Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
JÁNA MAZÁKA
przedstawiona w dniu 20 października 2011 r.[1]

Sprawa C-124/10 P

Komisja Europejska
przeciwko

Électricité de France (EDF) i in.

Odwołanie — Pomoc państwa — Selektywne zwolnienie z podatku połączone z podwyższeniem kapitału zakładowego podczas dokapitalizowania przedsiębiorstwa — Zasada inwestora w gospodarce rynkowej — Państwo działające w charakterze akcjonariusza i państwo sprawujące władzę publiczną

1. Komisja wnosi, aby Trybunał uchylił wyrok[2], mocą którego Sąd Pierwszej Instancji (obecnie „Sąd") stwierdził nieważność art. 3 i 4 decyzji Komisji w sprawie pomocy na rzecz EDF i sektora energetycznego i gazowego[3]. Odwołanie to ma szczególne znaczenie dla prawa UE dotyczącego pomocy państwa. Porusza ono zasadniczą kwestię, która dotyczy zakresu (stosowania) głównego założenia prawa UE dotyczącego pomocy państwa, a mianowicie zasady inwestora w gospodarce rynkowej (zwanej dalej „kryterium inwestora prywatnego"), w sytuacji gdy państwo wykonywało swoje prerogatywy w zakresie sprawowania władzy publicznej. Zasadniczo „kryterium inwestora prywatnego") stanowi logiczny wyraz zasady równego traktowania przedsiębiorstw państwowych i prywatnych wywiedzionej z art. 86 WE i 295 WE.

I – Ramy prawne

2. Artykuł 38 ust. 2 francuskiego powszechnego kodeksu podatkowego stanowi, że „zysk netto jest to różnica pomiędzy wartością aktywów netto w chwili zamknięcia i otwarcia okresu, którego wynik ma stanowić podstawę opodatkowania, pomniejszona o dodatkowe wkłady i powiększona o wypłaty dokonane w tym okresie przez prowadzącego przedsiębiorstwo albo przez wspólników. Aktywa netto stanowią nadwyżkę wartości aktywów nad sumą, na którą składają się po stronie pasywów należności od osób trzecich, amortyzacja i uzasadnione rezerwy".

3. Zgodnie z art. 4 odpowiednio ust. I i II ustawy nr 97-1026[4], urządzenia należące do ogólnej sieci zaopatrującej w energię elektryczną uznaje się za stanowiące własność EDF od chwili udzielenia jej koncesji w odniesieniu do tej sieci oraz na potrzeby stosowania postanowień ust. I; na dzień 1 stycznia 1997 r. wartość netto środków materialnych objętych koncesją ogólnej sieci zaopatrującej w energię elektryczną figurujących w pasywach bilansu EDF zostaje wpisana, po uwzględnieniu odpowiednich różnic rewaloryzacyjnych, pod pozycją „Dotacje kapitałowe".

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie T-156/04 EDF przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4503 (zwany dalej „zaskarżonym wyrokiem").

3 — Decyzja Komisji wydana w dniu 16 grudnia 2003 r. w sprawie pomocy państwa przyznanej przedsiębiorstwu EDF oraz sektorowi elektrycznemu i gazowemu, w formie selektywnego zwolnienia podatkowego w związku z podwyższeniem kapitału zakładowego przy okazji dokapitalizowania przedsiębiorstwa (Pomoc państwa C 68/2002, N 504/2003 i C 25/2003 – Francja) (zwana dalej „zaskarżoną decyzją").

4 — Loi du 10 novembre 1997, portant mesures urgentes à caractère fiscal et financier (ustawa z dnia 10 listopada 1997 r. w sprawie doraźnych środków o charakterze podatkowym i finansowym) (JORF z dnia 11 listopada 1997 r., s. 16387).

II – Okoliczności leżące u podstaw sporu

4. Okoliczności faktyczne, postępowanie administracyjne oraz zaskarżona decyzja opisane są szczegółowo w pkt 9–51 zaskarżonego wyroku. Ograniczę się tutaj do najważniejszych kwestii. EDF wytwarza, przesyła i dystrybuuje energię elektryczną. W analizowanym okresie EDF należała w całości do państwa. Została utworzona ustawą, która znacjonalizowała energetykę i gazownictwo i która ustanowiła zasadę przeniesienia na EDF przejętych przez państwo umów koncesyjnych w dziedzinie energetyki. Różnego rodzaju koncesje dotyczące przesyłu energii udzielane przez państwo zostały w 1958 r. połączone w jedną koncesję nazwaną „réseau d'alimentation générale" (ogólną siecią zaopatrującą, zwaną dalej „RAG").

5. Zastosowanie do EDF wzorcowego planu kont z 1982 r. zawierającego szczególne zasady rachunkowości odnoszące się do koncesji spowodowało zmianę zasad rachunkowości stosowanych do RAG, zmierzającą do uwzględnienia zaleceń sformułowanych przez Conseil national de la comptabilité (krajową radę rachunkowości, zwaną dalej „CNC"). Utworzono indywidualny plan kont dla EDF, a następnie został on zaakceptowany przez zarządzenie międzyministerialne. RAG została wpisana do aktywów bilansu EDF w pozycji zatytułowanej „Środki trwałe objęte koncesją". Utworzono charakterystyczne rezerwy księgowe na odtworzenie środków trwałych objętych koncesją, których celem było umożliwienie EDF, po wygaśnięciu koncesji, zwrotu tego mienia udzielającemu koncesji w należytym stanie.

6. Poniesione przez EDF wydatki związane z odtworzeniem zostały zarejestrowane w bilansie w pozycji zatytułowanej „Równowartość mienia objętego koncesją" (określanej również jako „Prawa udzielającego koncesji"). Pozycja ta reprezentowała dług EDF względem państwa francuskiego, związany z nieodpłatnym zwrotem odtworzonego mienia po wygaśnięciu koncesji. W sprawozdaniu z 1994 r. francuski Cour des Comptes (trybunał obrachunkowy) zwrócił uwagę na niezgodny z prawem charakter ulgi podatkowej, z której skorzystała EDF w następstwie niezgodnego z prawem utworzenia rezerw na odtworzenie RAG. Państwo francuskie podjęło zatem działania mające na celu zmianę struktury bilansu EDF. Umowa o świadczenie usług „Państwo – EDF 1997–2000" zawarta w dniu 8 kwietnia 1997 r. przewidywała normalizację rachunkowości EDF oraz jej stosunków finansowych z państwem w związku z perspektywą otwarcia rynku energii przewidzianą w dyrektywie 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.U 1997, L 27, s. 20).

7. Przed uchwaleniem ustawy nr 97-1026 w bilansie EDF widniały następujące zapisy: (i) po stronie aktywów pozycja zatytułowana „Środki trwałe objęte koncesją" w wysokości 285,7 mld franków francuskich (FRF), w tym około 90 mld FRF z tytułu RAG; (ii) po stronie pasywów pozycja zatytułowana „Rezerwy", w tym około 38,5 mld FRF z tytułu RAG, jak również pozycja „Równowartość mienia objętego koncesją", w której zapisywano dokonywane wydatki związane z odtworzeniem. W pozycji tej widniała kwota 145,2 mld FRF, w tym 18,3 mld z tytułu RAG.

8. Zgodnie z art. 4 ustawy nr 97-1026, zmiana struktury górnej części bilansu EDF została przesądzona i objaśniona w piśmie ministra gospodarki, finansów i przemysłu, sekretarza stanu do spraw budżetu i sekretarza stanu do spraw przemysłu skierowanym do EDF w dniu 22 grudnia 1997 r. (zob. pkt 25 i 26 poniżej).

9. W kontekście postępowania administracyjnego Komisja wydała trzy powiązane decyzje w sprawie EDF, które opublikowane zostały w dniu 16 listopada 2002 r. (Dz.U. C 280, s. 8). Zgodnie z art. 88 ust. 2 WE Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające w sprawie korzyści wynikającej z niezapłacenia przez EDF podatku dochodowego od osób prawnych w odniesieniu do części rezerw księgowych na odtworzenie RAG utworzonych bez opodatkowania. Artykuł 3 zaskarżonej decyzji klasyfikuje fakt niezapłacenia przez EDF w 1997 r. podatku dochodowego od osób prawnych należnego od części utworzonych bez opodatkowania rezerw z tytułu odtworzenia RAG w kwocie 14,119 mld FRF, odpowiadającej wartości praw udzielającego koncesji przeklasyfikowanych na dotacje

kapitałowe, jako pomoc państwa niezgodną z zasadami wspólnego rynku oraz stanowi on, że wartość elementu pomocowego wynosi 888,89 mln EUR. Zgodnie z art. 4 zaskarżonej decyzji, Francja miała podjąć środki w celu odzyskania od EDF pomocy (z odsetkami) w kwocie 1,217 mld EUR i kwota ta rzeczywiście została zwrócona państwu francuskiemu.

III – Zaskarżony wyrok

10. Na poparcie swojej skargi EDF zasadniczo wysunęła trzy zarzuty. Sąd ograniczył swoją ocenę do zarzutu pierwszego oraz pierwszych trzech części zarzutu drugiego, oddalając zarzut pierwszy oraz dwie pierwsze części zarzutu drugiego. Uwzględnił on trzecią część zarzutu drugiego, stwierdzając nieważność art. 3 i 4 zaskarżonej decyzji, w odniesieniu do których EDF zasadniczo utrzymywała, że wdrażając przedmiotowe środki, państwo postępowało tak, jak postępowałby rozważny inwestor prywatny w warunkach gospodarki rynkowej.

11. W pkt 233–237 zaskarżonego wyroku Sąd zasadniczo uznał, że okoliczność, iż interwencja państwa przybiera formę ustawową, nie wystarcza sama w sobie, aby oddalić tezę, że interwencja państwa dotycząca kapitału przedsiębiorstwa służy celowi gospodarczemu, do którego mógłby również dążyć prywatny inwestor. W pkt 243–245 uznał on zasadniczo, że postanowienia art. 4 ustawy nr 97-1026 nie stanowią typowych przepisów podatkowych, lecz przepisy z zakresu rachunkowości mające konsekwencje podatkowe. W pkt 247–250 Sąd uznał zasadniczo, że z uwagi na cel ustawy sam podatkowy charakter wierzytelności państwa francuskiego względem EDF oraz sam fakt skorzystania przez to państwo z drogi ustawowej nie oznaczają, że Komisja ma prawo odmówić zastosowania kryterium inwestora prywatnego.

12. W pkt 251 i 252 zaskarżonego wyroku Sąd orzekł, że nie można wykluczyć, iż wybór formy, w jakiej dokonywana jest inwestycja, może pociągać za sobą różnice w zakresie kosztów zgromadzenia kapitału i jego rentowności, które mogą skłonić do uznania, iż prywatny inwestor w porównywalnych warunkach nie dokonałby takiej inwestycji. Wymaga to jednakże analizy pod względem gospodarczym, z zastosowaniem kryterium inwestora prywatnego, której Komisja w niniejszej sprawie z rozmysłem nie przeprowadziła. W pkt 253 Sąd podsumował, że Komisja nie mogła poprzestać na zbadaniu podatkowych konsekwencji przepisów przyjętych przez Republikę Francuską, nie badając jednocześnie – i ewentualnie nie oddalając w wyniku tego badania – zasadności istoty argumentacji, zgodnie z którą operacja spełniała kryterium inwestora prywatnego.

IV – Ocena

13. W uzasadnieniu odwołania Komisja podnosi dwa zarzuty: (i) Sąd błędnie zinterpretował i wypaczył okoliczności faktyczne leżące u podstaw sporu oraz (ii) Sąd naruszył prawo przy ocenie zakresu stosowania kryterium inwestora prywatnego. Nie zachodzi potrzeba szczegółowego odtwarzania w odrębnym miejscu wszystkich argumentów stron. Aby ułatwić zapoznawanie się z niniejszą opinią, lepiej będzie, gdy argumenty te zawrę w swojej analizie.

A – *Pierwszy zarzut: wypaczenie faktów*

14. Zasadniczo Komisja, Iberdrola i Urząd Nadzoru EFTA (zwany dalej „urzędem”) utrzymują, że wbrew temu, co wynika z zaskarżonego wyroku, Republika Francuska nie dokonała w rzeczywistości konwersji wierzytelności podatkowej na kapitał, ale przyznała po prostu EDF pomoc w formie zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych. Z kolei EDF i rząd francuski twierdzą, że pierwszy zarzut powinien zostać oddalony.

15. Przede wszystkim EDF podnosi, że zarzut pierwszy jest niedopuszczalny, ponieważ zmierza do ponownego zbadania przez Trybunał oceny dokonanej przez Sąd w odniesieniu do zmiany struktury bilansu EDF.

16. Odnośnie do zarzutu dotyczącego wypaczenia dowodów, pragnę podkreślić, że chociaż wyłącznie zadaniem Sądu jest w istocie dokonanie oceny wartości dowodowej przedstawionych przed nim dowodów [5], to jednak Trybunał orzekł, iż zarzut taki jest dopuszczalny [6]. W niniejszej sprawie podniesiony przez EDF zarzut niedopuszczalności zasługuje na oddalenie. Jest oczywiste, że Komisja nie zmierza po prostu do ponownego zbadania oceny dokonanej przez Sąd w odniesieniu do zmiany struktury bilansu EDF. Z uwag oraz dokumentów przedstawionych Trybunałowi wynika raczej, że istnieje realne i rzeczywiste ryzyko, iż Sąd mógł wypaczyć okoliczności faktyczne sprawy oraz popełnić błąd w zakresie oceny tych okoliczności.

17. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dopuszczalne są bowiem zarzuty dotyczące ustaleń faktycznych i ich oceny w zaskarżanym orzeczeniu, jeżeli wnoszący odwołanie podnosi, że Sąd dokonał ustaleń, których niezgodność z faktami wynika z akt sprawy, lub że wypaczył oczywisty sens dowodów, które zostały mu przedstawione [7]. Ocena dowodów należy z pewnością do Sądu i nie podlega kontroli Trybunału, jednak nie dotyczy to sytuacji, gdy Sąd wypaczył dowody w taki sposób, że wywiódł z nich kwestie, których w ogóle nie zawierały, co moim zdaniem ma dokładnie miejsce w niniejszej sprawie [8]. Wypaczenie dowodów [9] (dénaturation) ma miejsce wtedy, gdy sąd, badając istotę sprawy, przekracza swoje kompetencje, dokonując interpretacji dokumentu sformułowanego w sposób jasny i jednoznaczny (takiego jak umowa, testament, sprawozdanie, wyrok lub zagraniczna ustawa) w sposób niezgodny z tym sformułowaniem [10].

18. Z powyższego wynika, że pierwszy zarzut odwołania jest dopuszczalny.

19. Odnosząc się do istoty zarzutu pierwszego, należy stwierdzić, iż Sąd rzeczywiście popełnił błąd w ocenie stanu faktycznego – w szczególności w zakresie, w jakim orzekł, iż Republika Francuska dokonała konwersji wierzytelności podatkowej na kapitał (zob. w szczególności pkkt 258 zaskarżonego wyroku), podczas gdy państwo to w rzeczywistości udzieliło EDF selektywnego zwolnienia z podatku dochodowego od osób prawnych [11].

20. Wbrew argumentom podniesionym przez EDF i jak zostanie wykazane poniżej, wypaczenie faktów jasno wynika z treści dokumentów znajdujących się w dyspozycji Trybunału i wobec tego nie jest konieczne przeprowadzanie nowej, szczegółowej oceny okoliczności faktycznych przez Trybunał.

21. Rząd francuski zmierza do usprawiedliwienia stanowiska Sądu i obstaje przy tym, że konwersja wierzytelności podatkowej na kapitał przedsięwzięta została jako element zmiany struktury bilansu EDF, przy czym jednym z etapów tego procesu było dokapitalizowanie.

22. Nikt nie kwestionuje faktu, że w tym samym czasie następowało dokapitalizowywanie EDF, które jako takie nie zostało uznane za pomoc państwa. Jednakże należy koniecznie zaznaczyć, że za pomoc państwa uznane zostały – możliwe do oddzielenia od procesu dokapitalizowania – jego *skutki podatkowe* (zob. pkt 241 zaskarżonego wyroku). Uważam, że argument rządu francuskiego jest bezzasadny, ponieważ według mnie zwolnienie z długu podatkowego i jego konwersja na dotację kapitałową muszą być wyraźnie traktowane jako dwie odrębne i następujące po sobie operacje. W rzeczywistości rząd francuski w pkt 97 swojej odpowiedzi zdaje się to przyznawać.

5 — Wyrok z dnia 1 czerwca 1994 r. w sprawie C-136/92 P Komisja przeciwko Brazzelli Lualdi i in., Rec. s. I-1981, pkt 66.

6 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 2 marca 1994 r. w sprawie C-53/92 P Hilti przeciwko Komisji, Rec. s. I-667, pkt 42.

7 — Zobacz wyrok z dnia 15 czerwca 2000 r. w sprawie C-237/98 P Dorsch Consult przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. I-4549, pkt 35, 36.

8 — Zobacz opinię rzecznika generalnego G. Tesaura z dnia 5 czerwca 1997 r. w sprawie C-362/95 P Blackspur DIY i in. przeciwko Radzie i Komisji, Rec. s. I-4775, pkt 32.

9 — Zobacz także ww. w przypisie 6 wyrok w sprawie Hilti przeciwko Komisji, pkt 42.

10 — Zobacz opinię rzecznik generalnej E. Sharpston z dnia 14 maja 2009 r. w sprawie C-141/08 P Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-9147, pkt 72.

11 — Zobacz wyrok z dnia 15 marca 1994 r. w sprawie C-387/92 Banco Exterior de España, Rec. s. I-877, pkt 14. Zobacz także wyrok z dnia 19 maja 1999 r. w sprawie C-6/97 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. I-2981, pkt 16.

23. Lektura akt sprawy wyraźnie potwierdza, że nie jest możliwe odnalezienie podstawy opodatkowania w którymkolwiek z tych dokumentów. Nie ma żadnej decyzji określającej wysokość podatku, żadnego śladu należnej wierzytelności podatkowej i żadnej decyzji w przedmiocie przeznaczenia kwoty stanowiącej podstawę opodatkowania na dokapitalizowanie EDF. W rzeczywistości gdyby przyjąć dokonaną przez Sąd interpretację przedstawionych mu dokumentów oraz faktów, należałoby wysnuć wniosek, że przeznaczenie kwoty stanowiącej podstawę opodatkowania wynika po prostu z braku poruszenia tej kwestii w ustawie nr 97-1026 lub w piśmie z dnia 22 grudnia 1997 r.

24. W rzeczywistości Sąd stwierdził w pkt 242 zaskarżonego wyroku, że „wszystkie strony są zgodne co do tego, że od kwoty 14,119 mld FRF przed jej zaksięgowaniem w pozycji »Dotacja kapitałowa« należny był podatek".

25. Z pkt 239–242 zaskarżonego wyroku wynika, że wszystkie środki zmierzające do zmiany struktury bilansu EDF były księgowane w jej bilansie z zamiarem osiągnięcia podwójnego celu: zwiększenia kapitału własnego netto tego przedsiębiorstwa oraz ustabilizowania stosunków finansowych pomiędzy państwem a EDF w oparciu o zasady zbliżone do powszechnie obowiązujących (zob. pkt 31 zaskarżonego wyroku).

26. W szczególności należy zaznaczyć następujące kwestie: (i) mienie składające się na RAG w kwocie 90,325 mld FRF zostało przeklasyfikowane na „mienie własne"; (ii) niewykorzystane rezerwy na odtworzenie RAG zostały zaksięgowane jako niepodzielony zysk i przeklasyfikowane na nierozliczone straty, przez co konto zostało zweryfikowane, a różnica została przeznaczona na kapitał zapasowy (chciałbym dodać, że transakcja ta została opodatkowana) i (iii) „prawa udzielającego koncesji" w kwocie 14,119 mld FRF zostały przypisane bezpośrednio do pozycji dotacji kapitałowych.

27. Istotne znaczenie ma jednak okoliczność, że konwersja kwoty stanowiącej podstawę opodatkowania na kapitał, objęta zwolnieniem udzielonym EDF, nie została w żaden sposób zapisana na kontach przedsiębiorstwa.

28. W rzeczywistości „[…] [w]ładze francuskie przyznają, że operacja ta nie była zgodna z prawem. W skierowanej do Komisji nocie dyrekcji generalnej ds. podatków [francuskiego ministerstwa gospodarki, finansów i przemysłu] z dnia 9 kwietnia 2002 r. władze francuskie wskazują, że »prawa udzielającego koncesji związane z RAG stanowią niesłuszny dług, którego wcielenie w kapitał zwolniło z opodatkowania w sposób nieuzasadniony« oraz że »rezerwa ta winna była być, przed wcieleniem jej w kapitał, przeniesiona z pasywów przedsiębiorstwa, gdzie figurowała niesłusznie, do rachunku netto, powodując w ten sposób dodatnią zmianę aktywów netto, podlegającą opodatkowaniu w myśl art. 38-2« kodeksu podatkowego" (zob. motyw 89 zaskarżonej decyzji).

29. Mimo jednoznacznej opinii wyrażonej przez dyrekcję generalną ds. podatków, żadna wierzytelność podatkowa nie została należycie odnotowania przed wniesieniem na kapitał kwoty stanowiącej „wierzytelność".

30. Wydaje się bowiem, iż w przedmiotowej sprawie nigdy nie istniała „wierzytelność" i nie było nigdy żadnego zwolnienia z długu. Zgodnie z tym, co wskazała Iberdrola, nie było ani żadnej konwersji wierzytelności na kapitał, ani najwidoczniej nie było po stronie władz żadnego zamiaru dokonania takiej konwersji. Wydawałoby się nawet, iż Sąd wziął pod uwagę podjętą przez rząd francuski próbę następczego usprawiedliwienia swoich działań w świetle kryterium inwestora prywatnego. W moim przekonaniu twierdzenia w tej mierze, w szczególności gdy podniesione in tempore suspecto, nie mogą wstecznie przekształcić zwolnienia z podatku w ciąg czynności, które można byłoby uznać za „porównywalne" z konwersją wierzytelności na kapitał.

31. W pkt 282 zaskarżonego wyroku Sąd przyznał, iż nigdy nie istniała żadna wierzytelność lub dług objęty zwolnieniem: „[...] Przed przyjęciem ustawy nr 97-1026 oraz uznaniem EDF za właściciela RAG nie był bowiem należny żaden podatek. Następnie ze względu na to, że Republika Francuska odstąpiła od pobierania podatku, tym bardziej nie był on należny, a w konsekwencji nie mógł być wykazany w bilansie jako zobowiązanie przedsiębiorstwa".

32. Podzielam zdanie Komisji, iż gdyby zaakceptować rekonstrukcję okoliczności faktycznych dokonaną przez Sąd, to należałoby w konsekwencji przyjąć, że miało miejsce domniemane i nieprzejrzyste podwyższenie kapitału, dokonane bez wyraźnej zgody władzy ustawodawczej i wbrew opinii władz podatkowych.

33. W tym względzie pkt 243 zaskarżonego wyroku stanowi centralny punkt rozumowania Sądu. Sąd wydaje się w nim używać argumentu, że celem art. 4 ustawy nr 97-1026 była zmiana struktury bilansu EDF oraz zwiększenie jej funduszy własnych, aby stwierdzić, że „[n]ie są to więc typowe przepisy podatkowe, lecz przepisy z zakresu rachunkowości mające konsekwencje podatkowe, o czym zaświadcza pismo skierowane do EDF [...] w dniu 22 grudnia 1997 r.”.

34. W rzeczywistości pozostała część rozumowania Sądu opiera się na ustaleniu, iż państwo francuskie dokonało inwestycji, a w szczególności, że „dokon[ało] [ono] podwyższenia kapitału [EDF] w drodze umorzenia wierzytelności podatkowej” (zob. pkt 246 zaskarżonego wyroku). Lektura odpowiednich fragmentów zaskarżonego wyroku potwierdza, iż w rzeczywistości jest to kluczowy element rozumowania Sądu oraz że stanowił on dla Sądu zasadniczą kwestię wymagającą rozwiązania w celu wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie trzeciej części drugiego zarzutu EDF.

35. Pogląd ten przewija się bowiem w treści całego wyroku. Wyrażony on został w bardziej lub mniej wyraźny sposób w pkt 248, 249, 250, 252, 253, 258 i 259. Dodatkowo w pkt 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 i 259 zaskarżonego wyroku Sąd nawiązuje do rzekomo realizowanych celów.

36. Najwyraźniej ocena Sądu oparta została na postanowieniach art. 4 ustawy nr 97-1026. Zasadniczo cała argumentacja rządu francuskiego i EDF w znacznej mierze opiera się na postanowieniach tego przepisu. Utrzymują oni, iż z postanowień tych jasno wynika, że Sąd słusznie uznał, że pomoc udzielona w 1997 r. stanowiła dotację kapitałową. Jednakże wbrew tym argumentom uważam, że postanowienia art. 4 ustawy nr 97-1026 nie prowadzą nieuchronnie do wniosku, że pomoc ta była dotacją kapitałową. Ponadto rząd francuski nie wykazał w swoich uwagach, jakoby z charakteru operacji finansowych wypływało, że stanowią one z pewnością dotację kapitałową. Z przedstawionych powyżej rozważań jasno wynika, że argument rządu francuskiego, zgodnie z którym domniemana dotacja kapitałowa dokonana była w „najbardziej przejrzysty” sposób (ponieważ przybrała formę ustawy), trzeba również oddalić.

37. Operacja ta była przejrzysta najwyżej pod względem formy, ale z pewnością nie pod względem treści.

38. Oczywiste jest, że art. 4 ustawy nr 97-1026 określa jedynie konsekwencje księgowe operacji finansowych, których dotyczy. Pozostaje faktem, że nie określa on podatkowych konsekwencji lub implikacji przedmiotowych operacji. W rzeczywistości EDF wydaje się to przyznawać w swojej odpowiedzi na odwołanie. Jak wskazała Komisja, w procesie ustawodawczym odrzucono poprawkę tekstu ustawy z tego względu, iż zmierzała ona do sprecyzowania procesu księgowego, w którym rezerwy odnoszące się do przedmiotowych urządzeń miały zostać przekształcone w fundusze własne [12].

39. Po pierwsze w ustawie nr 97-1026 nie ma nic, co mogłoby sugerować, iż państwo francuskie dokonało operacji polegającej zasadniczo na konwersji wierzytelności podatkowej na kapitał EDF. Po drugie, z raportu komisji finansów zgromadzenia narodowego sporządzonego w toku rozważań nad tekstem ustawy wynika, iż władza ustawodawcza nie zdecydowała się na proces podatkowy polegający na tym, że rezerwy księgowe dotyczące urządzeń należących do sieci zaopatrującej w energię

12 — Zobacz raport *Migaud* sporządzony w imieniu Commission des finances, de l'économie générale et du plan zgromadzenia narodowego, załączony do skargi Komisji, s. 79–81, relacjonujący debatę dotyczącą nowelizacji *De Courson*. W rzeczywistości debata nad tą nowelizacją pokazuje, że główni członkowie komisji (a w szczególności jej przewodniczący i główny sprawozdawca) uznali, iż przepis, który ma być uchwalony, powinien pociągać za sobą zapłatę przez EDF podatku dochodowego od osób prawnych od kwoty rezerwy przekształconej w kapitał.

elektryczną, objęte koncesją ogólnej sieci zaopatrującej w energię elektryczną, miałyby zostać przekształcone w fundusze własne. Co istotne, raport ten potwierdza, że ustawa nie wskazuje żadnych konsekwencji podatkowych przeklasyfikowań księgowych, które miały zostać dokonane w oparciu o jej przepisy.

40. Co się tyczy pisma rządu francuskiego z dnia 22 grudnia 1997 r. skierowanego do EDF, to wydaje się, iż same władze francuskie przeprowadziły wyraźne rozróżnienie między środkami odnoszącymi się do zmiany struktury bilansu EDF (zob. załącznik 1 do tego pisma) a konsekwencjami podatkowymi (zob. załącznik 3 do tego pisma). Zgodnie z tym, co wskazała Komisja, załącznik 1 ukazuje po prostu bezpośrednie przypisanie praw udzielającego koncesji w kwocie 14,119 mld FRF do pozycji dotacje kapitałowe, podczas gdy załącznik 3 usuwa konsekwencje podatkowe tego środka dla EDF. Także i w tym dokumencie nie ma zatem nic, co mogłoby sugerować dokonanie konwersji wierzytelności podatkowej na kapitał.

41. To samo dotyczy pisma władz francuskich z dnia 9 kwietnia 2002 r. skierowanego do Komisji: również w nim nie ma nic, co mogłoby sugerować, iż państwo francuskie dokonało konwersji wierzytelności podatkowej na kapitał.

42. Z akt sprawy znajdujących się w dyspozycji Trybunału wynika, iż dopiero na późniejszym etapie postępowania administracyjnego – nie wcześniej niż w dniu 9 grudnia 2002 r., 18 miesięcy po wszczęciu dochodzenia – w uwagach przesłanych Komisji rząd francuski przedstawił zwolnienie z podatku udzielone EDF jako operację „porównywalną" z „dodatkową dotacją kapitałową" i, co istotne, czyniąc to, władze francuskie nie przedstawiły żadnych obiektywnych dowodów na poparcie takich twierdzeń.

43. Jak słusznie wskazała bowiem Komisja, w uwagach, które w dniu 3 lutego 2005 r. EDF wniosła do Sądu, przedstawiła ona studium zatytułowane „Perspektywa hipotetycznego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej", lecz nawet to studium przeprowadzone zostało wyłącznie ex post i w zamiarze usprawiedliwienia ze skutkiem retroaktywnym ekonomicznej logiki analizowanej transakcji. To znaczy nastąpiła próba przedstawienia tej transakcji jako konwersji wierzytelności na kapitał, czyli zinterpretowania wydarzeń w sposób, który w istocie nie odpowiadała rzeczywistości lub który w ogóle nie był rozważany przez Republikę Francuską w czasie, gdy przedmiotowa zmiana struktury bilansu miała miejsce.

44. Ponadto fakt, że Sąd odbiegł od okoliczności faktycznych sprawy, wypaczając je do tego stopnia, iż ostatecznie wyrokował on w innej sprawie, niż sprawa faktycznie przed nim zawisła, wynika niewątpliwie z pkt 242 zaskarżonego wyroku. W punkcie tym Sąd podkreślił, że wszystkie strony są zgodne co do tego, iż od badanej transakcji należny był podatek. Z kolei w pkt 266–269 Sąd wyraża wątpliwość, czy aby rzeczywiście w takich okolicznościach podatek był należny. Z akt sprawy znajdujących się w dyspozycji Trybunału wynika jednak, że przedmiotowa transakcja – w formie, w której została dokonana – powinna istotnie podlegać opodatkowaniu.

45. Według mnie Sąd nie powinien był uznać za fakt tego, że dotacja kapitałowa dokonana została na skutek zrzeczenia się wierzytelności podatkowej, ponieważ brak było jakichkolwiek obiektywnych dowodów potwierdzających, że transakcja taka rzeczywiście miała miejsce.

46. Skoro zatem nie było takiego obiektywnego dowodu, wniosek Sądu, iż dokonana została dotacja kapitałowa, stanowi ustalenie oparte na wypaczeniu zgromadzonych przed nim dokumentów.

47. Ewentualnie, jak to wskazała Komisja, gdyby ustalenie Sądu interpretować nie jako ustalenie obiektywnej okoliczności faktycznej, ale jako prawną kwalifikację stanu faktycznego opartą na fikcji, to jest domniemanej i nieprzejrzystej konwersji kwoty podatku na kapitał albo na transakcji odpowiadającej takiej konwersji, to taka prawna kwalifikacja stanu faktycznego byłaby wyraźnie błędna, ponieważ czyniłaby nieprawidłowym całość rozumowania Sądu.

48. W końcu w pkt 225 zaskarżonego wyroku słusznie wskazano, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości kryterium inwestora prywatnego nie jest adekwatne wówczas, gdy interwencja państwa nie ma charakteru gospodarczego. Tak jest w przypadku, gdy władze publiczne przekazują przedsiębiorstwu subwencję bezpośrednią, przyznają zwolnienie z podatku lub obniżenie wysokości składek na zabezpieczenie społeczne. Dlatego podzielam zdanie Komisji, iż mogłoby się nawet wydawać, że Sąd zmierza w rzeczywistości do obejścia orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do zakresu stosowania kryterium inwestora prywatnego.

49. Z wszystkich powyższych rozważań wynika, że należy uwzględnić pierwszy zarzut odwołania.

B – *Zarzut drugi: wykładnia art. 87 WE*

1. Pierwsza część zarzutu drugiego: kryteria dokonania rozróżnienia między państwem akcjonariuszem a państwem sprawującym władzę publiczną

50. Komisja, Iberdrola i urząd kwestionują w istocie ocenę dokonaną przez Sąd, zgodnie z którą rozróżnienie między państwem akcjonariuszem a państwem sprawującym władzę publiczną zależy głównie od celu realizowanego przez państwo (jakim jest w niniejszej sprawie dokapitalizowanie EDF), a nie od obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów, zgodnie z wymogami ustanowionymi w orzecznictwie. EDF oraz rząd francuski podnoszą, iż pierwsza część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

51. Przede wszystkim EDF oraz rząd francuski twierdzą zasadniczo, że podstawą drugiego zarzutu odwołania jest rzekome wypaczenie okoliczności faktycznych przez Sąd, będące przedmiotem zarzutu pierwszego. Uważają, że te dwa zarzuty uzupełniają się wzajemnie oraz że pierwszy z nich stanowi w rzeczywistości niezbędną przesłankę drugiego.

52. Jednak moim zdaniem zarzut drugi jest wyraźnie odrębny i niezależny od pierwszego. Jest tak w istocie, mimo że odwołanie dotyczy bez wątpienia art. 3 i 4 zaskarżonej decyzji, odnoszących się do niezapłaconych przez EDF w 1997 r. pewnych kwot podatku dochodowego od osób prawnych. Urząd i Iberdrola prawidłowo wskazały bowiem, iż jeśli zostanie ustalone, że żaden rozsądny i rozważny inwestor nie udostępniłby zasobów kapitałowych przedsiębiorstwu stanowiącemu własność państwową na „warunkach, na których inwestor prywatny, działający zgodnie z normalnymi zasadami gospodarki rynkowej, byłby skłonny udostępnić te środki przedsiębiorstwu prywatnemu”[13], to zasadność art. 3 i 4 zaskarżonej decyzji nie zależy od tego, czy przedmiotowe środki pomocowe miały formę dotacji kapitałowej, czy zwolnienia od podatku.

53. Niewątpliwie istotne ustalenie dokonane w tej części zaskarżonej decyzji przez Komisję odnosiło się do tego, że pomoc finansowa udzielona przez państwo francuskie w 1997 r. stanowiła niezgodną z prawem pomoc państwa.

54. Uważam, że w każdym razie zarzut drugi należy uznać za zasadny. W niniejszej sprawie bezsporna jest bowiem okoliczność, że państwo francuskie wykonywało przysługujące mu prerogatywy władzy publicznej.

55. Odnosząc się do istoty pierwszej części zarzutu drugiego, uważam, że jedną z najistotniejszych kwestii w niniejszym odwołaniu stanowi przypisanie przez Sąd nadrzędnego znaczenia celowi, któremu służą omawiane środki, w połączeniu z faktem, że podejście to nie ma żadnych podstaw w orzecznictwie Trybunału.

13 — Zobacz komunikat Komisji do państw członkowskich: Stosowanie art. 92 i 93 [EWG] oraz art. 5 dyrektywy Komisji 80/723/EWG do przedsiębiorstw w sektorze produkcyjnym (Dz.U. 1993, C 307, s. 3), pkt 11.

56. Zgodnie z konsekwentną wykładnią Trybunału art. 87 ust. 1 WE „nie wprowadza bowiem rozróżnienia pomiędzy interwencjami państwowymi w zależności od ich przyczyn lub celów, ale definiuje te interwencje na podstawie ich skutków” [14]. Charakter celu, jakiemu miał służyć środek zastosowany przez państwo, nie jest ipso facto wystarczający, by uznać, iż pomoc państwa nie miała miejsca. W przeciwnym wypadku do uniknięcia stosowania przepisów traktatu dotyczących pomocy państwa wystarczyłoby, aby państwo członkowskie powołało się na zgodność z prawem celów realizowanych przy użyciu zasobów państwowych [15].

57. W tym miejscu EDF podnosi, iż Sąd nie dokonał oceny badanych środków *wyłącznie* na podstawie ich celu. Według EDF Sąd ocenił te środki z punktu widzenia różnych kryteriów, takich jak ich charakter, przedmiot i cele, a także w świetle wszystkich ich aspektów oraz ogólnego kontekstu.

58. Chociaż można zgodzić się z tym, iż prima facie podstawą stanowiska Sądu nie był wyłącznie realizowany przez państwo cel, to jednak uważniejsza lektura całego zaskarżonego wyroku wykazuje, iż podstawą ustaleń dokonanych przez Sąd w zamiarze stwierdzenia, czy państwo działało jako akcjonariusz, czy jako władza publiczna, był przede wszystkim – jeżeli nie wyłącznie – realizowany cel. Jak wynika z rozważań, które przedstawię poniżej, nie można kwestionować okoliczności, że Sąd w swojej analizie przyznał dominujące znaczenie temu celowi.

59. W pkt 229 zaskarżonego wyroku Sąd orzekł, iż „[a]by ocenić, czy podejmowane przez państwo działania należą do jego uprawnień z zakresu władzy publicznej, czy też wynikają z ciążących na nim obowiązków akcjonariusza, należy je badać nie pod względem ich formy, lecz pod względem ich charakteru, ich przedmiotu oraz zasad, które nimi rządzą, mając jednocześnie na uwadze *cel, jakiemu te działania służą*” (podkreślenie moje).

60. Następnie, w pkt 233, Sąd ponownie podkreślił potrzebę stwierdzenia, czy państwo realizowało „cel gospodarczy”, który mógłby być także celem prywatnego inwestora, po to aby ustalić, czy kryterium inwestora prywatnego znajduje zastosowanie, czy też nie. W pkt 234 i 235 także wspomniano o tym, że realizowany cel jest w tym kontekście istotny. W pkt 236 Sąd uznał, że „należy badać środek nie pod względem samej jego formy, lecz pod względem jego charakteru, przedmiotu i *celu*, jakiemu służy, co wymaga, aby rozważyć go z uwzględnieniem wszystkich jego aspektów, jak również kontekstu, w jaki się wpisuje” (podkreślenie moje). Wreszcie w pkt 237 również nawiązano do celu, jakiemu służą omawiane środki.

61. Następnie w pkt 247 Sąd ponownie stwierdza w sposób stanowczy, że *„z uwagi na cel ustawy nr 97-1026, jakim było dokapitalizowanie EDF*, sam podatkowy charakter wierzytelności [...] oraz sam fakt skorzystania przez […] państwo [francuskie] z drogi ustawowej nie pozwalają Komisji odmówić zbadania, czy prywatny inwestor w podobnych okolicznościach mógłby zdecydować się na podwyższenie kapitału w takiej samej wysokości, a tym samym, czy państwo wniosło kapitał w okolicznościach odpowiadających normalnym warunkom rynkowym” (podkreślenie moje).

62. Oznacza to, że aby orzec w przedmiocie zastosowania kryterium inwestora prywatnego, Sąd wyraźnie uwzględnił i przypisał decydujące znaczenie realizowanemu celowi, wobec czego orzeczenie takie oparte jest na naruszeniu prawa.

63. Dodatkowo jest oczywiste, że aby uzasadnić uwzględnienie – w kontekście kwestii dotyczącej zastosowania kryterium inwestora prywatnego – celu rzekomo realizowanego przez państwo członkowskie, Sąd odwołuje się jedynie do wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie SAT Fluggesellschaft [16].

14 — Wyrok z dnia 9 czerwca 2011 r. w sprawach połączonych C-71/09 P, C-73/09 P i C-76/09 P Comitato „Venezia vuole vivere” i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-4727 i przytoczone tam orzecznictwo.

15 — Zobacz opinię rzecznika generalnego A. Tizzana przedstawioną w dniu 28 października 2004 r. w sprawie C-172/03 Heiser, Zb.Orz. s. I-1627, pkt 45.

16 — Wyrok z dnia 19 stycznia 1994 r. w sprawie C-364/92, Rec. s. I-43.

64. Jednakże w odpowiednim punkcie tego wyroku (pkt 30) Trybunał w żaden sposób nie nawiązuje do celu realizowanego za pomocą przedmiotowych środków.

65. Przede wszystkim sprawa SAT Fluggesellschaft nie dotyczy pomocy państwa. Wyrok ten zmierzał do stwierdzenia, czy pewna organizacja międzynarodowa stanowiła „przedsiębiorstwo" w rozumieniu art. 82 WE i 86 WE. W szczególności pytanie zadane Trybunałowi zmierzało do ustalenia, czy Europejska Organizacja ds. Bezpieczeństwa Nawigacji Lotniczej (Eurocontrol) stanowi „przedsiębiorstwo".

66. W celu wydania orzeczenia w przedmiocie tego pytania Trybunał zbadał: (i) *charakter* działalności Eurocontrol (pkt 19), (ii) *przedmiot* tej działalności określony w konwencji, która ustanowiła Eurocontrol (pkt 21), (iii) *zadania* Eurocontrol określone przepisami znowelizowanej konwencji (pkt 22), (iv) jej *kompetencje*, w szczególności w zakresie określania i pobierania opłat trasowych (pkt 23, 28 i 29), (v) *działalność operacyjną* Eurocontrol (pkt 24) i wreszcie (vi) sposób jej *finansowania* jako organizacji międzynarodowej (pkt 26).

67. W pkt 30 i 31 wyroku w sprawie SAT Fluggesellschaft Trybunał doszedł w związku z tym do wniosku, że „działalność Eurocontrolu, ujęta całościowo [...], wiąże się z wykonywaniem szczególnych uprawnień związanych z kontrolą i czuwaniem nad bezpieczeństwem przestrzeni powietrznej, które są szczególnymi uprawnieniami władzy publicznej. Nie ma ona charakteru gospodarczego uzasadniającego zastosowanie reguł konkurencji zawartych w traktacie". Tak więc Eurocontrol nie stanowił przedsiębiorstwa, o którym mowa w art. 82 WE i art. 86 WE.

68. Należy zaznaczyć, że w niniejszej sprawie sam Sąd uznał w pkt 246 zaskarżonego wyroku, iż „państwo, umarzając [omawianą wierzytelność podatkową], skorzystało ze swych uprawnień władzy publicznej". Nie zostało zakwestionowane, że przedmiotowe środki wiążą się z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej. Ponadto jak słusznie wskazała Komisja, kryterium zastosowane przez Trybunał w sprawie SAT Fluggesellschaft dotyczyło sklasyfikowania danej organizacji jako przedsiębiorstwa, a nie sklasyfikowania pewnych operacji przedsięwziętych przez państwo jako pomoc państwa, jak to ma miejsce w niniejszej sprawie.

69. Z powyższych rozważań można wyciągnąć tylko jeden wniosek, że wbrew twierdzeniom francuskiego rządu, sprawa SAT Fluggesellschaft była i jest bez znaczenia z punktu widzenia rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, a w szczególności wyrok ten jest nieistotny dla celów stwierdzenia, czy w danej sprawie wchodzącej w zakres art. 87 WE znajduje zastosowanie kryterium inwestora prywatnego.

70. Co więcej, uważam, że Sąd nie zastosował nawet kryteriów określonych przez Trybunał w pkt 30 wyroku w sprawie SAT Fluggesellschaft. Realizowany przez państwo cel, stanowiący kryterium niezwiązane z wyrokiem Trybunału, uznany został przez Sąd za zdecydowanie najistotniejszy czynnik, przy czym Sąd nie wziął pod uwagę *charakteru* działań państwa polegających na umorzeniu przedmiotowych wierzytelności, które było – jak określił to Sąd – przypadkiem skorzystania przez państwo ze swoich uprawnień władzy publicznej.

71. Po pierwsze, kryterium bazujące na zamiarze państwa jest szczególnie niestosowne do dokonania oceny istnienia pomocy państwa, ponieważ takie kryterium jest, ze względu na sam jego charakter, subiektywne i dyskusyjne. Po drugie, jak wskazała Iberdrola, uwzględnianie celów rzekomo realizowanych przez państwo członkowskie ułatwia manipulację i wpływa na konkurencję między sektorem prywatnym i publicznym. Istnieje realne ryzyko, że państwa członkowskie mogłyby poczuć się zachęcone do tego, aby w celu uniknięcia zastosowania przepisów regulujących pomoc państwa na swoją obronę podnosić jedynie (ex post), że kierowały się troską o osiągnięcie zysku.

72. Wreszcie decydujące znaczenie, jakie Sąd przyznał realizowanemu przez państwo celowi, trudno jest pogodzić z faktem, iż „pojęcie pomocy jest pojęciem obiektywnym”[17]. Nie można bowiem zapominać o tym, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału „pojęcie pomocy państwa określone w traktacie ma charakter prawny i powinno być interpretowane w oparciu o elementy obiektywne”[18]. W końcu obecność elementu pomocy ocenia się w odniesieniu do dostępnych, obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów. W przeciwnym wypadku zakres ciążącego na Komisji obowiązku nadzoru uległby naruszeniu, a sądy nie byłyby w stanie „przeprowadzić pełnej kontroli w kwestii ustalenia, czy dany środek wchodzi w zakres stosowania art. 87 ust. 1 WE”[19], i na tym właśnie polega ryzyko występujące w przypadku przyjęcia stanowiska Sądu wyrażonego w zaskarżonym wyroku.

73. Następnie EDF utrzymuje, że w zakresie zastosowania kryterium inwestora prywatnego istotny jest nie tylko realizowany cel, ale także w szczególności kontekst. EDF powołuje się na pewne sprawy, w których Komisja zobowiązana została do oceny kontekstu różnych operacji. W szczególności EDF odnosi się do następujących spraw: Chronopost I[20], P&O European Ferries (Vizcaya) i Diputación Foral de Vizcaya przeciwko Komisji („P&O European Ferries”)[21], Bundesverband deutscher Banken przeciwko Komisji[22] i Ryanair przeciwko Komisji („Ryanair”)[23].

74. Wystarczy jednak wskazać, że wszystkie te sprawy dotyczyły transakcji o charakterze komercyjnym. W sprawie Chronopost I chodziło o przeniesienie bazy klientów, w sprawie P&O European Ferries o sprzedaż biletów na przewóz promem, w sprawie Bundesverband deutscher Banken przeciwko Komisji o udostępnienie bankowi majątku, który został następnie przeznaczony na zagwarantowanie działalności komercyjnej, i w końcu w sprawie Ryanair o ustalanie opłat lotniskowych, a zatem o działalność bezpośrednio związaną z zarządzaniem infrastrukturą portu lotniczego, stanowiącą działalność komercyjną. W szczególności w sprawie Ryanair Sąd wyjaśnił, że właściwym było uznanie opłat, których dotyczyła ta sprawa, za „wynagrodzenie”, a nie za „podatek” – bowiem przeciwnie do sytuacji zachodzącej w niniejszej sprawie, system obniżek tych opłat *mógł* zostać wprowadzony w życie przez prywatny podmiot gospodarczy.

75. W szczególności wydaje się, że Sąd zainspirowany został swoim wyrokiem w sprawie Ryanair, mocą którego również stwierdził nieważność decyzji Komisji dotyczącej pomocy państwa. W wyroku w sprawie Ryanair Sąd orzekł mianowicie, że odmowa zbadania przez Komisję całości przyznanych spółce Ryanair przez Region Walonii i port lotniczy Charleroi korzyści oraz stwierdzenia, czy te dwa podmioty traktowane łącznie zachowywały się jak działające rozsądnie w warunkach gospodarki rynkowej podmioty gospodarcze, stanowi naruszenie prawa. Jednakże jest oczywiste, że niniejszy przypadek należy odróżnić od tego, który leżał u podstaw wyroku w sprawie Ryanair. W orzecznictwie rozważana była już bowiem kwestia charakteru gospodarczego działalności, o którą chodziło w sprawie Ryanair[24]. Pomimo tego, że badane w tej sprawie opłaty ustalane były za pomocą *środków* o charakterze regulacyjnym, Sąd jednak stwierdził, że prowadzona była działalność gospodarcza, gdyż „ustalanie wysokości opłat lotniskowych wiąże się ściśle z wykorzystywaniem portu lotniczego Charleroi i zarządzaniem nim, to jest działalnością, którą należy uznać za gospodarczą”. Sąd zasadniczo

17 — Zobacz opinię rzecznika generalnego P. Légera przedstawioną w dniu 19 marca 2002 r. w sprawie C-280/00 Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, Rec. s. I-7747, pkt 77.

18 — Wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r. w sprawie C-487/06 British Aggregates przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. I-10515, pkt 111.

19 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 16 maja 2000 r. w sprawie C-83/98 P Francja przeciwko Ladbroke Racing i Komisji, Rec. s. I-3271, pkt 25.

20 — Wyrok z dnia 3 lipca 2003 r. w sprawach połączonych C-83/01 P, C-93/01 P i C-94/01 P Chronopost i in. przeciwko Ufexa i in. („Chronopost I”), Rec. s. I-6993, pkt 128.

21 — EDF odnosi się do opinii rzecznika generalnego A. Tizzana przedstawionej w dniu 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-442/03 P i C-471/03 P, Zb.Orz. s. I-4845, pkt 87.

22 — Wyrok z dnia 3 marca 2010 r. w sprawie T-163/05, Zb.Orz. s. II-387.

23 — Wyrok z dnia 17 grudnia 2008 r. w sprawie T-196/04 Ryanair przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-3643.

24 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 12 grudnia 2000 r. w sprawie T-128/98 Aéroports de Paris przeciwko Komisji, Rec. II-3929, pkt 107–109, 121, 122, 125.

stwierdził, że nieuwzględnienie faktu, iż ustalając sporne opłaty, Region Walonii mógł działać jak prywatny inwestor, oznaczałoby wprowadzenie dyskryminacji między prywatnymi a państwowymi portami lotniczymi. Być może warto zaznaczyć, że od wyroku w sprawie Ryanair Komisja się nie odwołała.

76. Jednakże inaczej niż w przypadku ustalania takich opłat, żaden prywatny podmiot gospodarczy nie może (nigdy) zrzec się wierzytelności podatkowej. Uważam bowiem, że EDF popełnia oczywisty błąd, próbując wykazać, że fakt, iż instrument wykorzystany przez państwo nie jest dostępny dla prywatnego inwestora, nie musi oznaczać, że zastosowanie kryterium inwestora prywatnego powinno zostać wykluczone. Z pewnością istnieje dobre uzasadnienie poglądu przedstawicieli doktryny prawa, zgodnie z którym kryterium inwestora prywatnego nie może być stosowane w sprawach podatkowych, to jest w sprawach, w których omawiana korzyść zostaje osiągnięta za pomocą przepisów prawa podatkowego [25].

77. Według mnie stanowisko Sądu wyrażone w zaskarżonym wyroku powinno zostać odrzucone a fortiori, ponieważ jeśli państwo ma zamiar działać potencjalnie w charakterze prywatnego inwestora, to może tak postąpić. Powinno ono jedynie przystąpić do wnoszenia kapitału do przedsiębiorstwa dopiero *po tym*, jak wykona swoje uprawnienia podatkowe i wykorzysta tym samym przysługujące mu prerogatywy władzy publicznej. Dlatego wbrew twierdzeniom EDF, że zakres stosowania kryterium inwestora prywatnego zostałby nadmiernie ograniczony oraz że stanowiłoby to dyskryminację przedsiębiorstw państwowych, stanowisko, za którym opowiadam się w tej opinii, nie spowodowałoby żadnej dyskryminacji przedsiębiorstw państwowych. Jego celem jest po prostu ograniczenie ryzyka dyskryminacji przedsiębiorstw prywatnych.

78. Następnie, jak wskazał urząd, chociaż istnieją okoliczności, w których państwo może nawiązać stosunki umowne i gospodarcze ze spółkami, to w niniejszej sprawie dług należny państwu francuskiemu od EDF nie miał wcale charakteru umownego czy gospodarczego. Stanowił on dług o charakterze podatkowym. Podatki nakładane są przez państwo i nie wynikają z dobrowolnych stosunków umownych lub gospodarczych. Tak czy inaczej, Trybunał rozróżnił operacje przeprowadzane przez państwo działające w charakterze inwestora od tych, w których występuje ono jako wierzyciel [26].

79. Ponadto, zgodnie z kryterium inwestora prywatnego, każdorazowa pomoc dla spółki z funduszy publicznych uznawana jest za pomoc państwa, jeśli prywatny inwestor, działając w normalnych warunkach, nie dokonałby takiej inwestycji. Z drugiej strony gdyby państwo działało w taki sam sposób, w jaki działałby zwykły prywatny akcjonariusz w normalnych warunkach rynkowych, to pomoc finansowa nie zostałaby uznana za pomoc państwa. Jak wskazał urząd, jest oczywiste, że państwo nakłada podatki w wykonaniu uprawnień władzy publicznej. Trudno jest utrzymywać, że uprawnienia w zakresie opodatkowania stanowią kompetencje właściwe dla prywatnego inwestora. Zwalnianie z długów podatkowych – konsekwencja wcześniejszego nałożenia podatków, stanowi również działalność państwa z zakresu władzy publicznej. W rezultacie działalność państwa w zakresie podatków, to jest nakładanie, pobieranie, zwracanie czy uiszczanie podatków, podejmowana jest niewątpliwie w wykonaniu uprawnień władzy publicznej i z samej swojej istoty nie może być podejmowana przez państwo działające jako inwestor prywatny.

80. Z powyższych przyczyn Trybunał dokonał bowiem ważnego rozróżnienia. W sprawie Hiszpania przeciwko Komisji („Hytasa”) [27] Trybunał orzekł, że „trzeba rozróżnić zobowiązania, które musi podjąć państwo jako posiadacz kapitału akcyjnego przedsiębiorstwa, i jego zobowiązania jako władzy publicznej. Ponieważ trzy badane spółki zostały utworzone w formie spółek akcyjnych, Patrimonio del

25 — Oraz ogólnie za pomocą środków o charakterze regulacyjnym. Zobacz między innymi: L. Hancher, T. Ottervanger, P.J. Slot, *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, s. 74; T. Jaeger, *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, pkt 195; M.A. Mamut, Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen, w: T. Jaeger (ed.), *Jahrbuch Beihilfenrecht 09*, s. 341; W. Haslehner, Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen, w: T. Jaeger (ed.), *Jahrbuch Beihilfenrecht 2011*, NMV, 2011, s. 273.

26 — Wyrok z dnia 29 kwietnia 1999 r. w sprawie C-342/96 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. I-2459, pkt 46.

27 — Wyrok z dnia 14 września 1994 r. w sprawach połączonych od C-278/92 do C-280/92, Rec. s. I-4103, pkt 22. Zobacz także wyrok z dnia 21 stycznia 1999 r. w sprawach połączonych T-129/95, T-2/96 i T-97/96 Neue Maxhütte Stahlwerke i Lech-Stahlwerke przeciwko Komisji, Rec. s. II-17, pkt 119 oraz decyzję Komisji 2008/722/WE z dnia 10 maja 2007 r. w sprawie pomocy państwa C 2/06 (ex N 405/05) planowanej przez Grecję w związku z programem dobrowolnego wcześniejszego przechodzenia na emeryturę w OTE, Dz.U. 2008, L 243, s. 7, pkt 85, 86.

Estado jako akcjonariusz przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny za zadłużenie firmy wyłącznie do wartości likwidacyjnej jej aktywów. Oznacza to [...], że do celów stosowania kryterium inwestora prywatnego nie wolno brać pod uwagę zobowiązań wynikających z kosztów związanych ze zwolnieniem pracowników, wypłaty zasiłków dla bezrobotnych oraz dotacji na odbudowę infrastruktury przemysłowej".

81. W wyroku w sprawie Niemcy przeciwko Komisji („Gröditzer")[28] Trybunał orzekł, iż „w celu ustalenia, czy prywatyzacja Gröditzer Stahlwerke (GS) poniżej wartości rynkowej, za cenę 340 mln DEM zawierała element pomocy państwa, należy ocenić, czy inwestor prywatny, który pod względem wielkości jest porównywalny z organami zarządzającymi sektorem państwowym, w porównywalnych warunkach mógłby zostać nakłoniony do wniesienia równie dużego kapitału w ramach sprzedaży tego przedsiębiorstwa, czy też wybrałby opcję jego likwidacji"[29]. Ponownie Trybunał przypomniał, że trzeba rozróżnić zobowiązania, które musi podjąć państwo jako posiadacz kapitału akcyjnego przedsiębiorstwa, i jego zobowiązania jako władzy publicznej.

82. Następnie w opinii przedstawionej w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg[30] rzecznik generalny P. Léger zaznaczył, że Trybunał stosuje kryterium inwestora prywatnego wyłącznie w sytuacjach, gdzie *interwencja państwa ma charakter gospodarczy*. Stwierdził on, że kryterium inwestora prywatnego ma znaczenie, ponieważ przynajmniej co do zasady prywatny podmiot gospodarczy działający w celu zarobkowym może się zachować tak jak państwo (inwestor, bank, gwarant, przedsiębiorstwo lub wierzyciel). Jednakże zastosowanie kryterium inwestora prywatnego nie jest adekwatne wówczas, gdy interwencja państwa nie ma charakteru gospodarczego. W tego rodzaju sytuacjach prywatny podmiot gospodarczy działający w celu zarobkowym nie może zachować się jak państwo z tego względu, że zachowanie takie należy do czynności z zakresu sprawowania przez państwo władzy publicznej, *takich jak prowadzenie polityki podatkowej* lub polityki społecznej. Z tego względu zastosowanie kryterium inwestora prywatnego nie jest adekwatne, ponieważ z *samej definicji nie może wystąpić żadne naruszenie zasady równości traktowania* sektora prywatnego i publicznego. Podsumował on, że kryterium inwestora prywatnego nie może być co do zasady stosowane w odniesieniu do interwencji państwa podejmowanych w ramach wykonywania uprawnień władzy publicznej.

83. W sprawie Ryanair[31] Sąd słusznie uznał, że: „[c]hoć w przypadku, w którym państwo działa w charakterze przedsiębiorstwa prowadzącego działalność taką jak prywatny inwestor, konieczna może okazać się analiza jego zachowania w świetle zasady prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej, zasada ta nie powinna mieć zastosowania w przypadku, w którym państwo to działa jako władza publiczna. W tym drugim przypadku bowiem zachowanie państwa *nigdy* nie będzie porównywalne z zachowaniem podmiotu gospodarczego czy prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej".

84. W sprawie Westdeutsche Landesbank Girozentrale i Land Nordrhein-Westfalen przeciwko Komisji[32] Sąd prawidłowo zaznaczył, że „jeśli chodzi o argument kraju związkowego dotyczący wzrostu przychodów podatkowych, należy podkreślić, że nie powinno się mylić sytuacji kraju związkowego jako podmiotu publicznego z jego pozycją jako przedsiębiorcy. Otóż wzrost przychodów podatkowych nie ma najmniejszego znaczenia dla inwestora prywatnego".

28 — Wyrok z dnia 28 stycznia 2003 r. w sprawie C-334/99, Rec. s. I-1139, pkt 133, 134.

29 — Zobacz wyrok z dnia 16 maja 2002 r. w sprawie C-482/99 Francja przeciwko Komisji („Stardust Marine"), Rec. s. I-4397, pkt 70.

30 — Wyżej wymieniona w przypisie 17 opinia rzecznika generalnego P. Légera przedstawiona w dniu 1 stycznia 2003 r. w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, pkt 20–27.

31 — Wymieniony w przypisie 23, pkt 85 (podkreślenie moje).

32 — Wyrok z dnia 6 marca 2003 r. w sprawach połączonych T-228/99 i T-233/99, Rec. s. II-435, pkt 317.

85. W końcu należy wskazać, że Trybunał wydał już orzeczenie, zgodnie z którym podmiot działający jako poborca podatkowy nie działa jako podmiot gospodarczy [33]. Dodatkowo według orzecznictwa Trybunału działalność, która ze względu na swą naturę, na przepisy, którym podlega, oraz na swój przedmiot, wykracza poza sferę obrotu gospodarczego lub też jest związana z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej, nie podlega traktatowym zasadom konkurencji [34].

86. EDF oraz rząd francuski odpierają ten argument, podnosząc, że w innych sprawach Trybunał zajął mniej rygorystyczne stanowisko odnośnie do przypadków wykorzystania uprawnień przysługujących państwu. Rząd francuski podnosi, że użyte środki nie mają znaczenia, gdy państwo może przewidzieć różne formy inwestowania. Twierdzi on, że Trybunał uznał wcześniej stanowisko, zgodnie z którym dopuszczalne jest porównanie użycia środków, które nie były dostępne dla prywatnych inwestorów, do zachowania prywatnych podmiotów gospodarczych [35].

87. Jednakże uważam, że ważne jest, aby w ten sam sposób nie traktować dwóch całkiem różnych pojęć. Rozróżnienie powinno być dokonane między kryterium wierzyciela prywatnego (w gospodarce rynkowej) a kryterium inwestora prywatnego (w gospodarce rynkowej). Przeciwnie do twierdzeń Republiki Francuskiej nie jest bowiem możliwe porównanie sytuacji inwestora prywatnego z sytuacją wierzyciela prywatnego. O ile inwestor zamierza generować zysk, podejmując działania wobec danych przedsiębiorstw, wierzyciel usiłuje uzyskać zapłatę należnych mu kwot od dłużnika mającego kłopoty finansowe [36].

88. Znamienne jest więc w tej sprawie, że ani rząd francuski, ani EDF nie podniosły, że dotyczy ona przedsiębiorstwa doświadczającego kłopotów finansowych. Nie jest to z pewnością sprawa odnosząca się do wierzyciela, który usiłuje ściągnąć należne mu kwoty od dłużnika mającego kłopoty finansowe. Ponadto kryterium wierzyciela prywatnego nie jest zależne od roli państwa jako akcjonariusza, gdyż na potrzeby tego kryterium przedsiębiorstwa prywatne i państwowe traktowane są w taki sam sposób. Przeciwnie do kryterium inwestora prywatnego i omawianej sytuacji, w przypadku kryterium wierzyciela prywatnego nie występuje ryzyko nierównego traktowania.

89. Linia orzecznicza, w myśl której kryterium inwestora prywatnego powinno być stosowane „bez uwzględniania czynników społecznych, regionalno-politycznych czy sektorowych", niepozostawiająca wątpliwości odnośnie do kwestii pomijania czynników wyraźnie związanych z rolą państwa jako władzy publicznej, wypływa już z najwcześniejszych wyroków [37].

90. Pierwsze orzeczenia odnoszące się do kryterium inwestora prywatnego to wyroki w sprawach Belgia przeciwko Komisji [38]. Jednakże temat ten został już wcześniej poruszony przez rzecznika generalnego P. VerLorena Van Themaata w sprawie Intermills przeciwko Komisji [39]. Stwierdził on, że „niniejsza sprawa wyraźnie dotyczy dotacji kapitałowej na rzecz przedsiębiorstwa przeżywającego

33 — Wyrok z dnia 11 września 2003 r. w sprawie C-207/01 Altair Chimica, Rec. s. I-8875, pkt 35.

34 — Wyrok z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99 Wouters i in., Rec. s. I-1577, pkt 57.

35 — Odnosi się to do ww. w przypisie 26 wyroku w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji, pkt 46, i wyroku z dnia 29 czerwca 1999 r. w sprawie C-256/97 DM Transport, Rec. I-3913.

36 — Zobacz podobnie ww. w przypisie 26 wyrok w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji, pkt 46; w ww. w przypisie 35 wyrok w sprawie DM Transport, pkt 24. Zobacz także opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura przedstawioną w dniu 1 kwietnia 2004 r. w sprawie C-276/02 Hiszpania przeciwko Komisji, Rec. I-8091, pkt 24, 25; wyrok z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie T-152/99 HAMSA przeciwko Komisji, Rec. s. II-3049, w której kapitalizacja należnego państwu długu przedsiębiorstwa została oceniona z zastosowaniem kryterium inwestora prywatnego, jednak Sąd wskazał, że prawidłowym odnośnikiem powinien być wierzyciel prywatny.

37 — Zobacz decyzję Komisji 2006/900/WE z dnia 20 października 2005 r. w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Finlandię spółce Componenta w formie pomocy inwestycyjnej, Dz.U. 2006, L 353, s. 36, pkt 26 (nie powinno się doprowadzać do zatarcia podziału pomiędzy rolami miasta jako władzy publicznej oraz jako komercyjnego właściciela spółki) oraz decyzję Komisji 2008/719/WE z dnia 30 kwietnia 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 56/2006 (ex NN 77/06) udzielonej przez Austrię na prywatyzację Bank Burgenland (Dz.U. L 239, s. 32): Komisja odrzuciła argumentację Austrii, wskazując, że zobowiązania wynikające z prawa publicznego nie powinny być łączone z analizą działań państwa występującego w charakterze inwestora, ale zaznaczyła, że sytuacja wyglądałaby inaczej, gdyby państwo udzieliło tego samego typu gwarancji w drodze umowy gwarancji stanowiącej instrument prawa prywatnego.

38 — Odpowiednio wyroki z dnia 10 lipca 1986 r.: w sprawie 234/84, Rec. s. 2263; w sprawie 40/85, Rec. s. 2321.

39 — Wyrok z dnia 14 listopada 1984 r. w sprawie 323/82 Intermills przeciwko Komisji, Rec. s. 3809 (s. 3842).

trudności, która została już uznana przez Komisję za pomoc [w myśl] art. 92 [...]. Ponadto [...] omawiany udział w kapitale przedsiębiorstw z grupy Intermills zmierza głównie do pokrycia strat. Według mnie nie ma wątpliwości co do tego, że tak rozległe pokrycie start, które w sztuczny sposób utrzymuje działalność przedsiębiorstwa, musi być również uznane za pomoc [w myśl] art. 92, szczególnie że takiego kapitału nie udałoby się uzyskać w ramach prywatnego rynku kapitałowego, co należy wywieść ze stałego charakteru dotacji kapitałowych oraz z faktu, że cztery lata po udzieleniu pomocy zakłady wciąż prowadzą produkcję i wciąż nie przynoszą zysków".

91. Uważam – i usiłuję to wykazać w niniejszej opinii – że jasne są przyczyny, dla których zarówno Komisja, jak i Trybunał były zawsze stanowcze w kwestii utrzymania wyraźnego rozróżnienia między państwem sprawującym władzę publiczną a państwem występującym w roli inwestora, i to do tego stopnia, że nawet jeśli środki przyjęte w ramach sprawowania władzy publicznej wywierają zasadniczo taki sam skutek jak te, które mogłyby zostać przyjęte przez państwo działające jako inwestor, to i tak fakt ten powinien zostać pominięty przy ocenie twierdzeń, że państwo działało w charakterze inwestora w warunkach gospodarki rynkowej [40].

92. Stoję na stanowisku, że w zaskarżonym wyroku Sąd naruszył granicę odróżniającą acta iure gestionis od acta iure imperii, skrupulatnie wyznaczoną przez Trybunał [41]. W szczególności stanowisko Sądu może prowadzić do stanu braku pewności prawa i braku jego przejrzystości, a także do (podatkowych) przywilejów przedsiębiorstw państwowych. Pragnę dodać, że ta ostatnia możliwość miałaby szczególnie negatywny wpływ na liczne sektory, które właśnie uległy liberalizacji lub które są w trakcie procesu liberalizacji.

93. Stanowisko zaprezentowane przez Sąd w zaskarżonym wyroku jest konkretnie sprzeczne z wymogiem przejrzystości nałożonym przepisami prawa UE. Trybunał również orzekł na przykład, że „system niezakłóconej konkurencji taki jak przewidziany przez traktat może być zagwarantowany tylko wtedy, gdy zapewniona jest równość szans pomiędzy różnymi podmiotami gospodarczymi". Trybunał doszedł na tej podstawie do wniosku, że *„zachowanie skutecznej konkurencji oraz zapewnienie przejrzystości* wymaga sporządzania specyfikacji technicznych, monitorowania ich zastosowania oraz udzielania homologacji przez organ niezależny od publicznych i prywatnych przedsiębiorstw oferujących konkurencyjne towary lub usługi w sektorze telekomunikacji" [42]. Nie mam wątpliwości, że przejrzystość ma również ogromne znaczenie w prawie Unii z zakresu pomocy państwa.

94. Należy również nawiązać w tej kwestii do sprawy Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg [43]. Gdyby zastosować zasady ustanowione tym wyrokiem, stanowisko byłoby takie, że aby w konkretnym przypadku rekompensata za wykonywanie zobowiązań do świadczenia usług publicznych mogła uniknąć zakwalifikowania jako pomoc państwa, to przedsiębiorstwo będące beneficjentem musi w szczególności rzeczywiście zostać obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych, zaś zobowiązania te muszą być „jasno określone". W dodatku „parametry, na podstawie których obliczana jest rekompensata, muszą być *wcześniej ustalone w obiektywny i przejrzysty sposób*" (podkreślenie moje). W kontekście czwartego kryterium ustanowionego w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg jest również istotne, że wybór przedsiębiorstwa, któremu ma zostać powierzone wykonywanie zobowiązań do świadczenia usług publicznych, musi zostać dokonany w ramach procedury udzielania zamówień publicznych.

40 — Zobacz N. Khan, 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, s. 115.

41 — Acta iure gestionis, w stopniu, w którym omawiane środki zmierzają do „normalizacji" rachunkowości przedsiębiorstwa, w tym przypadku bilansu EDF (zob. pkt 6 powyżej), oraz acta iure imperii, ponieważ zmiana struktury bilansu EDF została „przesądzona i objaśniona EDF" przez władze francuskie w oparciu o wydane w tym celu przepisy prawa (zob. pkt 6–8 powyżej).

42 — Podkreślenie moje. Zobacz wyrok z dnia 9 listopada 1995 r. w sprawie C-91/94 Tranchant, Rec. s. I-3911, pkt 18 i przytoczone tam orzecznictwo.

43 — Wyżej wymieniony w przypisie 17, pkt 89, 90, 93.

95. Moim zdaniem jest jasne, że zaskarżony wyrok w rzeczywistości podważa pewne rozstrzygnięcia zawarte w wyroku w sprawie Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg. W wyroku tym Trybunał zajął kategoryczne stanowisko, zmierzając do wyeliminowania możliwości dopuszczania się przez państwa członkowskie manipulacji (w tej mierze zob. pkt 71 powyżej) oraz do wprowadzenia przejrzystości i jasności w zakresie działalności państw członkowskich w warunkach gospodarki rynkowej.

96. Moim zdaniem niniejsza sprawa wymaga takiego samego podejścia. Z tego względu Komisja słusznie przyjęła w zaskarżonej decyzji stanowisko zgodne z ustalonymi zasadami, gdyż rola państwa jako władzy publicznej powinna być wyraźnie odróżniona od roli państwa jako akcjonariusza. Uważam, że nie należy stosować kryterium inwestora prywatnego, dopóki różnym podmiotom gospodarczym nie są zapewnione równe szanse oraz równość w zakresie podatków. Nie można zapominać, że uzasadnieniem istnienia kryterium inwestora jest właśnie troska o uniknięcie jakiejkolwiek dyskryminacji między przedsiębiorstwami państwowymi i prywatnymi, w celu prawidłowego stosowania postanowień traktatu dotyczących pomocy państwa. Najwidoczniej jednak w zaskarżonym wyroku Sąd odbiegł od tej równości i wskutek tego nie uwzględnił samej „racji bytu" kryterium inwestora prywatnego.

97. W konsekwencji pierwszą część zarzutu drugiego należy uwzględnić.

2. Druga część zarzutu drugiego: Sąd powinien był ocenić, czy zachowanie państwa francuskiego było możliwe do podjęcia dla inwestora prywatnego, który nie posiada uprzywilejowanej pozycji

98. Komisja, Iberdrola i urząd zarzucają w szczególności Sądowi, iż nie oparł swej analizy na badaniu porównawczym dotyczącym z jednej strony zachowania, jakie podjąłby w podobnych okolicznościach rozważny inwestor prywatny, który nie posiada uprzywilejowanej pozycji, a z drugiej strony zachowania podjętego w niniejszej sprawie przez państwo francuskie korzystające z prerogatyw władzy publicznej. EDF oraz rząd francuski twierdzą, że druga część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

99. Jednakże wbrew twierdzeniom EDF, iż Sąd ocenił zachowanie faktycznie podjęte przez państwo, uważam, że analiza Sądu została w rzeczywistości oparta na postępowaniu państwa francuskiego, które „mogłoby" ono podjąć, gdyby zachowało się w inny sposób. Sąd przeprowadził badania przebiegu działań państwa, które mogłyby zostać przez nie podjęte według „schematu długiego". Składały się na nie przeznaczenie na kapitał EDF najpierw kwoty netto po opodatkowaniu podatkiem dochodowym od osób prawnych, następnie zażądanie od EDF zapłaty podatku odpowiadającego zmianie aktywów netto, a na końcu wniesienie dodatkowej dotacji kapitałowej w kwocie równej zapłaconemu podatkowi.

100. W związku z tym Komisja ma rację, wskazując, że w przypadku „schematu długiego" budżet państwa, który podlega ścisłej kontroli, dawałby gwarancję przejrzystości, której brak stanowi dokładnie sedno niniejszej sprawy. Zgodnie z rzeczywiście zastosowanym w tej sprawie schematem środki finansowe wymknęły się spod wszelkiej dyscypliny budżetowej, zasada równości w zakresie podatków nie została zachowana, a EDF korzystała ze szczególnego traktowania bez zachowania jakiejkolwiek przejrzystości w tym zakresie.

101. Zgodnie z tym, co utrzymuje Iberdrola, twierdzenie, że nie ma różnicy, czy kwota stanowiąca podstawę opodatkowania zostanie – w sposób całkowicie nieprzejrzysty – bezpośrednio przeznaczona na kapitał przedsiębiorstwa państwowego, czy też kwotą tą zostanie uznany budżet państwa, jest zupełnie nietrafne. Wcale nie jest przesądzony wniosek, że dotacja kapitałowa, do której Sąd upodobnił omawiane zwolnienie z podatku, doszłaby rzeczywiście do skutku, gdyby państwo francuskie najpierw pobrało podatek w celu zasilenia tą kwotą swojego budżetu, a dopiero następnie w drodze dostępnych procedur zamierzało zainwestować w EDF kwotę odpowiadającą kwocie pobranego podatku.

102. W każdym razie orzecznictwo wyraźnie stanowi, że uznanie danego środka za pomoc państwa nie jest zależne od środków, które w przeciwnym razie „mogłyby" zostać przyjęte. Zależne jest to od obiektywnych właściwości środka, który w rzeczywistości został wdrożony przez państwo członkowskie [44].

103. Dodatkowo w sprawie BNP Paribas i BNL przeciwko Komisji [45] Sąd słusznie orzekł, że „przy badaniu danego systemu w świetle przepisów w zakresie pomocy państwa nie jest obowiązkiem Komisji rozważenie subiektywnych wyborów, jakich mogliby dokonać beneficjenci tego systemu w przypadku jego braku, lecz zadanie jej polega na zbadaniu tego systemu w celu ustalenia, czy obiektywnie zawiera on korzyść gospodarczą względem opodatkowania, od którego jest on wyjątkiem i które miałoby zastosowanie na zasadach ogólnych w przypadku jego braku. [...] Stwierdzenie, zgodnie z którym w braku […] systemu uzgodnień przedsiębiorstwa, których on dotyczył, miałyby nie zbyć swych aktywów, jest w kontekście takiej obiektywnej oceny pozbawione znaczenia dla sprawy".

104. Należy zaznaczyć, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu w niniejszej sprawie Komisja powinna była przeprowadzić „ogólną" analizę, to jest analizę obejmującą z jednej strony utratę przychodu podatkowego wypływającą z przyznanego EDF zwolnienia z podatku, a z drugiej strony domniemaną dodatkową dotację kapitałową państwa będącego akcjonariuszem. Wystarczy powiedzieć, że stanowisko takie zakłada, że między przychodem podatkowym a domniemaną dotacją kapitałową istniał bezpośredni, nierozerwalny związek. Jednakże jest już jasne, że gdyby podatek został pobrany, wpłynąłby on do ogólnego budżetu państwa i nie wystąpiłby żaden rzeczywisty, nierozerwalny związek.

105. Według orzecznictwa, analiza podatku jako sposobu na finansowanie danego środka wchodzi w grę tylko wtedy, gdy jest on tożsamy z pomocą, co ma miejsce w przypadku, gdy dany przychód jest w szczególności „przeznaczany" do takiego wykorzystania. W rzeczy samej „[a]by opłatę można było uznać za integralny składnik pomocy, niezbędne jest istnienie w świetle znajdujących zastosowanie uregulowań krajowych nierozerwalnego związku między opłatą a pomocą w tym znaczeniu, że dochody uzyskane z opłaty są obowiązkowo przeznaczane na finansowanie pomocy i wpływają one bezpośrednio na stopień natężenia pomocy" [46].

106. Następnie kwestia, czy decyzja państwa francuskiego w zakresie przyjęcia przedmiotowych środków była rozsądna, czy też nie, jest dla tej sprawy po prostu nieistotna. Nie to jest celem kryterium inwestora prywatnego. Z orzecznictwa wynika raczej jasno, że celem tego kryterium jest porównanie sytuacji przedsiębiorstwa państwowego z sytuacją przedsiębiorstwa prywatnego, a nie porównywanie kosztów wynikających dla państwa z dwóch różnych operacji.

107. W tym względzie pkt 262 zaskarżonego wyroku stanowi, że „jak każdy wierzyciel będący właścicielem spółki, [państwo] może zrezygnować z tej wierzytelności, przekształcając ją, w odpowiadającej jej kwocie, na kapitał. Powyższa operacja, przez którą właściciel spółki podwyższa jej kapitał, rezygnując z przysługującej mu względem niej wierzytelności, stanowi potrącenie, które rozważny prywatny inwestor może przeprowadzić także w normalnych warunkach rynkowych". Wobec tego na rozprawie Trybunał zadał następujące pytanie: czy przy założeniu, że istnieje przedsiębiorstwo prywatne, które utworzyło rezerwy księgowe w celu zwrotu wierzytelności przysługującej jego jedynemu akcjonariuszowi, a ten ostatni decyduje się na zrzeczenie się przysługującej mu wierzytelności, aby podwyższyć kapitał tego przedsiębiorstwa, operacja taka podlegałaby opodatkowaniu zgodnie z art. 38 ust. 2 francuskiego powszechnego kodeksu podatkowego? Komisja odpowiedziała, że bezsporne jest, iż kwota, o którą podwyższono kapitał, nigdy nie byłaby taka sama, ponieważ kwota podatku nigdy nie mogłaby być odzyskana przez prywatnego inwestora (który zmuszony byłby do zapłaty podatku i nie mógłby dokonać jego konwersji na kapitał), podczas gdy państwo francuskie mogło ponownie wnieść tę samą właśnie kwotę.

44 — Wyrok z dnia 15 grudnia 2005 r. w sprawie C-148/04 Unicredito Italiano, Zb.Orz. s. I-11137, pkt 114.

45 — Wyrok z dnia 1 lipca 2010 r. w sprawie T-335/08, Zb.Orz. s. II-3323, pkt 169.

46 — Wyrok z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-206/06 Essent Netwerk Noord i in., Zb.Orz. s. I-5497, pkt 89, 90 oraz przytoczone tam orzecznictwo.

108. Jak więc z tego wynika, Sąd, dokonując porównania, z jednej strony rozważył postępowanie, które „mogło zostać podjęte" przez państwo francuskie, to jest długi schemat (zamiast postępowania faktycznie podjętego przez państwo), przy czym z drugiej strony nie zdefiniował mogącego posłużyć za punkt odniesienia inwestora prywatnego, który mógłby istnieć na rynku.

109. Jest już jednak jasne, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dotacja kapitałowa udzielona przez państwo lub inną władzę publiczną nie stanowi pomocy państwa, jeżeli prywatny inwestor działający w normalnych warunkach rynkowych dokonałby takiej inwestycji [47]. W tym względzie konieczne jest rozważenie, czy w podobnych okolicznościach prywatny inwestor o wielkości porównywalnej z wielkością podmiotów działających w sektorze publicznym byłby skłonny wnieść wkład kapitałowy w takiej kwocie [48].

110. Jak jasno wynika z rozważań omówionych powyżej, przedsiębiorstwo prywatne nie mogłoby dokonać konwersji na kapitał środków odłożonych w formie rezerwy księgowej bez wcześniejszego uiszczenia podatku dochodowego od osób prawnych. W konsekwencji inwestor prywatny nie mógłby już dysponować kwotą stanowiącą podstawę opodatkowania i z tego względu nie mógłby jej ewentualnie przeznaczyć na dodatkową dotację kapitałową, przeciwnie do sytuacji państwa francuskiego, które w drodze wykorzystania przysługujących mu prerogatyw mogło ją „zainwestować".

111. W tym względzie należy powołać się w tym miejscu na wyrok Trybunału w sprawie Chronopost I [49], gdyż według mnie Trybunał przedstawił w nim stanowisko, które należałoby zająć także w niniejszej sprawie. W sprawie Chronopost I Trybunał ustalił, że niewłaściwe było porównywanie sytuacji La Poste z sytuacją inwestora prywatnego.

112. W szczególności również w tej sprawie Sąd uwzględnił zastosowanie kryterium inwestora prywatnego, zaś Trybunał następnie ten pogląd odrzucił. Było to konieczne, ponieważ La Poste znajdowała się w bardzo szczególnej sytuacji: musiała utrzymywać sieć placówek pocztowych w celu dostarczania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, a prywatny inwestor niedziałający w zmonopolizowanym sektorze nie mógłby się nigdy znaleźć w takim samym położeniu.

113. Z wyroku w sprawie Chronopost I wypływa mianowicie, że jeżeli podmiot prawa publicznego znajduje się w sytuacji, której z samej definicji nie może doświadczyć prywatny podmiot gospodarczy, to nie ma czego porównywać. Moim zdaniem zasadniczą kwestię w sprawie Chronopost I stanowiło ustalenie kwoty rekompensaty kosztów świadczenia usługi publicznej i nie była to sprawa bezpośrednio dotycząca kryterium inwestora prywatnego jako takiego. Jednak wyrok ten ma znaczenie dla niniejszej sprawy i powinien zostać zastosowany w drodze analogii.

114. Z tych względów uważam, że Sąd nieprawidłowo zastosował ten wyrok, orzekając w pkt 278 zaskarżonego wyroku w oparciu o pkt 38 wyroku w sprawie Chronopost I, iż „brak prywatnego inwestora mogącego posłużyć za punkt odniesienia nie jest przeszkodą dla tego, aby zbadać operację w świetle »normalnych warunków rynkowych«, które z uwagi na to, że siłą rzeczy mają charakter hipotetyczny, powinno się oceniać w odniesieniu do dostępnych obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów".

115. Warto najpierw zapoznać się z opinią rzecznika generalnego A. Tizzana przedstawioną w sprawie Chronopost I, którą kierował się Trybunał. W pkt 47 opinii rzecznik generalny tłumaczy, że „»w normalnych warunkach rynkowych« przedsiębiorca prywatny, który nie ma obowiązku utrzymywania sieci placówek pocztowych w celu zagwarantowania dostarczania powszechnych usług

47 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 21 marca 1991 r. w sprawie C-308/88 Włochy przeciwko Komisji („ENI-Lanerossi"), Rec. s. I-1433, pkt 20–24; z dnia 21 marca 1991 r. w sprawie C-305/89 Włochy przeciwko Komisji („Alfa Romeo"), Rec. I-1603, pkt 19, 20; z dnia 8 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-328/99 i C-399/00 Włochy i SIM 2 Multimedia przeciwko Komisji, Rec. s. I-4035, pkt 38.

48 — Zobacz ww. w przypisie 47 wyrok w sprawie Alfa Romeo, pkt 19; wyrok z dnia 29 czerwca 2000 r. w sprawie T-234/95 DSG przeciwko Komisji, Rec. s. II-2603, pkt 119; z dnia 12 grudnia 2000 r. w sprawie T-296/97 Alitalia przeciwko Komisji, Rec. II-3871, pkt 96; ww. w przypisie 32 wyrok w sprawie Westdeutsche Landesbank Girozentrale i Land Nordrhein-Westfalen przeciwko Komisji, pkt 245.

49 — Wyżej wymieniony w przypisie 20.

pocztowych, porównywalnej do tej zarządzanej przez La Poste [...], nie miałby takiej sieci placówek pocztowych i z tego względu nie mógłby dostarczać wsparcia logistycznego przedmiotowego rodzaju jednej ze swoich spółek zależnych. [...] Żądając od Komisji ustalenia wysokości opłaty, którą za taką pomoc musiałaby zapłacić hipotetyczna prywatna spółka holdingowa [...], która nie byłaby zobowiązana do świadczenia powszechnych usług pocztowych, a zatem nie miałaby dostępu do korzyści związanych z działaniem w zmonopolizowanym sektorze, [Sąd] błędnie zinterpretował art. 87 WE, ponieważ w celu ustalenia, czy udzielona została pomoc państwa, za punkt odniesienia przyjął prywatnego przedsiębiorcę, którego wystąpienie w »normalnych warunkach rynkowych« byłoby niemożliwe". W pkt 45 podsumował on, że „[Sąd] [...] zażądał, aby Komisja zastosowała zupełnie nierealistyczne kryterium, które w konsekwencji nie było właściwe z punktu widzenia oceny, czy w podobnej sytuacji udzielona zostałaby pomoc państwa w rozumieniu art. 87 WE".

116. Jest jasne, że kryterium inwestora prywatnego nie miało znaczenia w sprawie Chronopost I. Trybunał podzielił taką ocenę i dokładnie z tej przyczyny orzekł, iż Sąd popełnił błąd, oraz odrzucił pogląd o zastosowaniu kryterium inwestora prywatnego do takiego przypadku. W pkt 33 tego wyroku Trybunał orzekł bowiem, że „ocena [na podstawie stosowania kryterium inwestora prywatnego], w której nie uwzględniono okoliczności, że przedsiębiorstwo takie jak La Poste znajduje się w sytuacji zasadniczo odmiennej od sytuacji przedsiębiorstwa prywatnego prowadzącego działalność w normalnych warunkach rynkowych, narusza prawo".

117. Z tego względu w pewnym sensie stanowisko zajęte przez Trybunał w sprawie Chronopost I dotyczy tego samego zagadnienia, które stanowi sedno niniejszego odwołania: konieczności wyłączenia z zakresu stosowania kryterium inwestora prywatnego sytuacji, w których brak jest rzeczywistego inwestora prywatnego, z którym można byłoby porównać postępowanie państwa.

118. Z tego względu nie można uwzględnić kryterium zastosowanego w zaskarżonym wyroku w zakresie, w jakim opiera się ono na nagromadzeniu fikcji oddziałującej na rzeczywiste zachowanie państwa i typowego prywatnego inwestora. Oba elementy porównania – postępowanie państwa z jednej strony i postępowanie inwestora prywatnego z drugiej strony – uległy zmianie do tego stopnia, że nie chodzi już tu o porównanie faktycznego postępowania państwa z postępowaniem rzeczywistego inwestora prywatnego działającego w warunkach gospodarki rynkowej.

119. Wynika z tego, iż zastosowanie kryterium inwestora prywatnego w sposób, jaki zaproponował Sąd, pozbawione jest sensu. W zgodnej z ujęciem Sądu wersji tego kryterium „normalne" warunki rynkowe nie są już oceniane na podstawie elementów faktycznych, które byłyby charakterystyczne dla mogącego posłużyć za punkt odniesienia inwestora prywatnego odpowiadającego typowemu prywatnemu inwestorowi na rynku (którego Sąd nie zdefiniował), jak też nie są one oceniane w świetle środków użytych w celu wniesienia kapitału, lecz na podstawie całkowicie hipotetycznych rozważań. Z kolei kryterium inwestora prywatnego wyraźnie przewiduje dokonanie weryfikacji dotyczącej tego, czy inwestor prywatny dokonałby danej inwestycji na takich samych warunkach. Jak zaznaczyła Komisja, różne inwestycje mogą powodować różne koszty i różne perspektywy w zakresie rentowności.

120. W końcu, zgodnie z pkt 249 zaskarżonego wyroku, „zadaniem Komisji jest bowiem zbadanie, czy prywatny inwestor w podobnych okolicznościach dokonałby inwestycji porównywalnej, jeżeli chodzi o kwotę, niezależnie od formy interwencji państwa dotyczącej podwyższenia kapitału EDF oraz od ewentualnego wykorzystania w tym celu środków podatkowych; celem Komisji jest wtedy zbadanie gospodarczej racjonalności tej inwestycji i porównanie jej do zachowania takiego inwestora względem takiego samego przedsiębiorstwa w takich samych okolicznościach".

121. W rzeczy samej, podzielając analizę Sądu, EDF argumentuje zasadniczo, że całość zachowania państwa powinna być oceniana przez pryzmat rentowności [50].

50 — Odnosi się to do ww. w przypisie 38 wyroku w sprawie 234/84 Belgia przeciwko Komisji, pkt 14, i do ww. w przypisie 47 wyroku w sprawie Włochy i SIM 2 Multimedia przeciwko Komisji, pkt 38.

122. Jednakże, jak zaznaczyła Iberdrola, gdyby znaczenie miała wyłącznie gospodarcza racjonalność inwestycji dokonywanych przez państwo, przedsiębiorstwa publiczne mogłyby korzystać z przywilejów w związku ze statusem ich właściciela, ponieważ inwestor państwowy znajduje się z samej swojej natury w innej niż inwestor prywatny sytuacji. W myśl tej analizy przedsiębiorstwa publiczne mogłyby być ostatecznie całkowicie zwolnione z opodatkowania.

123. W tym względzie, jak słusznie orzekł Sąd w sprawie Westdeutsche Landesbank Girozentrale i Land Nordrhein-Westfalen przeciwko Komisji[51], w ramach stosowania kryterium inwestora prywatnego nie wystarczało porównanie zwrotu, jaki kraj związkowy uzyskuje dzięki spornej transakcji, ze zwrotem z majątku Wohnbauförderungsanstalt des Landem Nordrhein-Westfalen, jaki uzyskiwał on przed tą transakcją, jako że majątek ten nie podlegał logice prywatnego inwestora. Trzeba było porównać stopę zwrotu uzyskaną przez kraj związkowy dzięki spornej transakcji ze zwrotem, jakiego wymagałby za taką transakcję hipotetyczny inwestor prywatny[52]. Fakt, że omawiana transakcja była racjonalnym rozwiązaniem dla kraju związkowego, nie wykluczał stosowania prawa UE dotyczącego pomocy państwa. Okoliczność ta nie eliminowała konieczności ustalenia, czy transakcja ta wzmocniła pozycję Westdeutsche Landesbank, przysparzając mu korzyści, jakich by nie osiągnął w normalnych warunkach rynkowych.

124. Gdyby bowiem podzielić stanowisko Sądu, państwa członkowskie mogłyby działać w oparciu o ogólną kalkulację gospodarczej racjonalności, w której kontekście miałyby one prawo do korzystania z prerogatyw władzy publicznej. Na przykład w niniejszej sprawie państwo francuskie miałoby prawo do wykonania, na korzyść EDF, swoich uprawnień z zakresu władzy podatkowej, jeśli rozważana całościowo operacja mogłaby zostać uznana za rozsądne postępowanie podmiotu działającego z zamiarem osiągnięcia zysku.

125. Jednakże to właśnie tego rodzaju ogólna kalkulacja w zakresie racjonalności poddana została krytyce Trybunału w wyrokach w sprawach Hytasa i Gröditzer[53]. Jak wskazała Iberdrola, w sprawach tych chodziło o to, czy Niemcy i Hiszpania mają prawo do wykorzystania faktu, że przedmiotowe środki (zasadniczo podwyższenia kapitału) są racjonalne w świetle ciążących na nich w przypadku likwidacji przedsiębiorstwa będącego beneficjentem, jako podmiotach władzy publicznej, obowiązkach związanych na przykład z wypłatą pewnych zasiłków dla bezrobotnych. Trybunał poddał krytyce taką ogólną kalkulację w zakresie racjonalności, ponieważ uwzględniała czynności z zakresu władzy publicznej. Trybunał podkreślił nieporównywalność z jednej strony kalkulacji w zakresie racjonalności charakterystycznej dla kryterium inwestora prywatnego, a z drugiej – uwzględnienia korzyści i obciążeń wynikających z uprawnień i zobowiązań charakterystycznych dla państwa.

126. W tym względzie, wbrew stwierdzeniom zawartym w pkt 256 i nast. zaskarżonego wyroku oraz argumentom przedstawionym przez EDF, fakt, że w sprawach Hytasa i Gröditzer chodziło o „zobowiązania", które obciążały wyłącznie państwo, a nie – jak to ma miejsce w niniejszej sprawie – o korzystanie z uprawnień państwa na jego własną rzecz, nie wywiera wpływu na to, iż zobowiązania, ale również i prawa, które może mieć państwo jako podmiot władzy publicznej, nie powinny być nigdy rozważane w powiązaniu z prawami i obowiązkami, które ma państwo jako inwestor.

127. Wobec powyższego, jak to jasno wynika z pkt 258 zaskarżonego wyroku, Sąd może popełnić taki błąd tylko przez ponowne przyznanie celowi, jakiemu służą omawiane środki, pierwszeństwa w stosunku do nieodzownej wyłączności praw niezbędnej do ich wdrożenia. Jednakże ani w sprawie Hytasa, ani w sprawie Gröditzer Trybunał nie uwzględnił przywoływanych przez dwa państwa członkowskie celów w postaci ogólnej rentowności w zakresie, w jakim odmówił im znaczenia z punktu widzenia logiki inwestora: sam charakter tych środków stanowił wystarczającą podstawę wykluczenia ich z zakresu kalkulacji ich racjonalności, na którą powoływały się państwa członkowskie.

51 — Wyżej wymieniona w przypisie 32, pkt 313–315.

52 — Zobacz podobnie ww. w przypisie 35 wyrok w sprawie DM Transport, pkt 25.

53 — Wyżej wymieniony w przypisie 27wyrok, pkt 22; ww. w przypisie 28 wyrok, pkt 134.

128. W końcu, jak wskazała Komisja, stanowisko Sądu jest paradoksalne szczególnie z tego względu, że przedstawione jest w kontekście liberalizacji analizowanego rynku. Skoro zwolnienie z podatku stanowi znaczącą korzyść dla wskazanego przedsiębiorstwa publicznego, jest jasne, że środek taki charakteryzuje tendencja do utrzymania jego pozycji dominującej, pomimo liberalizacji rynku.

129. Ze wszystkich powyższych rozważań wynika, że drugą część zarzutu drugiego należy uwzględnić.

3. Trzecia część zarzutu drugiego: zasada równego traktowania

130. W pierwszym rzędzie Komisja i Iberdrola utrzymują, że zaskarżony wyrok narusza zasadę równego traktowania przedsiębiorstw publicznych i prywatnych, umożliwiając w ten sposób przyznanie państwu korzystniejszego traktowania podatkowego, w tym takim spółkom, w których państwo nie jest jedynym akcjonariuszem. EDF i rząd francuski twierdzą, że trzecia część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

131. Pragnę przypomnieć, że kryterium inwestora prywatnego stanowi odzwierciedlenie zasady równego traktowania i dlatego, jak zaznaczyła Komisja: jeśli Sąd zezwala państwu na udzielanie zwolnień podatkowych przedsiębiorstwom, w których posiada ono 100% udziałów, to w rzeczywistości przyznaje on tym przedsiębiorstwom korzyść podatkową, tak długo jak są one dostatecznie rentowne.

132. Stanowi to moim zdaniem naruszenie zasady równego traktowania i nie da się pogodzić z celem kryterium inwestora prywatnego. Jest oczywiste, że zastosowanie tego kryterium w postaci zgodnej z wyobrażeniem Sądu wywołałoby niewątpliwie poważne zakłócenie konkurencji między przedsiębiorstwami państwowymi i prywatnymi, a zatem wymóg, aby użyty instrument był także dostępny dla prywatnego inwestora, nie stanowi jedynie zbędnego dodatku, ponieważ zagadnienie to stanowi istotę kryterium inwestora prywatnego. W rezultacie uważam, że kryterium inwestora prywatnego w postaci zgodnej z wyobrażeniem Sądu jest niezgodne z art. 295 WE w związku z art. 87 WE. W szczególności zastosowanie takiego kryterium zadałoby kłam logice właściwej dla zasady neutralności zagwarantowanej w art. 295 WE [54].

133. W rzeczy samej, skoro według Sądu charakter wierzytelności jest bez znaczenia, to cała korzyść finansowa przyznana przez państwo w drodze wykonania prerogatyw władzy publicznej powinna być oceniana w świetle tej zasady, a takie podejście stałoby się narzędziem wyłączania z pojęcia pomocy państwa środków, których nie może przyjąć inwestor prywatny.

134. Jak wskazała Iberdrola, zasada, w myśl której działalność państwa w charakterze akcjonariusza powinna być całkowicie odrębna od działalności podejmowanej przez państwo w wykonaniu władzy publicznej, jest zasadniczo tą samą koncepcją, która skłoniła Trybunał do uznania, iż działanie przedsiębiorstwa dominującego jednocześnie w charakterze podmiotu uprawnionego z tytułu praw specjalnych i podmiotu gospodarczego spowodowało powstanie ryzyka w zakresie wystąpienia konfliktu interesów, a tym samym naruszenie art. 82 WE i 86 WE. System niezakłóconej konkurencji, taki jaki został przewidziany w traktacie, może bowiem zostać zagwarantowany jedynie w sytuacji, w której zapewniono równość szans różnego rodzaju podmiotów gospodarczych [55]. Trybunał orzekł także, że środek podjęty przez państwo narusza art. 86 ust. 1 WE i 82 WE, w przypadku gdy jego skutkiem są nierówne szanse podmiotów gospodarczych oraz w efekcie zakłócenia konkurencji [56]. Z tych względów, w moim przekonaniu, kryterium inwestora prywatnego nie powinno uzasadniać operacji przeprowadzanych przez przedsiębiorstwa publiczne na warunkach, które są znacznie korzystniejsze

54 — Zobacz wyrok z dnia 6 lipca 1982 r. w sprawach połączonych od 188/80 do 190/80 Francja i in. przeciwko Komisji, Rec. s. 2545, pkt 21; ww. w przypisie 32 wyrok w sprawie Westdeutsche Landesbank Girozentrale i Land Nordrhein-Westfalen przeciwko Komisji, pkt 192–194.

55 — Zobacz wyrok z dnia 1 lipca 2008 r. w sprawie C-49/07 MOTOE, Zb.Orz. s. I-4863, pkt 48 i nast., pkt 51.

56 — Zobacz wyrok z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-462/99 Connect Austria, Rec. s. I-5197, pkt 84.

niż te stosowane do przedsiębiorstw prywatnych, ani przeprowadzania operacji, których prywatne przedsiębiorstwa mogą nigdy nie być w stanie zrealizować. Nie należy bowiem zapominać o tym, że w niniejszej sprawie państwo mogło bez problemu zająć stanowisko porównywalnie ze stanowiskiem prywatnego inwestora (zob. pkt 77 powyżej).

135. Jak jasno wynika z powyższych rozważań, uważam, iż kryterium inwestora prywatnego nie powinno mieć zastosowania w przypadku zwolnienia z podatku.

136. Istnieją wreszcie powody, by twierdzić, że nawet jeśli prima facie Sąd zdaje się dążyć do ograniczenia zakresu swojego wyroku do hipotezy odnoszącej się do przedsiębiorstwa, w którym państwo jest jedynym akcjonariuszem, to niemożliwością jest moim zdaniem dostrzeżenie w tym wyroku jakiejś logiki stojącej za takim ograniczeniem. Przeciwnie, zgodnie z tym, co zaznaczyła Komisja, jeśli tylko po stronie państwa znajdą się prywatni akcjonariusze, stosowanie kryterium inwestora prywatnego stanie się nawet bardziej wiarygodne, gdyż w takim przypadku zachowanie się innych akcjonariuszy może często stanowić przekonujący punkt odniesienia.

137. W konsekwencji należy uwzględnić trzecią część drugiego zarzutu odwołania.

4. Czwarta część zarzutu drugiego: ciężar dowodu

138. Komisja, Iberdrola i urząd utrzymują, że Sąd naruszył zasady dotyczące rozkładu ciężaru dowodu w zakresie stosowania kryterium inwestora prywatnego. EDF i rząd francuski twierdzą, że czwarta część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

139. Na wstępie chciałbym zwrócić uwagę, że w pkt 248–250 zaskarżonego wyroku Sąd wskazuje, iż na Komisji spoczywa ciężar udowodnienia, że analizowana operacja spełniła kryterium inwestora prywatnego. W rzeczywistości w pkt 278 Sąd zarzuca nawet Komisji, że „nie dowiodła braku prywatnego inwestora służącego za punkt odniesienia, z którym można by porównać w niniejszej sprawie inwestora państwowego". Chociaż podzielam pogląd EDF, zgodnie z którym Komisja zobowiązana jest przeprowadzić staranną i bezstronną analizę akt, to uważam, iż nie oznacza to z pewnością, że Komisja powinna być zobowiązana do przeprowadzenia oceny zwolnienia z podatku w świetle kryterium inwestora prywatnego tylko z tej przyczyny, iż państwo członkowskie „przywołało" tę zasadę po 18 miesiącach dochodzenia. Nie jest to oczywiście kwestia wchodząca w zakres kryterium inwestora prywatnego, zależna od współpracy państwa członkowskiego.

140. Jest jasne, że zadaniem Komisji jest wykazanie, iż udzielona przez państwo pomoc finansowa spełnia obiektywne przesłanki konieczne do uznania jej za pomoc państwa. Niemniej jednak gdy tylko Komisja to uczyni, zadaniem państwa członkowskiego staje się udowodnienie, że działało w taki sam sposób, w jaki działałby rozsądny inwestor prywatny. Jak wskazał urząd, kryterium inwestora prywatnego stosuje się po to, aby obalić twierdzenie, iż udzielona pomoc stanowi pomoc państwa. Zgodnie z tym to na zainteresowanym państwie ciąży zatem obowiązek przedstawienia dowodu przeciwnego.

141. Otóż w sprawie Freistaat Thüringen przeciwko Komisji [57] Sąd słusznie stwierdził zasadniczo, że z chwilą spełnienia wszystkich przesłanek wystąpienia pomocy państwa państwo członkowskie zostaje obciążone obowiązkiem „powoła[nia] się [...] na inne dowody służące wykazaniu, że udzielenie spornej formy pomocy odpowiadało zachowaniu inwestora prywatnego działającego w warunkach gospodarki rynkowej".

142. Logiczne jest wreszcie, że państwo członkowskie, które powołuje się na ten argument, ma obowiązek udowodnienia, że przesłanki zastosowania kryterium inwestora prywatnego są spełnione. Oczywiste jest również, że państwo członkowskie oraz przedsiębiorstwo będące beneficjentem są jedynymi stronami, w których posiadaniu znajdują się ekonomiczne i księgowe dane obrazujące charakter i cechy danej inwestycji.

57 — Wyrok z dnia 19 października 2005 r. w sprawie T-318/00, Zb.Orz. s. II-4179, pkt 180.

143. W każdym razie ma to tym bardziej miejsce, gdy zachowanie, które według państwa członkowskiego spełnia kryterium inwestora prywatnego, okazuje się od początku odzwierciedlać wykonywanie uprawnień z zakresu władzy państwa.

144. Z akt sprawy znajdujących się w dyspozycji Trybunału wynika, że w toku postępowania administracyjnego władze francuskie nie przedstawiły żadnych właściwych i konkretnych dowodów na uzasadnienie swoich twierdzeń, iż państwo francuskie działało jak rozsądny inwestor prywatny. W rzeczy samej władze francuskie jedynie podniosły twierdzenie, że dotacja kapitałowa uzasadniona była z punktu widzenia spodziewanej rentowności, bez poparcia go jakimkolwiek dowodem. Wbrew zatem twierdzeniom EDF, w świetle okoliczności niniejszej sprawy oraz przy uwzględnieniu, że mimo przeniesienia ciężaru dowodu na państwo członkowskie władze francuskie nie przedstawiły jednak najmniejszego konkretnego dowodu, Komisja miała prawo odmówić zastosowania kryterium inwestora prywatnego, szczególnie zaś w okolicznościach niniejszej sprawy, w których państwo to korzystało ze swoich uprawnień z zakresu władzy publicznej.

145. Wynika z tego, że Sąd naruszył prawo przez to, że nie uszanował reguł dotyczących rozłożenia ciężaru dowodu.

146. W rzeczywistości, jak wskazał urząd, odwrócenie ciężaru dowodu, którego dokonał Sąd, postawiło Komisję w niezręcznej sytuacji. Co do zasady Komisja nie może znać dokładnych okoliczności udzielenia przez państwo wsparcia przedsiębiorstwu, chyba że zostanie o nich poinformowana przez dane państwo. Cała odpowiednia argumentacja, a w szczególności okoliczności faktyczne sprawy i dowody, musi zostać przedstawiona przez państwo. Jeżeli Komisja nie zna wszystkich niezbędnych faktów, musi mieć możliwość wydania decyzji w świetle informacji, które posiada.

147. Dodatkowo podzielam zdanie Komisji, zgodnie z którym brak dowodu wykazującego, że analizowane zwolnienie z podatku powinno być postrzegane jako inwestycja, w odniesieniu do której państwo z góry oceniło szanse na rentowny zwrot, tak jak uczyniłby to każdy inwestor prywatny, ujawnia następne naruszenie prawa.

148. W rzeczy samej, jak przypomniał Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Scott[58], „zgodność z prawem decyzji w sprawie pomocy państwa powinna być oceniana przez sąd [UE] w świetle informacji, którymi Komisja mogła dysponować w momencie jej wydania”.

149. Jednakże w chwili wydania zaskarżonej decyzji w niniejszej sprawie Komisja nie dysponowała żadnym dowodem wykazującym, iż kryterium inwestora prywatnego miało znaczenie lub że mogłoby być spełnione. Zatem czynienie Komisji zarzutu, iż nie przeprowadziła oceny zwolnienia z podatku w świetle kryterium inwestora prywatnego, jest równoznaczne z krytykowaniem jej za brak uwzględnienia informacji, których instytucja ta nie miała w swoim posiadaniu.

150. Należy wreszcie zaznaczyć, iż w toku postępowania administracyjnego władze francuskie nie przedstawiły żadnych obiektywnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia, iż kryterium inwestora prywatnego powinno zostać zastosowane. Nie dostarczyły one żadnego raportu, ekspertyzy lub wewnętrznej analizy wykazującej, iż dokonano oceny rentowności. W rzeczy samej, nawet kiedy Sąd zażądał przedłożenia takiego raportu, złożony do Sądu dokument również sporządzony został a posteriori; innymi słowy władze francuskie nie dysponowały raportem z okresu domniemanej inwestycji. Wynikałoby z tego, iż państwo francuskie zainwestowało 888,89 mln EUR w przedsiębiorstwo bez przeprowadzenia uprzedniej analizy lub sporządzenia biznesplanu ex ante i mimo to wciąż utrzymuje ono, iż jego postępowanie powinno zostać uznane za porównywalne z postępowaniem prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej.

58 — Wyrok z dnia 2 września 2010 r. w sprawie C-290/07 P Komisja przeciwko Scott, Zb.Orz. s. I-7763, pkt 91 i przytoczone tam orzecznictwo.

151. Z powyższego wynika, że czwartą część drugiego zarzutu odwołania należy również uwzględnić oraz że w rezultacie drugi zarzut odwołania należy uwzględnić w całości.

5. W przedmiocie konsekwencji stwierdzenia nieważności

152. Zgodnie z art. 61 akapit pierwszy statutu Trybunału Sprawiedliwości w przypadku uchylenia orzeczenia Sądu Trybunał może wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala, lub skierować sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd.

153. W niniejszej sprawie Sąd nie ocenił wszystkich zarzutów podniesionych przez EDF. Z tego względu niniejszą sprawę należy skierować do ponownego rozpoznania przez Sąd i orzec, że rozstrzygnięcie w przedmiocie kosztów zostanie zawarte w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.

154. Jednakże pozostaje faktem, iż Trybunał może wydać orzeczenie ostateczne w sprawie, jeśli stan postępowania na to pozwala. Według mnie Trybunał posiada obecnie wszelkie informacje niezbędne do rozstrzygnięcia co do istoty trzeciej części drugiego zarzutu podniesionego w pierwszej instancji przez EDF, w ramach której EDF twierdzi zasadniczo, iż omawiane środki powinny zostać uznane za dotację kapitałową i rozważone z punktu widzenia wyjaśnienia ogólnego kontekstu stosunku finansowego między państwem a EDF, utrzymując w ten sposób, iż państwo działało jak rozważny prywatny inwestor w warunkach gospodarki rynkowej. Jednakże, jak wynika z powyższych rozważań niniejszej opinii, trzecia część zarzutu drugiego powinna zostać oddalona.

V – Wnioski

155. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał:

— uchylił wyrok Sądu Unii Europejskiej (trzecia izba) z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie T-156/04 EDF przeciwko Komisji w zakresie, w jakim w wyroku tym stwierdzono nieważność art. 3 i 4 decyzji Komisji w sprawie pomocy państwa przyznanej EDF oraz sektorowi elektrycznemu i gazowemu (C 68/2002, N 504/2003 i C 25/2003) wydanej w dniu 16 grudnia 2003 r.;

— przekazał sprawę do ponownego rozpoznania przez Sąd;

— pozostawił kwestię kosztów postępowania odwoławczego do rozstrzygnięcia w orzeczeniu kończącym postępowanie w sprawie.