name leningen en voorschotten, de toewijzing van inkomsten van de Staat uitzonderlijk is en slechts mag voortvloeien uit een door de overheid vastgestelde bepaling in de begrotingswet.
- (153) Wet nr. 97-1026 van 10 november 1997 was echter geen begrotingswet, waardoor op grond van deze wet geen fiscale middelen aan het kapitaal van EDF konden worden toegewezen. Voorts ziet het er niet naar uit dat op initiatief van de overheid specifieke bepalingen in de voor de begroting 1997 geldende begrotingswetgeving zijn vastgesteld om de opbrengst van de door EDF verschuldigde belasting vooraf toe te wijzen aan de uitgaven van de Franse Staat uit hoofde van een investering in het kapitaal van EDF in het kader van dezelfde begroting. Deze regel, die een investering van aan de Staat toegewezen fiscale overheidsmiddelen mogelijk maakt voor een andere rechtspersoon dan de Staat, zoals EDF, lijkt dus niet te zijn toegepast.
- (154) De overgrote meerderheid van de bovenstaande elementen geven duidelijk aan dat Frankrijk vóór of op het moment van de toekenning van het uit de niet-betaling van de vennootschapsbelasting voortvloeiende economische voordeel, niet heeft beslist te investeren in EDF door middel van de belastingvrijstelling. Het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie lijkt dan ook niet van toepassing te zijn op deze maatregel. De hiernavolgende overwegingen, die betrekking hebben op de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, hebben bijgevolg een subsidiair karakter.

9.1.3. *Betreffende de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie*

- (155) In zijn arrest van 5 juni 2012 heeft het Hof in deze zaak geoordeeld dat aan de hand van het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder moet kunnen worden uitgemaakt of een particuliere aandeelhouder in vergelijkbare omstandigheden een bedrag gelijk aan de verschuldigde belasting had ingebracht in een onderneming die zich in een vergelijkbare situatie als EDF bevond (punt 95 van het arrest). Het eventuele verschil in de kosten voor een particuliere investeerder en voor de Staat als aandeelhouder kan ook in aanmerking worden genomen om te weten of aan de voorwaarden van het beginsel is voldaan (punt 96 van het arrest).
- (156) De beoordeling gebeurt op basis van objectieve en controleerbare gegevens en evoluties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen (punten 102 en 105 van het arrest). Bij deze beoordeling dient alleen rekening te worden gehouden met de voordelen en verplichtingen die de Staat heeft in zijn hoedanigheid van aandeelhouder en niet met die welke voortvloeien uit zijn hoedanigheid van overheid (punt 79 van het arrest).
- (157) Gelet op de situatie en de kenmerken van EDF, een overheidsinstelling die sinds meer dan 50 jaar volledig door de Franse Staat wordt gecontroleerd, dient als referentie een investeerder die een winstgevendheid op lange termijn nastreeft, te worden gehanteerd en dienen meer bepaald de door Frankrijk in de overwegingen 87 tot en met 108 uiteengezette gegevens te worden onderzocht. Het is namelijk op die elementen dat de Franse autoriteiten zich beroepen als basis voor hun beslissing in 1997.

- (158) In de eerste plaats moet het door EDF in 1997 aan haar aandeelhouder geboden rendement worden onderzocht. Dit rendement moet worden vergeleken met referentiewaarden. In 1997 bedroeg het gemiddelde rendement op langlopende obligaties (30 jaar) van Frankrijk 6,35 %. Zelfs voor kortere looptijden (10 jaar), die minder bedroegen dan de levensduurcyclus van de installaties van EDF, bedroeg de gemiddelde rente op obligaties van de Franse staat 5,58 % ⁽¹⁾. Deze waarden zijn een afspiegeling van zowel het rendement van weinig risicovolle financiële activa als van de toenmalige financieringskosten van de Franse Staat op lange termijn. Een investering in een onderneming zoals EDF in 1997 vormde een risicvollere investering dan het aanhouden van staatsobligaties op dat ogenblik. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou dan ook een hoger rendement hebben verlangd dan dat van de staatsobligaties.
- (159) Uit het onderzoek van het lopende rendement dat de Franse Staat in 1996-1997 kon verwachten, zoals dat blijkt uit de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten, kan echter niet worden opgemaakt dat de investering voldoet aan het criterium van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie.
- (160) De Franse autoriteiten hebben de voorlopige resultaatrekening van EDF voor de periode na de nieuwe balansindeling verstrekt, die in 1997 door de betrokken autoriteiten is onderzocht (overweging 92, tabel 1). De ramingen in de tabel worden bevestigd door andere documenten uit die periode (overwegingen 96, 97 en 103). Deze ramingen van het referentiescenario van EDF voor de daaropvolgende periode waren gevalideerd door de overheden (overweging 97). Op basis van deze resultaatrekening en de verwachte bedragen van de door de Staat in EDF geïnvesteerde middelen (overweging 100, tabel 2) kan het rendement worden berekend dat de Staat kon verwachten van respectievelijk de kapitaalinjecties, het totale kapitaal (startkapitaal en toewijzingen) en het eigen vermogen van EDF (totaal kapitaal, herwaarderingsreserves, voorgeschreven voorzieningen en ingehouden winst) ⁽²⁾ (zie tabel 4).

Tabel 4

Geraamde vergoeding van het kapitaal op de balans van EDF 1997-2000 (miljard FRF)

	1997	1998	1999	2000	1997-2000
Vast gedeelte tegen 3 %	1,5	1,5	1,5	1,5	6,0
Variabel gedeelte	0,6	1,0	0,9	0,9	3,4
Vast en variabel gedeelte	2,1	2,5	2,4	2,4	9,4
Rendement op eigen vermogen (79,8 miljard FRF) %	2,63	3,13	3,01	3,01	2,94
Rendement op kapitaal en toewijzingen (53,3 miljard FRF) %	3,94	4,69	4,50	4,50	4,41
Rendement op toewijzingen aan het kapitaal (50,7 miljard FRF) %	4,14	4,93	4,73	4,73	4,64

Bron: Berekeningen Commissie op basis van de tabellen 1 en 2.

⁽¹⁾ Jaarlijks gemiddelde van de dagrente van de Franse staatslening over 30 en 10 jaar, bron Banque de France: Referentierente van de obligaties en met schatkistpapier gelijkgestelde obligaties van de Franse staat (OAT — Obligation Assimilable du Trésor), <http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux>.

⁽²⁾ De relevantie van een berekening van het rendement op het totaalbedrag van het vaste eigen vermogen van de onderneming ten opzichte van louter het geïnvesteerde kapitaal in de vorm van kapitaalinjecties wordt bevestigd door het feit dat in de overeenkomst tussen de Staat en EDF voor de periode 2001-2003 de vergoeding van de Staat, berekend als percentage (37,5 %) van het nettoresultaat, is vastgesteld tussen minimaal 1,5 % en maximaal 4,5 % van de grondslag voor het eigen vermogen. Antwoord van de Franse autoriteiten van 23 december 2013, punt 53.

- (161) Uit de door de Franse autoriteiten in 1997 genoemde en verstrekte documenten bedroeg de door de Staat als aandeelhouder van EDF verwachte vergoeding voor de hele periode 1997-2000 9,4 miljard FRF, waarvan 6 miljard FRF uit hoofde van het vaste gedeelte tegen 3 % en 3,4 miljard FRF voor de hele periode uit hoofde van het aanvullende gedeelte, na de bij wet nr. 97-1026 ingevoerde herclassificatie. Op basis van de destijds gevalideerde schattingen bedroeg het toekomstige lopende rendement dat de Staat als aandeelhouder kon verwachten, gemiddeld 2,94 % van het totale eigen vermogen van EDF, 4,41 % van het totale door de Staat in EDF geïnvesteerde kapitaal en 4,64 % van het bedrag van de toewijzingen aan het kapitaal. Deze vergoeding, die gold voor het bedrag van de kapitaalinjectie geherclassificeerde belastingvrijstelling, lag ruim onder het percentage van 6,35 % voor obligaties die de Franse Staat in 1997 uitgaf met het oog op zijn eigen financiering op lange termijn. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie zou het verwachte lopende rendement op een bedrag van 5,88 miljard FRF, dat overeenkomt met de belastingvrijstelling, ontoereikend hebben gevonden om de investering te rechtvaardigen.
- (162) Voorts heeft het Hof in punt 96 van zijn arrest van 5 juni 2012 geoordeeld dat in het kader van de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie rekening kan worden gehouden met het verschil in de kosten voor een particuliere investeerder en voor de Staat. Dit komt erop neer dat het rendement, dat volgens de Franse autoriteiten de herclassificatie van de voorzieningen aan rechten van de concessiegever ten bedrage van de belastingvrijstelling rechtvaardigde, wordt vergeleken met het rendement dat een particuliere aandeelhouder zou hebben verkregen die dezelfde herkapitalisering verricht in een onderneming die in alles vergelijkbaar is met EDF, behalve wat betreft het voorrecht, dat een particulier investeerder niet toekomt, om de kapitaalinjectie vrij te stellen van vennootschapsbelasting.
- (163) Een dergelijke onderneming waarvan de aandeelhouder over 5,88 miljard FRF zou hebben beschikt voor haar herkapitalisering onder dezelfde voorwaarden als die van EDF, zou een uitzicht op een rendement van jaarlijks 4,64 % hebben gehad op het aanvullende door de aandeelhouder ingebrachte kapitaal, d.w.z. 272 miljoen FRF per jaar, zonder rekening te houden met de vennootschapsbelasting. Met een vennootschapsbelasting van 41,66 % in 1997 zou het uitzicht op rendement voor diezelfde kapitaalbreng 159 miljoen FRF per jaar bedragen, d.w.z. een nominale jaarlijkse rentevoet van 2,7 %. Een dergelijke rentevoet voor een deelneming in het kapitaal van een onderneming met de aan een dergelijke investering verbonden risico's moet worden vergeleken met het percentage van 6,35 % dat destijds werd betaald voor obligaties van Frankrijk. Het lage rendement zou een particuliere investeerder die niet beschikt over de fiscale voorrechten van de Staat, bijgevolg van een investering hebben weerhouden. Met dermate ongunstige rentabiliteitsvooruitzichten voor het geïnvesteerde kapitaal lijkt het uitgesloten dat een voorzichtige particuliere investeerder wiens onderneming vennootschapsbelasting op de kapitaalinjecties zou moeten betalen, in de plaats van Frankrijk zou hebben deelgenomen aan de kapitaalverhoging van EDF in 1997.
- (164) Derhalve moet worden nagegaan of de door Frankrijk verstrekte gegevens uit de periode van de beslissing tot herclassificatie van de voorzieningen zonder belastingheffing, aanvullende aanwijzingen bevatten die een voorzichtige particuliere investeerder zouden hebben overtuigd de vermeende investering te doen ondanks het ogenschijnlijk lage rendement. Deze aanwijzingen kunnen met name betrekking hebben op het vermogen van EDF om: i) haar inkomsten uit arbeid op lange termijn te verhogen, ii) haar bedrijfsresultaten te verbeteren door efficiëntieverbetering, iii) de nettowaarde van de productieve activa van de onderneming te verhogen, of iv) een constante en toereikende vergoeding te betalen aan haar aandeelhouder. Bij gunstige vooruitzichten zijn dit op lange termijn potentieel waardecreërende factoren voor de aandeelhouder, die bij ongunstige vooruitzichten echter waardevernietigend zijn.
- (165) In dit verband bevat geen van de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten een kwantificering, noch een kwalitatieve beoordeling, van een eventuele waardecreatie voor de aandeelhouder, die de Franse autoriteiten zouden hebben onderzocht en in aanmerking hebben genomen voor de periode 1997-2000 of later. Er zijn alleen algemene verwijzingen naar een betere behartiging van de belangen van de Staat als aandeelhouder te vinden. Dit zou erop wijzen dat de waardeverhoging van de onderneming als investering voor de Staat als aandeelhouder bij de vermeende beslissing tot investeren niet in aanmerking is genomen. Hoe dan ook kan uit het onderzoek van vier potentieel waardecreërende factoren voor de aandeelhouder niet worden geconcludeerd dat op basis van de in 1997 beschikbare gegevens (met name de voorlopige exploitatierekening 1997-2000 van EDF en de door de toezichthoudende autoriteiten gehanteerde prognoses in het financiële scenario) een groei kon worden verwacht (overweging 92, tabel 1, en overweging 96).
- (166) Met betrekking tot de totale inkomsten van EDF kon de Staat als aandeelhouder een zeer zwakke groei verwachten, namelijk 0,64 %. Deze quasi-stagnatie kan worden verklaard door de door de Staat vastgestelde doelstelling om bij te dragen tot het concurrentievermogen van de Franse industrie en de verhoging van de koopkracht van de particuliere consument, die zich vertaalde in een gemiddelde verlaging van de tarieven van EDF met [...] over vier jaar (overwegingen 89, 95 en 96), d.w.z. een jaarlijkse verlaging met [...] %. EDF oefende haar activiteiten voornamelijk in Frankrijk uit, aangezien voor de periode 1997-2000 meer dan 89 % van de inkomsten van EDF afkomstig waren van de Franse markt. Haar inkomsten waren bijgevolg grotendeels afhankelijk van de beslissingen van de Staat op het gebied van de vaststelling van de elektriciteitstarieven. Een voorzichtige particuliere investeerder zou zeker hebben opgemerkt dat de vaststelling van doelstellingen van het overheidsbeleid die in tegenspraak zijn met haar aandeelhoudersbelangen, schadelijk is voor zijn vermogensbelangen. Geen enkele voorzichtige particuliere investeerder zou een vermindering van de vergoeding van zijn investering ter bevordering van het concurrentievermogen van de Franse ondernemingen hebben geaccepteerd.

- (167) Ook de post op de voorlopige exploitatierekening 1997-2000 met de resultaten van de hoofdactiviteit van EDF zou in die periode met 29 % afnemen, van 9,3 miljard FRF in 1997 tot 6,6 miljard FRF in 2000. De operationele kosten zouden toenemen met 2,2 %, vooral door de toename van de operationele uitgaven, aangezien de financiële lasten, de aflossingen en de rente, met uitzondering van de vergoeding van het kapitaal, zouden afnemen. De optelling van de resultaten van de hoofdactiviteit bij de kapitaalinjecties en de financiële lasten geeft voor de periode 1997-2000 eveneens een negatieve ontwikkeling te zien, aangezien dit totaalbedrag zou dalen met 13,9 %, van 62,6 miljard FRF tot 53,9 miljard FRF. Het is echter de ontwikkeling van de resultaten van de lopende activiteiten vóór afschrijvingen en rente die op termijn bepalend is voor het vermogen van de onderneming om waarde en positieve kasstromen te genereren. Bij het nastreven van doelstellingen van economisch beleid of regelgeving had de Staat tegen de achtergrond van de verwachte verslechtering bepaald dat EDF haar eventuele efficiëntie- en productiviteitswinsten prioritair moest aanwenden voor een extra tariefverlaging, alvorens te voorzien in een betere vergoeding van de aandeelhouder (overweging 95). Hieruit volgt dat de lopende activiteiten van EDF, die worden belemmerd door de doelstellingen van economisch beleid van de Staat, geen uitzicht op een bevredigende toekomstige vergoeding zouden hebben geboden.
- (168) Zoals de Commissie in haar besluit tot uitbreiding van de procedure opmerkte, zou een voorzichtige particuliere investeerder rekening hebben gehouden met de onzekerheid over het bedrag en de ontwikkeling van de kosten voor de financiering van de pensioenen waaraan EDF in 1997 het hoofd moest bieden in het kader van de specifieke regeling voor de elektriciteits- en gasector. In het geval van EDF in 1997 vormden de pensioenlasten en, a fortiori, de desbetreffende verplichtingen buiten de balansstelling, een zware last die onttrekkingen met zich bracht die het zwakke nettoresultaat van de onderneming nog zouden verlagen.
- (169) Terwijl de pensioenmassa van EDF in 1997 12,2 miljard FRF bedroeg, zou zij, bij een ongewijzigde wetgeving, voor het hele stelsel (inclusief GDF en niet-genationaliseerde bedrijven) in de daaropvolgende jaren aanzienlijk toenemen, van 20 miljard FRF in 2010 tot 25 miljard FRF in 2020 ⁽¹⁾. Bij toepassing van een verdeelsleutel voor EDF van 78,4 %, die een afspiegeling is van het gewicht van de loonmassa in de sector, zou het aan EDF toekomende deel in 2010 15,7 miljard FRF hebben bedragen en in 2020 19,6 miljard FRF, zonder rekening te houden met een eventuele reserveringen voor toekomstige verplichtingen bij een ongewijzigde wetgeving ⁽²⁾. De verwachte toename van de pensioenlasten was dus aanzienlijker dan het voor de periode 1997-2000 verwachte nettoresultaat, na vergoeding van de Staat en belastingen, zoals geïllustreerd in tabel 1. Een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, die net als de Franse Staat goed op de hoogte zou zijn geweest van de situatie van de onderneming, zou er na een beoordeling in 1997 bijgevolg toe zijn gebracht de toekomstige lasten van de onderneming te verhogen en de rentabiliteitsvooruitzichten voor de investering overeenkomstig te verlagen.
- (170) Bovendien kon de voorzichtige particuliere investeerder een aanzienlijke vermindering van de schuld van EDF van [...] FRF tot [...] FRF over een periode van vier jaar verwachten (overwegingen 91 en 95). Vast staat evenwel dat EDF de Aaa-rating door Moody's in de periode 1992-1996 heeft behouden met een schuldquote van 480 %. De Franse autoriteiten verwijzen ook vaag naar nieuw gegenereerde middelen voor een bedrag van 70 miljard FRF in de periode 1997-2000 (overweging 84). De schuldafbouw van EDF en het mechanische effect daarvan op de waarde van de nettoactiva van de onderneming zou zich evenwel niet vertalen in een verbetering van de vergoeding van de Franse Staat in diezelfde periode, maar veeleer in een duidelijke verslechtering ten opzichte van de periode 1991-1996 (overweging 134).
- (171) Zoals EDF opmerkt, had zij ook bij een eventuele verlaging van de rating van EDF door bureaus als Moody's of Standard & Poor's een uitstekende rating kunnen behouden (overweging 71). Tot de in de periode 1997-2000 vastgestelde doelstellingen behoorde overigens ook de vermindering van de schuldquote van EDF ten bedrage van [...] FRF. Hieruit zou dus een aanzienlijke vermindering van de totale door EDF gedragen rentelasten volgen. Noch de vermindering van de totale schuld van EDF, noch de kosten daarvan, noch de eventuele daaruit voortvloeiende voordelen voor de Staat als aandeelhouder, zouden dus in het gedrang zijn gekomen door een lagere kapitaalinjectie van 44,8 miljard FRF in plaats van 50,7 miljard FRF. Een ratio schuld/eigen vermogen van 163 % in plaats van de als gevolg van de belastingvrijstelling verwachte 148 % zou de belangen van de aandeelhouder niet hebben geschaad. Op dit gebied is er geen optimale financiële structuur en in het verslag van de Nationale Vergadering (overweging 100) is sprake van ratio's in de sector van 250 % (Verbund, Oostenrijk) tot 10-15 % (Veba, Duitsland, en PowerGen, Groot-Brittannië).
- (172) De schuldenlast heeft het EDF mogelijk gemaakt haar groei en haar resultaten te financieren zonder extra middelen van de aandeelhouder, en de rentabiliteit van de reeds door de Staat geïnvesteerde middelen met een hefboomeffect te verhogen. Er werd echter prioriteit verleend aan de schuldafbouw, hoewel EDF vóór de vermindering van de schuld over een uitstekende rating beschikte (overweging 71). De uitstekende rating, die het

⁽¹⁾ Jaarverslag EDF 1997, blz. 103.

⁽²⁾ Bij artikel 2 van besluit (C(2003)4637fin) van 16 december 2003 (PB L 49 van 22.2.2005, blz. 9), heeft de Commissie besloten geen bezwaar te maken tegen de hervorming van het voor de elektriciteits- en gasector geldende pensioenstelsel waaraan EDF was onderworpen. Deze hervorming heeft ertoe geleid dat de lasten en verplichtingen van de specifieke pensioenregeling voor het personeel van EDF en de andere deelnemende ondernemingen werden overgedragen naar het algemene socialezekerheidsstelsel.

terugbetalingsvermogen van EDF ten aanzien van haar schuldeisers vóór 1996 weergeeft, is overigens niet onverenigbaar met een lage vergoeding van de aandeelhouder. Integendeel, hoe lager de door de aandeelhouder van EDF toegepaste heffing, hoe beter de rating met betrekking tot de door EDF uitgegeven schuldpapieren zou zijn. Binnen de in de door de Franse autoriteiten verstrekte prognoses genoemde termijn zou de verwachte vermindering van het hefboomeffect en de hoe dan ook beperkte invloed van het belastingbedrag op de schuldquote een voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie ertoe hebben gebracht hetzij de rentabiliteitsvooruitzichten van zijn investering te verlagen, hetzij er niet van uit te gaan dat de investering in eigen middelen ter hoogte van het belastingbedrag werd gerechtvaardigd door de noodzaak om de schuldenlast van EDF in 1997 te verbeteren.

- (173) Ten slotte zou een voorzichtige particuliere investeerder geneigd zijn geweest zijn beslissing tot investeren te baseren op de beoordeling van het vermogen van de onderneming om hem een stabiele en toereikende vergoeding te garanderen. In dit verband bleek de vergoeding voor de Staat als aandeelhouder voor de periode 1997-2000, zoals geïllustreerd door de Franse autoriteiten, ruim onder het percentage van 6,35 % te liggen, dat in diezelfde periode voor obligaties van Frankrijk werd betaald. Bovendien kon deze vergoeding de facto worden verlaagd om rekening te houden met de aan de Staat als belastingontvanger betaalde belasting (overwegingen 103 en 106). De vergoeding van de aandeelhouder was ook aanzienlijk verlaagd toen de Staat de vermeende investering deed. Elke aandeelhouder zou de plotse en zeer aanzienlijke daling van de vergoeding van de kapitaalinjecties negatief hebben beoordeeld. Deze vergoeding zou van een daadwerkelijk percentage van gemiddeld 9,32 % voor de periode 1991-1996 op 4,64 % voor de periode 1997-2000 worden gebracht, d.i. een vermindering met meer dan de helft. In termen van eigen vermogen daalde de rentabiliteit van gemiddeld 14,1 % eind 1996 tot 2,94 % voor diezelfde periode (overwegingen 92 en 102, tabellen 1 en 3).
- (174) Een voorzichtige particuliere investeerder kan weliswaar een vermindering van zijn lopende vergoeding accepteren in het vooruitzicht van een groei van de onderneming die zich hetzij vertaalt in een betere toekomstige vergoeding, hetzij in een waardeverhoging van de onderneming die een meerwaarde kan genereren bij een verkoop van haar activa die een eigendomsrecht op de onderneming inhoudt. In dit verband had de lopende rentabiliteit die in 1997 kon worden verwacht, de plotse vermindering van de rentabiliteit in de periode daarvoor niet kunnen compenseren. Anderzijds kan door de aandeelhouder uit het onderzoek van vier voor de aandeelhouder potentieel waardecreërende factoren, die zijn aangegeven in de overwegingen 164 tot en met 173, op basis van de gegevens in de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten geen te verwachten verhoging van de waarde van de onderneming worden geconcludeerd.
- (175) Voorts kan uit de beschikbare gegevens niet worden geconcludeerd dat een voorzichtige particuliere investeerder die handelde in de plaats van de Franse Staat, in 1997 op basis van de beschikbare informatie had kunnen rekenen op een meerwaarde die de lage aan de Staat betaalde lopende vergoeding zou compenseren. De Franse autoriteiten hebben geen enkele studie verricht naar de waarde van EDF vóór en na de herclassificatie van de voorzieningen in 1997.
- (176) Bovendien was EDF in 1997 al meer dan vijftig jaar een overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter, en geen naamloze vennootschap. Overeenkomstig artikel 16 van wet nr. 46-628 behoorde haar kapitaal aan de Franse natie toe en kon het niet worden vervreemd (overweging 18). Voorts zij vastgesteld dat zelfs na de in 1997 bij wet nr. 97-1026 ingevoerde herindeling van de balans van EDF de totale nettoschuld van EDF ten bedrage van ongeveer 118 miljard FRF significant boven de waarde van haar eigen vermogen lag, dat 79,8 miljard FRF bedroeg (overweging 101, tabel 2).
- (177) In geen van de documenten waarin de vermeende beslissing van de Franse autoriteiten tot investeren wordt toegelicht, is sprake van het plan van een eventuele privatisering van EDF door de gehele of gedeeltelijke verkoop van het kapitaal in handen van de Staat. Hiertoe had voorafgaandelijk de status van naamloze vennootschap moeten zijn aangenomen en had moeten worden afgezien van de status van overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter. Integendeel, de enige verwijzing naar de status van EDF in deze documenten was de herbevestiging door de Staat van zijn wil om de specifieke status van EDF, die een stabiele referentie moest blijven bij de verdere ontwikkelingen, op de interne elektriciteitsmarkt te handhaven (overweging 95). Volgens Frankrijk is de beslissing tot investeren op basis van die gegevens genomen. Deze feiten moeten dus het referentiekader voor de analyse van de vermeende beslissing blijven.
- (178) Gelet op het voorafgaande zou het dus noch redelijk, noch voorzichtig zijn geweest om als investeerder te hopen op een meerwaarde die afhankelijk zou zijn geweest van de interventie van de wetgevende macht ten aanzien

van, enerzijds, de door de Franse autoriteiten in 1946 vastgestelde en consequent toegepaste wettelijke voorschriften, en anderzijds de uitdrukkelijke wil van de Staat, die ten tijde van de feiten, in 1997, door de bevoegde minister voor overheidsparticipaties is bevestigd, om de specifieke rechtsvorm van EDF op een interne energiemarkt die op het niveau van de Unie is geliberaliseerd, te handhaven. Bij de hypothesen die ten grondslag liggen aan de conclusies van EDF met betrekking tot de winstgevendheid van de investering waarop een voorzichtige particuliere investeerder op basis van de oorspronkelijke en toekomstige waarde van aandelen van EDF in 1997 zou hebben gehoopt (overwegingen 69 en 70), is geen rekening gehouden met de status van EDF in 1997. Bovendien zijn ze in tegenspraak met de desbetreffende door de Franse autoriteiten verstrekte documenten.

- (179) Zoals de Franse autoriteiten benadrukken, had EDF als overheidsinstelling met een industrieel en commercieel karakter in 1997 geen maatschappelijk kapitaal, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een naamloze vennootschap, waarvan het kapitaal in handen is van de aandeelhouders (overweging 19), die hun aandelen te allen tijde kunnen doorverkopen. De referentie-investeerder had in 1997 dan ook een aantal factoren moeten vaststellen of hypothesen moeten formuleren die noodgedwongen kritisch moesten worden beoordeeld, met name: i) op welk bedrag de Staat het maatschappelijk kapitaal van een toekomstige naamloze vennootschap zou vaststellen, en meer bepaald of het quasi-eigen vermogen al dan niet zou worden opgenomen, wat bepalend is voor het vermogen van de vennootschap om een stabiel dividend te garanderen; ii) in hoeveel aandelen dit kapitaal zou worden verdeeld, wetende dat een hoger respectievelijk lager bedrag deels bepalend is voor de aantrekkelijkheid ervan op de markt; iii) in welke vorm het kapitaal zou worden opengesteld via de uitgifte van nieuwe aandelen, en voor welk bedrag, wat bepalend is voor de mogelijke mate van verwatering van zijn participatie, en ten slotte iv) wanneer de transactie zou worden uitgevoerd, wat, gelet op de zwakke valorisatievooruitzichten die de voorlopige resultaten van EDF tot in 2000 te zien gaven, pas in een verre toekomst kon worden overwogen. Niets in de door de Franse autoriteiten voor de periode vóór de vermeende investering verstrekte documenten wijst erop dat in 1997 duidelijkheid had kunnen worden verkregen over deze onbekenden.
- (180) Gelet op het voorafgaande zou de eventuele uit de litigieuze kapitaalinjectie voortvloeiende waardeverhoging van het recht van de Staat in het kapitaal van EDF, in de veronderstelling dat die is vastgesteld — wat duidelijk niet het geval is — hebben geïmpliceerd dat een voorzichtige investeerder vermoedens had in verband met ten minste vier essentiële factoren waarop hij, in tegenstelling tot de wetgever en de regelgever, geen grip zou hebben gehad, en waarover in 1997 hoe dan ook geen betrouwbare informatie beschikbaar was. Een voorzichtige particuliere investeerder zou het gebrek aan liquiditeit van zijn investering niet hebben genegeerd. Hieruit volgt dat een voorzichtige particuliere investeerder op het moment van zijn beslissing om al dan niet te investeren, met deze omstandigheid rekening zou hebben gehouden. Dit gebrek aan liquiditeit kan het belang van een eventuele waardeverhoging van de onderneming doen afnemen.
- (181) Voorts moet de toets van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie, zoals aangegeven in overweging 144, hoofdzakelijk gebaseerd zijn op gegevens die de lidstaat heeft verstrekt in een situatie waarin de beslissing reeds is genomen, aangezien de lidstaat aanvoert dat het die gegevens zijn, en niet andere, meer hypothetische gegevens die zelfs in tegenspraak zijn met de verstrekte gegevens, die door de lidstaat in aanmerking zijn genomen. Het Hof stelt evenwel dat de toepassing van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie moet steunen op de evaluaties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen (punt 105 van het arrest van 5 juni 2012). Zo verklaarden de Franse autoriteiten in 1997 dat de status van EDF, die belette dat aandelen konden worden uitgegeven en doorverkocht, zou worden gehandhaafd als een stabiele referentie, ook op een geliberaliseerde Europese markt (overweging 95). Uitgaan van hypothesen die de verklaring van de Franse autoriteiten tegenspreken, impliceert dat de toets in een situatie wordt geplaatst die die van de lidstaat niet zo dicht mogelijk benadert, in tegenstelling tot wat de rechtspraak vereist (overweging 126).
- (182) Zelfs als voor analysedoeleinden wordt aangenomen dat een voorzichtige particuliere investeerder een toekomstige beoordeling van de waarde van zijn investering op een onzekere datum bovenop het geboden regelmatige rendement in aanmerking had kunnen nemen om te beslissen over de vermeende investering, had hij niettemin rekening gehouden met het vermogen van de onderneming om dividenden op lange termijn te genereren, en had hij de tijdshorizon van de Franse Staat gevolgd, die EDF controleert sinds 1946. Om de waarde van zijn eigendomsrecht in EDF te schatten, zou een voorzichtige particuliere investeerder de boekwaarde van de nettoactiva van de onderneming buiten beschouwing hebben gelaten, en zelfs hebben ingezet op het genereren van door de Franse autoriteiten aangevoerde middelen (overweging 84). De waarde van de activa, de investeringsbedragen of de schuldafbouw komt niet noodzakelijk overeen met de reële economische waarde, op basis waarvan transactieprizen worden vastgesteld. Derhalve dient niet te worden vastgehouden aan het feit dat de volledige terugbetaling van de schulden van EDF in 1997 bedragen zou hebben vereist die ver uitstegen boven het eigen kapitaal van EDF (overweging 177). Op lange termijn is de waarde van een onderneming afhankelijk van haar vermogen om waarde voor de aandeelhouder in de vorm van dividenden of een kapitaalverhoging te genereren, veeleer dan van de boekwaarde van haar activa of haar vermogen.

- (183) De meest gebruikte methode voor de schatting van de alternatieve kosten of het vereiste rendement van een tegen betaling overdraagbaar eigendomsrecht in het kapitaal van een onderneming is het evaluatiemodel voor financiële activa (Capital Asset Pricing Model, hierna „het CAPM” genoemd) ⁽¹⁾. Zoals is aangegeven in tabel 5 wordt aan de hand van het CAPM op een investering in het kapitaal van EDF in 1997 een streefwaarde voor het vereiste rendement van ongeveer 12 % vastgesteld, die voor liquide activa zoals een aandeel van EDF 13,4 % kan bedragen. Deze streefwaarde moet evenwel als een plafond worden gezien. Zij veronderstelt dat niet alleen een eigendomsrecht op EDF zoals een aandeel mogelijk en overdraagbaar was, maar dat er bovendien een liquide markt was, terwijl de Staat 100 % van het kapitaal in handen had en EDF geen aandelen kon uitgeven. Aan het voor liquide activa vereiste rendement moet een premie tussen 0,5 % en 1,5 % ⁽²⁾ worden toegevoegd om de grote onzekerheid weer te geven die naar voren komt in de overwegingen die zijn onderzocht in de overwegingen 179 en 180 met betrekking tot de liquiditeit van de effecten van EDF die een voorzichtige particuliere investeerder in 1997 kon hebben.
- (184) Hoe dan ook ligt waarde van de grootteorde van 12 % exclusief liquiditeitspremie lager dan, maar om en bij het lopende rendement op het eigen vermogen van 14 % waarmee EDF de Staat had vergoed tussen 1991 en 1996 (overweging 102, tabel 3). Het uitzicht op rendement in de toekomst is normaliter gebaseerd op het effectief verkregen rendement. De geldigheid van deze grootteorde van 12 % wordt ook bevestigd door het gebruik van andere parameters op basis van destijds beschikbare cijfers, inclusief die welke zijn gebruikt in de voor rekening van EDF verrichte en in overweging 70 vermelde studie, waarin een streefwaarde is vastgesteld tussen 11,9 % en 13,5 %, met een gemiddelde van 12,7 %. Aangezien de resultaten van de analyse niet veranderen met een liquiditeitspremie bovenop het beoogde rendement van ongeveer 12 %, of wanneer het reële rendement vanaf 1997 wordt toegepast op het recente verleden, dienen deze premie en de reële rentabiliteit niet in aanmerking te worden genomen.

Tabel 5

Vereist rendement voor een investering in aandelen van EDF in 1997: berekeningswaarden

Parameter	Waarde	Bron
Risicovrij percentage	6,35 - 5,58	Jaarlijks gemiddelde in 1997 van de dagrente van de staatslening van de Franse Republiek over 30 en 10 jaar, bron Banque de France: Referentierente van de obligaties en met schatkistpapier gelijkgestelde obligaties van de Franse staat (OAT — Obligation Assimilable du Trésor), http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux .
Beta van EDF (met schuldenlast)	0,45 - 0,54 - 0,62	1/Bèta van EDF, Vernimmen et alii op.cit., grafiek blz. 427. 2/et 3/Studie van Oxera, tabel 3.8, Bèta van EU-ondernemingen in de sector.
Schuldenlast (%)	60	Kapitaalstructuur van EDF na herstructurering 1997
Beta van EDF (zonder schuldenlast)	0,84 - 0,89 - 1,36	1/en 2/Berekening Commissie. 3/Studie van Oxera, tabel 3.8

⁽¹⁾ In dit model wordt het beoogde rendement geëvalueerd dat een investeerder in het kapitaal van een onderneming (k) verlangt als resultaat van een verhoging van de rentabiliteit van risicovrije of weinig risicovolle financiële activa, namelijk een staatsobligatie op de financiële referentiemarkt (r_f), een marktrisicopremie die het risicovollere karakter van een investering in aandelen weergeeft ($K_m - r_f$), vermenigvuldigd met een specifieke risicocoefficiënt van het aandeel van de betrokken onderneming (β), bij voorkeur die van de onderneming of, bij ontstentenis daarvan, die van vergelijkbare, als referentie gebruikte ondernemingen. De parameter β moet worden geschat voor een onderneming zonder schuldenlast (gearing) om het intrinsieke risico van (het aandeel) van de onderneming ten opzichte van de markt te meten. Het modelformule is $k = r_f + \beta \times (K_m - r_f)$. De Commissie heeft het CAPM toegepast om de vereiste rentabiliteit te schatten van kapitaalinvesteringen in een onderneming, zoals goedgekeurd door het Gerecht van de Europese Unie: Arrest van het Gerecht van 3 juli 2014, Spanje/Commissie, „Ciudad de la Luz”, T-319/12, ECLI:EU:T:2014:604, punten 48 tot en met 66. Zie Vernimmen e.a. „Corporate Finance” John Wiley & Sons ed. 2nd edition, 2009, ch. 22, voor een nadere beschrijving; zie blz. 460 voor de onderzoeksresultaten over de gebruiksfrequentie van evaluatiemethoden. De theoretische grondslagen en een digitale toepassing van het CAPM op dit geval zijn ook opgenomen in bijlage I bij de door Oxera voor rekening van EDF verrichte studie (overweging 70).

⁽²⁾ Zie Vernimmen e.a. „Corporate Finance” John Wiley & Sons ed. 2nd edition, 2009, blz. 433-4.

Parameter	Waarde	Bron
Marktrisicopremie	6,3 - 7,3	1/Vernimmen op.cit. p. 423 onder verwijzing naar Mehra Prescott 2/2003 T.2 FR 1973-98. 2/Gemiddelde in de periode 1988-1996 in Frankrijk vooruitbetaalde risicopremie (in 1996 bedroeg deze premie 10,1 %). „An examination of Equity Risk Premium Forecasts in the G-6 Countries”, Khorana, Moyer & Pattel, I/B/E/S Working Paper, augustus 1997, blz. 25.
Beoogde rendementsmarge	11,7 - 12,1 - 13,4	Berekening Commissie
Mediaan rendement	12	Berekening Commissie

- (185) Bij zijn beslissing om te investeren in 1997 zou een voorzichtige particuliere investeerder in een situatie die zo dicht mogelijk die van de Franse autoriteiten benadert, zijn uitgegaan van de systematische schattingen van de toekomstige resultaten van EDF die zijn gevalideerd door de bevoegde autoriteiten en als financieel scenario zijn gebruikt, zoals opgenomen in de voorlopige exploitatierekening van EDF over de periode 1997-2000 (overwegingen 90-92, tabel 1, overweging 97). De belastingvrijstelling bedroeg 11 % van de 53,3 miljard FRF aan kapitaal en kapitaalinjecties van EDF in 1997 na de nieuwe balansindeling. Bijgevolg kan worden aangenomen dat de investering het recht opende op 11 % van de dividenden (vergoeding van de kapitaalinjecties zoals geschat in de tabellen 1 en 4) en van de waarde van EDF). Voor de bepaling van deze waarde moet een model voor de berekening van de waarde van de onderneming op lange termijn worden toegepast, namelijk het dividendverdisconteringsmodel (in het Engels, „dividend discount model”, hierna „het DDM” genoemd ⁽¹⁾).
- (186) De resultaten van de analyse met het DDM van een investering van 5,88 miljard FRF op basis van de dividenden in de voorlopige resultaatrekening van EDF over de periode 1997-2000 (vergoeding van de kapitaalinjecties en aanvullende vergoeding in tabel 1) zijn weergegeven in tabel 6, met vermelding van de interne opbrengstvoet van de financiële stromen en de netto contante waarde voor een beoogd rendement van 12 %, 6,35 % en 5,58 % ⁽²⁾. Deze resultaten worden berekend voor een referentiescenario dat gebaseerd is op de vaste praktijk voor analyses (tabel 6.1), met drie minder plausibele gevoeligheidsanalyses die de hypothesen van het referentiescenario buiten beschouwing laten en derhalve een grotere rentabiliteit voor de aandeelhouder simuleren dan het referentiescenario (tabellen 6.2, 6.3 en 6.4).

Tabel 6

Schatting van het rendement (netto contante waarde) van een investering van 5,88 miljard FRF op basis van het DDM en van de voorlopige resultaatrekening van EDF 1997-2000 (tabel 1) (miljard FRF)

6.1. Centraal scenario (Verwachte groei van de dividenden eind 1999/2000)

	1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
	Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
	- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	2,21
netto contante waarde tegen 12 %	- 3,43					
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 3,17					
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 3,12					
interne opbrengstvoet	- 13 %					

NB: De tabel kan als volgt worden gelezen: Voor de tussen 1 januari 1997 en 31 december 2000 verwachte financiële stromen bedraagt de netto contante waarde met een disconteringspercentage van 12 % - 3,43 miljard FRF [...] en bedraagt de interne opbrengstvoet - 13 %.

⁽¹⁾ Het DDM staat voor de waarde van de onderneming op basis van het (laatst) uitgekeerde dividend (Dt), het groeipercentage van de dividenden (d'D) en van de beoogde vergoeding, of de alternatieve kosten van het kapitaal (K) volgens de formule $Vr = Dt (1 + d'D) / (K - d'D)$. Het DDM wordt ook in de studie van Oxera voor rekening van EDF gebruikt (punten 3.27 tot en met 3.31), maar met andere (in een aantal gevallen onrealistische) waarden. In de studie van Oxera wordt uitgegaan van een groeipercentage van de dividenden van 9,3 % per jaar. Groeipercentages van het dividend gaan bij een berekening ad infinitum zoals die van het DDM samen met de groei van de onderneming. Groeipercentages van 9,3 %, die veel hoger liggen dan de inflatie en het groeipercentage van het bruto binnenlands product (bbp) op lange termijn, impliceren dat EDF op termijn het hele bbp van Frankrijk voor haar rekening zou nemen.

⁽²⁾ Een negatieve netto contante waarde voor een gegeven rentevoet (discontering — financiering) geeft aan dat de investering bij deze rentevoet niet rendabel is. Een positieve interne-opbrengstvoet geeft de effectieve rentevoet aan waartegen een investering wordt vergoed door de verwachte financiële stromen.

6.2. Gevoeligheid 1 (d dividenden = 4,51 % jaarlijks percentage 1997-2000)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	3,69
netto contante waarde tegen 12 %	- 2,68						
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 2,14						
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 2,05						
interne opbrengstvoet	- 4,7 %						

6.3. Gevoeligheid 2 (Centraal scenario + Toevoeging van 11 % quasi-aandelenkapitaal)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	4,93
netto contante waarde tegen 12 %	- 2,06						
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 1,29						
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 1,16						
interne opbrengstvoet	0,3 %						

6.4. Gevoeligheid 3 (Gevoeligheid 1 + toevoeging van 11 % quasi-aandelenkapitaal)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Investering	Dividend	Dividend	Dividend	Dividend	DDM-waarde
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	6,41
netto contante waarde tegen 12 %	- 1,30						
netto contante waarde tegen 6,35 %	- 0,26						
netto contante waarde tegen 5,58 %	- 0,08						
interne opbrengstvoet	5,2 %						

(187) Uit de schattingen van tabel 6 blijkt dat als het beweerdelijk geïnvesteerde bedrag van 5,88 miljard FRF een recht had geopend om te beschikken over een evenredig percentage van de dividenden en de waarde van EDF, de transactie een zeer negatieve netto contante waarde had vertoond (- 3,43 miljard FRF). Om financieel belang te hebben bij de investering, had een voorzichtige particuliere investeerder, volgens de meest gebruikte hypothese (tabel 6.1), zich tevreden moeten stellen met een vergoeding die aanzienlijk lager ligt dan de alternatieve kosten van het kapitaal van 12 % voor een belegging in liquide aandelen van EDF, en zelfs lager dan de voor de obligaties van de Franse Staat over 30 jaar betaalde vergoeding (6,35 %) en 10 jaar (5,58 %) in 1997. Een voorzichtige particuliere investeerder zou de investering uiteraard niet onder deze voorwaarden hebben verricht.

- (188) Kwalitatief gezien veranderen die conclusies niet wanneer als gevoeligheidstest andere hypothesen worden toegepast die, hoewel ze minder plausibel zijn, de vermeende investering valoriseren (tabellen 6.2 tot en met 6.4) ⁽¹⁾. Het geboden rendement ligt in alle gevallen lager dan 12 %, en zelfs lager dan dat op de obligaties van de Franse Staat over 30 en 10 jaar in 1997. Tot slot zou het onderzoek van andere beschikbare variabelen in de verwachte bedrijfsresultaten van EDF, zoals de ramingen van de ontvangsten, van de resultaten van de hoofdactiviteit of van het nettoresultaat (overwegingen 166 tot en met 168) het de voorzichtige particuliere investeerder niet mogelijk hebben gemaakt een volledige omkering van de tendens te voorzien die kon leiden tot betere vergoedingen of waardecreatie voor de Staat als aandeelhouder. Deze in 1997 voorzienbare en voorziene ontwikkelingen bevestigen nogmaals de conclusies en de uitbreiding ervan tot de periode na 2000, zoals een voorzichtige particuliere investeerder die kon voorzien op basis van door de Franse autoriteiten verstrekte gegevens.
- (189) Zelfs in de veronderstelling dat de voorzichtige particuliere investeerder zou hebben gehoopt op een kapitaalwinst bovenop de regelmatige rentabiliteit van EDF, wat niet kan worden opgemaakt uit de door de Franse autoriteiten verstrekte gegevens, en wat bovendien een gewaagde verwachting zou zijn geweest gezien de status van EDF in 1997, is uitgesloten dat hij de vermeende investering zou hebben gedaan. Gelet op het voorafgaande blijkt uit de toepassing van de toets van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie dat deze transactie, zelfs wanneer de belastingvrijstelling van 5,88 miljard FRF de facto een beslissing tot investeren van de kant de Staat als aandeelhouder zou zijn geweest, niet zou zijn verricht door een voorzichtige particuliere investeerder die beschikte over de door de Franse autoriteiten naar voren gebrachte gegevens.
- (190) In dit opzicht worden de in overweging 71 weergegeven opmerkingen van EDF, volgens welke de belastingvrijstelling noch nadelige gevolgen voor de mededinging zou hebben gehad, noch een voordeel zou hebben verschaft, aangezien EDF hoe dan ook een vergelijkbare financiering op de kapitaalmarkten had kunnen vinden, tegengesproken door de feiten. Het staat vast dat EDF op de markten geen aandelen had kunnen uitgeven om dit bedrag te verkrijgen. Ook al had EDF wellicht een kredietverstrekker kunnen vinden, had de desbetreffende lening of obligatie-emissie naar alle waarschijnlijkheid moeten worden vergoed tegen een hogere rente dan die welke de Franse Staat verwachtte voor de kapitaalinjecties ten behoeve van EDF voor de periode 1997-2000, en dan die van de herfinancieringskosten voor staatsobligaties in 1997. Had EDF kunnen beschikken over een equivalent bedrag in hoofdsom, dan hadden de gedragen financieringskosten meer bedragen dan die van de vermeende investering. Zelfs dan zou, zonder rekening te houden met een terugbetaling in hoofdsom waartoe EDF niet verplicht was voor het bedrag van de belastingvrijstelling of het equivalente bedrag aan kapitaalinjecties in 1997, de maatregel door de vermindering van haar financiële kosten een economisch voordeel aan EDF hebben verschaft.
- (191) Hoewel het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie van toepassing zou zijn, kan in het licht van de door de Franse autoriteiten verstrekte documenten, waarin volgens hen de rentabiliteitsvooruitzichten en de aan de vermeende investering verbonden risico's zijn toegelicht, uit de toepassing van de toets van het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie worden geconcludeerd dat een voorzichtige particuliere investeerder geen bedrag ter hoogte van de verschuldigde belasting in de kapitaalverhoging van EDF in 1997 zou hebben geïnvesteerd.
- (192) De niet-betaling van het bedrag van 5,88 miljard FRF aan vennootschapsbelasting door EDF lijkt op grond van het beginsel van de voorzichtige particuliere investeerder in een markteconomie geen productieve investering van de kant van de Staat als aandeelhouder te zijn. Het lijkt eerder een ad hoc-uitzonderingsmaatregel inzake belastingvrijstelling die EDF een economisch voordeel heeft verschaft dat overeenkomt met het bedrag van de niet-betaalde belasting. Een dergelijk voordeel versterkt noodzakelijkerwijs de positie van EDF ten opzichte van die van haar concurrenten, aangezien het bedrag aan eigen vermogen, samen met andere factoren, bepalend is voor de externe financieringscapaciteit en -voorwaarden van een onderneming, terwijl de aldus bespaarde middelen konden worden gebruikt voor andere doeleinden zoals, met name, de investering in Frankrijk of in andere lidstaten waar concurrenten in 1997 hun activiteiten uitoefenden.

⁽¹⁾ De hypothese dat het dividend van EDF zou toenemen met 4,51 % (gevoeligheid 1, tabel 6.2) lijkt optimistisch; zij wordt verkregen door het voor de 4 prognosejaren 1997-2000 verwachte groeipercentage af te vlakken. Doorgaans wordt als groeipercentage van de dividenden dat van het eind van de periode gehanteerd (centraal scenario); in de praktijk zouden de door EDF te betalen dividenden in de periode 1997-2000 afnemen ten opzichte van de periode 1991-1996 en in 1999 en 2000 ten opzichte van 1998. Hoe dan ook is een percentage ad infinitum van 4,51 % hoog in absolute termen. Bij de hypothese (gevoeligheid 2, tabel 6.3) dat (een prorata van) het quasi-aandelenkapitaal van EDF zoals geschat in 1997 tegen de berekende objectieve waarde van EDF zou worden toegevoegd door de aandeelhouder — of worden betaald door de koper, wordt het reglementaire karakter van bepaalde eigen middelen (reserves) niet in aanmerking genomen. Deze hypothese, in combinatie met het DDM, is ook optimistisch, want zij impliceert dat aan de aandeelhouder (een prorata van 11 % van het) quasi-aandelenkapitaal (met uitzondering van geplaatst kapitaal) wordt toegewezen waardoor de onderneming eventuele verliezen kan opvangen en op lange termijn een regelmatig dividend en een regelmatige vergoeding aan de aandeelhouder kan uitkeren. Zij veronderstelt dat het in de periode 1997-2000 vastgelegde quasi-aandelenkapitaal van EDF altijd beschikbaar blijft, terwijl in het DDM-model geen rekening wordt gehouden met andere vergoedingsbronnen dan het dividend. Het is dus een weinig betrouwbare hypothese. Bij cumulatie van beide hypothesen (gevoeligheid 3, tabel 6.4) worden de respectieve nadelen of zwakke punten versterkt en worden de resultaten van de berekening nog onwaarschijnlijker en gewaagder.

- (193) Het voordeel vervalst derhalve de mededinging in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Het voordeel is selectief, aangezien de niet-betaling van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van deze boekhoudkundige voorzieningen een uitzondering vormt op de gebruikelijke voor een dergelijke transactie geldende fiscale behandeling, en deze uitzondering in dit geval uitsluitend op de onderneming EDF is toegepast.

9.2. OVERHEIDSMIDDELEN

- (194) Het begrip steun dekt niet alleen positieve prestaties, zoals subsidies, maar ook alle maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken en tot identieke gevolgen leiden ⁽¹⁾. Volgens vaste jurisprudentie ⁽²⁾ staat het niet innen door de Staat van een belasting die wel had moeten worden geïnd, gelijk aan het aanwenden van overheidsmiddelen.
- (195) Het niet-heffen van de volledige vennootschapsbelasting voor het boekjaar 1997 is een rechtstreeks gevolg van de door de Franse autoriteiten vastgestelde fiscale bepalingen om een wetsbesluit van de staat ten uitvoer te leggen, namelijk wet nr. 97-1026 van 10 november 1997.

9.3. VERVALSING VAN DE MEDEDINGING EN ONGUNSTIGE BEÏNVLOEDING VAN HET HANDELSVERKEER TUSSEN DE LIDSTATEN

- (196) Sinds haar oprichting in 1946 en tot de inwerkingtreding van Richtlijn 96/92/EG bekleedt EDF op de Franse markt een monopoliepositie met exclusieve rechten voor het transport, de distributie en de in- en uitvoer van elektriciteit. EDF concurreerde echter reeds met producenten uit andere lidstaten voordat Richtlijn 96/92/EG in werking trad. Bovendien heerste vrije mededinging op verwante markten waarop geen exclusieve rechten golden, en waarop EDF haar activiteiten reeds had gediversifieerd tot buiten de werkingssfeer van haar exclusieve rechten, zowel vanuit geografisch als sectoraal oogpunt. Er waren dus reeds lang vóór de liberalisering waarin Richtlijn 96/92/EG voorziet, gevolgen voor de mededinging en het handelsverkeer.
- (197) Tussen de lidstaten vond een levendige en toenemende handel in elektriciteit plaats waaraan EDF actief deelnam. Deze handel, die werd versterkt na goedkeuring van Richtlijn 90/547/EEG van de Raad ⁽³⁾, werd gevoerd op basis van handelsovereenkomsten tussen de diverse exploitanten van hoogspanningsnetwerken in de lidstaten. In de Europese landen van de OESO is de invoer van elektriciteit tussen 1980 en 1990 jaarlijks gestegen met gemiddeld 7 %. In 1989 was het overschot van de handelsbalans van EDF voor elektriciteit negenmaal zo groot als in 1981, waarbij de netto-uitvoer 42 TWh bereikte (10 % van de totale productie). In 1985 exporteerde EDF reeds 19 TWh naar andere lidstaten.
- (198) Zelfs voordat Richtlijn 96/92/EG in februari 1999 van kracht werd, hadden bepaalde lidstaten reeds eenzijdig maatregelen getroffen om hun elektriciteitsmarkt open te stellen. Met name het Verenigd Koninkrijk heeft in 1990 de markt volledig opengesteld voor belangrijke industriële klanten. Zweden heeft zijn markt volledig opengesteld in 1996, Finland is hiermee begonnen in 1995 en bereikte 100 % in 1997, Duitsland heeft zijn markt volledig opengesteld in 1998 en Nederland heeft zijn markt volledig opengesteld voor industriële klanten in 1998. Gelet op het voorafgaande kon de mededinging op de elektriciteitsmarkt zelfs vóór de in de richtlijn vastgestelde datum voor het openstellen van markten voor mededinging worden vervalst in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU doordat staatssteun werd verleend aan bedrijven met een monopolie in een lidstaat die actief deelneemt aan het handelsverkeer binnen de Unie.
- (199) In haar jaarverslag van 1997 rekent EDF zich tot de belangrijkste internationale exploitanten in de elektriciteitssector, met buiten Frankrijk meer dan 13 miljard FRF aan vastleggingen, een productiepark waarvan het geïnstalleerde vermogen bijna 11 % van het vermogen van het Franse park bedraagt, en meer dan 8 miljoen klanten. In het verslag wordt eveneens benadrukt dat EDF in 1997 haar investeringen in Europa heeft uitgebreid door haar aanwezigheid in Oostenrijk en Polen te versterken, en dat zij meer dan 70 TWh naar andere Europese landen heeft uitgevoerd. Bij deze uitvoer concurreerde zij met alternatieve leveranciers op de betrokken markten.
- (200) In de ondernemingsovereenkomst 1997-2000, die op 8 april 1997 is gesloten tussen de staat en EDF, is bepaald dat EDF ongeveer 12-13 miljard FRF zou besteden aan internationale investeringen, waarbij de Europese regio's als prioritair zijn aangemerkt. Tussen 2000 en 2002 had EDF een derde van het kapitaal van de Duitse

⁽¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 23 februari 1961, Gezamenlijke Steenkolenmijnen/Haute Autorité, 30/59, ECLI:EU:C:1961:2; Arrest van het Hof van Justitie van 15 maart 1994, Banco de Crédito Industrial, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100; Arrest van het Hof van Justitie van 11 juli 1996, SFEL, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285; Arrest van het Hof van Justitie van 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, ECLI:EU:C:1996:353; Arrest van het Gerecht van 27 februari 1997, FFSA/Commissie, T-106/95, ECLI:EU:T:1997:23.

⁽²⁾ Zie met name het arrest van het Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke/Commissie, T-67/94, ECLI:EU:T:1998:7, punt 109.

⁽³⁾ Richtlijn 90/547/EEG van de Raad van 29 oktober 1990 betreffende de doorvoer van elektriciteit via de hoofdnetten (PB L 313 van 13.11.1990, blz. 30).

onderneming EnBW verworven, de productie- en distributiecapaciteit van haar Britse dochtermaatschappij London Electricity verhoogd, de directe controle van de Italiaanse onderneming Fenice ter hand genomen en een partnerschap met Fiat gesloten voor de aankoop van Montedison (nu Edison).

- (201) In 1997 heeft SDS, een volledige dochtermaatschappij van EDF, haar activiteiten op het gebied van de dienstverlening aan afzonderlijke klanten, ondernemingen en lokale overheden samengevoegd. Met haar activiteiten op het gebied van afvalwerking, wegverlichting en andere energierelevante diensten genereerde SDS een omzet van 685 miljoen EUR in 1998 tegenover 650 miljoen EUR in 1997. In 2000 is EDF een samenwerkingsverband aangegaan met Veolia Environnement via Dalkia, de Europese leider op het gebied van energiediensten aan ondernemingen en overheden. Dalkia biedt technische onderhoudsdiensten op het gebied van energie, beheert thermische installaties en technische diensten voor gebouwen, en exploiteert netten voor warmteverdeling, warmtekrachtkoppeling, energieproductie en industriële gassen.
- (202) EDF heeft ook activiteiten ontwikkeld op de markt voor hernieuwbare energie. In 1997 heeft de holding CHART, een volledige dochteronderneming van EDF, haar activiteiten op het gebied van hernieuwbare energie, zoals geothermie en windenergie, samengevoegd. Aan de geconsolideerde omzet leverde zij hiermee een bijdrage van 70 miljoen EUR.
- (203) Als producent en distributeur van elektriciteit concurreerde en concurreert EDF tot slot met leveranciers van andere vervangende energiebronnen, zoals steenkool, aardolie en aardgas, zowel op de nationale markt als op internationale markten. In Frankrijk heeft EDF bijvoorbeeld een succesvolle campagne ter bevordering van het gebruik van elektriciteit voor verwarming gestart. Zo heeft zij haar marktaandeel vergroot ten opzichte van haar concurrenten die vervangende energiebronnen zoals aardolie of aardgas leveren. In de staalsector concurreren de elektrische ovens met de gas- en olieovens. Hieruit volgt dat een maatregel als die in deze zaak de mededinging met de alternatieve leveranciers, zoals Gaz de France, kan vervalsen.
- (204) EDF nam derhalve een belangrijke plaats in in de handel in elektriciteit tussen de lidstaten in 1997, terwijl de elektriciteitsmarkt in Frankrijk nu volledig open is en er talrijke Europese leveranciers aanwezig zijn. Zo blijkt dat EDF in 1997 reeds een stevige positie had verworven op bepaalde markten van andere lidstaten, en dat de steun die voortvloeide uit het feit dat EDF geen vennootschapsbelasting heeft betaald over een gedeelte van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG, noodzakelijkerwijs van invloed was op de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten.
- (205) Bovenstaande overwegingen zijn uiteengezet in het besluit tot uitbreiding van de procedure. Noch Frankrijk, noch EDF heeft in de ingediende opmerkingen betwist dat de steun het handelsverkeer tussen de lidstaten kon beïnvloeden.
- (206) Aangezien de vier criteria van artikel 107, lid 1, VWEU zijn vervuld, vormt de niet-betaling door EDF van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen voor de vernieuwing van het RAG staatssteun. Derhalve moet de verenigbaarheid van deze steun met de interne markt worden onderzocht.

10. BEOORDELING VAN DE VERENIGBAARHEID VAN DE STEUN MET DE INTERNE MARKT

- (207) In artikel 107, lid 1, VWEU is bepaald dat steunmaatregelen die voldoen aan de daarin gestelde criteria, in principe onverenigbaar zijn met de interne markt. Volgens vaste rechtspraak is het aan de lidstaat om alle redenen en gegevens te verstrekken aan de hand waarvan kan worden nagegaan of een steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt⁽¹⁾. In dit geval heeft de Franse Republiek geen enkele reden aangevoerd, noch gegevens in dit verband verstrekt.
- (208) De uitzonderingen van artikel 107, lid 2, VWEU zijn in deze zaak niet van toepassing omdat de steun er niet toe strekt de in genoemd lid vermelde doelstellingen te realiseren.
- (209) De betrokken steun voldoet evenmin aan de voorwaarden van artikel 107, lid 3, onder a) en c), VWEU betreffende steun ter bevordering van de economische ontwikkeling van bepaalde streken, temeer daar deze maatregel overeenkomt met productiesteun. De steun is namelijk niet afhankelijk gesteld van investeringen of van de creatie van banen, zoals is bepaald in de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen⁽²⁾.

⁽¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 28 april 1993, Italië/Commissie, C-364/90, ECLI:EU:C:1993:157, punt 20.

⁽²⁾ Richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen (PB C 209 van 23.7.2013, blz. 1).

- (210) Artikel 107, lid 3, onder c), VWEU voorziet eveneens in een uitzondering voor steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. De onderzochte steunmaatregel valt niet onder deze uitzondering. Deze uitzondering op het toepasselijke fiscale recht, die aan slechts één onderneming ten goede komt, kan niet worden geacht de ontwikkeling van een activiteit te vergemakkelijken. Het enige doel ervan bestaat er namelijk in een onderneming te steunen door haar operationele kosten te verminderen.
- (211) Wat de uitzonderingen van artikel 107, lid 3, onder b) en d), VWEU betreft, is de betrokken steunmaatregel niet bedoeld om de tenuitvoerlegging van een project van gemeenschappelijk belang te bevorderen, een ernstige verstoring van de Franse economie op te heffen of de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.
- (212) Derhalve is niet voldaan aan de verenigbaarheidscriteria van artikel 107, leden 2 en 3, VWEU. Wat de compensatie van de kosten voor openbare diensten betreft, hebben de Franse autoriteiten zich met betrekking tot het fiscale voordeel niet beroepen op de toepassing van artikel 106, lid 2, VWEU, maar benadrukken zij dat EDF haar openbaredienstverleningstaken uitvoert. De Franse autoriteiten hebben evenwel geen raming overgelegd van de kosten die EDF voor deze taken heeft gemaakt. De Commissie kan derhalve niet vaststellen of het betrokken fiscale voordeel de eventuele meerkosten voor deze aan EDF opgelegde openbaredienstverleningstaken al dan niet compenseert. Hoe dan ook, als de niet-betaling van de belasting zou worden aangemerkt als compensatie voor het verstrekken van een dienst van algemeen economisch belang, dan nog staat niet vast dat een dergelijke compensatie vooraf is vastgesteld volgens transparante en objectieve criteria, en is berekend op basis van de kosten van een doeltreffende onderneming.
- (213) Het onderzoek naar de naleving van de in het arrest-Altmark⁽¹⁾ gestelde voorwaarden, die het mogelijk maken zich aan de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU te onttrekken, en het onderzoek van de toepassingscriteria van artikel 106, lid 2, VWEU, waarop de Franse autoriteiten zich overigens niet beroepen, zijn in deze zaak dus niet mogelijk.
- (214) In het licht van de voorgaande overwegingen lijkt de onderzochte steun exploitatiesteun te vormen die tot doel heeft de concurrentiepositie van EDF ten opzichte van haar concurrenten te versterken. In dat geval zou de steun onverenigbaar zijn met de interne markt.
- (215) Voorts is de Commissie, in tegenstelling tot wat de Franse autoriteiten beweren, van mening dat de verjaringsregel in deze zaak niet van toepassing is. EDF heeft inderdaad belastingvrije boekhoudkundige voorzieningen aangelegd tussen 1987 en 1996. Enerzijds zij echter opgemerkt dat volgens de „Conseil national de la comptabilité” foutcorrecties, die vanwege hun aard betrekking hebben op de boekhoudkundige verwerking van eerdere transacties, moeten worden verwerkt in het resultaat van het boekjaar waarin ze zijn geconstateerd, en anderzijds dat de wet waarin wordt bepaald dat de rechten van de concessiegever dienen te worden geherclassificeerd als kapitaalinjecties zonder dat hierover vennootschapsbelasting hoeft te worden betaald, dateert van 10 november 1997. Het fiscale voordeel dateert dus van 1997 en de verjaringstermijn is niet van toepassing op nieuwe steun die op deze datum is uitbetaald, aangezien het eerste besluit van de Commissie betreffende deze maatregel dateert van 10 juli 2001. Voorts wordt de verjaringstermijn krachtens artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999 geschorst door de geschillenprocedure.

11. CONCLUSIES

- (216) De Commissie stelt vast dat Frankrijk de betrokken staatssteun op onwettige wijze ten uitvoer heeft gelegd, in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU. De Commissie is van oordeel dat de vrijstelling van de vennootschapsbelasting ten bedrage van 5 882 849 762 FRF in verband met de herclassificatie als kapitaalinjectie, zoals voorzien bij wet nr. 97-1026, van boekhoudkundige voorzieningen die overeenkomen met de reeds gerealiseerde vervangingen van het hoogspanningsnet ten bedrage van 14 119 065 335 FRF, onrechtmatige steun vormt die onverenigbaar is met de interne markt.
- (217) Krachtens artikel 108, lid 2, VWEU, is de Commissie, wanneer zij vaststelt dat een steunmaatregel onverenigbaar is met de interne markt, bevoegd de betrokken lidstaat te verplichten die maatregel in te trekken of te wijzigen. In artikel 14 van Verordening (EG) nr. 659/1999 het volgende bepaald: „Indien negatieve beschikkingen worden gegeven in gevallen van onrechtmatige steun beschikt de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen („terugvorderingsbeschikking”). De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht.”.

⁽¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

- (218) De door de Commissie nagestreefde doelstelling om met de interne markt onverenigbare staatssteun van de betrokken lidstaat terug te vorderen, bestaat erin de vroegere toestand te herstellen ⁽¹⁾. In dit verband heeft het Hof vastgesteld dat deze doelstelling verwezenlijkt is wanneer de begunstigden de bedragen hebben terugbetaald die als onwettige staatssteun zijn verleend, waardoor zij het marktvoordeel dat zij ten opzichte van hun concurrenten genoten, verliezen. Zo wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld ⁽²⁾.
- (219) In dit geval lijkt de terugvordering van de aldus vastgestelde onrechtmatige steun niet in strijd te zijn met een algemeen beginsel van het Unierecht. Met name hebben noch de Franse autoriteiten, noch de belanghebbenden, argumenten in deze zin aangevoerd.
- (220) Hieruit volgt dat Frankrijk alle nodige maatregelen dient te nemen om de onrechtmatige steun in de vorm van een vrijstelling van de vennootschapsbelasting ten bedrage van 5 882 849 762 FRF in verband met de herclassificatie van een deel van de voorzieningen ten bedrage van 14 119 065 335 FRF als kapitaal, van EDF terug te vorderen.
- (221) Met het oog op deze terugvordering moeten de Franse autoriteiten bovendien het steunbedrag vermeerderen met de terugvorderingsrente die betaalbaar is vanaf de datum waarop de onverenigbare steun voor de onderneming beschikbaar was, namelijk op de datum waarop de termijn voor de betaling van de vennootschapsbelasting voor het belastingjaar 1997 is verstreken, tot de datum van daadwerkelijke terugbetaling van de steun ⁽³⁾, overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie ⁽⁴⁾.
- (222) In het kader van de op Frankrijk uit hoofde van de terugvorderingsprocedure rustende verplichting tot loyale samenwerking moet dit bedrag nauwkeuriger worden vastgesteld in de loop van de procedure, op basis van gegevens die zullen worden verstrekt door de Franse autoriteiten en waarbij, onder andere, rekening wordt gehouden met de wisselkoersen tussen de ECU/EUR en de Franse frank (FRF) die mogelijk van toepassing zijn op de aflossingen door EDF van de vennootschapsbelasting in de loop van 1997, en met de terugbetaling aan EDF van de steun na de nietigverklaring van de eerste negatieve beschikking in 2009. In dit geval is geen rente verschuldigd voor de periode waarin de onderneming niet langer beschikte over de steun, namelijk de periode tussen de daadwerkelijke terugbetaling van de steun door Frankrijk en de terugbetaling aan EDF. De eventueel door Frankrijk aan EDF betaalde rente moet wel in aanmerking worden genomen.
- (223) De Franse autoriteiten moeten vorengenoemd bedrag binnen een termijn van vier maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit terugvorderen.
- (224) Volgens vaste rechtspraak mag een lidstaat die op onvoorziene of onvoorzienbare moeilijkheden stuit of zich bewust wordt van gevolgen die door de Commissie over het hoofd zijn gezien, die problemen ter overweging aan de Commissie voorleggen, samen met voorstellen voor passende wijzigingen. In dat geval moeten de Commissie en de betrokken lidstaat te goeder trouw samenwerken om de moeilijkheden met volledige inachtneming van de bepalingen ⁽⁵⁾ van het VWEU te overwinnen.
- (225) De Commissie verzoekt Frankrijk dan ook eventuele problemen bij de uitvoering van dit besluit onverwijld voor te leggen,

HEEFT HET VOLGENDE BESLUIT VASTGESTELD:

Artikel 1

1. De vrijstelling van de vennootschapsbelasting ten gunste van *Électricité de France* voor een bedrag van 5 882 849 762 FRF, in verband met de herclassificatie als kapitaal van de voorzieningen die overeenkomen met de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningsnet, vormt steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

⁽¹⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92, C-279/92 en C- 280/92, ECLI:EU:C:1994:325, punt 75.

⁽²⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, punten 64 tot en met 65.

⁽³⁾ Zie artikel 14, lid 2, van Verordening (EG) nr. 659/1999 (reeds aangehaald).

⁽⁴⁾ Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie van 21 april 2004 tot uitvoering van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1).

⁽⁵⁾ Arrest van het Hof van Justitie van 2 februari 1989, Commissie/Duitsland, C-94/87, ECLI:EU:C:1989:46, punt 9, en arrest van 4 april 1996, Commissie/Italië, C-348/93, ECLI:EU:C:1995:95, punt 17.

2. De in lid 1 vermelde steun, die op onwettige wijze door de Franse Republiek ten uitvoer is gelegd, is onverenigbaar met de interne markt.

Artikel 2

1. De Franse Republiek vordert de tegenwaarde in euro van de in artikel 1 bedoelde steun van de begunstigde onderneming terug.

2. De terug te vorderen bedragen omvatten rente vanaf de datum waarop zij aan de begunstigde ter beschikking zijn gesteld, tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.

3. De rente wordt op samengestelde grondslag berekend overeenkomstig hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004.

Artikel 3

1. De terugvordering van de in artikel 1 bedoelde steun geschiedt onverwijld en daadwerkelijk.

2. De Franse Republiek zorgt ervoor dat dit besluit binnen vier maanden vanaf de datum van kennisgeving ervan ten uitvoer wordt gelegd.

Artikel 4

1. De Franse Republiek verschaft de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van dit besluit de volgende informatie:

- a) het totale van de begunstigde terug te vorderen bedrag (hoofdsom en terugvorderingsrente);
- b) een gedetailleerde beschrijving van de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen, en
- c) de documenten waaruit blijkt dat de begunstigde werd gelast de steun terug te betalen.

2. De Franse Republiek houdt de Commissie op de hoogte van de stand van uitvoering van de nationale maatregelen die zij heeft genomen om dit besluit ten uitvoer te leggen, en dit tot de in artikel 1 bedoelde steun volledig is terugbetaald. Frankrijk verstrekt, op verzoek van de Commissie, onverwijld informatie over de reeds genomen en de voorgenomen maatregelen om aan dit besluit te voldoen. Het verstrekt eveneens nadere inlichtingen over de reeds door de begunstigde terugbetaalde steunbedragen en rente.

Artikel 5

Dit besluit is gericht tot de Franse Republiek.

Gedaan te Brussel, 22 juli 2015.

Voor de Commissie
Margrethe VESTAGER
Lid van de Commissie
