Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
JÁN MAZÁK
20 päivänä lokakuuta 2011 [1]

Asia C-124/10 P

Euroopan komissio
vastaan

Électricité de France (EDF) ym.

Valitus — Valtiontuki — Yrityksen pääomapohjan vahvistamisen yhteydessä tehtyyn osakepääoman korottamiseen liittyvä valikoiva verovapautus — Markkinatalouden ehdoin toimivan sijoittajan periaate — Valtio osakkeenomistajana ja valtio julkisen vallan käyttäjänä

1. Komissio vaatii unionin tuomioistuinta kumoamaan tuomion,[2] jolla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (nykyisin unionin yleinen tuomioistuin) kumosi EDF:lle sekä sähkö- ja kaasualalle myönnetyistä tuista tehdyn komission päätöksen[3] 3 ja 4 artiklan. Tällä valituksella on erityistä merkitystä EU:n valtiontukilainsäädännön näkökulmasta. Se herättää periaatteellisen kysymyksen EU:n valtiontukilainsäädännön keskeisen periaatteen eli markkinatalouden ehdoin toimivan sijoittajan periaatteen soveltamisalasta (sovellettavuudesta) tapauksessa, jossa valtio on käyttänyt julkisen vallan toimivaltuuksiaan. Markkinatalouden ehdoin toimivan sijoittajan periaate (tai yksityinen sijoittaja -arviointiperuste) on EY 86 ja EY 295 artiklasta johdetun julkisten ja yksityisten yritysten yhdenvertaisen kohtelun periaatteen looginen ilmentymä.

I Asiaa koskevat oikeussäännöt

2. Ranskan yleisen verokoodeksin (code général des impôts) 38 §:n 2 momentissa säädetään, että ”nettotulos muodostuu sen jakson tilinpäätöksen ja tilinavauksen nettovarojen arvojen erosta, jonka tulos on verotuksen perustana; tästä määrästä vähennetään pääoman lisäykset ja siihen lisätään omistajan tai yhtiömiesten kyseisenä aikana toteuttamat nostot. Nettovarat tarkoittavat määrää, jolla varat ylittävät sen osan veloista, joka muodostuu kolmannen osapuolen saatavista sekä perustelluista poistoista ja varauksista”.

3. Lain nro 97-1026[4] 4 §:n I ja II momentissa säädetään, että suurjänniteverkkoa koskevien hankkeiden katsotaan olevan EDF:n omaisuutta tätä verkkoa koskevan konsession myöntämisestä lähtien ja että I momentin säännöksiä sovellettaessa EDF:n taseen vastattavaa-puolella oleva suurjänniteverkon konsessioon liittyvä käyttöomaisuuserä on 1.1.1997 siirretty ilman arvonkorotuksia kohtaan ”pääomasijoitukset”.

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Asia T-156/04, EDF v. komissio, tuomio 15.12.2009 (Kok., s. II-4503; jäljempänä valituksenalainen tuomio).

3 — Päätös (C 68/2002, N 504/2003 ja C 25/2003), tehty 16.12.2003 (jäljempänä riidanalainen päätös).

4 — Kiireellisistä vero- ja rahoitustoimenpiteistä 10.11.1997 annettu laki (loi portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier; JORF 11.11.1997, s. 16387).

II Oikeudenkäynnin tausta

4. Tosiseikat, hallinnollinen menettely ja riidanalainen päätös kuvataan yksityiskohtaisesti valituksenalaisen tuomion 9–51 kohdassa. Käsittelen tässä vain niiden tärkeimpiä kohtia. EDF tuottaa, siirtää ja jakelee sähköä. Asian kannalta merkityksellisellä ajanjaksolla EDF oli kokonaan valtion omistama. EDF perustettiin lailla, jolla sähkö- ja kaasuala kansallistettiin ja jolla vahvistettiin periaate, jonka mukaan EDF:lle siirretään kansallistetut sähköalan konsessiot. Valtion myöntämät sähkönsiirtoa koskevat eri konsessiot yhdistettiin vuonna 1958 yhdeksi konsessioksi eli suurjänniteverkkoa (réseau d'alimentation générale, RAG) koskevaksi konsessioksi (jäljempänä suurjännitekonsessio).

5. Erityiset konsessiota koskevat kirjanpitosäännökset sisältävän, vuoden 1982 yleisen tilikartan soveltaminen EDF:ään johti siihen, että suurjännitekonsession käsittely kirjanpidossa muuttui siten, että huomioon otettiin Conseil national de la comptabilitén (kansallinen kirjanpitoneuvosto, jäljempänä CNC) antamat suositukset. EDF:ää koskeva oma tilikartta laadittiin ja hyväksyttiin ministeriöiden päätöksellä. Suurjänniteverkko kirjattiin EDF:n taseen vastaavaa-puolelle kohtaan ”Konsessioon liittyvät aineelliset hyödykkeet”. Konsessioon liittyvän omaisuuden uudistamiseksi tehtiin erityisiä varauksia, jotta EDF voisi palauttaa tämän omaisuuden moitteettomassa kunnossa konsession päättyessä.

6. EDF:n uudistamiskulut kirjattiin taseen kohtaan ”Konsessioon liittyvän omaisuuden vasta-arvo” (jota kutsuttiin myös ”Konsession antajan oikeuksiksi”). Tämä kohta vastasi EDF:n velkaa Ranskan valtiolle, ja velka oli sidottu konsession päättyessä korvatun omaisuuden vastikkeettomaan palautukseen. Ranskan tilintarkastustuomioistuin toi vuonna 1994 antamassaan lausunnossa esille, että veronkevennys, joka myönnettiin EDF:lle suurjänniteverkon uudistamista koskevien varausten lainvastaisen perustamisen seurauksena, oli lainvastainen. Ranskan valtio ryhtyi tämän vuoksi muokkaamaan EDF:n tilinpäätöstä. Yrityssopimuksessa ”Valtio–EDF 1997–2000”, joka allekirjoitettiin 8.4.1997, määrättiin EDF:n kirjanpidon sekä sen ja valtion välisten taloudellisten suhteiden säännönmukaistamisesta sähkön sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä 19.12.1996 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 96/92/EY (EYVL 1997, L 27, s. 20) tarkoitettua sähkömarkkinoiden avaamista silmällä pitäen.

7. Ennen lain nro 97-1026 antamista EDF:n tilinpäätös näytti seuraavalta: i) vastaavaa-puolella kohtaan ”Konsessioon liittyvät aineelliset hyödykkeet” oli merkitty 285,7 miljardia Ranskan frangia (FRF), joista noin 90 miljardia FRF liittyi suurjänniteverkkoon, ja ii) vastattavaa-puolella kohtaan ”Varaukset” oli merkitty noin 38,5 miljardia FRF:a, jotka koskivat suurjänniteverkkoa, ja kohtaan ”Konsessioon liittyvän käyttöomaisuuden vasta-arvo” toteutetut uudistamiskustannukset. Tähän kohtaan oli kirjattu 145,2 miljardia FRF:a, joista 18,3 miljardia liittyi suurjänniteverkkoon.

8. Lain nro 97-1026 4 §:n mukaisesti EDF:n taseeseen tehdyistä käyttöomaisuutta koskevista muutoksista päätettiin ja ilmoitettiin EDF:lle 22.12.1997 talous-, valtiovarain- ja teollisuusministerin sekä budjetista ja Ranskan teollisuudesta vastaavien valtiosihteerien kirjeellä (ks. jäljempänä 25 ja 26 kohta).

9. Komissio teki hallinnollisessa menettelyssä kolme samanaikaista EDF:ää koskevaa päätöstä, jotka julkaistiin 16.11.2002 (EYVL C 280, s. 8). Se aloitti EY 88 artiklan 2 kohdan mukaisen muodollisen tutkintamenettelyn edusta, joka EDF:lle koitui suurjänniteverkkoa koskevien uusimisvarausten aiheuttaman yritysveron pienenemisen ansiosta. Riidanalaisen päätöksen 3 artiklassa todetaan, että EDF:n vuonna 1997 saama käyttöomaisuuden uusimisvarauksien tuoma osittainen veroetu, joka vastaa suuruudeltaan 14,119 miljardin FRF:n jo toteutettuja uudistuksia vastaavia konsession antajan oikeuksia, jotka siirrettiin kohtaan ”pääomasijoitukset”, on valtiontukea, joka ei sovellu yhteismarkkinoille, ja että kyseessä olevan tuen suuruus on 888,89 miljoonaa euroa. Riidanalaisen päätöksen 4 artiklan nojalla Ranskan oli perittävä takaisin 1,217 miljardin euron suuruinen tuki (korkoineen), ja tämä summa maksettiin tosiasiassa takaisin Ranskan valtiolle.

III Valituksenalainen tuomio

10. EDF vetoaa kanteensa tueksi kolmeen kanneperusteeseen. Unionin yleinen tuomioistuin tarkasteli ainoastaan ensimmäistä kanneperustetta ja toisen kanneperusteen kolmea ensimmäistä osaa ja hylkäsi ensimmäisen kanneperusteen ja toisen kanneperusteen kaksi ensimmäistä osaa. Se hyväksyi toisen kanneperusteen kolmannen osan ja kumosi riidanalaisen päätöksen 3 ja 4 artiklan, joista EDF oli lähinnä väittänyt, että valtio oli kyseessä olevan toimenpiteen toteuttaessaan menetellyt kuten asiantunteva yksityinen markkinataloussijoittaja.

11. Unionin yleinen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 233–237 kohdassa lähinnä, että se, että valtion toimenpide toteutetaan lain muodossa, ei yksinään riitä sulkemaan pois sitä, että valtion yrityksen pääoman osalta toteuttamalla toimenpiteellä on taloudellinen päämäärä, jota myös yksityinen sijoittaja saattaisi tavoitella. Valituksenalaisen tuomion 243–245 kohdassa se totesi, että lain nro 97-1026 4 §:n säännökset eivät ole verosäännöksiä sinänsä vaan kirjanpitosäännöksiä, joilla on verovaikutuksia. Unionin yleinen tuomioistuin totesi tämän tuomion 247–250 kohdassa, että kun otetaan huomioon tavoiteltu päämäärä, Ranskan valtiolla EDF:ltä olevan saatavan pelkkä verotuksellinen luonne ja pelkästään se, että Ranskan valtio on turvautunut lakiin, eivät tarkoita, että komissio voi laillisesti kieltäytyä soveltamasta yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta.

12. Valituksenalaisen tuomion 251 ja 252 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi, ettei voida sulkea pois sitä, että sijoituksen muoto johtaa pääoman sitomisesta aiheutuvia kustannuksia ja sen tuottoa koskeviin eroihin, joiden perusteella saatetaan katsoa, ettei yksityinen sijoittaja olisi tehnyt tällaista sijoitusta samanlaisissa olosuhteissa. Tämä edellyttää kuitenkin yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisen yhteydessä tehtävää taloudellista analyysiä, jonka komissio oli tieten tahtoen jättänyt tekemättä. Unionin yleinen tuomioistuin päätteli valituksenalaisen tuomion 253 kohdassa, ettei komissio näin ollen voinut rajoittaa tutkimusta Ranskan tasavallan hyväksymien säännösten verovaikutuksiin tutkimatta samanaikaisesti – ja mahdollisesti hyläten tämän tutkimuksen päätteeksi – väitettä, jonka mukaan toimenpide täytti yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen.

IV Asian tarkastelu

13. Komissio vetoaa kahteen valitusperusteeseen: i) unionin yleinen tuomioistuin on ottanut asian taustalla olevat tosiseikat huomioon vääristyneellä tavalla ja ii) se on tehnyt oikeudellisen virheen arvioidessaan yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisalaa. Kaikkia asianosaisten ja muiden osapuolten väitteitä ei ole tarpeen toistaa yksityiskohtaisesti erillisessä osassa. Ratkaisuehdotuksen tulkinnan helpottamiseksi sisällytän nämä väitteet sen sijaan asiaa koskevaan tarkasteluun.

A *Ensimmäinen valitusperuste: tosiseikkojen huomioon ottaminen vääristyneellä tavalla*

14. Komissio, Iberdrola ja EFTAn valvontaviranomainen (jäljempänä viranomainen) väittävät lähinnä, että toisin kuin valituksenalaisessa tuomiossa on todettu, Ranskan tasavalta ei tosiasiassa muuntanut verosaatavaa pääomaksi vaan ainoastaan myönsi EDF:lle yhteisöveron vapautuksen muodossa olevan tuen. EDF ja Ranskan hallitus vaativat sen sijaan ensimmäisen valitusperusteen hylkäämistä.

15. EDF väittää ensinnäkin, ettei ensimmäistä valitusperustetta voida ottaa tutkittavaksi, sillä siinä unionin tuomioistuinta vaaditaan tutkimaan uudelleen unionin yleisen tuomioistuimen EDF:n taseen muokkaamisesta esittämä arviointi.

16. Huomautan valitusperusteesta, joka koskee todisteiden huomioon ottamista vääristyneellä tavalla, että vaikka on ainoastaan unionin yleisen tuomioistuimen tehtävänä arvioida sille esitetyn selvityksen näyttöarvoa,[5] unionin tuomioistuin on kuitenkin katsonut, että tällainen valitusperuste voidaan ottaa tutkittavaksi.[6] Käsiteltävässä asiassa EDF:n oikeudenkäyntiväite olisi hylättävä. Komissio ei selvästikään pyri ainoastaan siihen, että unionin yleisen tuomioistuimen arviointi EDF:n taseen muokkaamisesta tutkittaisiin uudelleen. Unionin tuomioistuimelle esitetyistä väitteistä ja asiakirjoista ilmenee pikemminkin, että olemassa on todellinen ja välitön vaara siitä, että unionin yleinen tuomioistuin on ottanut asian tosiseikat huomioon vääristyneellä tavalla ja tehnyt virheen niiden luonnehdinnassa.

17. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on nimittäin niin, että kun valittaja väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen toteamuksia, joiden paikkansapitämättömyys käy ilmi asiakirja-aineistosta, tai ottaneen sille esitetyt todisteet vääristyneellä tavalla huomioon, väitteet tosiseikkoja koskevista toteamuksista ja niiden arvioinnista valituksenalaisessa tuomiossa voidaan ottaa tutkittaviksi.[7] Todisteiden arviointi kuuluu selvästi unionin yleisen tuomioistuimen tehtäviin eikä unionin tuomioistuin voi tarkastella niitä uudelleen lukuun ottamatta tilanteita, joissa unionin yleinen tuomioistuin on ottanut todisteet huomioon vääristyneellä tavalla päättelemällä niistä asioita, joita niitä ei ilmennyt – juuri kuten käsiteltävässä asiassa on mielestäni tapahtunut.[8] Todisteiden huomioon ottamisesta vääristyneellä tavalla[9] (dénaturation) on kyse silloin, kun aineellista kysymystä käsittelevä tuomioistuin ylittää toimivaltansa tulkitessaan (sopimuksen, testamentin, kertomuksen, tuomion tai ulkomaisen lain kaltaista) asiakirjaa, jonka sanamuoto on selkeä ja yksiselitteinen, tavalla, joka on ristiriidassa mainitun asiakirjan sanamuodon kanssa.[10]

18. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että ensimmäinen valitusperuste on otettava tutkittavaksi.

19. Kun tarkastellaan puolestaan ensimmäisen valitusperusteen aineellista sisältöä, näyttää siltä, että unionin yleinen tuomioistuin todellakin teki virheen tosiseikkojen luonnehdinnassa etenkin siltä osin kuin se väitti, että Ranskan tasavalta oli muuntanut verosaatavan pääomaksi (ks. mm. valituksenalaisen tuomion 258 kohta), vaikka tämä valtio tosiasiassa myönsi EDF:lle valikoivan yhteisöveron vapautuksen.[11]

20. Vastoin EDF:n esittämiä väitteitä ja kuten jäljempänä osoitetaan, tosiseikkojen huomioon ottaminen vääristyneellä tavalla käy selvästi ilmi unionin tuomioistuimelle esitetyistä asiakirjoista, joten sen ei ole tarpeen suorittaa uutta tosiseikkojen yksityiskohtaista arviointia.

21. Ranskan hallitus pyrkii perustelemaan unionin yleisen tuomioistuimen näkemystä väittämällä, että verosaatava muutettiin pääomaksi osana EDF:n taseen muokkaamista, sillä yksi tämän prosessin vaiheista oli pääomapohjan vahvistaminen.

22. On kiistatonta, että EDF:n pääomapohjan vahvistaminen oli meneillään samanaikaisesti, eikä sitä pidetty itsessään valtiontukena. On kuitenkin korostettava, että valtiontueksi määriteltiin *verovaikutukset*, jotka ovat pääomapohjan vahvistamisesta irrallisia (ks. valituksenalaisen tuomion 241 kohta). Pidän Ranskan hallituksen väitettä tarpeettomana, sillä mielestäni on selvästikin katsottava, että verovelasta luopuminen ja sen muuntaminen alkupääomaksi ovat kaksi erillistä ja perättäistä toimenpidettä. Ranskan hallitus vaikuttaa myöntävän tämän vastineensa 97 kohdassa.

5 — Asia C-136/92 P, komissio v. Brazzelli Lualdi ym., tuomio 1.6.1994 (Kok., s. I-1981, 66 kohta).

6 — Ks. mm. asia C-53/92 P, Hilti v. komissio, tuomio 2.3.1994 (Kok., s. I-667, 42 kohta).

7 — Ks. asia C-237/98 P, Dorsch Consult v. neuvosto ja komissio, tuomio 15.6.2000 (Kok., s. I-4549, 35 ja 36 kohta).

8 — Ks. julkisasiamies Tesauron 5.6.1997 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-362/95 P, Blackspur DIY ym. v. neuvosto ja komissio, tuomio 16.9.1997 (Kok., s. I-4775, ratkaisuehdotuksen 32 kohta).

9 — Ks. myös edellä alaviitteessä 6 mainittu asia Hilti v. komissio, tuomion 42 kohta.

10 — Ks. julkisasiamies Sharpstonin 14.5.2009 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-141/08 P, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware v. neuvosto, tuomio 1.10.2009 (Kok., s. I-9147, ratkaisuehdotuksen 72 kohta).

11 — Asia C-387/92, Banco Exterior de España, tuomio 15.3.1994 (Kok., s. I-877, 14 kohta). Ks. myös asia C-6/97, Italia v. komissio, tuomio 19.5.1999 (Kok., s. I-2981, 16 kohta).

23. Asiakirja-aineiston tarkastelu vahvistaa selvästi, ettei verotettavaa määrää ole kirjattu mihinkään näistä asiakirjoista. Niihin ei sisälly verotuspäätöstä, viitteitä maksettavasta verosaatavasta eikä päätöstä verotettavan määrän osoittamisesta EDF:n pääomapohjan vahvistamiseen. Jos noudatettaisiin unionin yleisen tuomioistuimen tulkintaa sille esitetyistä asiakirjoista ja tosiseikoista, verotettavan määrän osoittaminen olisi pääteltävä ainoastaan siitä, ettei laissa nro 97-1026 ja/tai 22.12.1997 päivätyssä kirjeessä mainita tätä seikkaa lainkaan.

24. Unionin yleinen tuomioistuin totesi nimittäin valituksenalaisen tuomion 242 kohdassa, että ”kaikki osapuolet ovat yhtä mieltä siitä, että 14,119 miljardin FRF:n summasta olisi pitänyt kantaa vero ennen sen kirjaamista kohtaan ’[Pääomasijoitus]’”.

25. Valituksenalaisen tuomion 239–242 kohdasta seuraa, että EDF:n taseeseen kirjattiin kaikki sen taseen muokkaamistoimenpiteet, joilla ensinnäkin vahvistettiin yrityksen nettotulosta ja toiseksi vakautettiin valtion ja EDF:n välistä taloudellista suhdetta yleisesti sovellettavia säännöksiä lähellä olevin perustein (ks. valituksenalaisen tuomion 31 kohta).

26. Huomioon on otettava erityisesti seuraavat seikat: i) suurjänniteverkon perustana oleva omaisuus kirjattiin uudelleen 90,325 miljardin FRF:n osalta ”omaksi käyttöomaisuudeksi”, ii) suurjänniteverkon uudistamista koskevat käyttämättömät varaukset kirjattiin jakamattomaksi voitoksi ja uudelleen tappiontasaukseksi siten, että tätä tuloslaskelmaa on pienennetty ja summa on merkitty rahastoihin (lisään, että tätä tapahtumaa verotettiin) ja iii) ”konsession antajan oikeudet” merkittiin 14,119 miljardin FRF:n osalta suoraan kohtaan ”[Pääomasijoitus]”.

27. Merkillepantavaa on kuitenkin se, että verotettavan määrän, jonka maksamisesta EDF oli vapautettu, muuntamista pääomaksi ei kirjattu mitenkään yrityksen tileihin.

28. On nimittäin niin, että ”– – Ranskan viranomaiset myöntävät itse, että muokkaus oli lainvastainen. Komissiolle 9.4.2002 osoitetussa huomautuksessaan [Ranskan talous-, valtiovarain- ja teollisuusministeriön veroasioiden pääosaston virkamiehet] toteavat, että ’[konsession antajan oikeudet], jotka koskevat jo toteutettuja suurjänniteverkkoon kohdistuneita uudistustöitä, ovat epäoikeutettua velkaa, jonka merkitseminen pääomaksi on perusteettomasti vapauttanut verosta’ ja että ’tämä varaus olisi pitänyt ennen omaan pääomaan merkitsemistä siirtää [vastattavaa-puolelta vastaaviin] niin, että se olisi vaikuttanut positiivisesti verotettavaan nettovarallisuuteen [yleisen verokoodeksin] 38 §:n 2 momentin mukaisesti’” (ks. riidanalaisen päätöksen 89 kohta).

29. Veroasioiden pääosaston yksiselitteisestä lausunnosta huolimatta mitään verosaatavaa ei kirjattu asianmukaisesti ennen ”saatavan” määrän merkitsemistä pääomaan.

30. Käsiteltävässä asiassa vaikuttaa todellakin siltä, ettei olemassa ollut saatavaa eikä velkaa, josta olisi voitu luopua. Kuten Iberdola huomautti, saatavaa ei muunnettu pääomaksi eikä viranomaisilla ilmeisesti ollut myöskään aikomusta tehdä niin. Vaikuttaa jopa siltä, että unionin yleinen tuomioistuin nojautui Ranskan hallituksen yritykseen perustella toimintaansa jälkikäteen yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen perusteella. Mielestäni näillä väitteillä – etenkin, kun ne on esitetty in tempore suspecto – ei voida muuttaa taannehtivasti verovapautusta toimenpiteeksi, jota voitaisiin verrata saatavan pääomaksi muuttamiseen.

31. Unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 282 kohdassa, ettei olemassa ollut verosaatavaa tai velkaa, josta olisi voitu luopua: ”– – Ennen lain nro 97-1026 antamista ja EDF:n katsomista suurjänniteverkon omistajaksi mitään maksettavaa veroa ei ollut. Koska Ranskan tasavalta on sittemmin luopunut veron kantamisesta, sitä ei enää ollut maksettava eikä se tämän vuoksi olisi voinut näkyä taseessa yrityksen velkana.”

32. Olen komission kanssa samaa mieltä siitä, että jos unionin yleisen tuomioistuimen tekemä tosiseikkojen tarkastelu hyväksyttäisiin, se johtaisi implisiittiseen ja peiteltyyn pääomankorotukseen, joka tehtäisiin ilman lainsäätäjän nimenomaista hyväksyntää ja veroviranomaisten suositusten vastaisesti.

33. Tässä yhteydessä valituksenalaisen tuomion 243 kohta on keskeinen unionin yleisen tuomioistuimen päättelyn kannalta. Tuossa kohdassa unionin yleinen tuomioistuin vaikuttaa pitävän väitettä, jonka mukaan lain nro 97-1026 4 §:llä oli tarkoitus muokata EDF:n tilinpäätöstä ja lisätä sen omaa käyttöomaisuutta, perusteena päätellessään, että ”kysymys ei siten ole verosäännöksistä sinänsä vaan kirjanpitosäännöksistä, joilla on verovaikutuksia, kuten – – 22.12.1997 EDF:lle [osoitetusta] kirjeestä ilmenee.”

34. Unionin yleisen tuomioistuimen päättely perustuu nimittäin lopulta havaintoon, jonka mukaan Ranskan valtio oli toteuttanut investoinnin ja erityisesti ”[korottanut] [EDF:n] pääomaa luopumalla verosaatavasta” (ks. valituksenalaisen tuomion 246 kohta). Valituksenalaisen tuomion merkitykselliset kohdat vahvistavat, että tämä seikka on unionin yleisen tuomioistuimen päättelyn perusta ja sen mielestä olennainen kysymys, joka oli ratkaistava, jotta se voisi lausua EDF:n toisen kanneperusteen kolmannesta osasta.

35. Tämä ajatus on koko tuomion punainen lanka. Siihen viitataan melko eksplisiittisesti tuomion 248, 249, 250, 252, 253, 258 ja 259 kohdassa. Unionin yleinen tuomioistuin viittaa lisäksi tavoitteisiin, joihin oletettavasti pyritään valituksenalaisen tuomion 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 ja 259 kohdissa.

36. Unionin yleinen tuomioistuin on selvästikin perustanut arviointinsa lain nro 97-1026 4 §:n sanamuotoon. Ranskan hallituksen ja EDF:n päättely tukeutuu kokonaisuudessaan vahvasti kyseisen säännöksen sanamuotoon. Ranskan hallituksen ja EDF:n mukaan 4 §:n sanamuodosta ilmenee, että unionin yleinen tuomioistuin katsoi perustellusti, että vuonna 1997 annettu tuki oli pääomasijoitus. Katson kuitenkin näistä väitteistä poiketen, että lain nro 97-1026 4 §:n sanamuoto ei johda väistämättä päätelmään siitä, että tuki oli pääomasijoitus. Ranskan hallitus ei myöskään ole osoittanut lausumissaan, että rahoitustoimien luonteesta johtuu väistämättä, että ne ovat pääomasijoituksia. Edellä esitetyn perusteella on selvästi hylättävä myös Ranskan hallituksen väite siitä, että väitetty pääomasijoitus toteutettiin ”erittäin avoimesti” (koska se toteutettiin lain muodossa).

37. Rahoitustoimi oli toteutettu enintään muodollisesti avoimesti muttei missään tapauksessa sisällöltään avoimesti.

38. Lain nro 97-1026 4 §:ssä esitetään nimenomaisesti ainoastaan sen kattamien rahoitustoimien vaikutukset kirjanpitoon. Siinä ei kuitenkaan säädetä kyseisten toimien veroseuraamuksista tai -vaikutuksista. EDF näyttää myöntävän tämän vastineessaan. Kuten komissio huomautti, lain tekstiin ehdotettu muutos hylättiin lainsäädäntömenettelyssä, koska sillä pyrittiin määrittelemään kirjanpitomenettely, jolla kyseisiin rakenteisiin liittyvät varaukset voitaisiin muuntaa omaksi käyttöomaisuudeksi.[12]

39. Riittää, kun ensiksi huomautetaan, ettei mikään laissa nro 97-1026 viittaa siihen, että Ranskan valtio olisi toteuttanut toimenpiteen, joka käsitti verosaatavan muuntamisen EDF:n pääomaksi. Toiseksi Ranskan parlamentin talousvaliokunnan raportista, joka laadittiin lakitekstin käsittelyn aikana, ilmenee, ettei lainsäätäjä ollut päättänyt veromenettelystä, jolla suurjänniteverkon konsession kattamiin sähkönsiirtorakenteisiin liittyvät varaukset voitaisiin muuntaa omaksi käyttöomaisuudeksi. Kyseinen raportti vahvistaa ennen kaikkea, ettei laissa mainita lainkaan sen säännösten mukaisesti tehtävästä kirjanpidollisesta oikaisusta aiheutuvia veroseuraamuksia.

40. Ranskan hallituksen EDF:lle 22.12.1997 lähettämän kirjeen perusteella näyttää siltä, että Ranskan viranomaiset itse erottivat selvästi toisistaan taseen muokkaamiseen liittyvät toimenpiteet (ks. kirjeen liite 1) ja veroseuraamukset (ks. kirjeen liite 3). Kuten komission huomautti, liitteestä 1 ilmenee ainoastaan konsession antajien oikeuksien merkitseminen 14,119 miljardin FRF:n osalta suoraan kohtaan ”pääomasijoitus”, kun taas liitteessä 3 poistetaan toimenpiteestä EDF:lle aiheutuvat veroseuraamukset. Tämänkään asiakirjan perusteella ei voida päätellä, että verosaatava olisi muunnettu pääomaksi.

12 — Ks. komission kannekirjelmän liitteenä oleva Ranskan parlamentin talousvaliokunnan (Commission des finances, de l’économie générale et du plan) teettämä Migaud-raportti (s. 79–81), jossa käsitellään De Coursonin muutosehdotuksen käsittelyä. Tarkistusta koskevasta keskustelusta ilmenee nimittäin, että valiokunnan pääjäsenet (ja erityisesti sen puheenjohtaja ja esittelijä) katsoivat, että hyväksyttävään säännökseen olisi sisällyttävä se, että EDF maksaa yhteisöveron pääomaksi muunnetun varauksen määrästä.

41. Kun tarkastellaan Ranskan viranomaisten komissiolle 9.4.2002 lähettämää kirjettä, tilanne on sama: senkään perusteella ei voida päätellä, että Ranskan valtio olisi muuntanut verosaatavan pääomaksi.

42. Unionin tuomioistuimelle esitetyistä asiakirjoista ilmenee, että Ranskan viranomaiset esittivät EDF:lle myönnetyn verovapautuksen myöhäisessä vaiheessa hallinnollista menettelyä – vasta 9.12.2002 eli 18 kuukautta tutkinnan aloittamisen jälkeen – toimenpiteenä, joka oli ”verrattavissa ylimääräiseen pääomasijoitukseen” ja merkillepantavaa on, että näin tehdessään Ranskan viranomaiset eivät esittäneet mitään objektiivista näyttöä väitteidensä tueksi.

43. Kuten komissio aivan oikein huomautti unionin yleiselle tuomioistuimelle 3.2.2005 esittämissään huomautuksissa, EDF esitti hypoteettista markkinataloussijoittajan näkökulmaa koskevan tutkimuksen, mutta sekin laadittiin vasta jälkikäteen, kun EDF yritti perustella taannehtivasti kyseessä olevan toimenpiteen taloudellista logiikkaa. Toisin sanoen toimenpide pyrittiin esittämään verosaatavan muuntamisena pääomaksi; tällainen tapahtumien tulkinta ei tosiseikkojen nojalla näytä vastaavan todellisuutta, ja vaikuttaa siltä, ettei Ranskan tasavaltakaan pitänyt tulkintaa todellisuuden mukaisena kyseisen taseen muokkauksen aikaan.

44. Kolmanneksi se, että unionin yleinen tuomioistuin poikkesi asian tosiseikoista ottamalla ne siinä määrin vääristyneesti huomioon, että se lopulta lausui muusta kuin sen käsiteltäväksi saatetusta asiasta, käy selvästi ilmi valituksenalaisen tuomion 242 kohdasta. Unionin yleinen tuomioistuin korosti mainitussa kohdassa, että kaikki osapuolet olivat yhtä mieltä siitä, että kyseessä olleesta toimenpiteestä olisi pitänyt kantaa vero. Sen sijaan valituksenalaisen tuomion 266–269 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin ilmaisee epäilyksensä siitä, onko vero tosiasiassa maksettava vastaavissa olosuhteissa. Unionin tuomioistuimelle esitettyjen asiakirjojen perusteella vaikuttaa kuitenkin siltä, että kyseessä olevasta tapahtumasta – siinä muodossa kuin se toteutettiin – olisi todellakin pitänyt kantaa vero.

45. Mielestäni unionin yleinen tuomioistuin ei voinut tosiseikkana todeta, että verosaatavasta luopumisen seurauksena oli tehty pääomasijoitus, sillä olemassa ei ollut mitään objektiivista näyttöä siitä, että tällainen toimenpide olisi tosiasiassa tehty.

46. Koska tällaista objektiivista näyttöä ei selvästikään ollut, unionin yleisen tuomioistuimen päätelmä siitä, että pääomasijoitus oli tehty, on sille esitettyjen asiakirjojen vääristyneeseen tulkintaan perustuva havainto.

47. Kuten komissio huomauttaa, jos unionin yleisen tuomioistuimen havainto vaihtoehtoisesti tulkittaisiin objektiivista tosiseikkaa koskevan havainnon sijasta tosiseikkojen oikeudelliseksi luonnehdinnaksi, joka perustuu veron implisiittistä ja peiteltyä muuntamista pääomaksi koskevaan olettamaan, tai tällaista muuntamista vastaavaksi tapahtumaksi, tämä tosiseikkojen oikeudellinen luonnehdinta olisi ilmeisen virheellinen, sillä se horjuttaisi unionin yleisen tuomioistuimen koko päättelyketjua.

48. Valituksenalaisen tuomion 225 kohdassa huomautetaan perustellusti, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella ei ole merkitystä, kun valtion toimenpide ei ole luonteeltaan taloudellinen. Asianlaita on näin, kun viranomaiset maksavat tuen suoraan yritykselle tai myöntävät verovapautuksen taikka sopivat sosiaaliturvamaksujen alentamisesta. Näin ollen yhdyn komission näkemykseen siitä, että näyttää jopa siltä, että unionin yleinen tuomioistuin pyrki varsinaisesti kiertämään yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta koskevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön, kun se luonnehti uudelleen kyseessä olevan tapahtuman.

49. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että ensimmäinen valitusperuste on hyväksyttävä.

B *Toinen valitusperuste: EY 87 artiklan tulkinta*

1. Toisen valitusperusteen ensimmäinen osa: perusteet, joiden mukaisesti valtio osakkeenomistajana ja valtio julkisen vallan käyttäjänä erotetaan toisistaan

50. Komissio, Iberdrola ja viranomainen riitauttavat unionin yleisen tuomioistuimen päätelmän, jonka mukaan osakkeenomistajana toimivan valtion ja julkista valtaa käyttävän valtion erottaminen toisistaan riippuu pääasiassa valtion tavoittelemasta päämäärästä – käsiteltävässä asiassa EDF:n pääomapohjan vahvistamisesta – eikä objektiivisista ja tarkistettavissa olevista seikoista, kuten oikeuskäytännössä edellytetään. EDF ja Ranskan hallitus väittävät, että toisen valitusperusteen ensimmäinen osa on hylättävä.

51. EDF ja Ranskan hallitus väittävät ensinnäkin, että toinen valitusperuste perustuu unionin yleisen tuomioistuimen väitetysti tekemään tosiseikkojen huomioon ottamiseen vääristyneellä tavalla, mikä on ensimmäisen valitusperusteen kohteena. Ne katsovat, että kyseiset kaksi valitusperustetta täydentävät toisiaan ja että ensimmäinen valitusperuste on tosiasiassa toisen välttämätön lähtökohta.

52. Mielestäni toinen valitusperuste on kuitenkin ensimmäisestä valitusperusteesta ilmeisen erillinen ja itsenäinen. Näin on huolimatta siitä, että valitus liittyy väistämättä riidanalaisen päätöksen 3 ja 4 artiklaan, jotka koskevat EDF:n vuonna 1997 saamaa veroetua yritysveron pienenemisen vuoksi. Kuten viranomainen ja Iberdrola aivan oikein huomauttivat, riidanalaisen päätöksen 3 ja 4 artikla voidaan nimittäin pysyttää tai kumota sen mukaan, luokitellaanko kyseessä oleva tukitoimenpide pääomasijoitukseksi vai verovapautukseksi, jos järkevä ja asiantunteva yksityinen sijoittaja ei antaisi näitä varoja julkisessa omistuksessa olevan yrityksen käytettäväksi ehdoilla, joilla ”tavanomaisissa markkinatalouden olosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja olisi valmis sijoittamaan varoja yksityiseen yritykseen”. [13]

53. Komission riidanalaisen päätöksen edellä mainitussa kohdassa tekemä olennainen havainto on, että Ranskan valtion vuonna 1997 antama rahoitustuki oli lainvastaista valtiontukea.

54. Mielestäni toinen valitusperuste on joka tapauksessa perusteltu. On nimittäin kiistatonta, että Ranskan valtio käytti käsiteltävässä asiassa julkisen vallan toimivaltuuksiaan.

55. Kun tämän jälkeen tarkastellaan toisen valitusperusteen ensimmäisen osan aineellista sisältöä, mielestäni yksi käsiteltävän valituksen tärkeimpiä seikkoja on, että unionin yleinen tuomioistuin pitää ensisijaisen tärkeänä arvioinnin kohteena olevan toimenpiteen tavoitetta, kun otetaan huomioon, että tällaiselle näkemykselle ei ole perusteita unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä.

56. Unionin tuomioistuimen johdonmukaisen tulkinnan mukaan EY 87 artiklan 1 kohdassa ”ei erotella valtion toimenpiteitä niiden perusteiden tai tavoitteiden perusteella, vaan ne määritetään niiden vaikutuksen mukaan”. [14] Valtion toimenpiteen taustalla olevien tavoitteiden pelkän luonteen perusteella ei nimittäin voida todeta, ettei toimenpide ole valtiontukea. Muuten riittäisi se, että jäsenvaltio vetoaa siihen, että viranomaistoimen päämäärät ovat perusteltuja, voidakseen välttää perustamissopimuksen valtiontukea koskevien määräysten soveltamisen. [15]

57. EDF vastaa tähän väittämällä, ettei unionin yleinen tuomioistuin arvioinut kyseistä toimenpidettä *yksinomaan* sen tavoitteen perusteella. EDF:n mukaan unionin yleinen tuomioistuin arvioi toimenpidettä useiden perusteiden, kuten sen luonteen, kohteen ja tavoitteiden, valossa sekä sen kaikilta kannoilta ja suhteessa yleiseen asiayhteyteen.

13 — Vrt. komission tiedonanto jäsenvaltioille – [ETY] 92 ja 93 artiklan sekä komission direktiivin 80/723/ETY 5 artiklan soveltaminen tuotantosektorin julkisiin yrityksiin (EYVL 1993, C 307, s. 3), 11 kohta.

14 — Yhdistetyt asiat C-71/09 P, C-73/09 P ja C-76/09 P, Comitato Venezia vuole vivere v. komissio, tuomio 9.6.2011 (Kok., s. I-4727, 94 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

15 — Ks. julkisasiamies Tizzanon 29.10.2004 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-172/03, Heiser, tuomio 3.3.2005 (Kok., s. I-1627, ratkaisuehdotuksen 45 kohta).

58. Vaikka voidaan ensi näkemältä hyväksyä, että unionin yleinen tuomioistuin ei perustanut kantaansa yksinomaan toimenpiteen tavoitteeseen, koko valituksenalaisen tuomion lähempi tarkastelu osoittaa kuitenkin, että se tosiasiassa perusti havaintonsa lähinnä – ellei yksinomaan – toimenpiteen tavoitteeseen määrittääkseen, toimiko valtio osakkeenomistajana vai julkisen vallan käyttäjänä. Kuten jäljempänä osoitetaan, ei voida kiistää, että unionin yleinen tuomioistuin piti tarkastelussaan ensisijaisen tärkeänä juuri toimenpiteen tavoitetta.

59. Valituksenalaisen tuomion 229 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin totesi, että ”arvioitaessa, ovatko valtion toteuttamat toimenpiteet seurausta julkisen vallan toimivaltuuksien käyttämisestä vai sen velvoitteista osakkeenomistajana, näitä toimenpiteitä ei ole tarkasteltava niiden muodon vaan luonteen, tavoitteen ja niihin sovellettavien sääntöjen perusteella kuitenkin siten, että huomioon otetaan kyseisillä toimenpiteillä *tavoiteltu päämäärä*” (korostus tässä).

60. Seuraavaksi unionin yleinen tuomioistuin korosti jälleen valituksenalaisen tuomion 233 kohdassa tarvetta määrittää, oliko valtiolla ”taloudellinen päämäärä”, jota myös yksityinen sijoittaja saattaisi tavoitella, sen selvittämiseksi, voidaanko yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta soveltaa. Myös 234 ja 235 kohdissa mainitaan, että tavoiteltu päämäärä on tässä yhteydessä tärkeä. Unionin yleinen tuomioistuin päätteli 236 kohdassa, että ”toimenpidettä ei ole tutkittava pelkästään sen muodon perusteella vaan sen luonteen, tarkoituksen ja *päämäärien* perusteella, mikä edellyttää sen arvioimista kaikilta kannoilta sekä sen asiayhteyden huomioon ottamista” (korostus tässä). Myös 237 kohdassa viitataan tarkasteltavalla toimenpiteellä tavoiteltuun päämäärään.

61. Tämän jälkeen unionin yleinen tuomioistuin totesi vielä valituksenalaisen tuomion 247 kohdassa lopullisesti, että ”*kun otetaan huomioon lailla nro 97-1026 tavoiteltu EDF:n pääomapohjan vahvistamista koskeva päämäärä*, – – saatavan pelkkä verotuksellinen luonne ja pelkästään se, että [Ranskan valtio] on turvautunut lakiin, eivät oikeuta komissiota jättämään tarkistamatta, olisiko yksityinen sijoittaja saattanut samanlaisissa olosuhteissa tehdä yhtä suuren pääomasijoituksen ja onko valtio siten sijoittanut pääomat olosuhteissa, jotka vastaavat tavanomaisia markkinaedellytyksiä” (korostus tässä).

62. Lausuakseen yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen sovellettavuudesta unionin yleinen tuomioistuin otti siis selvästi huomioon tavoitellun päämäärän ja piti sitä ratkaisevan tärkeänä, minkä vuoksi kyseinen ratkaisu perustuu oikeudelliseen virheeseen.

63. Lisäksi on selvää, että ainoa oikeuskäytäntö, jolla unionin yleinen tuomioistuin pyrkii perustelemaan sen, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen sovellettavuuden arvioinnin yhteydessä on otettava huomioon jäsenvaltion väitetysti tavoittelema päämäärä, on yhteisöjen tuomioistuimen asiassa SAT Fluggesellschaft antama tuomio. [16]

64. Kyseisen tuomion käsiteltävän asian kannalta merkityksellisessä kohdassa (30 kohta) yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan viittaa lainkaan toimenpiteellä tavoiteltuun päämäärään.

65. Asia SAT Fluggesellschaft ei ensinnäkään liity valtiontukeen. Kyseisessä asiassa annetulla tuomiolla pyrittiin selvittämään, oliko tietty kansainvälinen järjestö EY 82 artiklassa ja EY 86 artiklassa tarkoitettu ”yritys”. Tarkemmin sanottuna yhteisöjen tuomioistuimelta tiedusteltiin, oliko Euroopan ilmaliikenteen turvallisuusjärjestö (Eurocontrol) yritys.

66. Asian ratkaistakseen yhteisöjen tuomioistuin tutki i) Eurocontrolin toiminnan *luonnetta* (19 kohta), ii) tämän toiminnan *tarkoitusta*, sellaisena kuin se oli määritelty Eurocontrolin perustamisesta tehdyssä yleissopimuksessa (21 kohta), iii) Eurocontrolin *toimivaltaa*, sellaisena kuin se oli määritelty yleissopimuksessa (22 kohta), iv) sen erityisesti reittimaksujen määrittämiseen ja kantamiseen liittyvää *toimivaltaa* (23, 28 ja 29 kohta), v) Eurocontrolin *operatiivista toimintaa* (24 kohta) ja vi) sen *rahoitustapoja* kansainvälisenä järjestönä (26 kohta).

16 — Asia C-364/92, SAT Fluggesellschaft, tuomio 19.1.1994 (Kok., s. I-43, Kok. Ep. XV, s. I-1).

67. Asiassa SAT Fluggesellschaft antamansa tuomion 30 ja 31 kohdassa yhteisöjen tuomioistuin päätteli näin ollen, että ”kokonaisuudessaan tarkasteltuna Eurocontrolin toiminta on – – sellaisten ilmatilan valvontaan ja ohjaukseen liittyvien toimivaltuuksien käyttöä, jotka ovat tyypillisiä julkiselle vallalle. Toiminta ei ole sillä tavalla luonteeltaan taloudellista, että siihen voitaisiin soveltaa perustamissopimuksen kilpailusääntöjä.” Eurocontrol ei näin ollen ollut EY 82 artiklassa ja EY 86 artiklassa tarkoitettu yritys.

68. On huomattava, että käsiteltävässä asiassa unionin yleinen tuomioistuin itse totesi valituksenalaisen tuomion 246 kohdassa, että ”valtio on käyttänyt julkisen vallan toimivaltuuksiaan [kyseisestä verosaatavasta] luopuessaan”. On kiistatonta, että kyseessä oleva toimenpide on yhteydessä julkisen vallan toimivaltuuksien käyttöön. Kuten komissio aivan oikein huomautti, yhteisöjen tuomioistuimen asiassa SAT Fluggesellschaft soveltama arviointiperuste liittyi lisäksi tietyn järjestön luokitteluun yritykseksi eikä valtion toteuttaman tietyn toimenpiteen luokitteluun valtiontueksi, mistä käsiteltävässä asiassa on kyse.

69. Edellä esitetyn perusteella voidaan päätellä ainoastaan, että toisin kuin Ranskan hallitus väittää, asiassa SAT Fluggesellschaft annettu tuomio ei ollut eikä ole merkityksellinen käsiteltävän asian ratkaisun kannalta ja että tämä tuomio on erityisen merkityksetön sen selvittämisessä, voidaanko yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta soveltaa tietyssä EY 87 artiklaan liittyvässä asiassa.

70. Tämän lisäksi katson, että unionin yleinen tuomioistuin ei tosiasiassa edes soveltanut asiassa SAT Fluggesellschaft annetun tuomion 30 kohdassa esitettyjä perusteita. Unionin yleinen tuomioistuin piti valtion tavoittelemaa päämäärää – joka oli mainitun tuomion kannalta epäolennainen arviointiperuste – kaikkein ratkaisevimpana tekijänä ja jätti samalla ottamatta huomioon valtion toiminnan *luonteen*, kun se luopui kyseessä olevasta saatavasta ja kun se omien sanojensa mukaan käytti julkisen vallan toimivaltuuksiaan.

71. Ensinnäkin arviointiperuste, joka perustuu valtion tarkoitukseen, olisi erityisen soveltumaton valtiontuen olemassaolon arviointiin, koska tällainen arviointiperuste on jo luonteeltaan subjektiivinen ja tulkinnanvarainen. Toiseksi, kuten Iberdrola korosti, sellaisten päämäärien huomioon ottaminen, joita jäsenvaltio väitetysti tavoittelee, voi johtaa vääristelyyn, joka vaikuttaa yksityisen ja julkisen sektorin väliseen kilpailuun. Tosiasiallisena vaarana on, että jäsenvaltiot saattaisivat luulla voivansa vedota (jälkikäteen) pelkkiin voiton tavoittelua koskeviin näkökohtiin välttyäkseen valtiontukilainsäädännön soveltamiselta.

72. Unionin yleisen tuomioistuimen tavoitellulle päämäärälle antamaa ratkaisevaa merkitystä on lisäksi vaikea sovittaa yhteen sen seikan kanssa, että ”tuen käsite on luonteeltaan objektiivinen”.[17] On nimittäin muistettava, että unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan ”perustamissopimuksessa määritellyn valtiontuen käsite on oikeudellinen ja sitä on tutkittava objektiivisten seikkojen perusteella”.[18] Valtiontuen olemassaoloa on lisäksi arvioitava ainoastaan käytettävissä olevien objektiivisten ja todennettavien seikkojen perusteella. Muussa tapauksessa komissiolle kuuluva valvontavelvollisuus ei enää olisi entisensä eivätkä unionin tuomioistuimet pystyisi valvomaan ”kokonaisvaltaisesti sitä, kuuluuko jokin toimenpide EY 87 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan”.[19] Juuri tämä on vaarana, jos noudatetaan valituksenalaisessa tuomiossa ehdotettua näkemystä.

17 — Ks. julkisasiamies Légerin 19.3.2002 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-280/00, Altmark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg, tuomio 24.7.2003 (Kok., s. I-7747, ratkaisuehdotuksen 77 kohta; jäljempänä Altmark-tapaus).

18 — Asia C-487/06 P, British Aggregates v. komissio, tuomio 22.12.2008 (Kok., s. I-10515, 111 kohta).

19 — Ks. mm. asia C-83/98 P, Ranska v. Ladbroke Racing ja komissio, tuomio 16.5.2000 (Kok., s. I-3271, 25 kohta).

73. EDF väittää seuraavaksi, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisen kannalta merkitystä on tavoitellun päämäärän lisäksi ennen kaikkea myös asiayhteydellä. Se vetoaa asioihin, joissa komission edellytettiin arvioivan eri toimenpiteiden asiayhteyttä. EDF viittaa erityisesti seuraaviin asioihin: Chronopost I,[20] P&O European Ferries (Vizcaya) ja Diputación Foral de Vizcaya vastaan komissio (P&O European Ferries -tapaus),[21] Bundesverband deutscher Banken vastaan komissio[22] ja Ryanair vastaan komissio (Ryanair-tapaus).[23]

74. On kuitenkin riittävää huomauttaa, että kaikissa näissä asioissa oli kyse luonteeltaan kaupallisista liiketoimista. Chronopost I -tapauksessa kyse oli asiakaskunnan siirtämisestä, P & O European Ferries -tapauksessa lauttalippujen myynnistä, asiassa Bundesverband deutscher Banken vastaan komissio varojen käyttöön antamisesta pankille, joka käytti niitä tämän jälkeen liiketoimintansa kattamiseen, ja Ryanair-tapauksessa lentoasemamaksujen vahvistamisesta eli lentoaseman infrastruktuurin hallinnointiin, joka on taloudellista toimintaa, suoraan yhteydessä olevasta toiminnasta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin teki selväksi erityisesti Ryanair-tapauksessa, että kyseisiä maksuja oli tarkoituksenmukaista luonnehtia maksuiksi eikä veroiksi – eli nyt käsiteltävästä tilanteesta poiketen yksityinen toimija *olisi* voinut ottaa käyttöön mainittuja maksuja koskevan järjestelmän.

75. Vaikuttaa erityisesti siltä, että unionin yleinen tuomioistuin tukeutui Ryanair-tapauksessa antamaansa tuomioon, jolla se myös kumosi komission valtiontukipäätöksen. Se totesi Ryanair-tapauksessa erityisesti, että komissio oli tehnyt oikeudellisen virheen, kun se oli kieltäytynyt tutkimasta yhdessä Vallonian hallintoalueen ja Charleroin lentoaseman Ryanairille myöntämiä etuja ja määrittämästä, toimivatko nämä kaksi elintä yhdessä järkevän markkinataloustoimijan tavoin. On kuitenkin ilmeistä, että käsiteltävä asia on erotettava Ryanair-tapauksesta. Oikeuskäytännössä oli nimittäin jo tätä ennen todettu Ryanair-tapauksessa kyseessä olleiden toimintojen taloudellinen luonne.[24] Vaikka tuossa asiassa riidanalaiset maksut oli vahvistettu *lainsäädäntöteitse*, toiminnan katsottiin olevan taloudellista, koska ”lentoasemamaksujen vahvistaminen liittyy läheisesti Charleroin lentoaseman käyttämiseen ja hallinnointiin, ja kyseistä toimintaa on pidettävä taloudellisena toimintana”. Tuomiossa katsottiin lähinnä, että sen tosiseikan kieltäminen, että Vallonian hallintoalue saattoi toimia yksityisenä sijoittajana vahvistamalla kyseisiä maksuja, merkitsisi eron tekemistä yksityisten ja julkisten lentoasemien välillä. Lienee paikallaan huomauttaa, ettei komissio valittanut Ryanair-tuomiosta.

76. Tällaisten maksujen vahvistamisesta poiketen yksityinen toimija ei (koskaan) voi luopua verosaatavasta. Katson, että EDF yrittää ilmeisen virheellisesti väittää, että se, ettei valtion käyttämä väline ole yksityisen sijoittajan käytettävissä, ei voi tarkoittaa sitä, ettei yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta voida soveltaa. Oikeuskirjallisuudessa esitetylle näkemykselle siitä, ettei yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta voida soveltaa veroasioissa eli asioissa, joissa kyseessä oleva etu saavutetaan verolainsäädännön keinoin,[25] on selvästi hyvät perusteet.

77. Unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisessa tuomiossa noudattama näkemys on mielestäni hylättävä sitä suuremmalla syyllä siksi, että jos valtio mahdollisesti haluaa toimia yksityisenä sijoittajana, se voi tehdä niin: sen tarvitsee ainoastaan myöntää yritykselle pääomasijoitus *sen jälkeen, kun* se on käyttänyt verotusvaltaansa eli julkisen vallan toimivaltuuksiaan. Vastoin EDF:n

20 — Yhdistetyt asiat C-83/01 P, C-93/01 P ja C-94/01 P, Chronopost ym. v. Ufex ym., tuomio 3.7.2003 (Kok., s. I-6993, 128 kohta; jäljempänä Chronopost I -tapaus).

21 — EDF viittaa julkisasiamies Tizzanon 9.2.2006 esittämään ratkaisuehdotukseen yhdistetyissä asioissa C-442/03 P ja C-471/03 P, tuomio 1.6.2006 (Kok., s. I-4845, ratkaisuehdotuksen 87 kohta).

22 — Asia T-163/05, tuomio 3.3.2010 (Kok., s. II-387).

23 — Asia T-196/04, tuomio 17.12.2008 (Kok., s. II-3643).

24 — Ks. vastaavasti asia T-128/98, Aéroports de Paris v. komissio, tuomio 12.12.2000 (Kok., s. II-3929, 107–109, 121, 122 ja 125 kohta).

25 — Tai yleensä sääntelykeinoin. Ks. mm. Hancher, L., Ottervanger, T. ja Slot, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, s. 74; Jaeger, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, 195 kohta; Mamut, M.-A., ”Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen”, teoksessa Jaeger (toim.), *Jahrbuch Beihilferecht 09*, s. 341 ja Haslehner, W., ”Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen”, teoksessa Jaeger (toim.), *Jahrbuch Beihilferecht 2011*, NWV, 2011, s. 273.

väitteitä siitä, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisalaa rajoitettaisiin tällä tavalla liikkaa, mikä johtaisi julkisten yritysten syrjintään, tässä yhteydessä puoltamani näkemys ei siis johtaisi julkisten yritysten syrjintään. Sen tarkoituksena on ainoastaan välttää yksityisten yritysten syrjinnän vaara.

78. Kuten viranomainen huomautti, vaikka valtio voi joissakin tilanteissa luoda yrityksiin sopimussuhteita tai kaupallisia suhteita, EDF:n velka Ranskan valtiolle ei käsiteltävässä asiassa ollut luonteeltaan lainkaan sopimukseen perustuva tai kaupallinen. Se oli verovelka. Verot määrää valtio, eikä verovelkaa synny vapaaehtoisten sopimussuhteiden tai kaupallisten suhteiden tuloksena. Unionin tuomioistuin on joka tapauksessa erottanut toisistaan toiminnot, joita valtio toteuttaa sijoittajana, ja toiminnot, joita se toteuttaa velkojana. [26]

79. Viranomainen jatkoi, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen mukaan on lisäksi niin, että kun yritys saa tukea julkisista varoista, tuki on valtiontukea, jos yksityinen sijoittaja ei tavanomaisissa olosuhteissa olisi tehnyt vastaavaa sijoitusta. Jos valtio sen sijaan toimi minkä tahansa tavanomaisin markkinaedellytyksin toimivan tavanomaisen yksityisen osakkeenomistajan tavoin, rahoitustukea ei katsottaisi valtiontueksi. Kuten viranomainen korosti, on selvää, että valtio määrää veroja osana julkisen vallan käyttöään. Voidaan tuskin väittää, että valtiolla on verotusvalta yksityisen sijoittajan ominaisuudessa. Verojen määräämisen vastinpari eli verovelasta luopuminen on sekin toimintaa, jonka valtio toteuttaa julkisen vallan käyttäjänä. Valtio toteuttaa näin ollen verotustoimiaan eli määrää, kantaa tai palauttaa veroja tai vapauttaa niistä epäilemättä osana julkisen vallan käyttöään, eikä se voi lähtökohtaisesti tehdä näin yksityisen sijoittajan ominaisuudessa.

80. Tästä syystä unionin tuomioistuin on tehnyt tärkeän eron. Se totesi asiassa Espanja vastaan komissio (Hytasa-tapaus) [27] antamassaan tuomiossa seuraavaa: ”Velvollisuudet, joita valtiolla on yhtiön osakkaana, on erotettava niistä velvollisuuksista, joita sille julkisena valtana kuuluu. Koska kyseiset kolme yhtiötä olivat muodoltaan osakeyhtiöitä, osakepääoman omistaja Patrimonio del Estado olisi ollut vastuussa yhtiöiden veloista ainoastaan niiden varojen likvidointiarvoon saakka. Tämä tarkoittaa – – ettei [yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen] soveltamisessa pidä ottaa huomioon irtisanomisesta, työttömyysetuuksien maksamisesta ja teollisen infrastruktuurin rakenneuudistuksesta aiheutuvia kustannusvelvoitteita.”

81. Asiassa Saksa vastaan komissio (Gröditzer-tapaus) [28] yhteisöjen tuomioistuin totesi, että ”sen ratkaisemiseksi, sisältyykö [Gröditzer Stahlwerken (GS)] yksityistämiseen 340 miljoonan DEM:n negatiivisella myyntihinnalla valtiontueksi katsottavia seikkoja, on arvioitava, olisiko kooltaan julkista sektoria hoitaviin organisaatioihin rinnastettavissa oleva yksityinen sijoittaja saattanut tehdä samanlaisissa olosuhteissa yhtä suuria pääomasijoituksia mainitun yrityksen myynnin yhteydessä vai olisiko se päättänyt purkaa yrityksen”. [29] Yhteisöjen tuomioistuin muistutti jälleen, että on tehtävä ero valtiolle yhtiön osakkaana kuuluvien velvoitteiden ja sille julkisen vallan käyttäjänä kuuluvien velvoitteiden välillä.

82. Tämän jälkeen julkisasiamies Léger totesi asiassa Altmark esittämässään ratkaisuehdotuksessa, [30] että yhteisöjen tuomioistuin soveltaa yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta ainoastaan tilanteissa, joissa *valtion toimenpide on luonteeltaan taloudellinen*. Hän totesi, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella on merkitystä, koska yksityinen toimija (sijoittaja, pankki, vakuutuslaitos, yritys tai velkoja) voi ainakin periaatteessa omaksua valtion menettelytavan voittoa tavoitellakseen. Sitä vastoin

26 — Asia C-342/96, Espanja v. komissio, tuomio 29.4.1999 (Kok., s. I-2459, 46 kohta).

27 — Yhdistetyt asiat C-278/92-C-280/92, Espanja v. komissio, tuomio 14.9.1994 (Kok., s. I-4103, 22 kohta). Ks. myös yhdistetyt asiat T-129/95, T-2/96 ja T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke ja Lech-Stahlwerke v. komissio, tuomio 21.1.1999 (Kok., s. II-17, 119 kohta) ja valtiontuesta C 2/06 (ex N 405/05), jonka Kreikka aikoo ottaa käyttöön OTEn vapaaehtoista varhaiseläkejärjestelmää varten, 10.5.2007 tehty komission päätös 2008/722/EY (EUVL L 243, s. 7), 85 ja 86 kohta.

28 — Asia C-334/99, Saksa v. komissio, tuomio 28.1.2003 (Kok., s. I-1139, 133 ja 134 kohta).

29 — Ks. asia C-482/99, Ranska v. komissio, tuomio 16.5.2002 (Kok., s. I-4397, 70 kohta; jäljempänä Stardust Marine -tapaus).

30 — Julkisasiamies Léger’n 14.1.2003 esittämä ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 17 mainitussa asiassa Altmark, ratkaisuehdotuksen 20–27 kohta.

yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella ei ole merkitystä, kun valtion toimenpide ei ole luonteeltaan taloudellinen. Tämänkaltaisissa tilanteissa yksityinen toimija ei voisi toteuttaa valtion toimenpidettä voittoa tavoitellakseen, vaan toimenpide kuuluu valtion julkisen vallan käyttöön, *kuten veropolitiikka* tai sosiaalipolitiikka. Yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella ei näin ollen ole merkitystä, koska julkisen ja yksityisen sektorin *yhdenvertaista kohtelua ei voitaisi mitenkään loukata*. Julkisasiamies päätteli, että näin ollen yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta ei sovelleta valtion toimenpiteisiin, jotka kuuluvat julkisen vallan käyttöön.

83. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin nimittäin aivan oikein totesi Ryanair-tapauksessa, [31] ”vaikka silloin, kun valtio on yksityisenä sijoittajana toimiva yritys, sen menettelyä on tarpeen tarkastella [yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen] kannalta, mainittua periaatetta ei kuitenkaan ole mahdollista soveltaa tilanteessa, jossa valtio toimii julkisen vallan haltijana. Viimeksi mainitussa tilanteessa näet valtion menettelyä ei *milloinkaan* voida verrata markkinatalouden ehdoin toimivan toimijan tai yksityisen sijoittajan menettelyyn.”

84. Asiassa Westdeutsche Landesbank Girozentrale ja Land Nordrhein-Westfalen vastaan komissio antamassaan tuomiossa [32] ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi perustellusti, että ”verotulojen lisääntymistä koskevan osavaltion väitteen osalta on korostettava, ettei osavaltion asemaa julkisoikeudellisena yksikkönä ja sen asemaa yrittäjänä pidä sekoittaa toisiinsa. Verotulojen lisääntymisellä ei ole minkäänlaista merkitystä yksityiselle sijoittajalle.”

85. On vielä korostettava, että unionin tuomioistuin on jo todennut, ettei verojen kerääjänä toimiva elin ole taloudellinen toimija. [33] Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksen kilpailusääntöjä ei myöskään sovelleta toimintaan, jolla luonteensa, siihen sovellettavien sääntöjen sekä tavoitteidensa perusteella ei ole tekemistä taloudellisen vaihdannan kanssa tai joka liittyy julkiselle vallalle kuuluvien toimivaltuuksien käyttämiseen. [34]

86. EDF ja Ranskan hallitus vastaavat tähän väittämällä, että unionin tuomioistuin on joissakin asioissa omaksunut löyhemmän kannan tilanteissa, joissa valtio on käyttänyt toimivaltaansa. Ranskan hallitus väittää, ettei keinoilla ole merkitystä tilanteissa, joissa valtio voi valita useista eri sijoittamisen muodoista. Se väittää, että unionin tuomioistuin on hyväksynyt sen, että toimenpiteitä, jotka eivät ole yksityisten sijoittajien käytettävissä, voidaan verrata yksityisten toimijoiden käyttäytymiseen. [35]

87. Mielestäni on kuitenkin tärkeää, ettei kahta täysin erilaista käsitettä kohdella samalla tavalla. Toisistaan on erotettava (markkinataloudessa toimivan) yksityisen velkojan periaate ja (markkinataloudessa toimivan) yksityisen sijoittajan periaate (yksityinen sijoittaja -arviointiperuste). Vastoin Ranskan tasavallan väitettä, yksityisen sijoittajan asemaa ei nimittäin voida verrata yksityisen velkojan asemaan. Sijoittaja pyrkii saamaan kyseessä oleviin yrityksiin tekemilleen sijoituksilleen tuottoa, kun taas velkojan tarkoituksena on saada perittyä saatavansa maksuvaikeuksissa olevalta velalliselta. [36]

31 — Mainittu edellä alaviitteessä 23, tuomion 85 kohta (kursivointi tässä).

32 — Yhdistetyt asiat T-228/99 ja T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale ja Land Nordrhein-Westfalen v. komissio, tuomio 6.3.2003 (Kok., s. II-435; jäljempänä Westdeutsche Landesbank -tapaus).

33 — Asia C-207/01, Altair Chimica, tuomio 11.9.2003 (Kok., s. I-8875, 35 kohta).

34 — Asia C-309/99, Wouters ym., tuomio 19.2.2002 (Kok., s. I-1577, 57 kohta).

35 — Ranskan hallitus viittaa edellä alaviitteessä 26 mainittuun asiaan Espanja v. komissio, tuomion 46 kohta ja asiaan C-256/97, DM Transport, tuomio 29.6.1999 (Kok., s. I-3913).

36 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 26 mainittu asia Espanja v. komissio, tuomion 46 kohta ja edellä alaviitteessä 35 mainittu asia DM Transport, tuomion 24 kohta. Ks. myös julkisasiamies Poiares Maduron 1.4.2004 esittämä ratkaisuehdotus asiassa C-276/02, Espanja v. komissio, tuomio 14.9.2004 (Kok., s. I-8091, ratkaisuehdotuksen 24 ja 25 kohta) ja asia T-152/99, HAMSA v. komissio, tuomio 11.7.2002 (Kok., s. II-3049), jossa yrityksen velka valtiolle muutettiin pääomaksi ja arvioitiin sitä yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen mukaisesti mutta jossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomautti, että asianmukainen vertailukohde oli yksityinen velkoja.

88. Merkitystä on siis sillä, etteivät Ranskan hallitus tai EDF kumpikaan väittäneet, että kyse oli maksuvaikeuksissa olevasta yrityksestä. Kyse ei selvästikään ole velkojasta, jonka tarkoituksena on periä saatavansa maksuvaikeuksissa olevalta velalliselta. Yksityinen velkoja -arviointiperuste ei myöskään ole riippuvainen valtion toimimisesta osakkeenomistajana, sillä sen mukaan julkisia ja yksityisiä yrityksiä kohdellaan täysin samalla tavoin. Yksityinen velkoja -arviointiperusteen soveltamisessa ei siis ole eriarvoisen kohtelun vaaraa, toisin kuin yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisessa ja nyt käsiteltävänä olevassa tilanteessa.

89. Oikeuskäytäntö, jonka mukaan yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta on sovellettava ”jättäen kaikki yhteiskunnalliset sekä aluepoliittiset ja alakohtaiset näkökannat huomioon ottamatta”, jottei huomioon otettaisi mitään näkökohtia, jotka liittyvät selvästi jäsenvaltion toimintaan julkisen vallan käyttäjänä, johtuu aiemmista asioista.[37]

90. Yksityinen sijoittaja -arviointiperusteesta vahvistettiin oikeuskäytäntöä ensimmäisen kerran asioissa Meura ja Boch II annetuissa tuomioissa.[38] Julkisasiamies VerLoren van Themaat oli kuitenkin jo käsitellyt tätä aihetta asiassa Intermills vastaan komissio esittämässään ratkaisuehdotuksessa.[39] Hän totesi seuraavaa: ”Käsiteltävä asia liittyy selvästi pääoman myöntämiseen vaikeuksissa olevalle yritykselle, minkä komissio on jo todennut tueksi 92 artiklan nojalla. – – Käsiteltävänä olevan Intermills-konsernin yritysten pääomaan osallistumisen tarkoituksena on lisäksi lähinnä tappioiden kattaminen. Mielestäni on selvää, että myös tällainen erittäin laaja tappioiden kattaminen, jolla yritys pidetään keinotekoisesti toiminnassa, on katsottava 92 artiklassa tarkoitetuksi valtiontueksi etenkin, kun alkupääoman myöntämisen pysyvästä luonteesta ja siitä, että edelleen toiminnassa olevat tehtaat eivät vieläkään ole kannattavia neljän vuoden kuluttua tuen myöntämisestä, on pääteltävä, ettei pääomaa olisi ollut mahdollista saada yksityisiltä pääomamarkkinoilta.”

91. Kuten pyrin osoittamaan tässä ratkaisuehdotuksessani, mielestäni on selvää, miksi sekä komission että unionin tuomioistuimen on aina ollut perusteltua tehdä selvä ero valtion julkisen vallan käytön ja sen sijoitustoiminnan välillä siten, että vaikka julkisten toimivaltuuksien mukaisesti toteutetulla toimenpiteellä on pitkälti sama vaikutus kuin toimenpiteellä, jonka valtio olisi ehkä voinut toteuttaa sijoittajana, toimenpide on kuitenkin jätettävä huomiotta, kun arvioidaan väitteitä siitä, että valtio on toiminut markkinataloussijoittajana.[40]

92. Katson, että unionin yleinen tuomioistuin jätti valituksenalaisessa tuomiossa ottamatta huomioon eron, jonka unionin tuomioistuin on huolella tehnyt julkisen vallan käytön (acta iure gestionis) ja valtiojohtoisen liiketoiminnan harjoittamisen (acta iure imperii) välille.[41] Mielestäni unionin yleisen tuomioistuimen näkemys voi johtaa oikeudelliseen epävarmuuteen ja avoimuuden puutteeseen sekä julkisille yrityksille myönnettyihin (vero)etuihin. Lisään vielä, että mainitut etuoikeudet voisivat vaikuttaa erityisen kielteisesti useisiin aloihin, jotka on vastikään yksityistetty tai joita yksityistetään parhaillaan.

37 — Ks. valtiontuesta, jonka Suomi on toteuttanut investointitukena Componenta Oyj:lle, 20.10.2005 tehty komission päätös 2006/900/EY (EUVL L 353, s. 36, 26 kohta) (toisiinsa ei pidä sekoittaa kaupungin toimintaa julkisen vallan käyttäjänä ja yrityksen kaupallisena omistajana) ja valtiontuesta C 56/06 (ex NN 77/06), jonka Itävalta on myöntänyt Bank Burgenlandin yksityistämiseen, 30.4.2008 tehty komission päätös C 56/2006 (EUVL L 239, s. 32): Komissio hylkäsi Itävallan väitteen ja huomautti, että julkisoikeudellisia velkoja ei pidä sekoittaa valtion toimintaa sijoittajana koskevaan tarkasteluun, mutta totesi, että tilanne olisi ollut toinen, jos valtio olisi myöntänyt samantyyppisen takauksen *yksityisoikeudellisessa takaussopimuksessa*.

38 — Asia 234/84, Belgia v. komissio, tuomio 10.7.1986 (Kok., s. 2263, Kok. Ep. VIII, s. 717) ja asia 40/85, Belgia v. komissio, tuomio 10.7.1986 (Kok., s. 2321).

39 — Julkisasiamies VerLoren van Themaatin 11.7.1984 esittämä ratkaisuehdotus asiassa 323/82, SA Intermills v. komissio, tuomio 14.11.1984 (Kok., s. 3809, Kok. Ep. VII, s. 667, ks. ratkaisuehdotuksen s. 3842).

40 — Ks. Khan, N. ja 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.

41 — Acta iure gestionis siltä osin kuin kyseisillä toimenpiteillä pyrittiin ”säännönmukaistamaan” yrityksen kirjanpitoa eli käsiteltävässä asiassa EDF:n tasetta (ks. edellä 6 kohta) ja acta iure imperii, koska Ranskan viranomaiset päättivät EDF:n taseen muokkaamisesta ja ilmoittivat siitä tarkoitusta varten annetulla lailla (ks. edellä 6–8 kohta).

93. Unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisessa tuomiossa omaksuma näkemys on ristiriidassa etenkin EU:n oikeudessa edellytetyn avoimuuden kanssa. Unionin tuomioistuin on todennut esimerkiksi, että ”vääristymätön kilpailujärjestelmä, sellaisena kuin siitä määrätään perustamissopimuksessa, voidaan taata ainoastaan turvaamalla eri taloudellisten toimijoiden yhtäläiset mahdollisuudet”. Unionin tuomioistuin päätteli tästä, että ”*tehokkaan kilpailun ylläpitäminen ja avoimuuden varmistaminen* edellyttävät, että vastuu teknisten eritelmien laatimisesta, niiden soveltamisen valvomisesta ja tyyppihyväksyntien antamisesta on telealalla tavaroita tai palveluja tarjoavista julkisista ja yksityisistä yrityksistä riippumattomalla yksiköllä”.[42] Mielestäni on selvää, että avoimuudella on merkittävä rooli myös EU:n valtiontukilainsäädännössä.

94. Tässä yhteydessä on merkityksellistä viitata asiassa Altmark annettuun tuomioon.[43] Tuossa tuomiossa hyväksyttyjen periaatteiden mukaan on niin, että jotta korvausta julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä ei luokiteltaisi valtiontueksi, edunsaajayrityksen tehtäväksi on tosiasiassa annettava julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on ”määriteltävä tarkasti”. Lisäksi ”ne parametrit, joiden perusteella korvaus lasketaan, on *etukäteen vahvistettava objektiivisesti ja läpinäkyvästi*” (korostus tässä). Asiassa Altmark annetussa tuomiossa asetetun neljännen edellytyksen mukaan olennaista on myös se, että yritys, jonka tehtäväksi julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen annetaan, on valittava julkisia hankintoja koskevassa menettelyssä.

95. Mielestäni on selvää, että valituksenalaisessa tuomiossa tosiasiassa kyseenalaistetaan tietyt asiassa Altmark annettuun tuomioon perustuvan oikeuskäytännön näkökohdat. Yhteisöjen tuomioistuin omaksui asiassa Altmark antamassaan tuomiossa ohjailevan lähestymistavan, jolla se pyrki estämään jäsenvaltioiden vääristelymahdollisuudet (ks. tältä osin myös edellä 71 kohta) ja lisäämään jäsenvaltioiden toiminnan avoimuutta ja selkeyttä markkinoilla.

96. Käsiteltävässä asiassa on mielestäni sovellettava tätä samaa lähestymistapaa. Komissio noudatti näin ollen riidanalaisessa päätöksessä perustellusti periaatteellista linjaa, sillä valtion toiminta julkisen vallan käyttäjänä on erotettava selvästi valtion toiminnasta osakkeenomistajana. Katson, että yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta voidaan soveltaa vasta, kun eri taloudellisilla toimijoilla on tasavertaiset toimintaedellytykset ja ne ovat verotuksellisesti yhdenvertaisia. On muistettava, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen tarkoituksena on juuri estää julkisten ja yksityisten yritysten välinen syrjintä ja varmistaa valtiontukea koskevien perustamissopimuksen määräysten asianmukainen soveltaminen. Kuten edellä on kuitenkin todettu, unionin yleinen tuomioistuin poikkesi valituksenalaisessa tuomiossa tästä yhdenvertaisuuden periaatteesta ja sitä kautta yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen varsinaisesta tarkoituksesta.

97. Tästä seuraa, että toisen valitusperusteen ensimmäinen osa on hyväksyttävä.

2. Toisen valitusperusteen toinen osa: unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt arvioida, olisiko yksityinen sijoittaja, jolla ei ole etuoikeuksia, voinut toimia Ranskan valtion tavoin

98. Komissio, Iberdrola ja viranomainen arvostelevat unionin yleistä tuomioistuinta siitä, ettei se perustanut analyysiään vertailevaan tutkimukseen, joka koski yhtäältä asiantuntevan yksityisen sijoittajan, jolla ei ole etuoikeuksia, käyttäytymistä vastaavissa olosuhteissa ja toisaalta Ranskan valtion, joka voi käyttää julkista valtaa, käyttäytymistä käsiteltävänä olevassa asiassa. EDF ja Ranskan hallitus väittävät, että toisen valitusperusteen toinen osa on hylättävä.

42 — Kursivointi tässä. Ks. asia C-91/94, Tranchant, tuomio 9.11.1995 (Kok., s. I-3911, 18 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

43 — Mainittu edellä alaviitteessä 17, tuomion 89, 90 ja 93 kohta.

99. Vastoin EDF:n väitteitä siitä, että unionin yleinen tuomioistuin analysoi valtion tosiasiallista käyttäytymistä, katson kuitenkin, että kyseisen tuomioistuimen analyysi perustui tosiasiassa tapaan, jolla Ranskan valtio ”olisi voinut” käyttäytyä, jos se olisi toiminut toisin. Unionin yleinen tuomioistuin toteutti tutkimuksen toimintatavasta, jota valtio olisi voinut noudattaa ”pitkässä kaavassaan”. ”Pitkä kaavan” mukaan ensiksi EDF:n pääomaan siirretään nettosumma yritysveron jälkeen, minkä jälkeen EDF:ää vaaditaan maksamaan taseen loppusumman muutosta vastaava vero ja lopuksi myönnetään maksetun veroa määrää vastaava ylimääräinen pääomasijoitus.

100. Komissio huomauttaa tässä yhteydessä aivan oikein, että pitkän kaavan mukaan valtion budjetilla, jota valvotaan tarkkaan, olisi taattu avoimuus, jonka puute on käsiteltävän asian ytimessä. Käsiteltävässä asiassa tosiasiassa sovelletun kaavan johdosta varoihin ei kohdistunut minkäänlaista budjettikuria, verotuksellisen yhdenvertaisuuden periaate jätettiin huomiotta ja EDF sai erityiskohtelun ilman minkäänlaista avoimuutta.

101. Kuten Iberdrola väittää, toteamus, jonka mukaan ei ole väliä, siirretäänkö verotettava määrä suoraan julkisen yrityksen pääomaan – täysin ilman avoimuutta – vai rahoitetaanko tällä summalla valtion budjettia, on selvästi virheellinen. Ei ole lainkaan ilmeistä, että pääomasijoitus, jona unionin yleinen tuomioistuin kyseessä olevaa verovapautusta piti, olisi tosiasiassa tehty, jos Ranskan valtio olisi ensiksi kantanut veron ottaakseen sen budjettiinsa ja tämän jälkeen sovellettavien menettelyjen kautta sijoittanut EDF:ään summan, joka vastasi kannetun veron määrää.

102. Oikeuskäytännöstä käy joka tapauksessa selväksi, että luokiteltaessa toimenpidettä valtiontueksi merkitystä ei ole toimenpiteillä, jotka ”olisi voitu” muutoin toteuttaa. Luokittelussa merkitystä on sen toimenpiteen, jonka jäsenvaltio tosiasiassa toteutti, objektiivisilla ominaispiirteillä. [44]

103. Tämän lisäksi unionin yleinen tuomioistuin totesi perustellusti asiassa BNP Paribas ja BNL vastaan komissio [45] seuraavaa: ”Kun komissio tutkii järjestelmää valtiontukimääräysten valossa, sen tehtävänä ei ole ennakoida subjektiivisia valintoja, joita tämän järjestelmän edunsaajat olisivat voineet tehdä, jos tätä järjestelmää ei olisi ollut olemassa, vaan tutkia tätä järjestelmää määrittääkseen, annetaanko sillä objektiivisesti tarkasteltua taloudellista etua siihen verotukseen verrattuna, josta se muodostaa poikkeuksen ja jota normaalisti sovellettaisiin, jos sitä ei olisi ollut olemassa – – Näkemys, jonka mukaan, jos riidanalaista – – järjestelmää ei olisi ollut, kyseessä olevat yritykset eivät olisi väitteen mukaan luovuttaneet omaisuuseriään, on tällaisen objektiivisen arvioinnin yhteydessä merkityksetön.”

104. On huomattava, että käsiteltävässä asiassa unionin yleisen tuomioistuimen näkemyksen mukaan, että komission olisi suoritettava ”kattava” analyysi, joka toisin sanoen käsittää yhtäältä EDF:lle myönnetystä verovapautuksesta aiheutuvan verotulojen menetyksen ja toisaalta osakkeenomistajana toimineen valtion väitetysti tekemän ylimääräisen pääomasijoituksen. On riittävää todeta, että tämän näkemyksen lähtökohtana on, että verosta saatava tulo oli suoraan yhteydessä väitettyyn pääomasijoitukseen. Tässä vaiheessa on kuitenkin selvää, että jos vero olisi kannettu, se olisi päätynyt valtion budjettiin, eikä veron ja pääomasijoituksen välillä olisi ollut varojen käyttötarkoitusta koskevaa sitovaa yhteyttä.

105. Oikeuskäytännön mukaan veron samanaikainen arviointi toimenpiteen rahoituskeinona on perusteltua ainoastaan, kun vero on erottamaton osa tukea, kuten silloin, kun tietty tulo on ”osoitettu” kyseessä olevaan käyttöön. On nimittäin niin, että ”jotta veronluonteisen maksun voidaan katsoa olevan erottamaton osa tukitoimenpidettä, veronluonteisen maksun ja tuen välillä on kuitenkin ehdottomasti oltava sovellettavassa kansallisessa lainsäädännössä säädetty varojen käyttötarkoitusta koskeva sellainen sitova yhteys, jonka mukaisesti veronluonteisen maksun tuotto osoitetaan väistämättä tuen rahoittamiseen ja sillä vaikutetaan suoraan tuen suuruuteen”. [46]

44 — Asia C-148/04, Unicredito Italiano, tuomio 15.12.2005 (Kok., s. I-11137, 114 kohta).

45 — Asia T-335/08, BNP Paribas ja BNL v. komissio, tuomio 1.7.2010 (Kok., s. II-3323, 169 kohta).

46 — Asia C-206/06, Essent Netwerk Noord ym., tuomio 17.7.2008 (Kok., s. I-5497, 89 ja 90 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

106. Sillä seikalla ei ole merkitystä, toimiko Ranskan valtio järkevästi toteuttaessaan kyseisen toimenpiteen. Tämä ei ole yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen tarkoitus. Oikeuskäytännön perusteella on sen sijaan selvää, että arviointiperusteen tarkoituksena on verrata julkisen yrityksen tilannetta yksityisen yrityksen tilanteeseen, eikä verrata valtiolle kahdesta eri toimenpiteestä aiheutuvia kustannuksia.

107. Valituksenalaisen tuomion 262 kohdassa todetaan tältä osin seuraavaa: ”Valtio voi minkä tahansa yhtiön omistajana olevan velkojan tavoin luopua saatavasta muuntamalla tämän saatavan vastaavansuuruiseksi pääomaksi. Tämä toimenpide, jolla yhtiön omistaja korottaa pääomaa luopumalla saatavastaan, vastaa kuittausta, jonka myös asiantunteva yksityinen sijoittaja voi suorittaa tavanomaisin markkinaedellytyksin.” Unionin tuomioistuin tiedustelikin istunnossa seuraavaa: jos oletetaan, että yksityinen yritys tekee erityisiä varauksia maksaakseen saatavan ainoalle osakkeenomistajalleen ja tämä osakkeenomistaja päättää luopua saatavastaan yrityksen pääoman korottamiseksi, onko tätä toimenpidettä verotettava Ranskan yleisen verokoodeksin 38 §:n 2 momentin nojalla? Komissio vastasi, että on kiistatonta, ettei pääoman korotuksen määrä voisi koskaan olla sama, sillä yksityinen toimija (jonka olisi maksettava veroa ja joka ei voisi muuntaa sitä pääomaksi) ei koskaan voisi saada takaisin veron määrää, kun taas Ranskan valtio saattoi sijoittaa yritykseen takaisin saman määrän.

108. Näin ollen on selvää, että yhtäältä unionin yleinen tuomioistuin otti vertailussa huomioon tavan, jolla Ranskan valtio ”olisi voinut” toimia – eli pitkän kaavan (verrattuna valtion tosiasiassa omaksumaan toimintatapaan) – jätti toisaalta määrittämättä vertailukohteena olevan yksityisen toimijan, joka olisi toiminut kyseisillä markkinoilla.

109. Kuten tässä vaiheessa on jo selvää, vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan on kuitenkin niin, että valtion tai viranomaisten tekemää pääomasijoitusta ei voida pitää valtiontukena, jos tavanomaisissa markkinatalouden olosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja olisi tehnyt saman sijoituksen.[47] Tässä yhteydessä on arvioitava, olisiko yksityinen sijoittaja — joka voidaan kooltaan rinnastaa julkiseen sijoittajaan — samanlaisessa tilanteessa tehnyt yhtä merkittävän toimen.[48]

110. Kuten edellä esitetystä seuraa, käsiteltävässä asiassa on selvää myös, ettei yksityinen yritys olisi voinut muuntaa varaukseen otettuja varoja pääomaksi maksamatta siitä ensin yhteisöveroa. Yksityisellä sijoittajalla ei näin ollen olisi enää ollut käytössään kyseistä verotettavaa määrää eikä hänellä olisi ollut käytössään väitetysti ylimääräiseen pääomasijoitukseen käytettyä summaa, jonka Ranskan valtio sille kuuluvia toimivaltuuksiaan käyttämällä pystyi ”sijoittamaan”.

111. Tässä yhteydessä on merkityksellistä viitata asiassa Chronopost I annettuun tuomioon,[49] sillä mielestäni unionin tuomioistuimen on käsiteltävässä asiassa noudatettava tuolloin noudattamaansa lähestymistapaa. Chronopost I -tapauksessa katsottiin, ettei Ranskan postilaitoksen tilannetta ollut asianmukaista verrata yksityisen sijoittajan tilanteeseen.

112. Chronopost I -tapauksessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin lisäksi hyväksyi yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisen, minkä yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin myöhemmin hylkäsi. Tämä johtui Ranskan postilaitoksen erityisestä tilanteesta: sen oli ylläpidettävä postilaitosten verkkoa tarjotakseen yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, eikä yksityinen sijoittaja, joka ei toimi suljetulla sektorilla, olisi koskaan voinut olla samassa tilanteessa.

47 — Ks. mm. asia C-303/88, Italia v. komissio, tuomio 21.3.1991 (Kok., s. I-1433, Kok. Ep. XI, s. I-127, 20–24 kohta; jäljempänä ENI-Lanerossi-tapaus); asia C-305/89, Italia v. komissio (Alfa Romeo -tapaus), tuomio 21.3.1991 (Kok., s. I-1603, 19 ja 20 kohta) ja yhdistetyt asiat C-328/99 ja C-399/00, Italia ja SIM 2 Multimedia v. komissio, tuomio 8.5.2003 (Kok., s. I-4035, 38 kohta).

48 — Ks. edellä alaviitteessä 47 mainittu Alfa Romeo -tapaus, tuomion 19 kohta; asia T-234/95, DSG v. komissio, tuomio 29.6.2000 (Kok., s. II-2603, 119 kohta); asia T-296/97, Alitalia v. komissio, tuomio 12.12.2000 (Kok., s. II-3871, 96 kohta) ja edellä alaviitteessä 32 mainittu Westdeutsche Landesbank -tapaus, tuomion 245 kohta.

49 — Mainittu edellä alaviitteessä 20.

113. Chronopost I -tapauksesta seuraa näin ollen, että kun julkinen toimija on tilanteessa, jossa yksityinen toimija ei lähtökohtaisesti voi olla, tilanteita ei voida verrata keskenään. Chronopost I -tapauksessa oli mielestäni kyse julkisen palvelun tarjoamisesta maksettavan korvauksen määrän määrittämisestä, eikä se suoraan koskenut varsinaista yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta. Mainittu tuomio on kuitenkin merkityksellinen käsiteltävän asian kannalta, ja sitä on sovellettava analogisesti.

114. Katson näin ollen, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi virheellisesti edellä mainittua oikeuskäytäntöä, kun se valituksenalaisen tuomion 278 kohdassa perusti havaintonsa Chronopost I -tapauksessa annetun tuomion 38 kohtaan ja totesi, että ”vertailukohteena olevan yksityisen sijoittajan puuttuminen ei estä toimenpiteen tarkastelemista ’tavanomaisten markkinaedellytysten’ valossa, jotka ovat tällöin väistämättä hypoteettisia, jolloin niitä on arvioitava ottamalla huomioon käytettävissä olevat objektiiviset ja todennettavissa olevat seikat”.

115. Ensiksi on hyödyllistä tarkastella julkisasiamies Tizzanon Chronopost I -tapauksessa esittämää ratkaisuehdotusta, jota unionin tuomioistuin noudatti. Julkisasiamies selittää ratkaisuehdotuksensa 47 kohdassa seuraavaa: ”Yksityisellä yrityksellä, joka ei olisi velvollinen ylläpitämään Ranskan postilaitoksen yleisen postiverkon kaltaista verkkoa postin yleispalvelun tarjonnasta huolehtimiseksi – – ei ’normaaleilla markkinaehdoilla’ toimittaessa olisi käytettävissään tällaista postiverkkoa eikä se voisi näin ollen tarjota jollekin tytäryhtiölleen senkaltaista logistista apua, josta – – on kysymys. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin, joka on vaatinut komissiota arvioimaan vastikkeen, jonka hypoteettinen yksityinen rahoitusyhtiö – – joka ei olisi velvollinen huolehtimaan postin yleispalvelun tarjoamisesta ja jolla ei näin ollen olisi käytettävissään suljettua sektoria, olisi vaatinut tällaisesta avusta, tulkitsi näin ollen virheellisesti EY 87 artiklaa, koska se katsoi, että valtiontukea arvioitaessa vertailukohtana on pidettävä sellaista yksityistä toimijaa, jollaista ’normaaleilla markkinaehdoilla’ toimittaessa ei todellisuudessa ole ollenkaan olemassa.” Julkisasiamies päättelee ratkaisuehdotuksen 45 kohdassa, että ”ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on – – vaatinut komissiota soveltamaan selvästi epärealistista ja tämän vuoksi sopimatonta testiä EY 87 artiklan mukaisen valtiontuen mahdollisen olemassaolon määrittämiseksi tämänkaltaisessa tilanteessa”.

116. On selvää, ettei yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella ollut merkitystä Chronopost I -tapauksessa. Tätä mieltä oli myös yhteisöjen tuomioistuin, ja se totesi juuri tästä syystä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olleen väärässä ja hylkäsi yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisen vastaavissa asioissa. Yhteisöjen tuomioistuin totesi mainitun tuomion 33 kohdassa, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ”arvioinnissa[, joka perustui yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamiseen] on tehty oikeudellinen virhe, koska siinä ei oteta huomioon sitä, että Ranskan postilaitoksen kaltainen yritys on hyvin erilaisessa tilanteessa kuin yksityinen yritys, joka toimii normaalein markkinaehdoin”.

117. Tästä syystä yhteisöjen tuomioistuimen mainitussa asiassa omaksuma näkemys liittyy tietyllä tapaa aiheeseen, joka on myös käsiteltävän valituksen ytimessä, eli tarvetta jättää yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisalan ulkopuolelle tilanteet, joissa ei ole todellista yksityistä toimijaa, jonka toimintaan valtion toimintaa voitaisiin verrata.

118. Tästä syystä valituksenalaisessa tuomiossa esitettyä arviointiperustetta ei voida hyväksyä, sillä se perustuu valtion ja tavanomaisen yksityisen sijoittajan tosiasialliseen käyttäytymiseen vaikuttaviin useisiin oletuksiin. Molemmat vertailtavat seikat eli yhtäältä valtion toiminta ja toisaalta yksityisen sijoittajan toiminta muuttuvat siinä määrin, ettei kyse enää ole valtion varsinaisen toiminnan vertaamisesta markkinataloudessa toimivan todellisen yksityisen toimijan toimintaan.

119. Tästä seuraa, että yksityinen sijoittaja -arviointiperuste, sellaisena kuin unionin yleinen tuomioistuin sen on hahmotellut, menettää merkityksensä. Unionin yleisen tuomioistuimen soveltaman kaltaisen arviointiperusteen mukaan ”tavanomaisia” markkinaedellytyksiä ei enää arvioida sellaisten todellisten seikkojen perusteella, jotka kuvaavat vertailukohteen muodostavaa ja tavanomaista markkinataloussijoittajaa vastaavaa yksityistä sijoittajaa (jonka unionin yleinen

tuomioistuin jätti määrittelemättä); niitä ei myöskään arvioida pääoman myöntämiskeinojen valossa vaan täysin hypoteettisten näkökohtien perusteella. Yksityinen sijoittaja -arviointiperuste edellyttää sitä vastoin selvästi sen selvittämistä, olisiko yksityinen sijoittaja tehnyt kyseessä olevan sijoituksen samoin edellytyksin. Kuten komissio huomautti, eri sijoituksiin voi liittyä erilaisia kustannuksia ja tuotto-odotuksia.

120. Valituksenalaisen tuomion 249 kohdan mukaan ”komission asiana oli – – tarkistaa, olisiko yksityinen sijoittaja tehnyt samanlaisissa olosuhteissa yhtä suuren sijoituksen, riippumatta siitä, missä muodossa valtio on korottanut EDF:n pääomaa, ja mahdollisesta verovarojen käyttämisestä siihen, jotta voidaan arvioida tämän sijoituksen taloudellinen järkevyys ja verrata sitä tällaisen sijoittajan samoissa olosuhteissa toteuttamaan menettelytapaan saman yrityksen osalta.”

121. EDF väittää nimittäin unionin yleisen tuomioistuimen analyysiä noudattaen lähinnä, että valtion kaikkea toimintaa on arvioitava tuottavuuden näkökulmasta.[50]

122. Kuten Iberdrola kuitenkin huomautti, jos merkitystä olisi ainoastaan valtion sijoituksen taloudellisella järkevyydellä, julkiset yritykset saisivat etua omistajansa aseman perusteella, sillä valtio on sijoittajana olennaisesti erilaisessa tilanteessa kuin yksityinen sijoittaja. Tämän analyysin mukaisesti julkiset yritykset voitaisiin viime kädessä vapauttaa kaikista veroista.

123. Kuten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin perustellusti totesi Westdeutsche Landesbank -tapauksessa,[51] yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovellettaessa ei tässä yhteydessä ollut riittävää verrata osavaltion riidanalaisesta toimenpiteestä saamaa tuottoa tuottoon, jonka se sai Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalenin omaisuudesta ennen tätä toimenpidettä, sillä yksityisen sijoittajan logiikka ei koskenut tätä omaisuutta. Osavaltion riidanalaisen toimenpiteen ansiosta saamaa tuottoa oli verrattava tuottoon, jota kuvitteellinen yksityinen sijoittaja olisi tältä toimenpiteeltä edellyttänyt.[52] Se, että riidanalainen toimenpide oli osavaltion kannalta järkevä, ei vapauttanut sitä EU:n valtiontukioikeuden soveltamisesta. Tämä seikka ei poistanut tarvetta tietää, vahvistaako tämä toimenpide Westdeutsche Landesbankin asemaa antamalla sille edun, jota se ei olisi saanut tavanomaisissa markkinaolosuhteissa.

124. Jos nimittäin noudatettaisiin unionin yleisen tuomioistuimen näkemystä, jäsenvaltiot voisivat toimia yleistä taloudellista järkevyyttä koskevien laskelmien perusteella, jolloin ne voisivat käyttää julkisen vallan toimivaltuuksiaan. Esimerkiksi käsiteltävässä asiassa Ranskan tasavalta voisi käyttää verotusvaltaansa EDF:n hyväksi, jos toimenpidettä voitaisiin kokonaisuutena tarkasteltuna pitää voittoa tavoittelevalle toimijalle järkevänä toimintana.

125. Yhteisöjen tuomioistuin kuitenkin arvosteli Hytasa- ja Gröditzer-tapauksissa juuri tällaista yleisen taloudellisen järkevyyden laskentaa.[53] Kuten Iberdrola huomautti, näissä asioissa oli kyse siitä, oliko Saksan ja Espanjan mahdollista hyötyä kyseessä olleiden toimenpiteiden (lähinnä pääomankorotusten) järkevyydestä, kun otetaan huomioon velvollisuudet, jotka niille viranomaisina kuuluvat edunsaajayrityksen joutuessa konkurssiin ja jotka liittyvät esimerkiksi tiettyjen työttömyysetuuksien maksamiseen. Yhteisöjen tuomioistuin arvosteli tällaista yleisen taloudellisen järkevyyden laskentaa, koska siinä ovat kyseessä viranomaisen toimet. Yhteisöjen tuomioistuin korosti, että yhtäältä yksityinen sijoittaja -arviointiperusteelle ominaista taloudellisen järkevyyden laskentaa ja toisaalta valtiolle kuuluvista valtuuksista ja velvollisuuksista johtuvien etujen ja maksujen huomioon ottamista ei voitu sovittaa yhteen.

50 — Se viittaa edellä alaviitteessä 38 mainittuun asiaan 234/84 Belgia v. komissio, tuomion 14 kohta ja edellä alaviitteessä 47 mainittuihin yhdistettyihin asioihin Italia ja SIM 2 Multimedia v. komissio, tuomion 38 kohta.

51 — Mainittu edellä alaviitteessä 32, tuomion 313–315 kohta.

52 — Ks. vastaavasti edellä alaviitteessä 35 mainittu asia DM Transport, tuomion 25 kohta.

53 — Mainittu edellä alaviitteessä 27, tuomion 22 kohta ja alaviitteessä 28, tuomion 134 kohta.

126. Vastoin valituksenalaisen tuomion 256 kohdassa ja sitä seuraavissa kohdissa esitettyjä toteamuksia ja EDF:n esittämiä väitteitä, se, että Hytasa- ja Gröditzer-tapauksissa oli kyse ainoastaan valtion velvollisuuksista eikä – kuten käsiteltävässä asiassa – sen omaa etua koskevista valtuuksista, ei vaikuta tässä yhteydessä siihen, ettei valtiolle viranomaisena mahdollisesti kuuluvia velvollisuuksia – eikä myöskään oikeuksia – pidä koskaan tarkastella yhdessä sille sijoittajana kuuluvien velvollisuuksien ja oikeuksien kanssa.

127. Kuten valituksenalaisen tuomion 258 kohdasta käy ilmi, unionin yleinen tuomioistuin voi siis tehdä tällaisen virheen ainoastaan, jos se pitää jälleen kerran kyseessä olevalla toimenpiteellä tavoiteltua päämäärää tärkeämpänä kuin toimenpiteen toteuttamiseen tarvittavien oikeuksien väistämätöntä eksklusiivisyyttä. Yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan ottanut Hytasa- tai Gröditzer-tapauksessa kummassakaan huomioon kokonaistuottavuuden tavoitteita, joihin tuomioissa kyseessä olleet kaksi jäsenvaltiota olivat vedonneet, sillä se hylkäsi näiden tavoitteiden merkityksen sijoittajan noudattaman logiikan kannalta: toimenpiteet on jätettävä jäsenvaltioiden esille ottaman taloudellisen järkevyyden laskennan ulkopuolelle jo pelkästään niiden luonteen vuoksi.

128. Kuten komissio vielä huomautti, unionin yleisen tuomioistuimen näkemys on ristiriitainen erityisesti siksi, että se on esitetty kyseessä olevien markkinoiden vapauttamisen asiayhteydessä. Verovapautus on kyseessä olevalle julkiselle yritykselle huomattava etu, joten on selvää, että tällainen toimenpide yleensä vahvistaa sen määräävää asemaa markkinoiden vapauttamisesta huolimatta.

129. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että toisen valitusperusteen toinen osa on hyväksyttävä.

3. Toisen valitusperusteen kolmas osa: yhdenvertaisen kohtelun periaate

130. Komissio ja Iberdrola väittävät lähinnä, että valituksenalaisessa tuomiossa loukattiin julkisten yritysten ja yksityisten yritysten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, jolloin valtion verokohtelu oli edullisempi myös yhtiöissä, joissa valtio ei ole ainoa osakkeenomistaja. EDF ja Ranskan hallitus väittävät, että toisen valitusperusteen kolmas osa on hylättävä.

131. Muistutan, että yksityinen sijoittaja -arviointiperuste ilmentää yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, joten antamalla valtion myöntää verovapautuksia sen yksinomaisessa omistuksessa oleville yrityksille, kunhan ne ovat riittävän kannattavia, unionin yleinen tuomioistuin on tosiasiassa myöntänyt näille yrityksille veroedun, kuten komissio huomauttaa.

132. Tässä mielestäni rikotaan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, eikä sitä voida sovittaa yhteen yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella tavoitellun päämäärän kanssa. On selvää, että arviointiperusteen soveltaminen sellaisena kuin unionin yleinen tuomioistuin sen on hahmotellut, vääristäisi väistämättä vakavasti julkisten ja yksityisten yritysten välistä kilpailua, joten sillä seikalla, että käytetyn toimenpiteen on oltava myös yksityisen sijoittajan käytettävissä, on tosiasiallista merkitystä: juuri tämä näkemys on yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen ytimessä. Katson näin ollen, että arviointiperuste, sellaisena kuin unionin yleinen tuomioistuin on sen hahmotellut, on vastoin EY 295 artiklaa, luettuna yhdessä EY 87 artiklan kanssa. Kyseisen arviointiperusteen soveltaminen horjuttaisi erityisesti EY 295 artiklassa vahvistetun neutraalisuuden periaatteen sisäistä logiikkaa.[54]

133. Koska saatavan luonteella ei unionin yleisen tuomioistuimen mukaan ole merkitystä, kaikkia valtion osana julkisen vallan käyttöään myöntämiä taloudellisia etuja olisi arvioitava tämän periaatteen valossa; tästä näkemyksestä tulisi keino sulkea valtiontuen käsitteen ulkopuolelle toimenpiteet, joita yksityinen sijoittaja ei voi toteuttaa.

54 — Ks. yhdistetyt asiat 188/80-190/80, Ranska ym. v. komissio, tuomio 6.7.1982 (Kok., s. 2545, Kok. Ep. VI, s. 479, 21 kohta) ja edellä alaviitteessä 32 mainittu Westdeutsche Landesbank -tapaus, tuomion 192–194 kohta.

134. Kuten Iberdrola korosti, periaate, jonka mukaan valtion toimenpiteet osakkeenomistajana on pidettävä tiukasti erillään valtion julkisen vallan käyttäjänä toteuttamista toimenpiteistä, on pääpiirteittäin sama kuin se perusajatus, jonka mukaisesti unionin tuomioistuin katsoi, että se, että määräävässä markkina-asemassa oleva yritys on toiminut samalla sekä erityisoikeuksien käyttäjänä että talouden toimijana, johti eturistiriidan vaaraan vastoin EY 82 ja EY 86 artiklaa. Perustamissopimuksessa määrätyn kaltainen vääristymätön kilpailu voidaan nimittäin taata ainoastaan varmistamalla yhtäläiset mahdollisuudet taloudellisten toimijoiden välillä.[55] Unionin tuomioistuin on myös todennut, että valtion toimenpide rikkoo EY 86 artiklan 1 kohtaa ja EY 82 artiklaa, kun se johtaa talouden toimijoiden epäyhtäläisiin mahdollisuuksiin ja niin muodoin vääristyneeseen kilpailuun.[56] Mielestäni yksityinen sijoittaja -arviointiperusteessa ei näin ollen pitäisi sallia julkisten yritysten toteuttaa toimenpiteitä olosuhteissa, jotka ovat yksityisten yritysten olosuhteita suotuisampia, tai toteuttaa toimenpiteitä, joita yksityiset yritykset eivät välttämättä pysty koskaan toteuttamaan. Ei nimittäin pidä unohtaa, että käsiteltävässä asiassa valtio olisi aivan yhtä hyvin voinut toimia yksityisen sijoittajan tavoin (ks. edellä 77 kohta).

135. Kuten edellä esitetystä ilmenee, yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta ei mielestäni selvästikään pitäisi soveltaa verovapautuksiin.

136. Lisäksi on syytä olettaa, että vaikka ensi näkemältä vaikuttaa siltä, että unionin yleinen tuomioistuin pyrkii rajaamaan tuomionsa soveltamisalan koskemaan sellaista oletettua yritystä, jossa valtio on ainoa osakkeenomistaja, mielestäni syitä tähän rajaamiseen ei löydy tuomion taustalla olevasta logiikasta. Kuten komissio totesi, on päinvastoin niin, että kun valtion puolella on yksityisiä osakkeenomistajia, yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltaminen on sitäkin perustellumpaa, koska silloin muiden osakkeenomistajien käyttäytymistä voidaan usein käyttää pätevänä vertailukohtana.

137. Tästä seuraa, että toisen valitusperusteen kolmas osa on hyväksyttävä.

4. Toisen valitusperusteen neljäs osa: todistustaakka

138. Komissio, Iberdrola ja viranomainen väittävät, että unionin yleinen tuomioistuin rikkoi todistustaakan jakamista koskevia sääntöjä yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen sovellettavuuden osalta. EDF ja Ranskan hallitus väittävät, että toisen valitusperusteen neljäs osa on hylättävä.

139. Huomautan aluksi, että unionin yleinen tuomioistuin toteaa valituksenalaisen tuomion 248, 249 ja 250 kohdassa, että komissiolla on todistustaakka sen osoittamiseksi, että kyseessä oleva toimenpide oli yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen mukainen. Tuomion 278 kohdassa unionin yleinen tuomioistuin jopa moittii komissiota, siitä, ettei se ”ole millään tavoin osoittanut, ettei julkiseen sijoittajaan – – verrattavaa yksityistä sijoittajaa ole olemassa”. Vaikka olen samaa mieltä EDF:n kanssa siitä, että komission on tutkittava asiakirja-aineisto huolellisesti ja puolueettomasti, tämä ei mielestäni todellakaan tarkoita sitä, että komission olisi arvioitava verovapautusta yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen valossa ainoastaan siksi, että jäsenvaltio mainitsi kyseisen periaatteen siinä vaiheessa, kun tutkinta oli jatkunut jo 18 kuukautta. Tässä ei selvästikään ole kyse siitä, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltaminen riippuisi jäsenvaltion tekemästä yhteistyöstä.

140. On selvää, että komission tehtävänä on osoittaa, että valtion myöntämä rahoitustuki täyttää objektiivisesti tarkasteltuna kaikki ne edellytykset, joiden perusteella tuki voidaan luokitella valtiontueksi. Tämän jälkeen on kuitenkin valtion tehtävänä osoittaa, että se toimi järkevän yksityisen sijoittajan tavoin. Kuten viranomainen huomautti, yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta soveltamalla voidaan osoittaa vääräksi väite siitä, että myönnetty tuki oli valtiontukea. Vastanäytön esittäminen on siis kyseessä olevan valtion tehtävä.

55 — Ks. asia C-49/07, MOTOE, tuomio 1.7.2008 (Kok., s. I-4863, 48, 49 ja 51 kohta).

56 — Ks. asia C-462/99, Connect Austria, tuomio 22.5.2003 (Kok., s. I-5197, 84 kohta).

141. Asiassa Freistaat Thüringen vastaan komissio antamassaan tuomiossa[57] unionin yleinen tuomioistuin totesi aivan oikein, että kun kaikki valtiontuen olemassaolon edellytykset täyttyvät, jäsenvaltion tehtävänä on vedota ”seikkoihin osoittaakseen, että riidanalaisen tuen myöntäminen vastasi markkinatalouden ehdoin toimivan yksityisen sijoittajan käyttäytymistä”.

142. On nimittäin loogista, että tähän väitteeseen vetoavalla jäsenvaltiolla on oltava todistustaakka sen osoittamisessa, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen edellytykset täyttyvät. Lisäksi on selvää, että jäsenvaltio ja edunsaajayritys ovat ainoat osapuolet, joilla on käytössään taloudelliset ja kirjanpidolliset tiedot, joista ilmenee tietyn sijoituksen laatu ja ominaispiirteet.

143. Näin on joka tapauksessa sitäkin suuremmalla syyllä silloin, kun toiminta, jonka jäsenvaltio väittää täyttävän yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen, vaikuttaa alusta alkaen olevan valtion toimivallan käyttöä.

144. Unionin tuomioistuimelle esitetyistä asiakirjoista ilmenee, etteivät Ranskan viranomaiset esittäneet hallinnollisessa menettelyssä mitään asianmukaista ja konkreettista näyttöä tukeakseen väitettään siitä, että Ranskan valtio oli toiminut järkevän yksityisen sijoittajan tavoin. Ranskan viranomaiset nimittäin väittivät ainoastaan, että alkupääoman myöntäminen oli perusteltua tuotto-odotusten näkökulmasta, eivätkä esittäneet väitettään tukevaa näyttöä. Kun otetaan huomioon käsiteltävän asian olosuhteet ja se, että vaikka todistustaakka oli jäsenvaltiolla, Ranskan viranomaiset eivät esittäneet lainkaan konkreettista näyttöä, komissiolla oli näin ollen vastoin EDF:n väitteitä oikeus olla soveltamatta yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta erityisesti käsiteltävän asian olosuhteissa, joissa valtio on käyttänyt julkista valtaansa.

145. Tästä seuraa, että unionin yleinen tuomioistuin teki oikeudellisen virheen, kun se ei noudattanut todistustaakan jakamista koskevia sääntöjä.

146. Kuten viranomainen korosti, se, että unionin yleinen tuomioistuin sovelsi käännettyä todistustaakkaa, asettaa nimittäin komission hankalaan asemaan. Komissio ei pääsääntöisesti voi tuntea yritykselle myönnetyn valtiontuen tarkkoja yksityiskohtia, ellei kyseessä oleva valtio niitä sille kerro. Valtion on esitettävä sille kaikki merkitykselliset perusteet ja erityisesti asian taustalla olevat tosiseikat ja näyttö. Jos komissiolla ei ole tiedossaan kaikkia tarvittavia tosiseikkoja, sen on voitava tehdä päätös niiden tietojen perusteella, jotka sillä on hallussaan.

147. Olen samaa mieltä komission kanssa myös siitä, että toisen oikeudellisen virheen muodostaa se seikka, ettei käytössä ole näyttöä sen osoittamiseksi, että kyseinen verovapautus olisi pitänyt katsoa sijoitukseksi, jonka tuotto-odotukset valtio oli arvioinut ennen sitoutumistaan, kuten mikä tahansa yksityinen sijoittaja olisi tehnyt.

148. Kuten unionin tuomioistuin nimittäin muistutti asiassa komissio vastaan Scott antamassaan tuomiossa,[58] ”unionin tuomioistuinten on arvioitava valtiontukipäätöksen lainmukaisuutta niiden tietojen perusteella, joita komissiolla saattoi olla käytettävissään päätöstä tehdessään”.

149. Käsiteltävässä asiassa riidanalaisen päätöksen tekohetkellä komissiolla ei kuitenkaan ollut hallussaan mitään näyttöä siitä, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteella olisi ollut merkitystä asiassa tai että sen edellytykset olisivat täyttyneet. Komission moittiminen siitä, ettei se ole arvioinut verovapautusta yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen valossa, tarkoittaisi näin ollen samaa kuin että sitä arvosteltaisiin siitä, ettei se ole ottanut huomioon tietoja, joita sillä ei ollut käytettävissään.

150. Vielä on korostettava, etteivät Ranskan viranomaiset esittäneet hallinnollisessa menettelyssä mitään objektiivista näyttöä, jolla ne olisivat voineet tukea väitettään yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen sovellettavuudesta. Ne eivät esittäneet mitään raporttia, asiantuntijoiden laatimaa tai sisäistä tutkimusta, joka olisi osoittanut, että tuotto-odotukset oli arvioitu. Kun unionin yleinen

57 — Asia T-318/00, Freistaat Thüringen v. komissio, tuomio 19.10.2005 (Kok., s. II-4179, 180 kohta).

58 — Asia C-290/07 P, komissio v. Scott, tuomio 2.9.2010 (Kok., s. I-7763, 91 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

tuomioistuin pyysi viranomaisia esittämään tällaisen raportin, sekin laadittiin jälkikäteen. Toisin sanoen Ranskan viranomaisilla ei ollut käytössään raporttia, joka olisi laadittu väitetyn sijoituksen tekoaikaan. Tästä seuraa, että Ranskan valtio näyttää sijoittaneen 888,89 miljoonaa euroa yritykseen toteuttamatta ennakkoon analyysia tai laatimatta ennakkoon liiketoimintasuunnitelmaa, mutta väittää silti, että sen toimintaa olisi pidettävä asiantuntevan yksityisen markkinataloussijoittajan toimintaan verrattavana.

151. Edellä esitetystä seuraa, että toisen valitusperusteen neljäs osa on hyväksyttävä ja siten koko toinen valitusperuste on hyväksyttävä.

5. Kumoamisen seuraukset

152. Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 61 artiklan ensimmäisen kohdan mukaan silloin, kun unionin yleisen tuomioistuimen päätös kumotaan, unionin tuomioistuin voi itse ratkaista asian lopullisesti, jos asia on ratkaisukelpoinen, tai palauttaa asian unionin yleisen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

153. Käsiteltävässä asiassa unionin yleinen tuomioistuin ei ole arvioinut kaikkia EDF:n kanneperusteita. Asia on näin ollen syytä palauttaa unionin yleiseen tuomioistuimeen, jotta tämä ratkaisee asian uudelleen, ja valitukseen liittyvistä oikeudenkäyntikuluista on päätettävä myöhemmin.

154. Unionin tuomioistuin voi kuitenkin itse ratkaista asian lopullisesti, jos asia on ratkaisukelpoinen. Unionin tuomioistuimella on mielestäni nyt käytössään kaikki tarvittavat tiedot, jotta se voi lausua EDF:n ensimmäisessä oikeusasteessa esittämän toisen kanneperusteen kolmannesta osasta, jossa EDF väitti lähinnä, että kyseessä olevat toimenpiteet olisi pitänyt luokitella pääomasijoitukseksi ja niitä olisi pitänyt arvioida valtion ja EDF:n taloudellisten suhteiden selventämistä koskevassa yleisessä asiayhteydessä ja että valtio toimi asiantuntevan yksityisen markkinataloussijoittajan tavoin. Kuten edellä tässä ratkaisuehdotuksessa esitetystä kuitenkin ilmenee, toisen kanneperusteen kolmas osa on hylättävä.

V Ratkaisuehdotus

155. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin

— kumoaa unionin yleisen tuomioistuimen (kolmas jaosto) asiassa T-156/04, EDF vastaan komissio, 15.12.2009 antaman tuomion siltä osin kuin siinä kumotaan EDF:lle sekä sähkö- ja kaasualalle myönnetyistä tuista 16.12.2003 tehdyn komission päätöksen (C 68/2002, N 504/2003 ja C 25/2003) 3 ja 4 artikla

— palauttaa asian unionin yleiseen tuomioistuimeen, jotta tämä ratkaisee asian uudelleen

— päättää valitukseen liittyvistä oikeudenkäyntikuluista myöhemmin.