GENERALINIO ADVOKATO
JÁN MAZÁK IŠVADA,
pateikta 2011 m. spalio 20 d.[1]

Byla C-124/10 P

Europos Komisija
prieš

Électricité de France (EDF) ir kt.

„Apeliacinis skundas — Valstybės pagalba — Selektyvaus pobūdžio atleidimas nuo mokesčio, susijęs su įstatinio kapitalo didinimu restruktūrizuojant įmonės kapitalą — Rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas — Valstybė, veikianti kaip akcininkė, ir kaip viešosios valdžios įgaliojimus vykdantis subjektas“

1. Komisija prašo Teisingumo Teismo panaikinti Pirmosios instancijos teismo (dabar – Bendrasis Teismas) sprendimą[2], kuriuo panaikinti Komisijos sprendimo dėl valstybės pagalbos, skirtos EDF ir elektros bei dujų pramonės sektoriui, 3 ir 4 straipsniai[3]. Ši apeliacinė byla yra ypač svarbi su valstybės pagalba susijusiai ES teisei, nes joje keliamas principinis klausimas, susijęs su pagrindinio ES valstybės pagalbos teisės principo – rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo (REIP) – apimtimi (taikymu) tais atvejais, kai valstybė pasinaudojo jai išimtinai priklausančiais viešosios valdžios įgaliojimais. Rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas (arba „privataus investuotojo kriterijus“) iš esmės yra logiška iš EB 86 ir 295 straipsnių išplaukiančio vienodo požiūrio į valstybės ir privačias įmones principo išraiška.

I – Teisinis pagrindas

2. Prancūzijos Bendrojo mokesčių kodekso (*Code général des impôts*) 38 straipsnio 2 dalyje nurodyta, kad „grynasis pelnas yra grynojo turto vertės laikotarpio, kurio rezultatai yra vertinami nustatant mokesčio bazę, pradžioje ir pabaigoje skirtumas, sumažintas šiuo laikotarpiu atliktomis papildomomis įplaukomis ir padidintas šiuo laikotarpiu valdytojo ar dalininkų atliktais atskaitymais. Grynojo turto vertė yra turto vertės likutis, atėmus visus įsipareigojimus tretiesiems asmenims, amortizaciją ir pagrįstus atidėjimus“.

3. Pagal Įstatymo Nr. 97-1026[4] 4 straipsnio atitinkamai I ir II dalį pagrindinio elektros energijos tiekimo tinklo įrenginiai yra EDF nuosavybė nuo tada, kai jai buvo suteikta šio tinklo koncesija, ir, taikant I dalies nuostatas, nuo 1997 m. sausio 1 d. į EDF balansą kaip įsipareigojimai įtraukta pagrindiniam tiekimo tinklui koncesijos pagrindu natūra perduoto turto mainomoji vertė, apskaičiuota be atitinkamų perkainojimo skirtumų, priskiriama prie „kapitalo dotacijų“.

1 — Originalo kalba: anglų.

2 — 2009 m. gruodžio 15 d. Sprendimas *EDF prieš Komisiją* (T-156/04, Rink. p. II-4503; toliau – skundžiamas sprendimas).

3 — 2003 m. gruodžio 16 d. Komisijos sprendimas dėl valstybės pagalbos, skirtos EDF ir elektros bei dujų pramonės sektoriui (C 68/2002, N 504/2003 ir C 25/2003); toliau – ginčijamas sprendimas.

4 — 1997 m. lapkričio 10 d. įstatymas dėl neatidėliotinų fiskalinių ir finansinių priemonių (JORF, 1997 m. lapkričio 11 d., p. 16387).

II – Ginčo aplinkybės

4. Faktinės aplinkybės, administracinė procedūra ir ginčijamas sprendimas yra išsamiai išdėstyti skundžiamo sprendimo 9–51 punktuose. Apsiribosiu tik svarbiausiais aspektais. EDF gamina, perduoda ir paskirsto elektros energiją. Šiai bylai reikšmingų faktinių aplinkybių metu visas EDF kapitalas priklausė valstybei. EDF įsteigta įstatymu, kuriuo nacionalizuoti elektros ir dujų sektoriai ir kuris įtvirtino principą, pagal kurį EDF perduodamos nacionalizuoto elektros sektoriaus koncesijos. 1958 m. įvairios valstybės suteiktos elektros perdavimo koncesijos buvo sujungtos į vieną koncesiją, vadinamą *réseau d'alimentation générale* (bendrasis aprūpinimo elektros energija tinklas, toliau – RAG).

5. EDF pradėjus taikyti 1982 m. bendrąjį apskaitos planą, kuriame nustatytos specialios koncesijoms skirtos apskaitos nuostatos, buvo pakeista RAG apskaitos tvarka, siekiant atsižvelgti į tam tikras *Conseil national de la comptabilité* (Valstybinės apskaitos tarybos, toliau – CNC) rekomendacijas. Priimtas ir tarpžinybiniu potvarkiu patvirtintas individualus EDF apskaitos planas. RAG įtrauktas į EDF balansą kaip turtas eilutėje „Ilgalaikis turtas, valdomas koncesijos pagrindu“. Ilgalaikiam turtui, valdomam koncesijos pagrindu, atnaujinti numatyti specialūs atidėjimai, siekiant suteikti EDF galimybę pasibaigus koncesijai grąžinti šį turtą nepriekaištingos būklės.

6. EDF patirtos atnaujinimo išlaidos įtrauktos į balansą eilutėje „Koncesijos pagrindu valdomo turto mainomoji vertė“ (taip pat vadinamos „Koncesijos davėjo teisėmis“). Šioje eilutėje atsispindėjo EDF skola Prancūzijai, susijusi su neatlygintinu turto grąžinimu koncesijai pasibaigus. 1994 m. ataskaitoje *Cour des comptes française* (Prancūzijos audito rūmai) atkreipė dėmesį, kad mokesčių lengvatos, kuriomis naudojosi EDF, kai buvo neteisėtai kaupiami atidėjimai RAG atnaujinti, buvo neteisėtos. Todėl Prancūzija įsipareigojo restruktūrizuoti EDF balansą. 1997 m. balandžio 8 d. pasirašytoje administravimo sutartyje „État – EDF 1997–2000“ numatytas EDF sąskaitų ir finansinių santykių su valstybe normalizavimas, atsižvelgiant į 1996 m. gruodžio 19 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvoje 96/92/EB dėl elektros energijos vidaus rinkos bendrųjų taisyklių (OL L 27, 1997, p. 20; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 12 sk., 2 t., p. 3) numatytą elektros rinkos atvėrimą.

7. Prieš priimant Įstatymą Nr. 97-1026 EDF balansas atrodė taip: pirma, prie aktyvų nurodyta eilutė „Ilgalaikis turtas, valdomas koncesijos pagrindu“, kurioje numatyta 285,7 milijardo Prancūzijos frankų (FRF), iš kurių apie 90 milijardų FRF susiję su RAG; antra, prie pasyvų nurodyta eilutė „Atidėjimai“, kurioje numatyta apie 38,5 milijardo FRF, susiję su RAG, ir eilutė „Koncesijos pagrindu valdomo turto mainomoji vertė“, kurioje atsispindi atliktų atnaujinimo darbų išlaidos ir nurodyta 145,2 milijardo FRF, iš kurių 18,3 milijardo FRF susiję su RAG.

8. Įstatymo Nr. 97-1026 4 straipsnyje nuspręsta, kaip bus restruktūrizuota EDF balanso viršutinė dalis, ir apie tai šiai įmonei pranešta 1997 m. gruodžio 22 d. Prancūzijos ekonomikos, finansų ir pramonės ministro, biudžeto valstybės sekretoriaus ir pramonės valstybės sekretoriaus laišku (žr. 25 ir 26 punktus).

9. Per administracinę procedūrą Komisija dėl EDF priėmė tris susijusius sprendimus, kurie buvo paskelbti 2002 m. lapkričio 16 d. (OL C 280, 2002, p. 8). Vadovaudamasi EB 88 straipsnio 2 dalimi Komisija pradėjo oficialią tyrimo procedūrą dėl lengvatos, kurią EDF įgijo, kai nesumokėjo pelno mokesčio už dalį neapmokestintų atidėjimų, skirtų RAG atnaujinti. Ginčijamo sprendimo 3 straipsnyje su bendrąja rinka nesuderinama valstybės pagalba laikomas 1997 m. EDF pelno mokesčio nemokėjimas už dalies RAG atnaujinti skirtų neapmokestintų atidėjimų, sudarančių 14,119 milijardo FRF, atitinkančių koncesijos davėjo teisių, perkvalifikuotų į kapitalo dotacijas, vertę, ir nurodoma, kad susijusi pagalba yra 888,89 milijono eurų. Pagal ginčijamo sprendimo 4 straipsnį Prancūzija turėjo išieškoti suteiktą pagalbą, kuri (kartu su palūkanomis) sudarė 1,217 milijardo eurų, ir ši suma iš tikrųjų buvo grąžinta Prancūzijai.

III – Skundžiamas sprendimas

10. Grįsdama savo ieškinį EDF iš esmės nurodė tris ieškinio pagrindus. Bendrasis Teismas vertino tik pirmąjį pagrindą ir pirmąsias tris antrojo pagrindo dalis ir jas nusprendė atmesti. Bendrasis Teismas pripažino pagrįstu trečią antrojo pagrindo dalį ir panaikino ginčijamo sprendimo, dėl kurio EDF iš esmės tvirtino, kad įgyvendindama nagrinėjamas priemones valstybė veikė kaip apdairus privatus investuotojas rinkos ekonomikos sąlygomis, 3 ir 4 straipsnius.

11. Skundžiamo sprendimo 233–237 punktuose Bendrasis Teismas iš esmės nusprendė, kad tai, jog veiksmai buvo įgyvendinti priimant įstatymą, nepakanka norint atmesti galimybę, kad valstybei dalyvaujant įmonės kapitale siekiama ekonominių tikslų, kurių taip pat galėtų siekti privatus investuotojas. Skundžiamo sprendimo 243–245 punktuose jis iš esmės konstatavo, kad Įstatymo Nr. 97-1026 4 straipsnio nuostatos yra ne mokesčių nuostatos *per se*, o veikiau apskaitos nuostatos, turinčios mokestinių pasekmių. Skundžiamo sprendimo 247–250 punktuose Bendrasis Teismas iš esmės pripažino, jog, atsižvelgiant į siekiamą tikslą, vien aplinkybės, kad šios įmonės įsiskolinimas Prancūzijai yra mokestinis ir kad Prancūzija kaip priemonę panaudojo teisėkūrą, nereiškia, kad Komisija gali teisėtai atsisakyti taikyti rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą.

12. Skundžiamo sprendimo 251 ir 252 punktuose Bendrasis Teismas nurodė, jog negalima atmesti galimybės, kad pasirinkta investicijos forma lemtų kapitalo sukaupimo lėšų ir šio kapitalo grąžos skirtumus, dėl kurių būtų galima padaryti išvadą, jog privatus investuotojas nebūtų taip investavęs esant panašioms sąlygomis. Vis dėlto tam reikalingas ekonominis vertinimas taikant rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą, kurio Komisija šioje byloje sąmoningai nusprendė netaikyti. Šio sprendimo 253 punkte Bendrasis Teismas padarė išvadą, kad Komisija negalėjo nagrinėti Prancūzijos Respublikos priimtų nuostatų mokestinių pasekmių, prieš tai neanalizavusi (ir, remdamasi šia analize, galbūt atmetusi) argumentų, kad operacija atitiko rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą.

IV – Vertinimas

13. Komisija pateikia du apeliacinio skundo pagrindus: pirma, Bendrasis Teismas iškraipė faktines ginčo aplinkybes ir, antra, padarė teisės klaidą kai vertino rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo apimtį. Nebūtina skirti atskiros išvados dalies visiems šalių argumentams pakartoti. Siekdamas, kad išvada būtų sklandesnė, šiuos argumentus ir savo nagrinėjimą pateiksiu kartu.

A – *Dėl pirmojo apeliacinio skundo pagrindo, susijusio su faktinių aplinkybių iškraipymu*

14. Komisija, *Iberdrola* ir ELPA priežiūros institucija (toliau – Priežiūros institucija) iš esmės teigia, kad, priešingai, nei nurodyta skundžiamame sprendime, Prancūzijos Respublika nekonvertavo mokestinio reikalavimo į kapitalą, o tik suteikė pagalbą EDF atleidimo nuo pelno mokesčio forma. Kita vertus, EDF ir Prancūzijos vyriausybė tvirtina, kad pirmąjį apeliacinio skundo pagrindą reikia atmesti.

15. Visų pirma EDF tvirtina, kad pirmasis apeliacinio skundo pagrindas nepriimtinas, nes juo prašoma Teisingumo Teismo peržiūrėti EDF balanso restruktūrizavimo įvertinimą, kurį pateikė Bendrasis Teismas.

16. Kalbant apie apeliacinio skundo pagrindus, susijusius su įrodymų iškraipymu, norėčiau pažymėti, kad nors iš tikrųjų tik Bendrasis Teismas sprendžia dėl jam pateiktų įrodymų įrodomosios galios[5], vis dėlto Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad toks pagrindas priimtinas[6]. Nagrinėjamoje byloje EDF pateiktą prieštaravimą dėl priimtinumo reikia atmesti. Akivaizdu, kad Komisija prašo ne tik paprasčiausiai peržiūrėti Bendrojo Teismo atliktą EDF balanso restruktūrizavimo vertinimą. Iš Teisingumo Teismui pateiktų paaiškinimų ir dokumentų matyti, jog egzistuoja realus ir aktualus pavojus, kad Bendrasis Teismas galėjo iškraipyti faktines ginčo aplinkybes ir padaryti klaidą jas vertindamas.

5 — 1994 m. birželio 1 d. Sprendimo *Komisija prieš Augusto Brazzelli Lualdi ir kt.* (C-136/92 P, Rink. p. I-1981) 66 punktas.

6 — Žr., be kita ko, 1994 m. kovo 2 d. Sprendimo *Hilti prieš Komisiją* (C-53/92 P, Rink. p. I-667) 42 punktą.

17. Iš tikrųjų nusistovėjusioje Teisingumo Teismo praktikoje priimtinais pripažįstami prieštaravimai, susiję su faktų nustatymu ir jų vertinimu skundžiamame sprendime, kai apeliantas teigia, jog Bendrasis Teismas padarė išvadas, kurių faktinis netikslumas išplaukia iš bylos dokumentų, arba jis iškraipė jam pateiktus įrodymus[7]. Neabejotina, kad Bendrasis Teismas turi vertinti įrodymus ir Teisingumo Teismas negali peržiūrėti šio vertinimo, tačiau tai netaikytina tais atvejais, kai Bendrasis Teismas iškraipo įrodymus ir jų pagrindu padaro tokias išvadas, kurios akivaizdžiai negali būti šiais įrodymais pagrįstos, o taip, mano nuomone, būtent yra nagrinėjamu atveju[8]. Įrodymų iškraipymas[9] (*dénaturation*) atsiranda tuomet, kai bylą iš esmės nagrinėjantis teismas viršija savo kompetenciją, aiškindamas aiškiai ir vienareikšmiškai suformuluotą dokumentą (pavyzdžiui, sutartį, testamentą, ataskaitą, sprendimą arba užsienio teisę) su jo formuluote nesuderinamu būdu[10].

18. Dėl visų išdėstytų priežasčių pirmasis apeliacinio skundo pagrindas yra priimtinas.

19. Kalbant apie pirmojo apeliacinio skundo pagrindo esmę, atrodo, kad Bendrasis Teismas iš tikrųjų padarė klaidą, kai vertindamas faktines aplinkybes konstatavo, kad Prancūzijos Respublika mokestinį reikalavimą konvertavo į kapitalą (žr., be kita ko, skundžiamo sprendimo 258 punktą), nors iš tiesų ši valstybė suteikė EDF selektyviai taikomą atleidimą nuo pelno mokesčio[11].

20. Priešingai, nei teigia EDF, ir, kaip bus parodyta toliau šioje išvadoje, faktų iškraipymas akivaizdžiai matyti iš bylos dokumentų, todėl Teisingumo Teismui nebūtina iš naujo išsamiai vertinti faktines aplinkybes.

21. Siekdama pateisinti Bendrojo Teismo požiūrį Prancūzijos vyriausybė tvirtina, kad mokestinis reikalavimas konvertuotas į kapitalą restruktūrizuojant EDF balansą, nes tai buvo viena iš kapitalo restruktūrizacijos proceso priemonių.

22. Byloje nėra ginčo dėl tos aplinkybės, kad tuo pat metu buvo restruktūrizuojamas EDF kapitalas, kuris savaime nebuvo laikomas valstybės pagalba. Vis dėlto svarbu pažymėti, kad kilo *mokestinių pasekmių* – kurias galima atsieti nuo kapitalo atkūrimo – ir būtent jos buvo kvalifikuojamos kaip valstybės pagalba (žr. skundžiamo sprendimo 241 punktą). Manau, kad Prancūzijos vyriausybės argumentas yra netinkamas, nes mokestinės skolos atsisakymą ir jos konvertavimą į didinamą kapitalo dalį akivaizdžiai reikia laikyti dviem skirtingomis ir viena po kitos atliekamomis operacijomis. Atrodo, kad šią aplinkybę Prancūzijos vyriausybė pripažįsta atsiliepimo į apeliacinį skundą 95 punkte.

23. Iš bylos medžiagos akivaizdžiai matyti, kad nė viename dokumente nenurodyta apmokestinamoji vertė. Medžiagoje nėra pranešimo apie mokesčio dydį, nėra nurodyta mokėtina mokestinė skola ir koks nors sprendimas dėl apmokestinamąją vertę atitinkančios sumos priskyrimo prie restruktūrizuojamo EDF kapitalo. Tiesą sakant, pritarus tokiam Bendrajam Teismui pateiktų dokumentų ir faktinių aplinkybių aiškinimui, apmokestinamąją vertę atitinkančios sumos skyrimą būtų galima nustatyti tik remiantis tuo, kad Įstatyme Nr. 97-1026 ir (arba) 1997 m. gruodžio 22 d. laiške šiuo klausimu nieko nepasakyta.

24. Skundžiamo sprendimo 242 punkte Bendrasis Teismas konstatavo, kad „visos šalys sutinka, jog 14,119 milijardo FRF dydžio suma turėjo būti apmokestinta prieš ją įtraukiant į eilutę „Kapitalo dotacijos“.

7 — Žr. 2000 m. birželio 15 d. Sprendimo *Dorsch Consult prieš Tarybą ir Komisiją* (C-237/98 P, Rink. p. I-4549) 35 ir 36 punktus.

8 — Žr. 1997 m. birželio 5 d. generalinio advokato G. Tesauro išvados, pateiktos byloje *Blackspur DIY ir kt. prieš Tarybą ir Komisiją* (C-362/95 P, Rink. p. I-4775), 32 punktą.

9 — Taip pat žr. 6 išnašoje minėto Sprendimo *Hilti prieš Komisiją* 42 punktą.

10 — Žr. 2009 m. gegužės 14 d. generalinės advokatės E. Sharpston išvados, pateiktos byloje *Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware prieš Tarybą* (C-141/08 P, Rink. p. I-9147), 72 punktą.

11 — 1994 m. kovo 15 d. Sprendimo *Banco Exterior de España* (C-387/92, Rink. p. I-877) 14 punktas. Taip pat žr. 1999 m. gegužės 19 d. Sprendimo *Italija prieš Komisiją* (C-6/97, Rink. p. I-2981) 16 punktą.

25. Iš skundžiamo sprendimo 239–242 punktų išplaukia, kad visos EDF balanso restruktūrizavimo priemonės buvo įtrauktos į EDF balansą siekiant dviejų tikslų – padidinti įmonės bendrąją vertę ir stabilizuoti finansinius valstybės ir EDF santykius, remiantis bendrosioms teisės normoms artimais pagrindais (žr. skundžiamo sprendimo 31 punktą).

26. Be kita ko, reikėtų pažymėti šiuos aspektus: pirma, RAG sudarantis 90,325 milijardo FRF vertės turtas buvo priskirtas prie „nuosavo turto“; antra, nepanaudoti atidėjimai RAG atnaujinti buvo apskaityti kaip nepaskirstytas pelnas ir perkvalifikuoti į sukauptus nuostolius, kartu atlikus šios sąskaitos suderinimą ir likutį pervedus į rezervą (pridurčiau, kad ši operacija buvo apmokestinta); ir, trečia, 14,119 milijardo FRF dydžio „koncesijos davėjo teisės“ buvo tiesiogiai perkeltos į kapitalo dotacijų eilutę.

27. Tačiau reikia pabrėžti, kad apmokestinamąją vertę atitinkančios sumos, kurios atžvilgiu EDF buvo atleista nuo mokesčių, konvertavimas į kapitalą nebuvo kaip nors įtrauktas į įmonės buhalterinę apskaitą.

28. Iš tikrųjų „<...>Prancūzijos valdžios institucijos pripažįsta šios operacijos neteisėtumą. [Prancūzijos ekonomikos, finansų ir pramonės ministerijos] Vyriausiosios mokesčių valdybos 2002 m. balandžio 9 d. pareiškime Komisijai Prancūzijos valdžios institucijos nurodo, kad „perleidimo mokesčiai, priklausantys [RAG,] sudaro neteisėtą skolą, nes priskyrus juos prie kapitalo lėšų, turėjo būti iš įmonės pasyvų, kuriems buvo neteisingai priskirtos, perkeltos į grynojo kapitalo sąskaitą [su RAG susijusios koncesijos davėjo teisės sudaro nepriklausančią grąžinti skolą, kuri, priskyrus ją prie kapitalo, buvo nepagrįstai atleista nuo mokesčio]“, taip pat, kad „šios lėšos, prieš jas priskiriant prie kapitalo lėšų, turėjo būti iš įmonės pasyvų, kuriems buvo neteisingai priskirtos, perkeltos į grynojo kapitalo sąskaitą ir tokiu būdu padidinti grynuosius aktyvus, apmokestinamus pagal Bendrojo mokesčių kodekso 38-2 straipsnį, vertę [šis rezervas, prieš jį priskiriant prie kapitalo, turėjo būti perkeltas iš įmonės pasyvų eilutės, į kurią buvo nepagrįstai įtrauktas, į grynojo turto eilutę ir taip padidinti grynojo aktyvo, apmokestinamo pagal Bendrojo mokesčių kodekso 38-2 straipsnį, vertę]“ (žr. ginčijamo sprendimo 89 konstatuojamąją dalį).

29. Nepaisant Vyriausiosios mokesčių valdybos pareikštos vienareikšmės nuomonės, nėra užregistruota jokio mokestinio reikalavimo iki kapitalo padidinimo suma, kurios vertė atitiktų nurodytąją tokiame reikalavime.

30. Atrodytų, kad nagrinėjamu atveju „reikalavimo“ iš viso nebuvo ir joks įsiskolinimas, kurio būtų galima atsisakyti, niekuomet neegzistavo. Kaip pažymėjo *Iberdrola*, mokestinis reikalavimas nebuvo konvertuotas į kapitalą ir, atrodo, valdžios institucijos neturėjo jokių norų atlikti tokį konvertavimą. Netgi atrodo, kad Bendrasis Teismas rėmėsi Prancūzijos vyriausybės mėginimais pateisinti *a posteriori* savo veiksmus atsižvelgiant į rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą. Mano nuomone, tokie tvirtinimai, ypač atsižvelgiant į tai, kad jie pareikšti *in tempore suspecto*, negali atleidimą nuo mokesčio atgaline data padaryti veiksmais, kurie gali būti laikomi „panašūs“ į mokestinio reikalavimo konvertavimą į kapitalą.

31. Skundžiamo sprendimo 282 punkte Bendrasis Teismas pripažino, kad niekuomet nebuvo jokio mokestinio reikalavimo ar įsiskolinimo, kurio būtų galima atsisakyti: „<...> prieš priimant Įstatymą Nr. 97-1026 ir EDF pripažįstant RAG savininke, nereikėjo mokėti jokio mokesčio. Be to, kadangi Prancūzijos Respublika atsisakė imti mokestį, jis nebuvo mokėtinas, todėl negalėjo atsispindėti balanse kaip įmonės skola“.

32. Sutinku su Komisija, kad jeigu būtų pritarta Bendrojo Teismo taip išdėstytoms faktinėms aplinkybėms, kapitalo padidinimas būtų užslėptas, neskaidrus ir atliktas be aiškaus įstatymų leidėjo sutikimo bei neatsižvelgiant į mokesčių administratoriaus patarimą.

33. Šiuo atžvilgiu svarbūs Bendrojo Teismo argumentai, išdėstyti skundžiamojo sprendimo 243 punkte. Atrodo, šiame punkte Bendrasis Teismas naudoja argumentą, kad Įstatymo Nr. 97-1026 4 straipsniu buvo siekiama pertvarkyti EDF balansą ir padidinti jos nuosavą turtą, ir juo remdamasis daro išvadą, kad „tai savaime yra ne mokesčių, bet apskaitos nuostatos, turinčios mokestinių pasekmių, kaip tai patvirtina 1997 m. gruodžio 22 d. EDF adresuotas <…> laiškas“.

34. Likę Bendrojo Teismo argumentai faktiškai pagrįsti išvada, kad Prancūzija atliko investiciją, ir, be kita ko, „padidino [EDF] kapitalą, atsisakiusi mokestinio įsiskolinimo“ (žr. skundžiamo sprendimo 264 punktą). Atitinkamų skundžiamo sprendimo ištraukų formuluotės patvirtina, kad šis veiksnys iš tiesų yra svarbiausias Bendrojo Teismo argumentacijoje ir kad šiam teismui jis buvo esminis klausimas, kurį reikėjo išspręsti siekiant priimti sprendimą dėl antrojo EDF ieškinio pagrindo trečios dalies.

35. Iš tikrųjų šią mintį galima aptikti visame sprendime. Ji daugiau ar mažiau aiškiai suformuluota 248, 249, 250, 252, 253, 258 ir 259 punktuose. Be to, skundžiamo sprendimo 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 ir 259 punktuose Bendrasis Teismas kalba apie tariamai siekiamus tikslus.

36. Akivaizdu, kad Bendrasis Teismas savo vertinimą grindė Įstatymo Nr. 97-1026 4 straipsnio formuluotėmis. Iš esmės visi Prancūzijos vyriausybės ir EDF argumentai daugiausia grindžiami šios nuostatos formuluotėmis. Jų nuomone, šios formuluotės patvirtina Bendrojo Teismo pozicijos, kad 1997 m. suteikta pagalba buvo kapitalo dotacija, pagrįstumą. Vis dėlto, priešingai šiems argumentams, manau, kad pagal Įstatymo Nr. 97-1026 4 straipsnio formuluotę negalima daryti vienintelės išvados, kad ši pagalba buvo kapitalo dotacija. Be to, Prancūzijos vyriausybė savo paaiškinimais neįrodė, kad dėl finansinių operacijų pobūdžio jas būtinai reikia laikyti kapitalo dotacija. Iš išdėstytų svarstymų matyti, jog Prancūzijos vyriausybės argumentas, kad tariama kapitalo dotacija buvo atlikta „skaidriausiu“ būdu (nes ji numatyta įstatyme), taip pat turi būti atmestas.

37. Geriausiu atveju jos forma buvo skaidri, bet tikrai nebuvo skaidrus turinys.

38. Akivaizdu, kad Įstatymo Nr. 97-1026 4 straipsnyje tiesiog nurodytos šiame straipsnyje numatytų finansinių operacijų apskaitos pasekmės. Tačiau reikia konstatuoti, kad šiame straipsnyje nenurodytos aptariamų operacijų mokestinės pasekmės ar poveikis. Atrodo, kad EDF tai pripažįsta savo atsiliepime. Kaip pažymėjo Komisija, įstatymo priėmimo metu pasiūlytam įstatymo teksto pakeitimui nepritarta, nes juo siekta apibrėžti apskaitos procesą, kuris skirtas su aptariamais įrenginiais susijusius atidėjimus konvertuoti į nuosavą turtą [12].

39. Pirma, pakanka pažymėti, kad Įstatyme Nr. 97-1026 nėra jokių užuominų, jog Prancūzija įvykdė operaciją, kuria mokestinis reikalavimas iš esmės buvo konvertuotas į EDF kapitalą. Antra, iš Nacionalinės Asamblėjos Finansų komiteto ataskaitos, kuri buvo parengta svarstant projektą, matyti, kad įstatymų leidėjas nepriėmė sprendimo dėl mokesčių procedūros, kuri būtų taikoma su elektros energijos tiekimo įrenginiais, perduotais pagrindinio elektros energijos tiekimo tinklo koncesija, susijusius atidėjimus konvertuojant į nuosavą turtą. Svarbu pažymėti, jog ši ataskaita patvirtina, kad įstatyme nėra numatyta jokių mokestinių pagal šio įstatymo nuostatas įvykdyto atidėjimų priskyrimo apskaitoje perkvalifikavimo pasekmių.

40. Kalbant apie Prancūzijos vyriausybės 1997 m. gruodžio 22 d. laišką EDF, atrodo, kad Prancūzijos valdžios institucijos pačios aiškiai atskyrė priemones, susijusias su balanso restruktūrizavimu (žr. šio laiško 1 priedą), ir mokestines pasekmes (žr. šio laiško 3 priedą). Kaip pažymėjo Komisija, 1 priede paprasčiausiai nurodyta, kad 14,119 milijardo FRF dydžio koncesijos davėjo teisės tiesiogiai perkeliamos į kapitalo dotaciją eilutę, o 3 priede pašalinamos mokestinės šios priemonės pasekmės EDF. Taigi, šiame dokumente taip pat nėra jokių nuorodų, kad mokestinis reikalavimas buvo konvertuotas į kapitalą.

41. Tokia pati situacija yra dėl Prancūzijos valdžios institucijų 2002 m. balandžio 9 d. laiško Komisijai: šiame laiške nėra jokių užuominų, kad Prancūzija mokestinį reikalavimą konvertavo į kapitalą.

12 — Žr. *Commission des finances, de l'économie générale et du plan* (Nacionalinės Asamblėjos finansų, bendrosios ekonomikos ir planavimo komisijos) prašymu parengtą „Migaud“ ataskaitą (p. 79–81), pridėtą prie Komisijos apeliacinio skundo, kurioje aprašomas vadinamojo „De Courson“ pakeitimo svarstymas. Iš tikrųjų šio pakeitimo svarstymai atskleidžia, kad pagrindiniai komiteto nariai (be kita ko, komiteto pirmininkas ir pagrindinis pranešėjas) manė, jog dėl nuostatos, kuri turėjo būti priimta, EDF turėtų mokėti pelno mokestį nuo atidėjimų, pertvarkytų į kapitalą, sumos.

42. Iš Teisingumo Teismui pateiktų dokumentų matyti, kad tik vėlesnėje administracinės procedūros stadijoje – 2002 m. gruodžio 9 d., t. y. po 18 mėnesių nuo tyrimo pradžios, Komisijai pateiktose pastabose Prancūzijos valdžios institucijos siekė EDF suteiktą atleidimą nuo mokesčių apibūdinti kaip operaciją, „panašią“ į „papildomą kapitalo dotaciją“; pažymėtina, kad taip apibūdindamos jos nepateikė jokių šiuos teiginius patvirtinančių objektyvių įrodymų.

43. Kaip teisingai nurodė Komisija 2005 m. vasario 3 d. Bendrajam Teismui pateiktose pastabose, EDF pateikė studiją „Hipotetinio rinkos investuotojo požiūris“, bet netgi ši studija buvo atlikta *ex post*, siekiant atgaline data pateisinti ekonominį susijusių operacijų pagrįstumą. Kitaip tariant, tai buvo mėginimas šią operaciją pateikti kaip mokestinio reikalavimo konvertavimą į kapitalą, įvykių, kurie, remiantis faktinėmis aplinkybėmis, neatitiko tikrovės ar kurių Prancūzija tuo metu, kai vyko aptariamas pertvarkymas, apskritai nebuvo nagrinėjusi, interpretaciją.

44. Be to, iš skundžiamo sprendimo 242 punkto aiškiai matyti tas faktas, kad Bendrasis Teismas nukrypo nuo faktinių bylos aplinkybių ir jas iškraipė taip, kad galiausiai nusprendė dėl to, ko nebuvo nagrinėjamu atveju. Šiame punkte Bendrasis Teismas pabrėžė, kad visos šalys sutinka, jog nagrinėjama operacija turėjo būti apmokestinta. Tačiau 266–269 punktuose Bendrasis Teismas išreiškė abejonę, ar mokestis iš tikrųjų turi būti mokamas tokiomis aplinkybėmis. Vis dėlto iš Teisingumo Teismui pateiktų dokumentų matyti, kad tokia operacija, kaip įvykdytoji nagrinėjamu atveju, iš tikrųjų turėjo būti apmokestinta.

45. Mano manymu, Bendrasis Teismas negalėjo kaip faktinės aplinkybės konstatuoti to, kad mokestinio reikalavimo atsisakymas yra kapitalo dotacija, nenustatęs jokių objektyvių faktinį tokios operacijos egzistavimą patvirtinančių įrodymų.

46. Kadangi tokių objektyvių įrodymų akivaizdžiai nebuvo, Bendrojo Teismo išvada, kad tai buvo kapitalo dotacija, grindžiama jam pateiktų dokumentų iškraipymu.

47. Kita vertus, jei, kaip pažymi Komisija, Bendrojo Teismo išvada būtų aiškinama ne kaip objektyvios faktinės aplinkybės konstatavimas, bet kaip teisinė faktinių aplinkybių kvalifikacija, pagrįsta užslėpto ir neskaidraus mokesčio konvertavimo į kapitalą fikcija, arba kaip tokį konvertavimą atitinkanti operacija, tuomet tokia teisinė faktinių aplinkybių kvalifikacija būtų akivaizdžiai klaidinga, nes paneigtų visus Bendrojo Teismo motyvus.

48. Galiausiai skundžiamo sprendimo 225 punkte teisingai nurodyta, kad pagal Teisingumo Teismo praktiką rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas yra nereikšmingas, kai valstybės dalyvavimas nėra ekonominio pobūdžio. Taip yra tuomet, kai viešosios valdžios institucijos suteikia įmonei tiesioginę subsidiją, atleidžia nuo mokesčių arba sutinka sumažinti socialines rinkliavas. Todėl pritariu Komisijai, jog tai net galėtų atrodyti taip, tarsi perkvalifikuodamas susijusią operaciją Bendrasis Teismas iš tikrųjų siekė apeiti Teisingumo Teismo praktiką dėl rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo apimties.

49. Dėl išdėstytų priežasčių pirmąjį apeliacinio skundo pagrindą reikia pripažinti pagrįstu.

B – *Dėl antrojo apeliacinio skundo pagrindo, susijusio su EB 87 straipsnio aiškinimu*

1. Antrojo apeliacinio skundo pagrindo pirma dalis: valstybės, veikiančios kaip akcininkės ir kaip viešosios valdžios įgaliojimus vykdančio subjekto, atskyrimo kriterijai

50. Komisija, *Iberdrola* ir Priežiūros institucija iš esmės ginčija Bendrojo Teismo išvadą, pagal kurią skirtumas tarp valstybės, veikiančios kaip akcininkės, ir valstybės, veikiančios kaip viešosios valdžios įgaliojimus įgyvendinantis subjektas, pirmiausia priklauso nuo valstybės siekiamo tikslo (šiuo atveju EDF kapitalo restruktūrizacijos), o ne nuo objektyvių ir patikrintinų aplinkybių, kaip reikalaujama pagal teismo praktiką. EDF ir Prancūzijos vyriausybė tvirtina, kad antrojo apeliacinio skundo pagrindo pirmą dalį reikia atmesti.

51. Visų pirma EDF ir Prancūzijos vyriausybė iš esmės teigia, kad antrasis apeliacinio skundo pagrindas grindžiamas tuo, jog Bendrasis Teismas tariamai iškraipė faktus, o tai yra pirmojo apeliacinio skundo pagrindo dalykas. Jos mano, kad abu šie apeliacinio skundo pagrindai papildo vienas kitą ir kad pirmasis pagrindas praktiškai yra būtina antrojo prielaida.

52. Vis dėlto manau, kad antrasis apeliacinio skundo pagrindas yra akivaizdžiai atskiras ir savarankiškas nuo pirmojo pagrindo. Ši išvada nesikeičia, nepaisant tos aplinkybės, kad apeliacinis skundas neišvengiamai susijęs su ginčijamo sprendimo 3 ir 4 straipsniais, kuriuose numatyta, kad 1997 m. EDF nesumokėjo tam tikrų pelno mokesčio sumų. Iš tikrųjų, kaip teisingai nurodė Priežiūros institucija ir *Iberdrola*, ginčijamo sprendimo 3 ir 4 straipsnių nuostatų teisėtumas nepriklauso nuo to, ar nagrinėjamą pagalbos priemonę kvalifikuotume kaip kapitalo dotaciją, ar mokesčių nemokėjimą, jei protingas ir apdairus privatus investuotojas šių lėšų neskirtų valstybei priklausančiai įmonei „tokiomis sąlygomis, kuriomis privatus investuotojas, veikiantis įprastomis rinkos ekonomikos sąlygomis, būtų pasirengęs perleisti lėšas panašiai privačiai įmonei“ [13].

53. Visiškai aišku tai, kad šioje ginčijamo sprendimo dalyje pateiktas esminis Komisijos vertinimas, jog 1997 m. Prancūzijos suteikta finansinė parama yra neteisėta valstybės pagalba.

54. Manau, jog bet kuriuo atveju reikia konstatuoti, kad antrasis apeliacinio skundo pagrindas yra pagrįstas. Iš tikrųjų neginčytina, kad nagrinėjamu atveju Prancūzija pasinaudojo išimtiniais viešosios valdžios įgaliojimais.

55. Dėl antrojo apeliacinio skundo pagrindo pirmos dalies esmės manau, kad vienas svarbiausių klausimų šiame apeliaciniame procese susijęs su tuo, kad Bendrasis Teismas suteikė ypatingą svarbą nagrinėjamos priemonės tikslui, ir ta aplinkybe, kad toks požiūris nėra pagrįstas atsižvelgiant į Teisingumo Teismo praktiką.

56. EB 87 straipsnio 1 dalimi, kaip ji aiškinama nusistovėjusioje Teisingumo Teismo praktikoje, „nedaromas skirtumas tarp valstybės priemonių pagal jų priežastis ar tikslus, o jos apibrėžiamos pagal poveikį“ [14]. Iš tikrųjų tikslų, kuriais grindžiama valstybės priemonė, *ipso facto* nepakanka tam, kad ji būtų nelaikoma valstybės pagalba. Jei būtų kitaip, valstybei narei pakaktų nurodyti, jog valstybės įsikišimu buvo siekiama teisėtų tikslų, kad būtų išvengta su valstybės pagalba susijusių Sutarties nuostatų taikymo [15].

57. Šiuo atžvilgiu EDF atsikerta pateikdama argumentą, kad Bendrasis Teismas nevertino nagrinėjamos priemonės *tik* pagal jos tikslą. EDF teigimu, Bendrasis Teismas šią priemonę vertino pagal įvairius kriterijus, kaip antai jos pobūdis, objektas ir tikslai, taip pat į visus jos aspektus ir bendrą kontekstą.

58. Nors būtų galima pritarti tam, kad *prima facie* Bendrasis Teismas savo požiūrio negrindė vien siekiamu tikslu, reikia konstatuoti, kad įdėmiai skaitant visą skundžiamą sprendimą matyti, jog siekdamas nustatyti, ar valstybė veikė kaip akcininkė, ar įgyvendindama viešuosius įgaliojimus, Bendrasis Teismas praktiškai savo išvadas iš esmės, jei ne išskirtinai, grindė siekiamu tikslu. Kaip bus matyti, neginčytina, kad atlikdamas analizę Bendrasis Teismas didžiausią reikšmę suteikė siekiamam tikslui.

59. Skundžiamo sprendimo 229 punkte Bendrasis Teismas nurodė, kad „norint nustatyti, ar valstybės taikomos priemonės priklauso viešosios valdžios įgaliojimams, ar kyla iš valstybei, kaip akcininkei, tenkančių pareigų, reikia įvertinti ne šių priemonių formą, bet jų pobūdį, objektą ir joms taikomas taisykles, kartu atsižvelgiant į nagrinėjamomis priemonėmis *siekiamus tikslus*“ (išskirta mano).

13 — Žr. Komisijos komunikato valstybėms narėms: EEB sutarties 92 ir 93 straipsnių ir Komisijos direktyvos 80/723/EEB 5 straipsnio taikymas gamybos sektoriaus valstybės įmonėms (OL C 307, 1993, p. 3) 11 punktas.

14 — 2001 m. birželio 9 d. Sprendimo *Comitato „Venezia vuole vivere“ prieš Komisiją* (sujungtos bylos C-71/09 P, C-73/09 P ir C-76/09 P, Rink. p. I-4727) 94 punktas ir jame nurodyta teismo praktika.

15 — Žr. 2004 m. spalio 28 d. generalinio advokato A. Tizzano išvados, pateiktos byloje *Heiser* (C-172/03, Rink. p. I-1627), 45 punktą.

60. Toliau skundžiamo sprendimo 233 punkte Bendrasis Teismas vėl pabrėžia, kad siekiant nuspręsti dėl rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo būtina nustatyti, ar valstybė siekė „ekonominių tikslų“, kurių taip pat galėtų siekti privatus investuotojas. 234 ir 235 punktuose taip pat paminėta, kad siekiamas tikslas yra svarbus. Skundžiamo sprendimo 236 punkte Bendrasis Teismas daro išvadą, kad „reikia išnagrinėti priemonę ne vien atsižvelgiant į jos formą, bet ir į pobūdį, objektą bei *tikslus*, o tam reikia įvertinti visų šių aplinkybių visumą ir atsižvelgti į priemonės kontekstą“ (išskirta mano). Galiausiai 237 punkte taip pat nurodomas nagrinėjamos priemonės tikslas.

61. Tuomet būtent skundžiamo sprendimo 247 punkte Bendrasis Teismas dar kartą – ir šį kartą kategoriškai – pareiškė, kad *„atsižvelgiant į Įstatymu Nr. 97-1026 siekiamą EDF rekapitalizavimo tikslą*, vien aplinkybės, kad šios įmonės įsiskolinimas <...> yra mokestinio pobūdžio ir kad Prancūzija priėmė įstatymą, nesuteikė Komisijai teisės atsisakyti patikrinti, ar panašiomis aplinkybėmis privatus investuotojas būtų tokia pačia suma padidinęs kapitalą ir ar valstybė skyrė kapitalą normalias rinkos sąlygas atitinkančiomis aplinkybėmis“ (išskirta mano).

62. Taigi, norėdamas nuspręsti dėl rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo Bendrasis Teismas akivaizdžiai atsižvelgė į siekiamą tikslą ir jam suteikė lemiamą reikšmę, todėl šis sprendimas grindžiamas teisės klaida.

63. Be to, aiškiai matyti, jog teismo praktika, kuria remdamasis Bendrasis Teismas siekia pagrįsti tai, kad spręsdamas dėl rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo jis atsižvelgė į tariamai valstybės narės siekiamą tikslą, yra vienintelis Teisingumo Teismo sprendimas *SAT Fluggesellschaft* [16].

64. Tačiau atitinkamame to sprendimo punkte (30 punktas) Teisingumo Teismas visiškai nemini tikslo, kurio buvo siekiama nagrinėta priemone.

65. Visų pirma byla *SAT Fluggesellschaft* nėra susijusi su valstybės pagalba. Šiame sprendime siekiama nustatyti, ar tam tikra tarptautinė organizacija yra „įmonė“, kaip ji suprantama pagal EB 82 ir 86 straipsnius. Teisingumo Teismo visų pirma buvo klausiama, ar Europos saugios oro navigacijos organizacija (Eurokontrolė) yra „įmonė“, ar ne.

66. Norėdamas atsakyti į šį klausimą, Teisingumo Teismas nagrinėjo: 1) Eurokontrolės veiklos *pobūdį* (19 punktas); 2) šios veiklos *tikslus*, kurie apibrėžti konvencijoje dėl šios organizacijos įsteigimo (21 punktas); 3) Eurokontrolės *uždavinius*, kurie nustatyti konvenciją keičiančiame protokole (22 punktas); 4) jos *kompetenciją*, be kita ko, teisę nustatyti ir rinkti maršrutų rinkliavas (23, 28 ir 29 punktai); 5) Eurokontrolės *operatyvinę veiklą* (24 punktas); ir galiausiai 6) jos, kaip tarptautinės organizacijos, *finansavimo būdą* (26 punktas).

67. Taigi, Sprendimo *SAT Fluggesellschaft* 30 ir 31 punktuose Teisingumo Teismas padarė išvadą, kad, „vertinant bendrai, visa Eurokontrolės veikla <…> yra susijusi su prerogatyvų dėl oro erdvės kontrolės ir priežiūros, kurios paprastai priklauso viešajai valdžiai, įgyvendinimu. Ji nėra ekonominio pobūdžio, kuris pateisintų Sutarties konkurencijos taisyklių taikymą“. Todėl Eurokontrolė nebuvo pripažinta įmone pagal EB 82 ir 86 straipsnius.

68. Reikia pažymėti, kad nagrinėjamoje byloje būtent pats Bendrasis Teismas skundžiamo sprendimo 264 punkte pripažino, jog „atsisakydama šio [mokestinio] įsiskolinimo valstybė pasinaudojo savo viešosios valdžios įgaliojimais“. Neginčijama, kad nagrinėjama priemonė yra susijusi su viešosios valdžios įgaliojimų įgyvendinimu. Be to, kaip teisingai nurodė Komisija, Sprendime *SAT Fluggesellschaft* Teisingumo Teismo taikyti kriterijai buvo susiję su galimybe tam tikrą organizaciją laikyti įmone, o ne su tam tikrų valstybės įvykdytų operacijų kvalifikavimu kaip valstybės pagalbos, kaip yra šiuo atveju.

16 — 1994 m. sausio 19 d. Sprendimas *SAT Fluggesellschaft* (C-364/92, Rink. p. I-43).

69. Iš išdėstytų argumentų galima daryti tik vieną išvadą, kad, priešingai, nei teigia Prancūzijos vyriausybė, Sprendimas *SAT Fluggesellschaft* nebuvo ir nėra reikšmingas sprendžiant nagrinėjimą bylą, ir, be kita ko, jis nėra svarbus siekiant nustatyti, ar konkrečioje su EB 87 straipsniu susijusioje byloje turi būti taikomas rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas.

70. Be to, manau, kad praktiškai Bendrasis Teismas netgi netaikė kriterijų, kuriuos Teisingumo Teismas nustatė Sprendimo *SAT Fluggesellschaft* 30 punkte. Bendrasis Teismas valstybės siekiamą tikslą, t. y. kriterijų, kuris nėra susijęs su šiuo Teisingumo Teismo sprendimu, laikė neabejotinai labiausiai lemiamu veiksniu ir kartu neatsižvelgė į valstybės veiksmų, kuriais buvo atsisakyta nagrinėjamo mokestinio reikalavimo, *pobūdį*, kuris, paties Bendrojo Teismo žodžiais, rodo, kad valstybė naudojasi išimtiniais viešosios valdžios įgaliojimais.

71. Pirma, valstybės ketinimais grindžiamas kriterijus yra ypač netinkamas valstybės pagalbos buvimui įvertinti, nes toks kriterijus pagal savo pobūdį yra subjektyvus ir įvairiai aiškintinas. Antra, kaip nurodė *Iberdrola*, tariamų valstybės narės siekiamų tikslų paisymas suteikia galimybę užsiimti manipuliavimu, turinčiu poveikį privataus ir viešojo sektoriaus konkurencijai. Egzistuoja realus pavojus, kad siekdamos išvengti valstybės pagalbą reglamentuojančių teisės normų taikymo valstybės narės būtų skatinamos paprasčiausiai (*ex post*) pateisinti savo sumetimus, susijusius su pelno siekimu.

72. Galiausiai šį lemiamą vaidmenį, kurį Bendrasis Teismas suteikė siekiamam tikslui, nėra lengva suderinti su ta aplinkybe, kad „pagalbos sąvoka yra objektyvi“ [17]. Iš tikrųjų nereikėtų pamiršti, kad pagal Teisingumo Teismo praktiką „tokia valstybės pagalbos sąvoka, kaip apibrėžtoji Sutartyje, yra teisinė sąvoka ir turi būti aiškinama vadovaujantis objektyviais kriterijais“ [18]. Pagaliau valstybės pagalbos požymių egzistavimas turi būti vertinamas atsižvelgiant tik į prieinamus objektyvius ir patikrinamus elementus. Antraip tai turėtų poveikį Komisijos pareigai atlikti priežiūrą, o Bendrijos teismai negalėtų „vykdyti visapusiškos kontrolės, kad galėtų atsakyti į klausimą, ar priemonei taikoma EB 87 straipsnio 1 dalis“ [19]; iš tikrųjų būtent toks pavojus kiltų, jei būtų laikomasi skundžiamame sprendime išdėstyto požiūrio.

73. Toliau EDF tvirtina, kad taikant rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą svarbus ne tik siekiamas tikslas, bet ir, be kita ko, kontekstas. Ji remiasi keliais sprendimais, pagal kuriuos Komisija privalėjo įvertinti įvairių operacijų kontekstą. Be kita ko, EDF nurodo sprendimus *Chronopost I* [20], *P&O European Ferries (Vizcaya) ir Diputación Foral de Vizcaya prieš Komisiją* [21], *Bundesverband deutscher Banken prieš Komisiją* [22] ir *Ryanair prieš Komisiją* [23].

74. Vis dėlto pakanka pažymėti, kad visose šiose bylose nagrinėti sandoriai buvo komercinio pobūdžio: Sprendimas *Chronopost I* buvo susijęs su klientų perleidimu, Sprendimas *P&O European Ferries* – prekyba keltų bilietais, Sprendimas *Bundesverband deutscher Banken prieš Komisiją* – turto, kuris buvo naudojamas konkuruojančiai komercinei veiklai užtikrinti, perdavimu, ir galiausiai Sprendimas *Ryanair* susijęs su oro uosto mokesčių nustatymu, t. y. tiesiogiai su oro uosto infrastruktūros valdymui priskirtina veikla, kuri yra ekonominė veikla. Be kita ko, Sprendime *Ryanair* Bendrasis Teismas aiškiai nusprendė, kad buvo įprasta minėtus mokėjimus traktuoti kaip „rinkliavas“, o ne kaip „mokesčius“ – ir iš tikrųjų, priešingai nei nagrinėjama situacija, tokią šių mokesčių sumažinimo sistemą *galėjo* įgyvendinti ir privatus ūkio subjektas.

17 — Žr. 2002 m. kovo 19 d. generalinio advokato P. Léger išvados, pateiktos byloje *Altmark Trans ir Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, Rink. p. I-7747; toliau – Sprendimas *Altmark*), 77 punktą.

18 — 2008 m. gruodžio 22 d. Sprendimo *British Aggregates prieš Komisiją* (C-487/06, Rink. p. I-10515) 111 punktas.

19 — Žr., be kita ko, 2000 m. gegužės 16 d. Sprendimo *Prancūzija prieš Ladbroke Racing ir Komisiją* (C-83/98 P, Rink. p. I-3271) 25 punktą.

20 — 2003 m. liepos 3 d. Sprendimo *Chronopost ir kt. prieš Ufex ir kt.* (sujungtos bylos C-83/01 P, C-93/01 P ir C-94/01 P, Rink. p. I-6993; toliau – Sprendimas *Chronopost I*) 128 punktas.

21 — EDF nurodo 2006 m. vasario 9 d. generalinio advokato A. Tizzano išvados, pateiktos byloje *P&O European Ferries (Vizcaya) ir Diputación Foral de Vizcaya prieš Komisiją* (sujungtos bylos C-442/03 P ir C-471/03 P, Rink. p. I-4845; toliau – Sprendimas *P&O European Ferries*), 87 punktą.

22 — 2010 m. kovo 3 d. Sprendimas *Bundesverband deutscher Banken prieš Komisiją* (T-163/05, Rink. p. II-387).

23 — 2008 m. gruodžio 17 d. Sprendimas *Ryanair prieš Komisiją* (T-196/04, Rink. p. II-3643; toliau – Sprendimas *Ryanair*).

75. Visų pirma atrodo, kad Bendrasis Teismas vadovavosi savo Sprendimu *Ryanair*, kuriuo jis panaikino Komisijos sprendimą dėl valstybės pagalbos. Konkrečiau kalbant, Sprendime *Ryanair* Bendrasis Teismas nusprendė, kad Komisijos atsisakymas nagrinėti visą Valonijos regiono ir Šarlerua oro uosto suteiktą pagalbą ir patikrinti, ar šie abu subjektai kartu veikė kaip protingi pagal rinkos ekonomiką veikiantys subjektai, yra teisės klaida. Vis dėlto akivaizdu, kad nagrinėjama byla skiriasi nuo bylos *Ryanair*. Teismų praktikoje jau buvo pripažinta, kad byloje *Ryanair* nagrinėta veikla yra ekonominio pobūdžio [24]. Ir nors toje byloje nagrinėti mokesčiai nustatyti *reglamentavimo priemonėmis*, Bendrasis Teismas manė, kad tai buvo ekonominė veikla, nes nagrinėtoji „veikla, t. y. oro uosto mokesčių nustatymas, glaudžiai susijusi su Šarlerua oro uosto naudojimu ir valdymu; tai yra veikla, kuri turi būti kvalifikuojama kaip ekonominė“. Bendrasis Teismas iš esmės nurodė, kad jei nepripažintume tos aplinkybės, jog nustatydamas aptariamus mokesčius Valonijos regionas gali veikti kaip privatus investuotojas, skirtingai vertintume privačius ir viešuosius oro uostus. Turbūt reikėtų pridurti, kad dėl Sprendimo *Ryanair* Komisija nepateikė apeliacinio skundo.

76. Vis dėlto, kitaip nei nustatant tokius mokesčius, joks privatus subjektas (niekada) negali atsisakyti mokestinio reikalavimo. Iš tikrųjų manau, kad EDF yra akivaizdžiai neteisi, kai mėgina tvirtinti, jog ta aplinkybė, kad privatus investuotojas negali naudotis valstybės naudojama priemone, negali reikšti, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą reikia atmesti. Šiuo atžvilgiu būtų pagrįsta paminėti doktrinoje dėstomą požiūrį, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo negalima taikyti mokesčių srityje, t. y. tais atvejais, kai atitinkama lengvata nustatoma mokesčių įstatymu [25].

77. Mano nuomone, Bendrojo Teismo požiūris skundžiamame sprendime yra nepriimtinas *a fortiori*, nes jei valstybė nori potencialiai veikti kaip privatus investuotojas, ji vis dar gali tai daryti: tam reikia tik to, kad ji skirtų įmonei kapitalo dotaciją *po to*, kai įgyvendino savo mokestinę kompetenciją ir taip pasinaudojo išimtiniais viešosios valdžios įgaliojimais. Todėl, priešingai, nei teigia EDF, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo apimtis būtų pernelyg apribota ir tai diskriminuotų valstybės įmones, mano siūlomas požiūris nesukeltų jokios valstybės įmonių diskriminacijos. Juo siekiama tik apriboti privačių įmonių diskriminacijos pavojų.

78. Toliau paminėtina, kad nors, kaip teigia Priežiūros institucija, yra aplinkybių, kai valstybė gali turėti sutartinių ir komercinių santykių su bendrovėmis, šioje byloje nagrinėjama EDF skola Prancūzijai visiškai nebuvo sutartinio ar komercinio pobūdžio. Tai buvo mokestinė skola. Valstybė nustato mokesčius ir jie privalomi ne dėl savanoriškų sutartinių ar komercinių santykių. Bet kuriuo atveju Teisingumo Teismas atskyrė operacijas, kurias atlieka valstybė, veikdama kaip investuotojas, nuo tų operacijų, kurias ji atlieka veikdama kaip kreditorius [26].

79. Be to, kai tik bendrovė gauna paramą iš viešųjų fondų, pagal rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą tokia parama laikoma valstybės pagalba, jei privatus investuotojas įprastomis aplinkybėmis nebūtų atlikęs tokios investicijos. Kita vertus, jei valstybė veikė kaip ir bet kuris įprastas privatus akcininkas, veikiantis įprastomis rinkos sąlygomis, finansinė parama nebūtų laikoma valstybės pagalba. Kaip pažymėjo Priežiūros institucija, akivaizdu, kad valstybė nustato mokesčius įgyvendindama viešosios valdžios įgaliojimus. Vargu ar galima tvirtinti, kad valstybė turi kompetenciją apmokestinti veikdama kaip privatus investuotojas. Mokestinių skolų atsisakymas, kuris išplaukia iš mokesčių nustatymo, taip pat yra veikla, kurią valstybė vykdo kaip viešosios valdžios institucija. Todėl mokestinė valstybės veikla – mokesčių nustatymas, surinkimas, grąžinimas ar atsisakymas išieškoti – neabejotinai yra vykdoma įgyvendinant viešosios valdžios įgaliojimus ir ji iš principo negali jos vykdyti kaip privatus investuotojas.

24 — Šiuo klausimu žr. 2000 m. gruodžio 12 d. Sprendimo *Aéroports de Paris prieš Komisiją* (T-128/98, Rink. p. II-3929) 107–109, 121, 122 ir 125 punktus.

25 — Ir apskritai reglamentavimo priemonėmis. Žr., be kita ko, L. Hancher, T. Ottervanger ir P. J. Slot „EC State Aids“, Sweet & Maxwell, 2006, p. 74; Th. Jaeger „Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben“, NWV, 2006, 195 punktas; M.-A. Mamut „Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen“, Th. Jaeger (leid.), *Jahrbuch Beihilferecht 09*, p. 341, ir W. Haslehner „Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen“, Th. Jaeger (leid.), *Jahrbuch Beihilferecht 2011*, NWV, 2011, p. 273.

26 — 1999 m. balandžio 29 d. Sprendimo *Ispanija prieš Komisiją* (C-342/96, Rink. p. I-2459) 46 punktas.

80. Iš tikrųjų būtent dėl to Teisingumo Teismui buvo svarbu tai atskirti. Sprendime *Ispanija prieš Komisiją* [27] Teisingumo Teismas nusprendė, kad „reikia daryti skirtumą tarp įsipareigojimų, kuriuos valstybė turi prisiimti kaip bendrovės akcinio kapitalo savininkė, ir valstybės, kaip viešosios valdžios institucijos, įsipareigojimų. Kadangi trys susijusios bendrovės yra akcinės bendrovės, *Patrimonio del Estado* (Ekonomikos ir finansų ministerijos Valstybės turto tarnyba), kaip jų akcinio kapitalo savininkė, būtų atsakinga tik už bendrovės skolas iki likvidacinės jos turto vertės. Nagrinėjamu atveju tai reiškia, kad taikant rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą negalima atsižvelgti į įsipareigojimus, kylančius iš išeitinių ir nedarbo pašalpų bei paramos pramonės struktūrai pertvarkyti“.

81. Sprendime *Vokietija prieš Komisiją* [28] Teisingumo Teismas nusprendė, kad „siekiant nustatyti, ar *Gröditzer Stahlwerke* (GS) privatizavimas, kai perkančiajam subjektui sumokama 340 milijonų DEM, turi valstybės pagalbos požymių, būtina įvertinti, ar privatus investuotojas, savo dydžiu prilygstantis viešąjį sektorių valdantiems juridiniams asmenims, panašiomis aplinkybėmis nuspręstų atlikti tokio dydžio kapitalo injekciją, susijusią su šios įmonės pardavimu, ar likviduotų ją“ [29]. Teisingumo Teismas vėl priminė, kad reikia daryti skirtumą tarp įsipareigojimų, kuriuos valstybė turi prisiimti kaip bendrovės akcinio kapitalo savininkė, ir valstybės, kaip viešosios valdžios institucijos, įsipareigojimų.

82. Be to, byloje *Altmark* [30] generalinis advokatas P. Léger pažymėjo, kad Teisingumo Teismas taiko rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą tik tais atvejais, kai *valstybės įsikišimas yra ekonominio pobūdžio*. Jis teigė, kad tokiose situacijose rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo kriterijus yra reikšmingas, nes valstybės atliekamus veiksmus bent teoriškai gali atlikti ir pelno siekiantis privatus subjektas (investuotojas, bankas, laiduotojas, įmonė ar kreditorius). Tačiau rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo kriterijus yra nereikšmingas, kai valstybės įsikišimas nėra ekonominio pobūdžio. Tokiose situacijose valstybės veiksmų negalėtų atlikti pelno siekiantis privatus subjektas, nes jie susiję su viešosios valdžios įgaliojimų, *kaip antai mokesčių* arba *socialinė politika*, įgyvendinimu. Todėl rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas nėra reikšmingas tais atvejais, kai *iš principo negali būti jokio vienodo požiūrio* į viešąjį ir privatų sektorių *pažeidimo*. Jis padarė išvadą, kad dėl to rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas netaikomas valstybės įsikišimui, kuris susijęs su viešosios valdžios įgaliojimų įgyvendinimu.

83. Iš tikrųjų, kaip Bendrasis Teismas teisingai nusprendė Sprendime *Ryanair* [31], „nors tuo atveju, kai valstybė veikia kaip įmonė, kuri investuoja privačiai, reikėtų išanalizuoti jos elgesį pagal rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą, šis principas neturi būti taikomas, kai ji veikia kaip viešoji valdžia. Pastaruoju atveju valstybės elgesys *jokiu būdu* negali būti lyginamas su ūkio subjekto ar privataus investuotojo rinkos ekonomikoje elgesiu“.

84. Sprendime *Westdeutsche Landesbank Girozentrale ir Land Nordrhein-Westfalen prieš Komisiją* [32] Bendrasis Teismas tinkamai pažymėjo, jog „dėl žemės argumento, susijusio su mokestinių pajamų padidėjimu, pažymėtina, kad žemės, kaip viešojo subjekto, pozicija ir jos, kaip verslininkės, pozicija neturi būti painiojamos. Šie su pajamų padidėjimu susiję argumentai neturėtų jokios reikšmės privačiam investuotojui“.

27 — 1994 m. rugsėjo 14 d. Sprendimo *Ispanija prieš Komisiją* (sujungtos bylos C-278/92-C-280/92, Rink. p. I-4103; toliau – Sprendimas *Hytasa*) 22 punktas. Taip pat žr. 1999 m. sausio 21 d. Sprendimo *Neue Maxhütte Stahlwerke ir Lech-Stahlwerke prieš Komisiją* (sujungtos bylos T-129/95, T-2/96 ir T-97/96, Rink. p. II-17) 119 punktą ir 2007 m. gegužės 10 d. Komisijos sprendimo 2008/722/EB dėl valstybės pagalbos C 2/06 (ex N 405/05), kurią Graikija planuoja suteikti OTE savanoriško išankstinio išėjimo į pensiją sistemai (OL L 243, 2008, p. 7), 85 ir 86 konstatuojamąsias dalis.

28 — 2003 m. sausio 28 d. Sprendimo *Vokietija prieš Komisiją* (C-334/99, Rink. p. I-1139; toliau – Sprendimas *Gröditzer*) 133 ir 134 punktai.

29 — Žr. 2002 m. gegužės 16 d. Sprendimo *Prancūzija prieš Komisiją* (vadinamojo Sprendimo *Stardust Marine*) (C-482/99, Rink. p. I-4397) 70 punktą.

30 — 2003 m. sausio 14 d. generalinio advokato P. Léger išvados, pateiktos 17 išnašoje minėtoje byloje *Altmark*, 20–27 punktai.

31 — 23 išnašoje minėto Sprendimo *Ryanair* 85 punktas (išskirta mano).

32 — 2003 m. kovo 6 d. Sprendimas *Westdeutsche Landesbank Girozentrale ir Land Nordrhein-Westfalen prieš Komisiją* (sujungtos bylos T-228/99 ir T-233/99, Rink. p. II-435; toliau – Sprendimas *Westdeutsche Landesbank*).

85. Galiausiai reikia pažymėti, kad Teisingumo Teismas yra nusprendęs, jog subjektas, kuris renka mokesčius, veikia ne kaip ūkio subjektas [33]. Be to, remiantis Teisingumo Teismo praktika, Sutartyje nustatytos konkurencijos taisyklės netaikomos veiklai, kuri dėl savo pobūdžio, tikslų ir jai taikomų taisyklių nepatenka į ekonominės veiklos sritį arba kuri yra susijusi su viešosios valdžios įgaliojimų įgyvendinimu [34].

86. Nagrinėjamoje byloje EDF ir Prancūzijos vyriausybė atsikerta pateikdamos argumentą, kad buvo kitų bylų, kuriose Teisingumo Teismas laikėsi mažiau griežto požiūrio tais atvejais, kai buvo naudojamasi valstybės įgaliojimais. Prancūzijos vyriausybė teigia, kad priemonės yra nereikšmingos, kai valstybė gali imtis įvairių investicijų formų. Ji tvirtina, jog Teisingumo Teismas pripažino, kad priemonės, kuriomis negalėjo pasinaudoti privatūs investuotojai, gali būti lyginamos su privataus subjekto elgesiu [35].

87. Vis dėlto manau, kad svarbu nevertinti vienodai dviejų visiškai skirtingų sąvokų. Reikia atriboti privataus kreditoriaus (rinkos ekonomikoje) principą ir privataus investuotojo (rinkos ekonomikoje) principą (rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą). Priešingai, nei teigia Prancūzija, negalima lyginti privataus investuotojo padėties ir privataus kreditoriaus padėties. Investuotojas siekia gauti pelną iš atitinkamų įmonių veiklos, o kreditorius, – kad finansinių sunkumų patiriantis skolininkas sumokėtų jam priklausančią sumą [36].

88. Todėl šioje byloje svarbu tai, kad nei Prancūzijos vyriausybė, nei EDF netvirtino, kad tai buvo finansinių sunkumų patirianti įmonė. Akivaizdu, kad šiuo atveju tai nėra kreditorius, kuris siekia atgauti jam priklausančią sumą iš finansinių sunkumų patiriančio skolininko. Be to, privataus kreditoriaus kriterijus nesusijęs su valstybės, kaip akcininkės, vaidmeniu: pagal šį kriterijų valstybės įmonės ir privačios įmonės vertinamos visiškai vienodai. Priešingai nei rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas ir šioje byloje nagrinėjama situacija, taikant privataus kreditoriaus kriterijų neatsiranda skirtingo požiūrio rizikos.

89. Jau iš pirmųjų bylų matyti teismo praktika, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas turi būti taikomas „nevertinant jokių socialinių, regioninės politikos ir sektorinių aspektų“, todėl negali būti atsižvelgiama į argumentus, kurie akivaizdžiai susiję su valstybės narės, kaip viešosios valdžios institucijos, vaidmeniu [37].

90. Sprendimai *Meura* ir *Boch II* [38] yra pirmieji sprendimai dėl rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo. Tačiau šį klausimą jau buvo iškėlęs generalinis advokatas P. Verloren Van Themaat byloje *Intermills prieš Komisiją* [39] . Jis teigė, kad „nagrinėjama byla yra aiškiai susijusi su kapitalo dotacija sunkumų patiriančiai įmonei, kurią Komisija jau buvo pripažinusi

33 — 2003 m. rugsėjo 11 d. Sprendimo *Altair Chimica* (C-207/01, Rink. p. I-8875) 35 punktas.

34 — 2002 m. vasario 19 d. Sprendimo *Wouters ir kt.* (C-309/99, Rink. p. I-1577) 57 punktas.

35 — Ji nurodo 26 išnašoje minėto Sprendimo *Ispanija prieš Komisiją* 46 punktą ir 1999 m. birželio 29 d. Sprendimą *DM Transport* (C-256/97, Rink. p. I-3913).

36 — Šiuo klausimu žr. 26 išnašoje minėto Sprendimo *Ispanija prieš Komisiją* 46 punktą ir 35 išnašoje minėto Sprendimo *DM Transport* 24 punktą. Taip pat žr. 2004 m. balandžio 1 d. generalinio advokato L. M. Poiares Pessoa Maduro išvados, pateiktos byloje *Ispanija prieš Komisiją* (C-276/02, Rink. p. I-8091), 24 ir 25 punktus ir 2002 m. liepos 11 d. Sprendimą *HAMSA prieš Komisiją* (T-152/99, Rink. p. II-3049), kuriame įmonės skolos valstybei kapitalizavimas buvo įvertintas remiantis rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principu, tačiau Bendrasis Teismas nurodė, kad tinkamas palyginimas buvo privataus kreditoriaus požiūris.

37 — Žr. 2005 m. spalio 20 d. Komisijos sprendimo 2006/900/EB dėl valstybės pagalbos Suomijai suteikus investicinę pagalbą bendrovei „Componenta Oyj“ (OL L 353, 2006, p. 36) 26 konstatuojamąją dalį (neturėtų būti nesuderintų miesto, kaip viešosios institucijos, ir miesto, kaip verslo įmonės savininko, vaidmenų) ir 2008 m. balandžio 30 d. Komisijos sprendimą dėl valstybės pagalbos C 56/06 (ex NN 77/06), kurią Austrija suteikė *Bank Burgenland* privatizuoti (OL L 239, 2008, p. 32): Komisija atmetė Austrijos argumentą, nurodžiusi, kad negalima painioti, viena vertus, įsipareigojimų pagal viešąją teisę ir, antra vertus, valstybės, veikiančios kaip investuotojas, veiksmų vertinimo, tačiau pažymėjo, kad padėtis galbūt būtų kitokia, jeigu valstybė būtų suteikusi tokio pat pobūdžio garantiją *privatinės teisės reglamentuojama garantijos sutartimi*.

38 — Atitinkamai 1986 m. liepos 10 d. Sprendimas *Belgija prieš Komisiją* (234/84, Rink. p. 2263) ir 1986 m. liepos 10 d. Sprendimas *Belgija prieš Komisiją* (40/85, Rink. p. 2321).

39 — 1984 m. liepos 11 d. išvada byloje *Intermills prieš Komisiją* (323/82, Rink. p. 3809; žr. p. 3842).

pagalba [pagal] 92 straipsnį <...> Be to, <...> dabartinis dalyvavimas *Intermills* grupės įmonių kapitale iš esmės skirtas padengti nuostoliams. Nėra jokių abejonių, kad toks labai plataus masto nuostolių padengimas, kuris dirbtinai leidžia įmonei tęsti veiklą, taip pat turi būti laikomas pagalba [pagal] 92straipsnį, visų pirma dėl to, kad iš nuolatinio kapitalo dotacijų pobūdžio ir tos aplinkybės, kad praėjus net ketveriems metams nuo pagalbos suteikimo vis dar veikiančios gamyklos nėra pelningos, galima daryti išvadą, jog kapitalo nebuvo galima įgyti privačioje kapitalo rinkoje“.

91. Manau, jog aišku, – kaip bandau įrodyti šioje išvadoje, – kodėl yra pagrįsta, kad tiek Komisija, tiek Teisingumo Teismas visuomet tvirtai siekia išlaikyti aiškų skirtumą tarp valstybės viešosios valdžios funkcijų įgyvendinimo ir jos, kaip akcininkės, vaidmens, kad net tais atvejais, kai priemonė, priimta įgyvendinant viešosios valdžios funkcijas, turi beveik tokį patį poveikį kaip priemonė, kurią galbūt galėjo priimti valstybė, veikianti kaip investuotoja, į jį vis tiek turi būti neatsižvelgiama vertinant tvirtinimus, kad valstybė veikė kaip rinkos investuotoja [40].

92. Mano nuomone, skundžiamame sprendime Bendrasis Teismas nesilaikė Teisingumo Teismo kruopščiai nustatyto skirtumo tarp *acta iure gestionis* ir *acta iure imperii* [41]. Manau, kad dėl Bendrojo Teismo požiūrio iš esmės galėtų atsirasti teisinis netikrumas ir neskaidrumas, taip pat jis reikštų (mokesčių) lengvatas valstybės įmonėms. Dar pridurčiau, kad paskutinė iš minėtųjų galimybių galėtų turėti ypač neigiamą poveikį daugeliui sektorių, kurie pastaruoju metu buvo liberalizuoti ar kurių liberalizavimas vis dar vyksta.

93. Kalbant konkrečiai, skundžiamame sprendime išdėstytas Bendrojo Teismo požiūris prieštarauja ES teisėje nustatytam skaidrumo reikalavimui. Pavyzdžiui, Teisingumo Teismas nusprendė, kad „tokia neiškraipytos konkurencijos sistema, kaip numatytoji Sutartyje, gali būti užtikrinta tik jei įvairiems ūkio subjektams bus sudarytos vienodos galimybės“. Remdamasis tuo Teisingumo Teismas padarė išvadą, jog „*veiksmingos konkurencijos ir skaidrumo užtikrinimas* reikalauja, kad technines specifikacijas parengtų, jų taikymą prižiūrėtų ir tipinį patvirtinimą suteiktų įstaiga, nepriklausoma nuo valstybės ir privačių įmonių, siūlančių konkuruojančias prekes ir (arba) paslaugas telekomunikacijų sektoriuje“ [42]. Mano nuomone, neabejotina, kad skaidrumui tenka taip pat labai svarbus vaidmuo ES valstybės pagalbos srityje.

94. Šiuo atžvilgiu būtų tinkama remtis Sprendimu *Altmark* [43]. Jei taikytume šiame sprendime patvirtintus principus, tam, kad kompensacija už įpareigojimus teikti viešąsias paslaugas nebūtų laikoma valstybės pagalba, įmonė gavėja turi, be kita ko, iš tikrųjų turėti pareigą teikti tokias paslaugas ir ši pareiga turi būti „aiškiai apibrėžta“. Be to, „kriterijai, kuriais remiantis apskaičiuojama kompensacija, turi būti *objektyviai ir skaidriai nustatyti iš anksto*“ (išskirta mano). Vertinant pagal Sprendime *Altmark* išdėstytą ketvirtąją sąlygą taip pat svarbu, kad įmonė, kuriai pavesta teikti paslaugas, būtų pasirinkta pagal viešųjų pirkimų procedūrą.

95. Mano nuomone, akivaizdu, kad skundžiamu sprendimu praktiškai kvestionuojami tam tikri Sprendime *Altmark* įtvirtinti kriterijai. Naudodamas preskripcijos metodą Teisingumo Teismas Sprendime *Altmark* siekė panaikinti bet kokią galimybę valstybėms narėms užsiimti manipuliacijomis (šiuo atžvilgiu taip pat žr. šios išvados 71 punktą) ir suteikti skaidrumo bei aiškumo valstybių narių veiklai rinkoje.

96. Manau, kad nagrinėjamoje byloje reikia laikytis tokio paties požiūrio. Todėl Komisija buvo teisi, kai ginčijamame sprendime principingai laikėsi pozicijos, kad turi būti aiškiai atskirtas valstybės, kaip viešosios valdžios institucijos, ir valstybės, kaip akcininkės, vaidmuo. Taip pat manau, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas neturėtų būti taikomas, jei įvairūs ūkio subjektai neturi vienodų

40 — Žr. N. Khan ir K.-D. Borchardt „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, p. 115.

41 — *Acta iure gestionis*, nes susijusia priemone buvo siekiama „normalizuoti“ įmonės sąskaitas, nagrinėjamu atveju – EDF balansą (žr. šios išvados 6 punktą), o *acta iure imperii*, nes dėl EDF balanso pertvarkymo Prancūzijos valdžios institucijos „nusprendė ir apie jį EDF pranešė“ remdamosi šiuo tikslu priimtu įstatymu (žr. šios išvados 6–8 punktus).

42 — Išskirta mano. Žr. 1995 m. lapkričio 9 d. Sprendimo *Tranchant* (C-91/94, Rink. p. I-3911) 18 punktą ir jame nurodytą teismo praktiką.

43 — 17 išnašoje minėto Sprendimo *Altmark* 89, 90 ir 93 punktai.

sąlygų ir nėra užtikrinta lygybė mokesčių atžvilgiu. Nereikėtų pamiršti, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo loginis pagrindas yra būtent siekis išvengti skirtingo valstybės ir privačių įmonių vertinimo ir taip užtikrinti tinkamą valstybės pagalbai skirtų Sutarties nuostatų taikymą. Tačiau, kaip jau nurodyta, skundžiamame sprendime Bendrasis Teismas nukrypo nuo šios lygybės, taigi ir nuo pačios rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo prasmės.

97. Todėl antrojo apeliacinio skundo pagrindo pirmą dalį reikia pripažinti pagrįsta.

2. Antrojo apeliacinio skundo pagrindo antra dalis: Bendrasis Teismas turėjo įvertinti, ar tokių veiksmų kaip Prancūzija galėjo imtis privatus subjektas, neturintis jokių privilegijų

98. Komisija, *Iberdrola* ir Priežiūros institucija iš esmės kaltina Bendrąjį Teismą, kad jis savo analizėje nelygino atsargaus privataus subjekto, neturinčio jokių privilegijų, elgesio panašiomis aplinkybėmis ir Prancūzijos valstybės, veikiančios kaip viešosios valdžios įgaliojimus vykdančio subjekto, faktinio elgesio. EDF ir Prancūzijos vyriausybė tvirtina, kad antrojo apeliacinio skundo pagrindo antrą dalį reikia atmesti.

99. Vis dėlto, priešingai EDF argumentams, kad Bendrasis Teismas vertino valstybės veiksmus, kuriuos ji iš tiesų atliko, manau, kad Bendrojo Teismo vertinimas faktiškai grindžiamas veiksmais, kuriuos Prancūzija „galėjo“ atlikti, jei būtų veikusi kitaip. Bendrasis Teismas išanalizavo veiksmus, kurių valstybė galėjo imtis pagal „ilgąjį planą“. Tai veiksmai, kuriais visų pirma prie EDF kapitalo būtų buvusi priskirta grynoji suma po pelno mokesčio sumokėjimo, tuomet pareikalauta iš EDF sumokėti grynųjų aktyvų pasikeitimą atitinkantį mokestį ir galiausiai suteikta papildoma kapitalo dotacija, lygi sumokėtų mokesčių dydžiui.

100. Šiuo atžvilgiu Komisija teisingai nurodo, kad pagal „ilgąjį planą“ valstybės biudžetas, kuris yra atidžiai kontroliuojamas, būtų užtikrinęs skaidrumą, kurio trūkumas būtent yra svarbiausias nagrinėjamos bylos aspektas. Pagal faktiškai nagrinėjamu atveju taikytą planą dėl šių lėšų buvo visiškai nesilaikyta biudžetinės drausmės, nepaisyta lygybės mokesčių atžvilgiu principo ir EDF buvo taikoma išskirtinė tvarka, neužtikrinanti jokio skaidrumo.

101. Kaip teigia *Iberdrola*, tvirtinimas, kad nėra skirtumo, ar apmokestinama suma tiesiogiai priskiriama (visiškai neskaidriai) valstybės įmonės kapitalui, ar šia suma papildomas valstybės biudžetas, aiškiai buvo neteisingai suprastas. Jokiu būdu negalima iš anksto daryti išvados, kad kapitalo dotacija, kuriai Bendrasis Teismas prilygino aptariamą atleidimą nuo mokesčių, būtų iš tikrųjų atlikta, jei Prancūzija pirmiausia būtų surinkusi mokesčius, siekdama, kad ši suma būtų sumokėta į jos biudžetą, ir paskui pagal taikytiną tvarką siektų investuoti į EDF sumą, atitinkančią gautų mokesčių sumą.

102. Bet kuriuo atveju iš teismo praktikos matyti, kad priemonės kvalifikavimas kaip valstybės pagalbos nepriklauso nuo priemonių, kurios „galėjo būti“ priimtos kitu atveju. Tai priklauso nuo objektyvių priemonės, kurią valstybė narė realiai įgyvendino, požymių [44].

103. Be to, Sprendime *BNP Paribas ir BNL prieš* Komisiją [45] Bendrasis Teismas teisingai nusprendė, kad „Komisija, nagrinėdama šią tvarką nuostatų dėl valstybės pagalbos atžvilgiu, privalo ne analizuoti subjektyvius pasirinkimus, kuriuos galėjo padaryti šią tvarką taikančios įmonės, jei jos nebūtų, bet išnagrinėti šią tvarką tam, kad nustatytų, ar ja iš tikrųjų suteikiamas ekonominis pranašumas, palyginti su apmokestinimu, kurio išimtis ji yra ir kuris paprastai būtų taikomas nesant šios tvarkos <...> Išvada, pagal kurią nesant ginčijamos <...> tvarkos atitinkamos įmonės veikiausiai nebūtų perleidusios savo turto, esant tokiam objektyviam vertinimui yra nesvarbi“.

44 — 2005 m. gruodžio 15 d. Sprendimo *Unicredito Italiano* (C-148/04, Rink. p. I-11137) 114 punktas.

45 — 2010 m. liepos 1 d. Sprendimo *BNP Paribas ir BNL prieš Komisiją* (T-335/08, Rink. p. II-3323) 169 punktas.

104. Reikia pažymėti, kad nagrinėjamoje byloje Bendrojo Teismo požiūris reikalauja, kad Komisija atliktų „bendrą“ analizę, t. y. viena vertus, pajamų iš mokesčių praradimo dėl EDF atleidimo nuo mokesčių ir, kita vertus, valstybės, veikiančios kaip akcininkė, vėliau suteiktos tariamos kapitalo dotacijos analizę. Pakanka nurodyti, kad toks požiūris reiškia prielaidą, jog tarp pajamų iš mokesčių ir tariamos kapitalo dotacijos buvo tiesioginės paskirties ryšys. Tačiau dabar aišku, kad jei mokesčiai būtų buvę renkami, jie būtų įplaukę į bendrąjį valstybės biudžetą be jokios konkrečios paskirties.

105. Remiantis Teisingumo Teismo praktika bendras mokesčio, kaip priemonės finansavimo būdo, įvertinimas atliekamas tik tuomet, kai jo negalima atsieti nuo pagalbos, o taip yra tais atvejais, kai tam tikros pajamos specialiai „skiriamos“ konkrečiam naudojimui. Iš tikrųjų „tam, kad mokestį būtų galima laikyti sudėtine pagalbos priemonės dalimi, atitinkamais nacionalinės teisės aktai turi būti nustatytas privalomas mokesčio ir pagalbos tarpusavio ryšys: pagalba privalomai finansuojama pajamomis iš mokesčio ir pajamos daro tiesioginę įtaką pagalbos dydžiui“ [46].

106. Be to, atsakymas į klausimą, ar Prancūzija racionaliai pasielgė, kai priėmė šioje byloje svarstomą priemonę, paprasčiausiai nėra svarbus. Tai nėra rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo tikslas. Iš Teisingumo Teismo praktikos matyti, kad jis skirtas valstybės įmonės padėtį palyginti su privačios įmonės padėtimi, bet ne palyginti valstybės išlaidas atliekant dvi skirtingas operacijas.

107. Šiuo atžvilgiu skundžiamo sprendimo 262 punkte nurodyta, kad „kaip kiekvienas skolinį reikalavimą turintis bendrovės savininkas, valstybė gali tokio reikalavimo atsisakyti ir paversti jį tokio paties dydžio kapitalo dalimi. Tokia operacija, kuria bendrovės savininkas padidina jos kapitalą, atsisakęs šios įmonės jam turimo įsiskolinimo, yra kompensacija, kurią apdairus privatus investuotojas gali atlikti ir normaliomis rinkos sąlygomis“. Todėl Teisingumo Teismas per teismo posėdį klausė: jei darytume prielaidą, jog privati įmonė numatė atidėjimus siekdama įvykdyti jos vienintelio akcininko skolinius reikalavimus, o šis akcininkas nusprendžia atsisakyti savo reikalavimo ir juo padidinti įmonės kapitalą, ar tokia operacija būtų apmokestinta pagal Prancūzijos Bendrojo mokesčių kodekso 38 straipsnio 2 dalį? Komisija atsakė, jog neginčijama, kad kapitalo didinimo suma niekada nebūtų tokia pati, nes privatus subjektas niekada negalėtų atgauti mokesčių sumos (jis turėtų sumokėti mokesčius ir negalėtų jų konvertuoti į kapitalą), o nagrinėjamu atveju Prancūzija galėjo iš naujo investuoti tokią pačią sumą.

108. Taigi akivaizdu, kad Bendrasis Teismas, viena vertus, nagrinėjo Prancūzijos veiksmus, kurių ši valstybė „galėjo imtis“, t. y. ilgąjį planą (o ne faktinius veiksmus, kurių ėmėsi valstybė), ir, kita vertus, neapibrėžė referencinio privataus subjekto, kuris galėjo egzistuoti rinkoje.

109. Vis dėlto dabar jau aišku, kad pagal nusistovėjusią teismo praktiką valstybės ar viešosios valdžios institucijų kapitalo dotacija negali būti laikoma valstybės pagalba, jei privatus investuotojas, veikiantis įprastomis rinkos sąlygomis, būtų atlikęs tokią investiciją [47]. Šiuo atžvilgiu reikia įvertinti, ar panašiomis aplinkybėmis privatus investuotojas, kuris dėl savo dydžio gali būti lyginamas su viešąjį sektorių valdančiomis įstaigomis, būtų investavęs tokio paties dydžio kapitalą [48].

110. Remiantis anksčiau pateiktais argumentais, šioje byloje reikia konstatuoti, kad privati įmonė nebūtų galėjusi atidėjimais sukauptas lėšas konvertuoti į kapitalą prieš tai nesumokėjusi pelno mokesčio. Todėl privatus investuotojas nebeturėtų visos apmokestinamosios sumos ir dėl to negalėtų vėliau panaudoti tariamam kapitalo padidinimui tokios sumos, kokią Prancūzija, naudodamasi savo išimtiniais įgaliojimais, galėjo „investuoti“.

46 — 2008 m. liepos 17 d. Sprendimo *Essent Netwerk Noord ir kt.* (C-206/06, Rink. p. I-5497) 89 ir 90 punktai ir juose nurodyta teismo praktika.

47 — Žr., be kita ko, 1991 m. kovo 21 d. Sprendimo *Italija prieš Komisiją* (C-303/88, Rink. p. I-1433; toliau – Sprendimas *ENI-Lanerossi*) 20–24 punktus; 1991 m. kovo 21 d. Sprendimo *Italija prieš Komisiją* (C-305/89, Rink. p. I-1603; toliau – Sprendimas *Alfa Romeo*) 19 ir 20 punktus ir 2003 m. gegužės 9 d. Sprendimo *Italija ir SIM 2 Multimedia prieš Komisiją* (sujungtos bylos C-328/99 ir C-399/00, Rink. p. I-4035) 38 punktą.

48 — Žr. 47 išnašoje minėto Sprendimo *Alfa Romeo* 19 punktą; 2000 m. birželio 29 d. Sprendimo *DSG prieš Komisiją* (T-234/95, Rink. p. II-2603) 119 punktą; 2000 m. gruodžio 12 d. Sprendimo *Alitalia prieš Komisiją* (T-296/97, Rink. p. II-3871) 96 punktą ir 32 išnašoje minėto Sprendimo *Westdeutsche Landesbank* 245 punktą.

111. Šiuo atžvilgiu tiktų pasiremti Teisingumo Teismo sprendimu *Chronopost I* [49], nes, mano nuomone, Teisingumo Teismas šioje byloje nusprendė taip, kaip reikėtų nuspręsti nagrinėjamoje byloje. Šiame sprendime Teisingumo Teismas laikėsi nuomonės, kad nėra tinkama *La Poste* padėties lyginti su privataus investuotojo padėtimi.

112. Be kita ko, minėtoje byloje Bendrasis Teismas taip pat pritarė rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymui, bet paskui Teisingumo Teismas jį pripažino netaikytinu. Tai buvo būtina, nes *La Poste* padėtis buvo labai ypatinga: tam, kad galėtų teikti bendros ekonominės svarbos paslaugas, ji turėjo išlaikyti pašto skyrių tinklą, o privatus investuotojas, veikiantis ne rezervuotame sektoriuje, niekada negalėtų būti tokioje pačioje padėtyje.

113. Todėl iš Sprendimo *Chronopost I* išplaukia, kad tais atvejais, kai viešasis subjektas yra tokioje padėtyje, kurioje privatus subjektas iš principo negali būti, nėra nieko, ką būtų galima lyginti. Mano nuomone, byloje *Chronopost I* buvo sprendžiamas kompensacijos dydžio už viešąsias paslaugas nustatymo klausimas ir ji nebuvo tiesiogiai susijusi su rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principu. Vis dėlto šis sprendimas yra svarbus nagrinėjamai bylai ir jį reikėtų taikyti pagal analogiją.

114. Todėl manau, kad Bendrasis Teismas neteisingai taikė šią teismo praktiką, kai, remdamasis Sprendimo *Chronopost I* 38 punktu, skundžiamojo sprendimo 278 punkte nusprendė, jog „tai, kad nėra privataus investuotojo, nepanaikina būtinybės išnagrinėti operaciją, atsižvelgiant į „normalias rinkos sąlygas“, kurios visada yra hipotetinės ir turi būti vertinamos pagal prieinamus objektyvius ir patikrinamus duomenis“.

115. Būtų tikslinga pirmiausia susipažinti su generalinio advokato A. Tizzano išvada, pateikta byloje *Chronopost I*, kuriai pritarė Teisingumo Teismas. Šios išvados 47 punkte generalinis advokatas paaiškina, kad „normaliomis rinkos sąlygomis“ privati įmonė, kuri neturi įpareigojimo išlaikyti viešojo pašto tinklą, panašų į tą, kurį siekiant užtikrinti universaliųjų pašto paslaugų teikimą valdė *La Poste* <...>, neturėtų tokio pašto tinklo ir todėl negalėtų vienai iš savo dukterinių bendrovių suteikti tokią logistinę pagalbą, kaip antai nagrinėjama šioje byloje. <...> prašydamas Komisijos nustatyti, kokios kompensacijos už tokią pagalbą galėjo reikalauti hipotetinė privati kontroliuojanti bendrovė <...>, kuriai nereikėjo teikti universaliųjų pašto paslaugų ir dėl to ji neturėjo galimybės veikti rezervuotame sektoriuje, [Bendrasis Teismas] padarė klaidą aiškindamas EB 87 straipsnį, nes, siekdamas nustatyti valstybės pagalbos egzistavimo faktą, jis svarbiausiu vertinimo kriterijumi laikė privatų subjektą, kuris iš tikrųjų „normaliomis rinkos sąlygomis“ neegzistuoja“. Išvados 45 punkte generalinis advokatas daro išvadą, jog „[Bendrasis Teismas] <...> reikalavo, kad Komisija taikytų kriterijų, kuris buvo akivaizdžiai nerealus ir dėl to netinkamas siekiant nustatyti, ar panašiu atveju buvo valstybės pagalba pagal EB 87 straipsnį“.

116. Akivaizdu, kad byloje *Chronopost I* rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas nebuvo reikšmingas. Teisingumo Teismas pritarė šiai analizei ir būtent todėl nusprendė, kad Bendrasis Teismas padarė klaidą, ir atsisakė tokiu atveju taikyti rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą. To sprendimo 33 punkte Teisingumo Teismas konstatavo, kad „[rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principu grindžiamame Bendrojo Teismo] vertinime, kuriame neatsižvelgta į tai, kad tokia bendrovė, kokia yra *La Poste*, atsidūrė labai skirtingoje padėtyje nei normaliomis rinkos sąlygomis veikianti privati bendrovė, buvo padaryta teisės klaida“.

117. Dėl šios priežasties Teisingumo Teismo požiūris minėtoje byloje yra tam tikra prasme susijęs su ta pačia problema, kuri yra esminė šiame apeliaciniame procese, t. y. būtinybe rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo netaikyti toms situacijoms, kai nėra realaus privataus subjekto, su kurio elgesiu būtų galima palyginti valstybės elgesį.

49 — Minėtas 20 išnašoje.

118. Dėl šios priežasties negalima pritarti skundžiamame sprendime nurodytam kriterijui, kiek jis pagrįstas fikcijų, darančių poveikį faktiniam valstybės ir įprasto privataus investuotojo elgesiui, visuma. Abu palyginimo elementai, t. y. viena vertus, valstybės elgesys ir, kita vertus, privataus investuotojo elgesys, yra pakeisti tiek, kad tai, ką tenka nagrinėti, nebėra faktinio valstybės elgesio ir realaus rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio privataus subjekto elgesio palyginimas.

119. Tai reiškia, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas, kaip jį išdėstė Bendrasis Teismas, nebeturi prasmės. Atsižvelgiant į tai, kaip šį principą taikė Bendrasis Teismas, „įprastos“ rinkos sąlygos nebėra vertinamos remiantis faktiniais duomenimis, kurie referencinį privatų investuotoją apibūdintų kaip prilygstantį įprastam investuotojui rinkoje (kurio Bendrasis Teismas neapibrėžė); jos taip pat vertinamos ne atsižvelgiant į priemones, kurios naudotos kapitalui suteikti, bet remiantis visiškai hipotetiniu svarstymu. Priešingai, rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas aiškiai reikalauja patikrinti, ar privatus investuotojas būtų atlikęs nagrinėjamą investiciją tokiomis pačiomis sąlygomis. Kaip pažymėjo Komisija, skirtingos investicijos gali lemti skirtingas išlaidas ir skirtingas rentabilumo perspektyvas.

120. Galiausiai pagal skundžiamo sprendimo 249 punktą „Komisija turėtų patikrinti, ar, neatsižvelgiant į valstybės veiksmų formą padidinant EDF kapitalą ir mokestinių išteklių panaudojimą šiam tikslui, privatus investuotojas būtų investavęs panašią sumą panašiomis aplinkybėmis, [kad paskui galėtų] patikrinti šios investicijos ekonominį pagrįstumą ir jį palyginti su veiksmais, kurių būtų ėmęsis toks investuotojas dėl tos pačios įmonės tokiomis pat aplinkybėmis“.

121. Iš tiesų pritardama Bendrojo Teismo analizei EDF iš esmės tvirtina, kad visus valstybės veiksmus reikia vertinti atsižvelgiant į rentabilumą [50].

122. Vis dėlto, kaip pažymėjo *Iberdrola*, jei būtų atsižvelgiama tik į ekonominį valstybės investicijų pagrįstumą, valstybės įmonės galėtų įgyti pranašumų remiantis jų savininko statusu, nes valstybė investuotoja yra iš esmės kitokioje padėtyje nei privatus investuotojas. Vadovaujantis tokia analize, valstybės įmonės galiausiai galėtų būti visiškai atleistos nuo mokesčių.

123. Kaip Bendrasis Teismas pagrįstai konstatavo Sprendime *Westdeutsche Landesbank* [51], šiuo atžvilgiu taikant rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą nepakanka palyginti grąžą, kurią *Land* gauna iš ginčijamo sandorio, su grąža, kurią ji gaudavo iš *Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* turto iki šio sandorio, nes šiam turtui netaikytinas privataus investuotojo kriterijus. Reikėjo palyginti grąžą, kurią *Land* gavo dėl ginčijamo sandorio, su grąža, kurios hipotetinis privatus investuotojas pareikalautų iš tokio sandorio [52]. Tai, kad ginčijamas sandoris, vertinant *Land* požiūriu, yra pagrįstas, neužkerta galimybės taikyti su valstybės pagalba susijusią ES teisę. Tai nepanaikina būtinybės sužinoti, ar šis sandoris sustiprina *Westdeutsche Landesbank* poziciją ir suteikia jam pranašumą, kurio nebūtų įgijęs įprastomis rinkos sąlygomis.

124. Jeigu būtų laikomasi Bendrojo Teismo požiūrio, valstybės narės galėtų imtis veiksmų remdamosi ekonominio pagrįstumo kriterijais tais atvejais, kai naudojasi viešosios valdžios įgaliojimais. Pavyzdžiui, nagrinėjamoje byloje Prancūzijos Respublika galėtų pasinaudoti mokestine kompetencija sudarydama palankesnę padėtį EDF tik jei operacija, vertinama bendrai, galėtų būti laikoma pagrįstu pelno siekiančio subjekto elgesiu.

125. Vis dėlto būtent tokio pobūdžio bendrą pagrįstumo vertinimą Teisingumo Teismas kritikavo sprendimuose *Hytasa* ir *Gröditzer* [53]. Kaip nurodė *Iberdrola*, šios bylos buvo susijusios su klausimu, ar Vokietija ir Ispanija galėjo pasinaudoti atitinkamo pobūdžio priemonėmis (iš esmės – kapitalo padidinimu), kai vykdė joms, kaip viešosios valdžios institucijoms, tenkančias prievoles, susijusias su

50 — Ji nurodo 38 išnašoje minėto Sprendimo *Belgija prieš Komisiją* (234/84) 14 punktą ir 47 išnašoje minėto Sprendimo *Italija ir SIM 2 Multimedia prieš Komisiją* 38 punktą.

51 — 32 išnašoje minėto Sprendimo *Westdeutsche Landesbank* 313–315 punktai.

52 — Šiuo klausimu žr. 35 išnašoje minėto Sprendimo *DM Transport* 25 punktą.

53 — Atitinkamai 27 išnašoje minėto Sprendimo *Hytasa* 22 punktas ir 28 išnašoje minėto Sprendimo *Gröditzer* 134 punktas.

pagalbą gaunančios įmonės likvidavimu, pavyzdžiui, prievolę išmokėti tam tikras nedarbo išmokas. Teisingumo Teismas kritikavo tokį pagrįstumo tikrinimo būdą, nes jis buvo susijęs su viešosios valdžios įgaliojimų įgyvendinimu. Jis pabrėžė nesuderinamumą tarp, viena vertus, pagrįstumo vertinimo, kuris būdingas rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančiam investuotojui, ir, kita vertus, atsižvelgimo į naudą ir sąnaudas, kylančias dėl valstybei būdingų įgaliojimų ir prievolių.

126. Šiuo atžvilgiu reikia paminėti, jog, priešingai, nei teigiama skundžiamo sprendimo 256 ir paskesniuose punktuose, ir EDF pateiktiems argumentams, ta aplinkybė, kad sprendimai *Hytasa* ir *Gröditzer* buvo susiję su išimtinėmis valstybės „pareigomis“, o ne, kaip nagrinėjamoje byloje, su jos galiomis, neturi įtakos tam, kad prievolės, taip pat ir teisės, kurias valstybė gali turėti kaip viešosios valdžios institucija, niekada negali būti vertinamos kartu su valstybės pareigomis ir teisėmis, kurias ji turi kaip investuotoja.

127. Todėl, kaip matyti iš skundžiamojo sprendimo 258 punkto, Bendrasis Teismas gali padaryti tokią teisės klaidą tik jei dar kartą teikia pirmenybę tariamiems nagrinėjama priemone siekiamiems tikslams, o ne jai įgyvendinti būtinų teisių nenuginčijamam išskirtinumui. Tačiau Teisingumo Teismas nei Sprendime *Hytasa*, nei Sprendime *Gröditzer* neatsižvelgė į abiejų valstybių narių nurodytus bendrojo rentabilumo tikslus, nes nepripažino jų reikšmės investuotojo logikos požiūriu: vien priemonių pobūdžio savaime pakako, kad nebūtų vertinamas šių priemonių pagrįstumas, kuriuo rėmėsi valstybės narės.

128. Galiausiai, kaip nurodė Komisija, Bendrojo Teismo požiūris yra paradoksalus būtent dėl to, kad jis išdėstytas atsižvelgiant į susijusių rinkų liberalizavimą. Kadangi atleidimas nuo mokesčio yra nemažas privalumas nagrinėjamai valstybės įmonei, akivaizdu, kad tokia priemone siekiama išsaugoti jos dominuojančią padėtį, nepaisant rinkos liberalizavimo.

129. Iš visų pateiktų svarstymų matyti, kad antrojo apeliacinio skundo pagrindo antrą dalį reikia pripažinti pagrįsta.

3. Antrojo apeliacinio skundo pagrindo trečia dalis: vienodo požiūrio principas

130. Komisija ir *Iberdrola* iš esmės teigia, kad skundžiamu sprendimu nesilaikyta vienodo požiūrio į valstybės ir privačias įmones principo, o tai valstybei sudarė sąlygas taikyti palankesnį mokestinį vertinimą, įskaitant bendrovėse, kuriose valstybė nėra vienintelė akcininkė. EDF ir Prancūzijos vyriausybė tvirtina, kad antrojo apeliacinio skundo pagrindo trečią dalį reikia atmesti.

131. Priminsiu, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas yra vienodo požiūrio principo išraiška, todėl, kaip pažymėjo Komisija, suteikdamas valstybei teisę atleisti nuo mokesčių įmones, kurių vienintelė akcininkė yra valstybė, tol, kol jos yra pakankamai rentabilios, Bendrasis Teismas šioms įmonėms praktiškai suteikia mokesčių lengvatą.

132. Mano nuomone, tai yra vienodo požiūrio principo pažeidimas ir jis nesuderinamas su rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo tikslu. Akivaizdu, kad principas, kaip jį suvokia Bendrasis Teismas, neišvengiamai sukeltų rimtus konkurencijos tarp valstybės įmonių ir privačių įmonių iškraipymus, todėl tas faktas, kad privačiam investuotojui taip pat turi būti suteikta galimybė naudoti taikytą priemonę, nėra vien simbolinis – tai klausimas, susijęs su pačia rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo esme. Todėl manau, kad principas, kaip jį suvokia Bendrasis Teismas, yra nesuderinamas su EB 295 straipsniu, skaitomu kartu su EB 87 straipsniu. Visų pirma šio principo taikymas iškreiptų logiką, kuria pagrįstas EB 295 straipsnyje įtvirtintas neutralumo principas[54].

133. Jei, anot Bendrojo Teismo, skolos pobūdis yra nereikšmingas, visos finansinės lengvatos, kurias valstybė suteikia įgyvendindama viešosios valdžios įgaliojimus, turėtų būti vertinamos atsižvelgiant į šį principą, o toks požiūris leistų neįtraukti į valstybės pagalbos sąvoką priemonių, kurių privatus investuotojas negali imtis.

54 — Žr. 1982 m. liepos 6 d. Sprendimo *Prancūzija, Italija ir Jungtinė Karalystė prieš Komisiją* (sujungtos bylos 188/80-190/80, Rink. p. 2545) 21 punktą ir 32 išnašoje minėto Sprendimo *Westdeutsche Landesbank* 192–194 punktus.

134. Kaip nurodė *Iberdrola*, principas, kad valstybės, veikiančios kaip akcininkė, veikla turi būti griežtai atskirta nuo veiklos, kurią valstybė vykdo kaip viešosios valdžios subjektas, iš esmės yra identiškas principui, pagrindžiančiam idėją, kuria remdamasis Teisingumo Teismas padarė išvadą, jog dėl to, kad dominuojančią padėtį rinkoje užimanti įmonė tuo pat metu veikė ir kaip specialias teises turintis subjektas, ir kaip ūkio subjektas, kilo interesų konflikto pavojus, dėl kurio buvo pažeisti EB 82 ir 86 straipsniai. Iš tikrųjų Sutartyje numatyta neiškraipyta konkurencija gali būti užtikrinta, tik jeigu atskiri rinkos subjektai turi lygias galimybes [55]. Panašiai Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad valstybės priemonė pažeidžia EB 86 straipsnio 1 dalį ir 82 straipsnį, jei šia priemone ūkio subjektams sudaromos nelygios galimybės ir dėl to iškraipoma konkurencija [56]. Taigi manau, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas neturi leisti valstybės įmonėms vykdyti operacijas palankesnėmis nei privačioms įmonėms taikomos sąlygos ar vykdyti operacijas, kurių privačios įmonės niekada negalėtų atlikti. Nereikėtų pamiršti, kad nagrinėjamoje byloje valstybė taip pat lengvai galėjo imtis veiksmų, panašių į tuos, kuriuos galėjo atlikti privatus investuotojas (žr. šios išvados 77 punktą).

135. Kaip matyti iš visų išdėstytų aplinkybių, manau, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas aiškiai neturi būti taikomas atleidimo nuo mokesčių atvejais.

136. Galiausiai yra priežasčių manyti, kad net jeigu *prima facie* atrodytų, jog Bendrasis Teismas siekė apriboti savo sprendimo taikymą tik toms įmonėms, kurių vienintelė akcininkė yra valstybė, nemanau, kad pagal sprendimą pagrindžiančią logiką būtų galima surasti tokio apribojimo priežastis. Priešingai, kaip pažymėjo Komisija, jei bendrovėje kartu su valstybe yra privačių akcininkų, rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymas būtų dar labiau tikėtinas, nes kitų akcininkų elgesys dažnai gali būti laikomas tinkamu atskaitos tašku.

137. Todėl antrojo apeliacinio skundo pagrindo trečią dalį reikia pripažinti pagrįsta.

4. Antrojo apeliacinio skundo pagrindo ketvirta dalis: įrodinėjimo pareiga

138. Komisija, *Iberdrola* ir Priežiūros institucija teigia, kad Bendrasis Teismas nesilaikė taisyklių, reglamentuojančių įrodinėjimo pareigos paskirstymą, kiek tai susiję su rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymu. EDF ir Prancūzijos vyriausybė tvirtina, kad antrojo apeliacinio skundo pagrindo ketvirtą dalį reikia atmesti.

139. Pirmiausia paminėsiu, kad skundžiamo sprendimo 248, 249 ir 250 punktuose Bendrasis Teismas nurodo, jog Komisija turi pareigą įrodyti, kad nagrinėjama operacija atitiko rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą. Tiesą sakant, skundžiamo sprendimo 278 punkte Bendrasis Teismas netgi priekaištauja Komisijai, kad ji „niekaip neįrodė, jog nėra privataus investuotojo, kurį šioje byloje būtų galima sulyginti su viešuoju investuotoju“. Nors sutinku su EDF, kad Komisija privalo kruopščiai ir nešališkai išnagrinėti bylos medžiagą, manau, jog tai bet kuriuo atveju nereiškia, kad Komisija turėtų atleidimą nuo mokesčio vertinti atsižvelgdama į rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą vien dėl to, kad valstybė narė „paminėjo“ šį principą po 18 mėnesių nuo tyrimo pradžios. Rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymo klausimas visiškai nepriklauso nuo valstybės narės bendradarbiavimo.

140. Akivaizdu, kad Komisija turi nustatyti, ar valstybės narės suteikta finansinė pagalba objektyviai atitinka visas sąlygas, kad ją būtų galima laikyti valstybės pagalba. Vis dėlto tai nekeičia fakto, jog po to, kai Komisija tai įrodo, valstybė turi įrodyti, kad veikė kaip protingas privatus investuotojas. Kaip pažymėjo Priežiūros institucija, rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo taikymas skirtas paneigti išvadą, kad suteikta parama buvo valstybės pagalba. Todėl susijusi valstybė turi pateikti priešingų įrodymų.

55 — Žr. 2008 m. liepos 1 d. Sprendimo *MOTOE* (C-49/07, Rink. p. I-4863) 48 ir paskesnius punktus ir 51 punktą.

56 — Žr. 2003 m. gegužės 22 d. Sprendimo *Connect Austria* (C-462/99, Rink. p. I-5197) 84 punktą.

141. Iš tikrųjų Sprendime *Freistaat Thüringen prieš Komisiją* [57] Bendrasis Teismas iš esmės teisingai konstatavo, kad jei tenkinamos visos valstybės pagalbos egzistavimo sąlygos, valstybė narė „turi pateikti <...> įrodymų, kad nagrinėjamos paramos teikimas atitiko rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio privataus investuotojo elgesį“.

142. Be to, būtų logiška, jog valstybei narei, kuri remiasi šiuo argumentu, tektų pareiga įrodyti, kad įvykdytos rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo sąlygos. Taip pat akivaizdu, kad valstybė narė ir pagalbą gaunanti įmonė yra vienintelės šalys, turinčios ekonominių ir apskaitos duomenų, kurie atskleistų konkrečios investicijos pobūdį ir savybes.

143. Bet kuriuo atveju tai juo labiau taikytina tada, kai valstybės narės elgesys, kuris, jos teigimu, atitinka rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą, nuo pat pradžių atrodė susijęs su valstybės įgaliojimų įgyvendinimu.

144. Iš Teisingumo Teismui pateiktų dokumentų matyti, kad per administracinę procedūrą Prancūzijos valdžios institucijos nepateikė jokių tinkamų ir konkrečių įrodymų, patvirtinančių jų teiginius, kad Prancūzija veikė kaip protingas privatus investuotojas. Iš tikrųjų Prancūzijos valdžios institucijos tik teigė, kad kapitalo dotacija buvo pateisinama atsižvelgiant į jos rentabilumo perspektyvas, bet nepatvirtino to jokiais įrodymais. Todėl, priešingai EDF pateiktiems argumentams, atsižvelgiant į nagrinėjamos bylos aplinkybes ir tai, kad nors įrodinėjimo pareiga tenka valstybei narei, Prancūzijos valdžios institucijos nepateikė jokio konkretaus įrodymo, Komisija turėjo teisę netaikyti rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principo, visų pirma šios bylos aplinkybėmis, kai valstybė įgyvendino savo viešosios valdžios įgaliojimus.

145. Tai reiškia, kad Bendrasis Teismas padarė teisės klaidą, nes nesilaikė taisyklių, reglamentuojančių įrodinėjimo pareigos paskirstymą.

146. Iš tikrųjų, kaip pažymėjo Priežiūros institucija, Bendrajam Teismui perkėlus įrodinėjimo naštą Komisija atsidūrė keblioje padėtyje. Paprastai Komisija negali žinoti tikslių įmonėms suteiktos valstybės pagalbos aplinkybių, jeigu susijusi valstybė jos apie tai neinformuoja. Visus reikšmingus argumentus ir, be kita ko, faktines aplinkybes bei įrodymus, kuriais jie grindžiami, turi pateikti valstybė. Jei Komisija neturi visos reikalingos informacijos, ji turi galėti priimti sprendimą remdamasi turima informacija.

147. Be to, pritariu Komisijai, kad tai, jog nebuvo įrodymų, patvirtinančių, kad nagrinėjamas atleidimas nuo mokesčio turėtų būti laikomas investicija, kurią atlikdama valstybė prieš tai įvertino pelno grąžos perspektyvas, kaip tai būtų padaręs bet kuris privatus investuotojas, parodo kitą teisės klaidą.

148. Iš tikrųjų, kaip Teisingumo Teismas priminė Sprendime *Komisija prieš Scott* [58], „sprendimo dėl valstybės pagalbos teisėtumą [ES] teismas turi vertinti atsižvelgdamas į informaciją, kurią Komisija turi priimdama sprendimą“.

149. Vis dėlto šioje byloje ginčijamo sprendimo priėmimo metu Komisija neturėjo jokių įrodymų, patvirtinančių, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas yra svarbus ar kad šio principo buvo laikomasi. Taigi, priekaištai Komisijai, kad neįvertino atleidimo nuo mokesčio atsižvelgdama į rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principą, prilygtų Komisijos kritikai, kad ji neatsižvelgė į informaciją, kurios nežinojo.

150. Galiausiai reikia pažymėti, kad per administracinę procedūrą Prancūzijos valdžios institucijos nepateikė objektyvių įrodymų pagrįsti savo tvirtinimams, kad rinkos ekonomikos sąlygomis veikiančio investuotojo principas buvo taikomas. Jos nepateikė jokios ataskaitos, ekspertizės ar vidaus tyrimo išvadų, kurios įrodytų, jog buvo atliktas rentabilumo vertinimas. Net Bendrojo Teismo prašymu

57 — 2005 m. spalio 19 d. Sprendimo *Freistaat Thüringen (Vokietija) prieš Komisiją* (T-318/00, Rink. p. II-4179) 180 punktas.

58 — 2010 m. rugsėjo 2 d. Sprendimo *Komisija prieš Scott* (C-290/07 P, Rink. p. I-7763) 91 punktas ir jame nurodyta teismo praktika.

parengta ataskaita buvo parengta tik *a posteriori*: kitaip tariant, Prancūzijos valdžios institucijos neturėjo jokios ataskaitos, kuri būtų parengta iki tariamos investicijos. Remiantis tuo galima daryti išvadą, kad Prancūzija, atrodo, investavo į įmonę 888,89 milijonų eurų prieš tai neatlikusi jokios analizės ar neparengusi *ex ante* verslo plano ir vis tiek tvirtina, kad jos elgesys turėtų būti prilyginamas apdairaus privataus investuotojo, veikiančio rinkos ekonomikos sąlygomis, elgesiui.

151. Taigi, antrojo apeliacinio skundo pagrindo ketvirtą dalį taip pat reikia pripažinti pagrįsta, todėl visas antrasis apeliacinio skundo pagrindas turi būti pripažintas pagrįstu.

5. Panaikinimo pasekmės

152. Pagal Teisingumo Teismo statuto 61 straipsnio pirmą pastraipą, jei Teisingumo Teismas Bendrojo Teismo sprendimą panaikina, jis gali pats paskelbti galutinį sprendimą, jei toje bylos stadijoje tai galima daryti, arba grąžinti bylą Bendrajam Teismui.

153. Šioje byloje Bendrasis Teismas neįvertino visų EDF pateiktų ieškinio pagrindų. Todėl reikia grąžinti bylą nagrinėti Bendrajam Teismui ir atidėti bylinėjimosi apeliaciniame procese išlaidų klausimą.

154. Vis dėlto Teisingumo Teismas gali pats paskelbti galutinį sprendimą, jei toje bylos stadijoje tai galima daryti. Mano nuomone, Teisingumo Teismas dabar turi visą reikiamą informaciją, kad galėtų nuspręsti dėl EDF pirmojoje instancijoje pateikto antrojo pagrindo trečios dalies, kurioje EDF iš esmės tvirtina, jog nagrinėjamos priemonės turėtų būti pripažintos kapitalo dotacija ir nagrinėjamos atsižvelgiant į bendrą valstybės ir EDF finansinių santykių sistemą, o valstybė veikė kaip apdairus privatus investuotojas rinkos ekonomikos sąlygomis. Iš viso to, kas pasakyta šioje išvadoje, matyti, kad šią antrojo pagrindo trečią dalį reikia atmesti.

V – Išvada

155. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui priimti tokį sprendimą:

— Panaikinti 2009 m. gruodžio 15 d. Europos Sąjungos Bendrojo Teismo (trečioji kolegija) sprendimą byloje *EDF prieš Komisiją* (T-156/04) tiek, kiek juo panaikinti 2003 m. gruodžio 16 d. Komisijos sprendimo dėl valstybės pagalbos, skirtos EDF ir elektros bei dujų pramonės sektoriui (C 68/2002, N 504/2003 ir C 25/2003), 3 ir 4 straipsniai.

— Grąžinti bylą iš naujo nagrinėti Bendrajam Teismui.

— Atidėti bylinėjimosi apeliaciniame procese išlaidų klausimą.