



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL  
J. MAZÁK  
van 20 oktober 2011<sup>1</sup>

**Zaak C-124/10 P**

**Europese Commissie  
tegen**

**Électricité de France (EDF)**

„Hogere voorziening — Staatssteun — Selectieve belastingvrijstelling gekoppeld aan verhoging aandelenkapitaal tijdens herkapitalisatie van onderneming — Beginsel van particuliere investeerder in markteconomie — Staat handelend als aandeelhouder en staat handelend in uitoefening van overheidsbevoegdheden”

1. De Commissie verzoekt het Hof om vernietiging van het arrest<sup>2</sup> waarbij het Gerecht van eerste aanleg (thans „Gerecht”) de artikelen 3 en 4 van de beschikking van de Commissie betreffende de aan EDF en de elektriciteits- en gasindustrie toegekende steunmaatregelen nietig heeft verklaard<sup>3</sup>. Deze hogere voorziening is van bijzonder belang voor het staatssteunrecht van de Unie: er wordt een principiële kwestie aan de orde gesteld die de draagwijdte (toepasselijkheid) van een basisbeginsel van het staatssteunrecht betreft — te weten het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie — in een geval waarin de staat zijn overheidsprerogatieven heeft aangewend. In wezen is het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie (of „criterium van de particuliere investeerder”) de logische uitdrukking van het uit de artikelen 86 EG en 295 EG voortvloeiende beginsel van gelijke behandeling van overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen.

### **I – Rechtskader**

2. Artikel 38, lid 2, van de Franse Code général des impôts (algemeen wetboek van belastingen) bepaalt: „De nettowinst is het verschil tussen de waarde van het nettoactief bij de afsluiting en bij de aanvang van het tijdvak waarvan de resultaten dienen als grondslag van de belasting, verminderd met de stortingen en vermeerderd met de onttrekkingen gedurende dit tijdvak door de exploitant of de vennoten. Het nettoactief is het totaalbedrag van de activa verminderd met de schuldvorderingen van derden, afschrijvingen en gerechtvaardigde voorzieningen.”

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Arrest van 15 december 2009, EDF/Commissie (T-156/04, Jurispr. blz. II-4503; hierna: „bestreden arrest”).

3 — Beschikking C(2003) 4637 fin. (C 68/2002, N 504/2003 en C 25/2003) van 16 december 2003 (hierna: „bestreden beschikking”).

3. Volgens artikel 4, leden I en II, van wet nr. 97-1026<sup>4</sup> worden de installaties van het hoogspanningsnet geacht aan EDF in eigendom toe te behoren vanaf het tijdstip waarop haar de concessie voor dit netwerk is verleend, en wordt voor de toepassing van het bepaalde in lid I op 1 januari 1997 de tegenwaarde van de in concessie gegeven goederen in natura voor het hoogspanningsnetwerk, welke zijn vermeld aan de passiefzijde van de balans van EDF, na aftrek van de desbetreffende herwaarderingscorrecties, opgevoerd onder de post „Kapitaalinjecties”.

## II – Voorgeschiedenis van het geschil

4. De feiten, de administratieve procedure en de bestreden beschikking zijn in detail beschreven in de punten 9 tot en met 51 van het bestreden arrest. Ik beperk mij hier tot de belangrijkste aspecten. EDF produceert, vervoert en distribueert elektriciteit. Ten tijde van de feiten was EDF geheel in handen van de staat. EDF is opgericht bij een wet waarbij elektriciteit en gas werden genationaliseerd, en waarin het beginsel was neergelegd dat de genationaliseerde elektriciteitsconcessies aan EDF werden overgedragen. In 1958 zijn de verschillende door de staat verleende concessies voor het elektriciteitsvervoer samengevoegd tot één enkele concessie, het zogenoemde „Réseau d'alimentation générale” (hoogspanningsnet; hierna: „RAG”).

5. De toepassing op EDF van het algemeen boekhoudkundig systeem van 1982, dat specifieke boekhoudregels voor concessies bevatte, leidde tot een wijziging van de boekhoudkundige verwerking van het RAG, in opvolging van bepaalde aanbevelingen van de Conseil national de la comptabilité (Nationale Raad voor de jaarverslaglegging; hierna: „CNC”). Er werd voor EDF een eigen boekhoudkundig systeem vastgesteld en goedgekeurd bij interministerieel besluit. Het RAG werd opgevoerd op de actiefzijde van de balans van EDF onder de post „Geconcessioneerde vaste activa”. Voor de vervanging van de geconcessioneerde vaste activa werden specifieke reserves opgenomen, bedoeld om EDF in staat te stellen deze bij het verstrijken van de concessie in perfecte staat terug te geven.

6. De door EDF gedane uitgaven voor vervanging zijn op de balans opgevoerd onder de post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen” (ook wel „Rechten van de concessiegever” genoemd). Deze post vertegenwoordigde een schuld van EDF jegens de Franse Staat ter zake van de kosteloze teruggave van de vervangen goederen bij het verstrijken van de concessie. In een rapport van 1994 maakte de Franse Cour des Comptes (rekenkamer) melding van het onrechtmatige karakter van de belastingverlichting die EDF had genoten na de onregelmatige vorming van vervangingsreserves voor het RAG. De Franse Staat heeft vervolgens stappen ondernomen om de balans van EDF te herstructureren. De ondernemingsovereenkomst 1997-2000, die op 8 april 1997 tussen de staat en EDF werd gesloten, voorzag in normalisering van de boekhouding van de onderneming en van haar financiële verhouding met de staat in het vooruitzicht van de openstelling van de elektriciteitsmarkt, waartoe het Europees Parlement en de Raad hadden besloten bij richtlijn 96/92/EG van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20).

7. Vóór de vaststelling van wet nr. 97-1026 was de balans van EDF als volgt ingedeeld: i) de actiefzijde bevatte een post „Geconcessioneerde vaste activa” ter hoogte van 285,7 miljard Franse frank (FRF), waarvan ongeveer 90 miljard FRF het RAG betrof; ii) de passiefzijde een post „Reserves” waarvan ongeveer 38,5 miljard FRF voor het RAG, alsook een post „Tegenwaarde van de geconcessioneerde goederen”, die de uitgaven voor gerealiseerde vervangingen vertegenwoordigde. Deze post bedroeg 145,2 miljard FRF, waarvan 18,3 miljard voor het RAG.

4 — Wet van 10 november 1997 betreffende fiscale en financiële spoedmaatregelen (JORF van 11 november 1997, blz. 16387).

8. Overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 97-1026 werd de nieuwe balansindeling van EDF besloten en meegedeeld aan EDF op 22 december 1997 bij brief van de Franse minister van Economische Zaken, Financiën en Industrie, de Franse staatssecretaris voor Begrotingszaken en de Franse staatssecretaris voor Industrie (zie hierna, punten 25 en 26).

9. In het kader van de administratieve procedure heeft de Commissie drie onderling verband houdende beschikkingen betreffende EDF gegeven, die zijn bekendgemaakt op 16 november 2002 (PB C 280, blz. 8). De Commissie heeft overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG de formele onderzoeksprocedure ingeleid om te bepalen in hoeverre EDF was bevoordeeld doordat zij geen vennootschapsbelasting had betaald over het gedeelte van de belastingvrije bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG. Volgens artikel 3 van de bestreden beschikking is de niet-betaling door EDF in 1997 van de vennootschapsbelasting over een gedeelte van de onbelaste bestemmingsreserves voor de vernieuwing van het RAG, ter hoogte van 14,119 miljard FRF voor rechten van de concessiegever die zijn overgebracht naar kapitaalinjecties, staatssteun die niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, en bedraagt die steun 888,89 miljoen EUR. Op grond van artikel 4 van de bestreden beschikking moest Frankrijk de steun (met rente) ter hoogte van 1,217 miljard EUR terugvorderen, en dat bedrag is ook daadwerkelijk aan de Franse Staat terugbetaald.

### III – Het bestreden arrest

10. Ter ondersteuning van haar beroep heeft EDF in wezen drie middelen aangevoerd. Het Gerecht heeft zijn beoordeling beperkt tot het eerste middel en de eerste drie onderdelen van het tweede middel, en heeft het eerste middel en de eerste twee onderdelen van het tweede middel afgewezen. Het Gerecht oordeelde het derde onderdeel van het tweede middel gegrond en verklaarde de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking, in verband waarmee EDF in wezen had aangevoerd dat de staat door het treffen van de betrokken maatregel zich had gedragen als een verstandige particuliere investeerder in een markteconomie, nietig.

11. In de punten 233 tot en met 237 van het bestreden arrest stelt het Gerecht in wezen vast dat het feit dat de interventie van de staat in de vorm van een wet geschiedt, niet voldoende is om uit te sluiten dat de interventie van de staat in het kapitaal van een onderneming een economisch doel heeft, dat ook door een particuliere investeerder zou kunnen worden nagestreefd. In de punten 243 tot en met 245 overweegt het Gerecht in wezen dat het bij de bepalingen van artikel 4 van wet nr. 97-1026 niet gaat om bepalingen van fiscale aard als zodanig, maar om bepalingen van boekhoudkundige aard met fiscale gevolgen. In de punten 247 tot en met 250 verklaart het Gerecht in wezen dat gelet op de nagestreefde doelstelling, de Commissie niet enkel vanwege het fiscale karakter van de schuldvordering van de Franse Staat op EDF en het feit dat de Franse Staat zich van een wet heeft bediend, de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie mag weigeren.

12. In de punten 251 en 252 van het bestreden arrest verklaart het Gerecht dat niet kan worden uitgesloten dat de vorm van een investering tot verschillen leidt wat de kosten van het vrijmaken van kapitaal en wat het rendement van het kapitaal betreft, zodat zou kunnen worden geconcludeerd dat een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden die investering niet zou hebben gedaan. Dit vereist echter een economische analyse in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, waartoe de Commissie in casu doelbewust niet is overgegaan. In punt 253 concludeert het Gerecht dat de Commissie zich niet had mogen beperken tot het onderzoek van de fiscale gevolgen van de door de Franse Republiek vastgestelde bepalingen, zonder tegelijkertijd de juistheid te onderzoeken — en vervolgens eventueel af te wijzen — van de argumentatie dat de verrichting aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed.

#### IV – Beoordeling

13. De Commissie voert in deze hogere voorziening twee middelen aan: i) het Gerecht heeft een onjuiste voorstelling gegeven van de aan het geding ten grondslag liggende feiten, en ii) het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de beoordeling van de draagwijdte van het beginsel van de particuliere investeerder. Het is mijns inziens niet nodig alle argumenten van partijen afzonderlijk in detail weer te geven. Omwille van de leesbaarheid van de conclusie zal ik die argumenten in mijn analyse opnemen.

##### A – Eerste middel: onjuiste voorstelling van de feiten

14. De Commissie, Iberdrola en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA (hierna: „Autoriteit”) stellen dat, anders dan in het bestreden arrest is vastgesteld, de Franse Republiek niet een belastingschuld heeft omgezet in kapitaal, maar simpelweg steun heeft verleend aan EDF in de vorm van een vrijstelling van vennootschapsbelasting. EDF en de Franse regering concluderen hunnerzijds dat het eerste middel moet worden afgewezen.

15. Om te beginnen stelt EDF dat het eerste middel niet-ontvankelijk is, omdat zij daarmee het Hof verzoekt de beoordeling van het Gerecht betreffende de nieuwe balansindeling van EDF opnieuw te onderzoeken.

16. Wat het middel inzake de onjuiste voorstelling van bewijs aangaat, merk ik op dat het weliswaar enkel aan het Gerecht staat te beoordelen welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijsmiddelen<sup>5</sup>, maar dat het Hof desalniettemin een dergelijk middel ontvankelijk heeft geacht<sup>6</sup>. In de onderhavige zaak treft de door EDF opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid geen doel. Het is evident dat het middel van de Commissie niet enkel strekt tot een nieuw onderzoek van de beoordeling van het Gerecht van de nieuwe balansindeling van EDF. Uit de opmerkingen en documenten voor het Hof blijkt veeleer van een daadwerkelijk bestaand risico dat het Gerecht de feiten van de zaak onjuist heeft voorgesteld en onjuist heeft gekwalificeerd.

17. Het is vaste rechtspraak dat grieven inzake de vaststelling en de waardering van de feiten in het bestreden arrest ontvankelijk zijn, wanneer rekwirant stelt dat de bevindingen van het Gerecht blijkens de processtukken materieel onjuist zijn of dat het Gerecht het hem voorgelegde bewijs verkeerd heeft geïnterpreteerd.<sup>7</sup> Hoewel de waardering van het bewijs aan het Gerecht staat en het Hof die waardering niet kan toetsen, is dat evenwel niet het geval wanneer het Gerecht bewijzen onjuist heeft opgevat door daaruit zaken af te leiden die daarin duidelijk niet besloten liggen — en dat is naar mijn mening hier het geval.<sup>8</sup> Een verkeerde voorstelling van het bewijs<sup>9</sup> („dénaturation”) doet zich voor wanneer de rechter die over de zaak ten gronde moet oordelen, zijn bevoegdheid overschrijdt door een duidelijk en ondubbelzinnig geformuleerd document (zoals een overeenkomst, een laatste wilsbeschikking, een verslag, een vonnis of een buitenlandse wet) uit te leggen op een wijze die niet met die formulering strookt.<sup>10</sup>

18. Gelet op een en ander is het eerste middel ontvankelijk.

19. Wat de inhoud van het eerste middel betreft, lijkt het Gerecht de feiten inderdaad onjuist te hebben gekwalificeerd — in het bijzonder voor zover het heeft geoordeeld dat de Franse Republiek een belastingschuld heeft omgezet in kapitaal (zie, onder andere, punt 258 van het bestreden arrest),

5 — Arrest van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 66).

6 — Zie onder meer arrest van 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punt 42).

7 — Zie arrest van 15 juni 2000, Dorsch Consult/Raad en Commissie (C-237/98 P, Jurispr. blz. I-4549, punten 35 en 36).

8 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Blackspur DIY e.a./Raad en Commissie (C-362/95 P, Jurispr. blz. I-4775, punt 32).

9 — Zie ook het arrest Hilti/Commissie, aangehaald in voetnoot 6, punt 42.

10 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Sharpston in de zaak Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Raad (C-141/08 P, Jurispr. blz. I-9147, punt 72).

terwijl de staat EDF in feite een selectieve vrijstelling van de vennootschapsbelasting heeft verleend.<sup>11</sup>

20. In tegenstelling tot het door EDF gestelde, zoals hierna duidelijk zal worden, blijkt de verkeerde opvatting van het bewijs uit de documenten voor het Hof en hoeft het Hof bijgevolg geen nieuwe gedetailleerde beoordeling van de feiten te verrichten.

21. De Franse regering benadrukt ter ondersteuning van de benadering van het Gerecht, dat de omzetting van een belastingschuld in kapitaal onderdeel vormde van de nieuwe balansindeling van EDF, waarbij de herkapitalisatie een van de stappen in dat proces was.

22. Het feit dat tegelijkertijd een herkapitalisatie van EDF plaatsvond, die als zodanig geen steunmaatregel vormde, wordt niet betwist. Het is evenwel van belang op te merken dat de — van de herkapitalisatie los te koppelen — *fiscale gevolgen* als staatssteun zijn aangemerkt (zie punt 241 van het bestreden arrest). Het argument van de Franse regering snijdt mijns inziens geen hout, omdat het afstand doen van een belastingvordering en de omzetting ervan in een kapitaalinjectie zonder enige twijfel als twee verschillende en opeenvolgende handelingen moeten worden beschouwd. In feite geeft de Franse regering dit in punt 97 van haar antwoord ook toe.

23. Lezing van het dossier bevestigt duidelijk dat in geen van die documenten het belastbare bedrag is terug te vinden. Er is geen belastingaanslag, geen enkel spoor van een belastingvordering en geen besluit over de bestemming van het belastbare bedrag voor de herkapitalisatie van EDF. Als we de uitlegging van het Gerecht van de aan hem voorgelegde documenten en feiten zouden volgen, zou de bestemming van het belastbare bedrag in feite simpelweg moeten worden afgeleid uit het stilzwijgen van wet nr. 97-1026 en/of de brief van 22 december 1997 op dit punt.

24. Het Gerecht verklaart in punt 242 van het bestreden arrest: „[a]lle partijen zijn het erover eens dat over het bedrag van 14,119 miljard FRF belasting had moeten worden geheven voordat dit bedrag in de post ‚Kapitaalinjecties‘ werd opgenomen”.

25. Uit de punten 239 tot en met 242 van het bestreden arrest volgt dat alle maatregelen voor de herstructurering van de balans van EDF op haar balans zijn opgenomen, met het tweeledige doel zowel de nettobalanspositie te versterken als de financiële betrekkingen tussen de staat en EDF te stabiliseren op grondslagen die verwant zijn aan die van het commune recht (zie punt 31 van het bestreden arrest).

26. Ik verwijs met name naar de volgende punten: i) de goederen die het RAG vormden, werden voor een bedrag van 90,325 miljard FRF geherkwalificeerd als „eigen vermogen”; ii) de niet gebruikte reserves voor de vernieuwing van het RAG werden opgevoerd als niet uitgekeerde winst geherkwalificeerd als over te dragen verlies, zodat deze rekening aldus was verevend; het saldo werd aan de reserves toegevoegd (ik merk in dit verband op dat over die handeling belasting is geheven); en iii) de „rechten van de concessiegever” werden rechtstreeks geboekt onder de post kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF.

27. De omzetting van het belastbare bedrag in kapitaal, waarvoor EDF een vrijstelling genoot, is echter helemaal niet in de boekhouding van de onderneming opgenomen.

28. Het Gerecht stelt vast: „[...] [d]e Franse autoriteiten erkennen zelf het onrechtmatige karakter van deze werkwijze. In een notitie van het directoraat-generaal belastingen [van het Franse ministerie van Economische Zaken, Financiën en Industrie] 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

11 — Arrest van 15 maart 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 14). Zie ook arrest van 19 mei 1999, Italië/Commissie (C-6/97, Jurispr. blz. I-2981, punt 16).



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 Wetboek van de Inkomstenbelasting" (zie punt 89 van de litigieuze beschikking).

29. Ondanks het ondubbelzinnige standpunt van het directoraat-generaal belastingen heeft geen behoorlijke registratie van een belastingschuld plaatsgevonden voordat het met de „vordering” gemoeide bedrag als kapitaal werd geïnjecteerd.

30. Het lijkt in casu zelfs zo te zijn dat de „vordering” nooit heeft bestaan en er nooit een schuld is geweest waarvan afstand kon worden gedaan. Zoals Iberdrola heeft opgemerkt, heeft geen omzetting van een vordering in kapitaal plaatsgehad en was er blijkbaar bij de autoriteiten ook geen enkele intentie om een dergelijke omzetting te realiseren. Het lijkt er zelfs op dat het Gerecht zich heeft verlaten op de poging van de Franse regering om haar handelen achteraf te rechtvaardigen op basis van het beginsel van de particuliere investeerder. Dergelijke argumenten kunnen naar mijn mening — zeker nu zij in tempore suspecto zijn aangevoerd — niet achteraf een belastingvrijstelling tot een handelwijze maken die „vergelijkbaar” is met de omzetting van een vordering in kapitaal.

31. In punt 282 van het bestreden arrest heeft het Gerecht erkend dat er nimmer een vordering of schuld bestond waarvan afstand kon worden gedaan: „[...] [v]óór de vaststelling van wet nr. 97-1026 en voordat EDF als eigenaar van het RAG werd beschouwd, was er geen enkele belasting verschuldigd. Aangezien de Franse Republiek geen belasting heeft ingevorderd, was deze daarna niet meer verschuldigd en had deze derhalve niet op de balans als schuld van de onderneming kunnen worden opgevoerd.”

32. Ik ben het met de Commissie eens dat als we de reconstructie van de feiten door het Gerecht zouden aanvaarden, een impliciete en niet-transparante kapitaalverhoging moet worden aangenomen, die heeft plaatsgevonden zonder uitdrukkelijke instemming van de wetgever en tegen het advies van de belastingautoriteiten.

33. Punt 243 van het bestreden arrest is in dat verband essentieel voor de redenering van het Gerecht. Het Gerecht lijkt daarin te stellen dat artikel 4 van wet nr. 97-1026 was bedoeld voor de herstructurering van de balans van EDF en verhoging van haar eigen vermogen, om vervolgens te concluderen dat „[h]et [...] derhalve niet [gaat] om bepalingen van fiscale aard als zodanig, maar om bepalingen van boekhoudkundige aard met fiscale gevolgen, zoals de aan EDF gerichte brief van 22 december 1997 [...] aangeeft”.

34. Het vervolg van de redenering van het Gerecht is in feite gebaseerd op de vaststelling dat de Franse Staat een investering had gedaan en met name „het kapitaal van [EDF had verhoogd] door afstand van deze belastingvordering te doen” (zie punt 246 van het bestreden arrest). Uit de lezing van de relevante passages van het bestreden arrest blijkt dat dit element in feite de kern is van de redenering van het Gerecht, en voor het Gerecht het essentiële punt vormde dat moest worden geanalyseerd om een uitspraak te doen over het derde onderdeel van het tweede middel van EDF.

35. Die gedachte valt overigens in het hele arrest te bespeuren. Zij is in min of meer expliciete vorm terug te vinden in de punten 248, 249, 250, 252, 253, 258 en 259. Het Gerecht verwijst bovendien naar de kennelijk nagestreefde doelstellingen in de punten 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 en 259 van het bestreden arrest.

36. Het is duidelijk dat het Gerecht zich heeft gebaseerd op de bewoordingen van artikel 4 van wet nr. 97-1026. In wezen berust het hele betoog van de Franse regering en EDF grotendeels op de formulering van dat artikel. Volgens hen blijkt daaruit duidelijk dat het Gerecht kon oordelen dat de in 1997 verleende steun een kapitaalinjectie vormde. Ik ben daarentegen van mening dat de

formulering van artikel 4 van wet nr. 97-1026 niet zonder meer tot de conclusie leidt dat de steun een kapitaalinjectie was. Bovendien heeft de Franse regering in haar argumenten niet aangetoond dat uit de aard van de financiële transacties noodzakelijkerwijs volgt dat het daarbij om een kapitaalinjectie ging. Uit het voorgaande blijkt wel dat het argument van de Franse regering dat de gestelde kapitaalinjectie op „uiterst transparante” wijze had plaatsgevonden (omdat zij bij wet was vastgelegd), eveneens moet worden verworpen.

37. Zij was hoogstens transparant in vorm, maar zeker niet wat de inhoud betreft.

38. Artikel 4 van wet nr. 97-1026 beschrijft enkel de boekhoudkundige gevolgen van de voorziene financiële transacties. Het regelt niet de fiscale gevolgen of implicaties van de transacties. EDF geeft dat in feite in haar verweer ook toe. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, werd een gedurende het wetgevingsproces voorgestelde wijziging van de wettekst niet aangenomen, omdat deze het boekhoudkundige proces preciseerde waarmee de reserves met betrekking tot de betrokken installaties in eigen vermogen zouden worden omgezet.<sup>12</sup>

39. Om te beginnen merk ik op dat niets in wet nr. 97-1026 erop wijst dat de Franse Staat een transactie heeft verricht die in wezen de omzetting van een belastingschuld in kapitaal van EDF behelsde. In de tweede plaats blijkt uit het rapport van de Commission des finances van de Assemblée Nationale, dat in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel is opgesteld, dat de wetgever geen beslissing heeft genomen over de belastingprocedure waarmee de bestemmingsreserves met betrekking tot de installaties van het hoogspanningsnet die onder de concessie voor het hoogspanningsnetwerk vallen, in eigen vermogen zou worden omgezet. Van belang is dat het rapport bevestigt dat de wet geen melding maakt van de fiscale gevolgen van de krachtens de bepalingen daarvan door te voeren herindeling.

40. Wat de aan EDF gerichte brief van de Franse regering van 22 december 1997 betreft, lijken de Franse autoriteiten zelf een duidelijk onderscheid te maken tussen de maatregelen met betrekking tot de herstructurering van de balans (zie bijlage 1 bij die brief) en de fiscale gevolgen (zie bijlage 3 bij die brief). Zoals de Commissie heeft opgemerkt, maakt bijlage 1 eenvoudigweg melding van de rechtstreekse toerekening van de rechten van de concessiegever aan de post kapitaalinjecties voor een bedrag van 14,119 miljard FRF, terwijl bijlage 3 de fiscale gevolgen van deze maatregel voor EDF wegneemt. Zoals gezegd, wijst niets in dat document erop dat een belastingschuld is omgezet in kapitaal.

41. Wat de brief van 9 april 2002 van de Franse autoriteiten aan de Commissie aangaat, geldt hetzelfde: ook daarin wijst niets erop dat de Franse Staat een belastingschuld heeft omgezet in kapitaal.

42. Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt dat eerst laat in de administratieve procedure — pas op 9 december 2002, 18 maanden na de aanvang van het onderzoek — de Franse autoriteiten, in de aan de Commissie gezonden opmerkingen, de aan EDF verleende belastingvrijstelling wilden doen voorkomen als een transactie die „vergelijkbaar” is met een „aanvullende kapitaalinjectie”, zonder — en dit is belangrijk — objectief bewijs voor die stelling te verschaffen.

43. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, heeft EDF in haar opmerkingen aan het Gerecht van 3 februari 2005 wel een onderzoek voorgelegd met de titel „A hypothetical market investor perspective”, maar dat onderzoek is pas achteraf uitgevoerd in een poging om alsnog de economische logica van de betrokken transactie te adstrueren. Dat wil zeggen, men heeft getracht die transactie te doen voorkomen als de omzetting van schuld in kapitaal, een uitlegging van de gebeurtenissen die geleet op de feiten niet met de realiteit strookt en door de Franse Republiek ten tijde van de betrokken herstructurering ook nooit als zodanig is beoogd.

12 — Zie het rapport „Migaud” dat namens de Commission des finances, de l'économie générale et du plan van de Assemblée Nationale is opgesteld en bij het verzoekschrift van de Commissie is gevoegd, blz. 79-81, waarin de behandeling van het amendement „De Courson” wordt beschreven. Uit het debat over dit amendement blijkt dat de voornaamste leden van de Commission (en met name haar Président en Rapporteur Général) van mening waren dat de vast te stellen bepaling de betaling door EDF van vennootschapsbelasting over de in kapitaal omgezette reserves moest omvatten.

44. Verder blijkt uit punt 242 van het bestreden arrest duidelijk dat het Gerecht is afgeweken van de feiten van de zaak door deze zodanig te verdraaien dat het Gerecht uiteindelijk uitspraak heeft gedaan over een andere kwestie dan de aan hem voorgelegde. In dat punt benadrukt het Gerecht dat alle partijen het erover eens zijn dat over de bewuste transactie belasting had moeten worden geheven. In de punten 266 tot en met 269 daarentegen, geeft het Gerecht vervolgens uiting aan zijn twijfel of de belasting in dergelijke omstandigheden wel verschuldigd was. Uit de documenten waarover het Hof beschikt, blijkt echter dat ter zake van de betrokken transactie — in de vorm waarin zij is uitgevoerd — wél belasting geheven had moeten worden.

45. Ik meen dat het Gerecht niet feitelijk kon vaststellen dat een kapitaalinjectie heeft plaatsgevonden ten gevolge van de afstand van een belastingvordering, nu enig objectief bewijs van het daadwerkelijke bestaan van een dergelijke transactie ontbreekt.

46. Daar dat objectieve bewijs kennelijk ontbrak, is bijgevolg de vaststelling van het Gerecht dat er sprake was van een kapitaalinjectie, gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de tot zijn beschikking staande documenten.

47. Zou men anderzijds, zoals de Commissie heeft opgemerkt, de vaststelling van het Gerecht niet als de vaststelling van een objectief feit opvatten, maar als een juridische kwalificatie van de feiten op basis van de fictie van een impliciete en niet-transparante omzetting van een belastingvordering in kapitaal, of als een bij een dergelijke omzetting behorende transactie, dan zou die juridische kwalificatie van de feiten kennelijk onjuist zijn, daar zij de redenering van het Gerecht volledig ongeldig zou maken.

48. Ten slotte, het Gerecht merkt in punt 225 van het bestreden arrest terecht op dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het criterium van de particuliere investeerder niet van belang is wanneer het optreden van de staat geen economisch karakter heeft. Dat is het geval wanneer overheidsinstanties een onderneming rechtstreeks subsidiëren, een belastingvrijstelling verlenen, of de socialezekerheidsbijdragen verlagen. Ik ben het derhalve met de Commissie eens dat het lijkt alsof het Gerecht door de herkwalificatie van de betrokken transactie de rechtspraak van het Hof ten aanzien van de werking van het beginsel van de particuliere investeerder heeft willen omzeilen.

49. Gelet op het voorgaande is het eerste middel gegrond.

#### B – Tweede middel: uitlegging van artikel 87 EG

1. Eerste onderdeel van het tweede middel: criteria voor het onderscheid tussen de staat als aandeelhouder en de staat in de uitoefening van overheidsbevoegdheden

50. In wezen betwisten de Commissie, Iberdrola en de Autoriteit de vaststelling van het Gerecht dat het onderscheid tussen de staat als aandeelhouder en de staat in de uitoefening van overheidsbevoegdheden hoofdzakelijk afhangt van de door de staat nagestreefde doelstelling (in casu de herkapitalisatie van EDF) en niet van objectieve en controleerbare elementen, zoals de rechtspraak voorschrijft. EDF en de Franse regering concluderen tot afwijzing van het eerste onderdeel van het tweede middel.

51. Om te beginnen betogen EDF en de Franse regering in wezen dat het tweede middel is gebaseerd op de vermeende onjuiste opvatting van de feiten door het Gerecht, het voorwerp van het eerste middel. Zij zijn van mening dat beide middelen complementair zijn en dat het eerste middel feitelijk een noodzakelijke premisse vormt voor het tweede.



52. Ik meen evenwel dat het tweede middel volstrekt op zichzelf staat en onafhankelijk is van het eerste. Het feit dat de hogere voorziening noodzakelijkerwijs betrekking heeft op de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking inzake de niet-betaling door EDF in 1997 van bepaalde bedragen vennootschapsbelasting, maakt dat niet anders. Zoals de Autoriteit en Iberdrola terecht hebben opgemerkt, hangt de rechtmatigheid van de artikelen 3 en 4 van de bestreden beschikking immers niet ervan af of de betrokken steunmaatregel als kapitaalinjectie dan wel als niet-betaling van belasting wordt aangemerkt, indien geen enkele rationele en bedachtzame particuliere investeerder die middelen ter beschikking zou stellen aan een overheidsonderneming op „voorwaarden waarop een particuliere investeerder het aanvaardbaar zou vinden middelen ter beschikking te stellen van een vergelijkbare particuliere onderneming, aangenomen dat de investeerder onder normale omstandigheden in een vrije-markteconomie handelt”.<sup>13</sup>

53. Het is duidelijk dat het inhoudelijke oordeel van de Commissie in dat deel van de bestreden beschikking was, dat de in 1997 door de Franse Staat verleende financiële steun neerkwam op onrechtmatig verleende staatssteun.

54. Hoe dan ook is het tweede middel mijns inziens ontvankelijk. Vaststaat immers dat de Franse Staat in casu zijn overheidsprerogatieven heeft aangewend.

55. Wat de inhoud van het eerste onderdeel van het tweede middel betreft, ben ik van mening dat het grote belang dat het Gerecht hecht aan de doelstelling van de te beoordelen maatregel, gekoppeld aan het feit dat die benadering geen grondslag vindt in de rechtspraak van het Hof, een van de voornaamste kwesties in deze hogere voorziening is.

56. Volgens vaste rechtspraak van het Hof maakt artikel 87, lid 1, EG „geen onderscheid op grond van de redenen of doeleinden van maatregelen van de staten, maar definieert deze aan de hand van de gevolgen ervan”.<sup>14</sup> De aard van de doeleinden van een overheidsmaatregel is niet voldoende om zonder meer de kwalificatie van staatssteun uit te sluiten. Anders zou een lidstaat die de toepassing van de Verdragsregels betreffende staatssteun wil vermijden, zich alleen maar hoeven te beroepen op de rechtmatigheid van het met de overheidssteun nagestreefde doel.<sup>15</sup>

57. EDF stelt zich hiertegen te weer met het argument dat het Gerecht de betrokken maatregel niet *uitsluitend* aan de hand van de doelstelling ervan heeft beoordeeld. Volgens EDF heeft het Gerecht die maatregel beoordeeld in het licht van verschillende criteria, zoals de aard, het voorwerp en de doelstellingen ervan, en op basis van alle aspecten en de algehele context ervan.

58. Ook al zouden we aanvaarden dat het Gerecht zich op het eerste gezicht niet uitsluitend op het nagestreefde doel heeft gebaseerd, blijkt bij nadere beschouwing van het arrest in zijn geheel dat het Gerecht zijn bevindingen hoofdzakelijk — zo niet uitsluitend — op het nagestreefde doel heeft gebaseerd, om vast te stellen of de staat heeft gehandeld als aandeelhouder of als overheid. Zoals we nog zullen zien, valt niet te betwisten dat het Gerecht in zijn analyse het meeste belang heeft gehecht aan de nagestreefde doelstelling.

59. In punt 229 van het bestreden arrest zegt het Gerecht: „[bij] de beoordeling of door de staat genomen maatregelen berusten op zijn overheidsbevoegdheden dan wel op de verplichtingen die hij als aandeelhouder heeft, is niet de vorm van deze maatregelen van belang, maar hun aard, hun voorwerp en de regels waaraan zij zijn onderworpen, waarbij rekening moet worden gehouden met de door de betrokken maatregelen *nagestreefde doelstelling*” (cursivering van mij).

13 — Vgl. Mededeling van de Commissie aan de lidstaten — Toepassing van de artikelen 92 en 93 [EEG] en van artikel 5 van richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriële sector (PB 1993, C 307, blz. 3, punt 11).

14 — Arrest van 9 juni 2011, Comitato „Venezia vuole vivere”/Commissie (C-71/09 P, C-73/09 P en C-76/09 P, Jurispr. blz. I-4727, punt 94 en de daar aangehaalde rechtspraak).

15 — Zie conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 28 oktober 2004 in de zaak Heiser (C-172/03, Jurispr. 2005, blz. I-1627, punt 45).

60. In punt 233 onderstreept het Gerecht vervolgens de noodzaak vast te stellen of de staat een „economisch doel” voor ogen heeft dat ook een particuliere investeerder zou kunnen nastreven, om te bepalen of het criterium van de particuliere investeerder van toepassing is. De punten 234 en 235 vermelden eveneens dat de nagestreefde doelstelling in deze context van belang is. In punt 236 concludeert het Gerecht: „de maatregel dient niet te worden beoordeeld naar alleen de vorm ervan, maar naar de aard, het voorwerp en de *doelstellingen* ervan, hetgeen meebrengt dat alle aspecten ervan in hun totaliteit in aanmerking worden genomen, alsmede de context waarbinnen hij is vastgesteld” (cursivering van mij). Ook punt 237, tot slot, verwijst naar het doel van de betrokken maatregel.

61. Vervolgens stelt het Gerecht nogmaals — resoluut — in punt 247 dat „[g]elet op de door wet nr. 97-1026 nagestreefde doelstelling van herkapitalisatie van EDF, mocht de Commissie niet enkel vanwege het fiscale karakter van de schuldvordering [...] en het feit dat [de Franse Staat] hiervoor een wet gebruikte, weigeren na te gaan of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden tot een even grote kapitaalverhoging had kunnen besluiten, en derhalve of de staat het kapitaal had ingebracht onder omstandigheden overeenkomend met de normale marktvoorwaarden” (cursivering van mij).

62. Bij zijn beslissing over de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder heeft het Gerecht derhalve onmiskenbaar rekening gehouden met en doorslaggevend belang gehecht aan de nagestreefde doelstelling, en daarbij dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

63. Buitendien is het duidelijk dat de enige rechtspraak waarmee het Gerecht de inaanmerkingneming van de door de lidstaat nagestreefde doelstelling in de context van de toepasselijkheid van het criterium van de particuliere investeerder tracht te rechtvaardigen, 's Hofs arrest in de zaak SAT Fluggesellschaft<sup>16</sup> is.

64. In het relevante punt van dat arrest (punt 30) verwijst het Hof evenwel in het geheel niet naar het met de betrokken maatregel beoogde doel.

65. Om te beginnen gaat het in de zaak SAT Fluggesellschaft niet om staatssteun. In dat arrest moest worden uitgemaakt of een bepaalde internationale organisatie een „onderneming” was in de zin van de artikelen 82 EG en 86 EG. Concreet moest het Hof de vraag beantwoorden of de European Organisation for the Safety of Air Navigation (Eurocontrol) een „onderneming” was.

66. Om die vraag te beantwoorden onderzocht het Hof: i) de *aard* van de activiteiten van Eurocontrol (punt 19), ii) het *doel* van die activiteiten zoals omschreven in het Eurocontrol-Verdrag (punt 21), iii) de *taken* van Eurocontrol zoals omschreven in het gewijzigde Verdrag (punt 22), iv) de *bevoegdheden* van Eurocontrol, met name de vaststelling en inning van de aan gebruikers van het luchtruim opgelegde heffingen (punten 23, 28 en 29), v) de *operationele activiteit* van Eurocontrol (punt 24), en, tot slot, vi) de wijze van *financiering* als internationale organisatie (punt 26).

67. In de punten 30 en 31 van het arrest SAT Fluggesellschaft kwam het Hof tot de volgende conclusie: „[i]n hun geheel beschouwd, komen de werkzaamheden van Eurocontrol [...] neer op het uitoefenen van prerogatieven inzake de controle en de politie van het luchtruim, die typisch overheidsprerogatieven zijn. Zij hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de mededingingsregels van het EEG-Verdrag zou kunnen rechtvaardigen.” Eurocontrol was bijgevolg geen onderneming in de zin van de artikelen 82 EG en 86 EG.

68. In casu heeft het Gerecht zelf in punt 246 van het bestreden arrest vastgesteld dat „de staat bij de afstand van [de betrokken belastingschuld] zijn overheidsbevoegdheden heeft gebruikt”. Het is geen punt van discussie dat de betrokken maatregel verband houdt met de uitoefening van

<sup>16</sup> — Arrest van 19 januari 1994 (C-364/92, Jurispr. blz. I-43).

overheidsbevoegdheden. Bovendien, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, betrof het door het Hof in het arrest SAT Fluggesellschaft toegepaste criterium de kwalificatie van een bepaalde organisatie als onderneming en niet de kwalificatie van een bepaalde overheidshandeling als staatssteun, zoals hier in het geval is.

69. De enige conclusie die uit het voorgaande valt te trekken, is dat anders dan de Franse regering stelt, het arrest SAT Fluggesellschaft niet relevant was en is voor een antwoord in de onderhavige zaak, en met name niet voor de vaststelling of in een bepaald artikel 87 EG betreffend geval het beginsel van de particuliere investeerder van toepassing is.

70. Bovendien heeft het Gerecht de door het Hof in punt 30 van het arrest SAT Fluggesellschaft geformuleerde criteria helemaal niet toegepast. Het heeft de door de staat nagestreefde doelstelling — een criterium dat in voornoemd arrest van het Hof irrelevant is — als verreweg de meest doorslaggevende factor gezien en tegelijkertijd nagelaten rekening te houden met de *aard* van het handelen van de staat — afstand van de betrokken vordering —, dat in de woorden van het Gerecht zelf een voorbeeld was van de uitoefening van overheidsprerogatieven door de staat.

71. In de eerste plaats zou de bedoeling van de staat als criterium zeer ongeschikt zijn om het bestaan van staatssteun te beoordelen, aangezien het naar zijn aard subjectief en vatbaar voor interpretatie is. In de tweede plaats, zoals Iberdrola heeft gesteld, zet inaanmerkingneming van de doelstellingen die de lidstaten zouden nastreven, de deur open voor manipulatie, met nadelige gevolgen voor de mededinging tussen de particuliere en openbare sector. Er is een reëel gevaar dat dit lidstaten ertoe aanzet om (achteraf) een beroep te doen op het winstoogmerk, teneinde zich aan de toepassing van staatssteunrecht te onttrekken.

72. In de laatste plaats is de beslissende rol die het Gerecht aan de nagestreefde doelstelling heeft toegekend, moeilijk te verenigen met het feit dat „het begrip steun een objectief begrip is”.<sup>17</sup> We mogen immers niet vergeten dat volgens de rechtspraak van het Hof „het begrip staatssteun, zoals omschreven in het Verdrag, [...] een juridisch begrip [is] dat moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen”.<sup>18</sup> Tot slot, het bestaan van een steunelement wordt beoordeeld louter aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare gegevens. Anders zou de toezichthoudende taak van de Commissie worden ondermijnd en zouden de communautaire gerechten niet „volledig [kunnen] toetsen of een maatregel al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel [87, lid 1, EG] valt”<sup>19</sup> — en dat is nu precies het gevaar indien we de in het bestreden arrest gekozen benadering volgen.

73. EDF betoogt voorts dat in het kader van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder niet alleen de nagestreefde doelstelling relevant is, maar ook en met name de context. EDF verwijst naar enkele zaken waarin de Commissie de context van verschillende handelingen moest beoordelen. Zij verwijst in het bijzonder naar het arrest Chronopost I<sup>20</sup>, P&O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (hierna: „arrest P&O European Ferries”)<sup>21</sup>, Bundesverband deutscher Banken/Commissie<sup>22</sup>, en Ryanair/Commissie (hierna: „arrest Ryanair”)<sup>23</sup>.

17 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger van 19 maart 2002 in de zaak Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punt 77; hierna: „arrest Altmark”).

18 — Arrest van 22 december 2008, British Aggregates/Commissie (C-487/06 P, Jurispr. blz. I-10515, punt 111).

19 — Zie onder meer arrest van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie (C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 25).

20 — Arrest van 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a. (C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993, punt 128; hierna: „arrest Chronopost I”).

21 — EDF verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 9 februari 2006 in de gevoegde zaken (C-442/03 P en C-471/03 P, Jurispr. blz. I-4845, punt 87).

22 — Arrest van 3 maart 2010 (T-163/05, Jurispr. blz. II-387).

23 — Arrest van 17 december 2008 (T-196/04, Jurispr. blz. II-3643).

74. In al deze arresten ging het evenwel om transacties van commerciële aard. De zaak Chronopost I betrof de overdracht van een klantenkring, in de zaak P&O European Ferries ging het om de verkoop van ferry-vouchers, in de zaak Bundesverband deutscher Banken/Commissie om de inbreng van activa bij een bank, die vervolgens als garantie voor commerciële activiteiten van de bank werden gebruikt, en in de zaak Ryanair ten slotte ging het om de vaststelling van luchthavenrechten, dat wil zeggen een activiteit die rechtstreeks verband houdt met het beheer van de luchthaveninfrastructuur, een economische activiteit. Met name in het arrest Ryanair heeft het Gerecht verduidelijkt dat de betrokken rechten eerder als „heffingen” dan als „belastingen” moesten worden beschouwd — en anders dan in casu het geval is, had zelfs een particuliere onderneming een systeem van kortingen op de heffingen *kunnen* invoeren.

75. Het lijkt erop dat het Gerecht zich met name heeft laten inspireren door zijn arrest in de zaak Ryanair, waar het eveneens een staatssteunbeschikking van de Commissie nietig verklaarde. Het Gerecht oordeelde specifiek in het arrest Ryanair dat de Commissie blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te weigeren de door het Waals Gewest en de luchthaven van Charleroi aan Ryanair verleende voordelen samen te onderzoeken en vast te stellen of deze twee entiteiten zich, samen beschouwd, als rationale ondernemers in een markteconomie hadden gedragen. Het is evenwel evident dat de voorliggende zaak zich onderscheidt van de zaak Ryanair. Zo had het Gerecht al uitgemaakt dat de betrokken activiteiten waar het in de zaak Ryanair om ging, van economische aard waren.<sup>24</sup> Hoewel de rechten die in die zaak aan de orde waren via *regelgeving* werden vastgesteld, oordeelde het Gerecht dat niettemin sprake was van een economische activiteit omdat „de vaststelling van de luchthavenrechten, nauw verband houdt met het gebruik en het beheer van de luchthaven van Charleroi, wat als een economische activiteit dient te worden beschouwd”. Het Gerecht concludeerde in wezen dat het niet erkennen van het feit dat het Waals Gewest bij de vaststelling van de betrokken rechten als een particuliere investeerder kon handelen, zou neerkomen op discriminatie tussen publieke en particuliere luchthavens. Ik merk terzijde op dat de Commissie tegen het arrest in de zaak Ryanair geen hogere voorziening heeft ingesteld.

76. Anders dan bij de vaststelling van dergelijke rechten het geval is, kan een particuliere ondernemer echter (helemaal) geen afstand doen van een belastingvordering. EDF heeft het mijns inziens volstrekt bij het verkeerde eind wanneer zij stelt dat het feit dat het door de staat gebruikte instrument niet voor een particuliere investeerder beschikbaar is, niet kan inhouden dat het beginsel van de particuliere investeerder moet worden verworpen. Er is duidelijk goede reden voor de opvatting in de juridische literatuur dat het beginsel van de particuliere investeerder niet van toepassing kan zijn in belastingzaken, dat wil zeggen, in gevallen waarin het voordeel in kwestie door middel van belastingwetgeving wordt verwezenlijkt.<sup>25</sup>

77. De opvatting van het Gerecht in het bestreden arrest moet mijns inziens a fortiori worden verworpen omdat de staat, wanneer hij als particulier investeerder zou willen handelen, dit ook kan doen: het enige wat de staat daarvoor hoeft te doen is een kapitaalinjectie in een onderneming pas doen *nadat* hij zijn fiscale bevoegdheden en daarmee dus zijn overheidsprerogatieven heeft uitgeoefend. Anders dan het betoog van EDF dat de draagwijdte van het beginsel van de particuliere investeerder te veel zou worden beperkt en tot discriminatie van overheidsbedrijven zou leiden, leidt de benadering die ik hier bepleit niet tot discriminatie van overheidsbedrijven. De benadering beoogt louter het risico van discriminatie ten nadele van particuliere ondernemingen te beperken.

24 — Zie in dit verband het arrest van 12 december 2000, Aéroports de Paris/Commissie (T-128/98, Jurispr. blz. II-3929, punten 107-109, 121, 122 en 125).

25 — En via regelgeving in het algemeen. Zie o.a. Hancher, L., Ottervanger, T., en Slot, P.J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, blz. 74; Jaeger, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, punt 195; Mamut, M.-A., *Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen*, in Jaeger (red.), *Jahrbuch Beihilferecht* 09, punt 341; en Haslehner, W., *Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen*, in Jaeger (red.), *Jahrbuch Beihilferecht* 2011 (NWV, 2011, blz. 273).



78. Zoals de Autoriteit heeft opgemerkt, zijn er voorts weliswaar omstandigheden waarin de staat contractuele en commerciële betrekkingen met ondernemingen kan aangaan, maar is in casu de schuld van EDF aan de Franse staat helemaal niet van een contractuele of commerciële aard. Het gaat om een belastingschuld. Belastingen worden door de staat geheven en zijn niet verschuldigd op grond van vrijwillige contractuele of commerciële betrekkingen. Het Hof heeft in ieder geval onderscheid gemaakt tussen handelingen van de staat als investeerder en als schuldeiser.<sup>26</sup>

79. Bovendien is het volgens het beginsel van de particuliere investeerder zo, dat wanneer een onderneming steun ontvangt uit overheidsmiddelen, die steun wordt aangemerkt als staatssteun indien een particuliere investeerder een dergelijke investering onder normale omstandigheden niet zou hebben gedaan. Gedraagt de staat zich daarentegen op dezelfde wijze als een willekeurige normale particuliere aandeelhouder onder normale marktomstandigheden, dan vormt de financiële steun geen steunmaatregel. Zoals de Autoriteit heeft opgemerkt, is het duidelijk dat de staat belasting heft in de uitoefening van zijn openbare macht. Men kan moeilijk staande houden dat de staat heffingsbevoegdheid heeft in zijn hoedanigheid van particuliere investeerder. De pendant van belastingheffing — afstand van belastingvorderingen — is eveneens een activiteit die de staat onderneemt als openbare macht. De fiscale activiteiten van de staat — heffing, inning, restitutie of kwijtschelding van belastingen — vinden bijgevolg zonder enige twijfel plaats in de uitoefening van zijn overheidsbevoegdheden en kunnen per definitie niet plaatsvinden in de hoedanigheid van particuliere investeerder.

80. Juist om die reden heeft het Hof een belangrijk onderscheid gemaakt. Het heeft in het arrest Spanje/Commissie (hierna: „arrest Hytasa”)<sup>27</sup> vastgesteld dat „onderscheid [moet] worden gemaakt tussen de verplichtingen die de staat als aandeelhouder van een onderneming heeft, en de verplichtingen die op hem als overheid kunnen rusten. Aangezien de drie betrokken ondernemingen waren opgericht als naamloze vennootschap, was de Patrimonio del Estado als aandeelhouder van deze ondernemingen slechts voor hun schulden aansprakelijk ten belope van de liquidatiewaarde van hun activa. [...] betekent dit dat de verplichtingen wegens de kosten van het ontslag van werknemers, de betaling van werkloosheidsuitkeringen en de steun voor de herstructurering van de textielindustrie bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder buiten beschouwing moeten blijven.”

81. In het arrest Duitsland/Commissie (hierna: „arrest Gröditzer”)<sup>28</sup> verklaarde het Hof: „[t]en einde uit te maken of de privatisering van [Gröditzer Stahlwerke (GS)] tegen een negatieve verkoopprijs van 340 miljoen DEM steunelementen inhoudt, moet worden beoordeeld of een particulier investeerder die qua omvang vergelijkbaar is met de organen die de publieke sector beheren, in vergelijkbare omstandigheden ertoe zou kunnen worden gebracht, in het kader van de verkoop van die onderneming een even grote hoeveelheid kapitaal in te brengen, dan wel voor de liquidatie van die onderneming zou hebben gekozen.”<sup>29</sup> Het Hof herhaalde dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de verplichtingen die de staat als aandeelhouder van een onderneming heeft, en de verplichtingen die op hem als overheid kunnen rusten.

82. In de zaak Altmark<sup>30</sup> merkte advocaat-generaal Léger op dat het Hof het beginsel van de particuliere investeerder enkel toepast op situaties waar de *tussenkomst van de staat van economische aard is*. Hij verklaarde dat het criterium van de particuliere investeerder wezenlijk is, omdat het gedrag van de staat, in beginsel althans, ook aan de dag kan worden gelegd door een particuliere

26 — Arrest van 29 april 1999, Spanje/Commissie (C-342/96, Jurispr. blz. I-2459, punt 46).

27 — Arrest van 14 september 1994 (C-278/92-C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 22). Zie ook arrest van 21 januari 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke en Lech-Stahlwerke/Commissie (T-129/95, T-2/96 en T-97/96, Jurispr. blz. II-17, punt 119), en Commissiebeschikking 2008/722/EG van 10 mei 2007 betreffende steunmaatregel C 2/06 (ex N 405/05) die Griekenland voornemens is ten uitvoer te leggen ten behoeve van de regeling voor vrijwillige vervroegde uittreding van OTE (PB 2008, L 243, blz. 7, punten 85 en 86).

28 — Arrest van 28 januari 2003 (C-334/99, Jurispr. blz. I-1139, punten 133 en 134).

29 — Zie arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 70; hierna: „arrest Stardust Marine”).

30 — Conclusie van 14 januari 2003 in de zaak Altmark, aangehaald in voetnoot 17, punten 20-27.



marktdeelnemer die met winstoogmerk handelt (een investeerder, een bank, een garant, een onderneming of een crediteur). Het beginsel van de particuliere investeerder is daarentegen niet wezenlijk waar het optreden van de staat niet economisch van aard is. In dergelijke situaties kan het gedrag van de staat niet door een particuliere marktdeelnemer met winstoogmerk worden gevolgd, maar valt dit onder de uitoefening van de overheidsbevoegdheden van de staat, *zoals fiscaal beleid* of sociaal beleid. Het beginsel van de particuliere investeerder is dan niet wezenlijk, omdat er *per definitie geen sprake kan zijn van een schending van het beginsel van gelijke behandeling* tussen de publieke en particuliere sector. Hij concludeerde dat bijgevolg het beginsel van de particuliere investeerder niet geldt voor handelingen van de staat die onder de uitoefening van zijn overheidsbevoegdheden vallen.

83. Zoals het Gerecht terecht heeft vastgesteld in het arrest Ryanair<sup>31</sup>, dient „[h]et gedrag van de staat [...] weliswaar aan het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie te worden getoetst wanneer hij handelt als een onderneming die optreedt als een particuliere investeerder, maar de toepassing van dit beginsel moet worden uitgesloten indien de staat handelt als overheid. In dit laatste geval kan het gedrag van de staat immers *nooit* worden vergeleken met dat van een particuliere onderneming of investeerder in een markteconomie.”

84. In het arrest Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie<sup>32</sup> stelde het Gerecht geheel juist dat „wat het argument van de deelstaat betreft dat is ontleend aan de verhoging van de belastingopbrengst, moet worden beklemtoond dat de positie van de deelstaat als openbaar lichaam onderscheiden moet blijven van zijn positie als ondernemer. Deze opbrengstvergroting is van geen enkel belang voor een particuliere investeerder.”

85. Ten slotte merk ik op dat het Hof reeds heeft uitgemaakt dat een entiteit die optreedt als inner van belastingen, niet als marktdeelnemer optreedt.<sup>33</sup> Daarbij komt dat volgens de rechtspraak van het Hof de mededingingsregels van het Verdrag niet van toepassing zijn op een activiteit die wegens haar aard en doel en de regels waaraan zij is onderworpen, buiten de sfeer van het economisch verkeer valt dan wel neerkomt op de uitoefening van overheidsbevoegdheden.<sup>34</sup>

86. EDF en de Franse regering werpen in dit verband tegen dat er andere gevallen zijn geweest waarin het Hof zich in situaties waarin gebruik was gemaakt van overheidsbevoegdheden minder strikt heeft opgesteld. De Franse regering betoogt dat de middelen irrelevant zijn wanneer de staat verschillende investeringsvormen tot zijn beschikking heeft. Zij stelt dat het Hof heeft aanvaard dat maatregelen die niet ter beschikking stonden van particuliere investeerders, met het gedrag van particuliere investeerders vergeleken konden worden.<sup>35</sup>

87. Ik hecht er evenwel aan, twee volstrekt verschillende begrippen ook verschillend te benaderen. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen het beginsel van de particuliere schuldeiser (in een markteconomie) en het beginsel van de particuliere investeerder (in een markteconomie). Anders dan de Franse Republiek stelt, kan de positie van een particuliere investeerder niet met de positie van een particuliere schuldeiser worden vergeleken. Terwijl de investeerder een voordeel wil behalen met zijn deelneming in de betrokken ondernemingen, tracht de schuldeiser betaling te verkrijgen van de bedragen die hem verschuldigd zijn door een in financiële moeilijkheden verkerende debiteur.<sup>36</sup>

31 — Aangehaald in voetnoot 23, punt 85 (cursivering van mij).

32 — Arrest van 6 maart 2003 (T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435, punt 317; hierna: „arrest Westdeutsche Landesbank”).

33 — Arrest van 11 september 2003, Altair Chimica (C-207/01, Jurispr. blz. I-8875, punt 35).

34 — Arrest van 19 februari 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Jurispr. blz. I-1577, punt 57).

35 — Zij verwijst naar het arrest Spanje/Commissie (aangehaald in voetnoot 26, punt 46), en het arrest van 29 juni 1999, DM Transport (C-256/97, Jurispr. blz. I-3913).

36 — Zie in die zin het arrest Spanje/Commissie (C-342/96), aangehaald in voetnoot 26, punt 46, en het arrest DM Transport, aangehaald in voetnoot 35, punt 24. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in de zaak Spanje/Commissie (C-276/02, Jurispr. blz. I-8091, punten 24 en 25), en het arrest van 11 juli 2002, HAMS/Commissie (T-152/99, Jurispr. blz. II-3049), in welke zaak de kapitalisatie van de schuld van de onderneming aan de staat was beoordeeld aan de hand van het beginsel van de particuliere investeerder, maar het Gerecht erop wees dat een vergelijking met een particuliere schuldeiser de juiste was.

88. Het is veelzeggend dat noch de Franse regering noch EDF heeft betoogd dat het in dit geval gaat om een onderneming in financiële moeilijkheden. Het gaat hier duidelijk niet om een schuldeiser die betaling tracht te verkrijgen van de bedragen die hem verschuldigd zijn door een in financiële moeilijkheden verkerende debiteur. Bovendien is het beginsel van de particuliere schuldeiser niet afhankelijk van de rol van de staat als aandeelhouder: volgens dat beginsel worden overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen op exact dezelfde wijze behandeld. Anders dan bij het beginsel van de particuliere investeerder en de hier voorliggende situatie, bestaat in het geval van het criterium van de particuliere schuldeiser geen gevaar voor ongelijke behandeling.

89. De rechtspraak volgens welke bij de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder „alle overwegingen van sociale aard of van regionaal of sectoraal beleid buiten beschouwing” blijven, zodat in geen geval rekening mag worden gehouden met overwegingen die duidelijk betrekking hebben op de rol van de staat als overheid, vindt zijn grondslag in de vroegste arresten.<sup>37</sup>

90. De eerste arresten inzake het beginsel van de particuliere investeerder zijn de arresten Meura en Boch II<sup>38</sup>. De kwestie was overigens reeds aangestipt door advocaat-generaal VerLoren van Themaat in de zaak Intermills/Commissie.<sup>39</sup> Hij stelde: „[I]n het onderhavige geval is duidelijk sprake van een kapitaaldeelname in een onderneming in moeilijkheden, die ook [...] reeds door de Commissie als steunmaatregel in de zin van artikel 92 werd beschouwd. [...] is de onderhavige kapitaaldeelname in de ondernemingen van de groep Intermills bovendien hoofdzakelijk bestemd voor dekking van verliezen. Het lijkt mij niet twijfelachtig, dat ook een dergelijke vorm van zeer omvangrijke verliesdekking, die een onderneming kunstmatig in het leven houdt, als steunmaatregel in de zin van artikel 92 moet worden beschouwd. Dit geldt temeer, nu uit het niet tijdelijke karakter van deze kapitaaldeelname, alsmede uit het feit, dat vier jaren na de steunmaatregel zelfs nog geen herstel van rentabiliteit van de nog producerende bedrijven is opgetreden, moet worden afgeleid, dat dit kapitaal niet op de particuliere kapitaalmarkt had kunnen worden verkregen.”

91. Het is voor mij evident — en ik tracht dit in deze conclusie aan te tonen — waarom het gerechtvaardigd is dat zowel de Commissie als het Hof altijd strikt de hand hebben gehouden aan een duidelijke onderscheiding van de uitoefening van overheidsbevoegdheden door de staat en zijn rol als investeerder — zodat zelfs wanneer de maatregel die op grond van overheidsbevoegdheden is vastgesteld nagenoeg hetzelfde gevolg heeft als een maatregel die de staat in zijn hoedanigheid van investeerder had kunnen nemen, daarop niettemin geen acht mag worden geslagen bij de beoordeling van stellingen dat de staat als een investeerder op de markt heeft gehandeld.<sup>40</sup>

92. Het Gerecht heeft mijns inziens in het bestreden arrest het uiterst nauwkeurige onderscheid dat het Hof tussen „acta iure gestionis” en „acta iure imperii”<sup>41</sup> heeft gemaakt, geweld aangedaan. De opvatting van het Gerecht kan in wezen tot rechtsonzekerheid en een gebrek aan transparantie leiden, alsmede tot (fiscale) voordelen voor overheidsbedrijven. Deze laatste mogelijkheid kan bijzonder nadelige gevolgen hebben voor de talrijke sectoren die recentelijk zijn geliberaliseerd of thans worden geliberaliseerd.

37 — Zie beschikking 2006/900/EG van de Commissie van 20 oktober 2005 betreffende de staatssteun die door Finland is toegekend in de vorm van investeringssteun aan Componenta Oyj, PB 2006, L 353, blz. 36, punt 26 (de rol van de stad als overheidsinstantie mag niet worden vermengd met haar rol als commerciële mede-eigenaar van de onderneming), en beschikking 2008/719/EG van de Commissie van 30 april 2008 betreffende de staatssteun [maatregel C 56/06 (ex NN 77/06)] van Oostenrijk voor de privatisering van Bank Burgenland (PB L 239, blz. 32-54): de Commissie verwierp een door Oostenrijk gebezigd argument en wees erop dat verplichtingen op grond van het publiekrecht niet mogen worden verstrengeld met de beoordeling van het handelen van de staat in zijn hoedanigheid van investeerder, maar voegde toe dat de situatie anders zou zijn geweest indien de staat een zelfde soort garantie had verstrekt *door middel van een privaatrechtelijke garantieovereenkomst*.

38 — Arresten van 10 juli 1986, België/Commissie, respectievelijk zaak 234/84 (Jurispr. blz. 2263) en zaak 40/85 (Jurispr. blz. 2321).

39 — Arrest van 14 november 1984, Intermills/Commissie (323/82, Jurispr. blz. 3809; zie blz. 3842).

40 — Zie Khan, N., en Borchart, K.-D., *The private market investor principle: reality check or distorting mirror?, EC State aid law — Le droit des aides d'Etat dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*; Kluwer, 2008, blz. 115.

41 — Acta iure gestionis, voor zover met de betrokken maatregelen de „normalisatie” van de boekhouding van een onderneming werd beoogd, in casu de balans van EDF (zie hierboven, punt 6), en acta iure imperii, omdat de herstructurering van de balans van EDF door de Franse autoriteiten was „besloten en megedeeld aan EDF” op basis van een daartoe aangenomen wet (zie hierboven, punt 6-8).

93. In het bijzonder gaat de opvatting van het Gerecht in het bestreden arrest in tegen het door het Unierecht voorgeschreven transparantievereiste. Zo heeft het Hof bijvoorbeeld vastgesteld dat „een stelsel van onvervalste mededinging, zoals geregeld in het Verdrag, slechts kan worden gegarandeerd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden ondernemers”. Het Hof heeft hieraan de conclusie verbonden dat „*ter verzekering van de daadwerkelijke mededinging en de transparantie vereist is, dat de formele vastlegging van de technische specificaties, de controle op de toepassing ervan en de goedkeuring worden uitgevoerd door een eenheid die onafhankelijk is van de openbare of particuliere bedrijven die concurrerende goederen of diensten op telecommunicatiegebied aanbieden*”.<sup>42</sup> Het staat voor mij vast dat transparantie ook in het staatssteunrecht van de Unie een uiterst belangrijke rol moet spelen.

94. Ik verwijs in dit verband naar het arrest Altmark<sup>43</sup>. Indien de in dat arrest bevestigde beginselen worden toegepast, is de situatie zo, dat compensatie voor openbare dienstverplichtingen alleen dan geen staatssteun vormt, wanneer de belanghebbende onderneming met name daadwerkelijk belast is met de uitvoering van openbare dienstverplichtingen en de verplichtingen „duidelijk omschreven” zijn. Bovendien moeten „de parameters op basis waarvan de compensatie zal worden berekend, *vooraf op objectieve en doorzichtige wijze worden vastgesteld*” (cursivering van mij). In het kader van de vierde voorwaarde die in het arrest Altmark is gesteld, is het voorts van belang dat de selectie van de met de openbare dienstverplichtingen te belasten onderneming aan de hand van een openbare aanbesteding geschiedt.

95. Het is voor mij duidelijk dat het bestreden arrest in feite strijdig is met bepaalde aspecten van de Altmark-rechtspraak. In het arrest Altmark heeft het Hof via een normatieve aanpak getracht elke mogelijkheid van manipulatie door de lidstaten uit te sluiten (zie in dit verband ook hierboven punt 71) en transparantie en duidelijkheid in de activiteiten van de lidstaten op de markt te brengen.

96. Zoals ik het zie, is in deze zaak dezelfde benadering geboden. De Commissie heeft dan ook terecht in de litigieuze beschikking een principiële koers aangehouden, in de zin dat er een zichtbaar onderscheid moet zijn tussen de rol van de staat als overheid en de rol van de staat als aandeelhouder. Het criterium van de particuliere investeerder is pas van toepassing wanneer er sprake is van gelijke voorwaarden voor de verschillende marktdeelnemers, en belastinggelijkheid. We mogen niet uit het oog verliezen dat de ratio van het beginsel van de particuliere investeerder er juist in is gelegen discriminatie tussen overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen te voorkomen, teneinde de juiste toepassing van de Verdragsbepalingen inzake staatssteun te verzekeren. Zoals we hebben gezien, heeft echter het Gerecht in het bestreden arrest deze gelijkheid en daarmee ook de wezenlijke *raison d'être* van het beginsel van de particuliere investeerder, losgelaten.

97. Bijgevolg slaagt het eerste onderdeel van het tweede middel.

2. Het tweede onderdeel van het tweede middel: het Gerecht had moeten bezien of een particuliere marktdeelnemer zonder voorrechten zich had kunnen gedragen zoals de Franse Staat

98. De Commissie, Iberdrola en de Autoriteit verwijten het Gerecht in wezen dat het zijn onderzoek niet heeft gebaseerd op de vergelijking tussen, enerzijds, de wijze waarop een voorzichtige particuliere marktdeelnemer zonder voorrechten in soortgelijke omstandigheden zou zijn opgetreden, en anderzijds, de wijze waarop de Franse Republiek, met haar overheidsprerogatieven, in casu is opgetreden. EDF en de Franse regering stellen dat het tweede onderdeel van het tweede middel moet worden afgewezen.

42 — Cursivering van mij. Zie arrest van 9 november 1995, Tranchant (C-91/94, Jurispr. blz. I-3911, punt 18 en de daar aangehaalde rechtspraak).

43 — Aangehaald in voetnoot 17, punten 89, 90 en 93.

99. In tegenstelling tot de argumenten van EDF dat het Gerecht het feitelijke handelen van de overheid heeft beoordeeld, ben ik van mening dat de analyse van het Gerecht in werkelijkheid is gebaseerd op de handelwijze die de Franse Staat „had kunnen” volgen — indien hij anders had gehandeld. Het Gerecht heeft een onderzoek verricht van de handelwijze die de staat had kunnen volgen in het kader van het „lange plan”. Dit bestond erin eerst het kapitaal van EDF te verhogen met een nettobedrag na vennootschapsbelasting, vervolgens van EDF belasting te heffen over de wijziging van het nettoactief en haar, ten slotte, een aanvullende kapitaalinjectie te geven voor een bedrag gelijk aan de betaalde belasting.

100. De Commissie heeft gelijk wanneer zij in dit verband stelt dat bij het „lange plan” de overheidsbegroting, waarop een strenge controle wordt uitgeoefend, transparantie zou hebben verzekerd — terwijl het ontbreken daarvan nu juist de crux vormt van de onderhavige zaak. Bij het in casu daadwerkelijk toegepaste plan vielen de middelen onder geen enkele budgettaire discipline, is het beginsel van gelijke behandeling voor de belasting doorbroken en heeft EDF een bijzondere behandeling genoten zonder enige vorm van transparantie.

101. Zoals Iberdrola stelt, gaat het argument dat het geen verschil maakt of een belastbaar bedrag — op volstrekt niet-transparante wijze — rechtstreeks wordt geboekt onder het kapitaal van een overheidsbedrijf dan wel in de overheidsbegroting vloeit, zeer zeker niet op. Het is geenszins een uitgemaakte zaak dat de kapitaalinjectie waarmee het Gerecht de betrokken belastingvrijstelling op een lijn heeft gesteld, ook daadwerkelijk zou hebben plaatsgehad indien de Franse Staat eerst de belasting had geïnd om dit bedrag aan zijn begroting toe te voegen, en vervolgens bij wege van de toepasselijke procedures een bedrag ter hoogte van de geïnde belasting in EDF zou hebben geïnvesteerd.

102. Hoe het ook zij, uit de rechtspraak blijkt dat de kwalificatie van een maatregel als staatssteun niet afhankelijk is van de maatregelen die „hadden kunnen” worden vastgesteld. De kwalificatie is afhankelijk van de objectieve kenmerken van de maatregel die de lidstaat in feite heeft toegepast.<sup>44</sup>

103. In het arrest BNP Paribas en BNL/Commissie<sup>45</sup> heeft het Gerecht bovendien terecht geoordeeld dat „het niet aan de Commissie staat om bij de toetsing van een regeling aan de staatssteunregels de subjectieve keuzes te betrekken die de begunstigden van die regeling hadden kunnen maken bij gebreke van een dergelijke regeling, maar om de regeling te onderzoeken teneinde vast te stellen of zij objectief bezien een economisch voordeel inhoudt ten opzichte van de belastingbepalingen waar zij van afwijkt en die normaliter bij gebreke van die regeling van toepassing zouden zijn [...] Het feit dat de betrokken ondernemingen bij gebreke van de betreffende [...] regeling hun activa niet van de hand zouden hebben gedaan, is in de context van een dergelijke objectieve beoordeling irrelevant.”

104. Ik merk op dat de benadering van het Gerecht de Commissie in casu ertoe verplicht een „globale” beoordeling te verrichten, dat wil zeggen een beoordeling die enerzijds het verlies aan belastinginkomsten door de aan EDF verleende belastingvrijstelling omvat, en anderzijds de gestelde aanvullende kapitaalinjecties door de staat-aandeelhouder. Een dergelijke benadering veronderstelt dat de opbrengst van die heffing rechtstreeks dwingend voor de gestelde kapitaalinjectie werd bestemd. Het is nu evenwel duidelijk dat de belasting, zo die was geïnd, naar de algemene begroting van de staat zou zijn gevloeid, zonder een concrete bestemming.

105. Volgens vaste rechtspraak is een totaalbeoordeling van een heffing als methode voor de financiering van een maatregel alleen aan de orde wanneer deze onlosmakelijk met de steun is verbonden, hetgeen het geval is wanneer een bepaalde opbrengst specifiek wordt „bestemd” voor het gebruik in kwestie. Immers, „[o]m een heffing als een integrerend onderdeel van een steunmaatregel

44 — Arrest van 15 december 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Jurispr. blz. I-11137, punt 114).

45 — Arrest van 1 juli 2010 (T-335/08, Jurispr. blz. II-3323, punt 169).



te kunnen aanmerken, moet er krachtens de relevante nationale regeling een dwingend bestemmingsverband bestaan tussen de heffing en de steun, in die zin dat de opbrengst van de heffing noodzakelijkerwijs voor de financiering van de steun wordt bestemd en een rechtstreekse invloed heeft op de omvang ervan”.<sup>46</sup>

106. Wat vervolgens de vraag betreft of de vaststelling van de betrokken maatregel al dan niet een verstandige maatregel van de kant van de Franse Staat was, die is eenvoudigweg niet relevant. Dat is niet het doel van het criterium van de particuliere investeerder. Uit de rechtspraak blijkt dat het is bedoeld om de situatie van de publieke onderneming met die van een particuliere onderneming te vergelijken, en niet de kosten voor de staat bij twee verschillende transacties.

107. In dat verband verklaart het Gerecht in punt 262 van het bestreden arrest: „[d]e staat kan immers, net als iedere schuldeiser die eigenaar is van een vennootschap, afzien van een schuldvordering door deze voor hetzelfde bedrag om te zetten in kapitaal. Deze verrichting, waardoor de eigenaar van een vennootschap het kapitaal verhoogt door af te zien van een schuldvordering die hij op haar heeft, is een schuldvergelijking waartoe ook een verstandige particuliere investeerder onder normale marktvoorwaarden kan overgaan.” Het Hof heeft vervolgens ter terechtzitting de volgende vraag gesteld: gesteld dat een particuliere onderneming die reserves heeft gecreëerd voor de terugbetaling van een vordering in handen van haar enig aandeelhouder en deze laatste besluit af te zien van zijn vordering om aldus het kapitaal van de onderneming te vergroten, is die transactie dan belast op grond van artikel 38, lid 2, van de Franse Code général des impôts? De Commissie heeft daarop geantwoord dat vaststaat dat het bedrag van de kapitaalverhoging nooit hetzelfde zou zijn, omdat een particuliere ondernemer (die belasting zou moeten betalen en deze niet in kapitaal zou kunnen omzetten) het belastingbedrag nooit zou terugkrijgen, terwijl de Franse Staat hetzelfde bedrag opnieuw als kapitaal kon inbrengen.

108. Aan de ene kant van de vergelijking is het Gerecht derhalve uitgegaan van het gedrag dat de Franse Staat „aan de dag zou kunnen hebben leggen” — dat wil zeggen, het lange plan (en niet het feitelijk door de staat gevolgde gedrag) — terwijl het Gerecht aan de andere kant heeft verzuimd een mogelijk op de markt opererende particuliere marktdeelnemer als referentie te definiëren.

109. Het is evenwel vaste rechtspraak dat een kapitaalinjectie door de staat of overheidsinstanties niet als staatssteun kan worden aangemerkt, wanneer een onder normale marktvoorwaarden handelende particulier investeerder de investering zou hebben gedaan.<sup>47</sup> Daartoe dient te worden beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particuliere investeerder van een omvang die vergelijkbaar is met die van het betrokken publieke orgaan, een even grote kapitaalinjectie zou hebben gedaan.<sup>48</sup>

110. Uit het bovenstaande blijkt wel dat in het voorliggende geval een particuliere onderneming de gereserveerde fondsen niet in kapitaal had kunnen omzetten zonder eerst vennootschapsbelasting te betalen. De particuliere investeerder zou bijgevolg niet langer over dat belastbare bedrag hebben kunnen beschikken en derhalve ook niet over het zogezegd voor de aanvullende kapitaalinjectie gebruikte bedrag, dat de Franse Staat — met gebruikmaking van zijn voorrechten — heeft kunnen „investeren”.

111. Ik verwijs in dit verband naar het arrest van het Hof in de zaak Chronopost I<sup>49</sup>, waarin het Hof mijns inziens in wezen heeft gedaan wat ook in het voorliggende geval moet gebeuren. Het Hof heeft in dat arrest vastgesteld dat de situatie van La Poste niet met die van een particuliere investeerder kon worden vergeleken.

46 — Arrest van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a. (C-206/06, Jurispr. blz. I-5497, punten 89 en 90 en de daar aangehaalde rechtspraak).

47 — Zie onder andere arresten van 21 maart 1991, Italië/Commissie (C-303/88, Jurispr. blz. I-1433, punten 20-24; hierna: „arrest ENI-Lanerossi”); 21 maart 1991, Italië/Commissie (C-305/89, Jurispr. blz. I-1603, punten 19 en 20; hierna: „arrest Alfa Romeo”), en 8 mei 2003, Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, Jurispr. blz. I-4035, punt 38).

48 — Zie arrest Alfa Romeo, aangehaald in voetnoot 47, punt 19; arresten van 29 juni 2000, DSG/Commissie (T-234/95, Jurispr. blz. II-2603, punt 119), en 12 december 2000, Alitalia/Commissie (T-296/97, Jurispr. blz. II-3871, punt 96), en arrest Westdeutsche Landesbank, aangehaald in voetnoot 32, punt 245.

49 — Aangehaald in voetnoot 20.



112. Ook in die zaak hield het Gerecht vast aan de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, terwijl dat vervolgens door het Hof werd verworpen. Het deed dat, omdat La Poste zich in een zeer specifieke situatie bevond: La Poste moest een postnetwerk in stand houden voor het verrichten van diensten van algemeen economisch belang, en een particuliere investeerder — die niet in een gereserveerde sector actief is — zou zich nooit in een vergelijkbare situatie hebben bevonden.

113. Uit het arrest Chronopost I volgt derhalve dat wanneer een publieke marktdeelnemer zich in een positie bevindt waarin een particuliere marktdeelnemer zich per definitie niet kan bevinden, er niets te vergelijken valt. Het ging in de zaak Chronopost I om de vaststelling van de hoogte van de vergoeding voor een openbare dienst en niet direct om het criterium van de particuliere investeerder als zodanig. Het arrest is voor het voorliggende geval niettemin relevant en dient naar analogie te worden toegepast.

114. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht de rechtspraak onjuist heeft toegepast waar het in punt 278 van het bestreden arrest zijn bevindingen op punt 38 van het arrest Chronopost I baseert en vaststelt dat het feit dat „er geen particuliere referentie-investeerder was, niet [belet] dat de transactie in het licht van de ‚normale marktvoorwaarden‘ moest worden onderzocht, welke voorwaarden, die dan noodzakelijkerwijs hypothetisch zijn, moeten worden beoordeeld aan de hand van de beschikbare objectieve en controleerbare factoren”.

115. Ik wijs in dit verband op de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Chronopost I, die door het Hof werd gevolgd. In punt 47 verduidelijkt de advocaat-generaal dat „een particuliere onderneming die niet gehouden is om een met dat van La Poste vergelijkbaar openbaar postnetwerk te onderhouden om de levering van de universele postdienst te waarborgen [...] ‚onder normale marktvoorwaarden‘ niet over een dergelijk net zou beschikken en bijgevolg geen logistieke bijstand als de onderhavige aan een dochteronderneming zou kunnen verlenen. Door van de Commissie te verlangen, de tegenprestatie te ramen die voor een dergelijke bijstand zou worden gevraagd door een denkbeeldige particuliere holding [...] welke niet gehouden is om een universele postdienst te onderhouden en derhalve geen monopoliepositie inneemt, heeft het Gerecht artikel 87 EG onjuist uitgelegd, aangezien het bij het onderzoek naar het bestaan van staatssteun, als referentiepunt een particuliere ondernemer heeft genomen, die in werkelijkheid ‚onder normale marktvoorwaarden‘ helemaal niet zou bestaan.” Hij concludeert in punt 45 dat „het Gerecht [...] van de Commissie een toetsing [verwacht] die duidelijk onrealistisch is, en derhalve ongeschikt om in een soortgelijke samenhang vast te stellen of er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 87 EG”.

116. Het is duidelijk dat het criterium van de particuliere investeerder in de zaak Chronopost I geen rol speelde. Het Hof was het eens met die analyse, en dat is precies waarom het concludeerde dat het Gerecht het bij het verkeerde eind had en de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in een dergelijk geval afwees. Het Hof verklaarde in punt 33 van dat arrest dat de „beoordeling [van het Gerecht, gebaseerd op de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder], die voorbijgaat aan de omstandigheid dat de situatie waarin La Poste verkeert grondig verschilt van die van een particuliere onderneming die onder normale marktvoorwaarden werkzaam is, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting”.

117. En dat is waarom de benadering van het Hof in die zaak in zekere zin hetzelfde probleem betreft als waar het in deze hogere voorziening in essentie om gaat: de noodzaak om situaties waarin er geen echte particuliere marktdeelnemer is waarmee het gedrag van de staat kan worden vergeleken, van de werkingssfeer van het beginsel van de particuliere investeerder uit te sluiten.

118. Om die reden kan het in het bestreden arrest gehanteerde criterium geen stand houden, voor zover het is gebaseerd op een opeenstapeling van ficties met betrekking tot het daadwerkelijke gedrag van de staat en de normale particuliere investeerder. Beide elementen van de vergelijking — het gedrag van de staat enerzijds, en het gedrag van de particuliere investeerder anderzijds — zijn zodanig gewijzigd dat het niet langer gaat om een vergelijking van het feitelijke gedrag van de staat met dat van een echte particuliere marktdeelnemer in de markteconomie.

119. Het criterium van de particuliere investeerder zoals dat door het Gerecht is opgevat, is daardoor zinloos geworden. Volgens de invulling die het Gerecht aan het criterium heeft gegeven, worden de „normale” marktomstandigheden niet meer beoordeeld op basis van reële elementen, die kenmerkend zouden zijn voor een particuliere referentie-investeerder, een normale investeerder op de markt (die het Gerecht niet heeft gedefinieerd), en worden zij evenmin beoordeeld in het licht van de voor de kapitaalverschaffing gebruikte middelen, maar op basis van zuiver hypothetische overwegingen. Het criterium van de particuliere investeerder verlangt daarentegen ontegenzeggelijk een onderzoek naar de vraag of een particuliere investeerder de betrokken investering onder dezelfde omstandigheden zou hebben gedaan. Zoals de Commissie opmerkt, kunnen verschillende investeringen verschillende kosten en verschillende winstvooruitzichten impliceren.

120. Volgens punt 249 van het bestreden arrest, ten slotte, behoorde „[d]e Commissie [...] na te gaan of een particuliere investeerder in vergelijkbare omstandigheden een investering van vergelijkbare omvang zou hebben gedaan, onafhankelijk van de door de staat gekozen vorm ter verhoging van het kapitaal van EDF en van het eventuele gebruik van belastingmiddelen daartoe, en zodoende de economische beweegredenen van deze investering te bepalen om deze te vergelijken met het gedrag dat een particuliere investeerder ten aanzien van diezelfde onderneming in dezelfde omstandigheden aan de dag zou hebben gelegd”.

121. In navolging van het Gerecht betoogt EDF in wezen dat alle gedragingen van de staat moeten worden gezien vanuit het oogpunt van de winstgevendheid.<sup>50</sup>

122. Indien echter, zoals Iberdrola heeft opgemerkt, uitsluitend de economische beweegredenen voor de investeringen van de staat van belang zouden zijn, zouden overheidsbedrijven louter op basis van de status van hun eigenaar voordelen kunnen genieten, nu de positie van de staat als investeerder wezenlijk verschilt van die van de particuliere investeerder. Aldus zouden overheidsbedrijven zelfs volledig van belasting kunnen worden vrijgesteld.

123. Het Gerecht heeft in het arrest Westdeutsche Landesbank<sup>51</sup> terecht gesteld dat het in het kader van de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder niet volstaat het rendement dat de deelstaat door de litigieuze transactie verkrijgt, te vergelijken met het rendement dat hij vóór deze transactie voor het vermogen van de Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen verkreeg, aangezien voor dat vermogen niet de logica van een particuliere investeerder geldt. Het rendement dat de deelstaat dankzij de litigieuze transactie verkreeg, moest worden vergeleken met het rendement dat een fictieve particuliere investeerder die zich voor zover mogelijk in dezelfde situatie als de deelstaat bevindt, voor deze transactie zou hebben verlangd.<sup>52</sup> Het feit dat de litigieuze transactie redelijk is voor de deelstaat, betekent niet dat hij ontsnapt aan de toepassing van de staatssteunregels van de Unie. Dit feit verhindert niet dat moet worden gezien of deze transactie de positie van Westdeutsche Landesbank versterkte door haar een voordeel te geven dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.

124. Zou de benadering van het Gerecht worden gevolgd, dan zouden de lidstaten kunnen handelen op basis van een globale berekening van de economische rationaliteit en zouden zij in de context daarvan gebruik kunnen maken van overheidsprerogatieven. In het voorliggende geval, bijvoorbeeld, zou de Franse Republiek haar fiscale bevoegdheden ten gunste van EDF kunnen uitoefenen indien de transactie — in haar geheel gezien — zou kunnen worden neergezet als rationeel gedrag voor een marktdeelnemer die met winstoogmerk handelt.

50 — EDF verwijst naar het arrest België/Commissie, 234/84, aangehaald in voetnoot 38, punt 14, en het arrest Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie, aangehaald in voetnoot 47, punt 38.

51 — Aangehaald in voetnoot 32, punt 313-315.

52 — Zie in die zin het arrest DM Transport, aangehaald in voetnoot 35, punt 25.

125. Een dergelijke globale rationaliteitsberekening is evenwel door het Hof juist bekritiseerd in de arresten Hytasa en Gröditzter<sup>53</sup>. Zoals Iberdrola heeft opgemerkt, ging het in die zaken om de mogelijkheid voor Duitsland en Spanje om een beroep te doen op de rationaliteit van de betrokken maatregelen (in wezen kapitaalverhogingen), gelet op de op hen als overheidsinstanties rustende verplichtingen in het geval van liquidatie van de begunstigde ondernemingen, verplichtingen met betrekking tot, bijvoorbeeld, de betaling van bepaalde werkloosheidsuitkeringen. Het Hof bekritiseerde die globale rationaliteitsberekening vanwege de daarbij spelende overheidshandelingen. Het benadrukte de onverenigbaarheid tussen enerzijds de berekening van de rationaliteit die typisch is voor het beginsel van de particuliere investeerder, en anderzijds het in aanmerking nemen van voordelen en lasten die voortvloeien uit de typische overheidsbevoegdheden en -verplichtingen.

126. Anders dan in de punten 256 en volgende van het bestreden arrest en door EDF is gesteld, doet de omstandigheid dat het in de arresten Hytasa en Gröditzter enkel ging om „verplichtingen” van de staat, en niet — zoals hier — om de bevoegdheden die de staat te eigen gunste heeft, niet af aan het feit dat de verplichtingen — maar ook de rechten — die de staat als openbare macht kan hebben nimmer mogen worden gezien tezamen met die welke de staat heeft als investeerder.

127. Zoals blijkt uit punt 258 van het bestreden arrest kan het Gerecht een dergelijke fout alleen maken door, zoals gezegd, de aangegeven doelstelling van de betrokken maatregel te laten prevaleren boven de onherroepelijke exclusiviteit van de rechten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering daarvan. Noch in het arrest Hytasa noch in het arrest Gröditzter heeft het Hof evenwel acht geslagen op de door de twee lidstaten aangevoerde doelstellingen van algemene winstgevendheid, aangezien het de relevantie daarvan voor de logica van een investeerder heeft verworpen: de aard van de maatregelen was op zich al voldoende om ze van de door de lidstaten aangevoerde berekening van de rationaliteit uit te sluiten.

128. Ten slotte, zoals de Commissie heeft opgemerkt, is de benadering van het Gerecht met name ongerijmd omdat zij plaatsvindt in de context van de liberalisering van de betrokken markt. Aangezien de belastingvrijstelling voor het betrokken overheidsbedrijf een aanzienlijk voordeel vertegenwoordigt, is het duidelijk dat een dergelijke maatregel zijn machtspositie veeleer bestendigt — in weerwil van de liberalisering van de markt.

129. Uit het bovenstaande volgt derhalve dat het tweede onderdeel van het tweede middel doel treft.

### 3. Derde onderdeel van het tweede middel: het beginsel van gelijke behandeling

130. De Commissie en Iberdrola stellen in wezen dat het bestreden arrest inbreuk maakt op het beginsel van gelijke behandeling van overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen, en aldus een gunstigere fiscale behandeling van de staat, met inbegrip van de ondernemingen waarvan de staat niet de enige aandeelhouder is, mogelijk heeft gemaakt. EDF en de Franse regering stellen dat het derde onderdeel van het tweede middel moet worden afgewezen.

131. Ik herinner eraan dat het beginsel van de particuliere investeerder teruggaat op het beginsel van gelijke behandeling, zodat het Gerecht, zoals de Commissie heeft opgemerkt, door toe te staan dat de staat belastingvrijstellingen verleent aan ondernemingen waarvan hij de volledige eigendom in handen heeft — zo lang hun winstgevendheid voldoende is — die ondernemingen in feite een belastingvoordeel gunt.

53 — Respectievelijk aangehaald in voetnoot 27, punt 22, en voetnoot 28, punt 134.

132. Mijns inziens is dat in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en niet verenigbaar met de doelstelling van het beginsel van de particuliere investeerder. Het is evident dat het criterium zoals opgevat door het Gerecht onvermijdelijk tot een ernstige verstoring van de mededinging tussen overheidsbedrijven en particuliere ondernemingen leidt, en bijgevolg is de eis dat het gebruikte instrument ook toegankelijk is voor de particuliere investeerder niet louter ornamenteel: dit punt raakt juist de kern van het beginsel van de particuliere investeerder. Ik meen daarom dat de invulling die het Gerecht aan het criterium heeft gegeven, niet verenigbaar is met artikel 295 EG juncto artikel 87 EG. Die toepassing van het criterium ondermijnt met name de logica die inherent is aan het in artikel 295 EG neergelegde neutraliteitsbeginsel.<sup>54</sup>

133. Volgens het Gerecht moeten immers, daar de aard van de vordering niet van belang is, alle financiële voordelen die de staat via de uitoefening van zijn overheidsbevoegdheden toekent, aan dat beginsel worden getoetst — een opvatting die een middel zou worden om maatregelen die niet door een particuliere investeerder kunnen worden genomen, van het begrip staatssteun uit te sluiten.

134. Zoals Iberdrola heeft opgemerkt, belichaamt het beginsel dat de activiteiten van de staat als aandeelhouder strikt gescheiden moeten blijven van activiteiten die de staat onderneemt als overheid, in wezen dezelfde grondgedachte als die welke het Hof heeft geleid tot de vaststelling dat het feit dat een onderneming met een machtspositie tegelijkertijd handelt als houder van bijzondere rechten en als marktdeelnemer, het risico van een belangenconflict doet ontstaan in strijd met de artikelen 82 EG en 86 EG. Een stelsel van onvervalste mededinging, zoals dat waarin het Verdrag voorziet, kan immers slechts worden gewaarborgd indien wordt gezorgd voor gelijke kansen voor de onderscheiden marktdeelnemers.<sup>55</sup> Het Hof heeft eveneens bepaald dat een overheidsmaatregel in strijd is met de artikelen 86, lid 1, EG en 82 EG, indien deze leidt tot ongelijkheid van kansen tussen de marktdeelnemers, dus tot een vervalste mededinging.<sup>56</sup> Ik meen derhalve dat het beginsel van de particuliere investeerder niet toestaat dat overheidsbedrijven activiteiten verrichten onder omstandigheden die gunstiger zijn dan die voor particuliere ondernemingen, of dat zij activiteiten verrichten die particuliere ondernemingen nooit zouden kunnen verrichten. We mogen namelijk niet vergeten dat de staat in het voorliggende geval ook een handelwijze had kunnen volgen die vergelijkbaar is met die van een particuliere investeerder (zie hierboven, punt 77).

135. Zoals duidelijk uit het bovenstaande blijkt, ben ik van mening dat het beginsel van de particuliere investeerder niet van toepassing is in het geval van een belastingvrijstelling.

136. Tot slot, hoewel het Gerecht op het eerste gezicht de portee van zijn arrest lijkt te willen beperken tot het geval van een onderneming waarvan de staat de enige aandeelhouder is, vallen volgens mij de redenen voor die beperking niet te distilleren uit de redenering die aan het arrest ten grondslag ligt. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, is de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder zelfs nog passender wanneer er behalve de staat ook particuliere aandeelhouders zijn, omdat in dat geval het gedrag van de andere aandeelhouders veelal zal kunnen dienen als valide referentiepunt.

137. Bijgevolg slaagt het derde onderdeel van het tweede middel.

4. Het vierde onderdeel van het tweede middel: de bewijslast

138. De Commissie, Iberdrola en de Autoriteit stellen dat het Gerecht de regels inzake de bewijslastverdeling heeft geschonden met betrekking tot de toepasselijkheid van het beginsel van de particuliere investeerder. Volgens EDF en de Franse regering dient het vierde onderdeel van het tweede middel te worden afgewezen.

54 — Zie arrest van 6 juli 1982, Frankrijk e.a./Commissie (188/80-190/80, Jurispr. blz. 2545, punt 21), en arrest Westdeutsche Landesbank, aangehaald in voetnoot 32, punten 192-194.

55 — Zie arrest van 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, Jurispr. blz. I-4863, punten 48 e.v. en punt 51).

56 — Zie arrest van 22 mei 2003, Connect Austria (C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 84).



139. Om te beginnen merk ik op dat het Gerecht in de punten 248, 249 en 250 van het bestreden arrest aangeeft dat het aan de Commissie is te bewijzen dat de betrokken transactie voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder. In punt 278 verwijt het Gerecht de Commissie zelfs dat zij „niet heeft aangetoond dat er geen particuliere referentie-investeerder was om in casu de publieke investeerder mee te vergelijken”. Hoewel ik het met EDF eens ben dat de Commissie een zorgvuldig en onpartijdig onderzoek van het dossier moet verrichten, betekent dit zeer zeker niet dat de Commissie een belastingvrijstelling in het licht van het beginsel van de particuliere investeerder moet beoordelen enkel en alleen omdat de lidstaat 18 maanden na de aanvang van het onderzoek naar dat beginsel heeft „verwezen”. Het is hier zeker niet zo dat het beginsel van de particuliere investeerder kan afhangen van de medewerking van de lidstaat.

140. De Commissie moet inderdaad aantonen dat de door de staat verleende financiële steun objectief voldoet aan alle voorwaarden om als staatssteun te kunnen worden aangemerkt. Maar, wanneer de Commissie dat eenmaal heeft gedaan, is het aan de staat om te bewijzen dat hij zich op dezelfde wijze heeft gedragen als een rationele particuliere investeerder. Zoals de Autoriteit heeft gesteld, dient de toepassing van het beginsel van de particuliere investeerder om de vaststelling te weerleggen dat het bij de toegekende steun om een steunmaatregel gaat. Het staat derhalve aan de betrokken staat om tegenbewijs te leveren.

141. In het arrest *Freistaat Thüringen/Commissie*<sup>57</sup> heeft het Gerecht terecht in wezen vastgesteld dat op het moment dat aan alle voorwaarden voor het bestaan van staatssteun is voldaan, de lidstaten gegevens moeten „[aanvoeren] ten bewijze dat de toegekende steun beantwoordde aan de handelwijze van een particuliere investeerder in een markteconomie”.

142. Het is per slot van rekening niet meer dan logisch dat de lidstaat die een beroep doet op dit argument, bewijst dat aan de voorwaarden van het criterium van de particuliere investeerder is voldaan. Het is voorts evident dat de lidstaat en de begunstigde onderneming de enige partijen zijn die beschikken over de economische en administratieve gegevens waaruit de kwaliteit en de kenmerken van een bepaalde investering blijken.

143. In ieder geval is dit a fortiori het geval indien het gedrag dat volgens de lidstaat voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder, in beginsel de uitoefening van overheidsbevoegdheden lijkt te zijn.

144. Blijkens de stukken hebben de Franse autoriteiten tijdens de administratieve procedure geen geldig en specifiek bewijs overgelegd ter onderbouwing van hun stelling dat de Franse Staat als een rationele particuliere investeerder handelde. De Franse autoriteiten hebben slechts gesteld dat de kapitaalinjectie gerechtvaardigd was op grond van winstverwachtingen, maar geen ondersteunend bewijs geleverd. Anders dan EDF betoogt, hoefde de Commissie derhalve, gelet op de omstandigheden van dit geval en gezien het feit dat de Franse autoriteiten geen enkel specifiek bewijs hebben geleverd ondanks dat de bewijslast op de lidstaat rustte, niet het criterium van de particuliere investeerder toe te passen, in het bijzonder niet in de omstandigheden van het onderhavige geval, waarin de staat zijn overheidsbevoegdheden heeft uitgeoefend.

145. Het Gerecht heeft dan ook het recht geschonden door de regels inzake de bewijslastverdeling niet te respecteren.

146. Zoals de Autoriteit heeft opgemerkt, plaatst de omkering van de bewijslast door het Gerecht de Commissie in een lastig parket. De Commissie kan doorgaans niet van de exacte omstandigheden van de aan een onderneming verleende steun op de hoogte zijn, tenzij zij daarover door de betrokken staat

<sup>57</sup> — Arrest van 19 oktober 2005 (T-318/00, Jurispr. blz. II-4179, punt 180).



wordt geïnformeerd. Het is de staat die alle relevante argumenten — en in het bijzonder de feiten die daaraan ten grondslag liggen en het bewijs — moet overleggen. Indien de Commissie niet over alle noodzakelijke feiten beschikt, moet zij een beslissing kunnen nemen op basis van de gegevens die zij wel tot haar beschikking heeft.

147. Ik ben het bovendien met de Commissie eens dat uit het ontbreken van bewijs dat de betrokken belastingvrijstelling had moeten worden aangemerkt als een investering waarvan de staat de winstvooruitzichten heeft geëvalueerd voordat hij zichzelf ertoe verbond, zoals een particuliere investeerder dat zou hebben gedaan, een andere onjuistheid blijkt.

148. Het Hof heeft immers in het arrest *Commissie/Scott*<sup>58</sup> bepaald dat „de wettigheid van een beschikking inzake staatssteun door de Unierechter [moet] worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beschikking gaf”.

149. Op het moment dat zij in het onderhavige geval de bestreden beschikking gaf, beschikte de Commissie niet over bewijs waaruit bleek dat het criterium van de particuliere investeerder relevant was, of dat aan dat criterium was voldaan. Het verwijt aan het adres van de Commissie dat zij de belastingvrijstelling niet heeft beoordeeld in het licht van het criterium van de particuliere investeerder, komt derhalve neer op een verwijt dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met gegevens waarover zij niet beschikte.

150. Ik merk tot slot op dat de Franse autoriteiten gedurende de administratieve procedure geen objectief bewijs hebben verschaft voor hun stelling dat het criterium van de particuliere investeerder van toepassing was. Zij hebben geen rapport, deskundigenonderzoek of intern onderzoek overgelegd om aan te tonen dat een beoordeling van de winstgevendheid had plaatsgevonden. Zelfs toen het Gerecht om de overlegging van een dergelijk rapport verzocht, is vervolgens een rapport overgelegd dat a posteriori was opgesteld. Met andere woorden, de Franse autoriteiten beschikten niet over een rapport dat dateerde van de datum van de gestelde investering. Het lijkt er dan ook op dat de Franse Staat blijkbaar 888,89 miljoen EUR in een onderneming heeft geïnvesteerd zonder dat vooraf een beoordeling heeft plaatsgevonden of een ondernemingsplan is opgesteld. Niettemin zou dat gedrag volgens de Franse Staat vergeleken moeten worden met dat van een bedachtzame particuliere investeerder in een markteconomie.

151. Het vierde onderdeel van het tweede middel slaagt derhalve eveneens en daarmee het tweede middel in zijn geheel.

## 5. Gevolgen van de vernietiging

152. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.

153. In het voorliggende geval heeft het Gerecht niet alle door EDF aangevoerde middelen beoordeeld, zodat de zaak moeten worden verwezen naar het Gerecht voor hernieuwde beslissing, en de beslissing over de kosten moet worden aangehouden.

154. Desalniettemin kan het Hof de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Naar mijn mening beschikt het Hof thans over alle noodzakelijke gegevens om uitspraak te doen over de gegrondheid van het derde onderdeel van het tweede middel dat EDF in eerste aanleg heeft aangevoerd. EDF heeft daarin in wezen gesteld dat de betrokken maatregelen als een kapitaalinjectie hadden moeten worden gekwalificeerd en hadden moeten worden beoordeeld in de context van

58 — Arrest van 2 september 2010 (C-290/07 P, Jurispr. blz. I-7763, punt 91 en de daar aangehaalde rechtspraak).

verduidelijking van de financiële verhouding tussen de staat en EDF, en aldus betoogd dat de staat als een bedachtzame particuliere investeerder in een markteconomie heeft gehandeld. Zoals uit het voorgaande in deze conclusie duidelijk is geworden, dient dat derde onderdeel van het tweede middel evenwel te worden afgewezen.

## V – Conclusie

155. Gelet op het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging:

- Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie (Derde kamer) van 15 december 2009 in zaak T-156/04, EDF/Commissie, te vernietigen voor zover daarbij de artikelen 3 en 4 van de op 16 december 2003 vastgestelde beschikking van de Commissie betreffende de aan EDF en de elektriciteits- en gasindustrie toegekende steunmaatregelen (C 68/2002, N 504/2003 en C 25/2003) nietig zijn verklaard;
- de zaak te verwijzen naar het Gerecht voor hernieuwde beslissing;
- de beslissing over de kosten in hogere voorziening aan te houden.