Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
JÁNA MAZÁKA,
predstavljeni 20. oktobra 2011 [1]

Zadeva C-124/10 P

Evropska komisija
proti

Électricité de France (EDF) in drugim

„Pritožba — Državne pomoči — Selektivna davčna oprostitev, povezana s povečanjem osnovnega kapitala, med dokapitalizacijo podjetja — Načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu — Država kot delničarka in država kot izvajalka javne oblasti“

1. Komisija Sodišču predlaga, naj razveljavi sodbo [2], s katero je Sodišče prve stopnje (zdaj Splošno sodišče) razglasilo za nična člena 3 in 4 Odločbe Komisije o državnih pomočeh v korist EDF in sektorja elektroenergetske in plinske industrije. [3] Ta pritožba je posebno pomembna za zakonodajo EU o državnih pomočeh. Odpira načelno vprašanje, ki se nanaša na obseg (uporabo) osrednjega načela zakonodaje EU o državnih pomočeh – in sicer načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu – v zadevi, v kateri je država izvrševala svojo posebno pravico do izvajanja pristojnosti javne oblasti. Načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu (ali „merilo zasebnega vlagatelja“) je v bistvu logičen odraz načela enakega obravnavanja javnih in zasebnih podjetij, izpeljanega iz členov 86 ES in 295 ES.

I – Pravni okvir

2. Člen 38(2) francoskega splošnega davčnega zakonika določa, da je „čisti dobiček [...] razlika med vrednostma neto sredstev ob koncu in začetku obračunskega obdobja, katerega izid je treba uporabiti kot davčno osnovo, zmanjšano za dodatne vložke in povečano za zmanjšanja, ki so jih v tem obdobju opravili nosilec dejavnosti ali družbeniki. Neto sredstva pomenijo presežek vrednosti sredstev nad celoto, ki jo v obveznostih sestavljajo terjatve tretjih oseb, amortizacije in upravičene rezervacije.“

3. Na podlagi člena 4(I) in (II) zakona št. 97-1026 [4] se naprave in objekti omrežja za splošno oskrbo z električno energijo štejejo za lastnino EDF, odkar je bila tej družbi dodeljena koncesija za to omrežje, in je za uporabo določb odstavka I 1. januarja 1997 protivrednost sredstev v naravi – omrežja za splošno oskrbo, ki so bila dana v koncesijo in so knjižena kot obveznosti EDF – brez ustreznih razlik zaradi prevrednotenja knjižena v postavki ‚povečanje kapitala‘.“

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — Sodba z dne 15. decembra 2009 v zadevi EDF proti Komisiji (T-156/04, ZOdl., str. II-4503, v nadaljevanju: izpodbijana sodba).

3 — Odločba z dne 16. decembra 2003 (C 68/2002, N 504/2003 in C 25/2003, v nadaljevanju: izpodbijana odločba).

4 — Zakon z dne 10. novembra 1997 o nujnih davčnih in finančnih ukrepih (JORF z dne 11. novembra 1997, str. 16387).

II – Ozadje spora

4. Dejstva, upravni postopek in izpodbijana odločba so podrobno opisani v točkah od 9 do 51 izpodbijane sodbe. Omejil se bom na najpomembnejše točke. EDF proizvaja, prenaša in distribuira električno energijo. V času dejanskega stanja je bila družba EDF v stoodstotni lasti države. Ustanovljena je bila z zakonom, s katerim je bil nacionaliziran sektor električne energije in plina ter v katerem je bilo določeno načelo prenosa nacionaliziranih koncesij za električno energijo na družbo EDF. Različne koncesije za prenos električne energije, ki jih je podelila država, so bile leta 1958 združene v eno samo koncesijo, imenovano koncesija za „omrežje za splošno oskrbo“ (réseau d'alimentation générale, v nadaljevanju RAG).

5. Ker se je za družbo EDF uporabljal splošni kontni načrt iz leta 1982, ki je vseboval posebna računovodska pravila za koncesije, je bilo treba spremeniti računovodsko obravnavanje RAG zaradi upoštevanja nekaterih priporočil nacionalnega računovodskega sveta (Conseil national de la comptabilité, v nadaljevanju CNC). Za družbo EDF je bil sestavljen poseben kontni načrt, ki je bil odobren z medministrskim odlokom. RAG je bilo v sredstvih v bilanci družbe EDF vpisano v postavki „Opredmetena osnovna sredstva, na katera se nanaša koncesija“. Oblikovane so bile posebne rezervacije za prenovo osnovnih sredstev, na katera se nanaša koncesija, njihov namen pa je bil družbi EDF omogočiti, da ob izteku koncesije vrne sredstva v odličnem stanju.

6. Izdatki družbe EDF za prenovo so bili v bilanci vpisani v postavko „Protivrednost sredstev, na katera se nanaša koncesija“ (imenovano tudi „Dajatve koncedentu“). Ta postavka je pomenila dolg družbe EDF do Francije, povezan z brezplačno vrnitvijo zadevnih sredstev ob izteku koncesije. Francosko Cour des comptes (računsko sodišče) je v poročilu iz leta 1994 opozorilo na nezakonitost davčne olajšave, do katere je bila upravičena EDF po protipravnem oblikovanju rezervacij za prenovo RAG. Francija se je zato zavezala, da bo prestrukturirala bilanco družbe EDF. V podjetniški pogodbi „Država – EDF 1997–2000“, podpisani 8. aprila 1997, je bila predvidena standardizacija računovodskih izkazov podjetja in njegovih finančnih odnosov z državo v pričakovanju odprtja trga z električno energijo, predvidenega v Direktivi Evropskega parlamenta in Sveta 96/92/ES z dne 19. decembra 1996 o skupnih pravilih notranjega trga z električno energijo (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 12, zvezek 2, str. 3).

7. Bilanca družbe EDF je bila pred sprejetjem zakona št. 97-1026 takšen: (i) v sredstvih je bila postavka „Opredmetena osnovna sredstva, na katera se nanaša koncesija“ v vrednosti 285,7 milijarde francoskih frankov (FRF), od tega približno 90 milijard FRF iz naslova RAG; (ii) v obveznostih sta bili postavki „Rezervacije“, od tega približno 38,5 milijarde FRF iz naslova RAG, in „Protivrednost sredstev, na katera se nanaša koncesija“, v kateri se knjižijo nastali izdatki za prenovo v vrednosti 145,2 milijarde FRF, od tega 18,3 milijarde iz naslova RAG.

8. Na podlagi člena 4 zakona št. 97-1026 se je odločilo, kako naj se prestrukturira zgornji del bilance družbe EDF, o tem pa se jo je obvestilo z dopisom ministra za gospodarstvo, finance in industrijo, državnega sekretarja za proračun in državnega sekretarja za industrijo, poslanim 22. decembra 1997 (glej točki 25 in 26 spodaj).

9. Komisija je v upravnem postopku izdala tri povezane odločbe v zvezi z družbo EDF, ki so bile objavljene 16. novembra 2002 (UL C 280, str. 8). Komisija je v skladu s členom 88(2) ES začela formalni postopek preiskave v zvezi z ugodnostjo, ki je posledica tega, da družba EDF ni plačala davka od dohodkov pravnih oseb, dolgovanega za del računovodskih rezervacij, ki so bile neobdavčene in oblikovane za prenovo RAG. Člen 3 izpodbijane odločbe določa, da neplačevanje davka od dohodkov pravnih oseb na del neobdavčenih rezervacij za prenovo RAG v letu 1997 s strani družbe EDF, ki znaša 14,119 milijarde FRF terjatev koncedenta, prerazporejenih v povečanje kapitala, predstavlja državno pomoč, ki ni skladna s skupnim trgom, in da zadevna pomoč znaša 888,89 milijona EUR. Na podlagi člena 4 izpodbijane odločbe je morala Francija od družbe EDF izterjati pomoč (z obrestmi) v višini 1,217 milijarde EUR, in ta znesek je bil dejansko vrnjen.

III – Izpodbijana sodba

10. Družba EDF je v podporo svoji tožbi v bistvu navedla tri tožbene razloge. Splošno sodišče se je pri presoji omejilo na prvi tožbeni razlog in prve tri dele drugega tožbenega razloga, pri čemer je zavrnilo prvi tožbeni razlog in prva dva dela drugega tožbenega razloga. Ugodilo je tretjemu delu drugega tožbenega razloga, v katerem je družba EDF v bistvu trdila, da je država z izvajanjem zadevnega ukrepa ravnala kot preudarni zasebni vlagatelj v tržnem gospodarstvu, tako da je člena 3 in 4 izpodbijane odločbe razglasilo za nična.

11. Splošno sodišče je v točkah od 233 do 237 izpodbijane sodbe v bistvu menilo, da dejstvo, da ima intervencija države obliko zakona, samo po sebi ne more zadostovati za izključitev možnosti, da bi intervencija države v kapitalu podjetja sledila gospodarskemu cilju, ki bi mu lahko sledil tudi zasebni vlagatelj. V točkah od 243 do 245 je v bistvu menilo, da določbe člena 4 zakona št. 97-1026 same po sebi niso davčne določbe, ampak računovodske določbe z davčnimi posledicami. Splošno sodišče je v točkah od 247 do 250 v bistvu menilo, da glede na sledeni cilj davčna narava terjatve, ki jo ima država Francija do družbe EDF, in dejstvo, da je Francija kot svoj instrument uporabila zakon, Komisiji ne dovoljujeta, da zakonito zavrne uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu.

12. Splošno sodišče je v točkah 251 in 252 izpodbijane sodbe navedlo, da ni mogoče izključiti, da bi oblika naložbe povzročila razlike na ravni stroškov zbiranja kapitala in njegovega donosa, zaradi česar je mogoče sklepati, da zasebni vlagatelj v primerljivih okoliščinah ne bi izvedel take naložbe. To vseeno zahteva ekonomsko analizo v okviru uporabe merila zasebnega vlagatelja, ki je Komisija v tej zadevi namenoma ni opravila. Splošno sodišče je v točki 253 sklenilo, da se Komisija ni mogla omejiti na preučitev davčnih posledic določb, ki jih je sprejela Francoska republika, ne da bi hkrati preučila – in po potrebi ob koncu te preučitve zavrnila – utemeljenost argumentacije, da je transakcija izpolnila merilo zasebnega vlagatelja.

IV – Presoja

13. Komisija navaja dva pritožbena razloga: (i) Splošno sodišče si je napačno razložilo in je izkrivilo dejstva, na katerih temelji spor, in (ii) Splošno sodišče je napačno uporabilo pravo, ko je presojalo obseg načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Trditev vseh strank ni treba podrobno obnoviti v posebnem poglavju. Za lažje branje sklepnih predlogov bom te trditve raje vključil v analizo.

A – *Prvi pritožbeni razlog: izkrivljanje dejstev*

14. Komisija, Iberdrola in Nadzorni organ EFTA (v nadaljevanju: Organ EFTA) v bistvu trdijo, da v nasprotju s tem, kar je navedeno v izpodbijani sodbi, Francoska republika dejansko ni spremenila davčne terjatve v kapital, ampak je družbi EDF zgolj odobrila pomoč v obliki oprostitve davka od dohodkov pravnih oseb. Po drugi strani družba EDF in francoska vlada ugovarjata, da je treba prvi pritožbeni razlog zavrniti.

15. Prvič, družba EDF navaja, da je prvi pritožbeni razlog Komisije nedopusten, saj Komisija z njim Sodišču predlaga, naj ponovno preuči presojo prestrukturiranja bilance družbe EDF, ki jo je opravilo Splošno sodišče.

16. V zvezi s pritožbenim razlogom izkrivljanja dokazov bi opozoril, da medtem ko je samo Splošno sodišče pristojno za presojo vrednosti, ki jo je treba pripisati predloženim dokazom,[5] je Sodišče kljub temu razsodilo, da je tak pritožbeni razlog dopusten.[6] V obravnavani zadevi je treba ugovor nedopustnosti, ki ga je vložila družba EDF, zavrniti. Očitno je, da si Komisija ne prizadeva samo za

5 — Sodba z dne 1. junija 1994 v zadevi Komisija proti Brazzelli Lualdi in drugim (C-136/92 P, Recueil, str. I-1981, točka 66).

6 — Glej med drugim sodbo z dne 2. marca 1994 v zadevi Hilti proti Komisiji (C-53/92 P, Recueil, str. I-667, točka 42).

ponovno preučitev presoje prestrukturiranja bilance družbe EDF, ki jo je opravilo Splošno sodišče. Nasprotno, iz trditev pred Sodiščem in Sodišču predloženih dokumentov izhaja, da je podana dejanska in neposredna nevarnost, da je Splošno sodišče morda izkrivilo dejstva, na katerih temelji spor, in jih napačno prikazalo.

17. V skladu z ustaljeno sodno prakso so ugovori zoper ugotovljena dejstva in njihovo presojo v izpodbijani sodbi, ko pritožnik navaja, da je Splošno sodišče predložilo ugotovitve, katerih nepravilnost izhaja iz listin v spisu, ali da je Splošno sodišče izkrivilo dokaze, ki so mu bili predloženi, namreč dopustni.[7] Jasno je, da je za presojo dokazov pristojno Splošno sodišče in je Sodišče ne more preučiti, vendar to ne velja v primeru, v katerem Splošno sodišče izkrivi dokaze, tako da na njihovi podlagi sklepa o nečem, česar zagotovo niso vsebovali – in prav to se je po mojem mnenju zgodilo v obravnavanem primeru.[8] Do izkrivljanja dokazov[9] (*dénaturation*) pride, če sodišče pri obravnavi vsebine zadeve preseže svoje pristojnosti z razlago jasnega in nedvoumnega besedila (na primer pogodbe, oporoke, poročila, sodbe ali tuje zakonodaje), ki ne ustreza temu besedilu.[10]

18. Iz vsega navedenega izhaja, da je prvi pritožbeni razlog dopusten.

19. Če se posvetimo vsebini prvega pritožbenega razloga, se zdi, da je Splošno sodišče dejansko napačno prikazalo dejstva – zlasti v delu, v katerem je razsodilo, da je Francoska republika spremenila davčno terjatev v kapital (glej med drugim točko 258 izpodbijane sodbe), medtem ko je družbi EDF pravzaprav odobrila selektivno oprostitev davka od dohodkov pravnih oseb.[11]

20. V nasprotju s trditvami družbe EDF in kot bo pojasnjeno spodaj, je izkrivljanje dejstev razvidno iz dokumentov, predloženih Sodišču, zato Sodišču ni treba na novo podrobno presojati dejstev.

21. Francoska vlada si prizadeva utemeljiti pristop Splošnega sodišča, s tem da vztraja, da je bila davčna terjatev spremenjena v kapital v okviru prestrukturiranja bilance družbe EDF, pri čemer je bil eden od korakov v tem procesu dokapitalizacija.

22. Nihče ne ugovarja dejstvu, da je hkrati potekala dokapitalizacija družbe EDF, ki se sama po sebi ni štela za državno pomoč. Vendar je pomembno opozoriti, da so se kot državna pomoč štele *davčne posledice*, ki jih je mogoče ločiti od dokapitalizacije (glej točko 241 izpodbijane sodbe). Trditev francoske vlade se mi zdi nesmiselna, saj menim, da je treba odrek davčnemu dolgu in njegovo spremembo v povečanje kapitala očitno šteti za dve ločeni in zaporedni transakciji. Pravzaprav se zdi, da je francoska vlada v točki 97 svoje replike to priznala.

23. Branje spisa očitno potrjuje, da davčne osnove ni mogoče najti v nobenem od navedenih dokumentov. Ni odločbe o odmeri davka, ni sledi o zahtevku za plačilo davka in ni odločbe o razporeditvi davčne osnove v dokapitalizacijo družbe EDF. Če bi bilo treba upoštevati, kako si je Splošno sodišče razlagalo dokumente in dejstva, ki so mu bili predloženi, bi o razporeditvi davčne osnove sklepali preprosto na podlagi tega, da v zakonu št. 97-1026 in/ali dopisu z dne 22. decembra 1997 to vprašanje ni omenjeno.

24. Splošno sodišče v točki 242 izpodbijane sodbe dejansko navaja, da „se vse stranke strinjajo, da bi bilo treba za znesek 14,119 milijarde FRF plačati davek, preden je bil vpisan v postavko ‚Dotacije v kapitalu‘“.

7 — Glej sodbo z dne 15. junija 2000 v zadevi Dorsch Consult proti Svetu in Komisiji (C-237/98 P, Recueil, str. I-4549, točki 35 in 36).

8 — Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca G. Tesaura, predstavljene 5. junija 1997 v zadevi Blackspur DIY in drugi proti Svetu in Komisiji (sodba z dne 16. septembra 1997, C-362/95 P, Recueil, str. I-4775, točka 32).

9 — Glej tudi sodbo Hilti proti Komisiji, navedena v opombi 6, točka 42.

10 — Glej sklepne predloge generalne pravobranilke E. Sharpston, predstavljene 14. maja 2009 v zadevi Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware proti Svetu (sodba z dne 1. oktobra 2009, C-141/08 P, ZOdl., str. I-9147, točka 72).

11 — Sodba z dne 15. marca 1994 v zadevi Banco Exterior de España (C-387/92, Recueil, str. I-877, točka 14). Glej tudi sodbo z dne 19. maja 1999 v zadevi Italija proti Komisiji (C-6/97, Recueil, str. I-2981, točka 16).

25. Iz točk od 239 do 242 izpodbijane sodbe izhaja, da so bili vsi ukrepi za prestrukturiranje bilance družbe EDF vpisani v njeni bilanci zaradi dveh ciljev, in sicer zaradi okrepitve neto sredstev podjetja ter stabilizacije finančnega odnosa med državo in podjetjem na temeljih, ki so blizu skupni zakonodaji (glej točko 31 izpodbijane sodbe).

26. Opozoriti je treba zlasti na naslednje točke: (i) sredstva, ki so sestavljala RAG, v vrednosti 90,325 milijarde FRF so bila prerazporejena v „lastna sredstva“, (ii) neuporabljene rezervacije za prenovo RAG so bile vknjižene kot nerazdeljen dobiček brez prenosa prek izkaza poslovnega izida in prerazporejene kot ponoven prenos izgub, pri čemer je bil ta izkaz tako potrjen, saldo pa je bil razporejen v rezerve (dodal bi, da je bila ta transakcija obdavčena), in (iii) „dajatve koncedentu“, ki so bile neposredno dodeljene v postavko povečanje kapitala v višini 14,119 milijarde FRF.

27. Pomembno pa je, da sprememba davčne osnove, katere je bila družba EDF oproščena, v kapital sploh ni bila vpisana v računovodske evidence podjetja.

28. Pravzaprav „francoski organi oblasti sami prepoznavajo nezakonit značaj te operacije“. V uradnem zapisu Generalne davčne direkcije (francoskega ministrstva za gospodarstvo, finance in industrijo) z dne 9. aprila 2002, poslanem Komisiji, francoski organi oblasti navajajo, da „dajatve koncedentu, ki zadevajo RAG, predstavljajo neobstoječ dolg, ki ga je vključitev v kapital osvobodila [oprostila] davka na neupravičen način“, ter da „bi ta rezerva morala biti pred vključitvijo v kapital prenesena iz obveznosti ustanove, kjer je bila po pomoti, v račun neto sredstev ter da bi tako povzročila pozitivno spremembo neto sredstev, obdavčenih po členu 38(2) splošnega davčnega zakonika“ (glej točko 89 obrazložitve izpodbijane odločbe).

29. Kljub nedvoumnemu stališču Generalne davčne direkcije ni bila pred povečanjem kapitala, ki bi moral biti knjižen kot „davčna terjatev“, pravilno vpisana nobena davčna terjatev.

30. Zdi se, da v obravnavani zadevi nikoli ni bilo „terjatve“ in dolga, ki bi ga bilo treba odpisati. Kot je poudarila Iberdrola, ni bilo niti spremembe terjatve v kapital niti, kot kaže, organi niso želeli izvesti take spremembe. Zdi se celo, da se je Splošno sodišče zanašalo na poskus francoske vlade, da bi utemeljila svoja dejanja *a posteriori* na podlagi načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Menim, da take navedbe – zlasti ker so podane *in tempore suspecto* – ne morejo za nazaj preoblikovati oprostitve davka v dejanje, ki ga je mogoče šteti za „primerljivo“ s spremembo terjatve v kapital.

31. Splošno sodišče je v točki 282 izpodbijane sodbe priznalo, da nikoli ni bilo nobene terjatve ali dolga, ki bi ju bilo treba odpisati „Pred sprejetjem zakona št. 97-1026 in določitvijo družbe EDF za lastnico RAG davek ni bil dolgovan. Nato, ker se je Francoska republika odrekla davku, ta tudi ni bil več dolgovan in zato ni mogel biti prikazan v bilanci kot dolg podjetja“.

32. Strinjam se s Komisijo, da če bi bilo treba sprejeti ugotovitev dejanskega stanja Splošnega sodišča, bi iz tega izhajalo povečanje kapitala, posredno in nepregledno, izvedeno brez izrecnega soglasja zakonodaje in v nasprotju s priporočili davčnih organov.

33. V zvezi s tem je osrednjega pomena za razlogovanje Splošnega sodišča točka 243 izpodbijane sodbe. Zdi se, da Splošno sodišče v njej trdi, da je bil namen člena 4 zakona št. 97-1026 prestrukturiranje bilance družbe EDF in povečanje njenih lastnih sredstev, da lahko sklene, da „torej to same po sebi niso davčne določbe, ampak računovodske določbe z davčnimi posledicami, kot dokazuje dopis, ki so ga [...] poslali družbi EDF 22. decembra 1997“.

34. Pravzaprav preostanek razlogovanja Splošnega sodišča temelji na ugotovitvi, da je Francija izvedla naložbo in zlasti da je „poveč[ala] kapital [družbe EDF] z odpisom davčne terjatve“ (glej točko 246 izpodbijane sodbe). Branje upoštevnih odlomkov izpodbijane sodbe potrjuje, da je ta element dejansko ključen za razlogovanje Splošnega sodišča in da je bilo to za Splošno sodišče bistveno vprašanje, na katero je moralo odgovoriti, da je lahko razsodilo o tretjem delu drugega tožbenega razloga družbe EDF.

35. Tej zamisli je namreč mogoče slediti skozi celotno sodbo. Bolj ali manj jasno izraženo jo je mogoče najti v točkah 248, 249, 250, 252, 253, 258 in 259. Poleg tega se Splošno sodišče sklicuje na cilje, ki se domnevno uresničujejo v točkah 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 in 259 izpodbijane sodbe.

36. Očitno je, da je Splošno sodišče oprlo presojo na določbe člena 4 zakona št. 97-1026. V bistvu je vse utemeljevanje francoske vlade in družbe EDF zelo oprto na to določbo. Trdita, da je na podlagi te določbe jasno, da je Splošno sodišče pravilno menilo, da je bila pomoč, dodeljena leta 1997, povečanje kapitala. Vendar v nasprotju z navedenimi trditvami menim, da zaradi člena 4 zakona št. 97-1026 ni treba obvezno ugotoviti, da je bila navedena pomoč povečanje kapitala. Poleg tega francoska vlada v pisnih stališčih ni dokazala, da je razlog za to, da finančne transakcije pomenijo povečanje kapitala, nujno njihova narava. Iz zgoraj navedenega izhaja, da je treba trditev francoske vlade, da je bilo očitano povečanje kapitala izvedeno „kar najbolj pregledno“, ker je v obliki zakona, prav tako zavrniti.

37. V najboljšem primeru je imelo pregledno obliko; zagotovo pa ni imelo pregledne vsebine.

38. Očitno člen 4 zakona št. 97-1026 določa samo računovodske posledice finančnih transakcij. Dejstvo je, da ne določa davčnih posledic zadevnih transakcij. Pravzaprav se zdi, da je družba EDF to priznala v odgovoru na tožbo. Kot je opozorila Komisija, je bila predlagana sprememba besedila zakona v zakonodajnem postopku zavrnjena, ker si je z njo prizadevalo opredeliti računovodski postopek, na podlagi katerega bi se rezervacije, ki se nanašajo na zadevne objekte, spremenile v lastna sredstva.[12]

39. Prvič, zadošča, če poudarim, da v zakonu št. 97-1026 ni ničesar, na podlagi česar bi bilo mogoče sklepati, da je Francija izvedla transakcijo, ki je bila v bistvu sprememba davčne terjatve v kapital družbe EDF. Drugič, iz poročila finančnega odbora državnega zbora, napisanega med obravnavo besedila, izhaja, da se zakonodajalec ni odločil za davčni postopek, na podlagi katerega bi se rezervacije, ki se nanašajo na objekte za oskrbo z električno energijo, vključene v koncesijo za omrežje za splošno oskrbo z električno energijo, spremenilo v lastna sredstva. Pomembno je, da navedeno poročilo potrjuje, da zakon ne vsebuje nobenega indica za davčne posledice računovodske prerazporeditve, ki naj bi se izvedla na podlagi njegovih določb.

40. V zvezi z dopisom z dne 22. decembra 1997, ki ga je francoska vlada poslala družbi EDF, se zdi, da so francoski organi sami jasno razlikovali med ukrepi, ki se nanašajo na prestrukturiranje bilance (glej Prilogo 1 k navedenemu dopisu), in davčnimi posledicami (glej Prilogo 3 k navedenemu dopisu). Kot je poudarila Komisija, je v Prilogi 1 preprosto prikazana neposredna razporeditev dajatev koncedentu v postavko povečanje kapitala v višini 14,119 milijarde FRF, medtem ko se v Prilogi 3 odpravljajo davčne posledice tega ukrepa za družbo EDF. Poleg tega v navedenem dokumentu ni ničesar, na podlagi česar bi bilo mogoče sklepati, da je bila davčna terjatev spremenjena v kapital.

41. Pri dopisu z dne 9. aprila 2002, ki so ga francoski organi poslali Komisiji, je položaj enak: znova v njem ni ničesar, na podlagi česar bi bilo mogoče sklepati, da je Francija izvedla spremembo davčne terjatve v kapital.

42. Iz dokumentov, predloženih Sodišču, izhaja, da so francoski organi v pripombah, ki so jih poslali Komisiji, v pozni fazi upravnega postopka – ne pred 9. decembrom 2002, to je 18 mesecev po začetku preiskave – poskušali prikazati davčno oprostitev, odobreno družbi EDF, kot transakcijo, „primerljivo“ z „nadaljnjim povečanjem kapitala“, in, kar je pomembno, pri tem niso predložili nobenih objektivnih dokazov v podporo navedenim trditvam.

12 — Glej poročilo Migaud, izvedeno v imenu Commission des finances, de l’économie générale et du plan državnega zbora, priloženo tožbi Komisije, str. od 79 do 81, v katerem je opisana razprava o spremembi De Courson. Razprava o tej spremembi pravzaprav kaže, da so glavni člani odbora (in zlasti njegov predsednik in splošni poročevalec) menili, da bi morala določba, ki naj bi se sprejela, narekovati družbi EDF, naj plača davek od dohodkov pravnih oseb na znesek rezervacij, preoblikovanih v kapital.

43. Družba EDF je, kot je pravilno poudarila Komisija, v pripombah, ki jih je predložila Splošnemu sodišču 3. februarja 2005, res predstavila študijo z naslovom „Stališče hipotetičnega tržnega vlagatelja“, vendar je bila tudi ta študija izvedena šele *ex post* kot poskus naknadne utemeljitve ekonomske logike zadevne transakcije. To pomeni, da je družba EDF poskušala prikazati navedeno transakcijo kot spremembo terjatve v kapital, pri čemer gre za razlago dogodkov, za katero se na podlagi dejstev izkaže, da se niti ni ujemala z resničnostjo niti je Francoska republika kot take v času zadevnega prestrukturiranja ni nikoli analizirala.

44. Dalje, dejstvo, da se je Splošno sodišče oddaljilo od dejstev zadeve, s tem da jih je tako izkrivilo, da je navsezadnje odločalo o zadevi, ki ni bila zadeva pred njim, je razvidno iz točke 242 izpodbijane sodbe. V tej točki je Splošno sodišče poudarilo, da se vse stranke strinjajo, da bi bilo treba za zadevno transakcijo plačati davek. Nasprotno, Splošno sodišče v točkah od 266 do 269 začne dvomiti o tem, ali je treba davek v takih okoliščinah sploh plačati. Vendar se na podlagi dokumentov, predloženih Sodišču, zdi, da bi morala zadevna transakcija – v obliki, v kateri je bila izvedena – dejansko biti predmet davka.

45. Po mojem mnenju Splošno sodišče ni imelo pravice ugotoviti, da se je povečanje kapitala zgodilo zaradi opustitve davčne terjatve, ne da bi navedlo objektivne dokaze, ki bi potrdili dejanski obstoj take transakcije.

46. Ker takih objektivnih dokazov očitno ni bilo, je sklep Splošnega sodišča o povečanju kapitala zato ugotovitev, ki temelji na izkrivljanju predloženih dokumentov.

47. Podredno, če si presoje Splošnega sodišča ne bi razlagali kot presoje objektivnih dejstev, temveč kot pravno kvalifikacijo dejanskega stanja, oprto na fikcijo posredne in nepregledne spremembe davka v kapital, ali kot transakcijo, ki ustreza taki spremembi, bi bila ta pravna kvalifikacija dejanskega stanja, kot je poudarila Komisija, očitno napačna, ker bi ovrgla celotno razlogovanje Splošnega sodišča.

48. Nazadnje, v točki 225 izpodbijane sodbe je pravilno poudarjeno, da v skladu s sodno prakso Sodišča merilo zasebnega vlagatelja ni upoštevno, kadar intervencija države ni ekonomske narave. Tako je zlasti, kadar javni organi nakažejo podjetju neposredno subvencijo, odobrijo davčno oprostitev ali odobrijo znižanje socialnih prispevkov. Zato se strinjam s Komisijo, da se celo zdi, kot da je Splošno sodišče, s tem da je na novo opisalo zadevno transakcijo, pravzaprav poskušalo obiti sodno prakso Sodišča v zvezi z obsegom načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu.

49. Iz vsega navedenega izhaja, da je treba prvemu pritožbenemu razlogu ugoditi.

B – *Drugi pritožbeni razlog: razlaga člena 87 ES*

1. Prvi del drugega pritožbenega razloga: merila za razlikovanje med državo kot delničarko in državo kot izvajalko javne oblasti

50. Komisija, Iberdrola in Organ EFTA v bistvu izpodbijajo presojo Splošnega sodišča, v skladu s katero je razlika med državo kot delničarko in državo kot izvajalko javne oblasti v glavnem odvisna od cilja, ki mu sledi država (v tej zadevi dokapitalizacija družbe EDF), in ne od objektivnih in preverljivih dejstev, kot se zahteva v skladu s sodno prakso. Družba EDF in francoska vlada ugovarjata, da je treba prvi del drugega pritožbenega razloga zavrniti.

51. Prvič, družba EDF in francoska vlada v bistvu trdita, da drugi pritožbeni razlog temelji na domnevnem izkrivljanju dejstev Splošnega sodišča, ki je predmet prvega pritožbenega razloga. Menita, da se pritožbena razloga dopolnjujeta in da je prvi pravzaprav nujna predpostavka za drugega.

52. Po mojem mnenju je drugi pritožbeni razlog očitno ločen in neodvisen od prvega. To je res, ne glede na dejstvo, da se pritožba nujno nanaša na člena 3 in 4 izpodbijane odločbe, ki zadeva neplačilo določenih zneskov davka od dohodkov pravnih oseb leta 1997 s strani družbe EDF. Člena 3 in 4 izpodbijane odločbe lahko, kot sta pravilno poudarila Organ EFTA in Iberdrola, obstaneta ali sta izpodbita glede na to, ali je zadevni ukrep pomoči opredeljen kot povečanje kapitala ali kot neplačilo davka, če razumen in preudaren zasebni vlagatelj ne bi dal na razpolago teh sredstev podjetju, ki je v javni lasti, pod „pogoji, pod katerimi bi bil zasebni vlagatelj, ki deluje v običajnih pogojih v tržnem gospodarstvu, pripravljen zagotoviti sredstva [primerljivemu] zasebnemu podjetju“. [13]

53. Jasno je, da je bila ključna ugotovitev Komisije v navedenem delu izpodbijane odločbe, da je bila finančna pomoč Francije leta 1997 nezakonita državna pomoč.

54. Menim, da je dejstvo, da je drugi pritožbeni razlog v vsakem primeru utemeljen. V tem primeru je namreč gotovo, da je Francija v obravnavani zadevi izvajala javno oblast.

55. Glede vsebine prvega dela drugega pritožbenega razloga menim, da je eno najpomembnejših vprašanj v tej pritožbi primarni pomen, ki ga Splošno sodišče pripisuje cilju ukrepa v presoji, skupaj z dejstvom, da za navedeni pristop ni podlage v sodni praksi Sodišča.

56. Po razlagi, uveljavljeni v ustaljeni sodni praksi Sodišča, člen 87(1) ES namreč „ne razlikuje na podlagi razlogov ali ciljev državnih ukrepov, ampak jih opredeljuje glede na njihov učinek“. [14] Narava namena, ki ga zasleduje državni ukrep, res sama po sebi ne zadošča, da bi lahko tovrsten ukrep vnaprej izvzeli iz opredelitve kot državne pomoči. Sicer bi se lahko vsaka država članica, ki bi se želela izogniti uporabi pravil, ki jih v zvezi z državnimi pomočmi nalaga Pogodba, sklicevala na legitimnost namena javnega ukrepa. [15]

57. V zvezi s tem družba EDF ugovarja s trditvijo, da Splošno sodišče ni presojalo zadevnega ukrepa *izključno* na podlagi njegovega cilja. Kot pravi družba EDF, je Splošno sodišče presodilo navedeni ukrep na podlagi različnih meril, kot so njegova narava, predmet in cilji, ter na podlagi vseh njegovih vidikov in splošnih okoliščin.

58. Medtem ko se lahko strinjamo, da *prima facie* pristop Splošnega sodišča ni temeljil izključno na uresničevanemu cilju, pa je dejstvo, da natančnejše branje celotne izpodbijane sodbe kaže, da je Splošno sodišče, da bi ugotovilo, ali je država ravnala kot delničarka ali kot javni organ, dejansko izhajalo predvsem – če ne izključno – iz uresničevanega cilja. Kot bo postalo jasno, ni sporno, da je Splošno sodišče v svoji analizi pripisalo največji pomen uresničevanemu cilju.

59. Splošno sodišče je v točki 229 izpodbijane sodbe menilo, da „za presojo, ali ukrepi, ki jih sprejme država, spadajo na področje posebnih pravic, ki jih ima kot javna oblast, ali pa izhajajo iz obveznosti, ki jih mora prevzeti kot delničarka, teh ukrepov ni treba presojati glede na njihovo obliko, ampak glede na njihovo naravo, predmet in pravila, ki veljajo zanje, ob upoštevanju *cilja, ki se poskuša doseči* z zadevnimi ukrepi“ (moj poudarek).

60. Dalje, Splošno sodišče v točki 233 spet poudarja, da je treba ugotoviti, ali je država uresničevala „gospodarski cilj“, ki bi ga lahko uresničeval tudi zasebni vlagatelj, da bi se lahko odločilo, ali se uporablja načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu. V točkah 234 in 235 je prav tako navedeno, da je pri tem pomemben uresničevani cilj. Splošno sodišče v točki 236 sklene, da „[je] ukrep [...] treba preučiti ne samo glede na njegovo obliko, ampak glede na njegovo naravo, predmet in *cilje*, kar pomeni, da ga je treba obravnavati z vseh njegovih vidikov in upoštevati okoliščine, v katerih se izvede“ (moj poudarek). Nazadnje, tudi v točki 237 je omenjen cilj obravnavanega ukrepa.

13 — Glej Sporočilo Komisije državam članicam o uporabi členov 92 in 93 Pogodbe [EGS] in člena 5 Direktive Komisije 80/723/EGS o javnih podjetjih v predelovalni industriji (UL C 307, str. 3, točka 11).

14 — Sodba z dne 9. junija 2011 v združenih zadevah Comitato „Venezia vuole vivere“ proti Komisiji (C-71/09 P, C-73/09 P in C-76/09 P, ZOdl., str. I-4727, točka 94 in navedena sodna praksa).

15 — Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Tizzana, predstavljene 28. oktobra 2004 v zadevi Heiser (sodba z dne 3. marca 2005, C-172/03, ZOdl., str. I-1627, točka 45).

61. Splošno sodišče nato v točki 247 vnovič odločno navede, da „*ob upoštevanju cilja dokapitalizacije družbe EDF, ki se mu je sledilo z zakonom št. 97-1026*, sama davčna narava terjatve [...] in samo dejstvo, da je Francoska republika uporabila zakon, Komisiji ne dovoljujeta, da zavrne preverjanje, ali bi lahko prišlo do tega, da bi zasebni vlagatelj v podobnih okoliščinah izvedel tako veliko povečanje kapitala, in ali je država posledično kapital vložila v okoliščinah, ki ustrezajo običajnim tržnim razmeram“ (moj poudarek).

62. Torej je Splošno sodišče, da bi razsodilo o uporabi merila vlagatelja v tržnem gospodarstvu, očitno upoštevalo in pripisalo odločilen pomen uresničevanemu cilju in je bila ta sodba zato sprejeta na podlagi napačne uporabe prava.

63. Poleg tega je jasno, da je edina sodna praksa, na podlagi katere si Splošno sodišče prizadeva utemeljiti, da je v zvezi z uporabo merila vlagatelja v tržnem gospodarstvu upoštevalo cilj, ki ga je domnevno uresničevala država članica, sodba Sodišča v zadevi SAT Fluggesellschaft. [16]

64. Vendar Sodišče v upoštevni točki navedene sodbe (točka 30) nikakor ne napotuje na cilj, ki se uresničuje z zadevnim ukrepom.

65. Prvič, zadeva SAT Fluggesellschaft se ne nanaša na državno pomoč. S to sodbo se je poskušalo ugotoviti, ali je bila določena mednarodna organizacija „podjetje“ v smislu členov 82 ES in 86 ES. Sodišču je bilo predvsem predloženo vprašanje, ali je Evropska organizacija za varnost zračne plovbe (Eurocontrol) „podjetje“.

66. Sodišče je, da bi razsodilo o navedenem vprašanju, preučilo: (i) *naravo* Eurocontrolovih dejavnosti (točka 19), (ii) *cilj* navedenih dejavnosti, kot je opredeljen v konvenciji o njegovi ustanovitvi (točka 21), (iii) Eurocontrolove *naloge*, kot so opredeljene v spremenjeni konvenciji (točka 22), (iv) njegove *pristojnosti*, predvsem za določitev in pobiranje pristojbin na zračnih poteh (točke 23, 28 in 29), (v) Eurocontrolove *operativne dejavnosti* (točka 24) in, nazadnje, (vi) njegovo metodo *financiranja* kot mednarodne organizacije (točka 26).

67. Zato je Sodišče v točkah 30 in 31 sodbe v zadevi SAT Fluggesellschaft sklenilo, da so „na splošno Eurocontrolove dejavnosti [...] povezane z izvajanjem pooblastil v zvezi z nadzorom in spremljanjem zračnega prostora, ki jih običajno izvaja javni organ. Nimajo gospodarske narave, ki bi utemeljevala uporabo pravil o konkurenci iz Pogodbe. Zato Eurocontrol ni bil podjetje v smislu členov 82 ES in 86 ES.

68. Opozoriti je treba, da je v obravnavani zadevi v točki 246 izpodbijane sodbe Splošno sodišče samo priznalo, da „je država uporabila svoje prerogative kot javna oblast, ko je odpisala [zadevno davčno terjatev]“. Ni sporno, da je zadevni ukrep povezan z izvajanjem prerogativ javne oblasti. Poleg tega je preizkus, ki ga je uporabilo Sodišče v zadevi SAT Fluggesellschaft, kot je pravilno poudarila Komisija, zadeval opredelitev določene organizacije kot podjetja, in ne opredelitve določene transakcije, ki jo je izvedla država, kot državne pomoči, kar je predmet obravnavane zadeve.

69. Edini sklep, ki ga je mogoče sprejeti na podlagi navedenega, je, da v nasprotju s trditvami francoske vlade sodba v zadevi SAT Fluggesellschaft ni bila in ni pomembna za odločanje v obravnavani zadevi in zlasti da sodba ni pomembna za ugotovitev, ali se v obravnavani zadevi, ki zadeva člen 87 ES, uporablja načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu.

70. Še več, menim, da Splošno sodišče pravzaprav sploh ni uporabilo meril, ki jih je določilo Sodišče v točki 30 sodbe SAT Fluggesellschaft. Splošno sodišče je obravnavalo uresničevani cilj države – merilo, ki je nepomembno za navedeno sodbo Sodišča – kot daleč najbolj odločilen dejavnik in hkrati ni upoštevalo *narave* ravnanja države, ko se je odpovedala zadevni terjatvi, kar je bil po besedah Splošnega sodišča primer tega, da je država uporabljala svoje prerogative javne oblasti.

16 — Sodba z dne 19. januarja 1994 v zadevi SAT Fluggesellschaft mbH proti Eurocontrol (C-364/92, Recueil, str. I-43).

71. Prvič, merilo, ki temelji na namenu države, bi bilo še posebej neprimerno za presojo obstoja državne pomoči, saj je tako merilo po svoji naravi subjektivno in ga je mogoče razložiti na več načinov. Drugič, kot je poudarila Iberdrola, upoštevanje ciljev, ki jih domnevno uresničuje država članica, omogoča manipulacijo, ki vpliva na konkurenco med zasebnim in javnim sektorjem. Obstaja dejanska nevarnost, da bi to države članice spodbudilo, da bi se samo (*ex post*) sklicevale, da razlogi zadevajo ustvarjanje dobička zato, da bi se izognile uporabi zakonodaje o državnih pomočeh.

72. Nazadnje, odločilno vlogo, ki jo Splošno sodišče pripisuje uresničevanemu cilju, je težko uskladiti z dejstvom, da „je pomoč objektiven pojem“.[17] Dejansko se ne sme pozabiti, da je v skladu s sodno prakso Sodišča „pojem državne pomoči, kot je opredeljen v Pogodbi, pravni institut in ga je treba razlagati na podlagi objektivnih dejavnikov“.[18] Nazadnje, prisotnost elementa pomoči se presoja izključno na podlagi dostopnih objektivnih in preverljivih dejstev. V nasprotnem primeru bi to vplivalo na nalogo nadzora, ki jo ima Komisija, in sodišče Skupnosti ne bi moglo „izvajati celovit[ega] nadzor[a] glede vprašanja, ali ukrep spada na področje uporabe člena 87(1) ES“[19], in prav to bi se lahko zgodilo, če bi sledili pristopu iz izpodbijane sodbe.

73. Dalje, družba EDF trdi, da v okviru uporabe merila vlagatelja v tržnem gospodarstvu ni pomemben samo uresničevani cilj, temveč so pomembne tudi in predvsem okoliščine. Sklicuje se na nekatere zadeve, v katerih je morala Komisija presoditi okoliščine različnih transakcij. Družba EDF se sklicuje zlasti na zadeve Chronopost I[20], P & O European Ferries (Vizcaya) in Diputación Foral de Vizcaya proti Komisiji („P & O European Ferries“)[21], Bundesverband deutscher Banken proti Komisiji[22] in Ryanair proti Komisiji („Ryanair“)[23].

74. Zadošča, če poudarim, da so bile predmet vseh navedenih zadev komercialne transakcije. V zadevi Chronopost I je šlo za prenos kroga strank, v zadevi P & O European Ferries za prodajo trajektnih vozovnic, v zadevi Bundesverband deutscher Banken proti Komisiji za zagotovitev sredstev banki, ki so bila nato uporabljena za podporo njene konkurenčne dejavnosti in, nazadnje, v zadevi Ryanair za določanje višine letaliških dajatev, kar pomeni dejavnost, ki je neposredno povezana z upravljanjem letališke infrastrukture, kar pa je gospodarska dejavnost. Splošno sodišče je zlasti v sodbi Ryanair pojasnilo, da je zadevne dajatve ustrezneje opredeliti kot „takse“ in ne kot „dajatve“ – v nasprotju s položajem v obravnavani zadevi bi sistem popustov na navedene takse dejansko *lahko* vzpostavil tudi zasebni gospodarski subjekt.

75. Zlasti se zdi, da je Splošno sodišče dobilo navdih iz svoje sodbe Ryanair, s katero je tudi razglasilo za nično odločbo Komisije o državni pomoči. Splošno sodišče je v sodbi Ryanair izrecno menilo, da je Komisija, s tem da ni skupaj preučila prednosti, ki sta jih Ryanairu dodelili Regija Valonija in letališče v Charleroiju, in da ni preverila, ali sta navedena subjekta, gledano skupaj, ravnala kot razumna udeleženca v tržnem gospodarstvu, napačno uporabila materialno pravo. Vendar je jasno, da je treba obravnavano zadevo razlikovati od zadeve Ryanair. Sodišče je v sodni praksi namreč že opredelilo naravo zadevnih dejavnosti v zadevi Ryanair kot gospodarsko.[24] Čeprav so bile dajatve, ki so bile predmet navedene zadeve, določene regulativno, je Splošno sodišče menilo, da je šlo za gospodarsko dejavnost, ker je „določanje letaliških taks tesno povezan[o] z uporabo in upravljanjem letališča v

17 — Glej sklepne predloge generalnega pravobranilca P. Légerja, predstavljene 19. marca 2002 v zadevi Altmark Trans in Regierungspräsidium Magdeburg („Altmark“) (sodba z dne 24. julija 2003, C-280/00, Recueil, str. I-7747, točka 77).

18 — Sodba z dne 22. decembra 2008 v zadevi British Aggregates proti Komisiji (C-487/06, ZOdl., str. I-10515, točka 111).

19 — Glej med drugim sodbo z dne 16. maja 2000 v zadevi Francija proti Ladbroke Racing in Komisiji (C-83/98 P, Recueil, str. I-3271, točka 25).

20 — Sodba z dne 3. julija 2003 v združenih zadevah Chronopost proti Ufex in drugim („Chronopost I“) (C-83/01 P, C-93/01 P in C-94/01 P, Recueil, str. I-6993, točka 128).

21 — Družba EDF se sklicuje na sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Tizzana, predstavljene 9. februarja 2006 v združenih zadevah P & O European Ferries (Vizcaya) proti Komisiji (sodba z dne 1. junija 2006, C-442/03 P in C-471/03 P, ZOdl., str. I-4845, točka 87).

22 — Sodba z dne 3. marca 2010 v zadevi Bundesverband deutscher Banken eV proti Komisiji (T-163/05, ZOdl., str II-387).

23 — Sodba z dne 17. decembra 2008 v zadevi Ryanair Ltd proti Komisiji (T-196/04, ZOdl., str. II-3643).

24 — Glej v tem smislu sodbo z dne 12. decembra 2000 v zadevi Aéroports de Paris proti Komisiji (T-128/98, Recueil, str. II-3929, točke od 107 do 109 ter 121, 122 in 125).

Charleroiju, dejavnostjo, ki jo je treba opredeliti kot gospodarsko“. Splošno sodišče je v bistvu menilo, da bi nepriznanje dejstva, da bi Regija Valonija lahko z določanjem zadevnih dajatev ravnala kot zasebni vlagatelj, pomenilo diskriminacijo zasebnih in javnih letališč. Morda je treba omeniti, da Komisija ni vložila pritožbe zoper sodbo Ryanair.

76. Vendar v nasprotju z določanjem takih dajatev se noben zasebni gospodarski subjekt ne more (nikoli) odpovedati davčni terjatvi. Menim, da se družba EDF očitno moti, ko poskuša utemeljiti, da dejstvo, da je instrument, ki ga uporabi država, nedostopen zasebnemu vlagatelju, ne more pomeniti, da je treba zavrniti uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Jasno je, da obstajajo dobri razlogi za stališče pravnih komentatorjev, da se načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ne more uporabljati v davčnih zadevah, to je v zadevah, v katerih je zadevna prednost dosežena na podlagi davčne zakonodaje. [25]

77. Menim, da je treba pristop Splošnega sodišča v izpodbijani sodbi zavrniti *a fortiori*, ker če država želi morebiti ravnati kot zasebni vlagatelj, to še vedno lahko: vse, kar mora storiti, je, da začne povečevati kapital podjetja, *potem ko* je izvedla svoja davčna pooblastila in je torej uporabila svoje prerogative javne oblasti. Zato v nasprotju s trditvami družbe EDF, da bi bil obseg načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu prekomerno omejen in bi pomenil diskriminacijo javnih podjetij, pristop, ki ga zagovarjam, ne bi povzročil diskriminacije na škodo javnih podjetij. Njegov namen je preprosto omejiti nevarnost diskriminacije na škodo zasebnih podjetij.

78. Dalje, kot je opozoril Organ EFTA, čeprav so okoliščine, v katerih država lahko vstopi v pogodbena in komercialna razmerja z družbami, dolg družbe EDF Franciji v obravnavani zadevi nikakor ni bil pogodben ali komercialen. To je bil davčni dolg. Davke naloži država in se ne dolgujejo zaradi prostovoljnih pogodbenih ali komercialnih razmerij. Kakor koli že, Sodišče razlikuje med transakcijami, ki jih izvede država kot vlagatelj, in tistimi, ki jih izvede kot upnik. [26]

79. Poleg tega se v skladu z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu, kadar družba prejme pomoč iz javnih sredstev, taka pomoč vedno šteje za državno pomoč, če se zasebni vlagatelj v običajnih okoliščinah ne bi odločil za tako naložbo. Če je po drugi strani država ravnala enako, kot bi ravnal vsak običajen zasebni delničar v običajnih tržnih razmerah, se finančna pomoč ne bi štela za državno pomoč. Kot je poudaril Organ EFTA, je jasno, da država izvaja prerogative javne oblasti, s tem ko nalaga davke. Skoraj ne moremo trditi, da ima država pooblastila za obdavčitev kot zasebni vlagatelj. Logična posledica nalaganja davkov – odpis davčnih dolgov – je tudi dejavnost, ki jo država izvaja kot javni organ. Zato država davčne dejavnosti – nalaganje, pobiranje, vračilo ali odpust davkov – nedvomno izvaja kot javni organ in jih po definiciji ne more izvajati kot zasebni vlagatelj.

80. Zato je Sodišče naredilo pomembno razliko. Sodišče je v združenih zadevah Španija proti Komisiji („Hytasa“) [27] razsodilo, da „je treba razlikovati med obveznostmi države, ki jih mora država prevzeti kot lastnica delniškega kapitala gospodarske družbe, in njenimi obveznostmi kot javne oblasti. Ker so bile zadevne tri družbe ustanovljene kot delniške družbe, je Patrimonio del Estado kot lastnica delnic v gospodarskih družbah odgovorna za njihove dolgove samo do višine likvidacijske vrednosti njihovega premoženja. To pomeni […], da se obveznosti, ki izhajajo iz stroškov odpuščanja delavcev, plačil dajatev za brezposelnost in pomoči za prestrukturiranje industrijske infrastrukture, ne morejo upoštevati pri uporabi [načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu]“.

25 — In na podlagi regulative na splošno. Glej med drugim Hancher, L., Ottervanger, T., in Slot, P. J., EC State Aids, Sweet & Maxwell, 2006, str. 74; Jaeger, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, točka 195; Mamut, M.-A., *Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen*, v Jaeger (zal.), Jahrbuch Beihilfenrecht 09, točka 341; in Haslehner, W., *Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen*, v Jaeger (zal.), Jahrbuch Beihilfenrecht 2011, NWV, 2011, str. 273.

26 — Sodba z dne 29. aprila 1999 v zadevi Španija proti Komisiji (C-342/96, Recueil, str. I-2459, točka 46).

27 — Sodba z dne 14. septembra 1994 v združenih zadevah Kraljevina Španija proti Komisiji (C-278/92, C-279/92 in C-280/92, Recueil, str. I-4103, točka 22). Glej tudi sodbo z dne 21. januarja 1999 v združenih zadevah Neue Maxhütte Stahlwerke in Lech-Stahlwerke proti Komisiji (T-129/95, T-2/96 in T-97/96, Recueil, str. II-17, točka 119) in Odločbo Komisije 2008/722/ES z dne 10. maja 2007 o državni pomoči C 2/06 (ex N 405/05) Grčije za shemo prostovoljnega predčasnega upokojevanja družbe OTE (UL 2008, L 243 str. 7, točki 85 in 86).

81. Sodišče je v zadevi Nemčija proti Komisiji („Gröditzer“) [28] razsodilo, da je „za ugotovitev, ali privatizacija Gröditzer Stahlwerke (GS) za negativno prodajno ceno 340 milijonov DEM vsebuje elemente državne pomoči, treba oceniti, ali bi bilo v podobnih okoliščinah zasebnega vlagatelja, primerljivega z organi, ki upravljajo javni sektor, mogoče prepričati, da prispeva enak znesek kapitala za prodajo zadevnega podjetja, ali bi se namesto tega […] odločil odstopiti“. [29] Sodišče je vnovič opozorilo, da je treba razlikovati med obveznostmi države, ki jih mora država prevzeti kot lastnica delniškega kapitala gospodarske družbe, in njenimi obveznostmi kot javne oblasti.

82. Dalje, generalni pravobranilec P. Léger je v zadevi Altmark [30] opozoril, da Sodišče uporablja načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu samo v položajih, v katerih je *državna intervencija gospodarske narave*. Navedel je, da je načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu bistveno, ker tako kot država lahko ravna, vsaj načeloma, zasebni gospodarski subjekt, katerega cilj je doseči dobiček (vlagatelj, banka, porok, podjetje ali upnik). Vendar načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ni bistveno, če državna intervencija ni gospodarske narave. V takih položajih zasebni gospodarski subjekt, katerega cilj je doseči dobiček, ne more ravnati tako kot država in državna intervencija spada na področje izvajanja javnih prerogativ države, *kot sta davčna* ali socialna politika. Načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu zato ni upoštevno, ker *po definiciji ne more priti do kršitve enakega obravnavanja* javnega in zasebnega sektorja. Sklenil je, da se načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu zato ne uporablja za državne intervencije, ki spadajo na področje izvajanja javnih pooblastil.

83. Kot je Splošno sodišče pravilno razsodilo v zadevi Ryanair [31], „je treba, če država deluje kot podjetje, ki posluje kot zasebni vlagatelj, njeno ravnanje analizirati z vidika [načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu], uporabo navedenega načela pa je treba izključiti, če ta deluje kot javni organ. V tem zadnjem primeru namreč ravnanja države ni mogoče *nikoli* primerjati z ravnanjem gospodarskega subjekta ali zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu“.

84. Splošno sodišče je v zadevi Westdeutsche Landesbank Girozentrale in Land Nordrhein-Westfalen proti Komisiji [32] pravilno opozorilo, da „kar zadeva trditev zvezne dežele o povečanju davčnih prihodkov, je treba poudariti, da položaja zvezne dežele kot javnega subjekta ne smemo zamenjevati z njenim položajem kot imetnika podjetja. Argumentacija glede povečanja davčnih prihodkov bi bilo za zasebnega vlagatelja popolnoma brezpredmetna“.

85. Nazadnje, treba je poudariti, da je Sodišče že razsodilo, da gospodarski subjekt, ki deluje kot pobiralec davka, ne deluje kot gospodarski subjekt. [33] Poleg tega, glede na sodno prakso Sodišča, se pravila Pogodbe o konkurenci ne uporabljajo za dejavnost, ki po naravi, po predpisih, ki jo urejajo, in po svojem cilju ne spada na področje gospodarske dejavnosti ali ki se nanaša na izvajanje pooblastil javne oblasti. [34]

86. V obravnavani zadevi družba EDF in francoska vlada ugovarjata s trditvijo, da je Sodišče v nekaterih drugih zadevah sprejelo manj strog pristop v položajih, v katerih so bila uporabljena pooblastila države. Francoska vlada navaja, da način ni pomemben, če država lahko predvidi različne oblike naložb. Zatrjuje, da je Sodišče že dopustilo, da so se ukrepi, ki niso bili dostopni zasebnim vlagateljem, lahko primerjali z ravnanjem zasebnih gospodarskih subjektov. [35]

28 — Sodba z dne 28. januarja 2003 v zadevi Zvezna republika Nemčija proti Komisiji (C-334/99, Recueil, str. I-1139, točki 133 in 134).

29 — Glej sodbo z dne 16. maja 2002 v zadevi Francija proti Komisiji („Stardust Marine”) (C-482/99, Recueil, str. I-4397, točka 70).

30 — Sklepni predlogi, predstavljeni 14. januarja 2003 v zadevi Altmark, navedeni v opombi 17, točke od 20 do 27.

31 — Sodba, navedena v opombi 23, točka 85 (moj poudarek).

32 — Sodba z dne 6. marca 2003 v združenih zadevah Westdeutsche Landesbank Girozentrale proti Komisiji („Westdeutsche Landesbank”) (T-228/99 in T-233/99, Recueil, str. II-435, točka 317).

33 — Sodba z dne 11. septembra 2003 v zadevi Altair Chimica (C-207/01, Recueil, str. I-8875, točka 35).

34 — Sodba z dne 19. februarja 2002 v zadevi Wouters in drugi (C-309/99, Recueil, str. I-1577, točka 57).

35 — Sklicuje se na sodbo Španija proti Komisiji, navedena v opombi 26, točka 46, in sodbo z dne 29. junija 1999 v zadevi DM Transport (C-256/97, Recueil, str. I-3913).

87. Vendar menim, da je pomembno, da se pojmov, ki sta precej različna, ne obravnava enako. Razlikovati je treba med načelom zasebnega upnika (v tržnem gospodarstvu) in načelom zasebnega vlagatelja (v tržnem gospodarstvu) (načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu). V nasprotju s trditvami Francije dejansko ni mogoče primerjati položaja zasebnega vlagatelja s položajem zasebnega upnika. Medtem ko želi vlagatelj ustvariti dobiček s tem, da sredstva vlaga v zadevna podjetja, upnik poskuša pridobiti plačilo zneskov, ki mu jih dolguje dolžnik v finančnih težavah. [36]

88. Zato je pomembno, da v obravnavani zadevi niti francoska vlada niti družba EDF nista trdili, da je šlo za primer podjetja v finančnih težavah. Očitno je, da to ni primer upnika, ki poskuša pridobiti plačilo zneskov, ki mu jih dolguje dolžnik v finančnih težavah. Poleg tega uporaba merila (preizkusa) zasebnega upnika ni odvisna od tega, ali je država delničarka: pri tem preskusu se javna in zasebna podjetja obravnavajo popolnoma enako. V nasprotju z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu in s položajem v obravnavani zadevi pri uporabi merila zasebnega upnika ni nevarnosti neenakega obravnavanja.

89. Sodna praksa v smislu, da je treba načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu uporabiti „ne glede na vse dejavnike socialne narave oziroma regionalno ali sektorsko politiko“, tako da ne more biti vprašanja glede upoštevanja preudarkov, ki se očitno nanašajo na vlogo države članice kot javne oblasti, izhaja iz najzgodnejših zadev. [37]

90. Prvi primer sodne prakse o načelu vlagatelja v tržnem gospodarstvu je bila zadeva Meura in Boch II [38]. Vendar se je teme dotaknil že generalni pravobranilec Verloren Van Themaat v zadevi Intermills proti Komisiji [39]. Navedel je, da „se obravnavana zadeva očitno nanaša na povečanje kapitala podjetja v težavah, kar je Komisija tudi že štela kot pomoč [na podlagi] člena 92 […] Poleg tega […] je glavni namen sedanje udeležbe kapitala v podjetjih skupine Intermills pokriti izgube. Brez najmanjšega dvoma se mi zdi, da je treba tako zelo obsežno pokrivanje izgub, ki umetno vzdržuje podjetje pri življenju, tudi šteti za pomoč [na podlagi] člena 92, zlasti ker je treba iz trajne narave povečanja kapitala in iz dejstva, da tovarne, v katerih še poteka proizvodnja, tudi štiri leta po dodelitvi pomoči še vedno niso dobičkonosne, sklepati, da kapitala ne bi bilo mogoče dobiti na zasebnem trgu kapitala“.

91. Zdi se mi, da je očitno – kot poskušam pokazati v teh sklepnih predlogih – zakaj sta bila Komisija in Sodišče vedno upravičeno odločna glede ohranjanja jasne razlike med izvajanjem javnih pooblastil države in njeno vlogo kot vlagatelja – tako da tudi če ima ukrep, sprejet na podlagi javnih pooblastil, precej enak učinek kot ukrep, ki bi ga lahko morda sprejela država kot vlagatelj, se pri presoji terjatev kljub temu ne sme upoštevati, da je država ravnala kot tržni vlagatelj. [40]

36 — Glej v tem smislu sodbi Španija proti Komisiji, navedena v opombi 26, točka 46, in DM Transport, navedena v opombi 35, točka 24. Glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca M. Poiaresa Madura, predstavljene 1. aprila 2004 v zadevi Španija proti Komisiji (sodba z dne 14. septembra 2004, C-276/02, Recueil, str. I-8091, točki 24 in 25), in sodbo z dne 11. julija 2002 v zadevi HAMSA proti Komisiji (T-152/99, Recueil, str. II-3049), v kateri je bila kapitalizacija dolga, ki ga je imelo podjetje do države, ocenjena na podlagi načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, a je Splošno sodišče poudarilo, da bi jo bilo treba oceniti na podlagi načela zasebnega upnika.

37 — Glej Odločbo Komisije 2006/900/ES z dne 20. oktobra 2005 o državni pomoči, ki jo izvaja Finska za pomoč v investicijah za Componenta Corporation (UL 2006, L 353, str. 36, točka 26) (ne sme se zamenjati vlog mesta kot javne oblasti in mesta kot komercialnega solastnika družbe), in Odločbo Komisije 2008/719/ES z dne 30. aprila 2008 o državni pomoči C 56/06 (ex NN 77/06) Avstrije za privatizacijo banke Bank Burgenland (UL 2008 L 239, str. 32): Komisija je zavrnila trditev Avstrije in navedla, da se obveznosti na podlagi javnega prava ne smejo zamenjati z analizo dejanj države kot vlagatelja, vendar je opozorila, da bi bil položaj drugačen, če bi država dala enako vrsto poroštva z garancijsko pogodbo zasebnega prava.

38 — Sodba z dne 10. julija 1986 v zadevi Belgija proti Komisiji (234/84, Recueil, str. 2263) in (40/85, Recueil, str. 2321).

39 — Sodba z dne 14. novembra 1984 v zadevi SA Intermills proti Komisiji (323/82, Recueil, str. 3809, glej str. 3842).

40 — Glej EC State aid law – Le droit des aides d'Etat dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea; Khan, N., in Borchardt, K.-D., The private market investor principle: reality check or distorting mirror?, Kluwer, 2008, str. 115.

92. Menim, da je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi kršilo razliko med *acta iure gestionis* in *acta iure imperii*, ki jo je skrajno natančno določilo Sodišče.[41] V bistvu menim, da bi pristop Splošnega sodišča lahko privedel do pravne negotovosti in nepreglednosti ter (davčnih) ugodnosti za javna podjetja. Dodal bi, da bi lahko imela zadnja možnost posebno škodljiv učinek na številne sektorje, ki so bili nedavno liberalizirani ali ki so v procesu liberalizacije.

93. Natančneje, pristop Splošnega sodišča v izpodbijani sodbi je v nasprotju z zahtevo po preglednosti, ki jo določa pravo EU. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča na primer je „sistem neizkrivljene konkurence, kot je določen v Pogodbi, lahko zagotovljen le, če so različnim gospodarskim subjektom zagotovljene enake možnosti“. Sodišče je na podlagi tega sklenilo, da […] „je za *ohranitev učinkovite konkurence in zagotovitev preglednosti* treba sestaviti tehnične specifikacije, nadzorovati njihovo uporabo in podeliti homologacijo, ki jo mora izvesti organ, neodvisen od javnih ali zasebnih podjetij, ki ponujajo konkurenčno blago in/ali storitve v sektorju telekomunikacij“.[42] Menim, da ima preglednost nedvomno zelo pomembno vlogo tudi v zakonodaji EU o državnih pomočeh.

94. V zvezi s tem je ustrezno napotiti na zadevo Altmark.[43] Če se uporabljajo načela, potrjena v navedeni sodbi, je stališče tako, da mora podjetje, ki prejema nadomestilo, dejansko izpolnjevati obveznosti javne službe, te obveznosti pa morajo biti „jasno opredeljene“, da nadomestilo za obveznosti javne službe ni državna pomoč. Poleg tega „[morajo biti] merila, na podlagi katerih se izračuna nadomestilo, […] določena *vnaprej ter objektivno in pregledno*“ (moj poudarek). Pri četrtem pogoju, določenem v zadevi *Altmark*, je pomembno tudi, da je podjetje, ki se mu naloži izpolnjevanje obveznosti javne službe, izbrano s postopkom oddaje javnega naročila.

95. Menim, da je očitno, da izpodbijana sodba pravzaprav izpodbija nekatere elemente sodne prakse v sodbi Altmark. Sodišče si je v sodbi Altmark s predpisanim pristopom prizadevalo odstraniti vse možnosti manipulacije držav članic (v zvezi s tem glej tudi točko 71 zgoraj) ter vnesti preglednost in jasnost v dejavnosti držav članic na trgu.

96. Menim, da je v obravnavani zadevi potreben enak pristop. Komisija je imela zato prav, ko je sprejela načelno stališče v izpodbijani odločbi, kolikor je potrebna vidna ločitev vloge države *qua* javne oblasti od vloge države *qua* delničarke. Menim, da se preskusa z vidika načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu ne sme uporabiti, dokler ne obstajajo enakovredni pogoji za različne gospodarske subjekte in enaka davčna obravnava. Ne smemo pozabiti, da je *ratio* načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu prav preprečiti diskriminacijo med javnimi in zasebnimi podjetji, da se zagotovi pravilna uporaba določb o državnih pomočeh iz Pogodbe. Vendar se je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi, kot smo videli, oddaljilo od tega enakega obravnavanja in zato od pravega *temelja* za načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu.

97. Zato je treba prvemu delu drugega pritožbenega razloga ugoditi.

2. Drugi del drugega pritožbenega razloga: Splošno sodišče bi moralo presoditi, ali bi tako, kot je ravnala Francija, lahko ravnal zasebni gospodarski subjekt brez privilegijev

98. Komisija, Iberdrola in Organ EFTA v bistvu Splošnemu sodišču očitajo, da svoje presoje ni oprlo na primerjalno študijo ravnanja preudarnega zasebnega gospodarskega subjekta, ki nima privilegijev, v podobnih okoliščinah na eni strani in ravnanja francoske države, ki ima prerogative javne oblasti, v tej zadevi na drugi strani. Družba EDF in francoska vlada ugovarjata, da je treba drugi del drugega pritožbenega razloga zavrniti.

41 — *Acta iure gestionis*, kolikor si je z zadevnimi ukrepi prizadevalo „normalizirati” račune podjetja, v obravnavani zadevi bilanco družbe EDF (glej točko 6 zgoraj) in acta iure imperii, ker so o prestrukturiranju bilance družbe EDF „odločili in o tem obvestili družbo EDF” francoski organi na podlagi zakona, sprejetega za ta namen (glej točke od 6 do 8 zgoraj).

42 — Moj poudarek. Glej sodbo z dne 9. novembra 1995 v zadevi Tranchant (C-91/94, Recueil, str. I-3911, točka 18 in navedena sodna praksa).

43 — Navedena v opombi 17, točke 89, 90 in 93.

99. Vendar v nasprotju s trditvami družbe EDF, da je Splošno sodišče presodilo ravnanje, ki ga je učinkovito izkazala država, menim, da njegova analiza pravzaprav temelji na ravnanju, ki „bi“ ga Francija „lahko“ izkazala, če bi ravnala drugače. Splošno sodišče je izvedlo študijo ukrepov, ki bi jih lahko sprejela država na podlagi „dolgega načrta“. Ta je bil, prvič, razporediti v kapital družbe EDF neto znesek po plačilu davka od dohodkov pravnih oseb, nato zahtevati od družbe EDF, naj plača davek, ki ustreza spremembi neto vrednosti, in, nazadnje, dodatno povečati kapital za znesek, enak plačanemu davku.

100. Glede tega ima Komisija prav, ko poudarja, da bi na podlagi „dolgega načrta“ državni proračun, ki je skrbno nadzorovan, zagotavljal preglednost, katere pomanjkanje je jedro obravnavane zadeve. Na podlagi načrta, ki je bil dejansko uporabljen v tej zadevi, so sredstva ušla vsej proračunski disciplini, načelo enake davčne obravnave je bilo kršeno in družba EDF je imela posebno obravnavo brez kakršne koli preglednosti.

101. Kot trdi Iberdrola, je izjava, da je vseeno, ali se obdavčeni znesek – popolnoma nepregledno – neposredno razporedi v kapital javnega podjetja ali pa se ta znesek vloži v državni proračun, očitno narobe razumljena. Sploh ni bilo že vnaprej določeno, da bi do povečanja kapitala, v katerega je Splošno sodišče vključilo zadevno davčno oprostitev, dejansko prišlo, če bi Francija najprej pobrala davek, da bi ta znesek prispevala v svoj proračun, in si nato z veljavnimi postopki prizadevala vložiti v družbo EDF znesek v višini zneska pobranega davka.

102. Sodna praksa vsekakor pojasnjuje, da opredelitev ukrepa kot državne pomoči ni odvisna od ukrepov, ki „bi bili lahko“ sicer sprejeti. Odvisna je od objektivnih značilnosti ukrepa, ki ga je dejansko izvedla država članica. [44]

103. Poleg tega je Splošno sodišče v zadevi BNP Paribas in BNL proti Komisiji [45] pravilno razsodilo, da „Komisiji v okviru presojanja sistema glede na določbe o državnih pomočeh, ni treba ugotavljati subjektivnih odločitev, ki bi jih lahko sprejeli upravičenci iz tega sistema, če tega ne bi bilo, temveč mora preučiti ta sistem za ugotovitev, ali objektivno vsebuje ekonomsko ugodnost glede na obdavčitev, od katere odstopa in ki bi se uporabila, če ga ne bi bilo […] Navedbe, da naj zadevna podjetja, če sporni sistem […] ne bi obstajal, domnevno ne bi odsvojila svojih sredstev, v okviru take objektivne presoje ni mogoče upoštevati“.

104. Opozoriti je treba, da mora Komisija v obravnavani zadevi na podlagi pristopa Splošnega sodišča opraviti „celovito“ analizo, kar pomeni analizo izgube davčnih prihodkov kot posledico davčne oprostitve, odobrene družbi EDF, po eni strani in analizo domnevnega dodatnega povečanja kapitala s strani države delničarke po drugi. Zadošča ugotovitev, da tak pristop temelji na predpostavki, da so bili prihodki od davka neposredno namensko uporabljeni za domnevno povečanje kapitala. Vendar je zdaj jasno, da bi se davek, če bi bil pobran, stekel v splošni državni proračun in da zanj ni predvidena nobena konkretna namenska poraba.

105. V skladu s sodno prakso se skupna presoja davka kot načina financiranja ukrepa zahteva samo, če ga ni mogoče ločiti od pomoči, kar velja v primeru, v katerem so nekateri prihodki posebej „razporejeni“ za zadevno uporabo. „Šteje se, da je dajatev sestavni del ukrepa pomoči, če je v upoštevni nacionalni zakonodaji med dajatvijo in pomočjo določena obvezna namembnostna vez, tako da so prihodki od dajatve nujno namenjeni financiranju pomoči in neposredno vplivajo na njeno višino.“ [46]

106. Dalje, vprašanje, ali je Francija ravnala razumno, ko je sprejela zadevni ukrep, je preprosto nepomembno. To ni namen načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Nasprotno, iz sodne prakse izhaja, da je njegov namen primerjati položaj javnega podjetja s položajem zasebnega podjetja in ne primerjati stroškov, ki bi jih imela država pri dveh različnih transakcijah.

44 — Sodba z dne 15. decembra 2005 v zadevi Unicredito Italiano (C-148/04, ZOdl., str. I-11137, točka 114).

45 — Sodba z dne 1. julija 2010 v zadevi BNP Paribas in BNL proti Komisiji (T-335/08, ZOdl., ZOdl., str. II-3323, točka 169).

46 — Sodba z dne 17. julija 2008 v zadevi Essent Netwerk Noord in drugi (C-206/06, ZOdl., str. I-5497, točki 89 in 90 in navedena sodna praksa).

107. V zvezi s tem je v točki 262 izpodbijane sodbe navedeno, da „[se] država [...] namreč lahko kot vsak upnik, ki je lastnik družbe, odpove terjatvi, tako da jo spremeni v kapital v enakem znesku. Ta transakcija, s katero lastnik družbe poveča kapital, tako da se odpove terjatvi, ki jo ima do te družbe, je kompenzacija, ki jo lahko izvede tudi preudaren zasebni vlagatelj v običajnih tržnih razmerah“. Sodišče je na obravnavi zato vprašalo: ali je transakcija, v kateri zasebno podjetje, ki je ustvarilo rezervacije, da bi poplačalo terjatev, ki jo ima do njega njegov edini delničar, ob tem, da se delničar odloči, da se bo odpovedal svoji terjatvi, da bi povečal kapital podjetja, obdavčljiva na podlagi člena 38(2) Francoskega splošnega davčnega zakonika? Komisija je odgovorila, da je gotovo, da znesek povečanja kapitala nikoli ne bi bil enak, ker zasebni gospodarski subjekt (ki bi moral plačati davek in ga ne bi mogel spremeniti v kapital) nikoli ne bi mogel dobiti nazaj zneska davka, medtem ko je Francija v obravnavani zadevi lahko ponovno vložila navedeni znesek.

108. Zato je očitno, da je Splošno sodišče po eni strani preučevalo, kako „bi“ Francija „lahko ravnala“, oziroma je preučevalo dolg načrt (za razliko od dejanskega ravnanja države), medtem ko po drugi strani ni opredelilo referenčnega zasebnega gospodarskega subjekta, ki bi lahko obstajal na trgu.

109. Kot je zdaj jasno, pa se v skladu z ustaljeno sodno prakso povečanje kapitala, ki ga izvedejo država ali javni organi, ne more šteti za državno pomoč, če bi zasebni vlagatelj v običajnih tržnih razmerah izvedel tako naložbo.[47] V zvezi s tem je treba premisliti, ali bi zasebni vlagatelj, ki je po velikosti primerljiv z zadevnim javnim organom, v podobnih okoliščinah zagotovil kapital v takem znesku.[48]

110. Kot izhaja iz zgoraj navedenega, je v obravnavani zadevi jasno, da zasebno podjetje ne bi moglo spremeniti sredstev, namenjenih za rezervacije, v kapital, ne da bi moralo najprej plačati davek od dohodkov pravnih oseb. Zato zasebni vlagatelj ne bi imel več na voljo navedenega zneska davka in zato ne bi imel na voljo zneska, ki naj bi se domnevno uporabil za dodatno povečanje kapitala, ki ga je Francija z izvajanjem svojih pristojnosti lahko „vložila“.

111. V zvezi s tem je ustrezno napotiti na sodbo Sodišča v zadevi Chronopost I,[49] ker je po mojem mnenju to, kar je Sodišče v bistvu storilo v navedeni zadevi, treba storiti v obravnavani zadevi. Sodišče je v zadevi Chronopost I menilo, da ni ustrezno primerjati položaja La Poste s položajem zasebnega vlagatelja.

112. Zlasti je tudi v navedeni zadevi Splošno sodišče potrdilo uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, medtem ko jo je Sodišče naknadno zavrnilo. To je bilo treba, ker je bila družba La Poste v zelo posebnem položaju: morala je ohraniti omrežje pošt, da je lahko zagotavljala storitve splošnega gospodarskega pomena, in zasebni vlagatelj – ki ne deluje v pridržanem sektorju – se nikoli ne bi znašel v enakem položaju.

113. Zato iz sodbe Chronopost I izhaja, da ni mogoče ničesar primerjati, če je javni gospodarski subjekt v položaju, v katerem zasebni gospodarski subjekt po definiciji ne bi mogel biti. Menim, da je bilo bistvo sodbe Chronopost I določiti znesek nadomestila za javno službo in da se ta zadeva ni neposredno nanašala na načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Vendar je navedena sodba upoštevna v obravnavani zadevi in jo je treba uporabiti po analogiji.

114. Zato menim, da je Splošno sodišče napačno uporabilo navedeno sodno prakso, ko je v točki 278 izpodbijane sodbe, s tem da je oprlo svoje ugotovitve na točko 38 sodbe Chronopost I, razsodilo, da „neobstoj referenčnega zasebnega vlagatelja ne pomeni, da transakcije ni treba preučiti z vidika tokrat nujno hipotetičnih „običajnih tržnih razmer“, ki jih je treba ugotoviti na podlagi razpoložljivih objektivnih in dokazljivih dejavnikov“.

47 — Glej med drugim sodbe z dne 21. marca 1991 v zadevi Italija proti Komisiji („ENI-Lanerossi”) (C-303/88, Recueil, str. I-1433, točke od 20 do 24); z dne 21. marca 1991 v zadevi Italija proti Komisiji („Alfa Romeo”) (C-305/89, Recueil, str. I-1603, točki 19 in 20) in z dne 8. maja 2003 v združenih zadevah Italija in SIM 2 Multimedia proti Komisiji (C-328/99 in C-399/00, Recueil, str. I-4035, točka 38).

48 — Glej sodbo Alfa Romeo, navedeno v opombi 47, točka 19, sodbi z dne 29. junija 2000 v zadevi DSG proti Komisiji (T-234/95, Recueil, str. II-2603, točka 119); z dne 12. decembra 2000 v zadevi Alitalia proti Komisiji (T-296/97, Recueil, str. II-3871, točka 96) in sodbo Westdeutsche Landesbank, navedeno v opombi 32, točka 245.

49 — Navedena v opombi 20.

115. Pri tem pomaga, če najprej preberemo sklepne predloge generalnega pravobranilca A. Tizzana, predstavljene v zadevi Chronopost I, ki jim je sledilo Sodišče. Generalni pravobranilec v točki 47 pojasni, da „zasebno podjetje, ki mu ne bi bilo treba ohraniti javnega poštnega omrežja, primerljivega s takim, ki ga nadzoruje La Poste za zagotavljanje univerzalnih poštnih storitev, v ‚običajnih tržnih razmerah'[...] ne bi imelo takega poštnega omrežja in zato ne bi moglo zagotavljati zadevne logistične pomoči eni od svojih podružnic [...] S tem ko je prosilo Komisijo, naj ugotovi, kakšne stroške bi imel s tako pomočjo hipotetični zasebni holding [...], ki mu ne bi bilo treba zagotavljati univerzalnih poštnih storitev in tako ne bi užival ugodnosti pridržanega sektorja, si je [Splošno sodišče] napačno razlagalo člen 87 ES, ker je kot merilo za ugotovitev, ali je šlo za državno pomoč, vzelo zasebni gospodarski subjekt, ki v resnici ne bi obstajal v ‚običajnih tržnih razmerah'." Generalni pravobranilec v točki 45 sklepa, da „je [Splošno sodišče] [...] od Komisije zahtevalo, naj uporabi preskus, ki je bil očitno nerealen in zato neprimeren, da bi se z njim ugotovilo, ali je šlo v podobnem primeru za državno pomoč v smislu člena 87 ES".

116. Jasno je, da načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ni bilo upoštevno v zadevi Chronopost I. Sodišče se je strinjalo z navedeno analizo in prav zato je Sodišče razsodilo, da se je Splošno sodišče zmotilo, in zavrnilo uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu v takem primeru. Sodišče je v točki 33 navedene sodbe namreč razsodilo, da je Splošno sodišče „v tej presoji [ki temelji na uporabi načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu], v kateri je spregledano, da se podjetje, kot je družba La Poste, nahaja v popolnoma drugem položaju kot zasebno podjetje, ki opravlja dejavnost v običajnih tržnih razmerah, napačno uporabilo pravo".

117. Zato pristop Sodišča v navedeni zadevi v določenem smislu zadeva enako vprašanje, kot je bistveno vprašanje obravnavane pritožbe: potrebnost izključitve položajev iz obsega načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, v katerih ni resničnega zasebnega gospodarskega subjekta, s katerim bi se lahko primerjalo ravnanje države.

118. Zato preskusa iz izpodbijane sodbe ni mogoče potrditi, ker temelji na kopici iluzij, ki zadevajo dejansko ravnanje države in običajnega zasebnega vlagatelja. Oba elementa primerjave – ravnanje države po eni strani in ravnanje zasebnega vlagatelja po drugi – sta spremenjena tako, da to ni več primerjava dejanskega ravnanja države z dejanskim ravnanjem resničnega zasebnega gospodarskega subjekta v tržnem gospodarstvu.

119. Iz tega izhaja, da je Splošno sodišče s svojim orisom preskusa načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu le-to naredilo za neupoštevno. V skladu z različico preskusa Splošnega sodišča se „običajne" tržne razmere ne presojajo več na podlagi resničnih dejstev, ki bi označila referenčnega zasebnega vlagatelja, ki ustreza običajnemu vlagatelju na trgu (ki ga Splošno sodišče ni opredelilo); niti se ne presojajo z vidika načinov zagotavljanja kapitala, temveč na podlagi popolnoma hipotetičnih premislekov. Nasprotno, v skladu z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu je očitno treba preveriti, ali bi zasebni vlagatelj izvedel zadevno naložbo v enakih razmerah. Kot je opozorila Komisija, različne naložbe lahko pomenijo različne stroške in različne obete glede donosnosti.

120. Nazadnje, na podlagi točke 249 izpodbijane sodbe „[...] bi morala [Komisija] namreč – ne glede na obliko intervencije države za povečanje kapitala družbe EDF in morebitno uporabo davčnih sredstev za ta namen – v takih okoliščinah preveriti, ali bi zasebni vlagatelj v podobnih okoliščinah izvedel po znesku primerljivo naložbo, in to zato, da bi preverila ekonomsko racionalnost te naložbe in naložbo primerjala z ravnanjem, ki bi ga tak vlagatelj izkazal do istega podjetja v enakih okoliščinah".

121. Družba EDF, pritrjujoč analizi Splošnega sodišča, v bistvu trdi, da bi bilo treba celotno ravnanje države presojati z vidika donosnosti. [50]

50 — Sklicuje se na sodbi v zadevi Belgija proti Komisiji (234/84), navedena v opombi 38, točka 14, in Italija in SIM 2 Multimedia proti Komisiji, navedena v opombi 47, točka 38.

122. Kot je opozorila Iberdrola, pa bi javna podjetja lahko uživala ugodnosti na podlagi položaja njihovega lastnika, če bi pri naložbi države štela samo ekonomska razumnost te naložbe, ker je državni vlagatelj sam po sebi v drugačnem položaju kot zasebni vlagatelj. V skladu z navedeno analizo bi bila javna podjetja lahko navsezadnje popolnoma oproščena davkov.

123. V zvezi s tem je Splošno sodišče v zadevi Westdeutsche Landesbank [51] pravilno razsodilo, da ob uporabi načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu ni dovolj primerjati donosa, ki ga ima zvezna dežela zaradi zadevne transakcije z donosom, ki ga je imela od premoženja Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen pred transakcijo, ker navedeno premoženje ni predmet logike zasebnega vlagatelja. Treba je primerjati donos, ki ga ima zvezna dežela zaradi zadevne transakcije z donosom, ki bi ga hipotetičen zasebni vlagatelj zahteval za navedeno transakcijo. [52] Dejstvo, da je bila zadevna transakcija za zvezno deželo razumna, ne izključuje uporabe zakonodaje EU o državnih pomočeh. S tem dejstvom se ne izognemo temu, da je treba ugotoviti, ali je navedena transakcija okrepila položaj Westdeutsche Landesbank, s tem da ji je zagotovila ugodnost, ki je ne bi dobila v običajnih tržnih razmerah.

124. Če bi bilo namreč treba upoštevati pristop Splošnega sodišča, bi države članice lahko delovale na podlagi splošne ocene ekonomske razumnosti, v okviru katere bi lahko uporabljale pristojnosti javne oblasti. Na primer v obravnavani zadevi bi lahko Francoska republika izvajala svoja davčna pooblastila v korist družbe EDF, če bi si transakcijo – gledano v celoti – lahko razlagali kot razumno ravnanje gospodarskega subjekta, ki posluje, da bi imel dobiček.

125. Vendar je to taka splošna ocena razumnosti, ki jo je Sodišče grajalo v zadevah Hytasa in Gröditzer. [53] Kot je poudarila Iberdrola, se navedeni zadevi nanašata na možnost Nemčije in Španije, da izkoristita razumnost zadevnih ukrepov (v bistvu povečanj kapitala), glede na obveznosti, ki bi jih imeli kot javna organa, ob likvidaciji podjetja prejemnika, in sicer obveznosti, ki se nanašajo na primer na plačilo nekaterih nadomestil za primer brezposelnosti. Sodišče je grajalo tako splošno oceno razumnosti, ker je zajemala dejanja javne oblasti. Sodišče je poudarilo nezdružljivost ocene razumnosti, ki je posebnost načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, na eni strani in upoštevanje ugodnosti in stroškov, ki so posledica pristojnosti in obveznosti, ki so posebnost države, na drugi.

126. V zvezi s tem v nasprotju s trditvami iz točke 256 in naslednje izpodbijane sodbe in trditvami družbe EDF dejstvo, da sta se zadevi Hytasa in Gröditzer nanašali na „obveznosti“ države same in ne – kot v obravnavani zadevi – na pooblastila, ki so sama sebi namen, ne vpliva na dejstvo, da se obveznosti – pa tudi pravice – ki jih ima lahko država kot javni organ, nikoli ne smejo obravnavati v povezavi s tistimi, ki jih ima država kot vlagatelj.

127. Zato lahko Splošno sodišče, kot izhaja iz točke 258 izpodbijane sodbe, stori tako napako samo, če spet dopusti, da domnevni cilj zadevnega ukrepa prevlada nad nepremostljivo izključnostjo pravic, ki so potrebne za njegovo izvajanje. Vendar Sodišče niti v zadevi Hytasa niti v zadevi Gröditzer ni upoštevalo ciljev skupne donosnosti, ki sta jih navajali državi članici, s tem da je zavrnilo njihovo upoštevnost v logiki vlagatelja: narava ukrepov sama po sebi je zadostovala za njihovo izključitev iz ocene razumnosti, ki sta jo navajali državi članici.

128. Nazadnje, pristop Splošnega sodišča je, kot je poudarila Komisija, paradoksen, predvsem ker je uveden v okviru liberalizacije zadevnega trga. Ker davčna oprostitev pomeni precejšnjo prednost za zadevno javno podjetje, je očitno, da tak ukrep skrbi za ohranitev njegovega prevladujočega položaja – kljub liberalizaciji trga.

129. Iz vsega navedenega izhaja, da je treba drugemu delu drugega pritožbenega razloga ugoditi.

51 — Navedena v opombi 32, točke 313, 314 in 315.

52 — Glej v tem smislu sodbo DM Transport, navedeno v opombi 35, točka 25.

53 — Navedena v opombi 27, točka 22, in opombi 28, točka 134.

3. Tretji del drugega pritožbenega razloga: načelo enakega obravnavanja

130. Komisija in Iberdrola v bistvu trdita, da je izpodbijana sodba kršila načelo enakega obravnavanja državnih in zasebnih podjetij in s tem omogočila ugodnejšo davčno obravnavanje države, vključno z družbami, v katerih država ni edina delničarka. Družba EDF in francoska vlada ugovarjata, da je treba tretji del drugega pritožbenega razloga zavrniti.

131. Opozoril bi, da je načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu izraz načela enakega obravnavanja in zato, kot je opozorila Komisija, Splošno sodišče s tem, da dovoli državi, da odobri davčne oprostitve podjetjem, ki so v njeni izključni lasti, dokler so dovolj donosna, pravzaprav priznava davčno ugodnost.

132. To po mojem mnenju pomeni kršitev načela enakega obravnavanja in ni združljivo z namenom načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Očitno je, da bi preskus, kot si ga je zamislilo Splošno sodišče, neizogibno ustvaril hudo izkrivljanje konkurence med javnimi in zasebnimi podjetji in zato dejstvo, da mora biti uporabljeni instrument dostopen tudi zasebnemu vlagatelju, ni samo za okras: to vprašanje se nanaša na samo bistvo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Zato menim, da je preskus, kot si ga je zamislilo Splošno sodišče, nezdružljiv s členom 295 ES v povezavi s členom 87 ES. Zlasti bi uporaba navedenega preskusa spodkopala logiko, ki je neločljivo povezana z načelom nevtralnosti iz člena 295 ES.[54]

133. V skladu s stališčem Splošnega sodišča bi bilo namreč treba vse finančne prednosti, ki jih država odobri z izvajanjem javne oblasti, ker je narava terjatve nepomembna, presoditi z vidika navedenega načela – pristop, ki bi postal način za izključitev ukrepov, ki jih zasebni vlagatelj ne more sprejeti, iz pojma državne pomoči.

134. Kot je poudarila Iberdrola, je načelo, da je treba dejavnosti države kot delničarke strogo ločevati od dejavnosti, ki jih država izvaja kot javna oblast, v bistvu enaka temeljna zamisel, kot ta, ki je bila povod za to, da je Sodišče menilo, da je dejstvo, da je prevladujoče podjetje delovalo hkrati kot imetnik posebnih pravic in gospodarski subjekt, ustvarilo nevarnost navzkrižja interesov v nasprotju s členoma 82 ES in 86 ES. Sistem neizkrivljene konkurence, kot ga predvideva Pogodba, je namreč lahko zagotovljen le, če so različnim gospodarskim subjektom zagotovljene enake možnosti.[55] Podobno je Sodišče razsodilo, da državni ukrep pomeni kršitev členov 86(1) ES in 82 ES, če povzroči neenake možnosti gospodarskih subjektov in zato izkrivljeno konkurenco.[56] Zato menim, da v skladu z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu javnim podjetjem ne bi smelo biti dovoljeno izvajati transakcije v razmerah, ki so ugodnejše od razmer, ki veljajo za zasebna podjetja, ali izvajati transakcij, ki jih zasebna podjetja morda nikoli ne bodo mogla izvajati. Ne sme se namreč pozabiti, da bi v obravnavani zadevi država prav tako lahko ravnala primerljivo z ravnanjem zasebnega vlagatelja (glej točko 77 zgoraj).

135. Kot izhaja iz vsega navedenega, menim, da je očitno, da se načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu ne bi smelo uporabljati v primeru davčne oprostitve.

136. Nazadnje, verjetno je, čeprav se za Splošno sodišče *prima facie* zdi, da si prizadeva omejiti obseg svoje sodbe na primer podjetja, v katerem je država edina delničarka, da v logiki, na kateri temelji sodba, ni mogoče videti razlogov za navedeno omejitev. Nasprotno, ko so na strani države enkrat zasebni delničarji, uporaba načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, kot je opozorila Komisija, postane še bolj verjetna, ker potem lahko ravnanje drugih delničarjev pogosto služi kot veljavna referenčna točka.

54 — Sodbi z dne 6. julija 1982 v združenih zadevah Francija in drugi proti Komisiji (od 188/80 do 190/80, Recueil, str. 2545, točka 21) in sodba Westdeutsche Landesbank, navedena v opombi 32, točke od 192 do 194.

55 — Glej sodbo z dne 1. julija 2008 v zadevi MOTOE (C-49/07, ZOdl., str. I-4863, točke 48, 49 in 51).

56 — Glej sodbo z dne 22. maja 2003 v zadevi Connect Austria (C-462/99, Recueil, str. I-5197, točka 84).

137. Zato je treba tretjemu delu drugega pritožbenega razloga ugoditi.

4. Četrti del drugega pritožbenega razloga: dokazno breme

138. Komisija, Iberdrola in Organ EFTA trdijo, da je Splošno sodišče kršilo pravila, ki urejajo razdelitev dokaznega bremena v zvezi z uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Družba EDF in francoska vlada ugovarjata, da je treba četrti del drugega pritožbenega razloga zavrniti.

139. Prvič, poudaril bi, da Splošno sodišče v točkah 248, 249 in 250 izpodbijane sodbe namiguje, da mora Komisija dokazati, da je zadevna transakcija izpolnjevala zahteve načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Splošno sodišče v točki 278 pravzaprav celo očita Komisiji, da „ni dokazala, da ni referenčnega zasebnega vlagatelja, s katerim bi lahko v tej zadevi primerjala javnega vlagatelja“. Medtem ko se strinjam z družbo EDF, da mora Komisija skrbno in nepristransko preučiti spis, menim, da to najverjetneje ne pomeni, da je treba od Komisije zahtevati, naj presodi davčno oprostitev z vidika načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu samo zato, ker je država članica „omenila“ navedeno načelo 18 mesecev po začetku preiskave. Pri tem je očitno, da presoja z vidika načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu ni odvisna od sodelovanja države članice.

140. Jasno je, da mora Komisija ugotoviti, da finančna pomoč, ki jo odobri država, objektivno izpolnjuje vse pogoje, ki morajo biti izpolnjeni, da se lahko opredeli kot državna pomoč. Vendar je dejstvo, da je, ko Komisija to ugotovi, dolžnost države, da dokaže, da je ravnala enako, kot bi ravnal razumen zasebni vlagatelj. Kot je poudaril Organ EFTA, je namen uporabe načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu ovreči ugotovitev, da je bila odobrena pomoč državna pomoč. Skladno s tem mora zadevna država navesti dokaze, da to ovrže.

141. Splošno sodišče je v zadevi Freistaat Thüringen proti Komisiji[57] v bistvu pravilno navedlo, da mora država članica, ko so izpolnjeni vsi pogoji za obstoj državne pomoči, „nave[sti] […] dejstva, da bi dokazala, da je bila dodelitev zadevne pomoči v skladu z ravnanjem zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu“.

142. Navsezadnje je logično, da mora država članica, ki se opira na to utemeljitev, dokazati, da so pogoji za uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu izpolnjeni. Logično je tudi, da sta država članica in podjetje prejemnik edini stranki, ki imata na voljo ekonomske in računovodske podatke, ki kažejo kakovost in značilnosti zadevne naložbe.

143. To vsekakor velja *a fortiori*, če se za ravnanje, za katero država članica trdi, da izpolnjuje pogoje za uporabo načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, na prvi pogled zdi, da pomeni izvajanje državne oblasti.

144. Iz listin, ki so bile predložene Sodišču, izhaja, da francoski organi v upravnem postopku niso navedli primernih in jasnih dokazov za utemeljitev svoje trditve, da je Francija ravnala kot razumna zasebna vlagateljica. Francoski organi so namreč samo navedli, da je bilo povečanje kapitala utemeljeno z obeti glede donosnosti, ne da bi navedli dokaze v podporo tej trditvi. Zato je imela Komisija v nasprotju s trditvami družbe EDF glede na okoliščine obravnavane zadeve in glede na to da, čeprav je bilo dokazno breme na strani države članice, francoski organi niso navedli najmanjšega jasnega dokaza, pravico, da ne uporabi načela vlagatelja v tržnem gospodarstvu, zlasti v okoliščinah obravnavane zadeve, v kateri je država izvajala javno oblast.

145. Zato je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ker je kršilo pravila o razdelitvi dokaznega bremena.

57 — Sodba z dne 19. oktobra 2005 v zadevi Freistaat Thüringen proti Komisiji (T-318/00, ZOdl., str. II-4179, točka 180).

146. Pravzaprav je, kot je poudaril Organ EFTA, Komisija v nehvaležnem položaju, ker je Splošno sodišče prevalilo dokazno breme. Praviloma Komisija ne more poznati natančnih okoliščin državne podpore, dane podjetju, razen če jo o navedenih okoliščinah ne obvesti zadevna država. Vse upoštevne utemeljitve – in zlasti temeljna dejstva in dokaze – mora predložiti država. Če Komisija ni seznanjena z vsemi potrebnimi dejstvi, ji mora biti omogočeno sprejeti odločitev na podlagi informacij, ki jih ima.

147. Poleg tega se strinjam s Komisijo, da neobstoj dokazov, ki bi pokazali, da bi bilo treba zadevno davčno oprostitev šteti kot naložbo, za katero je država ocenila možnosti donosa, preden se je zavezala, kot bi storil vsak zasebni vlagatelj, kaže na naslednji primer napačne uporabe prava.

148. Kot je Sodišče opozorilo v zadevi Komisija proti Scott[58], „mora sodišče [Unije] zakonitost odločbe na področju državnih pomoči presoditi glede na podatke, ki jih je Komisija imela na voljo, ko jo je izdala“.

149. Vendar Komisija ob izdaji izpodbijane odločbe v obravnavani zadevi ni imela na voljo nobenih dokazov, ki bi pokazali, da je bilo načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu upoštevno ali da so bili pogoji za navedeno načelo izpolnjeni. Zato je očitati Komisiji, da ni presodila davčne oprostitve glede na načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu, enako, kot če bi jo grajali, da ni upoštevala informacij, ki jih ni imela na voljo.

150. Nazadnje, treba je poudariti, da francoski organi v upravnem postopku niso predložili nobenih objektivnih dokazov, ki bi podprli njihovo trditev, da se uporablja načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Niso predložili nobenega poročila, strokovnega mnenja ali interne študije, ki bi pokazali, da je bila izvedena ocena donosnosti. Tudi ko je Splošno sodišče zahtevalo predložitev takega poročila, je bilo namreč poročilo, ki mu je bilo naknadno predloženo, tudi izvedeno *a posteriori*: francoski organi, z drugimi besedami, niso imeli poročila iz obdobja domnevne naložbe. Iz tega izhaja, da se zdi, da je Francija vložila 888 milijonov EUR v podjetje, ne da bi izvedla predhodno analizo ali sestavila *ex ante* poslovni načrt, in kljub temu še vedno trdi, da bi bilo treba njeno ravnanje šteti za primerljivo z ravnanjem preudarnega zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu.

151. Zato je treba ugoditi tudi četrtemu delu drugega pritožbenega razloga in posledično drugemu pritožbenemu razlogu v celoti.

5. Posledice razveljavitve

152. V skladu s členom 61, prvi odstavek, Statuta Sodišča Evropske unije lahko to ob razveljavitvi odločitve samo dokončno odloči o sporu, če stanje postopka to dovoljuje, ali pa zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču.

153. Splošno sodišče v obravnavani zadevi ni presodilo vseh tožbenih razlogov družbe EDF. Zato je treba zadevo vrniti v razsojanje Splošnemu sodišču in pridržati odločitev o stroških pritožbe.

154. Vendar je dejstvo, da Sodišče, če stanje postopka to dovoljuje, lahko samo dokončno odloči o zadevi. Menim, da ima Sodišče zdaj na voljo vse informacije, ki jih potrebuje za razsodbo o utemeljenosti tretjega dela drugega tožbenega razloga družbe EDF na prvi stopnji, v katerem je družba EDF v bistvu trdila, da bi bilo treba zadevne ukrepe opredeliti kot povečanje kapitala in analizirati v splošnem kontekstu pojasnitve finančnega odnosa med državo in družbo EDF, s čimer je trdila, da je država ravnala kot preudaren zasebni vlagatelj v tržnem gospodarstvu. Kot izhaja iz vsega navedenega v teh sklepnih predlogih, pa je treba tretji del drugega tožbenega razloga zavrniti.

58 — Sodba z dne 2. septembra 2010 v zadevi Komisija proti Scott (C-290/07 P, ZOdl., str. I-7763, točka 91 in navedena sodna praksa).

V – Predlog

155. Glede na vse navedeno predlagam, naj Sodišče:

— razveljavi sodbo Splošnega sodišča Evropske unije (tretji senat) z dne 15. decembra 2009 v zadevi EDF proti Komisiji, T-156/04, v delu, v katerem sta bila člena 3 in 4 Odločbe Komisije z dne 16. decembra 2003 o državnih pomočeh v korist EDF in sektorja elektroenergetske in plinske industrije (C 68/2002, N 504/2003 in C 25/2003) razglašena za nična;

— zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču;

— pridrži odločitev o stroških pritožbe.