



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JÁN MAZÁK
föredraget den 20 oktober 2011¹

Mål C-124/10 P

**Europeiska kommissionen
mot**

Électricité de France (EDF) m.fl.

”Överklagande — Statligt stöd — Selektiv skattebefrielse kopplad till en ökning av aktiekapitalet vid rekapitalisering av ett företag — Principen om en privat investerare i en marknadsekonomi — Statens agerande som aktieägare och staten som myndighetsutövare”

1. Kommissionen har yrkat att domstolen ska upphäva den dom,² genom vilken tribunalen ogiltigförklarade artiklarna 3 och 4 i kommissionens beslut om stödåtgärder till förmån för EDF samt el- och gasindustrin.³ Detta överklagande är av särskild betydelse för EU:s lagstiftning om statligt stöd. Det väcker en principiell fråga som avser räckvidden (tillämpligheten) av en central grundsats i EU:s lagstiftning om statligt stöd – nämligen principen om en privat investerare i en marknadsekonomi – i ett fall där staten har använt sig av sina rättigheter som myndighetsutövare. I huvudsak utgör principen om en privat investerare i en marknadsekonomi (eller kriteriet om en privat investerare) ett logiskt uttryck för principen om likabehandling av offentliga och privata företag, vilken följer av artiklarna 86 EG och 295 EG.

I – Tillämpliga bestämmelser

2. I artikel 38.2 i Frankrikes allmänna skattelag föreskrivs följande: ”Nettoöverskott är skillnaden mellan värdet av nettotillgångarna vid slutet och i början av den period för vilken överskottet utgör den beskattningsbara inkomsten, med avdrag för ytterligare tillskott och med tillägg för innehavarens eller bolagsmännens uttag under denna period. Med nettotillgångar menas det belopp med vilket tillgångarna överstiger den del av de sammanlagda skulder som utgörs av skulder till tredje man, avskrivningar och styrkta reserver.”

3. Enligt artikel 4.I respektive 4.II i lag nr 97-1026⁴ ska anläggningarna i högspänningsnätet anses utgöra EDF:s egendom efter det att bolaget har beviljats koncession för detta elkraftnät, och vid tillämpningen av bestämmelserna i punkt I ska motvärdet på skuldsidan i EDF:s balansräkning den 1 januari 1997 för tillgångar i högspänningsnätet som omfattas av koncessionsavtalet tas upp i posten ”Kapitaltillskott”, efter justering för skillnader i motsvarande omvärderingar.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 15 december 2009 i mål T-156/04, EDF mot kommissionen (REU 2009, s. II-4503) (nedan kallad den överklagade domen).

3 — Beslut (K 68/2002, N 504/2003 och K 25/2003) av den 16 december 2003 (nedan kallat det omtvistade beslutet).

4 — Lag nr 97-1026 av den 10 november 1997 om brådskande åtgärder av skattetekniskt och finansiellt slag (JORF av den 11 november 1997, s. 16387).

II – Bakgrund till tvisten

4. Bakgrunden, det administrativa förfarandet och det omtvistade beslutet anges i detalj i punkterna 9–51 i den överklagade domen. Jag ska begränsa mig till de viktigaste punkterna. EDF producerar, överför och distribuerar el. Vid den i målet relevanta tidpunkten var EDF helägt av staten. Bolaget inrättades genom en lag om förstatligande av el- och gassektorn och i denna lag fastställdes att de förstatligade koncessionerna för el skulle överlåtas till EDF. De olika statligt beviljade koncessionerna för överföring av el slogs år 1958 samman till en enda koncession, det så kallade allmänna elkraftnätet (réseau d'alimentation général, RAG) (nedan kallat högspänningsnätet).

5. Tillämpningen på EDF av 1982 års allmänna kontoplan, som innehöll särskilda redovisningsregler för koncessioner, innebar att redovisningsmetoden för högspänningsnätet ändrades så att hänsyn togs till vissa rekommendationer som den nationella revisionsmyndigheten (Conseil national de la comptabilité, nedan kallad CNC) hade utfärdat. En egen kontoplan upprättades för EDF och godkändes genom interministeriell förordning. Högspänningsnätet togs upp på tillgångssidan i EDF:s balansräkning under posten "Materiella anläggningstillgångar i koncession". Särskilda bokföringsmässiga avsättningar för förnyelse av anläggningstillgångarna i koncession tillkom för att ge EDF möjlighet att återlämna dessa tillgångar i perfekt skick efter det att koncessionen löpt ut.

6. EDF:s utgifter för förnyelser togs i balansräkningen upp under posten "Motvärde för tillgångar i koncession" (även kallad "Koncessionsgivarens rättigheter"). Denna post utgjordes av en skuld som EDF hade gentemot den franska staten, vilken var knuten till ett gratis återlämnande av de tillgångar som hade ersatts när koncessionen löpte ut. I en rapport från år 1994 noterade Cour des Comptes (den franska revisionsrätten) att de skattelättnader som EDF hade åtnjutit genom de oriktiga bokföringsmässiga avsättningarna för förnyelsen av högspänningsnätet var rättsstridiga. Den franska staten gjorde därför en omstrukturering av EDF:s balansräkning. Enligt entreprenadavtalet mellan staten och EDF för åren 1997–2000, vilket undertecknades den 8 april 1997, skulle EDF:s redovisningsregler och dess finansiella förbindelser med staten standardiseras inför öppnandet av marknaden för el, i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, 1997, s. 20).

7. Innan lag nr 97-1026 antogs såg EDF:s balansräkning ut på följande sätt: i) På tillgångssidan fanns en post med rubriken "Materiella anläggningstillgångar i koncession" som uppgick till 285,7 miljarder FRF, varav cirka 90 miljarder FRF för högspänningsnätet. ii) På skuldsidan fanns en post med rubriken "Avsättningar", varunder cirka 38,5 miljarder FRF avsåg högspänningsnätet, samt en post med rubriken "Motvärde för tillgångar i koncession", under vilken utgifterna för de förnyelser som hade gjorts hade registrerats. Den posten uppgick till 145,2 miljarder FRF, varav 18,3 miljarder för högspänningsnätet.

8. I enlighet med artikel 4 i lag nr 97-1026 beslutades det hur den del av EDF:s balansräkning som avsåg långfristiga skulder och eget kapital skulle omstruktureras och EDF underrättades om detta den 22 december 1997, genom skrivelse från ekonomi-, finans- och industriministern, statssekreteraren för budgetfrågor och statssekreteraren för industrifrågor (se punkterna 25 och 26 nedan).

9. I samband med det administrativa förfarandet fattade kommissionen tre förenade beslut rörande EDF, vilka offentliggjordes den 16 november 2002 (EGT C 280, s. 8). Kommissionen inledde ett formellt granskningsförfarande enligt artikel 88.2 EG angående den fördel som följde av att EDF inte hade betalat bolagsskatt när det gäller en del av de skattebefriade bokföringsmässiga avsättningar som gjordes för att förnya högspänningsnätet. I artikel 3 i det omtvistade beslutet slås det fast att den omständigheten att EDF under år 1997 inte betalade bolagsskatt på en del av de skattefria bokföringsmässiga avsättningarna för förnyelse av det franska högspänningsnätet, motsvarande koncessionsgivarens rättigheter på 14,119 miljarder FRF som omklassificerades till kapitaltillskott, utgör ett statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden. Det anges att det aktuella stödet uppgår till 888,89 miljoner EUR. Enligt artikel 4 i det omtvistade beslutet skulle Frankrike återkräva stödet (jämt ränta) på 1,217 miljarder EUR, och denna summa återbetalades faktiskt till den franska staten.

III – Den överklagade domen

10. Till stöd för sin talan åberopade EDF huvudsakligen tre grunder. Tribunalen begränsade sin prövning till att avse den första grunden och den andra grundens tre första delar, och den slog fast att talan inte kunde vinna bifall såvitt avsåg den första grunden och den andra grundens två första delar. Tribunalen biföll talan såvitt avsåg den andra grundens tredje del och ogiltigförklarade artiklarna 3 och 4 i det omtvistade beslutet. Inom ramen för sistnämnda delgrund hade EDF i huvudsak hävdade att staten, genom att vidta den aktuella åtgärden, hade uppträtt som en försiktig privat investerare i en marknadsekonomi.

11. I punkterna 233–237 i den överklagade domen slog tribunalen huvudsakligen fast att den omständigheten att det statliga ingripandet antar formen av en lag inte är tillräcklig för att utesluta att statens ingripande i ett företags kapital har ett sådant ekonomiskt syfte som också en privat investerare kan ha. I punkterna 243–245 slog tribunalen i huvudsak fast att bestämmelserna i artikel 4 i lag nr 97-1026 inte är skattebestämmelser i sig utan redovisningsbestämmelser som får skattemässiga konsekvenser. I punkterna 247–250 slog tribunalen huvudsakligen fast, med hänsyn till det eftersträvade syftet, att enbart den skattemässiga naturen hos den franska statens fordran på EDF och enbart den omständigheten att staten har kunnat använda lagen som instrument inte innebär att kommissionen är berättigad att avstå från att tillämpa principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

12. I punkterna 251 och 252 i den överklagade domen uttalade tribunalen att det inte kan uteslutas att den form som en investering antar leder till skillnader i fråga om kostnader för aktivering och avkastning av kapitalet, vilket kan leda till slutsatsen att en privat investerare inte skulle ha gjort en sådan investering under jämförbara förhållanden. Detta förutsätter dock att det görs en ekonomisk bedömning i samband med tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, vilket kommissionen medvetet underlät att göra. I punkt 253 drog tribunalen slutsatsen att kommissionen inte enbart kunde undersöka de skattemässiga konsekvenserna av de bestämmelser som Republiken Frankrike hade antagit utan att samtidigt undersöka om det fanns grund för argumentet om att förfarandet uppfyllde principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, och efter slutförd undersökning eventuellt avfärda det.

IV – Bedömning

13. Kommissionen har åberopat följande två grunder till stöd för överklagandet: i) Tribunalen feltolkade och missuppfattade de faktiska omständigheterna i målet, och ii) tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den bedömde tillämpningsområdet för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Det är inte nödvändigt att i detalj återge samtliga parter argument i ett separat avsnitt. För att underlätta läsningen av förslaget till avgörande ska jag i stället integrera dessa argument i min bedömning.

A – Den första grunden: Missuppfattning av de faktiska omständigheterna

14. Kommissionen, Iberdrola och Eftas övervakningsmyndighet (nedan kallad myndigheten) har huvudsakligen hävdade att Republiken Frankrike, i motsats till påståendena i den överklagade domen, faktiskt inte omvandlade en skattefordran till kapital, utan helt enkelt beviljade EDF stöd i form av en befrielse från bolagsskatt. EDF och den franska regeringen har hävdade att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den första grunden.

15. Först och främst har EDF hävdade att den första grunden ska avvisas, då den avser att domstolen ska ompröva tribunalens bedömning beträffande omstruktureringen av EDF:s balansräkning.

16. Vad beträffar den grund som avser missuppfattning av bevisning, vill jag påpeka att även om tribunalen är ensam behörig att bedöma värdet av den bevisning som har förebringats vid den,⁵ har domstolen likväl slagit fast att en sådan grund kan tas upp till sakprövning.⁶ I förevarande fall ska den invändning om rättegångshinder som EDF har framställt avslås. Det står klart att kommissionen inte bara vill få till stånd en omprövning av tribunalens bedömning av omstruktureringen av EDF:s balansräkning. Det framgår snarare av de yttranden och handlingar som har ingetts till domstolen att det finns en verklig risk för att tribunalen kan ha missuppfattat de faktiska omständigheterna i målet och gjort en felaktig kvalificering av dessa faktiska omständigheter.

17. Enligt fast rättspraxis kan en invändning avseende de faktiska omständigheterna och bedömningen av dessa i den överklagade domen tas upp till prövning då en klagande har gjort gällande att tribunalen gjort en bedömning som är materiellt oriktig, vilket följer av handlingarna i målet, eller att tribunalen missuppfattat bevisningen.⁷ Det står klart att det är tribunalens sak att göra bevisvärderingen och att denna inte kan prövas av domstolen, men så är inte fallet om tribunalen har missuppfattat bevisning genom att utläsa uppgifter som uppenbarligen inte framgår av denna – vilket enligt min mening är just fallet i förevarande mål.⁸ Missuppfattning av bevisning⁹ (*dénaturation*) föreligger när en domstol vid sakprövningen överskrider sin behörighet genom att tolka en klart och tydligt formulerad handling (såsom ett avtal, ett testamente, ett utlåtande, en dom eller en utländsk lag) på ett sätt som är oförenligt med ordalydelsen i handlingen.¹⁰

18. Av det ovan anförda följer att den första grunden kan tas upp till sakprövning.

19. Om vi övergår till prövningen i sak av den första grunden, framgår det att tribunalen faktiskt gjorde en felaktig kvalificering av de faktiska omständigheterna, särskilt i den mån som den slog fast att Republiken Frankrike hade omvandlat en skattefordran till kapital (se bland annat punkt 258 i den överklagade domen), eftersom staten i själva verket hade beviljat EDF en selektiv befrielse från bolagsskatt.¹¹

20. I motsats till de argument som EDF har anfört och såsom kommer att framkomma nedan, framgår det klart av handlingarna i målet att de faktiska omständigheterna missuppfattades, och följaktligen är det inte nödvändigt att domstolen gör en ny och detaljerad bedömning av de faktiska omständigheterna.

21. Den franska regeringen har försökt motivera tribunalens synsätt genom att vidhålla att omvandlingen av en skattefordran till kapital skedde som en del av omstruktureringen av EDF:s balansräkning, då ett av stegen i denna process är en rekapitalisering.

22. Det är ostridigt att en rekapitalisering av EDF pågick samtidigt, vilken i sig inte ansågs utgöra statligt stöd. Det är dock viktigt att framhålla att det var de *skattemässiga konsekvenserna* – vilka går att skilja från rekapitaliseringen – som betecknades som statligt stöd (se punkt 241 i den överklagade domen). Jag anser att den franska regeringens argument är verkningslöst, eftersom det enligt min mening är uppenbart att ett avstående från en skattefordran och fordrans omvandling till ett kapitaltillskott ska anses utgöra två skilda och på varandra följande transaktioner. Den franska regeringen tycks faktiskt medge detta i punkt 97 i sin svarsskrivelse.

5 — Dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 66.

6 — Se, bland annat, dom av den 2 mars 1994 i mål C-53/92 P, Hilti mot kommissionen (REG 1994, s. I-667), punkt 42.

7 — Se dom av den 15 juni 2000 i mål C-237/98 P, Dorsch Consult mot rådet och kommissionen (REG 2000, s. I-4549), punkterna 35 och 36.

8 — Se generaladvokaten Tesausos förslag till avgörande i mål C-362/95 P, Blackspur DIY m.fl. mot rådet och kommissionen (REG 1997, s. I-4775), punkt 32.

9 — Se även domen i målet Hilti mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkt 42.

10 — Se generaladvokaten Sharpstons förslag till avgörande i mål C-141/08 P, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware mot rådet (REG 2009, s. I-9147), punkt 72.

11 — Dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España (REG 1994, s. I-877), punkt 14. Se även dom av den 19 maj 1999 i mål C-6/97, Italien mot kommissionen (REG 1999, s. I-2981), punkt 16.

23. En genomgång av handlingarna i målet bekräftar att det uppenbart är omöjligt att hitta det skattepliktiga beloppet i någon av dessa handlingar. Det finns inget beskattningsbeslut, inget spår av en förfallen skattefordran och inget beslut om att överföra det skattepliktiga beloppet till EDF:s rekapitalisering. Om tribunalens tolkning av de handlingar och faktiska omständigheter som lades fram vid den tillämpades, skulle överföringen av det skattepliktiga beloppet helt enkelt följa av att det inte sägs något om detta i lag nr 97-1026 och/eller i skrivelsen av den 22 december 1997.

24. I punkt 242 i den överklagade domen uppger nämligen tribunalen att "samtliga parter är överens om att beloppet på 14,119 miljarder FRF borde ha beskattats, innan det togs upp under posten 'Kapitaltillskott'".

25. Det följer av punkterna 239–242 i den överklagade domen att samtliga åtgärder för att omstrukturera EDF:s balansräkning togs upp i företagets balansräkning, i det dubbla syftet att stärka företagets nettovärde och stabilisera de finansiella förbindelserna mellan staten och EDF på grunder som ligger nära de allmänna rättsreglerna (se punkt 31 i den överklagade domen).

26. I synnerhet ska följande saker noteras: i) Tillgångarna i form av högspänningsnätet, uppgående till 90,325 miljarder FRE, omklassificerades till "egna anläggningstillgångar", ii) de outnyttjade bokföringsmässiga avsättningarna för förnyelse av högspänningsnätet redovisades som balanserade vinstmedel och omklassificerades som balanserad förlust, och kontot blev på så sätt reviderat, och återstoden avsattes till reserver (det ska tilläggas att transaktionen beskattades), och iii) "koncessionsgivarens rättigheter" konterades direkt i posten kapitaltillskott med ett belopp på 14,119 miljarder FRF.

27. Det är dock viktigt att notera att omvandlingen av det skattepliktiga beloppet, med avseende på vilket EDF var befriat från skatt, till eget kapital överhuvudtaget inte togs upp i företagets redovisning.

28. Det ska påpekas att "[d]e franska myndigheterna erkänner själva att denna transaktion är olaglig. I ett meddelande av den 9 april 2002 från generaldirektoratet för skatter [vid franska ekonomi-, finans- och industriministeriet] till kommissionen uppger de franska myndigheterna att 'koncessionsgivarens rättigheter avseende högspänningsnätet utgör en obetald skuld som införlivandet i företagets egna kapital på ett omotiverat sätt har befriat från skatt' och att 'denna reserv innan den införlivades i företagets egna kapital skulle ha överförts [från] företagets skulder där den felaktigt återfanns på ett nettobalanskonto, vilket sålunda medförde en positiv förändring av nettotillgångarna som är beskattningsbar enligt artikel 38-2' i den allmänna skattelagen" (se skäl 89 i det omtvistade beslutet).

29. Trots det entydiga uttalandet av generaldirektoratet för skatter, togs inte någon skattefordran upp i vederbörlig ordning innan det belopp som "fordran" avsåg tillskötts som kapital.

30. I förevarande fall tycks det nämligen aldrig ha förelegat någon "fordran" och det fanns aldrig någon skuld att efterges. Som Iberdrola har påpekat skedde det inte någon omvandling av fordran till eget kapital och uppenbarligen fanns det inte heller någon önskan från myndigheternas sida att genomföra en sådan omvandling. Det förefaller till och med som om tribunalen grundade sig på den franska regeringens försök att i efterhand motivera sina åtgärder på grundval av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Enligt min mening kan inte sådana påståenden – särskilt som de har framställts när den berörda parten redan var förvarnad (*in tempore suspecto*) – retroaktivt förvandla en skattebefrielse till ett handlingssätt som kan anses som "jämförbart" med att en fordran omvandlas till eget kapital.

31. I punkt 282 i den överklagade domen medgav tribunalen att det aldrig förelåg någon fordran eller skuld som kunde efterges, genom att påpeka följande: "Innan lag nr 97-1026 antogs och EDF ansågs vara högspänningsnätets ägare fanns det ... ingen skyldighet att betala in skatt. Eftersom Republiken Frankrike hade avstått från att ta ut skatt, var denna inte längre en utestående fordran och kunde således inte ha funnits med i balansräkningen som en skuld som företaget hade."

32. Jag delar kommissionens uppfattning att om tribunalens återgivning av de faktiska omständigheterna godtogs, skulle det resultera i en ökning av kapitalet som är implicit och utan insyn, vilken har vidtagits utan lagstiftarens uttryckliga samtycke och mot skattemyndigheternas inrådan.

33. I det avseendet är punkt 243 i den överklagade domen av avgörande betydelse för tribunalens resonemang. I denna punkt tycks tribunalen använda sig av argumentet att artikel 4 i lag nr 97-1026 var avsedd att omstrukturera EDF:s balansräkning och öka företagets egna kapital för att dra slutsatsen att "[d]et rör sig således inte om skattebestämmelser i sig utan om redovisningsbestämmelser som får skattemässiga konsekvenser, vilket framgår av den skrivelse som ... skickade[s] till EDF den 22 december 1997".

34. Återstoden av tribunalens resonemang baserar sig nämligen på slutsatsen att den franska staten hade gjort en investering och i synnerhet att den hade "öka[t] [EDF:s] kapital genom att avstå från denna skattefordran" (se punkt 246 i den överklagade domen). En läsning av de relevanta avsnitten i den överklagade domen bekräftar att denna omständighet faktiskt är förklaringen till tribunalens resonemang och att den, enligt tribunalen, utgjorde den väsentliga fråga som måste avgöras för att ta ställning till den tredje delen av EDF:s andra grund.

35. Denna tankegång går faktiskt att skönja i hela domen. Den går att hitta mer eller mindre explicit i punkterna 248, 249, 250, 252, 253, 258 och 259. Vidare hänvisar tribunalen till de påstått eftersträlvade syftena i punkterna 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 och 259 i den överklagade domen.

36. Det står klart att tribunalen grundade sin bedömning på ordalydelsen i artikel 4 i lag nr 97-1026. I allt väsentligt grundar sig den franska regeringens och EDF:s hela resonemang i hög grad på ordalydelsen i denna bestämmelse. De har gjort gällande att det klart framgår av denna ordalydelse att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den fann att det bistånd som gavs år 1997 utgjorde ett kapitaltillskott. I motsats till dessa argument anser jag dock att ordalydelsen i artikel 4 i lag nr 97-1026 inte oundvikligen leder till slutsatsen att detta bistånd utgjorde ett kapitaltillskott. Vidare har den franska regeringen i sina yttranden inte styrkt att det med nödvändighet följer av de finansiella transaktionernas art att de utgör ett kapitaltillskott. Det framgår klart av det ovan anförda att den franska regeringens argument att det påstådda kapitaltillskottet skedde med "största möjliga öppenhet" (på grund av att det skedde genom en lag) inte heller kan godtas.

37. På sin höjd präglades dess form av öppenhet: dess innehåll präglades däremot inte alls av öppenhet.

38. Det är uppenbart att artikel 4 i lag nr 97-1026 endast anger de bokföringsmässiga följderna av de finansiella transaktioner som omfattas därav. Faktum kvarstår att artikeln inte anger de skattemässiga följderna eller konsekvenserna av de aktuella transaktionerna. EDF tycks faktiskt ha medgett detta i sin svarsskrivelse. Som kommissionen har påpekat antogs inte en föreslagen ändring av lagtexten under lagstiftningsförfarandet, på grund av att den syftade till att definiera redovisningsförfarandet för att omvandla de bokföringsmässiga avsättningarna avseende de aktuella anläggningarna till eget kapital.¹²

39. För det första räcker det att påpeka att det inte finns något i lag nr 97-1026 som tyder på att den franska staten genomförde en transaktion som i huvudsak bestod i att en skattefordran omvandlades till EDF:s eget kapital. För det andra framgår det av rapporten från Nationalförsamlingens finanskommitté, vilken utarbetades under behandlingen av lagtexten, att lagstiftaren inte tog ställning till skatteförfarandet för att omvandla de bokföringsmässiga avsättningarna avseende de elöverföringsanläggningar som omfattades av koncessionsavtalet för högspänningsnätet till eget kapital. Nog så viktigt är att rapporten bekräftar att lagen inte innehåller några uppgifter om de skattemässiga följderna av den bokföringsmässiga omklassificering som ska utföras enligt lagens bestämmelser.

12 — Se Migaud-rapporten, utförd på uppdrag av Nationalförsamlingens *Commission des finances, de l'économie générale et du plan* och bifogad kommissionens ansökan, s. 79–81, vari diskussionerna rörande De Courson-ändringen återges. Diskussionerna rörande denna ändring visar att kommitténs mest betydelsefulla ledamöter (i synnerhet kommitténs ordförande och huvudföredraganden) ansåg att den bestämmelse som skulle antas borde innebära att EDF skulle erlagga bolagsskatt på de avsättningsbelopp som omvandlades till kapital.

40. Vad beträffar skrivelsen av den 22 december 1997 från den franska regeringen till EDF, framgår det att de franska myndigheterna själva gjorde klar åtskillnad mellan de åtgärder som avsåg omstruktureringen av balansräkningen (se bilaga 1 till skrivelsen) och de skattemässiga följderna (se bilaga 3 till skrivelsen). Som kommissionen har påpekat visar bilaga 1 helt enkelt den direkta konteringen av koncessionsgivarens rättigheter i posten kapitaltillskott med ett belopp på 14,119 miljarder FRF, medan bilaga 3 undanröjer de skattemässiga följderna av denna åtgärd för EDF. Återigen finns det inte något i denna handling som tyder på att en skattefordran omvandlades till kapital.

41. Situationen är densamma i fråga om skrivelsen av den 9 april 2002 från de franska myndigheterna till kommissionen: återigen finns det inte något som tyder på att den franska staten omvandlade en skattefordran till kapital.

42. Det framgår av handlingarna i målet att det var sent under det administrativa förfarandet – inte förrän den 9 december 2002, 18 månader efter det att granskningen påbörjades – som de franska myndigheterna, i de yttranden som skickades till kommissionen, försökte att framställa den skattebefrielse som EDF hade beviljats som en transaktion ”jämförbar” med ett ”ytterligare kapitaltillskott”, och det är viktigt att påpeka att de franska myndigheterna i samband med detta inte ingav någon objektiv bevisning till stöd för dessa påståenden.

43. Som kommissionen har påpekat lade EDF, i det yttrande som ingavs till tribunalen den 3 februari 2005, fram en studie med titeln ”A hypothetical market investor perspective”[”Ur en hypotetisk investerares perspektiv i en marknadsekonomi”], men till och med denna studie genomfördes först i efterhand i ett försök att retroaktivt motivera den ekonomiska logiken bakom den aktuella transaktionen. Rättare sagt gjordes det ett försök att framställa denna transaktion som omvandlingen av en fordran till kapital, en tolkning av händelserna som, med hänsyn till de faktiska omständigheterna, inte tycks ha överensstämmt med verkligheten eller någonsin ha bedömts som sådan av Republiken Frankrike, vid tidpunkten för den aktuella omstruktureringen.

44. Vidare framgår det klart av punkt 242 i den överklagade domen att tribunalen avvek från de faktiska omständigheterna i målet genom att missuppfatta dessa i en sådan utsträckning att den slutligen fattade ett avgörande i ett annat mål än det mål som var anhängigt vid den. I denna punkt framhöll tribunalen att samtliga parter var överens om att den aktuella transaktionen borde ha beskattats. I punkterna 266–269 ger däremot tribunalen uttryck för sina tvivel beträffande huruvida beskattning verkligen ska ske under sådana omständigheter. Det framgår dock av handlingarna i målet att den aktuella transaktionen – i den form som den utfördes – faktiskt borde ha gett upphov till uppbörd av skatt.

45. Enligt mitt synsätt stod det inte tribunalen fritt att fastslå att ett kapitaltillskott hade ägt rum till följd av avståendet från en skattefordran, i avsaknad av objektiva bevis som styrker att en sådan transaktion verkligen förekom.

46. Eftersom det är uppenbart att sådana objektiva bevis saknades, är följaktligen tribunalens slutsats att det hade skett ett kapitaltillskott ett konstaterande som baserar sig på en missuppfattning av handlingarna i målet.

47. I andra hand, och som kommissionen har påpekat, om tribunalens konstaterande inte tolkades som ett konstaterande avseende en objektiv omständighet, utan som en rättslig kvalificering av de faktiska omständigheterna, baserad på antagandet om att en skatt implicit och utan insyn har omvandlats till kapital, eller som en transaktion som motsvarar en sådan omvandling, då skulle denna rättsliga kvalificering av de faktiska omständigheterna vara uppenbart felaktig, eftersom den skulle kullkasta tribunalens hela resonemang.

48. Slutligen påpekas det med rätta i punkt 225 i den överklagade domen att det följer av domstolens praxis att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte är relevant när den statliga inblandningen inte är av ekonomisk karaktär. Så är fallet när myndigheterna betalar en direkt subvention till ett företag, beviljar undantag från skattskyldighet eller samtycker till en minskning av sociala avgifter. Jag delar därför kommissionens uppfattning att det till och med framstår som om tribunalen, genom att göra en ny kvalificering av den aktuella transaktionen, faktiskt försökte att kringgå domstolens praxis beträffande tillämpningsområdet för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

49. Av det ovan anförda följer att överklagandet ska bifallas såvitt avser den första grunden.

B – *Den andra grunden: Tolkningsen av artikel 87 EG*

1. Den andra grundens första del: Kriterierna för att skilja mellan staten som aktieägare och staten som myndighetsutövare

50. I huvudsak har kommissionen, Iberdrola och myndigheten bestritt tribunalens slutsats att distinktionen mellan staten som aktieägare och staten som myndighetsutövare huvudsakligen beror på det syfte som staten eftersträvar (i detta fall rekapitaliseringen av EDF) och inte på uppgifter om objektiva och kontrollerbara omständigheter, vilket krävs enligt rättspraxis. EDF och den franska regeringen har hävdade att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den andra grundens första del.

51. EDF och den franska regeringen har först och främst gjort gällande att den andra grunden baserar sig på tribunalens påstådda missuppfattning av de faktiska omständigheterna, vilken den första grunden avser. De anser att de två grunderna är kompletterande och att den första grunden faktiskt utgör en nödvändig förutsättning för den andra grunden.

52. Jag anser dock att det är uppenbart att den andra grunden är separat och fristående från den första grunden. Så är fallet, trots att överklagandet med nödvändighet avser artiklarna 3 och 4 i det omtvistade beslutet, beträffande den omständigheten att EDF under år 1997 inte betalade bolagsskatt med vissa belopp. Som myndigheten och Iberdrola har påpekat, kan artiklarna 3 och 4 i det omtvistade beslutet stå och falla med huruvida den aktuella stödåtgärden ska kvalificeras som ett kapitaltillskott eller som en utebliven betalning av skatt, om ingen rationell och försiktig privat investerare skulle ställa dessa medel till ett offentligägt företags förfogande på ”villkor som en privat investerare skulle anse vara godtagbara vid tillhandahållandet av medel till ett jämförbart privat företag, när den privata investeraren är verksam under normala marknadsekonomiska villkor”.¹³

53. Det står klart att kommissionens konstaterande i sak, i den delen av det omtvistade beslutet, var att det finansiella bistånd som den franska staten gav år 1997 utgjorde olagligt statligt stöd.

54. Jag anser under alla omständigheter att faktum kvarstår att överklagandet kan bifallas såvitt avser den andra grunden. Det är nämligen utrett att den franska staten i detta fall använde sig av sina rättigheter som offentlig myndighet.

55. Om vi övergår till prövningen i sak av den andra grundens första del, anser jag att en av de viktigaste frågorna i detta mål om överklagande är den ytterst stora vikt som tribunalen tillmäter syftet med den åtgärd som bedömningen avser, tillsammans med det faktum att detta tillvägagångssätt saknar stöd i domstolens praxis.

13 — Se kommissionens meddelande till medlemsstaterna – Tillämpning av artiklarna 92 [EEG] och 93 [EEG] samt artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG på offentliga företag inom tillverkningssektorn (EGT C 307, 1993, s. 3), punkt 11.

56. Enligt domstolens fasta praxis görs det i artikel 87.1 EG ”inte någon åtskillnad mellan statliga åtgärder med hänsyn till deras orsaker eller syften, utan de definieras i stället med utgångspunkt i vilka verkningar de har”.¹⁴ Beskaffenheten av de syften som eftersträvas med en statlig åtgärd räcker inte för att åtgärden i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*) inte ska anses utgöra statligt stöd. I annat fall skulle det räcka att medlemsstaten åberopade att syftet med den offentliga åtgärden är legitimt för att förhindra en tillämpning av fördragets regler om statligt stöd.¹⁵

57. I detta avseende har EDF invänt att tribunalen inte bedömde den aktuella åtgärden *enbart* utifrån dess syfte. Enligt EDF bedömde tribunalen denna åtgärd mot bakgrund av olika kriterier, såsom dess karaktär, föremål och syften, och med hänvisning till alla dess aspekter och det allmänna sammanhang som den ingick i.

58. Det kan visserligen godtas att tribunalen *prima facie* inte grundade sitt synsätt enbart på det eftersträvade syftet, men faktum kvarstår att det vid en noggrannare läsning av hela den överklagade domen framgår att tribunalen faktiskt grundade sina slutsatser huvudsakligen – om än inte enbart – på det eftersträvade målet, för att avgöra huruvida staten agerade i egenskap av aktieägare eller i egenskap av offentlig myndighet. Som kommer att framgå kan det inte ifrågasättas att tribunalen, vid sin bedömning, tillmätte det eftersträvade syftet störst betydelse.

59. I punkt 229 i den överklagade domen slog tribunalen fast att ”[f]ör att bedöma om de åtgärder som staten vidtagit omfattas av dennes rättigheter som myndighetsutövare eller följer av dennes skyldigheter som aktieägare, kan dessa inte bedömas utifrån sin form utan måste snarare bedömas utifrån sin karaktär, sitt föremål och de regler som gäller för dem, samtidigt som hänsyn tas till *det syfte som eftersträvas* med åtgärderna i fråga” (min kursivering).

60. Därefter, i punkt 233, framhöll tribunalen återigen att det är nödvändigt att bedöma huruvida staten hade ett ”ekonomiskt syfte” som en privat investerare också kan ha, för att fastställa huruvida principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är tillämplig. Även i punkterna 234 och 235 omnämns att det syfte som eftersträvas är viktigt i detta sammanhang. I punkt 236 drar tribunalen slutsatsen att ”[å]tgärden ska ... inte granskas bara utifrån sin form utan utifrån sin karaktär, sitt föremål och *syftena* med den, vilket förutsätter att den ska betraktas utifrån alla aspekter samt att det sammanhang som den ingår i måste beaktas” (min kursivering). Slutligen innehåller även punkt 237 en hänvisning till syftet med den aktuella åtgärden.

61. Det är i punkt 247 som tribunalen återigen – med bestämdhet – uttalar, ”*med hänsyn till syftet med den [rekapitalisering] av EDF som gjordes genom lag nr 97-1026*, att enbart den skattemässiga naturen hos ... fordran ... och enbart den omständigheten att staten har kunnat använda lagen inte medger att kommissionen avstår från att kontrollera om en privat investerare under liknande omständigheter skulle ha kunnat tillföra ett kapital av samma storlek och om kapitalet därmed har tillförts av staten under förhållanden som motsvarar normala marknadsvillkor” (min kursivering).

62. För att avgöra huruvida principen om en privat investerare i en marknadsekonomi var tillämplig, beaktade uppenbarligen tribunalen det eftersträvade syftet och tillmätte detta avgörande vikt. Följaktligen grundar sig detta avgörande på en felaktig rättstillämpning.

63. Det står dessutom klart att den enda rättspraxis med stöd av vilken tribunalen försöker motivera att det syfte som medlemsstaten påstods eftersträva beaktades, vid bedömningen av huruvida principen om en privat investerare i en marknadsekonomi var tillämplig, är domstolens dom i målet SAT Fluggesellschaft.¹⁶

14 — Dom av den 9 juni 2011 i de förenade målen C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, Comitato ”Venezia vuole vivere” m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-4727), punkt 94 och där angiven rättspraxis.

15 — Se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i mål C-172/03, Heiser (REG 2005, s. I-1627), punkt 45.

16 — Dom av den 19 januari 1994 i mål C-364/92, SAT Fluggesellschaft (REG 1994, s. I-43; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-1).

64. I den relevanta punkten i den domen (punkt 30), hänvisar emellertid domstolen inte på något sätt till det syfte som eftersträvas med den aktuella åtgärden.

65. För det första är målet SAT Fluggesellschaft inte ett mål som rör statligt stöd. I den domen skulle det utrönas huruvida en viss internationell organisation var ett "företag" i den mening som avses i artiklarna 82 EG och 86 EG. I synnerhet skulle domstolen ta ställning till frågan huruvida Europeiska organisationen för säkrare flygtrafiktjänst (Eurocontrol) var ett "företag".

66. För att avgöra denna fråga undersökte domstolen följande: i) *arten* av Eurocontrols verksamhet (punkt 19), ii) *syftet* med denna verksamhet, såsom det definieras i den konvention varigenom Eurocontrol upprättades (punkt 21), iii) Eurocontrols *åligganden*, såsom de definieras i den ändrade konventionen (punkt 22), iv) dess *behörighet*, i synnerhet att fastställa och uppbära undervägsavgifter (punkterna 23, 28 och 29), v) Eurocontrols *operativa verksamhet* (punkt 24), och slutligen vi) hur den i egenskap av internationell organisation *finansieras* (punkt 26).

67. I punkterna 30 och 31 i domen i målet SAT Fluggesellschaft drog därför domstolen slutsatsen att "[u]tifrån en helhetsbedömning har Eurocontrols verksamhet ... anknytning till utövandet av befogenheter som rör kontrollen och övervakningen av luftrummet, vilka är typiska offentlighetsliga maktbefogenheter. Den är inte av sådan ekonomisk natur som gör det berättigat att tillämpa konkurrensreglerna i fördraget." Eurocontrol var därför inte ett företag enligt artiklarna 82 EG och 86 EG.

68. Det ska noteras att i förevarande fall var det tribunalen själv som, i punkt 246 i den överklagade domen, medgav att "staten använde sig av sina rättigheter som myndighetsutövare när den avstod från [den aktuella skattefordran]". Det är ostridigt att den aktuella åtgärden har anknytning till utövandet av rättigheterna som myndighetsutövare. Som kommissionen har påpekat avsåg vidare det kriterium som domstolen tillämpade i målet SAT Fluggesellschaft kvalificeringen av en viss organisation som ett företag och inte kvalificeringen av en viss transaktion som utförts av staten som statligt stöd, vilket är fallet här.

69. Den enda slutsats som kan dras av det ovan anförda är att domen i målet SAT Fluggesellschaft, till skillnad från vad som gjorts gällande av den franska regeringen, saknade och alltjämt saknar relevans för att avgöra förevarande mål och särskilt att den domen saknar relevans för att fastställa huruvida principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är tillämplig i ett visst fall som rör artikel 87 EG.

70. Jag anser dessutom att tribunalen faktiskt inte ens tillämpade de kriterier som domstolen angav i punkt 30 i domen i målet SAT Fluggesellschaft. Tribunalen betraktade det syfte som staten eftersträvade – ett ovidkommande kriterium för domstolens dom i nämnda mål – som den avgjort mest avgörande omständigheten, samtidigt som den underlät att beakta *arten* av statens agerande då den avstod från den aktuella fordran, vilket – med tribunalens egna ord – var ett exempel på när staten använder sina rättigheter som myndighetsutövare.

71. Ett kriterium som grundar sig på statens avsikt vore, för det första, särskilt illa lämpat för bedömningen av huruvida det föreligger ett statligt stöd, eftersom ett sådant kriterium till sin art är subjektivt och lämnar utrymme för tolkning. För det andra kan, som Iberdrola har påpekat, beaktandet av de syften som medlemsstaten påstås eftersträva inbjuda till manipulation, vilket påverkar konkurrensen mellan den privata och den offentliga sektorn. Det finns en verklig risk för att medlemsstaterna, för att undgå en tillämpning av lagstiftningen om statligt stöd, skulle känna sig manade att enbart åberopa lönsamhetsskäl (i efterhand).

72. Den avgörande betydelse som tribunalen tillmätte det eftersträvade syftet är slutligen svår att förena med det förhållandet att ”begreppet stöd är ett objektiva begrepp”.¹⁷ Det ska nämligen hållas i minnet att enligt domstolens praxis ”är begreppet statligt stöd, såsom det definieras i fördraget, av juridisk beskaffenhet och det ska tolkas utifrån objektiva kriterier”.¹⁸ Slutligen ska förekomsten av ett inslag av stöd bedömas enbart i förhållande till tillgängliga uppgifter om objektiva och kontrollerbara omständigheter. I annat fall skulle kommissionens övervakningsskyldighet påverkas och gemenskapens domstolar skulle inte kunna ”utöva en fullständig kontroll i frågor som avser huruvida en åtgärd faller inom tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG”,¹⁹ och det är faktiskt just en sådan risk som skulle uppstå om man följde det synsätt som föreslogs i den överklagade domen.

73. Vidare har EDF hävdat att vid tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är inte bara det eftersträvade syftet relevant, utan i synnerhet även sammanhanget. Företaget har åberopat vissa mål, där kommissionen var tvungen att bedöma det sammanhang som olika transaktioner ingick i. EDF har särskilt hänvisat till målen Chronopost I,²⁰ P & O European Ferries (Vizcaya) och Diputación Foral de Vizcaya mot kommissionen (nedan kallade målen P & O European Ferries),²¹ Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen²² och Ryanair mot kommissionen (nedan kallat målet Ryanair).²³

74. Det räcker dock att påpeka att i samtliga dessa mål var det fråga om transaktioner av kommersiell art. I målet Chronopost I var det fråga om övertagandet av en kundstock. I målen P & O European Ferries var det fråga om försäljningen av färjebiljetter. I målet Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen var det fråga om ställandet av tillgångar till en banks förfogande, vilka sedan användes för att täcka dess konkurrensutsatta verksamhet. I målet Ryanair var det slutligen fråga om fastställandet av flygplatsavgifter, det vill säga en verksamhet som är direkt knuten till förvaltningen av flygplatsinfrastrukturen, vilken utgör en ekonomisk verksamhet. Särskilt i målet Ryanair klargjorde förstainstansrätten att den aktuella ersättningen skulle anses som ”avgifter” och inte som ”skatter” – till skillnad från situationen i förevarande mål, *kunde* faktiskt ett system med rabatter på dessa avgifter ha införts av en privat aktör.

75. I synnerhet tycks tribunalen ha hämtat inspiration från domen i målet Ryanair, genom vilken förstainstansrätten också ogiltigförklarade ett beslut av kommissionen om statligt stöd. I målet Ryanair slog förstainstansrätten uttryckligen fast att kommissionens vägran att göra en samlad prövning av de fördelar som regionen Vallonien och Charlerois flygplats hade beviljat Ryanair, och att avgöra om dessa två enheter tillsammans hade betett sig som rationella aktörer i en marknadsekonomi, innebar en felaktig rättstillämpning. Det står dock klart att förevarande mål ska särskiljas från målet Ryanair. I rättspraxis hade det nämligen redan slagits fast att den verksamhet som var i fråga i målet Ryanair var av ekonomisk art.²⁴ De avgifter som var i fråga i det målet fastställdes visserligen genom *reglering*, men förstainstansrätten ansåg att det var fråga om ekonomisk verksamhet, eftersom ”uppgiften att fastställa flygplatsskatter är nära knuten till användningen och förvaltningen av Charlerois flygplats, som ska betraktas som ekonomisk verksamhet”. I huvudsak ansåg förstainstansrätten att det skulle innebära en diskriminering mellan privata och offentliga flygplatser om det inte medgavs att regionen Vallonien, genom att fastställa de aktuella avgifterna, kunde agera som en privat investerare. Det ska kanske påpekas att kommissionen inte överklagade domen i målet Ryanair.

17 — Se generaladvokaten Légers förslag till avgörande föredraget den 19 mars 2002 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg, kallat Altmark (REG 2003, s. I-7747), punkt 77.

18 — Dom av den 22 december 2008 i mål C-487/06, British Aggregates mot kommissionen (REG 2008, s. I-10515), punkt 111.

19 — Se, bland annat, dom av den 16 maj 2000 i mål C-83/98 P, Frankrike mot Ladbroke Racing och kommissionen (REG 2000, s. I-3271), punkt 25.

20 — Dom av den 3 juli 2003 i de förenade målen C-83/01 P, C-93/01 P och C-94/01 P Chronopost m.fl. mot Ufex m.fl., kallat Chronopost I (REG 2003, s. I-6993), punkt 128.

21 — EDF har hänvisat till generaladvokaten Tizzanos förslag i de förenade målen C-442/03 P och C-471/03 P, P & O European Ferries (Vizcaya) och Diputación Foral de Vizcaya mot kommissionen (REG 2006, s. I-4845), punkt 87.

22 — Dom av den 3 mars 2010 i mål T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen (REU 2010, s. II-387).

23 — Dom av den 17 december 2008 i mål T-196/04, Ryanair mot kommissionen (REG 2008, s. II-3643).

24 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2000 i mål T-128/98, Aéroports de Paris mot kommissionen (REG 2000, s. II-3929), punkterna 107–109, 121, 122 och 125.

76. Till skillnad från fastställandet av sådana avgifter kan emellertid ingen privat aktör (någonsin) efterskänka en skattefordran. Jag anser det uppenbart att EDF har fel när det försöker hävda att det förhållandet att det instrument som staten använder sig av inte står till en privat investerares förfogande inte kan innebära att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte ska godtas. Det finns klart goda skäl för ståndpunkten i doktrinen att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte kan vara tillämplig i skattefrågor, det vill säga i de fall där den aktuella fördelen erhålls genom skattelagstiftning.²⁵

77. Enligt min mening finns det än större skäl att inte godta tribunalens synsätt i den överklagade domen, eftersom staten, om den eventuellt vill agera som en privat investerare, fortfarande kan göra det: allt staten behöver göra är att skjuta till kapital till ett företag *efter* det att den har utövat sin beskattningsrätt och således använt sina rättigheter som myndighetsutövare. I motsats till EDF:s argument att tillämpningsområdet för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi skulle begränsas alltför mycket och innebära diskriminering av offentliga företag, skulle det synsätt som jag förespråkar här inte medföra någon diskriminering till nackdel för offentliga företag. Det är endast avsett att begränsa risken för diskriminering till nackdel för privata företag.

78. Som myndigheten har påpekat kan visserligen en stat under vissa omständigheter ingå avtal och affärsförbindelser med företag, men EDF:s skuld till den franska staten i förevarande fall var inte alls av avtalsmässig eller affärsmässig art. Det var en skatteskuld. Skatter påförs av staten och ska inte erläggas till följd av frivilliga avtal eller affärsförbindelser. Domstolen har under alla omständigheter gjort åtskillnad mellan transaktioner som utförs av staten i egenskap av investerare och transaktioner där staten agerar som borgenär.²⁶

79. Varje gång ett företag får bistånd genom offentliga medel ska det, enligt principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, anses att detta bistånd utgör statligt stöd, om en privat investerare under normala omständigheter inte skulle ha gjort en sådan investering. Om staten i stället agerade på samma sätt som varje normal privat aktieägare skulle ha agerat under normala marknadsvillkor, skulle det finansiella biståndet inte anses utgöra statligt stöd. Som myndigheten har påpekat står det klart att staten påför skatter genom myndighetsutövning. Det kan knappast göras gällande att staten har beskattningsrätt i sin egenskap av privat investerare. Följden av påförandet av skatter – eftergivandet av skattefordringar – är också en verksamhet som staten utför i egenskap av myndighetsutövare. Statens fiskala verksamhet – påförande, uppbörd, återbetalning eller eftergivande av skatter – vidtas följaktligen utan tvekan genom myndighetsutövning och kan per definition inte vidtas i egenskap av privat investerare.

80. Det är faktiskt av det skälet som domstolen har gjort en viktig åtskillnad. I domen i de förenade målen Spanien mot kommissionen (nedan kallade målen Hytasa)²⁷ slog domstolen fast att ”det ska göras åtskillnad mellan de skyldigheter som staten åtar sig som aktieägare i ett bolag och de skyldigheter som den kan ha i egenskap av offentlig myndighet. Eftersom de tre ifrågakvarande bolagen var bildade som aktiebolag, svarade Patrimonio del Estado, såsom delägare i dessa bolag, för bolagens skulder endast upp till likvidationsvärdet av deras tillgångar. Härav följer ... att de skyldigheter som uppkommer till följd av kostnaderna för att säga upp de anställda, betala arbetslöshetsersättning och stöd till att återupprätta den industriella infrastrukturen inte ska beaktas vid tillämpningen av [principen om en privat investerare i en marknadsekonomi].”

25 — Likaså genom reglering i allmänhet. Se, bland annat, Hancher, L., Ottervanger, T., och Slot, P.J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, s. 74, Jaeger, Th., ”Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben”, NWV, 2006, punkt 195, Mamut, M.-A., ”Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen”, i Jaeger (utg.), *Jahrbuch Beihilferecht* 09, s. 341, och Haslehner, W., ”Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen”, i Jaeger (utg.), *Jahrbuch Beihilferecht* 2011 (NWV, 2011, s. 273).

26 — Dom av den 29 april 1999 i mål C-342/96, Spanien mot kommissionen (REG 1999, s. I-2459), punkt 46.

27 — Dom av den 14 september 1994 i de förenade målen C-278/92-C-280/92, Spanien mot kommissionen (REG 1994, s. I-4103), punkt 22. Se även dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-129/95, T-2/96 och T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke och Lech-Stahlwerke mot kommissionen (REG 1999, s. II-17), punkt 119, och kommissionens beslut av den 10 maj 2007 om statligt stöd C 2/06 (ex N 405/05) som Grekland planerar att genomföra till förmån för OTE:s frivilliga system för förtidspension (EUT L 243, 2008, s. 7), punkterna 85 och 86.

81. I domen i målet Tyskland mot kommissionen (nedan kallat målet Gröditzter)²⁸ slog domstolen fast att "[f]ör att avgöra om privatiseringen av [Gröditzter Stahlwerke (GS)] till ett negativt försäljningspris av 340 miljoner DEM innehåller inslag av statligt stöd skall det bedömas huruvida, under liknande omständigheter, en privat investerare som till sin storlek kan jämföras med de organ som förvaltar den offentliga sektorn skulle ha gjort lika stora kapitaltillskott i samband med försäljningen av företaget eller om denne skulle ha valt att likvidera företaget".²⁹ Återigen erinrade domstolen om att det ska göras åtskillnad mellan de skyldigheter som staten åtar sig som aktieägare i ett bolag och de skyldigheter som den kan ha i egenskap av offentlig myndighet.

82. I målet Altmark³⁰ påpekade generaladvokaten Léger att domstolen tillämpar principen om en privat investerare i en marknadsekonomi endast i de situationer då den *statliga inblandningen har en ekonomisk karaktär*. Han angav att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är relevant eftersom statens agerande kan anammas, åtminstone principiellt sett, av en privat aktör i vinstsyfte (en investerare, en bank, en borgensman, ett företag eller en borgenär). Principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är dock inte relevant när den statliga inbetalningen inte är av ekonomisk karaktär. I sådana situationer kan en privat aktör inte i vinstsyfte välja att vidta en åtgärd motsvarande det statliga ingripandet, utan det statliga ingripandet utgör myndighetsutövning, *såsom skattepolitik* och socialpolitik. Principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är därför inte relevant, eftersom *en rubbning av likabehandlingen* mellan den offentliga sektorn och den privata sektorn *per definition inte får ske* i dessa situationer. Generaladvokaten drog slutsatsen att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi följaktligen inte är tillämplig vid statligt ingripande som utgör myndighetsutövning.

83. Jag delar förstainstansrättens bedömning i målet Ryanair³¹ att "[o]m en stat agerar i egenskap av ett företag som agerar som en privat investerare ska dess beteende bedömas enligt principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, medan denna princip inte ska tillämpas om staten har agerat som offentlig myndighet. I det senare fallet kan statens beteende nämligen *aldrig* jämföras med beteendet hos en näringsidkare eller en privat investerare i en marknadsekonomi."

84. I de förenade målen Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen³² påpekade förstainstansrätten med rätta följande: "Vad ... gäller delstatens argument avseende ökningen av skatteintäkterna skall det understrykas att delstatens ställning som offentligt organ och dess ställning som företagare inte får sammanblandas. Denna ökning av skatteintäkterna saknar helt betydelse för en privat investerare."

85. Slutligen ska det påpekas att domstolen redan har slagit fast att en enhet som handhar uppbörden av skatten inte agerar såsom näringsidkare.³³ Enligt domstolens praxis ska inte heller en aktivitet som genom sin art, sitt syfte och de regler den är underkastad inte är av ekonomisk art eller som har samband med myndighetsutövning omfattas av konkurrensbestämmelserna i fördraget.³⁴

86. I detta avseende har EDF och den franska regeringen invänt att det har förekommit andra mål där domstolen intagit en mindre strikt hållning i situationer där statens befogenheter har använts. Den franska regeringen har hävdats att medlen saknar betydelse när staten kan överväga olika investeringsformer. Den har hävdats att domstolen redan har godtagit att åtgärder som inte stod till privata investerarens förfogande kunde jämföras med privata aktörers beteende.³⁵

28 — Dom av den 28 januari 2003 i mål C-334/99, Tyskland mot kommissionen (REG 2003, s. I-1139), punkterna 133 och 134.

29 — Se dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, kallat Stardust Marine (REG 2002, s. I-4397), punkt 70.

30 — Förslaget till avgörande av den 14 januari 2003 i målet Altmark (ovan fotnot 17), punkterna 20–27.

31 — Punkt 85 (ovan fotnot 23) (min kursivering).

32 — Dom av den 6 mars 2003 i de förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen (REG 2003, s. II-435) (nedan kallade målen Westdeutsche Landesbank).

33 — Dom av den 11 september 2003 i mål C-207/01, Altair Chimica (REG 2003, s. I-8875), punkt 35.

34 — Dom av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002, s. I-1577), punkt 57.

35 — Den har hänvisat till domen i mål C-342/96, Spanien mot kommissionen (ovan fotnot 26), punkt 46, och dom av den 29 juni 1999 i mål C-256/97, DM Transport (REG 1999, s. I-3913).

87. Jag anser dock att det är viktigt att två begrepp som helt skiljer sig åt inte ska behandlas på samma sätt. Det ska göras åtskillnad mellan principen om en privat borgenär (i en marknadsekonomi) och principen om en privat investerare (i en marknadsekonomi). Till skillnad från vad Republiken Frankrike har gjort gällande, går det inte att jämföra en privat investerares ställning med en privat borgenärs ställning. En investerare försöker få avkastning genom att investera i företag, medan en borgenär försöker få betalning av de belopp som en gäldenär som befinner sig i ekonomiska svårigheter är skyldig honom.³⁶

88. Följaktligen är det av betydelse att varken den franska regeringen eller EDF i detta avseende har hävdats att det var fråga om ett företag som befann sig i ekonomiska svårigheter. Det står klart att det här inte är fråga om en borgenär som försöker driva in de belopp som en gäldenär som befinner sig i ekonomiska svårigheter är skyldig honom. Vidare är kriteriet privat borgenär inte avhängigt av statens roll som aktieägare: enligt detta kriterium behandlas offentliga och privata företag på exakt samma sätt. Till skillnad från principen om en privat investerare i en marknadsekonomi och den situation som är aktuell här, föreligger det inte någon risk för särbehandling när det gäller kriteriet privat borgenär.

89. Den fasta rättspraxis med innebörden att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi ska tillämpas ”utan hänsyn till sociala, regionalpolitiska och sektoriella överväganden”, så att det inte kan bli fråga om att beakta hänsyn som uppenbart har anknytning till medlemsstatens roll som offentlig myndighet, bygger på domarna i de tidigaste målen.³⁷

90. Den första rättspraxis som rör principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är domarna i målen Meura och Boch II.³⁸ Frågan hade dock redan berörts av generaladvokaten Verloren Van Themaat i målet Intermills mot kommissionen.³⁹ Han uttalade följande: ”I förevarande mål är det klart fråga om ett kapitaltillskott till ett företag som har svårigheter, vilket kommissionen redan har betecknat som stöd [enligt] artikel 92 ... Vidare ... är det aktuella kapitaltillskottet till företag inom Intermills-koncernen huvudsakligen avsett att täcka förluster. Det tycks inte råda någon tvekan om att en sådan mycket omfattande täckning av förluster, vilken på ett konstlat sätt håller företaget i gång, också ska anses utgöra stöd [enligt] artikel 92, särskilt som kapitaltillskottets stadigvarande karaktär och det faktum att de fabriker som fortfarande producerar ännu inte är lönsamma fyra år efter det att stödet beviljades leder till slutsatsen att kapitalet inte skulle ha kunnat erhållas på den privata kapitalmarknaden.”

91. Jag anser att det står klart – vilket jag försöker att visa i förevarande förslag till avgörande – varför det är berättigat att både kommissionen och domstolen alltid har orubbligt hållit fast vid en klar åtskillnad mellan statens myndighetsutövning och dess roll som investerare. Detta medför att även när den åtgärd som har vidtagits i samband med myndighetsutövning i stort sett har samma effekt som en åtgärd som eventuellt hade kunnat vidtas av staten i dess egenskap av investerare, måste man likväl bortse från detta vid bedömningen av påståenden om att staten har agerat som en investerare på marknaden.⁴⁰

36 — Se, för ett liknande resonemang, domen i mål C-342/96, Spanien mot kommissionen (ovan fotnot 26), punkt 46, och domen i målet DM Transport (ovan fotnot 35), punkt 24. Se även generaladvokaten Pociaris Maduros förslag till avgörande i mål C-276/02, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-8091), punkterna 24 och 25, och dom av den 11 juli 2002 i mål T-152/99, HAMSA mot kommissionen (REG 2002, s. II-3049), i vilken kapitaliseringen av företagets skuld till staten bedömdes enligt principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, men förstainstansrätten påpekade att den relevanta jämförelsegruppen var en privat fordringsägare.

37 — Se kommissionens beslut 2006/900/EG av den 20 oktober 2005 om det statliga stöd som Finland genomfört i form av investeringsstöd till Componenta Abp (EUT L 353, 2006, s. 36), punkt 26 (man får inte blanda samman stadens roller som offentlig myndighet och som företagets affärsdrivande ägare), och kommissionens beslut C 56/2006 av den 30 april 2008 om det statliga stöd C 56/06 (ex NN 77/06) som Österrike planerar att genomföra till förmån för privatiseringen av Bank Burgenland (EUT L 239, 2008, s. 32). Kommissionen underkände ett argument som anfördes av Österrike, genom att påpeka att offentligrättsliga skyldigheter inte ska sammanblandas med bedömningen av statens åtgärder i egenskap av investerare, men den noterade att situationen skulle ha varit en annan om staten hade gett samma typ av garanti genom ett privaträttsligt garantiavtal.

38 — Dom av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen (REG 1986, s. 2263; svensk specialutgåva, volym 8, s. 691), och av den 10 juli 1986 i mål 40/85, Belgien mot kommissionen (REG 1986, s. 2321).

39 — Förslaget till avgörande i mål 323/82, Intermills mot kommissionen (REG 1984, s. 3809), se s. 3842.

40 — Se Khan, N., och Borchardt, 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, s. 115.

92. Jag anser att tribunalen, i den överklagade domen, avvek från den åtskillnad som domstolen noggrant har angett mellan *acta jure gestionis* (handlingar av privaträttslig karaktär) och *acta jure imperii* (handlingar som innebär utövande av offentliga maktbefogenheter).⁴¹ Enligt min mening kan tribunalens synsätt i själva verket leda till rättsosäkerhet och en brist på insyn samt särskilda (skattemässiga) förmåner för offentliga företag. Jag vill tillägga att sistnämnda eventualitet skulle kunna få särskilt negativa effekter för de många sektorer som nyligen har avreglerats eller som håller på att avregleras.

93. Tribunalens synsätt i den överklagade domen strider specifikt mot kravet på insyn som uppställs i EU-lagstiftningen. Domstolen har exempelvis slagit fast att "ett väl fungerande konkurrenssystem, som det som avses i fördraget, [endast] kan säkerställas om ... de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter". Domstolen drog härav slutsatsen att "för att *vidmakthålla en effektiv konkurrens och för att säkerställa insyn* krävs att utformningen av tekniska specifikationer, övervakningen av deras tillämpning och typgodkännanden skall utföras av organ som är oberoende av offentliga eller privata företag, som erbjuder konkurrerande varor och/eller tjänster inom området för telekommunikation".⁴² Enligt min mening råder det inte någon tvekan om att insyn även har en mycket viktig funktion att fylla i EU:s lagstiftning om statligt stöd.

94. I detta avseende är det relevant att hänvisa till målet Altmark.⁴³ Om de principer som slogs fast i den domen ska tillämpas, är situationen följande. För att ersättning för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster inte ska anses utgöra statligt stöd, ska i synnerhet det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter ska vara "klart definierade". Dessutom ska "de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda *i förväg på ett objektivt och öppet sätt*" (min kursivering). Enligt det fjärde villkor som anges i domen i målet Altmark, är det även relevant att det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna väljs ut genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

95. Enligt min mening står det klart att den överklagade domen faktiskt ifrågasätter vissa delar av den rättspraxis som bygger på domen i målet Altmark. I domen i målet Altmark strävade domstolen, genom att inta ett föreskrivande synsätt, efter att undanröja alla möjligheter till manipulation från medlemsstaternas sida (se, i det avseendet, även punkt 71 ovan) och att bringa insyn och klarhet i medlemsstaternas verksamheter på marknaden.

96. Enligt min mening krävs samma synsätt i förevarande mål. Kommissionen gjorde därför en riktig bedömning när den intog en principbaserad hållning i det omtvistade beslutet, eftersom det ska finnas en tydlig skiljelinje mellan statens roll i egenskap av offentlig myndighet och statens roll i egenskap av aktieägare. Jag anser att kriteriet avseende principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte bör vara tillämpligt förrän villkoren är likvärdiga för de olika ekonomiska aktörerna och det föreligger likhet inför lagen på skatteområdet. Det måste hållas i minnet att syftet med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi just är att förhindra alla former av diskriminering mellan offentliga företag och privata företag, i syfte att säkerställa en korrekt tillämpning av fördragets bestämmelser om statligt stöd. Som framgått ovan avvek dock tribunalen i den överklagade domen från denna likhetstanke och följaktligen från själva existensberättigandet för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

97. Följaktligen ska överklagandet bifallas såvitt avser den andra grundens första del.

41 — *Acta jure gestionis*, i den mån de aktuella åtgärderna syftade till att "standardisera" ett företags redovisning, i detta fall EDF:s balansräkning (se ovan punkt 6), och *acta jure imperii*, eftersom omstruktureringen av EDF:s balansräkning "beslutades ... och EDF underrättades om detta" av de franska myndigheterna på grundval av en lag som antogs för det syftet (se ovan punkterna 6–8).

42 — Min kursivering. Se dom av den 9 november 1995 i mål C-91/94, Tranchant (REG 1995, s. I-3911), punkt 18 och där angiven rättspraxis.

43 — Punkterna 89, 90 och 93 (ovan fotnot 17).

2. Den andra grundens andra del: Tribunalen borde ha bedömt huruvida den franska statens beteende kunde anammas av en privat aktör som saknar särskilda förmåner

98. I huvudsak har kommissionen, Iberdrola och myndigheten klandrat tribunalen för att den inte grundade sin bedömning på en jämförande studie av hur en försiktig privat aktör, som saknar särskilda förmåner, hade uppträtt i en liknande situation, å ena sidan, och hur den franska staten, med sina rättigheter som myndighetsutövare, faktiskt uppträdde i förevarande fall, å andra sidan. EDF och den franska regeringen har hävdats att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den andra grundens andra del.

99. I motsats till EDF:s argument att tribunalen bedömde den franska statens faktiska beteende, anser jag att dess bedömning i själva verket är grundad på det beteende som den franska staten ”skulle ha kunnat” ha – om den hade agerat annorlunda. Tribunalen studerade det handlingssätt som staten skulle ha kunnat tillämpat enligt det ”långa systemet”. Detta system bestod i att först överföra ett nettobelopp, efter det att bolagsskatten dragits, till EDF:s egna kapital och därefter begära att EDF betalar in en skatt som motsvarar förändringen av nettotillgångarna och slutligen tillföra extra kapital med ett lika stort belopp som den skatt som har betalats in.

100. I det sammanhanget har kommissionen korrekt påpekat att enligt det ”långa systemet” skulle statsbudgeten, vilken övervakas noga, ha garanterat insyn – och avsaknaden av insyn är just den springande punkten i förevarande mål. Enligt det system som faktiskt tillämpades i detta fall undgick medlen all budgetdisciplin, principen om likhet inför lagen på skatteområdet beaktades inte och EDF särbehandlades utan någon som helst insyn.

101. Som Iberdrola har hävdats, är påståendet att det inte spelar någon roll huruvida ett skattepliktigt belopp direkt överförs till kapitalet i ett offentligt företag – på ett sätt som helt saknar insyn – eller huruvida detta belopp tillförs statsbudgeten klart ogenomtänkt. Det är inte alls givet att det kapitaltillskott som tribunalen likställde den aktuella skattebefrielsen med verkligen skulle ha skett, om den franska staten först hade tagit ut skatt för att skjuta till beloppet till sin budget och därefter, genom tillämpliga förfaranden, avsåg att investera i EDF ett belopp motsvarande den skatt som tagits ut.

102. Under alla omständigheter framgår det av rättspraxis att kvalificeringen av en åtgärd som statligt stöd inte är avhängig av de åtgärder som i annat fall ”skulle ha kunnat” vidtas. Den är avhängig av de objektiva särdragen hos den åtgärd som faktiskt genomfördes av medlemsstaten.⁴⁴

103. Vidare gjorde tribunalen en riktig bedömning i målet BNP Paribas och BNL mot kommissionen⁴⁵ när den slog fast följande: ”Det ankommer ... inte på kommissionen att, när den undersöker huruvida en ordning uppfyller bestämmelserna om statligt stöd, ta hänsyn till de subjektiva val som mottagarna av ordningen skulle ha kunnat göra i avsaknad av den, utan att undersöka ordningen för att fastställa om den objektivt sett ger en ekonomisk fördel i förhållande till den skatt som normalt tas ut och som normalt sett är tillämplig när en sådan ordning inte finns att tillämpa ... Påståendet att de berörda företagen inte skulle ha avyttrat sina tillgångar i avsaknad av det omtvistade systemet ... saknar relevans inom ramen för en sådan objektiv bedömning.”

104. Det ska påpekas att i förevarande mål innebär tribunalens synsätt att det krävs att kommissionen gör en ”helhetsbedömning”, det vill säga en bedömning som omfattar de förlorade skatteintäkterna till följd av den skattebefrielse som EDF beviljades, å ena sidan, och de påstådda ytterligare kapitaltillskotten från staten som aktieägare, å andra sidan. Det räcker med att påpeka att ett sådant synsätt förutsätter att det direkt förelåg ett tvingande samband mellan skatteintäkterna och det påstådda kapitaltillskottet. Det står nu dock klart att om skatten hade tagits ut, skulle den ha flutit in i statens allmänna budget, utan att det konkret föreligger något tvingande samband.

44 — Dom av den 15 december 2005 i mål C-148/04, Unicredito Italiano (REG 2005, s. I-11137), punkt 114

45 — Dom av den 1 juli 2010 i mål T-335/08, BNP Paribas och BNL mot kommissionen (REU 2010, s. II-3323), punkt 169.

105. Enligt rättspraxis krävs det en samlad bedömning av en skatt som ett sätt för att finansiera en åtgärd endast om skatten inte går att skilja från stödet, vilket är fallet när vissa intäkter särskilt har "anslagits" för den aktuella användningen. Det är nämligen så, att "[f]ör att en skatt eller avgift ska anses utgöra en integrerad del av en stödåtgärd, måste det föreligga ett tvingande samband mellan ... avgiften och stödet enligt relevanta nationella bestämmelser, i den meningen att intäkten från skatten eller avgiften måste användas för att finansiera stödet och direkt inverkar på stödets storlek".⁴⁶

106. Vidare är frågan huruvida det var rationellt av den franska staten att vidta den aktuella åtgärden helt enkelt irrelevant. Detta är inte syftet med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Det framgår klart av rättspraxis att dess syfte i stället är att jämföra det offentliga företags situation med det privata företags situation, och inte att jämföra kostnaderna för staten vid två olika transaktioner.

107. I det sammanhanget anges det i punkt 262 i den överklagade domen att "[l]iksom alla borgenärer som äger ett företag kan staten avstå från en fordran genom att omvandla denna fordran till kapital uppgående till samma belopp. En sådan transaktion, genom vilken en företagsägare ökar det egna kapitalet i ett företag genom att avstå från en fordran som denne har på företaget, utgör en kvittning som en försiktig privat investerare också kan göra under normala marknadsvillkor." Vid förhandlingen ställde därför domstolen följande fråga: om det antas att ett privat företag som har gjort bokföringsmässiga avsättningar för att återbetala en skuld till företagets enda aktieägare, och aktieägaren beslutar att efterskänka sin fordran för att öka företagets eget kapital, är då denna transaktion skattepliktig enligt artikel 38.2 i den franska allmänna skattelagen? Kommissionen svarade att det är ostridigt att kapitalökningen aldrig skulle uppgå till samma belopp, eftersom skattebeloppet aldrig skulle kunna återkrävas av en privat aktör (som skulle vara tvungen att betala skatt och inte skulle kunna omvandla den till kapital), medan den franska staten åter kunde skjuta till samma belopp.

108. Det är således uppenbart att tribunalen, i den ena delen av jämförelsen, bedömde det beteende som den franska staten "skulle ha kunnat tillämpa" – det vill säga det långa systemet (i motsats till det faktiska beteendet som staten tillämpade) – medan den, i den andra delen av jämförelsen, underlät att definiera en privat referensaktör som skulle kunna finnas på marknaden.

109. Numera framgår det dock klart av fast rättspraxis att ett kapitaltillskott av staten eller offentliga myndigheter inte kan anses utgöra statligt stöd om en privat investerare som är verksam under normala marknadsvillkor skulle ha gjort investeringen.⁴⁷ I det avseendet ska det bedömas huruvida en privat investerare, som till sin storlek kan jämföras med det aktuella offentliga organet, under liknande omständigheter skulle ha gjort ett kapitaltillskott av den storleken.⁴⁸

110. Som framgår av de överväganden som diskuterats ovan, står det i förevarande fall även klart att ett privat företag inte skulle ha kunnat omvandla de avsatta medlen i de bokföringsmässiga avsättningarna till kapital utan att först påföras bolagsskatt. Som en följd av detta skulle den privata investeraren inte längre ha tillgång till detta skattepliktiga belopp och skulle därför inte förfoga över det belopp som antagligen användes för ytterligare kapitaltillskott, vilket den franska staten – genom att utöva sin rättigheter – kunde "investera".

46 — Dom av den 17 juli 2008 i mål C-206/06, Essent Netwerk Noord m.fl. (REG 2008, s. I-5497), punkterna 89 och 90 och där angiven rättspraxis.

47 — Se, bland annat, dom av den 21 mars 1991 i mål C-303/88, Italien mot kommissionen, kallat ENI-Lanerossi (REG 1991, s. I-1433; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-115), punkterna 20–24, av den 21 mars 1991 i mål C-305/89, Italien mot kommissionen, kallat Alfa Romeo (REG 1991, s. I-1603), punkterna 19 och 20, och av den 8 maj 2003 i de förenade målen C-328/99 och C-399/00, Italien och SIM 2 Multimedia mot kommissionen (REG 2003, s. I-4035), punkt 38.

48 — Se domen i målet Alfa Romeo (ovan fotnot 47), punkt 19, dom av den 29 juni 2000 i mål T-234/95, DSG mot kommissionen (REG 2000, s. II-2603), punkt 119, av den 12 december 2000 i mål T-296/97, Alitalia mot kommissionen (REG 2000, s. II-3871), punkt 96, och domen i målen Westdeutsche Landesbank (ovan fotnot 32), punkt 245.

111. I det sammanhanget är det relevant att hänvisa till domstolens dom i målet Chronopost I,⁴⁹ eftersom domstolen i det målet väsentligen gjorde det som, enligt min mening, krävs i förevarande mål. I målet Chronopost I fann domstolen att det inte var lämpligt att jämföra La Postes situation med situationen för en privat investerare.

112. Det var även i det målet som förstainstansrätten godtog en tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, medan domstolen senare inte godtog denna. Detta var nödvändigt på grund av att La Poste befann sig i en mycket speciell situation: den var tvungen att upprätthålla ett nät av postkontor för att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, och en privat investerare – som inte har en monopolställning – skulle aldrig befinna sig i samma situation.

113. Av domen i målet Chronopost I följer således att när en offentlig aktör befinner sig i en situation som en privat aktör per definition aldrig skulle kunna ställas inför, finns det ingenting att jämföra. Enligt min mening avsåg själva frågeställningen i målet Chronopost I fastställandet av storleken på ersättningen för en offentlig tjänst, och målet avsåg inte direkt principen om en privat investerare i en marknadsekonomi som sådan. Den domen är dock relevant i förevarande mål och ska tillämpas analogt.

114. Jag anser därför att tribunalen gjorde en felaktig tillämpning av rättspraxis, då den i punkt 278 i den överklagade domen, med stöd av punkt 38 i domen i målet Chronopost I, slog fast att ”avsaknaden av en privat referensinvestor [inte utgör] något hinder för att transaktionen ska undersökas mot bakgrund av de ’normala marknadsvillkoren’, som med nödvändighet är hypotetiska och ska bedömas i förhållande till tillgängliga uppgifter om objektiva och kontrollerbara omständigheter”.

115. Det är till stor hjälp att först läsa generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Chronopost I, vilket domstolen följde. I punkt 47 förklarar generaladvokaten att ”under normala marknadsvillkor’ förfogar ett privat företag, som inte är skyldigt att upprätthålla ett allmänt postnät jämförbart med La Postes för att säkerställa att en samhällsomfattande posttjänst tillhandahålls ..., inte över ett sådant postnät och kan således inte tillhandahålla ett dotterbolag ett logistikstöd av den typ som ... är i fråga. Genom att begära att kommissionen skulle uppskatta vilken ersättning som ett hypotetiskt finansieringsbolag ..., som inte var skyldigt att säkerställa att den samhällsomfattande posttjänsten tillhandahölls och som följaktligen inte åtnjöt en monopolställning, skulle ha begärt för ett sådant stöd, har förstainstansrätten följaktligen godkänt en felaktig tolkning av artikel 87 EG, eftersom den som måttstock för att fastställa ett eventuellt statligt stöd har använt en privat aktör som i själva verket inte finns ’under normala marknadsvillkor’”. I punkt 45 drog generaladvokaten slutsatsen att ”förstainstansrätten ... [har] begärt att kommissionen skall tillämpa en klart realistisk test, och som av den anledningen är olämplig för att i ett liknande fall fastställa huruvida det eventuellt föreligger ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87 EG”.

116. Det är uppenbart att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte var relevant i målet Chronopost I. Domstolen delade denna bedömning och det är just av det skälet som domstolen slog fast att förstainstansrätten hade fel och som domstolen inte godtog en tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi i det fallet. I punkt 33 i domen slog domstolen fast att förstainstansrättens ”bedömning [baserad på en tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi], som inte tar hänsyn till att ett sådant företag som La Poste befinner sig i en situation som skiljer sig mycket från situationen för ett privat företag som bedriver sin verksamhet på normala marknadsvillkor, utgör en felaktig rättstillämpning”.

117. Det är av det skälet som den hållning som domstolen intog i det målet, i viss mening, avser samma sak som står i centrum i förevarande överklagande: behovet av att från tillämpningsområdet för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi undanta situationer då det inte finns någon verklig privat aktör med vilken statens agerande kan jämföras.

49 — Ovan fotnot 20.

118. Det är av det skälet som det kriterium som uppställdes i den överklagade domen inte kan godtas, eftersom det är grundat på en samling fiktioner som påverkar statens och den normala privata investerarens verkliga agerande. Båda delar av jämförelsen – statens agerande, å ena sidan, och den privata investerarens agerande, å andra sidan – ändras i en sådan utsträckning att det inte längre är fråga om en jämförelse mellan statens faktiska agerande och agerandet av en verklig privat aktör i en marknadsekonomi.

119. Därav följer att det kriterium avseende principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, vilket tribunalen angav huvuddragen i, har förlorat sin mening. Enligt tribunalens version av kriteriet ska de ”normala” marknadsvillkoren inte längre bedömas på grundval av verkliga uppgifter, vilka skulle känneteckna en privat referensinvesterare som motsvarar en normal investerare på marknaden (vilken tribunalen underlät att definiera). Inte heller ska dessa villkor bedömas mot bakgrund av de sätt som använts för att tillhandahålla kapital, utan på grundval av rent hypotetiska överväganden. Det är uppenbart att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi däremot kräver att det kontrolleras huruvida en privat investerare skulle ha gjort den aktuella investeringen på samma villkor. Som kommissionen har påpekat kan olika investeringar medföra olika kostnader och olika utsikter till lönsamhet.

120. Slutligen anges det i punkt 249 i den överklagade domen att ”[d]et ankom ... på kommissionen att ... kontrollera om en privat investerare skulle ha gjort en jämförbar investering av samma storlek under liknande omständigheter, oberoende av vilken stödform staten har valt för att öka EDF:s egna kapital och av ett eventuellt utnyttjande av skattemedel för detta ändamål, detta för att undersöka det ekonomiskt sett rationella i en sådan investering och jämföra denna med en sådan investerarens agerande gentemot samma företag under samma omständigheter”.

121. EDF delar tribunalens bedömning och har i huvudsak gjort gällande att varje agerande av staten ska bedömas ur ett lönsamhetsperspektiv.⁵⁰

122. Om det enbart var det ekonomiska syftet med statens investering som räknades, skulle dock, såsom Iberdrola har påpekat, offentliga företag tillåtas åtnjuta fördelar på grundval av ägarnas ställning, eftersom staten som investerare befinner sig i en situation som i sig skiljer sig från en privat investerare. Enligt denna bedömning skulle offentliga företag till sist kunna befrias helt från skatter.

123. I det sammanhanget gjorde förstainstansrätten en korrekt bedömning i målen *Westdeutsche Landesbank*⁵¹ när den slog fast att det vid tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte var tillräckligt att jämföra den avkastning som delstaten fick efter den omtvistade transaktionen med den avkastning som *Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalens* tillgångar gav före denna transaktion, eftersom dessa tillgångar inte omfattades av en privat investerarens resonemang. Den avkastning som delstaten hade erhållit tack vare den omtvistade transaktionen skulle jämföras med den avkastning som en hypotetisk privat investerare skulle ha krävt för denna transaktion.⁵² Den omständigheten att den omtvistade transaktionen var förnuftig från delstatens synpunkt medförde inte att denna undantogs från tillämpningen av de unionsrättsliga reglerna om statligt stöd. Det var trots denna omständighet fortfarande nödvändigt att utreda huruvida transaktionen stärkte *Westdeutsche Landesbanks* ställning genom att banken fick en fördel som den inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.

124. Om tribunalens synsätt tillämpades, skulle det vara möjligt för medlemsstaterna att utgå från en samlad bedömning av det ekonomiska syftet, i samband med vilken de skulle få använda sina rättigheter som myndighetsutövare. Exempelvis skulle Republiken Frankrike i förevarande fall kunna utöva sin beskattningsrätt till förmån för EDF om transaktionen – som helhet betraktad – kunde tolkas som ett rationellt agerande av en aktör som bedriver sin verksamhet i vinstsyfte.

50 — EDF har hänvisat till domen i målet 234/84, *Belgien mot kommissionen* (ovan fotnot 38), punkt 14, och domen i de förenade målen *Italien och SIM 2 Multimedia mot kommissionen* (ovan fotnot 47), punkt 38.

51 — Punkterna 313–315 (ovan fotnot 32).

52 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet *DM Transport* (ovan fotnot 35), punkt 25.

125. Det är dock denna typ av samlad bedömning av de bakomliggande skälen som domstolen inte godtog i målen Hytasa och Gröditzter.⁵³ Som Iberdrola har påpekat rörde dessa mål möjligheten för Tyskland och Spanien att få dra fördel av de bakomliggande skälen till de aktuella åtgärderna (huvudsakligen kapitalökningar), mot bakgrund av de skyldigheter som åligger dem som offentliga myndigheter för det fall det mottagande företaget träder i likvidation. Dessa skyldigheter avsåg till exempel betalning av vissa förmåner vid arbetslöshet. Domstolen godtog inte en sådan samlad bedömning av de bakomliggande skälen på grund av att den omfattade de handlingar som innebar myndighetsutövning. Domstolen framhöll oförenligheten mellan, å ena sidan, den bedömning av bakomliggande skäl som är specifik för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi och, å andra sidan, beaktandet av de fördelar och åligganden som följer av de befogenheter och skyldigheter som är specifika för staten.

126. I det sammanhanget ska det, i motsats till uttalandena i punkt 256 och följande punkter i den överklagade domen och de argument som EDF har anfört, påpekas att det förhållandet att målen Hytasa och Gröditzter avsåg ”skyldigheter” som enbart åvilar staten, och inte – såsom i förevarande fall – de befogenheter som staten har för egen del, inte påverkar det faktum att de skyldigheter – men även de rättigheter – som staten kan ha som offentlig myndighet aldrig får bedömas tillsammans med de skyldigheter och rättigheter som staten har som investerare.

127. Som klart framgår av punkt 258 i den överklagade domen, kan följaktligen tribunalen begå ett sådant fel enbart genom att återigen ge det påstådda syftet med den aktuella åtgärden företräde framför den oöverstigligen exklusiviteten i de rättigheter som krävs för att genomföra åtgärden. Domstolen beaktade dock varken i målen Hytasa eller i målet Gröditzter de övergripande lönsamhets syften som de två medlemsstaterna åberopade, eftersom domstolen ansåg att de inte var relevanta för en investerares logik: åtgärdernas art var i sig tillräcklig för att undanta dem från bedömningen av de bakomliggande skäl som medlemsstaterna åberopade.

128. Som kommissionen har påpekat är slutligen tribunalens synsätt paradoxalt, särskilt eftersom det har införts inom ramen för avregleringen av den aktuella marknaden. Eftersom skattebefrielsen utgör en avsevärd fördel för det offentliga företaget i fråga, är det uppenbart att en sådan åtgärd tenderar att vidmakthålla dess dominerande ställning – trots avregleringen av marknaden.

129. Av det ovan anförda följer att överklagandet ska bifallas såvitt avser den andra grundens andra del.

3. Den andra grundens tredje del: Principen om likabehandling

130. Kommissionen och Iberdrola har i huvudsak hävdats att den överklagade domen strider mot principen om likabehandling av statliga och privata företag, och således möjliggör en mer förmånlig skattemässig behandling av staten, inbegripet de företag där staten inte är ensam aktieägare. EDF och den franska regeringen har hävdats att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den andra grundens tredje del.

131. Jag vill erinra om att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är ett uttryck för principen om likabehandling och att tribunalen, såsom kommissionen har påpekat, genom att låta staten bevilja skattebefrielser till företag som staten är ensam ägare till – så länge deras lönsamhet är tillräcklig – faktiskt beviljar dessa företag en skatteförmån.

132. Enligt min mening utgör detta ett åsidosättande av principen om likabehandling och är inte förenligt med syftet med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Det är uppenbart att kriteriet, såsom det utformades av tribunalen, oundvikligen skulle leda till en allvarlig konkurrenssnedvridning mellan offentliga och privata företag och det förhållandet att det instrument

53 — Punkt 22 (ovan fotnot 27) respektive punkt 134 (ovan fotnot 28).

som används även måste stå till en privat investerares förfogande är således inte bara fagra ord: denna fråga berör själva kärnan i principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Följaktligen anser jag att kriteriet, såsom det utformades av tribunalen, är oförenligt med artikel 295 EG, jämförd med artikel 87 EG. En tillämpning av detta kriterium skulle i synnerhet undergräva den inneboende logiken i den neutralitetsprincip som föreskrivs i artikel 295 EG.⁵⁴

133. Tribunalen anser nämligen att eftersom fordrans art saknar relevans, ska alla ekonomiska förmåner som staten beviljar genom myndighetsutövning bedömas mot bakgrund av denna princip – ett tillvägagångssätt som skulle bli ett sätt att undanta åtgärder som en privat investerare inte kan vidta från begreppet statligt stöd.

134. Principen att statens verksamhet som aktieägare ska hållas strikt avskild från verksamhet som staten företar i egenskap av offentlig myndighet bygger, såsom Iberdrola har påpekat, väsentligen på samma bakomliggande tanke som den som föranledde domstolen att slå fast att det förhållandet att ett dominerande företag samtidigt hade agerat både som innehavare av särskilda rättigheter och som en ekonomisk aktör skapade en risk för intressekonflikt, i strid med artiklarna 82 EG och 86 EG. I fördraget föreskrivs ett system enligt vilket det inte ska ske någon snedvridning av konkurrensen. Detta kan endast säkerställas om de olika ekonomiska aktörerna kan tillförsäkras lika möjligheter.⁵⁵ Domstolen har likaså slagit fast att en statlig åtgärd utgör ett åsidosättande av artiklarna 86.1 EG och 82 EG, om den medför att de ekonomiska aktörerna inte har lika möjligheter och följaktligen ger upphov till snedvriden konkurrens.⁵⁶ Enligt min mening ska därför principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte tillåta att offentliga företag genomför transaktioner på villkor som är mer förmånliga än de som gäller för privata företag eller genomför transaktioner som privata företag kanske aldrig kan genomföra. Det ska hållas i minnet att staten i förevarande fall lika enkelt kunde ha intagit en hållning som är jämförbar med en privat investerares (se ovan punkt 77).

135. Som tydligt framgår av det ovanstående, anser jag att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi helt klart inte ska vara tillämplig vid en skattebefrielse.

136. Slutligen finns det skäl att tro, även om tribunalen *prima facie* tycks ha haft för avsikt att begränsa räckvidden av sin dom till att avse fallet med ett företag som har staten som enda aktieägare, att det inte är möjligt att urskilja skälen för denna begränsning i den logik som ligger till grund för domen. Som kommissionen har påpekat, blir tvärtom tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi till och med ännu mer rimlig, om det finns privata aktieägare vid sidan av staten. Då kan nämligen de andra aktieägarnas agerande ofta användas som giltig referenspunkt.

137. Härav följer att överklagandet ska bifallas såvitt avser den andra grundens tredje del.

4. Den andra grundens fjärde del: Bevisbördan

138. Kommissionen, Iberdrola och myndigheten har hävdade att tribunalen inte beaktade bevisbörderegler som gäller tillämpligheten av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. EDF och den franska regeringen har hävdade att överklagandet inte kan bifallas såvitt avser den andra grundens fjärde del.

139. Först vill jag påpeka att tribunalen, i punkterna 248, 249 och 250 i den överklagade domen, har angett att det är kommissionen som har bevisbördan för att den aktuella transaktionen uppfyllde principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. I punkt 278 förebrår tribunalen till och med kommissionen för att den "inte har bevisat att det inte finns någon privat referensinvestering

54 — Se dom av den 6 juli 1982 i de förenade målen 188/80-190/80, Frankrike m.fl. mot kommissionen (REG 1982, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 6, s. 457), punkt 21, och domen i målen Westdeutsche Landesbank (ovan fotnot 32), punkterna 192–194.

55 — Se dom av den 1 juli 2008 i mål C-49/07, MOTOE (REG 2008, s. I-4863), punkt 48 och följande punkt samt punkt 51.

56 — Se dom av den 22 maj 2003 i mål C-462/99, Connect Austria (REG 2003, s. I-5197), punkt 84.

som den offentliga investeraren skulle kunna jämföras mot”. Jag instämmer med EDF att kommissionen är skyldig att göra en omsorgsfull och opartisk prövning av handlingarna i ärendet, men jag anser att detta med största säkerhet inte betyder att kommissionen är tvungen att göra en bedömning av en skattebefrielse mot bakgrund av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi enbart på grund av att medlemsstaten ”nämnde” denna princip när utredningen hade pågått i 18 månader. Det är uppenbart att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte är avhängig av medlemsstatens samarbete.

140. Det står klart att det ankommer på kommissionen att styrka att finansiellt bistånd som beviljats av staten objektivt sett uppfyller alla nödvändiga villkor för att betecknas som statligt stöd. Faktum kvarstår dock att när kommissionen väl har styrkt detta, ankommer det på staten att visa att den agerade på samma sätt som en rationell privat investerare. Som myndigheten har påpekat är tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi ägnad att motbevisa slutsatsen att det beviljade biståndet utgjorde statligt stöd. Följaktligen ankommer det på den aktuella staten att lägga fram bevis för motsatsen.

141. I målet *Freistaat Thüringen mot kommissionen*⁵⁷ gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning, när den slog fast att om alla villkor för att det ska föreligga statligt stöd är uppfyllda, ankommer det på medlemsstaten att ”åberop[a] ... uppgifter i syfte att visa att bidragen i fråga stämde in på en privat investerares beteende i en marknadsekonomi”.

142. Det är trots allt logiskt att den medlemsstat som åberopar detta argument ska ha bevisbördan för att villkoren för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är uppfyllda. Vidare är det uppenbart att medlemsstaten och det mottagande företaget är de enda parter som har tillgång till de ekonomiska och bokföringsmässiga uppgifter som visar en viss investerings beskaffenhet och särdrag.

143. Under alla omständigheter gäller detta i ännu högre grad om det agerande som medlemsstaten påstår uppfyller principen om en privat investerare i en marknadsekonomi i början tycks återspegla utövandet av statens befogenheter.

144. Det framgår klart av handlingarna i målet att de franska myndigheterna inte lade fram någon riktig och specifik bevisning under det administrativa förfarandet för att styrka deras påstående att den franska staten hade agerat som en rationell privat investerare. De franska myndigheterna gjorde enbart gällande att kapitaltillskottet var motiverat med hänsyn till lönsamhetsutsikterna, utan någon bevisning till stöd. Med hänsyn till omständigheterna i förevarande mål och mot bakgrund av att de franska myndigheterna inte lade fram någon som helst specifik bevisning, trots att bevisbördan åvilade medlemsstaten, var det, i motsats till vad EDF har gjort gällande, berättigat av kommissionen att inte tillämpa principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, särskilt under omständigheterna i förevarande mål, där staten har utövat myndighetsutövning.

145. Härav följer att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning i den mån som den underlät att följa bevisbördereglerne.

146. Som myndigheten har påpekat medför nämligen den omvända bevisbörda som tribunalen tillämpade att kommissionen hamnar i en olycklig situation. I regel kan inte kommissionen känna till de exakta omständigheterna kring det statliga stöd som ett företag beviljats, såvida inte den aktuella staten informerar kommissionen om dessa omständigheter. Samtliga relevanta argument – och, i synnerhet, bakomliggande fakta och bevisning – ska framläggas av staten. Om kommissionen inte har tillgång till alla nödvändiga faktiska uppgifter, måste den kunna anta ett beslut mot bakgrund av de uppgifter som den faktiskt har tillgång till.

57 — Dom av den 19 oktober 2005 i mål T-318/00, *Freistaat Thüringen mot kommissionen* (REG 2005, s. II-4179), punkt 180.

147. Dessutom delar jag kommissionens uppfattning att avsaknaden av bevisning för att den aktuella skattebefrielsen borde ha betraktats som en investering, med avseende på vilken staten hade bedömt utsikterna till avkastning innan den gjorde sina åtaganden, såsom varje privat investerare skulle ha gjort, avslöjar ytterligare en felaktig rättstillämpning.

148. Som domstolen erinrade om i domen i målet kommissionen mot Scott⁵⁸ ska "[l]agenligheten av ett beslut avseende statligt stöd ... bedömas av unionsdomstolen mot bakgrund av de uppgifter som kommissionen har tillgång till när den antar beslutet".

149. Vid tidpunkten för antagandet av det omtvistade beslutet i förevarande mål hade dock kommissionen inte tillgång till någon bevisning som visade att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi var relevant eller att denna princip skulle ha varit uppfylld. Att klandra kommissionen för att den inte bedömde skattebefrielsen mot bakgrund av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är således liktydigt med att kritisera kommissionen för att inte ha beaktat uppgifter som den inte hade tillgång till.

150. Slutligen ska det påpekas att de franska myndigheterna, under det administrativa förfarandet, inte ingav någon objektiv bevisning till stöd för deras påstående att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi var tillämplig. De ingav inte någon rapport, något expertutlåtande eller intern studie för att visa att det hade gjorts en bedömning av lönsamheten. Till och med när tribunalen begärde att en sådan rapport skulle inges, var även den rapport som senare ingavs till tribunalen upprättad i efterhand: med andra ord hade de franska myndigheterna inte någon rapport som härrörde från tiden för den påstådda investeringen. Härav följer att den franska staten tycks ha investerat 888,89 miljoner euro i ett företag utan att göra någon föregående analys eller upprätta en affärsplan på förhand, och den har ändå gjort gällande att dess agerande ska anses jämförbart med en försiktig privat investerares agerande i en marknadsekonomi.

151. Härav följer att överklagandet ska bifallas även såvitt avser den andra grundens fjärde del och att överklagandet följaktligen ska bifallas såvitt avser den andra grunden i dess helhet.

5. Följderna av ett upphävande

152. Enligt artikel 61 första stycket i domstolens stadga får domstolen, om tribunalens avgörande upphävs, antingen själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till tribunalen för avgörande.

153. I förevarande fall bedömde inte tribunalen alla de grunder som EDF åberopade. Det är därför lämpligt att återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning och att beslut i fråga om rättegångskostnader i målet om överklagande meddelas senare.

154. Faktum kvarstår dock att domstolen själv får slutligt avgöra en fråga, om målet är färdigt för avgörande. Enligt min mening har domstolen nu tillgång till alla uppgifter som krävs för att den i sak ska kunna pröva den andra grundens tredje del, vilken EDF åberopade i första instans. Genom denna delgrund gjorde EDF i huvudsak gällande att de aktuella åtgärderna borde ha kvalificerats som kapitaltillskott och bedömts i sin helhet i samband med klagandet av de finansiella förbindelserna mellan staten och EDF, och det gjorde således gällande att staten hade uppträtt som en försiktig privat investerare i en marknadsekonomi. Som framgår av övervägandena ovan i förevarande förslag till avgörande, kan dock överklagandet inte bifallas såvitt avser den andra grundens tredje del.

58 — Dom av den 2 september 2010 i mål C-290/07 P, kommissionen mot Scott (REU 2010, s. I-7763), punkt 91 och där angiven rättspraxis.

V – Förslag till avgörande

155. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

- upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal (tredje avdelningen) den 15 december 2009 i mål T-156/04, EDF mot kommissionen, i den mån artiklarna 3 och 4 i kommissionens beslut av den 16 december 2003 om stödåtgärder till förmån för EDF samt el- och gasindustrin (K 68/2002, N 504/2003 och K 25/2003) ogiltigförklarades genom domen,
- återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning, och
- fastställa att beslut i fråga om rättegångskostnader i målet om överklagande kommer att meddelas senare.