Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
JÁN MAZÁK
esitatud 20. oktoobril 2011 [1]

Kohtuasi C-124/10 P

Euroopa Komisjon
versus

Électricité de France (EDF) jt

Apellatsioonkaebus — Riigiabi — Valikuline maksuvabastus, mis on seotud aktsiakapitali suurenemisega ettevõtja rekapitaliseerimise käigus — Turumajanduse tingimustes tegutseva investori põhimõte — Aktsionärina tegutsev riik ja riik kui avalik võim

1. Komisjon palub Euroopa Kohtul tühistada kohtuotsus [2], millega Esimese Astme Kohus (nüüd „Üldkohus") tühistas komisjoni otsuse – mis käsitleb abimeetmeid EDF-ile ja elektri- ning gaasitööstuse sektorile [3] – artiklid 3 ja 4. See apellatsioonkaebus on liidu riigiabiõiguse jaoks erilise tähtsusega. See tõstatab põhimõttelise küsimuse liidu riigiabiõiguses kesksel kohal oleva põhimõtte – st turumajanduse tingimustes tegutseva investori põhimõtte – kohaldamisala (kohaldatavuse) kohta juhul, kui riik on teostanud oma avalikku võimu. Sisuliselt on turumajanduse tingimustes tegutseva investori põhimõte (ehk „erainvestori kriteerium") EÜ artiklitest 86 ja 295 tuleneva riigi osalusega ettevõtjate ja erakapitalil põhinevate ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtte loogiline väljendus.

I. Õiguslik raamistik

2. Prantsuse Code général des impôts' (edaspidi „üldine maksuseadustik") artikli 38 lõige 2 sätestab, et „netokasumi moodustab netovara väärtuste erinevus selle ajavahemiku alguse ja lõpu vahel, mille tulemeid tuleb kasutada maksualusena, mida vähendatakse täiendavate sissemaksete võrra ja suurendatakse käitaja või osanike poolt selle ajavahemiku jooksul teostatud väljamaksete võrra. Netovara saadakse, kui lahutada kogu varast kohustused, mille moodustavad kolmandate isikute nõuded, kulum ja eraldised."

3. Seaduse nr 97-1026 [4] artikli 4 lõiked I ja II sätestavad, et elektrienergia üldise jaotusvõrgu ehitisi peetakse EDF-i omandiks alates sellest ajast, kui selle võrgu kontsessioon talle anti; ja lõike I sätete kohaldamiseks 1. jaanuaril 1997 kirjendatakse üldise jaotusvõrgu kontsessiooniga antud esemelise vara rahaline väärtus, mis on esitatud EDF-i bilansi kohustustes ning mis on puutumata vastavatest ümberhindluse erinevustest, kirjesse „Kapitalitoetused".

1 — Algkeel: inglise.

2 — 15. detsembri 2009. aasta otsus kohtuasjas T-156/04: EDF *vs.* komisjon (EKL 2009, lk II-4503; edaspidi „vaidlustatud kohtuotsus").

3 — 16. detsembri 2003. aasta otsus (K 68/2002, N 504/2003 ja K 25/2003) (edaspidi „vaidlusalune otsus").

4 — 10. novembri 1997. aasta loi n° 97-1026 portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier (seadus nr 97-1026 kiireloomuliste maksu- ja rahandusalaste meetmete kohta, *JORF*, 11.11.1997, lk 16387).

II. Vaidluse taust

4. Faktilisi asjaolusid, haldusmenetlust ja vaidlusalust otsust on üksikasjalikult kirjeldatud vaidlustatud kohtuotsuse punktides 9-51. Piirdun kõige olulisemate punktidega. EDF toodab, edastab ja jaotab elektrit. Kohtuasja asjaolude asetleidmise ajal kuulus EDF täielikult riigile. EDF asutati seadusega, mis riigistas elektri ja gaasi ning kehtestas põhimõtte, et EDF-ile antakse üle riigistatud elektrikontsessioonid. Erinevad riigi antud elektri edastamise kontsessioonid ühendati 1958. aastal ühtseks kontsessiooniks „üldine jaotusvõrk" (*réseau d'alimentation générale*, edaspidi „RAG").

5. Üldise 1982. aasta kontoplaani rakendamine EDF-i suhtes, mis sisaldas kontsessioonidele eraldi raamatupidamiseeskirju, tõi kaasa selle, et alates 1982. aastast muudeti RAG-i raamatupidamiskäsitlust, et võtta arvesse teatavaid Conseil national de la comptabilité (riiklik raamatupidamise nõukogu, edaspidi „CNC") esitatud soovitusi. Koostati eraldi EDF-i kontoplaan ning see kiideti heaks ministeeriumidevahelise määrusega. RAG kirjendati EDF-i bilansis varadesse kirje „Kontsessiooni antud riigivara materiaalne põhivara" all. Loodi arvestuslik erireserv kontsessiooni põhivara uuendamise jaoks, mille eesmärk oli võimaldada EDF-il anda need varad pärast kontsessiooni lõppu tagasi ideaalses seisukorras.

6. EDF-i tehtud uuendamiskulud kirjendati bilanssi kirje „Kontsessiooni antud varade maksumus" all (nimetatakse ka „Kontsessioonitasuks"). See kirje näitas EDF-i võlga Prantsuse riigile, mis oli seotud kontsessiooni lõppedes asendatud varade tasuta tagastamisega. 1994. aasta aruandes tõstis Prantsuse Cour des comptes (kontrollikoda) esile, et EDF-ile RAG-i uuendamise reservide ebaseadusliku loomise järel antud maksusoodustus oli ebaseaduslik. Prantsuse riik võttis sellest tulenevalt ette EDF-i bilansi ümberkorraldamise. 8. aprillil 1997 sõlmitud ettevõtteleping „Riik-EDF 1997–2000" nägi ette EDF-i finantskohustuste ja soodustuste tasendamise ning tema ja riigi vaheliste finantssuhete normaliseerimise, arvestades elektrituru avamist, mis on ette nähtud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 19. detsembri 1996. aasta direktiiviga 96/92/EÜ elektri siseturu ühiseeskirjade kohta (EÜT 1997, L 27, lk 20; ELT eriväljaanne 12/02, lk 3).

7. Enne seaduse nr 97-1026 vastuvõtmist oli EDF-i bilanss järgmine: (i) varade all oli kirje „Kontsessiooni antud riigivara materiaalne põhivara" 285,7 miljardit Prantsuse franki, millest ligikaudu 90 miljardit Prantsuse franki RAG-i eest; (ii) kohustuste all oli kirje „Reservid", millest ligikaudu 38,5 miljardit Prantsuse franki RAG-i eest, ning kirje „Kontsessiooni antud varade maksumus", millesse on kirjendatud tehtud uuenduskulud ning mille all oli 145,2 miljardit Prantsuse franki, millest 18,3 miljardit RAG-i eest.

8. Vastavalt seaduse nr 97-1026 artiklile 4 otsustati EDF-i bilansi aktiva osa ümberkorraldamise viis ning see edastati EDF-ile 22. detsembril 1997. aasta majandus-, rahandus- ja tööstusministri, eelarve riigisekretäri ja tööstuse riigisekretäri kirjas (vt allpool punktid 25 ja 26).

9. Haldusmenetluses tegi komisjon kolm ühendatud otsust EDF-i kohta, mis avaldati 16. novembril 2002 (EÜT 2002, C 280, lk 8). Komisjon algatas vastavalt EÜ artikli 88 lõikele 2 ametliku uurimismenetluse eelise kohta, mis EDF sai tulenevalt sellest, et EDF jättis maksmata tasumisele kuuluva ettevõtte tulumaksu ühelt osalt arvestuslikust reservist, mis maksuvabalt loodi RAG-i uuendamiseks. Vaidlusaluse otsuse artiklis 3 kvalifitseeris komisjon ühisturuga kokkusobimatuks riigiabiks asjaolu, et EDF jättis 1997. aastal tasumata ettevõtte tulumaksu RAG-i uuendamiseks maksuvabastusega loodud reservi osa pealt, mis vastab kapitalisisendi alla ümberliigitatud kontsessioonitasule 14,119 miljardi Prantsuse frangi ulatuses; ja komisjon leidis nimetatud artiklis, et asjaomase abi summa on 888,89 miljonit eurot. Vaidlusaluse otsuse artikkel 4 näeb ette, et Prantsusmaa peab tagasi nõudma (intressidega) abisumma 1,217 miljardit eurot, ning see summa maksti Prantsuse riigile tegelikult tagasi.

III. Vaidlustatud kohtuotsus

10. Oma hagi toetuseks esitas EDF sisuliselt kolm väidet. Üldkohus piirdus oma hinnangus esimese väitega ja teise väite esimese kolme osaga, lükates tagasi esimese väite ja teise väite kaks esimest osa. Tühistades vaidlusaluse otsuse artiklid 3 ja 4, nõustus Üldkohus teise väite kolmanda osaga, milles EDF väitis sisuliselt, et asjaomast meedet rakendades käitus riik turumajanduse tingimustes tegutseva aruka erainvestorina.

11. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 233–237 leidis Üldkohus sisuliselt, et asjaolust, et riigi sekkumine toimus seaduse kujul, ei piisa selleks, et välistada võimalus, et riigi sekkumisel ettevõtja kapitali oli majanduslik eesmärk, mis võiks olla samuti erainvestoril. Punktides 243–245 leidis ta sisuliselt, et seaduse nr 97-1026 artikli 4 sätted ei ole iseenesest maksuõigusnormid, vaid pigem raamatupidamisnormid, millel on maksumõjud. Punktides 247–250 leidis Üldkohus sisuliselt, et taotletavat eesmärki arvestades ei saa ainuüksi selle võlanõude maksuõigusliku iseloomu põhjal, mis Prantsuse riigil on EDF-i vastu, ja pelga asjaolu põhjal, et riik kasutas seadust, järeldada, et komisjon saab õiguspäraselt keelduda turumajanduse tingimustes tegutseva investori põhimõtte kohaldamisest.

12. Vaidlustatud kohtuotsuse punktides 251–252 leidis Üldkohus, et ei saa välistada, et investeeringu vorm võib tuua kaasa erinevusi kapitali kaasamise kulu ja kapitali tasuvuse seisukohalt, mis võib viia järelduseni, et erainvestor ei oleks sarnastes tingimustes sellist investeeringut teinud. See eeldab siiski erainvestori põhimõtte kohaldamise käigus majandusanalüüsi tegemist, millest komisjon käesolevas asjas tahtlikult loobus. Punktis 253 järeldas Üldkohus, et komisjon ei saanud piirduda Prantsuse Vabariigi võetud õigusnormide maksumõju uurimisega, ilma et ta oleks samal ajal uurinud nende argumentide põhjendatust, mille kohaselt vastas toiming erainvestori põhimõttele – ja vajaduse korral need argumendid pärast uurimist tagasi lükanud.

IV. Hinnang

13. Komisjon esitab oma apellatsioonkaebuse põhjenduseks kaks väidet: (i) Üldkohus tõlgendas valesti ja moonutas kohtuasjaga seotud asjaolusid ja (ii) Üldkohus rikkus õigusnormi, kui ta hindas turumajanduse tingimustes tegutseva aruka erainvestori põhimõtte kohaldamisala. Ei ole vaja esitada eraldi jaos uuesti üksikasjalikult kõiki osapoolte argumente. Käesoleva ettepaneku lugemise hõlbustamiseks seon need argumendid oma analüüsiga.

A. *Esimene apellatsioonkaebuse väide: asjaolude moonutamine*

14. Komisjon, Iberdrola ja EFTA järelevalveamet (edaspidi „järelevalveamet") väidavad sisuliselt, et vastupidi vaidlustatud kohtuotsuses märgitule ei arvestanud Prantsuse Vabariik tegelikult maksunõuet ümber kapitaliks, vaid pelgalt andis EDF-ile abi ettevõtte tulumaksust vabastamise kujul. Seevastu EDF ja Prantsuse Vabariik paluvad esimene väide tagasi lükata.

15. Kõigepealt väidab EDF, et esimene apellatsioonkaebuse väide on vastuvõetamatu, sest sellega palutakse Euroopa Kohtul vaadata uuesti läbi hinnang, mis Üldkohus tegi seoses EDF-i bilansi ümberkorraldamisega.

16. Rõhutan, et kuigi tõendite moonutamist käsitleva väite osas on tõepoolest üksnes Üldkohus pädev hindama talle esitatud tõendite tõenduslikku väärtust,[5] on Euroopa Kohus siiski otsustanud, et selline väide on vastuvõetav.[6] Käesolevas kohtuasjas tuleb EDF-i esitatud vastuvõetamatuse vastuväide tagasi lükata. On selge, et komisjon ei taotle pelgalt seda, et vaadataks uuesti läbi Üldkohtu hinnang EDF-i bilansi ümberkorraldamise kohta. Euroopa Kohtusse esitatud seisukohtadest ja toimikust nähtub, et on tegelik ja olemasolev risk, et Üldkohus võis kohtuasja asjaolusid moonutada ja eksida nende asjaolude kvalifitseerimisel.

17. Väljakujunenud kohtupraktikast tuleneb, et kui hageja väidab, et Üldkohus on teinud järeldusi, mille sisuline ebaõigsus nähtub toimiku materjalidest või kui kohus on talle esitatud tõendeid moonutanud, siis on vaidlustatud otsuses faktide tuvastamisel ja neile hinnangu andmisel põhinevad vastuväited apellatsioonimenetluses vastuvõetavad.[7] Tõendite hindamine on selgelt Üldkohtu

5 — 1. juuni 1994. aasta otsus kohtuasjas C-136/92 P: komisjon *vs.* Brazzelli Lualdi jt (EKL 1994, lk I-1981, punkt 66).

6 — Vt mh 2. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-53/92 P: Hilti *vs.* komisjon (EKL 1994, lk I-667, punkt 42).

7 — Vt 15. juuni 2000. aasta otsus kohtuasjas C-237/98 P: Dorsch Consult *vs.* nõukogu ja komisjon (EKL 2000, lk I-4549, punktid 35 ja 36).

pädevuses ning Euroopa Kohus ei saa seda kontrollida, kuid asi on teisiti juhul, kui Üldkohus on tõendeid moonutanud, järeldades neist asju, mida need selgelt ei sisalda – ning olen seisukohal, et just sellega on tegemist käesoleval juhul.[8] Tõendite moonutamine[9] (*dénaturation*) leiab aset siis, kui asja sisuliselt käsitlev kohus ületab oma pädevuspiire, tõlgendades selgelt ja üheti mõistetavalt sõnastatud dokumenti (näiteks lepingut, testamenti, aruannet, kohtuotsust või välisriigi õigust) vastuolus selle sõnastusega.[10]

18. Eeltoodud kaalutlustest järeldub, et apellatsioonkaebuse esimene väide on vastuvõetav.

19. Esimese väite sisu osas näib, et Üldkohus eksis tõepoolest asjaolude kvalifitseerimisel – eelkõige selles osas, milles ta sedastas, et Prantsuse Vabariik arvestas maksunõude ümber kapitaliks (vt eelkõige vaidlustatud kohtuotsuse punkt 258), samas kui asjaomane riik andis tegelikult EDF-ile valikulise vabastuse ettevõtte tulumaksust.[11]

20. Vastupidi EDF-i argumentidele ning nagu on selgitatud allpool, nähtub asjaolude moonutamine ilmselgelt Euroopa Kohtule esitatud toimikust ning järelikult ei ole Euroopa Kohtul vaja viia läbi uut üksikasjalikku asjaolude hindamist.

21. Prantsuse Vabariik üritab Üldkohtu lähenemisviisi õigustada, rõhutades, et maksunõude ümberarvestamine kapitaliks võeti ette EDF-i bilansi ümberkorraldamise osana, kuna üks selle protsessi järkudest on rekapitaliseerimine.

22. Keegi ei vaidlusta asjaolu, et EDF-i rekapitaliseerimine toimus samal ajal ning seda ei käsitletud iseenesest riigiabina. Siiski on oluline märkida, et riigiabiks kvalifitseeriti *maksumõjud* – mida saab eristada rekapitaliseerimisest (vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 241). Olen arvamusel, et Prantsusmaa valitsuse argument on kasutu, sest leian, et maksunõudest loobumist ja selle kapitalisisendiks ümberarvestamist tuleb selgelt käsitada kahe eraldiseisva ja teineteisele järgneva toiminguna. Tundub, et Prantsusmaa valitsus möönab seda oma vastuse punktis 97.

23. Kohtutoimiku lugemine kinnitab ilmselgelt, et nendest dokumentidest on võimatu leida maksustatavat summat. Seal ei ole maksuteadet, tõendeid tasumisele kuuluva maksunõude kohta ega otsust maksustatava summa suunamise kohta EDF-i rekapitaliseerimiseks. Tegelikult, kui nõustuda tõlgendusega, mis Üldkohus andis talle esitatud dokumentide ja asjaolude kohta, siis selle tulemusena järeldataks maksustatava summa suunamist pelgalt sellest, et seaduses nr 97-1026 ja/või 22. detsembri 1997. aasta kirjas ei ole seda teemat käsitletud.

24. Tegelikult märgib Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 242, et „kõik pooled on üksmeelel selles osas, et 14,119 miljardi Prantsuse frangi suuruselt summalt oleks enne selle kandmist „Kapitalisisenditesse" tulnud maksta tulumaksu."

25. Vaidlustatud kohtuotsuse punktidest 239–242 nähtub, et kõik EDF-i bilansi ümberkorraldamise meetmed kajastusid EDF-i bilansis, eesmärgiga esiteks tugevdada EDF-i netoväärtust ning teiseks stabiliseerida riigi ja EDF-i vahelisi finantssuhteid üldnormidega lähedastel alustel (vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 31).

8 — Vt kohtujurist Tesauro ettepanek kohtuasjas C-362/95 P: Blackspur DIY jt *vs.* nõukogu ja komisjon (EKL 1997, lk I-4775, ettepaneku punkt 32).

9 — Vt ka 6. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Hilti *vs.* komisjon, punkt 42.

10 — Vt kohtujurist Sharpstoni 1. oktoobri 2009. aasta ettepanek kohtuasjas C-141/08 P: Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware *vs.* nõukogu (EKL 2009, lk I-9147, punkt 72).

11 — 15. märtsi 1994. aasta otsus kohtuasjas C-387/92: Banco Exterior de España (EKL 1994, lk I-877, punkt 14). Vt ka 19. mai 1999. aasta otsus kohtuasjas C-6/97: Itaalia *vs.* komisjon (EKL 1999, lk I-2981, punkt 16).

26. Eelkõige tuleb ära märkida järgmised asjaolud: (i) RAG-i moodustavad varad liigitati 90,325 miljardi Prantsuse frangi ulatuses ümber „ettevõtja varadeks"; (ii) RAG-i uuendamise kasutamata reservid kirjendati jaotamata kasumina ning liigitati ümber eelmiste perioodide jaotamata kahjumi alla, seega viidi see konto vastavusse ja jääk määrati reservidesse (ma lisan siinjuures, et tehingut maksustati), ja (iii) „kontsessioonitasu" kirjendati otse kapitalisisendi kirje alla summas 14,119 miljardit Prantsuse franki.

27. Oluline on aga märkida, et maksustatava summa (millest EDF vabastati) ümberarvestamine kapitaliks ei kajastunud mitte mingil viisil ettevõtja raamatupidamisarvestuses.

28. Tegelikult „[…] [k]a Prantsuse ametivõimud ise tunnistavad selle toimingu ebaseaduslikkust. [Prantsuse majandus-, rahandus- ja tööstusministeeriumi] maksuhalduri 9. aprillil 2002 komisjonile adresseeritud teates märgivad Prantsuse ametivõimud, et „RAG-iga seotud kontsessioonitasu kujutab endast maksmata võlga, mille kapitali hulka arvamine vabastas põhjendamatult maksust", ja et „see reserv oleks tulnud enne kapitali hulka arvamist kanda ettevõtte kohustuste alt, kus ta ekslikult oli, netoarvele, mis oleks kaasa toonud maksustatava netovara positiivse muutuse vastavalt üldise maksuseadustiku artiklile 38-2"" (vt vaidlusaluse otsuse põhjendus 89).

29. Vaatamata maksuhalduri üheselt mõistetavale seisukohale, ei registreeritud nõuetekohaselt ühtegi maksunõuet enne „nõudega" hõlmatud summa kapitali hulka arvamist.

30. Näib, et käesolevas asjas ei ole kunagi olnud „nõuet" ega võlga, millest loobuda. Nagu Iberdrola märkis, ei olnud toimunud nõude ümberarvestamist kapitaliks ja ilmselt ei olnud ametivõimudel ka soovi sellist ümberarvestamist läbi viia. Tundub isegi, et Üldkohus tugines Prantsusmaa valitsuse püüdele õigustada oma tegevust tagantjärele erainvestori kriteeriumi alusel. Minu arvates ei saa sellised väited – eelkõige kuna need on esitatud *in tempore suspecto* – tagasiulatuvalt muuta maksuvabastust tegutsemisviisiks, mida saab käsitada nõude kapitaliks ümberarvestamisega „võrreldava" tegevusena.

31. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 282 tõdes Üldkohus, et nõuet või võlga, millest loobuda, pole kunagi olnud: „[…] Enne seaduse nr 97-1026 vastuvõtmist ja seda, kui EDF määrati RAG-i omanikuks, ei olnud vaja maksu maksta. Seejärel, kuna Prantsuse Vabariik loobus maksu nõudmisest, ei olnud seda enam vaja maksta ja järelikult ei saanud see bilansis kajastuda kui ettevõtja võlg."

32. Olen nõus komisjoniga, et kui nõustuda Üldkohtu-poolse asjaolude käsitusega, siis selle tulemuseks oleks kaudne ja läbipaistmatu kapitali suurendamine, mis viiakse läbi, ilma et seadusandja oleks sellega sõnaselgelt nõustunud, ning vastupidi maksuhalduri nõuandele.

33. Sellega seoses on vaidlustatud kohtuotsuse punkt 243 Üldkohtu arutluskäigus kesksel kohal. Selles punktis tundub Üldkohus kasutavat argumenti, et seaduse nr 97-1026 artikli 4 eesmärk on korraldada ümber EDF-i bilanss ja suurendada tema omakapitali, selleks et jõuda järeldusele, et „seega ei ole iseenesest tegu maksuõigusnormide, vaid raamatupidamisnormidega, millel on maksumõjud, nagu seda tõendab […] 22. detsembril 1997 EDF-ile saadetud kiri".

34. Tegelikult põhineb Üldkohtu arutluskäigu ülejäänud osa järeldusel, et Prantsuse riik tegi investeeringu ja eelkõige, et ta „suurenda[s] [EDF-i] kapitali kõnealusest maksunõudest loobumise kaudu" (vt vaidlustatud kohtuotsuse punkt 246). Vaidlustatud kohtuotsuse asjassepuutuvate punktide lugemine kinnitab, et tegelikult on see asjaolu Üldkohtu arutluskäigus määrava tähtsusega ning Üldkohtu jaoks oli see põhiküsimus, mis tuli lahendada selleks, et teha otsus EDF-i teise väite kolmanda osa kohta.

35. Seda seisukohta võib näha läbi terve kohtuotsuse. Seda võib leida rohkem või vähem sõnaselgelt punktides 248, 249, 250, 252, 253, 258 ja 259. Lisaks viitab Üldkohus väidetavalt taotletud eesmärkidele vaidlustatud kohtuotsuse punktides 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 ja 259.

36. On selge, et Üldkohus võttis oma hinnangu aluseks seaduse nr 97-1026 artikli 4. Sisuliselt on Prantsusmaa valitsuse ja EDF-i argumentides suurel määral tuginetud selle sätte sõnastusele. Nad väidavad, et sellest sõnastusest nähtub selgelt, et Üldkohtul oli õigus, kui ta leidis, et 1997. aastal antud abi oli kapitalisüst. Vastupidi nendele argumentidele leian siiski, et seaduse nr 97-1026 artikli 4 sõnastusest ei pea tingimata järeldama, et see abi oli kapitalisüst. Peale selle ei tõestanud Prantsusmaa valitsus oma märkustes, et finantstoimingute laadist tuleneb tingimata, et need kujutavad endast kapitalisüsti. Eespool esitatud kaalutlustest nähtub, et Prantsusmaa valitsuse argument, et väidetav kapitalisüst viidi läbi „kõige läbipaistvamal" viisil (sest see on seaduse vormis), tuleb samuti tagasi lükata.

37. See oli läbipaistev äärmisel juhul vormi poolest, aga kindlasti mitte sisu poolest.

38. On ilmne, et seaduse nr 97-1026 artiklis 4 on pelgalt välja toodud sellega hõlmatud finantstoimingute raamatupidamisalased tagajärjed. See ei muuda tõsiasja, et selles artiklis ei ole esitatud kõnealuste toimingute maksualaseid tagajärgi või mõjusid. Tegelikult näib, et EDF möönab seda oma vastuses apellatsioonkaebusele. Nagu komisjon märkis, lükati seadusandliku menetluse käigus tagasi seaduse teksti muudatusettepanek, sest selle eesmärk oli määratleda raamatupidamismenetlust, millega asjaomaste struktuuridega seotud arvestuslikud reservid arvestatakse ümber omavahenditeks.[12]

39. Kõigepealt piisab, kui märkida, et seaduses nr 97-1026 ei viita mitte miski sellele, et Prantsuse riik viis läbi toimingu, mis seisnes sisuliselt maksunõude EDF-i kapitaliks ümberarvestamises. Teiseks nähtub Rahvusassamblee rahanduskomisjoni aruandest, mis koostati seaduse teksti arutamise käigus, et seadusandja ei otsustanud maksumenetlust, millega elektri jaotusvõrgu kontsessiooniga hõlmatud elektri edastamise struktuuridega seotud reservid arvestatakse ümber omavahenditeks. Oluline on märkida, et see aruanne kinnitab, et seaduses ei ole viidatud selle sätete kohaselt teostatava raamatupidamisalase ümberliigitamise maksualastele tagajärgedele.

40. Prantsusmaa valitsuse 22. detsembri 1997. aasta kirja osas EDF-ile näib, et Prantsusmaa ametivõimud ise tegid selgelt vahet bilansi ümberkorraldamisega seotud meetmete (vt selle kirja 1. lisa) ja maksualaste tagajärgede (vt selle kirja 3. lisa) vahel. Nagu komisjon märkis, näitab 1. lisa pelgalt kontsessioonitasu kirjendamist otse kapitalisisendi kirje alla summas 14,119 miljardit Prantsuse franki, samas kui 3. lisa kaotab selle meetme maksualased tagajärjed EDF-i jaoks. Jällegi ei viita kõnealuses dokumendis miski sellele, et maksunõue arvestati ümber kapitaliks.

41. Prantsusmaa ametivõimude 9. aprilli 2002. aasta kirjas komisjonile on jällegi tegemist sama olukorraga: miski ei viita sellele, et Prantsuse riik arvestas maksunõude ümber kapitaliks.

42. Toimikust nähtub, et alles haldusmenetluse hilises järgus – mitte enne 9. detsembrit 2002, st 18 kuud peale uurimise algust – üritasid Prantsusmaa ametivõimud komisjonile saadetud märkustes kirjeldada EDF-ile antud maksuvabastust „täiendava kapitalisüstiga" „võrreldava" toiminguna, ja eelkõige ei esitanud Prantsusmaa ametivõimud seda tehes objektiivseid tõendeid nende väidete toetuseks.

43. Nagu komisjon õigesti märkis, kirjeldas EDF 3. veebruaril 2005 Üldkohtule esitatud märkustes uuringut „Võimaliku turuinvestoriga seotud vaatepunkt", kuid isegi see uuring viidi läbi alles pärast, üritades tagantjärele õigustada kõnealuse tehingu majanduslikku loogikat. See tähendab, et seda tehingut üritati näidata nõude ümberarvestamisena kapitaliks, kuid näib, et asjaolusid arvesse võttes ei vastanud selline sündmuste tõlgendus tegelikkusele ning asjaomase ümberkorraldamise läbiviimise ajal ei käsitlenud Prantsuse Vabariik seda sellisel viisil.

12 — Vt „Migaud'" aruanne, mis koostati Rahvusassamblee *Commission des finances, de l'économie générale et du plan* (rahandus-, üldmajandus- ja planeerimiskomisjon) nimel ning mis on lisatud komisjoni apellatsioonkaebusele, lk 79–81, kus käsitletakse „De Courson'i" muudatusettepaneku arutamist. Selle muudatusettepaneku arutamine näitab nimelt, et komisjoni põhiliikmed (ja eelkõige selle esimees ja pearaportöör) leidsid, et vastuvõetavast õigusnormist peaks EDF-le tulenema kohustus tasuda kapitaliks ümber arvestatud reservi summalt ettevõtte tulumaksu.

44. Järgmiseks, asjaolu, et Üldkohus kaldus kohtuasja asjaoludest kõrvale, moonutades neid sedavõrd, et ta tegi lõpuks otsuse muu asja, mitte talle lahendamiseks antud kohtuasja kohta, nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktist 242. Selles punktis rõhutas Üldkohus, et kõik pooled on üksmeelel, et asjaomaselt tehingult oleks tulnud maksta tulumaksu. Seevastu punktides 266–269 väljendab Üldkohus sellega seoses jätkuvalt kahtlust, kas neil asjaoludel tuleks tegelikult maksu tasuda. Kohtutoimikust nähtub aga, et kõnealust tehingut – arvestades seda, millises vormis see teostati – oleks tõepoolest tulnud maksustada.

45. Olen arvamusel, et Üldkohtul ei olnud õigus tuvastada faktilise asjaoluna seda, et kapitalisüst toimus maksunõudest loobumise tulemusena, kui puudusid objektiivsed tõendid sellise tehingu tegeliku toimumise kohta.

46. Kuna sellised objektiivsed tõendid ilmselgelt puudusid, on Üldkohtu järeldus, mille kohaselt oli tegemist kapitalisüstiga, seega hinnang, mis põhineb talle esitatud dokumentide moonutamisel.

47. Teise võimalusena, nagu märkis komisjon, s.o juhul, kui tõlgendada Üldkohtu järeldust mitte objektiivse asjaolu tuvastamisena, vaid asjaolude õigusliku kvalifitseerimisena, mis põhineb hüpoteesil maksu kaudse ja läbipaistmatu kapitaliks ümberarvestamise kohta, või sellisele ümberarvestusele vastava tehinguna, oleks see asjaolude õiguslik kvalifitseerimine ilmselgelt ekslik, sest see lükkaks ümber kogu Üldkohtu arutluskäigu.

48. Viimaks, vaidlustatud kohtuotsuse punktis 225 on õigesti märgitud, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt ei ole erakapitalil põhineva ettevõtja kriteerium asjakohane juhul, kui riigi sekkumine ei ole majanduslikku laadi. Sellise juhtumiga on tegemist siis, kui riigi ametivõimud maksavad ettevõtjale otsetoetust, annavad maksuvabastuse või nõustuvad vähendama sotsiaalkindlustusmakseid. Nõustun seega komisjoniga, et tundub isegi, nagu oleks Üldkohus kõnealuse tehingu ümberkvalifitseerimisega üritanud tegelikult vältida erainvestori kriteeriumi kohaldamisala käsitlevat Euroopa Kohtu praktikat.

49. Kõikidest eeltoodud kaalutlustest järeldub, et apellatsioonkaebuse esimese väitega tuleb nõustuda.

B. *Teine apellatsioonkaebuse väide: EÜ artikli 87 tõlgendamine*

1. Apellatsioonkaebuse teise väite esimene osa: riigi kui aktsionäri ja riigi kui avaliku võimu eristamise kriteeriumid

50. Sisuliselt vaidlustavad komisjon, Iberdrola ja järelevalveamet Üldkohtu hinnangu, mille kohaselt riigi kui aktsionäri ja riigi kui avaliku võimu eristamine sõltub peamiselt riigi järgitavast eesmärgist (käesolevas asjas EDF-i rekapitaliseerimine), mitte aga objektiivsetest ja kontrollitavatest teguritest, nagu nõuab kohtupraktika. EDF ja Prantsusmaa valitsus paluvad apellatsioonkaebuse teise väite esimene osa tagasi lükata.

51. Kõigepealt väidavad EDF ja Prantsusmaa valitsus sisuliselt, et teine väide põhineb sellel, et Üldkohus moonutas väidetavalt asjaolusid, mis on aga esimese väite ese. Nad leiavad, et need kaks väidet on teineteist täiendavad ning esimene on tegelikult teise väite vältimatu eeldus.

52. Olen siiski arvamusel, et teine apellatsioonkaebuse väide on esimesest väitest ilmselgelt eraldiseisev ja sõltumatu. See on tõsi, vaatamata asjaolule, et apellatsioonkaebus puudutab tingimata vaidlusaluse otsuse artikleid 3 ja 4, mis käsitlevad seda, et EDF ei tasunud 1997. aastal teatud summade ulatuses ettevõtte tulumaksu. Nagu järelevalveamet ja Iberdrola õigesti esile tõstsid, sõltub see, kas vaidlusaluse otsuse artiklid 3 ja 4 saavad kehtima jääda või tühistatakse, küsimusest, kas asjaomane abimeede kvalifitseeritakse kapitalisüstiks või maksu tasumata jätmiseks, kui ükski arukas ja ettenägelik erainvestor ei annaks selliseid vahendeid riigi osalusega ettevõtja käsutusse „tingimustel, mida

erainvestor peaks vastuvõetavaks võrreldavale eraõiguslikule ettevõtjale vahendite andmisel, kui erainvestor tegutseb tavapärastes turumajanduse tingimustes”. [13]

53. On selge, et oluline järeldus, mille komisjon tegi vaidlusaluse otsuse nimetatud osas, oli see, et Prantsuse riigi poolt 1997. aastal antud rahaline abi oli ebaseaduslik riigiabi.

54. Leian, et igal juhul on apellatsioonkaebuse teine väide siiski põhjendatud. Nimelt on selge, et käesolevas asjas teostas riik avalikku võimu.

55. Teise väite esimese osa sisu osas leian, et üks olulisimaid küsimusi käesolevas apellatsioonkaebuses on see, et Üldkohus omistab ülimat tähtsust hinnatava meetme eesmärgile, ning sellele lisandub asjaolu, et see lähenemisviis ei põhine Euroopa Kohtu praktikal.

56. Euroopa Kohtu väljakujunenud tõlgenduse kohaselt ei tee EÜ artikli 87 lõige 1 „riiklikel sekkumistel vahet vastavalt nende põhjustele või eesmärkidele, vaid neid on määratletud nende tagajärgede kaudu”. [14] Riigi meetme aluseks olevate eesmärkide laad ei ole piisav, välistamaks *ipso facto* selle kvalifitseerimist riigiabina. Vastasel korral piisaks asutamislepingu riigiabi käsitlevate sätete kohaldamise vältimiseks sellest, kui liikmesriik viitaks riikliku sekkumise eesmärgi seaduslikkusele. [15]

57. Sellele vastab EDF argumendiga, et Üldkohus ei hinnanud asjaomast meedet *ainuüksi* selle eesmärgi põhjal. EDF-i väitel pidas Üldkohus selle meetme hindamisel silmas erinevaid kriteeriume, nagu selle laadi, eset ja eesmärke, ning võttis aluseks kõik selle meetme aspektid ja tervikkonteksti.

58. Kuigi võib nõustuda, et *prima facie* ei võtnud Üldkohus oma lähenemisviisis aluseks ainuüksi taotletud eesmärki, nähtub terve vaidlustatud kohtuotsuse täpsemal lugemisel siiski, et Üldkohus tegi selleks, et määrata kindlaks, kas riik tegutses aktsionärina või avaliku võimu kandjana, oma järeldused põhiliselt – kui mitte ainuüksi – järgitud eesmärgi põhjal. Nagu järgnevast nähtub, ei saa eitada, et Üldkohus pidas oma analüüsis esmatähtsaks meetmega taotletavat eesmärki.

59. Vaidlustatud kohtuotsuse punktis 229 leidis Üldkohus, et „[s]elleks et hinnata, kas riigi võetud meetmed kuuluvad tema pädevusse teostada avalikku võimu või tulenevad kohustustest, mida ta peab täitma aktsionärina, on oluline hinnata neid meetmeid mitte nende vormi alusel, vaid nende laadi, eset ja nende suhtes kehtivaid norme silmas pidades, võttes samas arvesse kõnealuste meetmetega *taotletavat eesmärki*” (kohtujuristi kursiiv).

60. Seejärel, punktis 233 rõhutab Üldkohus taas, et selleks et tuvastada, kas erainvestori kriteerium on kohaldatav või mitte, on vaja teha kindlaks, kas riigil oli „majanduslik eesmärk”, mis võiks samuti olla eraõiguslikul investoril. Punktides 234 ja 235 on samuti mainitud, et taotletud eesmärk on selles kontekstis oluline. Punktis 236 järeldab Üldkohus, et „[meedet tuleb] uurida mitte üksnes selle vormist, vaid selle laadist, esemest ja *eesmärkidest* lähtuvalt, mis eeldab selle käsitlemist kõiki neid külgi arvestades ning selle konteksti arvesse võtmist” (kohtujuristi kursiiv). Viimaks, punktis 237 on samuti viidatud asjaomase meetme eesmärgile.

61. Lisaks leiab Üldkohus punktis 247 jällegi otsustavalt, et „*seaduses nr 97-1026 seatud rekapitaliseerimise eesmärki arvestades* ei saa komisjon ainuüksi selle võlanõude maksuõigusliku iseloomu […] ja pelga asjaolu põhjal, et riik kasutas seadust, keelduda kontrollimast, kas samadel asjaoludel oleks eraõiguslikul investoril võinud olla vajalik suurendada samas ulatuses kapitali ja seega kas riik tegi kapitalisisendi asjaoludel, mis vastavad tavapärastele turutingimustele” (kohtujuristi kursiiv).

13 — Vt komisjoni teatis liikmesriikidele – [EMÜ] artiklite 92 ja 93 ning komisjoni direktiivi 80/723/EMÜ artikli 5 kohaldamine riigi osalusega äriühingutele tootmissektoris (EÜT 1993, C 307, lk 3), punkt 11.

14 — 9. juuni 2011. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-71/09 P, C-73/09 P ja C-76/09 P: Comitato „Venezia vuole vivere” *vs.* komisjon (EKL 2011, lk I-4727, punkt 94 ja seal viidatud kohtupraktika).

15 — Vt kohtujurist Tizzano 28. oktoobri 2004. aasta ettepanek kohtuasjas C-172/03: Heiser (EKL 2005, lk I-1627, punkt 45).

62. Seega võttis Üldkohus eraõigusliku investori põhimõtte kohaldatavuse üle otsustamiseks ilmselgelt arvesse taotletavat eesmärki ja pidas seda otsustava tähtsusega teguriks, ning sellest tulenevalt põhineb see otsus õigusnormi rikkumisel.

63. Lisaks on selge, et ainus kohtupraktika, mille alusel Üldkohus üritab õigustada väidetavalt taotletud eesmärgi arvessevõtmist erainvestori põhimõtte kohaldatavuse raames, on Euroopa Kohtu otsus kohtuasjas SAT Fluggesellschaft. [16]

64. Selle kohtuotsuse asjassepuutuvas punktis (punktis 30) ei viita Euroopa Kohus aga mitte mingil viisil asjaomase meetmega taotletud eesmärgile.

65. Esiteks ei puuduta kohtuasi SAT Fluggesellschaft riigiabi. Selle kohtuotsuse eesmärk oli määrata kindlaks, kas teatud rahvusvaheline organisatsioon oli „ettevõtja" EÜ artiklite 82 ja 86 tähenduses. Euroopa Kohtult küsiti eelkõige seda, kas Euroopa Lennuliikluse Ohutuse Organisatsioon (Eurocontrol) oli „ettevõtja".

66. Selle küsimuse üle otsustamiseks analüüsis Euroopa Kohus: (i) Eurocontroli tegevuse *laadi* (punkt 19), (ii) selle tegevuse *eesmärki*, nii, nagu see on määratletud selle organisatsiooni asutamise konventsioonis (punkt 21), (iii) Eurocontroli *ülesandeid*, nii, nagu need on määratletud muudetud konventsioonis (punkt 22), (iv) selle *pädevust*, eelkõige marsruudi navigatsioonitasude kehtestamisel ja kogumisel (punktid 23, 28 ja 29), (v) Eurocontroli *operatiivtegevust* (punkt 24), ja viimaks (vi) Eurocontroli kui rahvusvahelise organisatsiooni *rahastamise* meetodit (punkt 26).

67. Kohtuotsuse SAT Fluggesellschaft punktides 30 ja 31 jõudis Euroopa Kohus järeldusele, et „tervikuna võttes on Eurocontroli tegevus […] õhuruumi kontrolli ja korda puudutavate ülesannete täitmine, mis on iseloomulik avaliku võimu teostamise ülesannete täitmisele. Sel tegevusel puudub asutamislepingu konkurentsieeskirjade kohaldamist õigustav majanduslik laad." Seega ei olnud Eurocontrol käsitletav ettevõtjana EÜ artiklite 82 ja 86 tähenduses.

68. Tuleb märkida, et käesolevas asjas möönis Üldkohus vaidlustatud kohtuotsuse punktis 246 ise, et „riik teostas [asjaomasest] nõudest loobudes avalikku võimu". Vaidlust ei ole selles, et asjaomane meede on seotud avaliku võimu teostamisega. Nagu komisjon õigesti märkis, puudutas kriteerium, mida Euroopa Kohus kasutas kohtuotsuses SAT Fluggesellschaft, lisaks asjaomase organisatsiooni kvalifitseerimist ettevõtjana, ja mitte teatud riigipoolse toimingu riigiabina kvalifitseerimist, nagu on tegemist käesolevas asjas.

69. Eespool esitatud kaalutlustest saab järeldada ainuüksi seda, et vastupidi Prantsusmaa valitsuse argumentidele ei olnud kohtuotsus SAT Fluggesellschaft käesoleva asja lahendamiseks asjakohane ega ole seda endiselt, ning eelkõige on kõnealune kohtuotsus asjassepuutumatu selleks, et määrata kindlaks, kas käesolevas, EÜ artiklit 87 käsitlevas kohtuasjas on kohaldatav erainvestori põhimõte.

70. Peale selle olen arvamusel, et tegelikult Üldkohus isegi ei kohaldanud kriteeriume, mis Euroopa Kohus esitas kohtuotsuse SAT Fluggesellschaft punktis 30. Üldkohus käsitles riigi taotletud eesmärki – nimetatud kohtuotsuses kõrvalise tähtsusega kriteeriumi – ülekaalukalt kõige määravama tegurina ning jättis samas arvesse võtmata riigi tegevuse *laadi* asjaomasest nõudest loobumisel, mis Üldkohtu enda sõnul oli näide sellest, et riik teostas avalikku võimu.

71. Esiteks on riigi kavatsusel põhinev kriteerium riigiabi olemasolu hindamiseks iseäranis asjakohatu sellepärast, et selline kriteerium on juba oma olemuselt subjektiivne ning tõlgendatav. Teiseks, nagu märkis Iberdrola, tekitab liikmesriigi poolt väidetavalt taotletavate eesmärkide arvessevõtmine manipulatsioone, mõjutades erasektori ja avaliku sektori vahelist konkurentsi. On tõeline oht, et see julgustaks liikmesriike tuginema riigiabiõiguse kohaldamise vältimiseks (hiljem) pelgalt tulu saamise eesmärkidele.

16 — 19. jaanuari 1994. aasta otsus kohtuasjas C-364/92 (EKL 1994, lk I-43).

72. Lõpuks on määravat rolli, mis Üldkohus andis taotletavale eesmärgile, raske kokku sobitada asjaoluga, et „abi mõiste on objektiivne mõiste”.[17] Nimelt ei tohi unustada, et Euroopa Kohtu praktika kohaselt on „asutamislepingus määratletud abi mõiste […] õigusliku tähendusega ning seda tuleb tõlgendada objektiivsete asjaolude alusel”.[18] Lõpetuseks hinnatakse abi elemendi olemasolu ainuüksi kättesaadavatest objektiivsetest ja kontrollitavatest asjaoludest lähtuvalt. Vastasel juhul mõjutataks komisjoni järelevalvekohustust ning ühenduse kohtud ei saaks „läbi viia täielik[k]u kontrolli, et otsustada, kas meede kuulub EÜ artikli 87 lõike 1 kohaldamisalasse”,[19] ning see oht tekikski, kui järgitaks vaidlustatud kohtuotsuses välja pakutud lähenemisviisi.

73. Järgmisena väidab EDF, et seoses erainvestori põhimõtte kohaldamisega on asjakohane mitte ainult taotletud eesmärk, vaid eeskätt ka kontekst. Ta tugineb mõnele kohtuasjale, milles komisjonilt nõuti erinevate toimingute konteksti hindamist. EDF viitab eelkõige kohtuotsustele Chronopost I,[20] P&O European Ferries (Vizcaya) ja Diputación Foral de Vizcaya *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus P&O European Ferries”),[21] Bundesverband deutscher Banken *vs.* komisjon,[22] ja Ryanair *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus Ryanair”)[23].

74. Selles osas piisab, kui märkida, et kõikides nimetatud kohtuasjades käsitleti kaubanduslikku laadi tehinguid. Kohtuotsuses Chronopost I oli selleks klientide üleandmine, kohtuotsuses P & O European Ferries praamipiletite müümine, kohtuotsuses Bundesverband deutscher Banken *vs.* komisjon vara panga käsutusse andmine, mida kasutati seejärel äritegevuse tagamiseks, ja lõpuks, kohtuotsuses Ryanair, lennujaamatasude kehtestamine, st tegevus, mis on otseselt seotud lennujaama infrastruktuuride haldamisega, mis kujutab endast majandustegevust. Eelkõige selgitas Üldkohus kohtuotsuses Ryanair, et asjaomaseid tasusid on kohane käsitleda „lõivude”, mitte „maksudena” – vastupidi käesolevas asjas käsitletavale olukorrale *võis* sellise allahindluste süsteemi sisse seada erakapitalil põhinev ettevõtja.

75. Eelkõige tundub, et Üldkohus lähtus oma otsusest kohtuasjas Ryanair, milles ta samuti tühistas komisjoni otsuse riigiabi kohta. Täpsemalt otsustas Üldkohus kohtuasjas Ryanair, et komisjon kohaldas valesti õigusnormi, hindamata Vallooni piirkonna ja Charleroi lennujaama poolt antud eeliseid koos ning tegemata kindlaks, kas need kaks üksust käitusid koosvõetuna kui turumajanduse tingimustes tegutsevad mõistlikud ettevõtjad. Siiski on selge, et käesolevat kohtuasja tuleb eristada kohtuasjast Ryanair. Nimelt oli kohtupraktikas juba kinnitatud kohtuasjas Ryanair käsitletud tegevuse majanduslikku laadi.[24] Kuigi selles kohtuasjas käsitletud tasud olid kehtestatud *normatiivsete* vahenditega, leidis Üldkohus, et tegemist oli majandustegevusega, sest „lennujaamamaksude kehtestamine on tihedalt seotud Charleroi lennujaama kasutamise ja haldamisega, mida tuleb pidada majandustegevuseks”. Üldkohus leidis sisuliselt, et kui jätta arvestamata asjaolu, et asjaomaste tasude kehtestamisega võis Vallooni piirkond tegutseda erainvestorina, tähendaks see era- ja avalik-õiguslike lennujaamade vahelist diskrimineerimist. Tuleb ilmselt märkida, et komisjon ei esitanud kohtuotsuse Ryanair peale apellatsioonkaebust.

17 — Vt kohtujurist Léger’ 19. märtsi 2002. aasta ettepanek kohtuasjas C-280/00: Altmark Trans ja Regierungspräsidium Magdeburg (edaspidi „kohtuotsus Altmark”) (EKL 2003, lk I-7747, punkt 77).

18 — 22. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-487/06: British Aggregates *vs.* komisjon (EKL 2008, lk I-10515, punkt 111).

19 — Vt mh 16. mai 2000. aasta otsus kohtuasjas C-83/98 P: Prantsusmaa *vs.* Ladbroke Racing ja komisjon (EKL 2000, lk I-3271, punkt 25).

20 — 3. juuli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-83/01 P, C-93/01 P ja C-94/01 P: Chronopost jt *vs.* Ufex and Others (edaspidi „kohtuotsus Chronopost I”) (EKL 2003, lk I-6993, punkt 128).

21 — EDF viitab kohtujurist Tizzano 9. veebruari 2006. aasta ettepanekule liidetud kohtuasjades C-442/03 P ja C-471/03 P (EKL 2006, lk I-4845, punkt 87).

22 — 3. märtsi 2010. aasta otsus kohtuasjas T-163/05 (EKL 2010, lk II-387).

23 — 17. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas T-196/04 (EKL 2008, lk II-3643).

24 — Vt selle kohta 12. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas T-128/98: Aéroports de Paris *vs.* komisjon (EKL 2000, lk II-3929, punktid 107–109, 121, 122 ja 125).

76. Erinevalt nende tasude kehtestamisest ei saa siiski ükski erakapitalil põhinev ettevõtja (mitte kunagi) loobuda maksunõudest. Leian, et EDF eksib ilmselgelt, kui ta üritab väita, et asjaolu, et riigi kasutatud vahend on erainvestori jaoks kättesaamatu, ei saa tähendada, et erainvestori põhimõte tuleb kõrvale lükata. Nimelt on selge, et õigusteoorias on põhjendatud seisukoht, et erainvestori põhimõtet ei saa kohaldada maksustamisega seotud asjades, st juhtudel, kus asjaomane eelis saadakse maksuõigusnormide teel.[25]

77. Olen arvamusel, et Üldkohtu lähenemisviis vaidlustatud kohtuotsuses tuleb seda enam tagasi lükata seetõttu, et kui riik soovib vajaduse korral tegutseda erainvestorina, saab ta seda endiselt teha: tal tuleb vaid teha ettevõtjale kapitalisüst *pärast* seda, kui ta on oma maksupädevust ning seega avalikku võimu teostanud. Järelikult, vastupidi EDF-i argumentidele, et erainvestori põhimõtte kohaldamisala piirataks ülemäära ning see tähendaks riigi osalusega ettevõtjate diskrimineerimist, ei diskrimineeri see lähenemisviis, mida mina siinkohal toetan, mitte mingil määral riigi osalusega ettevõtjaid. See on ette nähtud lihtsalt erakapitalil põhinevate ettevõtjate diskrimineerimise ohu piiramiseks.

78. Lisaks, nagu märkis järelevalveamet, kuigi esineb olukordi, kus riik võib astuda ettevõtjatega lepingulistesse ja kaubanduslikesse suhetesse, ei olnud EDF-i võlg Prantsuse riigile käesolevas asjas mitte sugugi lepingulist või kaubanduslikku laadi. See oli maksuvõlg. Maksud kehtestab riik ja neid ei tule maksta vabatahtliku lepingulise või kaubandusliku suhte tagajärjena. Igal juhul on Euroopa Kohus eristanud tehinguid, mida riik teostab investorina, nendest tehingutest, milles ta käitub võlausaldajana.[26]

79. Peale selle on erainvestori kriteeriumi puhul ette nähtud, et iga kord, kui ettevõtja saab abi riigi vahenditest, käsitletakse seda abi riigiabina, kui erainvestor ei oleks tavapärastel asjaoludel teinud sellist investeeringut. Seevastu juhul, kui riik tegutseb samamoodi kui tavaline eraõiguslik aktsionär, kes tegutseb tavapärastes turutingimustes, ei käsitleta rahalist abi riigiabina. Nagu järelevalveamet märkis, on selge, et riik kehtestab maksud avaliku võimu teostamise raames. Vaevalt saab väita, et riigil on maksustamispädevus erainvestorina. Maksude kehtestamisega – või maksuvõlgadest loobumisega – kaasneb ka tegevus, mida riik teostab avaliku võimu kandjana. Riigi maksualane tegevus – maksude kehtestamine, sissenõudmine, tagastamine, ülekandmine – toimub seega ilmselgelt avaliku võimu teostamise raames ning seda ei saa selle olemusest tulenevalt teostada erainvestorina.

80. Seetõttu ongi Euroopa Kohus teinud olulise eristuse. Ta leidis kohtuotsuses Hispaania *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus Hytasa")[27], et „tuleb eristada kohustusi, mida riik peab võtma äriühingu aktsiakapitali omanikuna, ja kohustusi, mida tuleb täita avaliku võimu teostamisel. Kuna käesolevas asjas kõne all olevad kolm äriühingut asutati aktsiaseltsidena, oli Patrimonio del Estado aktsiakapitali omanikuna nende võlgade eest vastutav üksnes nende äriühingute varade likvideerimisväärtuse ulatuses. See tähendab […], et koondamiste, töötushüvitiste maksmise ja tööstusliku infrastruktuuri ümberkorraldusabi kuludest tekkivaid kohustusi ei tohi arvesse võtta [erainvestori põhimõtte] kohaldamiseks".

81. Kohtuotsuses Saksamaa *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus Gröditzer")[28] leidis Euroopa Kohus, et „selleks et määrata kindlaks, kas Gröditzer Stahlwerke (GS) erastamisel 340 miljoni Saksa marga suuruse negatiivse müügihinna eest on riigiabi elemente, tuleb hinnata, kas sarnastel asjaoludel oleks avalikku sektorit juhtivate asutustega võrreldava suurusega erainvestor võinud nimetatud ettevõtte

25 — Ja normatiivsete vahendite teel üldiselt. Vt mh Hancher, L., Ottervanger, T. ja Slot, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, lk 74; Jaeger, Th., „Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben", *NWV*, 2006, punkt 195; Mamut, M.-A., „Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen", Jaeger (Ed.), *Jahrbuch Beihilferecht 09*, lk 341, ja Haslehner, W., „Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen", Jaeger (Ed.), *Jahrbuch Beihilferecht 2011*, NWV, 2011, lk 273.

26 — 29. aprilli 1999. aasta otsus kohtuasjas C-342/96: Hispaania *vs.* komisjon (EKL 1999, lk I-2459, punkt 46).

27 — 14. septembri 1994. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-278/92-C-280/92 (EKL 1994, lk I-4103, punkt 22). Vt ka 21. jaanuari 1999. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-129/95, T-2/96 ja T-97/96: Neue Maxhütte Stahlwerke ja Lech-Stahlwerke *vs.* komisjon (EKL 1999, lk II-17, punkt 119) ja komisjoni 10. mai 2007. aasta otsus 2008/722/EÜ riigiabi C 2/06 (ex N 405/05) kohta, millega Kreeka kavatses rakendada ettevõtja OTE vabatahtlikult ennetähtaegselt pensionile jäämise kava (ELT L 243, 11.9.2008, lk 7, punktid 85 ja 86).

28 — 28. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-334/99 (EKL 2003, lk I-1139, punktid 133 ja 134).

müümise raames teha sama suure kapitalisisendi või oleks selle asemel otsustatud selle ettevõtte likvideerimise kasuks”.[29] Euroopa Kohus tuletas sellega seoses taas meelde, et tuleb eristada kohustusi, mida riik peab võtma äriühingu aktsiakapitali omanikuna, ja kohustusi, mida tuleb täita avaliku võimu teostamisel.

82. Seejärel, kohtuotsuses Altmark[30] märkis kohtujurist Léger, et Euroopa Kohus kohaldab erainvestori põhimõtet üksnes olukordades, kus *riigi sekkumine on majanduslikku laadi*. Ta märkis, et erainvestori põhimõte on asjakohane, sest tulu saamise eesmärgiga tegutsev erakapitalil põhinev ettevõtja (investor, pank, käendaja, ettevõtja või võlausaldaja) võib vähemalt põhimõtteliselt käituda samamoodi kui riik. Seevastu ei ole erainvestori põhimõte asjakohane juhul, kui riigi sekkumine ei ole majanduslikku laadi. Sellistes olukordades ei saa tulu saamise eesmärgiga erakapitalil põhinev ettevõtja tegutseda samamoodi kui riik, vaid see riigi sekkumine kuulub riigivõimu, *näiteks maksupoliitika* või sotsiaalpoliitika teostamise alla. Seega ei ole erainvestori põhimõte asjakohane, sest *olemuslikult ei saa esineda* avalik-õigusliku ja erasektori *võrdse kohtlemise rikkumist*. Kohtujurist järeldas, et sellest tulenevalt ei ole erainvestori põhimõte kohaldatav riigi sekkumistele, mis kuuluvad avaliku võimu teostamise alla.

83. Nagu Üldkohus õigesti sedastas kohtuotsuses Ryanair[31]: „Kuigi olukorras, kus riik tegutseb erainvestorist ettevõtjana, tundub olevat vajalik analüüsida tema käitumist turumajanduse tingimustes tegutseva erainvestori põhimõtte seisukohalt, tuleb see põhimõte jätta kohaldamata juhul, kui ta tegutseb avaliku võimu kandjana. Viimasel juhul ei saa riigi käitumist *kunagi* võrrelda turumajanduse tingimustes tegutseva ettevõtja või erainvestori omaga.”

84. Kohtuotsuses Westdeutsche Landesbank Girozentrale ja Land Nordrhein-Westfalen *vs.* komisjon[32] märkis Üldkohus õigesti, et „mis puudutab liidumaa argumenti maksutulude suurenemise kohta, siis tuleb rõhutada, et liidumaa kui avalik-õigusliku üksuse seisundit ei tohi segamini ajada tema kui ettevõtja seisundiga. Maksutulude suurenemise argument on aga erainvestori jaoks täielikult asjakohatu”.

85. Viimaks tuleb märkida, et Euroopa Kohus on juba otsustanud, et maksukogujana tegutsev üksus ei tegutse ettevõtjana.[33] Lisaks, vastavalt Euroopa Kohtu praktikale ei kohaldata asutamislepingu konkurentsieeskirju tegevuse suhtes, mis ei kuulu oma laadi, eesmärgi ja tema suhtes kehtivate eeskirjade tõttu majandustegevuse valdkonda või on seotud avaliku võimu teostamisega.[34]

86. Selles osas vastavad EDF ja Prantsusmaa valitsus argumendiga, et on teisi kohtuasju, milles Euroopa Kohus kasutas olukordade puhul, kus oli teostatud riigivõimu, vähem ranget käsitlusviisi. Prantsusmaa valitsus väidab, et vahendid ei oma tähtsust, kui riik saab teha eri liiki investeeringuid. Ta märgib, et Euroopa Kohus on juba nõustunud, et meetmeid, mis ei ole kättesaadavad erainvestorile, saab võrrelda erakapitalil põhinevate ettevõtjate käitumisega.[35]

29 — Vt 16. mai 2002. aasta otsus kohtuasjas C-482/99: Prantsusmaa *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus StardustMarine”) (EKL 2002, lk I-4397, punkt 70).

30 — 14. jaanuari 2003. aasta ettepanek 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas Altmark, punktid 20–27.

31 — 23. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus, punkt 85 (kohtujuristi kursiiv).

32 — 6. märtsi 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-228/99 ja T-233/99 (EKL 2003, lk II-435, punkt 317) („kohtuotsus Westdeutsche Landesbank”).

33 — 11. septembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-207/01: Altair Chimica (EKL 2003. lk I-8875, punkt 35).

34 — 19. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-309/99: Wouters jt (EKL 2002, lk I-1577, punkt 57).

35 — Ta viitab eespool 26. joonealuses märkuses viidatud otsusele kohtuasjas C-342/96: Hispaania *vs.* komisjon, punkt 46, ja 29. juuni 1999. aasta otsusele kohtuasjas C-256/97: DM Transport (EKL 1999, lk I-3913).

87. Siiski olen arvamusel, et on oluline mitte käsitleda ühtemoodi kaht üsna erinevat mõistet. Tuleb teha vahet (turumajanduse tingimustes tegutseva) eraõigusliku võlausaldaja põhimõttel ja (turumajanduse tingimustes tegutseva) erainvestori põhimõttel. Vastupidi Prantsuse Vabariigi väitele ei ole erainvestori seisundit võimalik võrrelda eraõigusliku võlausaldaja seisundiga. Kui investori eesmärk äriühingu tegevusse sekkudes on saada kasumit, siis võlausaldaja eesmärk on saada tagasi summad, mis talle võlgneb majandusraskustes olev võlgnik. [36]

88. Järelikult on oluline, et käesolevas asjas ei väitnud ei Prantsusmaa valitsus ega EDF, et tegemist oli majandusraskustes ettevõtjaga. On selge, et tegemist ei ole võlausaldajaga, kelle eesmärk on saada tagasi summad, mis talle võlgneb majandusraskustes olev võlgnik. Pealegi ei sõltu eraõigusliku võlausaldaja kriteerium riigi rollist aktsionärina: selle kriteeriumi puhul koheldakse riigi osalusega ettevõtjaid ja erakapitalil põhinevaid ettevõtjaid täpselt samamoodi. Erinevalt erainvestori põhimõttest ning käesolevas asjas käsitletavast olukorrast ei ole eraõigusliku võlausaldaja kriteeriumi puhul ebavõrdse kohtlemise ohtu.

89. Varasematest juhtumitest tuleneb otsustuspraktika, mille kohaselt erainvestori põhimõtet tuleb kohaldada, „jättes kõrvale kõik sotsiaalset, regionaal- või sektoripoliitikat käsitlevad kaalutlused", nii et liikmesriigi kui avaliku võimu kandja rolliga ilmselgelt seotud kaalutluste arvessevõtmine on välistatud. [37]

90. Esimest korda käsitleti erainvestori põhimõtet kohtuasjades Meura ja Boch II. [38] Siiski puudutas seda teemat juba kohtujurist Verloren van Themaat kohtuasjas Intermills *vs.* komisjon. [39] Ta märkis, et „käesolev asi on selgelt seotud kapitalisüsti tegemisega raskustes ettevõtjale, mida komisjon on juba käsitanud abina artikli 92 [alusel]. […] Lisaks on asjaomane osalus kontserni Intermills ettevõtjate kapitalis peamiselt ette nähtud kahjumi katmiseks. Mulle tundub, et on väljaspool kahtlust, et sellist väga ulatuslikku kahjumi katmist, tänu millele ettevõtja tegevus kunstlikult jätkub, tuleb samuti käsitada riigiabina artikli 92 [alusel], eelkõige kuna kapitalisüsti pidevusest ja asjaolust, et veel tootvad tehased ei ole isegi neli aastat pärast abi andmist ikka veel kasumlikud, saab järeldada, et seda kapitali ei oleks saadud erakapitali turul".

91. Minu arvates on selge – nagu ma üritan käesolevas ettepanekus näidata –, miks on põhjendatud, et nii komisjon kui ka Euroopa Kohus on alati rangelt eristanud riigipoolset avaliku võimu teostamist ja riigi rolli investorina, nii et isegi kui avalikku võimu teostades vastu võetud meetmel on suures osas sama mõju kui meetmel, mille riik oleks ilmselt võinud võtta investorina, tuleb see siiski kõrvale jätta, kui hinnatakse väiteid, et riik toimis turumajanduse tingimustes tegutseva investorina. [40]

92. Olen veendunud, et vaidlustatud kohtuotsuses rikkus Üldkohus täpset eristust, mis Euroopa Kohus on teinud *acta iure gestionis*'e ja *acta iure imperii* vahel. [41] Sisuliselt võib Üldkohtu lähenemisviis minu arvates tuua kaasa õigusliku ebakindluse ja läbipaistmatuse ning (maksu)eelised riigi osalusega ettevõtjatele. Lisan, et viimati nimetatud võimalusel oleks eriti kahjulik mõju paljudele sektoritele, mis on hiljuti liberaliseeritud või mille liberaliseerimine on käimas.

36 — Vt selle kohta eespool 26. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus C-342/96: Hispaania *vs.* komisjon, punkt 46, ja 35. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus DM Transport, punkt 24. Vt ka kohtujurist Poiares Maduro 1. aprilli 2004. aasta ettepanek kohtuasjas C-276/02: Hispaania *vs.* komisjon (EKL 2004, lk I-8091, ettepaneku punktid 24 ja 25) ning 11. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas T-152/99: HAMSA *vs.* komisjon (EKL 2002, lk II-3049), milles ettevõtja poolt riigile võlgnetava summa kapitaliseerimist hinnati erainvestori põhimõtte alusel, kuid Üldkohus märkis, et õige võrdlusalus oli eraõiguslik võlausaldaja.

37 — Vt komisjoni 20. oktoobri 2005. aasta otsus 2006/900/EÜ riigiabi kohta, mille Soome on rakendanud investeerimistoetusena Componenta Oyj-le (ELT 2006, L 353, lk 36, punkt 26) (ei tohi segamini ajada linna rolli avaliku võimu kandjana ja ettevõtte ärilise omanikuna), ja komisjoni 30. aprilli 2008. aasta otsus riigiabi C 56/06 (ex NN 77/06) kohta, mida Austria rakendas Bank Burgenlandi erastamiseks (ELT 2008, L 239, lk 32): komisjon lükkas tagasi Austria argumendi, märkides, et avaliku võimu teostamise kohustusi ei tohi segamini ajada riigi kui investori tegevuse analüüsimisega, ent märkis, et seisukoht oleks olnud teine, kui riik oleks andnud sama tüüpi garantii *eraõigusliku garantiilepingu kaudu*.

38 — Vastavalt 10. juuli 1986. aasta otsus kohtuasjas 234/84: Belgia *vs.* komisjon (EKL 1986, lk 2263) ja 10. juuli 1986. aasta otsus kohtuasjas 40/85: Belgia *vs.* komisjon (EKL 1986, lk 2321).

39 — 14. novembri 1984. aasta otsus kohtuasjas 323/82 (EKL 1984, lk 3809 (vt lk 3842)).

40 — Vt 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, lk 115.

41 — *Acta iure gestionis*, kuivõrd asjaomaste meetmete eesmärk oli ettevõtja finantskohustuste ja soodustuste, käesolevas asjas EDF bilansi „tasendamine" (vt eespool punkt 6), ja *acta iure imperii*, sest EDF bilansi ümberkorraldamise „otsustasid ja edastasid EDF-ile" Prantsusmaa ametivõimud selleks vastu võetud seaduse põhjal (vt eespool punktid 6–8).

93. Täpsemalt, Üldkohtu lähenemisviis vaidlustatud kohtuotsuses läheb vastuollu liidu õiguses ette nähtud läbipaistvuse nõudega. Euroopa Kohus on näiteks otsustanud, et „asutamislepingus ette nähtud kahjustamata konkurentsi süsteemi on võimalik tagada vaid ettevõtjatele võrdsete võimaluste tagamisega". Euroopa Kohus järeldas sellest, et „[…] *tõhusa konkurentsi säilitamine ja läbipaistvuse tagamine* nõua[b] tehniliste kirjelduste koostamist, järelevalvet nende rakendamise üle ning tüübikinnituse andmist asutuse poolt, mis ei sõltu telekommunikatsioonisektoris konkureerivaid kaupu ja/või teenuseid pakkuvatest riigi osalusega ettevõtjatest või erakapitalil põhinevatest ettevõtjatest". [42] Minu arvates ei ole mingit kahtlust, et läbipaistvusel on väga tähtis osa ka liidu riigiabiõiguses.

94. Selles osas on asjakohane viidata kohtuotsusele Altmark. [43] Kui kohaldada selles kohtuasjas esitatud põhimõtteid, siis selleks et avaliku teenuse osutamise eest saadud hüvitis ei kujutaks endast riigiabi, peab hüvitist saav ettevõtja eelkõige olema tegelikult vastutav avaliku teenuse osutamise kohustuste täitmise eest ja need kohustused peavad olema „selgelt määratletud". Lisaks peavad „parameetrid, mille põhjal hüvitist arvutatakse, olema *enne objektiivselt ja läbipaistvalt* kehtestatud" (kohtujuristi kursiiv). Kohtuotsuses Altmark ette nähtud neljanda tingimusega seoses on samuti asjakohane see, et avaliku teenuse osutamise kohustusi täitev ettevõtja tuleb valida avalikus hankemenetluses.

95. Minu arvates on selge, et vaidlustatud kohtuotsus on vastuolus kohtuotsuse Altmark teatud osadega. Kohtuotsuses Altmark oli normeerivat lähenemisviisi kasutanud Euroopa Kohtu eesmärk kaotada liikmesriikidepoolsete manipulatsioonide võimalus (vt selle kohta ka eespool punkt 71) ja muuta liikmesriikide tegevused turul läbipaistvaks ja selgeks.

96. Olen seisukohal, et käesolevas asjas tuleb kasutada sama lähenemisviisi. Komisjonil oli seega õigus, kui ta järgis vaidlusaluses otsuses põhimõttekindlat käsitust selles osas, et riigi kui avaliku võimu valdaja rolli tuleb selgelt eristada riigi kui aktsionäri rollist. Leian, et erainvestori põhimõtet ei tuleks kohaldada enne, kui erinevatel majandustegevuses osalejatel on tegutsemiseks võrdsed tingimused ning neid maksustatakse võrdsetel alustel. Ei tohi unustada, et erainvestori põhimõtte *ratio* on just nimelt vältida diskrimineerimist riigi osalusega ettevõtjate ja erakapitalil põhinevate ettevõtjate vahel, et tagada asutamislepingu riigiabi käsitlevate sätete nõuetekohane kohaldamine. Nagu eespool nähtub, kaldus Üldkohus kõrvale sellest võrdsest kohtlemisest ning seega kogu erainvestori põhimõtte eesmärgist.

97. Seetõttu tuleb teise väite esimese osaga nõustuda.

2. Apellatsioonkaebuse teise väite teine osa: Üldkohus oleks pidanud hindama, kas erakapitalil põhinev ettevõtja, kellel ei ole eeliseid, oleks saanud käituda samamoodi nagu Prantsuse riik

98. Sisuliselt heidavad komisjon, Iberdrola ja järelevalveamet Üldkohtule ette, et viimane ei uurinud oma analüüsis võrdlevalt ühelt poolt seda, kuidas oleks sarnastel asjaoludel käitunud arukas erakapitalil põhinev ettevõtja, kellel ei ole eeliseid, ning teiselt poolt seda, kuidas käitus käesolevas asjas Prantsuse riik, teostades avalikku võimu. EDF ja Prantsusmaa valitsus paluvad apellatsioonkaebuse teise väite teine osa tagasi lükata.

99. Vastupidi EDF-i argumentidele, et Üldkohus hindas riigi tegelikku käitumist, leian, et Üldkohtu analüüs põhineb tegelikult sellel, kuidas Prantsuse riik „oleks võinud" käituda – kui ta oleks toiminud teisiti. Üldkohus uuris viisi, kuidas riik oleks toiminud „pika skeemi" järgi. See seisnes selles, et esiteks kirjendataks ettevõtte tulumaksu järgne netosumma EDF-i kapitali, seejärel nõutaks EDF-ilt netovara muutumisele vastava maksu tasumist ja lõpuks tehtaks tasutud maksusummaga võrduv täiendav kapitalisüst.

42 — Kohtujuristi kursiiv. Vt 9. novembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-91/94: Tranchant (EKL 1995, lk I-3911, punkt 18 ja seal viidatud kohtupraktika).

43 — 17. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus, punktid 89, 90 ja 93.

100. Sellega seoses on komisjonil õigus, kui ta märgib, et „pika skeemi" korral oleks riigieelarve, mis on range kontrolli all, taganud läbipaistvuse – mille puudumine ongi käesolevas asjas keskne probleem. Käesolevas asjas tegelikult kasutatud skeemi puhul jäid vahendid eelarvedistsipliini alt täielikult välja, eirati võrdse maksustamise põhimõtet ning EDF-ile sai osaks erikohtlemine ilma igasuguse läbipaistvuseta.

101. Nagu märgib Iberdrola, on selgelt väär väide, et ei ole mingit vahet sellel, kas maksustatav summa suunatakse otse riigi osalusega ettevõtja kapitali – täiesti läbipaistmatul moel – või kas see summa läheb riigieelarvesse. Ei ole sugugi kindel, et kapitalisüst, millega Üldkohus kõnealuse maksuvabastuse samastas, oleks tegelikult aset leidnud, kui Prantsuse riik oleks alguses maksu sisse nõudnud, et lisada see summa oma eelarvesse, ning seejärel üritanud kohaldatavate menetluste teel investeerida EDF-i summa, mis vastab sisse nõutud maksusummale.

102. Igal juhul tuleneb kohtupraktikast selgelt, et meetme riigiabiks kvalifitseerimine ei sõltu meetmetest, mis „oleks võidud" teisel juhul võtta. See sõltub liikmesriigi poolt tegelikult rakendatud meetme objektiivsetest tunnustest.[44]

103. Lisaks sellele sedastas Üldkohus kohtuotsuses BNP Paribas ja BNL *vs*. komisjon[45] õigesti, et „kava uurimisel riigiabi käsitlevate õigusnormide alusel ei ole komisjoni ülesanne mitte oletada, milliseid subjektiivseid valikuid oleksid teinud sellest kavast kasu saavad isikud juhul, kui seda kava ei oleks olemas olnud, vaid uurida, kas see kava toob objektiivsest vaatepunktist kaasa majandusliku eelise võrreldes maksustamisega, millest selle kavaga erand tehakse ja mis oleks kohaldatav selle kava puudumisel. […] Asjaolu, et kõnealuse […] kava puudumisel ei oleks asjaomased ettevõtjad väidetavalt oma varasid võõrandanud, ei ole sellise objektiivse hindamise kontekstis asjakohane".

104. Tuleb märkida, et käesolevas asjas nõuab Üldkohtu lähenemisviis, et komisjon viiks läbi „igakülgse" analüüsi, st analüüsi, mis hõlmab ühelt poolt EDF-ile antud maksuvabastusest tulenevat maksutulude vähenemist ja teiselt poolt riigi kui aktsionäri tehtud väidetavat täiendavat kapitalisüsti. Piisab sellest, kui märkida, et selline lähenemisviis eeldab, et maksust saadud tulu ja väidetava kapitalisüsti tegemise vahel oleks olnud otsene püsiv seos. Praeguseks on aga selge, et kui maks oleks sisse nõutud, oleks see läinud üldisesse riigieelarvesse, ilma et selle sihtotstarvet oleks konkreetselt määratud.

105. Kohtupraktika kohaselt kasutatakse maksu kui meetme rahastamise vahendi ühist hindamist üksnes siis, kui see on abist lahutamatu, ning sellega on tegemist juhul, kui teatud tulu on „ette nähtud" konkreetselt asjaomaseks kasutuseks. Nimelt tuleneb kohtupraktikast, et „selleks, et maksu saaks käsitleda abimeetme lahutamatu osana, peab asjaomase siseriikliku õiguse alusel olema maksu ja antava abi vahel kindlasti selline püsiv seos, kus maksutulud on tingimata ette nähtud antava abi rahastamiseks ja mõjutavad otseselt selle abi suurust".[46]

106. Järgmiseks tuleb märkida, et küsimus, kas asjaomase meetme võtmine oli Prantsuse riigi poolt mõistlik samm või mitte, on lihtsalt asjakohatu. See ei ole erainvestori põhimõtte eesmärk. Vastupidi, kohtupraktikast on selge, et selle eesmärk on võrrelda riigi osalusega ettevõtja olukorda erakapitalil põhineva ettevõtja olukorraga, mitte võrrelda riigi kulusid kahe erineva toimingu puhul.

107. Sellega seoses on vaidlustatud kohtuotsuse punktis 262 märgitud, et „nagu iga äriühingu omanikuks olev võlausaldaja, võib riik võlanõudest loobuda ja arvestada see nõue võrdväärses summas ümber kapitaliks. See toiming, millega äriühingu omanik suurendab selle kapitali, loobudes võlanõudest, mis tal on selle äriühingu suhtes, kujutab endast tasaarvestust, mida arukas eraõiguslik

44 — 15. detsembri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-148/04: Unicredito Italiano (EKL 2005, lk I-11137, punkt 114).

45 — 1. juuli 2010. aasta otsus kohtuasjas T-335/08 (EKL 2010, lk II-3323, punkt 169).

46 — 17. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-206/06: Essent Netwerk Noord jt (EKL 2008, lk I-5497, punktid 89 ja 90 ning seal viidatud kohtupraktika).

investor võib teha ka tavapärastes turutingimustes". Kohtuistungil esitas Euroopa Kohus sellest tulenevalt järgmise küsimuse: kui erakapitalil põhinev ettevõtja, kes lõi arvestusliku reservi, et maksta tagasi nõue, mis tema ainuaktsionäril tema suhtes on, ning viimane otsustab oma nõudest loobuda, et suurendada ettevõtja kapitali, kas seda toimingut tuleb siis Prantsuse üldise maksuseadustiku artikli 38 lõike 2 kohaselt maksustada? Komisjon vastas, et on selge, et kapitali suurendamise summa ei oleks mingil juhul sama, sest erakapitalil põhinev ettevõtja (kes peaks maksu tasuma ja ei saaks seda kapitaliks ümber arvestada) ei saaks maksusummat kunagi tagasi nõuda, samas kui Prantsuse riik sai sama summa uuesti kapitali kanda.

108. Seega on ilmne, et võrdlemisel käsitles Üldkohus ühelt poolt seda, kuidas Prantsuse riik „oleks võinud" käituda – st pikka skeemi (vastandina riigi tegelikule käitumisele) –, ning teiselt poolt ei suutnud ta määratleda võrdlusalust eraõiguslikku ettevõtjat, kes võiks turul tegutseda.

109. Nüüd on aga selge, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei saa riigi või ametiasutuste tehtud kapitalisüsti pidada riigiabiks, kui tavapärastes turutingimustes tegutsev erainvestor oleks selle investeeringu teinud.[47] Sellega seoses on vaja hinnata, kas samadel asjaoludel oleks asjaomase ametiasutusega võrreldava suurusega erainvestor teinud nii suure kapitalisisendi.[48]

110. Nagu nähtub eespool esitatud kaalutlustest, on käesolevas asjas selge, et erakapitalil põhinev ettevõtja ei oleks saanud arvestusliku reservi kaudu kõrvale pandud vahendeid ümber arvestada kapitaliks, ilma et tal oleks enne tulnud tasuda ettevõtte tulumaksu. Selle tulemusena ei oleks see maksustatav summa enam erainvestorile kättesaadav ning tema käsutuses ei oleks seega summat, mida oletatavasti kasutati täiendavaks kapitalisüstiks, mis Prantsuse riik sai oma avalikku võimu teostades „investeerida".

111. Sellega seoses on asjakohane viidata Euroopa Kohtu otsusele kohtuasjas Chronopost I[49], kuivõrd minu arvates on käesolevas asjas vaja toimida samamoodi, nagu Euroopa Kohus toimis sisuliselt nimetatud kohtuasjas. Kohtuotsuses Chronopost I leidis Euroopa Kohus, et ei ole õige võrrelda La Poste'i olukorda erainvestori olukorraga.

112. Eelkõige, selles kohtuasjas nõustus Üldkohus samuti erainvestori põhimõtte kohaldamisega, kuid Euroopa Kohus lükkas seejärel selle tagasi. See oli vajalik, sest La Poste oli väga erilises olukorras: ta pidi säilitama postkontorite võrgu, et osutada üldist majandushuvi pakkuvaid teenuseid, ja erainvestor, kes ei tegutse reserveeritud sektoris, ei satuks kunagi samasse olukorda.

113. Järelikult tuleneb kohtuotsusest Chronopost I, et kui riigi osalusega ettevõtja on asetatud olukorda, millega erakapitalil põhinev ettevõtja ei saa põhimõtteliselt kokku puutuda, siis võrdlusalus puudub. Olen arvamusel, et kohtuasjas Chronopost I oli vaidlusküsimuseks avaliku teenuse hüvitise summa ning see kohtuasi ei puudutanud otseselt erainvestori põhimõtet kui sellist. Siiski omab see kohtuotsus käesolevas asjas tähtsust ning seda peaks kohaldama analoogia alusel.

114. Seega leian, et Üldkohus kohaldas kohtupraktikat vääralt, kui ta järeldas vaidlustatud kohtuotsuse punktis 278 kohtuotsuse Chronopost I punkti 38 alusel, et „võrdlusaluse erainvestori puudumine [ei takista] seda, et toimingut tuleb uurida „tavapäraseid turutingimusi" arvestades, mis on sellisel juhul paratamatult hüpoteetilised, ja mida tuleb hinnata lähtuvalt objektiivsetest ja kontrollitavatest asjaoludest, mis on kättesaadavad".

47 — Vt eelkõige 21. märtsi 1991. aasta otsused kohtuasjas C-303/88: Itaalia *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus ENI-Lanerossi") (EKL 1991, lk I-1433, punktid 20–24) ja kohtuasjas C-305/89: Itaalia *vs.* komisjon (edaspidi „kohtuotsus Alfa Romeo") (EKL 1991, lk I-1603, punktid 19 ja 20) ning 8. mai 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-328/99 ja C-399/00: Itaalia ja SIM 2 Multimedia *vs.* komisjon (EKL 2003, lk I-4035, punkt 38).

48 — Vt 47. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Alfa Romeo, punkt 19; 29. juuni 2000. aasta otsus kohtuasjas T-234/95: DSG *vs.* komisjon (EKL 2000, lk II-2603, punkt 119); 12. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas T-296/97: Alitalia *vs.* komisjon (EKL 2000, lk II-3871, punkt 96) ja eespool 32. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Westdeutsche Landesbank, punkt 245.

49 — Eespool 20. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus.

115. Esmalt on kasulik lugeda kohtujurist Tizzano ettepanekut kohtuasjas Chronopost I, mida Euroopa Kohus ka järgis. Ettepaneku punktis 47 selgitab kohtujurist, et „„tavapärastes turutingimustes" ei olnud erakapitalil põhinev ettevõtja kohustatud säilitama avalikku postivõrku, mis oleks võrreldav selle võrguga, mida juhtis La Poste universaalse postiteenuse osutamise tagamiseks […], tal ei oleks sellist postivõrku ja ta ei saaks seega anda ühele oma tütarettevõtjatest kõnesolevat laadi logistilist abi. […] Paludes komisjonil teha kindlaks, millist tasu oleks nõudnud oletatav eraõiguslik valdusühing […], kes ei pidanud osutama universaalset postiteenust ja seega ei saanud kasu reserveeritud sektorist, tõlgendas [Üldkohus] EÜ artiklit 87 vääralt, sest ta võttis riigiabi olemasolu kontrollimise võrdusaluseks erakapitalil põhineva ettevõtja, keda tegelikult „tavapärastes turutingimustes" olemas ei oleks". Kohtujurist järeldab punktis 45, et „[Üldkohus] […] nõudis, et komisjon kohaldaks kriteeriumi, mis oli selgelt ebareaalne ja seega sobimatu selleks, et teha sarnase juhtumi puhul kindlaks, kas tegemist võis olla riigiabiga EÜ artikli 87 tähenduses."

116. On selge, et erainvestori põhimõte ei olnud kohtuasjas Chronopost I asjakohane. Euroopa Kohus nõustus selle analüüsiga ja sellepärast ta leidiski, et Üldkohus eksis, ning seetõttu ei nõustunud Euroopa Kohus ka erainvestori põhimõtte kohaldamisega niisugusel juhul. Nimelt otsustas Euroopa Kohus selle kohtuotsuse punktis 33, et Üldkohtu „hinnangu puhul, [mis põhines erainvestori põhimõtte kohaldamisel ja] mis ei arvesta asjaoluga, et La Poste'i-taoline ettevõtja on tavapärastes turutingimustes tegutsevast eraõiguslikust ettevõtjast märkimisväärselt erinevas olukorras, on tegemist õigusnormi rikkumisega".

117. Seetõttu lahendab Euroopa Kohtu lähenemisviis eespool nimetatud kohtuotsuses teatud mõttes sama probleemi, mis on ka käesoleva apellatsioonkaebuse keskmes: vajadus jätta erainvestori põhimõtte kohaldamisalast välja olukorrad, kus ei ole olemas tegelikku erakapitalil põhinevat ettevõtjat, kellega riigi käitumist saaks võrrelda.

118. Seetõttu ei saa vaidlustatud kohtuotsuses ette nähtud kriteeriumiga nõustuda, kuivõrd see põhineb hüpoteeside kogumil, mis mõjutavad riigi ja hariliku erainvestori tegelikku käitumist. Mõlemaid võrreldavaid asjaolusid – ühelt poolt riigi käitumine ja teiselt poolt erainvestori käitumine – on sedavõrd muudetud, et tegemist ei ole enam riigi tegeliku käitumise ja tegeliku turumajanduse tingimustes tegutseva erakapitalil põhineva ettevõtja käitumise võrdlusega.

119. Järelikult muutub erainvestori kriteerium sellisena, nagu selle sõnastas Üldkohus, mõttetuks. Vastavalt sellele, kuidas Üldkohus kriteeriumi käsitas, ei hinnata „tavapäraseid" turutingimusi enam tegelike asjaolude põhjal, mis iseloomustaks võrdlusalust erainvestorit, kes vastab harilikule turul tegutsevale investorile (keda Üldkohus ei määratlenud); neid ei hinnata ka kapitalisisendi tegemiseks kasutatud vahendeid arvestades, vaid puhtalt oletuslike kaalutluste põhjal. Seevastu tuleb seoses erainvestori põhimõttega ilmselgelt kontrollida, kas erainvestor oleks teinud asjaomase investeeringu samadel tingimustel. Nagu komisjon märkis, võivad erinevad investeeringud tähendada erinevaid kulusid ja erinevaid kasumlikkuse väljavaateid.

120. Viimaks, vaidlustatud kohtuotsuse punktis 249 on märgitud: „Komisjon pidi […] sellistel asjaoludel kontrollima, kas eraõiguslik investor oleks samadel asjaoludel teinud summa poolest võrreldava investeeringu, olenemata sellest, millises vormis riik sekkus EDF-i kapitali suurendamiseks, ja võimalikust maksutulu kasutamisest, ning seda tuli teha selleks, et kontrollida kõnealuse investeeringu majanduslikku otstarbekust ja võrrelda seda sellega, kuidas oleks käitunud niisugune eraõiguslik investor sama ettevõtja suhtes samadel asjaoludel."

121. Nõustudes Üldkohtu analüüsiga, väidab EDF sisuliselt, et riigi käitumist tuleb tervikuna hinnata kasumlikkuse vaatepunktist.[50]

50 — Ta tugineb eespool 38. joonealuses märkuses viidatud otsusele kohtuasjas 234/84: Belgia *vs.* komisjon, punkt 14, ja 47. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusele Itaalia ja SIM 2 Multimedia *vs.* komisjon, punkt 38.

122. Nagu märkis Iberdrola, oleks siiski juhul, kui võetaks arvesse üksnes riigi investeeringu majanduslikku otstarbekust, riigi osalusega ettevõtjatel lubatud saada eeliseid nende omaniku staatuse alusel, sest riiklik investor on olukorras, mis on olemuslikult erinev erainvestori olukorrast. Sellise analüüsi tulemusena võiks riigi osalusega ettevõtjad olla lõpuks täielikult maksudest vabastatud.

123. Sellega seoses tuleb märkida, et nagu Üldkohus õigesti sedastas kohtuotsuses Westdeutsche Landesbank [51], ei piisanud erainvestori põhimõtte kohaldamisel sellest, kui võrrelda tulu, mida liidumaa sai vaidlusaluselt tehingult, selle tuluga, mida liidumaa sai Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfaleni varalt enne seda tehingut, sest selle vara suhtes ei kehtinud erainvestori loogika. Vaja oli võrrelda tulu, mida liidumaa sai vaidlusalusest tehingust, selle tuluga, mida oletatav erainvestor oleks nõudnud sellelt tehingult. [52] Asjaolu, et vaidlusalune tehing oli liidumaa jaoks mõistlik, ei välistanud riigiabi käsitlevate liidu õigusnormide kohaldamist. See ei kõrvaldanud vajadust tuvastada, kas see tehing tugevdas Westdeutsche Landesbanki seisundit, andes talle eelise, mida ta ei oleks saanud tavapärastel turutingimustel.

124. Kui järgitaks Üldkohtu lähenemisviisi, oleks liikmesriikidel võimalik toimida majandusliku otstarbekuse üldise arvestuse põhjal, millega seoses neil oleks lubatud teostada avalikku võimu. Näiteks käesolevas asjas saaks Prantsuse Vabariik teostada oma maksualast pädevust EDF-i kasuks, kui – tervikuna vaadeldes – käsitataks tehingut tulu saamise eesmärgil tegutseva ettevõtja mõistliku käitumisena.

125. Sedalaadi üldise otstarbekuse arvestamise keelas aga Euroopa Kohus kohtuotsustes Hytasa ja Gröditzer. [53] Nagu Iberdrola märkis, käsitlesid need kohtuasjad võimalust, et Saksamaal ja Hispaanial lubataks ära kasutada asjaomaste meetmete otstarbekust (sisuliselt kapitali suurendamine), pidades silmas kohustusi, mis neil kui avaliku võimu kandjatel lasuvad kasusaanud ettevõtja likvideerimise korral ning mis on seotud näiteks teatud töötushüvitiste maksmisega. Euroopa Kohus ei lubanud sellist üldist otstarbekuse arvestamist, sest sellesse kaasati avaliku võimu teostamisega seotud tegevus. Euroopa Kohus rõhutas seda, et erainvestori põhimõttele eriomane otstarbe arvestamine ei sobi kokku riigile kuuluvatest pädevustest ja kohustustest tulenevate eeliste ja kulude arvessevõtmisega.

126. Sellega seoses, vastupidi vaidlustatud kohtuotsuse punktides 256 jj esitatud seisukohtadele ja EDF-i argumentidele, tuleb märkida, et asjaolu, et kohtuotsused Hytasa ja Gröditzer puudutasid ainuüksi riigil lasuvaid „kohustusi" ja mitte – nagu käesolevas asjas – pädevust, mis tal on endale kasu saamiseks, ei mõjuta seda asjaolu, et kohustusi – ja samuti õigusi –, mis riigil võivad olla avaliku võimu kandjana, ei tohi kunagi käsitada üheskoos nende õiguste ja kohustustega, mis riigil on investorina.

127. Seega, nagu nähtub vaidlustatud kohtuotsuse punktist 258, saab Üldkohus teha sellise vea üksnes sellega, et peab asjaomase meetme väidetavat eesmärki taas ülekaalukamaks kui asjaolu, et selle rakendamiseks on tingimata vaja ainuõigust. Seevastu ei võtnud Euroopa Kohus ei kohtuotsuses Hytasa ega Gröditzer arvesse üldise kasumlikkuse eesmärke, millele tuginesid asjaomased kaks liikmesriiki, kuivõrd Euroopa Kohus ei nõustunud nende eesmärkide asjakohasusega investori loogikas: meetmete laadist endast piisas selleks, et jätta need välja liikmesriikide poolt nõutud otstarbekuse arvestamisest.

128. Lõpuks, nagu komisjon märkis, on Üldkohtu lähenemisviis paradoksaalne eriti sellepärast, et seda kasutati asjaomase turu liberaliseerimise kontekstis. Kuna maksuvabastus on asjaomase riigi osalusega ettevõtja jaoks märkimisväärne eelis, siis on selge, et selline meede säilitab tema turgu valitsevat seisundit – hoolimata turu liberaliseerimisest.

129. Seega tuleneb kõikidest eespool kirjeldatud kaalutlustest, et apellatsioonkaebuse teise väite teise osaga tuleb nõustuda.

51 — Eespool 32. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus, punktid 313–315.

52 — Vt selle kohta eespool 35. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus DM Transport, punkt 25.

53 — Viidatud eespool vastavalt 27. joonealuses märkuses, punkt 22, ja 28. joonealuses märkuses, punkt 134.

3. Apellatsioonkaebuse teise väite kolmas osa: võrdse kohtlemise põhimõte

130. Komisjon ja Iberdrola väidavad sisuliselt, et vaidlustatud kohtuotsuses ei ole arvesse võetud riigi osalusega ettevõtjate ja erakapitalil põhinevate ettevõtjate võrdse kohtlemise põhimõtet, mille tõttu on võimalik, et riiki koheldakse maksuõiguslikult soodsamalt, sealhulgas äriühingute puhul, kus riik ei ole ainuaktsionär. EDF ja Prantsusmaa valitsus paluvad teise väite kolmas osa tagasi lükata.

131. Tuletan meelde, et erainvestori põhimõte on võrdse kohtlemise põhimõtte väljendus, ning sellest järeldub, nagu märkis ka komisjon, et kui Üldkohus lubab riigil anda maksuvabastusi ettevõtjatele, milles riigil on 100-protsendiline osalus – seni, kuni nende kasumlikkus on piisav –, annab Üldkohus tegelikult nendele ettevõtjatele maksualase soodustuse.

132. Selle tulemuseks oleks minu arvates võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumine ja seda ei saa ühitada erainvestori põhimõtte eesmärgiga. On selge, et sellise kriteeriumi kasutamine nii, nagu Üldkohus ette nägi, moonutaks tõsiselt riigi osalusega ja erakapitalil põhinevate ettevõtjate vahelist konkurentsi, ning seega ei ole asjaolu, et kasutatud vahend peab olema kättesaadav ka erainvestorile, pelgalt pinnapealne: see küsimus on erainvestori põhimõtte puhul keskne. Sellest tulenevalt leian, et selline kriteerium, nagu nägi ette Üldkohus, on vastuolus EÜ artikliga 295 koostoimes EÜ artikliga 87. Eelkõige kahjustaks selle kriteeriumi kasutamine EÜ artiklis 295 sätestatud neutraalsuse põhimõttele omast loogikat.[54]

133. Üldkohus on nimelt seisukohal, et kui nõude laad on asjassepuutumatu, tuleb kogu rahalist eelist, mis riik andis avaliku võimu teostamise kaudu, hinnata seda põhimõtet arvestades – käsitlusviis, mille tulemusena saaks jätta riigiabi mõiste alt välja meetmed, mida eraõiguslikul ettevõtjal ei ole võimalik võtta.

134. Nagu Iberdrola märkis, on põhimõte, et riigi kui aktsionäri tegevust tuleb rangelt eristada riigi tegevusest avaliku võimu teostajana, sisuliselt sama aluspõhimõte, mille tulemusena Euroopa Kohus leidis, et asjaolu, et turgu valitsev ettevõtja tegutses ühtaegu nii eriõiguste omanikuna kui ka ettevõtjana, tekitas huvide konflikti riski, rikkudes EÜ artikleid 82 ja 86. Moonutamata konkurentsi, nii nagu see on ette nähtud asutamislepingus, saab tagada vaid juhul, kui on kindlustatud erinevate ettevõtjate vahelised võrdsed võimalused.[55] Sellega sarnaselt leidis Euroopa Kohus, et riigi võetud meede on vastuolus EÜ artikli 86 lõikega 1 ja EÜ artikliga 82, kui see tekitab ettevõtjate vahel ebavõrdsed võimalused ja moonutab seetõttu konkurentsi.[56] Olen seega arvamusel, et erainvestori põhimõte ei peaks lubama riigi osalusega ettevõtjatel teostada toiminguid tingimustes, mis on soodsamad kui erakapitalil põhinevate ettevõtjate suhtes kehtivad tingimused, või teostada toiminguid, mida erakapitalil põhinevad ettevõtjad ei saaks kunagi ette võtta. Ei tohi unustada, et käesolevas asjas oleks riik sama kergesti võinud käituda sarnaselt erainvestoriga (vt eespool punkt 77).

135. Nagu ilmneb kõikidest eespool esitatud kaalutlustest, leian, et erainvestori põhimõte ei ole maksuvabastuse puhul ilmselgelt kohaldatav.

136. Lõpuks on alust arvata, et isegi kui Üldkohus näib *prima facie* soovivat piirata oma otsuse ulatust juhtumiga, kus on tegemist ettevõtjaga, kelle ainuaktsionär on riik, leian, et kohtuotsuse aluseks olevast loogikast ei ole võimalik tuvastada selle piiramise põhjuseid. Vastupidi, nagu komisjon märkis, muutub erainvestori kriteeriumi kohaldamine veelgi põhjendatumaks juhul, kui riigi kõrval on ka eraõiguslikke aktsionäre, sest siis võib teiste aktsionäride käitumist tihti kasutada kohase võrdluspunktina.

137. Seetõttu tuleb apellatsioonkaebuse teise väite kolmanda osaga nõustuda.

54 — Vt 6. juuli 1982. aasta otsus liidetud kohtuasjades 188/80-190/80: Prantsusmaa jt *vs.* komisjon (EKL 1982, lk 2545, punkt 21) ja eespool 32. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Westdeutsche Landesbank, punktid 192–194.

55 — Vt 1. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-49/07: MOTOE (EKL 2008, lk I-4863, punkt 48 jj ning punkt 51).

56 — Vt 22. mai 2003. aasta otsus kohtuasjas C-462/99: Connect Austria (EKL 2003, lk I-5197, punkt 84).

4. Apellatsioonkaebuse teise väite neljas osa: tõendamiskoormis

138. Komisjon, Iberdrola ja järelevalveamet väidavad, et Üldkohus jättis tähelepanuta normid, mis reguleerivad tõendamiskoormise jagamist seoses erainvestori põhimõtte kohaldatavusega. EDF ja Prantsusmaa valitsus paluvad teise väite neljas osa tagasi lükata.

139. Esiteks juhin tähelepanu sellele, et Üldkohus märkis vaidlustatud kohtuotsuse punktides 248, 249 ja 250, et kohustus tõendada, et asjaomane toiming vastas erainvestori põhimõttele, lasus komisjonil. Tegelikult heidab Üldkohus kohtuotsuse punktis 278 komisjonile ette isegi seda, et too „ei tõendanud […] mitte kuidagi, et puudus võrdlusalune erainvestor, kellega käesolevas asjas avalik-õiguslikku investorit võrrelda". Kuigi nõustun EDF-iga, et komisjon on kohustatud viima läbi toimiku põhjaliku ja erapooletu uurimise, leian, et see ei tähenda mitte mingil juhul, et komisjonil tuleb teostada maksuvabastuse hindamine erainvestori põhimõtet arvestades pelgalt sellepärast, et liikmesriik „mainis" seda põhimõtet 18 kuud pärast uurimise algust. Ilmselgelt ei saa erainvestori põhimõte sõltuda liikmesriigi koostööst.

140. On selge, et komisjoni ülesanne on tõendada, et riigi antud rahaline abi vastab objektiivselt kõikidele tingimustele, mille põhjal saab selle kvalifitseerida riigiabiks. See aga ei muuda asjaolu, et kui komisjon on nõnda teinud, lasub liikmesriigil kohustus tõestada, et ta käitus samamoodi kui mõistlik erainvestor. Nagu järelevalveamet märkis, on erainvestori põhimõte vajalik selleks, et lükata ümber järeldus, et riigi antud abi oli riigiabi. Seega tuleb asjaomasel riigil esitada vastutõendeid.

141. Kohtuotsuses Freistaat Thüringen *vs.* komisjon[57] märkis Üldkohus õigesti, et kui on täidetud kõik riigiabi olemasolu tingimused, tuleb liikmesriigil „esitada […] tõendeid selle kohta, et kõnealuse abi andmine vastas erainvestori käitumisele turumajanduse tingimustes".

142. Lõppude lõpuks on loogiline, et liikmesriik, kes sellele argumendile tugineb, on kohustatud tõendama, et erainvestori põhimõtte kohaldamise tingimused on täidetud. Samuti on ilmselge, et liikmesriik ja abi saanud ettevõtja on ainsad osapooled, kelle käsutuses on majanduslikud andmed ja raamatupidamisandmed, mis näitavad asjaomase investeeringu omadusi ja tunnuseid.

143. Igal juhul peab see veelgi enam paika juhul, kui tundub, et käitumine, mis liikmesriigi väitel vastab erainvestori põhimõttele, annab juba algselt tunnistust riigivõimu teostamisest.

144. Toimikust ilmneb, et Prantsusmaa ametiasutused ei esitanud haldusmenetluse vältel kohaseid ja konkreetseid tõendeid, et põhjendada oma väidet, mille kohaselt Prantsuse riik käitus mõistliku erainvestorina. Prantsusmaa ametivõimud pelgalt väitsid ilma tõendusmaterjali esitamata, et kapitalisüst oli õigustatud kasumlikkuse väljavaadete põhjal. Vastupidi EDF-i argumentidele oli komisjonil seega õigus, arvestades käesoleva kohtuasja asjaolusid ja seda, et kuigi tõendamiskoormis lasus liikmesriigil, ei esitanud Prantsusmaa ametivõimud ainsatki konkreetset tõendit, jätta erainvestori põhimõte kohaldamata, eelkõige käesoleva asja asjaoludel, kus riik teostas avalikku võimu.

145. Järelikult rikkus Üldkohus õigusnormi, kuna ta ei täitnud tõendamiskoormise jagamise eeskirju.

146. Tegelikult, nagu järelevalveamet märkis, seab Üldkohtu-poolne tõendamiskoormise ümberpööramine komisjoni ebamugavasse olukorda. Üldjuhul ei ole komisjonil võimalik teada täpseid asjaolusid, mis puudutavad riigi toetust ettevõtjale, kui asjaomane riik komisjonile nendest asjaoludest ei teata. Kõik asjassepuutuvad argumendid – ja eeskätt juhtumi aluseks olevad faktilised asjaolud ja tõendid – peab esitama riik. Kui komisjonile ei ole teada kõik vajalikud asjaolud, peab ta saama teha otsuse tema käsutuses oleva teabe põhjal.

147. Lisaks nõustun komisjoniga selles osas, et asjaolu, et puuduvad tõendid, mis näitaksid, et asjaomast maksuvabastust peab käsitama investeeringuna, millega seoses riik hindas enne selle teostamist piisava tulu saamise väljavaateid, nagu oleks teinud iga erainvestor, näitab veel üht õigusnormi rikkumist.

57 — 19. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas T-318/00 (EKL 2005, lk II-4179, punkt 180).

148. Nagu Euroopa Kohus meenutas kohtuotsuses komisjon *vs.* Scott[58]: „riigiabi küsimuses tehtud otsuse õiguspärasust peab liidu kohus hindama seda informatsiooni arvesse võttes, mis oli komisjoni käsutuses otsuse tegemise hetkel."

149. Käesolevas asjas ei olnud aga vaidlusaluse otsuse tegemise ajal komisjoni käsutuses tõendeid, mis oleksid näidanud, et erainvestori põhimõte oli asjakohane või et selle põhimõtte kohaldamistingimused oleks olnud täidetud. Seega kui komisjonile heidetakse ette seda, et ta ei hinnanud maksuvabastust erainvestori põhimõtet arvestades, võrdub see sellega, kui komisjoni kritiseeritaks sellepärast, et ta ei võtnud arvesse teavet, mida tema käsutuses ei olnud.

150. Lõpuks tuleb märkida, et haldusmenetluse vältel ei esitanud Prantsusmaa ametivõimud objektiivseid tõendeid, et toetada oma väidet, et erainvestori põhimõte oli kohaldatav. Nad ei esitanud aruannet, ekspertiisi või siseuuringut, mis näitaks, et kasumlikkuse väljavaateid oli hinnatud. Isegi kui Üldkohus nõudis sellise aruande esitamist, oli aruanne, mis talle seejärel esitati, koostatud tagantjärele ehk teisisõnu: Prantsusmaa ametivõimudel ei olnud aruannet, mis oleks tehtud väidetava investeeringu ajal. Järelikult näib, et Prantsuse riik investeeris 888,89 miljonit eurot ettevõtjasse, ilma et ta oleks viinud läbi eelnevat analüüsi või koostanud eelnevat äriplaani, ja sellest hoolimata väidab Prantsuse riik, et tema käitumist tuleks pidada võrreldavaks turumajanduse tingimustes tegutseva aruka erainvestori käitumisega.

151. Seetõttu tuleb nõustuda ka apellatsioonkaebuse teise väite neljanda osaga ning sellest tulenevalt tuleb nõustuda teise väitega tervikuna.

5. Tühistamise tagajärjed

152. Euroopa Liidu Kohtu põhikirja artikli 61 esimese lõigu alusel võib Euroopa Kohus Üldkohtu otsuse tühistamise korral teha ise asja suhtes lõpliku kohtuotsuse, kui menetlusstaadium lubab, või suunata asja tagasi Üldkohtusse otsustamiseks.

153. Käesolevas kohtuasjas ei hinnanud Üldkohus kõiki EDF-i esitatud väiteid. Seega tuleb asi suunata tagasi Üldkohtusse uue otsuse tegemiseks ning otsustada apellatsioonimenetluse kohtukulude kandmine edaspidi.

154. Sellegipoolest võib Euroopa Kohus teha ise mõnes küsimuses lõpliku kohtuotsuse, kui menetlusstaadium lubab. Olen arvamusel, et Euroopa Kohtu käsutuses on nüüd kogu vajalik teave, mille alusel ta saab otsustada, kas on põhjendatud EDF-i poolt esimeses kohtuastmes esitatud teise väite kolmas osa, milles EDF väitis sisuliselt, et vaidlusalused meetmed oleks tulnud liigitada kapitalisüstiks ning neid oleks tulnud analüüsida üldises riigi ja EDF-i vaheliste finantssuhete selgitamise kontekstis, väites seega, et riik käitus turumajanduse tingimustes tegutseva aruka erainvestorina. Nagu ilmneb kõikidest käesolevas ettepanekus esitatud kaalutlustest, tuleks kõnealuse teise väite kolmas osa tagasi lükata.

V. Ettepanek

155. Kõike eelnevat arvesse võttes teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

— tühistada Euroopa Liidu Üldkohtu (kolmas koda) 15. detsembri 2009. aasta otsus kohtuasjas T-156/04: EDF *vs.* komisjon, osas, milles see kohtuotsus tühistas komisjoni 16. detsembri 2003. aasta otsuse – mis käsitleb abimeetmeid EDF-ile ja elektri- ning gaasitööstuse sektorile (C 68/2002, N 504/2003 ja C 25/2003) – artiklid 3 ja 4;

— suunata kohtuasi tagasi Üldkohtusse uue otsuse tegemiseks;

— otsustada apellatsioonimenetluse kohtukulude kandmine edaspidi.

58 — 2. septembri 2010. aasta otsus kohtuasjas C-290/07 P (EKL 2010, lk I-7763, punkt 91 ja seal viidatud kohtupraktika).