Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA
JÁNA MAZÁKA
přednesené dne 20. října 2011 [1]

Věc C-124/10 P

Evropská komise
proti

Électricité de France (EDF) a dalším

„Kasační opravný prostředek — Státní podpora — Selektivní osvobození od daně spojené se zvýšením základního kapitálu během rekapitalizace podniku — Zásada investora v tržním hospodářství — Stát jednající jako akcionář a stát vykonávající veřejnou moc“

1. Komise se domáhá, aby Soudní dvůr zrušil rozsudek [2], kterým Tribunál zrušil články 3 a 4 rozhodnutí Komise o opatření státní podpory ve prospěch EDF a odvětví výroby elektřiny [3]. Tento kasační opravný prostředek má zvláštní význam pro unijní právo v oblasti státní podpory. Nastoluje zásadní otázku, která se týká působnosti (použitelnosti) ústředního prvku unijního práva v oblasti státní podpory – konkrétně zásady investora v tržním hospodářství (ZITH) – v případě, kdy stát vykonal své výsadní právo veřejné moci. ZITH (nebo „kritérium soukromého investora“) je v podstatě logickým vyjádřením zásady rovného zacházení s veřejnými a se soukromými podniky odvozené z článků 86 ES a 295 ES.

I – Právní rámec

2. Článek 38 odst. 2 francouzského Všeobecného daňového zákoníku stanoví, že „čistý zisk je tvořen rozdílem hodnot čistých aktiv na konci a na začátku účetního období, jehož výsledky slouží jako daňový základ snížený o doplňkové vklady a zvýšený o odvody učiněné hospodářským subjektem nebo společníky během tohoto období. Čistými aktivy se rozumí přebytek hodnoty aktiv nad úhrnem pasiv tvořených pohledávkami věřitelů, odpisy a odůvodněnými rezervami“.

3. Podle čl. 4 odst. I a II zákona č. 97-1026 [4] se zařízení hlavní přenosové sítě elektrické energie považují za vlastnictví společnosti EDF od okamžiku, kdy jí byla na tuto síť udělena koncese, a pro účely použití ustanovení odstavce I se ke dni 1. ledna 1997 protihodnota nepeněžitého majetku hlavní přenosové sítě užívaného v rámci koncese, zařazená na straně pasiv rozvahy společnosti EDF, zapíše bez příslušných oprav ocenění do položky „Kapitálové dotace“.

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Rozsudek Tribunálu ze dne 15. prosince 2009, EDF v. Komise, T-156/04, Sb. rozh. s. II-4503 (dále jen „napadený rozsudek“).

3 — Rozhodnutí (C 68/2002, N 504/2003 a C 25/2003) přijaté dne 16. prosince 2003 (dále jen „sporné rozhodnutí“).

4 — Zákon ze dne 10. listopadu 1997 o naléhavých daňových a finančních opatřeních (JORF ze dne 11. listopadu 1997, s. 16387).

II – Skutkový základ sporu

4. Skutkový stav, správní řízení a napadené rozhodnutí jsou podrobně popsány v bodech 9 až 51 napadeného rozsudku. Omezím se na nejdůležitější body. EDF vyrábí, přenáší a distribuuje elektřinu. V rozhodné době byla EDF ve výlučném vlastnictví státu. Vznikla ze zákona, kterým byla znárodněna odvětví elektrické energie a plynárenství a zavedena zásada převodu znárodněných koncesí týkajících se elektrické energie na společnost EDF. Jednotlivé koncese na přenos elektrické energie udělené státem se v roce 1958 sjednotily do jedné koncese, tzv. „hlavní přenosové sítě“ (réseau d'alimentation générale, dále jen „RAG“).

5. Použití obecného účetního plánu z roku 1982, který obsahoval zvláštní účetní pravidla pro koncese, na EDF vedlo ke změně způsobu účtování RAG za účelem zohlednění doporučení vyjádřených Národní radou pro účetnictví (Conseil national de la comptabilité, dále jen „CNC“). Byl vytvořen vlastní účetní plán EDF, který byl schválen meziresortní vyhláškou. RAG byla zapsána do aktiv účetní rozvahy EDF pod položku nazvanou „Hmotný investiční majetek užívaný v rámci koncese“. Byly vytvořeny zvláštní účetní rezervy pro účely obnovení hmotného investičního majetku užívaného v rámci koncese s cílem umožnit EDF vrátit tento majetek po vypršení koncese v bezvadném stavu.

6. Výdaje vynaložené EDF pro účely obnovy byly zapsány do účetní rozvahy pod položkou „Protihodnota majetku užívaného v rámci koncese v účetní rozvaze“ (nazvané rovněž „Nároky zadavatele koncese“). Tato položka představovala dluh EDF vůči francouzskému státu související s bezplatným vrácením nahrazeného majetku po vypršení koncese. Ve zprávě z roku 1994 francouzský Cour des Comptes (Účetní dvůr) poukázal na nezákonnou povahu daňové úlevy přiznané EDF v důsledku protiprávního vytvoření účetních rezerv pro obnovu RAG. Francouzský stát proto provedl restrukturalizaci rozvahy EDF. Smlouva upravující vztahy státu a podniku „Stát-EDF 1997–2000“ podepsaná dne 8. dubna 1997 stanovila normalizaci účetnictví podniku a jeho finančních vztahů se státem v očekávání otevření trhu s elektřinou stanoveného ve směrnici Evropského parlamentu a Rady 96/92/ES ze dne 19. prosince 1996 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou (Úř. věst. 1997, L 27, s. 20; Zvl. vyd. 12/02, s. 3).

7. Před přijetím zákona č. 97-1026 vypadala účetní rozvaha EDF následovně: (i) na straně aktiv položka nazvaná „Hmotný investiční majetek užívaný v rámci koncese“ ve výši 285,7 miliardy FRF, z toho přibližně 90 miliard FRF z titulu RAG; (ii) na straně pasiv položka nazvaná „Rezervy“, z nichž přibližně 38,5 miliardy FRF z titulu RAG, jakož i položka nazvaná „Protihodnota majetku užívaného v rámci koncese“ evidující vynaložené výdaje na obnovu, která činila 145,2 miliardy FRF, z toho 18,3 miliardy z titulu RAG.

8. Podle článku 4 zákona č. 97-1026 bylo rozhodnuto o způsobu restrukturalizace části rozvahy týkající se dlouhodobých aktiv a pasiv EDF a oznámeno EDF dne 22. prosince 1997 prostřednictvím dopisu francouzského ministra hospodářství, financí a průmyslu, státního tajemníka pro rozpočet a státního tajemníka pro průmysl (viz níže, body 25 a 26).

9. V souvislosti se správním řízením Komise přijala tři rozhodnutí týkající se EDF, zveřejněná dne 16. listopadu 2002 (Úř. věst. C 280, s. 8). Komise zahájila podle čl. 88 odst. 2 ES formální vyšetřovací řízení ohledně výhody plynoucí EDF z nezaplacení daně z příjmu právnických osob z části účetních rezerv vytvořených pro obnovu RAG. Článek 3 sporného rozhodnutí označuje za státní podporu neslučitelnou se společným trhem daň z příjmu právnických osob z části rezerv vytvořených na základě osvobození od daně z příjmu právnických osob pro obnovení RAG, kterou EDF nezaplatila v roce 1997, ve výši 14,119 miliardy FRF v položce nároky zadavatele koncese přeřazených do kapitálových dotací, a uvádí, že předmětná podpora činí 888,89 milionu eur. V článku 4 sporného rozhodnutí měla Francie získat zpět podporu (s připočtenými úroky) ve výši 1,217 miliardy eur a tato částka byla francouzskému státu skutečně vrácena.

III – Napadený rozsudek

10. Na podporu své žaloby vznáší EDF v podstatě tři žalobní důvody. Tribunál omezil své posouzení na první žalobní důvod a první tři části druhého žalobního důvodu s tím, že zamítl první žalobní důvod a první dvě části druhého žalobního důvodu. Vyhověl třetí části druhého žalobního důvodu a zrušil články 3 a 4 sporného rozhodnutí; EDF v souvislosti s třetí částí druhého žalobního důvodu v podstatě tvrdila, že stát provedením předmětného opatření jednal jako obezřetný soukromý investor v tržním hospodářství.

11. V bodech 233 až 237 napadeného rozsudku Tribunál v podstatě uvedl, že skutečnost, že zásah státu do základního kapitálu podniku má formu zákona, nestačí k vyloučení možnosti, že sleduje hospodářský cíl, který by mohl sledovat i soukromý investor. V bodech 243 až 245 Tribunál v podstatě uvedl, že ustanovení článku 4 zákona č. 97-1026 nejsou daňovými ustanoveními *jako takovými*, ale spíše ustanovení týkající se účetnictví, která však mají daňové důsledky. V bodech 247 až 250 Tribunál v podstatě konstatoval, že ve světle sledovaného cíle pouhá daňová povaha pohledávky, kterou má francouzský stát vůči EDF, a pouhá skutečnost, že francouzský stát použil zákon jakožto svůj nástroj, neznamenají, že je Komise oprávněna odmítnout použít ZITH.

12. V bodech 251 a 252 napadeného rozsudku Tribunál konstatoval, že nelze vyloučit, že z formy zvolené pro investici vyplývají rozdíly z hlediska nákladů na uvolnění kapitálu a jeho výnosnosti, které by mohly vést k závěru, že by soukromý investor za srovnatelných podmínek takovou investici neučinil. To však předpokládá ekonomickou analýzu v rámci uplatnění ZITH, kterou Komise záměrně neprovedla. V bodě 253 dospěl Tribunál k závěru, že Komise se nemohla omezit na přezkum daňových dopadů ustanovení přijatých Francouzskou republikou, aniž současně přezkoumala – a případně po tomto přezkumu vyloučila – opodstatněnost argumentace, že dotyčná operace splňovala ZITH.

IV – Posouzení

13. Komise uvádí dva důvody kasačního opravného prostředku: (i) Tribunál nesprávně vyložil a zkreslil skutkový stav a (ii) Tribunál se dopustil nesprávného právního posouzení při posuzování působnosti ZITH. Není nezbytné podrobně opakovat tvrzení všech účastníků řízení v samostatné části. Namísto toho tato tvrzení začlením v zájmu snadnější čitelnosti těchto návrhů do svého rozboru.

A – *První důvod kasačního opravného prostředku: zkreslení skutkového stavu*

14. Komise, Iberdrola a Kontrolní úřad ESVO (dále jen „úřad“) Tribunálu vytýkají, že na rozdíl od toho, co uvedl v napadeném rozsudku, Francouzská republika ve skutečnosti nepřeměnila daňovou pohledávku na kapitál, ale pouze společnosti EDF poskytla podporu ve formě osvobození od daně z příjmu právnických osob. EDF a francouzská vláda naproti tomu tvrdí, že první důvod kasačního opravného prostředku je třeba zamítnout.

15. Nejprve EDF tvrdí, že první důvod kasačního opravného prostředku je nepřípustný, neboť Komise Soudní dvůr žádá o opětovný přezkum posouzení provedeného Tribunálem týkající se restrukturalizace rozvahy EDF.

16. V tomto ohledu poukazuji na to, že v případě důvodu kasačního opravného prostředku týkajícího se zkreslení důkazů, sice přísluší pouze samotnému Tribunálu, aby posoudil hodnotu, jakou je třeba přiznat důkazům, které mu byly předloženy[5], Soudní dvůr nicméně rozhodl, že takový důvod kasačního opravného prostředku je přípustný[6]. V projednávaném případě je třeba námitku

5 — Rozsudek ze dne 1. června 1994, Komise v. Brazzelli Lualdi a další, C-136/92 P, Recueil, s. I-1981, bod 66.

6 — Viz mj. rozsudek ze dne 2. března 1994, Hilti v. Komise, C-53/92 P, Recueil, s. I-667, bod 42.

nepřípustnosti vznesenou EDF zamítnout. Je zřejmé, že Komise se nedomáhá pouze opětovného přezkumu posouzení Tribunálu týkajícího se restrukturalizace rozvahy EDF. Z vyjádření a listin předložených v řízení před Soudním dvorem naopak vyplývá, že existuje skutečné a bezprostřední riziko, že Tribunál zkreslil skutkový stav věci a nesprávně ho kvalifikoval.

17. Z ustálené judikatury totiž vyplývá, že pokud navrhovatel tvrdí, že Tribunál učinil zjištění, jejichž věcná nesprávnost vyplývá z písemností ve spisu, nebo že zkreslil důkazy, které mu byly předloženy, jsou námitky týkající se zjištění skutkového stavu a jeho posouzení v napadeném rozhodnutí přípustné [7]. Hodnocení důkazů jednoznačně přísluší Tribunálu a Soudní dvůr je nemůže přezkoumat; to však neplatí v případě, kdy Tribunál zkreslil důkazy tím, že z nich vyvodil závěry, které z nich zjevně nevyplývaly – a právě k tomu podle mého názoru v tomto případě došlo [8]. Ke zkreslení důkazů [9] (*dénaturation*) dochází, jestliže soud, jenž se zabývá věcí samou, překročí svou pravomoc při výkladu jasně a jednoznačně formulovaného dokumentu (jako je smlouva, závěť, zpráva, rozsudek nebo cizí právo) způsobem, který je neslučitelný s jeho zněním [10].

18. Ze všech předchozích úvah plyne, že první důvod opravného prostředku je přípustný.

19. V případě merita prvního důvodu kasačního opravného prostředku se zdá, že Tribunál pochybil při kvalifikaci skutkového stavu – zejména tím, že rozhodl, že Francouzská republika přeměnila daňovou pohledávku na kapitál (viz mj. bod 258 napadeného rozsudku), ačkoli tento stát ve skutečnosti poskytl společnosti EDF selektivní osvobození od daně z příjmu právnických osob [11].

20. Na rozdíl od tvrzení EDF, a jak bude doloženo níže, je zkreslení skutkového stavu zřejmé z listin předložených Soudnímu dvoru, a není tudíž třeba, aby Soudní dvůr provedl nové podrobné posouzení skutkového stavu.

21. Francouzská vláda usiluje o odůvodnění přístupu Tribunálu tím, že poukazuje na to, že přeměna daňové pohledávky na kapitál byla uskutečněna v rámci restrukturalizace rozvahy EDF s tím, že jedním ze stadií tohoto procesu byla rekapitalizace.

22. Je nesporné, že v témže období probíhala rekapitalizace společnosti EDF, která sama o sobě nebyla považována za státní podporu. Je však třeba poukázat na to, že *daňové důsledky* – které lze oddělit od rekapitalizace – byly označeny za státní podporu (viz bod 241 napadeného rozsudku). Považuji tvrzení francouzské vlády za irelevantní, neboť podle mého názoru je třeba vzdání se daňové pohledávky a její přeměnu na kapitálovou dotaci považovat zjevně za dvě samostatné a navazující operace. Zdá se, že francouzská vláda to v bodě 97 své kasační odpovědi skutečně připouští.

23. Je zřejmé, že v listinách založených ve spise nelze najít částku, která podléhá dani. Nenachází se tam žádný daňový výměr či zmínka o splatné daňové pohledávce ani rozhodnutí o vyčlenění částky, která podléhá dani, na rekapitalizaci společnosti EDF. Pokud bychom skutečně vycházeli z výkladu listin a skutkových okolností provedeného Tribunálem, bylo by vyčlenění částky, která podléhá dani, třeba dovodit pouze z jejího neuvedení v zákoně č. 97-1026 nebo v dopise ze den 22. prosince 1997.

24. Tribunál totiž v bodě 242 napadeného rozsudku uvedl, že „všechny účastnice řízení se shodují na tom, že daň z částky 14,119 miliardy FRF měla být zaplacena před tím, než byla tato částka připsána do položky nazvané ‚Kapitálová dotace'.

7 — Viz rozsudek ze dne 15. června 2000, Dorsch Konsult v. Rada a Komise, C-237/98 P, Recueil, s. I-4549, body 35 a 36.

8 — Viz stanovisko generálního advokáta G. Tesaura ve věci P Blackspur DIY a další v. Rada a Komise, C-362/95, Recueil, s. I-4775, bod 32.

9 — Viz rovněž rozsudek Hilti v. Komise, uvedený v poznámce pod čarou 6, bod 42.

10 — Viz stanovisko generální advokátky E. Sharpston ve věci Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware v. Rada, C-141/08 P, Sb. rozh. s. I-9147, bod 72.

11 — Rozsudek ze dne 15. března 1994, Banco Exterior de España, C-387/92 Recueil, s. I-877, bod 14. Viz rovněž rozsudek ze dne 19. května 1999, Itálie v. Komise, C-6/97, Recueil, s. I-2981, bod 16.

25. Z bodů 239 až 242 napadeného rozsudku vyplývá, že všechna opatření k restrukturalizaci účetní rozvahy EDF byla zaznamenána v její rozvaze s dvojím cílem, a to posílit čistý obchodní majetek podniku a stabilizovat finanční vztah mezi státem a EDF na bázi blízké obecnému právu (viz bod 31 napadeného rozsudku).

26. Je třeba poukázat zejména na následující skutečnosti: (i) aktiva, která představovala RAG, byla reklasifikována ve výši 90,325 miliardy FRF jakožto „vlastní majetek"; (ii) nepoužité rezervy pro obnovu RAG ve výši 38,521 miliardy FRF byly zaúčtovány jako nerozdělený zisk a přeřazeny do položky přenesený zůstatek ztrát, došlo k vyrovnání tohoto účtu a přiřazení zůstatku k rezervám (dodávám, že tato operace byla zdaněna); a (iii) „nároky zadavatele koncese" byly přímo přiděleny do položky kapitálových dotací ve výši 14,119 miliardy FRF.

27. Důležitá je nicméně skutečnost, že přeměna částky, která podléhá dani, na kapitál, ze které byla EDF osvobozena, nebyla v účetní závěrce této společnosti vůbec zaznamenána.

28. Poukazuji na skutečnost, že „[…] samotné francouzské orgány uznávají protizákonný charakter této operace. V nótě Generálního ředitelství daní [francouzského ministerstva hospodářství, financí a průmyslu] ze dne 9. dubna 2002, adresované Komisi, naznačují francouzské orgány, že ‚poplatky za licenci příslušné k RAG představují nepatřičný dluh, který zahrnutí do kapitálu osvobodilo od daní neodůvodněným způsobem' a že ‚tato rezerva měla být před svým zahrnutím do kapitálu převedena z pasiva organizace, kde figurovala neoprávněně, na účet čistých aktiv, což by vedlo ke kladné změně čistých aktiv podléhající dani podle článku 38-2' Obecného daňového zákoníku" (viz bod odůvodnění 89 sporného rozhodnutí).

29. Navzdory jednoznačnému stanovisku Generálního ředitelství daní nebyla před začleněním částky, na kterou se vztahovala „pohledávka" do základního kapitálu, řádně zaznamenána žádná daňová pohledávka.

30. V projednávaném případě totiž tato „pohledávka" pravděpodobně nikdy neexistovala a nikdy neexistoval dluh, který by bylo možné prominout. Jak uvedla společnost Iberdrola, nedošlo k přeměně pohledávky na kapitál a státní orgány zřejmě takovou přeměnu ani nechtěly provést. Dokonce se zdá, že Tribunál vycházel z pokusu francouzské vlády *dodatečně* odůvodnit své jednání na základě ZITH. Podle mého názoru taková tvrzení – zejména vzhledem k tomu, že jsou prezentována *in tempore suspecto* – nemohou vést zpětně ke změně osvobození od daně na jednání, které lze považovat za „srovnatelné" s přeměnou pohledávky na kapitál.

31. V bodě 282 napadeného rozsudku Tribunál uznal, že „předtím, než byl přijat zákon č. 97-1026 a než byla EDF považována za vlastníka RAG, nebyla […] splatná žádná daň. Dále vzhledem k tomu, že se Francouzská republika vzdala práva na výběr daně, nebyla tato daň nadále splatnou, a tudíž nemohla být vykázána v rozvaze jako dluh podniku".

32. Souhlasím s Komisí v tom, že pokud by se měla uznat rekonstrukce skutkového stavu, kterou uvedl Tribunál, vedlo by to k implicitnímu a netransparentnímu zvýšení základního kapitálu uskutečněnému bez výslovného souhlasu zákonodárce a v rozporu s doporučeními daňových orgánů.

33. V této souvislosti je pro úvahu Tribunálu rozhodující bod 243 napadeného rozsudku. V tomto bodě Tribunál zřejmě na základě argumentu, že článek 4 zákona č. 97-1026 byl určený k restrukturalizaci účetní rozvahy EDF a ke zvýšení objemu vlastních finančních prostředků, dospěl k závěru, že se tedy „[n]ejedná […] o ustanovení daňové povahy jako taková, ale o ustanovení účetní povahy, která mají daňové účinky, jak potvrzuje dopis zaslaný EDF […] 22. prosince 1997".

34. Ostatní úvahy Tribunálu jsou totiž založeny na zjištění, že francouzský stát uskutečnil investici, a zejména že „prov[edl] zvýšení kapitálu [EDF] tím, že se vzd[al] uvedené daňové pohledávky" (viz bod 246 napadeného rozsudku). Znění relevantních částí napadeného rozsudku potvrzuje, že tato skutečnost je skutečně základem úvah Tribunálu a že ji Tribunál považoval za základní otázku, kterou bylo třeba vyřešit pro účely rozhodnutí o třetí části druhého žalobního důvodu společnosti EDF.

35. Tato myšlenka se skutečně objevuje v celém rozsudku. Víceméně výslovně je vyjádřena v bodech 248, 249, 250, 252, 253, 258 a 259. Tribunál navíc v bodech 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 a 259 napadeného rozsudku poukazuje na údajně sledované cíle.

36. Je zřejmé, že Tribunál při svém posouzení vycházel ze znění článku 4 zákona č. 97-1026. V podstatě celá argumentace francouzské vlády a EDF je do značné míry založena na znění tohoto ustanovení. Francouzská vláda a EDF tvrdí, že ze znění tohoto ustanovení jednoznačně vyplývá, že Tribunál právem dospěl k závěru, že podpora poskytnutá v roce 1997 byla kapitálovou dotací. Na rozdíl od těchto tvrzení se však domnívám, že ze znění článku 4 zákona č. 97-1026 nevyhnutně nevyplývá závěr, že tato podpora byla kapitálovou dotací. Francouzská vláda navíc ve svých vyjádřeních neprokázala, že z povahy těchto finančních operací nezbytně vyplývá, že představují kapitálovou dotaci. Z výše uvedených úvah je zřejmé, že tvrzení francouzské vlády, že údajná kapitálová dotace byla poskytnuta „co nejtransparentněji“ (neboť byla poskytnuta formou zákona), je rovněž třeba odmítnout.

37. Transparentní byla nanejvýš co do své formy, avšak zajisté nebyla transparentní co do svého obsahu.

38. Článek 4 zákona č. 97-1026 zjevně stanovuje pouze účetní důsledky finančních operací upravených tímto článkem. Nestanovuje však daňové důsledky nebo následky dotyčných operací. EDF to dokonce pravděpodobně připouští ve své kasační odpovědi. Jak poznamenala Komise, během legislativního procesu byla navrhovaná změna znění zákona zamítnuta, neboť jejím cílem bylo vymezit účetní proces, který by vedl k přeměně účetních rezerv týkajících se předmětných objektů, na vlastní majetek [12].

39. Zaprvé stačí poukázat na skutečnost, že ze znění zákona č. 97-1026 nevyplývá, že francouzský stát vykonal operaci, která v podstatě spočívala v přeměně daňové pohledávky na základní kapitál EDF. Zadruhé ze zprávy finančního výboru Národního shromáždění, vypracované během posuzování znění tohoto zákona, vyplývá, že zákonodárce nerozhodl o daňovém procesu, kterým se mají účetní rezervy týkající se objektů na přenos elektrické energie, na který se vztahovala koncese na hlavní přenosovou soustavu elektrické energie, změnit na vlastní majetek. Tato zpráva navíc dokonce potvrzuje, že tento zákon se vůbec nezmiňuje o daňových důsledcích účetní reklasifikace, která má být provedena podle jeho ustanovení.

40. Co se týče dopisu ze dne 22. prosince 1997, který zaslala francouzská vláda EDF, zdá se, že francouzské orgány samy jednoznačně rozlišovaly opatření týkající se restrukturalizace účetní rozvahy (viz přílohu 1 tohoto dopisu) a daňové důsledky (viz přílohu 3 tohoto dopisu). Jak uvedla Komise, příloha 1 svědčí jen o přímém přiřazení nároků zadavatele koncese k položce kapitálové dotace ve výši 14,119 miliardy FRF, zatímco příloha 3 odstraňuje daňové důsledky tohoto opatření pro EDF. Ani ze znění tohoto dokumentu nevyplývá, že daňová pohledávka byla přeměněna na kapitál.

41. Totéž platí v případě dopisu ze dne 9. dubna 2002, který zaslaly francouzské orgány Komisi; ani z jeho znění nevyplývá, že francouzský stát provedl přeměnu daňové pohledávky na kapitál.

42. Z listin předložených Soudnímu dvoru vyplývá, že až v pozdějším stadiu správního řízení – 9. prosince 2002, 18 měsíců po zahájení šetření – usilovaly francouzské orgány v připomínkách zaslaných Komisi o to, aby osvobození od daně poskytnuté EDF bylo prezentováno jako operace „srovnatelná“ s „další kapitálovou dotací“, avšak nepředložily přitom na podporu těchto tvrzení žádné objektivní důkazy.

12 — Viz „Migaudovu“ zprávu vypracovanou jménem *Commission des finances, de l'économie générale et du plan* (Komise pro finance, všeobecnou ekonomiku a plánování) Národního shromáždění, která je připojena k návrhu Komise, s. 79 až 81, obsahující diskusi týkající se „De Coursonova“ dodatku. Jednání o tomto dodatku svědčí o tom, že hlavní členové výboru (a zejména jeho předseda a hlavní zpravodaj) se domnívali, že EDF měla na základě ustanovení, které bylo třeba přijmout, zaplatit daň z příjmu právnických osob z částky rezerv transformovaných na kapitál.

43. Jak totiž Komise správně uvedla ve svém vyjádření předloženém v řízení před Tribunálem dne 3. února 2005, EDF předložila studii s názvem „Perspektiva hypotetického investora na trhu“, ale i tato studie byla vypracována až dodatečně ve snaze zpětně odůvodnit ekonomickou logiku předmětné operace. To znamená, že EDF usilovala o to, aby tato operace byla prezentována jako přeměna pohledávky na kapitál, a takový výklad skutkového stavu přitom neodpovídal skutečnosti, respektive Francouzská republika ho v době dotčené restrukturalizace vůbec neposuzovala.

44. Konečně skutečnost, že se Tribunál odchýlil od skutkového stavu věci s tím, že ho zkreslil do takové míry, že v konečném důsledku rozhodl o jiném případě než o tom, který projednával, je zřejmá z bodu 242 napadeného rozsudku. V tomto bodě Tribunál zdůraznil, že všechny účastnice řízení se shodují v tom, že dotčená operace podléhá dani. V bodech 266 až 269 však Tribunál dále vyjádřil pochybnosti v tom smyslu, zda taková operace za takových okolností skutečně podléhá dani. Z listin předložených Soudnímu dvoru však vyplývá, že dotčená operace – ve formě, v jaké byla provedena – skutečně měla vést k výběru daně.

45. Podle mého názoru nemohl Tribunál právem považovat za prokázané, že vzdání se daňové pohledávky vedlo ke kapitálové dotaci, pokud neexistovaly žádné objektivní důkazy, které by potvrzovaly skutečnou existenci takové operace.

46. Vzhledem k tomu, že takové objektivní důkazy zjevně chyběly, představuje závěr Tribunálu, že došlo k poskytnutí kapitálové dotace, zjištění založené na zkreslení listin, které byly Tribunálu předloženy.

47. Podpůrně, jak poznamenala Komise, kdyby se závěr Tribunálu nevykládal jako zjištění objektivní skutečnosti, ale jako právní kvalifikace skutkového stavu založená na domněnce implicitní a netransparentní přeměny daně na kapitál anebo jako operace, která takové přeměně odpovídá, byla by tato právní kvalifikace skutkového stavu zjevně nesprávná, neboť by v jejím důsledku byly nesprávné všechny závěry Tribunálu.

48. Konečně Tribunál v bodě 225 napadeného rozsudku správně poukázal na to, že podle judikatury Soudního dvora není ZITH relevantní, pokud zásah státu nemá ekonomickou povahu. Tak je tomu v případě, kdy orgány veřejné moci přímo poskytnou podniku dotaci, přiznají mu osvobození od daně nebo stanoví snížení sociálních odvodů. Souhlasím tudíž s Komisí, že se zdá, jako by chtěl Tribunál překvalifikováním dotčené operace ve skutečnosti obejít judikaturu Soudního dvora týkající se oblasti působnosti ZITH.

49. Z výše uvedených úvah plyne, že prvnímu důvodu kasačního opravného prostředku je třeba vyhovět.

B – *Druhý důvod kasačního opravného prostředku: výklad článku 87 ES*

1. První část druhého důvodu kasačního opravného prostředku: kritéria rozlišování mezi státem jakožto akcionářem a státem jakožto vykonavatelem veřejné moci

50. Komise, Iberdrola a úřad v podstatě zpochybňují závěr Tribunálu, podle kterého rozlišení mezi státem akcionářem a státem vykonávajícím veřejnou moc v zásadě závisí na cíli sledovaném státem (v projednávaném případě rekapitalizaci společnosti EDF), a nikoli na skutečnostech, které jsou objektivní a ověřitelné, jak to vyžaduje judikatura. EDF a francouzská vláda tvrdí, že první část druhého důvodu kasačního opravného prostředku je třeba zamítnout.

51. Zaprvé EDF a francouzská vláda v podstatě tvrdí, že druhý důvod kasačního opravného prostředku se zakládá na údajném zkreslení skutkového stavu Tribunálem, které je předmětem prvního důvodu kasačního opravného prostředku. Zastávají názor, že tyto dva důvody kasačního opravného prostředku se vzájemně doplňují a že první důvod ve skutečnosti představuje nezbytný předpoklad pro druhý důvod.

52. Podle mého názoru je však druhý důvod kasačního opravného prostředku zjevně samostatný a nezávislý na prvním. Je tomu tak navzdory tomu, že kasační opravný prostředek se nezbytně týká článků 3 a 4 napadeného rozhodnutí týkajících se nezaplacení určitých částek daně z příjmů právnických osob společností EDF v roce 1997. Jak totiž uvedl správně úřad a Iberdrola, články 3 a 4 napadeného rozhodnutí nezávisí na tom, zda se dotyčné opatření podpory posoudí jako kapitálová dotace nebo jako nezaplacení daně, pokud by žádný rozumný a obezřetný soukromý investor neposkytl tyto prostředky podniku ve vlastnictví státu za podmínek, „za kterých by soukromý investor, který jedná za normálních podmínek tržního hospodářství, byl ochoten přenechat prostředky soukromému podniku“ [13].

53. Je zřejmé, že rozhodujícím zjištěním, ke kterému Komise dospěla v této části napadeného rozhodnutí, bylo, že finanční podpora, kterou poskytl francouzský stát v roce 1997, představovala protiprávní státní podporu.

54. Domnívám se, že v každém případě je zjevné, že druhý důvod kasačního opravného prostředku je opodstatněný. Je totiž nesporné, že v projednávaném případě francouzský stát vykonával svá výsadní práva orgánu veřejné moci.

55. V případě obsahu první části druhého důvodu kasačního opravného prostředku se domnívám, že jedním z nejdůležitějších aspektů v tomto řízení o kasačním opravném prostředku je rozhodující význam, který Tribunál připisuje cíli posuzovaného opatření ve spojení se skutečností, že tento přístup nemá žádnou oporu v judikatuře Soudního dvora.

56. Jak vyplývá z ustálené judikatury Soudního dvora, čl. 87 odst. 1 ES „nerozlišuje podle důvodů nebo cílů státních zásahů, ale definuje je podle jejich účinků“ [14]. Povaha cílů státního opatření totiž *ipso facto* nestačí k jeho vyloučení z působnosti státní podpory. Jinak by bylo pro členský stát dostačující dovolávat se legality účelu veřejného zásahu pro to, aby zabránil použití pravidel Smlouvy týkajících se státních podpor [15].

57. EDF vůči tomu namítá, že Tribunál neposuzoval dotyčná opatření *výlučně* na základě tohoto cíle. Podle EDF posoudil Tribunál toto opatření ve světle několika kritérií, jakými jsou jeho povaha, předmět a cíle, a vzhledem ke všem jeho aspektům a jeho celkovému kontextu.

58. I když lze uznat, že přístup Tribunálu se na první pohled nezakládal výlučně na sledovaném cíli, z podrobnějšího prostudování celého napadeného rozsudku však jednoznačně vyplývá, že Tribunál svá posouzení skutečně založil především – pokud ne výlučně – na sledovaném cíli a na jeho základě určil, zda stát jednal jako akcionář nebo jako orgán veřejné moci. Jak bude uvedeno dále, nelze pochybovat o tom, že Tribunál ve své analýze přisoudil prvořadý význam sledovanému cíli.

59. V bodě 229 napadeného rozsudku Tribunál rozhodl, že „[p]ro posouzení, zda opatření přijatá státem spadají do jeho výsad veřejné moci, nebo vyplývají ze závazků, které musí stát plnit jakožto akcionář, je tato opatření třeba posoudit v závislosti na jejich povaze, předmětu a pravidlech, kterým podléhají, a nikoli v závislosti na jejich formě, a je přitom nutné přihlédnout k *cíli sledovanému dotčenými opatřeními*“ (kurzivou zvýraznil generální advokát).

60. V bodě 233 Tribunál opět zdůraznil potřebu určit, zda stát sledoval „hospodářský cíl“, který by mohl sledovat i soukromý investor s cílem zjistit, zda se má použít ZITH či nikoli. V bodech 234 a 235 rovněž uvádí, že v této souvislosti je důležitý sledovaný cíl. V bodě 236 Tribunál dospěl k závěru, že „je třeba přezkoumat dané opatření nikoli pouze v závislosti na jeho formě, ale v závislosti na jeho povaze, předmětu a jeho *cílech*, což předpokládá posouzení všech jeho aspektů i zohlednění kontextu, do něhož zapadá“ (kurzivou zvýraznil generální advokát). Konečně i bod 237 odkazuje na cíl posuzovaného opatření.

13 — Viz oznámení Komise členským státům – Použití článků 92 a 93 [EHS] a článku 5 směrnice Komise 80/723/EHS na veřejné podniky ve zpracovatelském průmyslu [*neoficiální překlad*] (Úř. věst. C 307, 13.11.1993, s. 3), bod 11.

14 — Rozsudek ze dne 9. června 2011, Comitato „Venezia vuole vivere“ v. Komise, C-71/09 P, C-73/09 P a C-76/09 P, Sb. rozh. s. I-4727, bod 94 a citovaná judikatura.

15 — Viz stanovisko generálního advokáta A. Tizzana ve věci Heiser, C-172/03, Sb. rozh. s. I-1627, bod 45.

61. V bodě 247 Tribunál opět uvedl rozhodující zjištění, že „*s přihlédnutím k cíli rekapitalizace EDF sledovanému zákonem č. 97-1026*, pouhá daňová povaha pohledávky […] a pouhá skutečnost, že [francouzský] stát použil zákona, neumožňují Komisi, aby odmítla ověřit, zda za podobných okolností mohl soukromý investor zvýšit kapitál ve stejné výši, a tudíž zda byl kapitál státem vložen za okolností, které odpovídají obvyklým tržním podmínkám“ (kurzivou zvýraznil generální advokát).

62. Je tudíž zřejmé, že Tribunál při rozhodování o použitelnosti ZITH vzal v úvahu sledovaný cíl a přisoudil mu rozhodující význam, a v důsledku toho je jeho rozhodnutí založeno na nesprávném právním posouzení.

63. Mimoto je zjevné, že v případě judikatury Tribunál odůvodnil zohlednění cíle, který údajně sleduje členský stát, v kontextu použitelnosti ZITH pouze rozsudkem Soudního dvora ve věci *SAT Fluggesellschaft* [16].

64. V relevantním bodě uvedeného rozsudku (bod 30) však Soudní dvůr nijak neodkázal na cíl sledovaný dotyčným opatřením.

65. Zaprvé se rozsudek *SAT Fluggesellschaft* netýká státní podpory. V tomto rozsudku se jednalo o to, zda určitá mezinárodní organizace představuje „podnik“ ve smyslu článků 82 ES a 86 ES. Soudní dvůr měl konkrétně posoudit, zda Evropská organizace pro bezpečnost letového provozu (Eurocontrol) je „podnikem“ či nikoli.

66. Za účelem posouzení této otázky Soudní dvůr zkoumal: (i) *povahu* činností organizace Eurocontrol (bod 19), (ii) *cíl* těchto činností vymezený smlouvou, kterou byla tato organizace zřízena (bod 21), (iii) *úkoly* organizace vymezené ve změněné a doplněné smlouvě (bod 22), (iv) její *pravomoc*, konkrétně pravomoc stanovovat a vybírat traťové poplatky (body 23, 28 a 29), (v) *provozní činnost* organizace Eurocontrol (bod 24), a konečně (vi) způsob jejího *financování* jakožto mezinárodní organizace (bod 26).

67. V bodech 30 a 31 rozsudku *SAT Fluggesellschaft* tudíž Soudní dvůr dospěl k závěru, že „činnosti organizace Eurocontrol posuzované jako celek […] souvisejí s výkonem pravomocí týkajících se kontroly a dohledu nad vzdušným prostorem, které jsou zpravidla pravomocemi orgánu veřejné moci. Tyto činnosti nemají hospodářskou povahu odůvodňující použití pravidel Smlouvy v oblasti hospodářské soutěže“. Organizace Eurocontrol tudíž nebyla podnikem ve smyslu článku 82 ES a článku 86 ES.

68. Je třeba poznamenat, že Tribunál v projednávaném případě v bodě 246 napadeného rozsudku sám uznal, že „stát využil svých výsad veřejné moci, když se vzdal [dotčené daňové pohledávky]“. Je nesporné, že dotyčné opatření je spojené s uplatněním výsadních práv orgánu veřejné moci. Navíc, jak správně uvedla Komise, kritérium, které Soudní dvůr použil v rozsudku *SAT Fluggesellschaft*, se týkalo kategorizace konkrétní organizace jako podniku a nikoli kategorizace konkrétní operace uskutečněné státem jakožto státní podpora, jak je tomu v projednávaném případě.

69. Jediný závěr, který lze vyvodit z výše uvedených úvah, je, že na rozdíl od argumentů francouzské vlády rozsudek *SAT Fluggesellschaft* nebyl a není relevantní pro posouzení projednávané věci, a zejména že tento rozsudek je irelevantní v souvislosti s určením, zda se na konkrétní případ, týkající se článku 87 ES, použije ZITH.

70. Mimoto zastávám názor, že Tribunál ve skutečnosti neuplatnil ani kritéria stanovená Soudním dvorem v bodě 30 rozsudku *SAT Fluggesellschaft*. Tribunál považoval cíl sledovaný státem – s tím, že toto kritérium bylo pro tento rozsudek Soudního dvora irelevantní – za rozhodující faktor a zároveň nezohlednil *povahu* jednání státu spočívajícího ve vzdání se dotyčné pohledávky, které bylo podle samotného Tribunálu jednáním státu v rámci jeho výsadních práv orgánu veřejné moci.

16 — Rozsudek ze dne 19. ledna 1994, C-364/92, Recueil, s. I-43.

71. Zaprvé je kritérium spočívající na úmyslu státu zvlášť nevhodné pro posouzení státní podpory, jelikož takové kritérium je ze své povahy subjektivní a umožňuje různý výklad. Zadruhé, jak uvedla Iberdrola, zohlednění cílů údajně sledovaných členským státem poskytuje prostor pro manipulaci, čímž ovlivňuje hospodářskou soutěž mezi soukromým a veřejným sektorem. Existuje skutečné riziko, že členské státy by byly za účelem vyhnout se použití právních předpisů v oblasti státní podpory motivovány (dodatečně) poukázat na ziskové cíle.

72. Nakonec je rozhodující roli, kterou Tribunál přiznal sledovanému cíli, obtížné uvést do souladu se skutečností, že „pojem podpory je pojmem objektivním“ [17]. Je totiž třeba mít na zřeteli, že podle judikatury Soudního dvora „pojem státní podpory tak, jak je definována Smlouvou, je právní povahy a musí být vykládán na základě objektivních kritérií“ [18]. Konečně, se prvek podpory posuzuje pouze vzhledem k dostupným objektivním a ověřitelným skutečnostem. Jinak by byla narušena povinnost dozoru a soudy by nebyly schopny „v plném rozsahu přezkoumat, zda opatření spadá do působnosti čl. 87 odst. 1 ES“ [19], a právě takové riziko vyplývá z přístupu navrženého v napadeném rozsudku.

73. EDF dále tvrdí, že v rámci uplatňování ZITH není relevantní pouze sledovaný cíl, ale především kontext. Poukazuje na některé případy, ve kterých musela Komise posoudit kontext různých operací. EDF se zejména dovolává rozsudků Chronopost I [20], P&O European Ferries (Vizcaya) a Diputación Foral de Vizcaya v. Komise (dále jen „P&O European Ferries“) [21], Bundesverband deutscher Banken v. Komise [22] a Ryanair v. Komise (dále jen „Ryanair“) [23].

74. Postačí však poukázat na to, že ve všech těchto případech se jednalo o operace obchodní povahy. Ve věci Chronopost I se jednalo o přenechání okruhu zákazníků; ve věci P & O European Ferries šlo o prodej palubních vstupenek na trajektech; ve věci Bundesverband deutscher Banken v. Komise o zpřístupnění aktiv bance, použitých následně na podporu její konkurenční podnikatelské činnosti a konečně ve věci Ryanair se jednalo o stanovení letištních poplatků, tedy o činnost, která přímo souvisí se správou infrastruktury letiště, která je hospodářskou činností. Tribunál zejména v rozsudku Ryanair objasnil, že dotyčné poplatky je třeba považovat za „poplatky“, a nikoli za „daně“ – na rozdíl od případu, o jaký se jedná v projednávané věci, by totiž opatření na snížení těchto poplatků *mohl* přijmout i soukromý subjekt.

75. Zdá se, že se Tribunál inspiroval zejména svým rozsudkem ve věci Ryanair, ve kterém rovněž zrušil rozhodnutí Komise o státní podpoře. Tribunál v rozsudku Ryanair konkrétně rozhodl, že Komise se dopustila nesprávného právního posouzení, když odmítla společně posoudit výhody poskytnuté společnosti Ryanair Valonským regionem a letištěm Charleroi, a určit, zda tyto dva subjekty posuzované společně jednaly jako rozumné hospodářské subjekty v tržním hospodářství. Je však zřejmé, že projednávaný případ je třeba odlišit od věci Ryanair. V judikatuře Soudního dvora byla totiž již uznána hospodářská povaha činností posuzovaných ve věci Ryanair [24]. Třebaže byly poplatky, které byly předmětem uvedeného případu, stanovené *regulačními* prostředky, dospěl Tribunál k závěru, že se jedná o hospodářskou činnost, neboť „stanovení letištních poplatků se úzce vztahuje k užívání a správě letiště Charleroi, činnosti, která musí být kvalifikována jako hospodářská“. Tribunál v podstatě konstatoval, že pokud by se neuznala skutečnost, že Valonský region mohl při stanovování dotyčných poplatků jednat jako soukromý investor, vedlo by to k diskriminaci mezi soukromými a veřejnými letišti. Možná stojí za zmínku, že Komise proti rozsudku *Ryanair* nepodala kasační opravný prostředek.

17 — Viz stanovisko generálního advokáta P. Légera ve věci Altmark Trans a Regierungspräsidium Magdeburg (dále jen „Altmark“) C-280/00, Recueil, s. I-7747, bod 77.

18 — Rozsudek ze dne 22. prosince 2008, British Aggregates v. Komise, C-487/06, Sb. rozh. s. I-10515, bod 111.

19 — Viz mj. rozsudek ze dne 16. května 2000, Francie v. Ladbroke Racing a Komise, C-83/98 P Recueil, s. I-3271, bod 25.

20 — Rozsudek ze dne 3. července 2003, Chronopost a další v. Ufex a další (dále jen „Chronopost I“), C-83/01 P, C-93/01 P a C-94/01 P, Recueil, s. I-6993, bod 128.

21 — EDF poukazuje na stanovisko generálního advokáta A. Tizzana ve spojených věcech C-442/03 P a C-471/03 P, Sb. rozh. s. I-4845, bod 87.

22 — Rozsudek Tribunálu ze dne 3. března 2010, T-163/05, Sb. rozh. s. II-387.

23 — Rozsudek Tribunálu ze dne 17. prosince 2008, T-196/04, Sb. rozh. s. II-3643.

24 — V tomto smyslu viz rozsudek Tribunálu ze dne 12. prosince 2000, Aéroports de Paris v. Komise, T-128/98, Recueil, s. II-3929, body 107 až 109, 121, 122 a 125.

76. Na rozdíl od stanovování takových poplatků se však žádný soukromý subjekt nikdy nemůže vzdát daňové pohledávky. Domnívám se totiž, že je zjevně nesprávné tvrzení společnosti EDF, že skutečnost, že nástroj použitý státem nemá soukromý investor k dispozici, nemůže znamenat, že ZITH je třeba zamítnout. Existují jednoznačné argumenty ve prospěch komentářů v nauce, podle kterých nelze použít ZITH v daňových věcech, tedy v případech, kdy je dotyčné výhody dosaženo prostředky daňového práva [25].

77. Podle mého názoru je třeba přístup Tribunálu zastávaný v napadeném rozsudku zamítnout tím spíše, že pokud chce stát případně jednat jako soukromý investor, může to stále ještě učinit: stačí, aby vložil kapitál do podniku *po* výkonu svých daňových pravomocí, tj. po uplatnění svých výsadních práv orgánu veřejné moci. Na rozdíl od tvrzení společnosti EDF, že působnost ZITH by byla nepřiměřeně omezena a vedla by k diskriminaci veřejných podniků, by tedy přístup, který zde navrhuji, neměl za následek jakoukoli diskriminaci veřejných podniků. Tento přístup má pouze omezit riziko diskriminace soukromých podniků.

78. Jak navíc poznamenal úřad, přestože stát za určitých okolností může vstoupit do smluvních a obchodních vztahů se společnostmi, dluh EDF vůči francouzskému státu neměl v projednávaném případě vůbec smluvní nebo obchodní povahu. Jednalo se o daňový dluh. Daně ukládá stát a daňová povinnost není založena na dobrovolných smluvních nebo obchodních vztazích. V každém případě Soudní dvůr rozlišil operace prováděné státem jednajícím jakožto investor od operací, v nichž stát jedná jako věřitel [26].

79. Ze ZITH navíc vyplývá, že kdykoli společnost obdrží pomoc z veřejných prostředků, bude se tato podpora považovat za státní podporu, pokud by soukromý investor za obvyklých okolnosti takovou investici neuskutečnil. Kdyby na druhé straně stát jednal stejně jako jakýkoli obvyklý soukromý akcionář, který jedná v obvyklých tržních podmínkách, nepovažovala by se finanční pomoc za státní podporu. Jak uvedl úřad, je zřejmé, že stát ukládá daně v rámci výkonu své veřejné moci. Těžko lze tvrdit, že stát má pravomoc ukládat daně v postavení soukromého investora. Důsledek ukládání daní – osvobození od daňových dluhů – je rovněž činností, kterou stát vykonává jako orgán veřejné moci. V důsledku toho stát nepochybně provádí svá daňová opatření – ukládání, výběr, vracení nebo prominutí daní – v rámci výkonu své veřejné moci a již vzhledem k jejich povaze je nemůže vykonávat v postavení soukromého investora.

80. Právě z tohoto důvodu Soudní dvůr zásadně rozlišuje dvě skutečnosti. Ve věci Španělsko v. Komise (dále jen „Hytasa“) [27] Soudní dvůr určil, že „je třeba rozlišovat mezi povinnostmi, které musí stát plnit jakožto akcionář určité společnosti, a povinnostmi, které mu mohou příslušet jakožto orgánu veřejné moci. Vzhledem k tomu, že dotyčné tři společnosti byly založeny jako akciové společnosti, odpovídal by Patrimonio del Estado jakožto majitel podílu na základním kapitálu za jejich dluhy pouze do výše hodnoty jejich aktiv při likvidaci. To znamená, […] že povinnosti vyplývající z nákladů na odstupné, vyplácení podpory v nezaměstnanosti a podpory restrukturalizace průmyslové infrastruktury nelze brát v úvahu pro účely uplatnění [ZITH]“.

81. V rozsudku Německo v. Komise (dále jen „Gröditzer“) [28] Soudní dvůr konstatoval, že „pro určení, zda privatizace společnosti Gröditzer Stahlwerke (GS) za zápornou kupní cenu ve výši 340 milionů DEM zahrnuje prvky státní podpory, je třeba posoudit, zda by soukromý investor, který je svou velikostí srovnatelný se subjekty spravujícími veřejný sektor, mohl být za srovnatelných okolností

25 — A regulačními prostředky obecně. Viz k tomu mj. Hancher, L., Ottervanger, T., a Slot, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, s. 74; Jaeger, Th., *„Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben“*, NWV, 2006, bod 195; Mamut, M.-A., „Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen“, in: Jaeger (Vyd.), *Jahrbuch Beihilfenrecht 09*, s. 341; a Haslehner, W., „Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen“, in: Jaeger (Vyd.), *Jahrbuch Beihilfenrecht 2011*, NWV, 2011, s. 273.

26 — Rozsudek ze dne 29. dubna 1999, Španělsko v. Komise, C-342/96, Recueil, s. I-2459, bod 46.

27 — Rozsudek ze dne 14. září 1994, C-278/92 až C-280/92, Recueil, s. I-4103, bod 22. Viz rovněž rozsudek Tribunálu ze dne 21. ledna 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke a Lech-Stahlwerke v. Komise, T-129/95, T-2/96 a T-97/96, Recueil, s. II-17, bod 119, a rozhodnutí Komise 2008/722/ES ze dne 10. května 2007 o státní podpoře C 2/06 (ex N 405/05), kterou Řecko plánuje implementovat ve prospěch schématu dobrovolného odchodu do důchodu společnosti OTE (Úř. věst. L 243, 2008, s. 7) body 85 a 86.

28 — Rozsudek ze dne 28. ledna 2003, C-334/99, Recueil, s. I-1139, body 133 a 134.

motivován v souvislosti s prodejem tohoto podniku učinit kapitálové vklady ve stejné výši, či zda by se namísto toho rozhodl pro jeho likvidaci“ [29]. Soudní dvůr opět připomenul, že je třeba rozlišovat mezi povinnostmi, které musí na sebe stát vzít jako majitel podílu na základním kapitálu společnosti, a jeho povinnostmi jakožto orgánu veřejné moci.

82. Ve věci Altmark [30] generální advokát P. Léger poznamenal, že Soudní dvůr uplatňuje ZITH pouze v situacích, kdy má *zásah státu hospodářskou povahu*. Uvedl, že ZITH je relevantní, neboť i soukromý subjekt, který jedná s cílem dosáhnout zisk (investor, banka, ručitel, podnik nebo věřitel) se může alespoň teoreticky chovat jako stát. ZITH není nicméně relevantní v případě, že zásah státu nemá hospodářskou povahu. V takovém případě nemůže jednat jako stát soukromý subjekt, který jedná s cílem dosáhnout zisku, ale takový zásah patří k výkonu veřejné moci státu, jakou je *daňová politika* nebo sociální politika. ZITH tudíž není relevantní, neboť *vzhledem k samotné povaze věci je vyloučené jakékoli porušení rovného zacházení* mezi veřejným a soukromým sektorem. Dospěl k závěru, že ZITH se nevztahuje na zásahy státu, které patří k výkonu veřejné moci.

83. Jak totiž Tribunál správně konstatoval v rozsudku Ryanair [31], „i když v případě, kdy stát jedná jako podnik působící jako soukromý investor, se jeví jako nezbytné analyzovat jeho chování s ohledem na [ZITH], použití této zásady musí být vyloučeno v případě, kdy stát jedná jako orgán veřejné moci. V tomto druhém případě totiž nemůže být chování státu nikdy srovnáváno s chováním soukromého subjektu nebo investora v tržním hospodářství.“

84. V rozsudku Westdeutsche Landesbank Girozentrale a Land Nordrhein-Westfalen v. Komise [32] Tribunál správně poznamenal, že „pokud jde o argument spolkové země vycházející ze zvýšení daňových příjmů, je třeba zdůraznit, že postavení spolkové země jako veřejné entity a její postavení jako podnikatele nelze navzájem zaměňovat. Argumenty opírající se o zvýšení daňových příjmů by byly pro soukromého investora zcela irelevantní“.

85. Konečně je třeba poukázat na to, že Soudní dvůr již rozhodl, že subjekt, který vybírá daň, nejedná jako hospodářský subjekt [33]. Navíc podle judikatury Soudního dvora se pravidla hospodářské soutěže ve Smlouvě nepoužijí na činnost, která svou povahou, pravidly, kterým podléhá, a svým předmětem nespadá do sféry hospodářských vztahů, nebo která je spojena s výkonem veřejné moci [34].

86. V této souvislosti EDF a francouzská vláda namítají, že Soudní dvůr v jiných případech, ve kterých došlo k výkonu státní moci, použil méně přísný přístup. Francouzská vláda tvrdí, že pokud stát může realizovat různé formy investic, jsou prostředky irelevantní. Tvrdí, že Soudní dvůr již uznal, že i opatření, která soukromí investoři neměli k dispozici, lze srovnávat s chováním soukromých subjektů [35].

87. Považuji nicméně za důležité nesměšovat dva pojmy, které jsou značně odlišné. Je třeba rozlišovat mezi zásadou soukromého věřitele (v tržním hospodářství) a zásadou soukromého investora (v tržním hospodářství) (ZITH). Na rozdíl od toho, co tvrdí Francouzská republika, totiž nelze srovnávat postavení soukromého investora s postavením soukromého věřitele. Zatímco soukromý investor svou činností u dotyčných podniků usiluje o dosažení zisku, věřitel se snaží, aby mu dlužník nacházející se ve finanční tísni zaplatil dlužné částky [36].

29 — Viz rozsudek ze dne 16. května 2002, Francie v. Komise, C-482/99 (dále jen „StardustMarine“), Recueil, s. I-4397, bod 70.

30 — Stanovisko ze dne 14. ledna 2003 přednesené ve věci Altmark, uvedené v poznámce pod čarou 17, body 20 až 27.

31 — Uvedený v poznámce pod čarou 23, bod 85 (kurzivou zvýraznil generální advokát).

32 — Rozsudek Tribunálu ze dne 6. března 2003, (dále jen „Westdeutsche Landesbank“), T-228/99 a T-233/99, Recueil, s. II-435.

33 — Rozsudek ze dne 11. září 2003, Altair Chimica, C-207/01 Recueil, s. I-8875, bod 35.

34 — Rozsudek ze dne 19. února 2002, Wouters a další, C-309/99, Recueil, s. I-1577, bod 57.

35 — Poukazuje na rozsudky Španělsko v. Komise, C-342/96, uvedený v poznámce pod čarou 26, bod 46, a ze dne 29. června 1999, DM Transport, C-256/97, Recueil, s. I-3913.

36 — V tomto smyslu viz rozsudky Španělsko v. Komise, C-342/96, uvedený v poznámce pod čarou 26, bod 46, a DM Transport, uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 24. Viz rovněž stanovisko generálního advokáta M. Poiarese Madura ve věci Španělsko v. Komise, C-276/02, Recueil, s. I-8091, body 24 a 25, a rozsudek Tribunálu ze dne 11. července 2002, HAMSA v. Komise, T-152/99, Recueil, s. II-3049, kde se kapitalizace dluhu podniku vůči státu posuzovala podle ZITH, avšak Tribunál poukázal na to, že správným referenčním parametrem je soukromý věřitel.

88. V souladu s výše uvedeným je významné, že v tomto případě francouzská vláda ani EDF netvrdily, že se jedná o případ podniku ve finanční tísni. Je zřejmé, že se nejedná ani o případ věřitele, který se snaží dosáhnout u dlužníka vrácení dlužných částek. Kritérium soukromého věřitele navíc nezávisí na roli státu jako akcionáře: podle tohoto kritéria se s veřejnými a soukromými podniky zachází stejným způsobem. Na rozdíl od ZITH a situace v projednávaném případě nehrozí v případě kritéria soukromého věřitele nerovné zacházení.

89. Už z nejstarších případů vyplývá, že ZITH je třeba uplatňovat „nehledě na jakékoli úvahy týkající se sociální, regionální nebo oborové politiky“, takže nelze hovořit o zohlednění hledisek, která se zjevně týkají úlohy členského státu jako orgánu veřejné moci [37].

90. Nejstaršími rozsudky, které se týkaly ZITH, byly rozsudky Meura a Boch II [38]. Touto otázkou se však už zabýval generální advokát Verloren Van Themaat ve věci Intermills v. Komise [39]. Uvedl, že „projednávaný případ se jednoznačně týká kapitálového vkladu do podniku ve finanční tísni, který již Komise rovněž posoudila jako podporu [podle] článku 92 […] Kromě toho […] tento podíl na základním kapitálu podniků skupiny Intermills slouží zejména k pokrytí ztrát. Podle mého názoru je nesporné, že takové mimořádně rozsáhlé krytí ztrát, které uměle udržuje podnik naživu, je rovněž třeba považovat za podporu [podle] článku 92, zejména pokud z trvalé povahy kapitálového vkladu a z toho, že závody, které jsou nadále v provozu, nejsou ziskové ani po čtyřech letech od poskytnutí podpory, je třeba dovodit závěr, že tento kapitál by nebylo možné získat na soukromém kapitálovém trhu“.

91. Podle mého názoru je zjevné – jak se v tomto stanovisku snažím prokázat – proč je opodstatněné, že jak Komise, tak i Soudní dvůr vždy kladly důraz na jasné rozlišení mezi výkonem veřejnoprávních pravomocí státu a úlohou státu jako investora, takže i v případě, kdy opatření přijaté na základě veřejnoprávních pravomocí má v podstatě stejný účinek jako opatření, které by stát možná mohl přijmout v postavení investora, nelze k němu přihlížet při posuzování tvrzení, že stát jednal jako investor na trhu [40].

92. Zastávám názor, že Tribunál v napadeném rozsudku nerespektoval rozlišení mezi *acta iure gestionis* a *acta iure imperii* [41], které Soudní dvůr velmi důsledně vymezil. Podle mého názoru může přístup Tribunálu v podstatě vést k právní nejistotě a k nedostatečné průhlednosti, jakož i k (daňovému) zvýhodnění veřejných podniků. Dodávám, že poslední možnost by mohla mít zvláště nepříznivý vliv na mnohá odvětví, která byla nedávno liberalizována nebo která se nacházejí v procesu liberalizace.

93. Přístup Tribunálu v napadeném rozsudku je zvláště v rozporu s požadavkem průhlednosti stanoveným unijním právem. Soudní dvůr například rozhodl, že „systém nenarušené hospodářské soutěže stanovený Smlouvou lze zaručit pouze tehdy, pokud je zabezpečena rovnost příležitostí mezi jednotlivými hospodářskými subjekty“. Soudní dvůr z toho dovodil, že […] „*zachování účinné hospodářské soutěže a zabezpečení průhlednosti* vyžaduje, aby tvorbu technických specifikací, dohled

37 — Viz rozhodnutí Komise 2006/900/ES ze dne 20. října 2005 o státní podpoře poskytnuté Finskem jako investiční podpory ve prospěch podniku Componenta Corporation (Úř. věst. L 353, s. 36, bod 26), bod 26 odůvodnění (nelze směšovat roli města jako orgánu veřejné moci a jako komerčního spoluvlastníka společnosti), a 2008/719/ES ze dne 30. dubna 2008 o státní podpoře C 56/06 (ex NN 77/06) Rakouska na privatizaci společnosti Bank Burgenland (Úř. věst. L 239, s. 32): Komise odmítla argument Rakouska s poukazem na to, že závazky podle veřejného práva nelze směšovat s analýzou jednání státu v postavení investora, avšak poznamenala, že situace by byla odlišná, pokud by stát poskytl stejný druh záruky *prostřednictvím soukromoprávní smlouvy o ručení*.

38 — Rozsudky ze dne 10. července 1986, Belgie v. Komise, 234/84, Recueil, s. 2263, resp. ze dne 10. července 1986, Belgie v. Komise, Recueil, s. 2321.

39 — Stanovisko ze dne 11. července 1984, 323/82, Recueil, s. 3809 (viz s. 3842).

40 — Viz Khan, N., a Borchardt, K.-D., The private market investor principle: reality check or distorting mirror? In: *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*, pokud bylo cílem předmětných opatření „normalizovat“ účetní závěrku podniku, v tomto případě rozvahu společnosti EDF (viz výše, bod 6) a *acta iure imperii*, neboť francouzské orgány „rozhodly“ o restrukturalizaci účetní závěrky společnosti EDF a „oznámily ji společnosti EDF“ na základě zákona přijatého k tomuto účelu (viz výše, body 6 až 8).

nad jejich uplatňováním a schvalování jednotlivých typů vykonával orgán, který je nezávislý na veřejných nebo soukromých podnicích, nabízejících konkurenční výrobky nebo služby v odvětví telekomunikací“ [42]. Podle mého názoru má transparentnost nepochybně velký význam i v unijním právu v oblasti státní podpory.

94. V této souvislosti je relevantní poukázat na rozsudek Altmark [43]. Z uplatnění zásad potvrzených v tomto rozsudku vyplývá, že na to, aby kompenzace za závazku služby ve veřejném zájmu nepředstavovala státní podporu, musí mít přijímající podnik zejména povinnost skutečně splnit závazky služby ve veřejném zájmu a ty musejí být „jasně vymezené“. Mimoto „parametry, na jejichž základě se vypočítává kompenzace, musí být *předem objektivně a transparentně stanoveny*“ (kurziva provedena autorem tohoto stanoviska). V souvislosti se čtvrtou podmínkou stanovenou v rozsudku Altmark je též relevantní, aby k výběru podniku, který má plnit závazky služby ve veřejném zájmu, došlo v rámci postupu zadávání veřejných zakázek.

95. Podle mého názoru je zřejmé, že napadený rozsudek ve skutečnosti zpochybňuje některé prvky judikatury vycházející z rozsudku Altmark. V rozsudku Altmark usiloval Soudní dvůr na základě normativního přístupu o vyloučení jakékoli možnosti manipulace ze strany členských států (v této souvislosti viz výše bod 71) a zabezpečit, aby byly činnosti členských států na trhu průhledné a jasné.

96. Domnívám se, že projednávaná věc vyžaduje stejný přístup. Komise proto v napadeném rozhodnutí správně vycházela zásadně z toho, že je třeba, aby existoval viditelný rozdíl mezi rolí státu jakožto orgánu veřejné moci a rolí státu jakožto akcionáře. Zastávám názor, že kritérium ZITH by se nemělo uplatnit, existují-li stejné podmínky pro různé hospodářské subjekty a rovné daňové zacházení. Nelze zapomínat, že důvodem existence ZITH je právě zamezit jakékoli diskriminaci mezi veřejnými podniky a soukromými podniky s cílem zabezpečit správné použití ustanovení Smlouvy týkajících se státní podpory. Jak již bylo uvedeno, v napadeném rozsudku se Tribunál odchýlil od této rovnosti, a tudíž i od samotného důvodu existence ZITH.

97. Z toho vyplývá, že první části druhého důvodu kasačního opravného prostředku musí být vyhověno.

2. Druhá část druhého důvodu kasačního opravného prostředku: Tribunál měl posoudit, zda soukromý hospodářský subjekt bez jakýchkoli výsadních práv mohl jednat stejně jako francouzský stát

98. Komise, Iberdrola a úřad Tribunálu vytýkají, že svou analýzu nezaložil na srovnávací studii jednání, které by za podobných okolností použil prozíravý soukromý hospodářský subjekt nepožívající výsad, a konkrétního jednání francouzského státu, vybaveného svými výsadami veřejné moci. EDF a francouzská vláda tvrdí, že druhá část druhého důvodu kasačního opravného prostředku by měla být zamítnuta.

99. Na rozdíl od tvrzení společnosti EDF, že Tribunál posoudil skutečné jednání státu, zastávám nicméně názor, že jeho analýza je ve skutečnosti založena na tom, jak by francouzský stát „mohl jednat“, pokud by postupoval jinak. Tribunál posuzoval, jak by stát mohl jednat z „dlouhodobého hlediska“. Toto jednání spočívalo nejprve v přiřazení částky bez daně z příjmu právnických osob k základnímu kapitálu EDF, dále ve výzvě, aby EDF zaplatila daň odpovídající rozdílu čistých aktiv, a nakonec v provedení další kapitálové dotace ve výši zaplacené daně.

100. V této souvislosti Komise správně poukazuje na to, že „z dlouhodobého hlediska“ by státní rozpočet, který podléhá podrobné kontrole, zabezpečil transparentnost, jejíž nedostatek je základním problémem projednávaného případu. V důsledku postupu, který byl skutečně použit v tomto případě, unikly tyto prostředky jakékoli rozpočtové kontrole, nebyla respektována zásada rovného daňového zacházení a EDF byla zcela neprůhledně zvýhodněna.

42 — Kurzivou zvýraznil generální advokát. Viz rozsudek ze dne 9. listopadu 1995, Tranchant, C-91/94, Recueil, s. I-3911, bod 18 a citovaná judikatura.

43 — Uvedený v poznámce pod čarou 17, body 89, 90 a 93.

101. Jak uvádí Iberdrola, tvrzení, že nezáleží na tom, zda se částka, která podléhá dani – zcela neprůhledně – přímo zařadí do základního kapitálu veřejného podniku, nebo zda se použije na financování státního rozpočtu, je jednoznačně nesprávné. Není vůbec samozřejmé, že ke kapitálové dotaci, za kterou Tribunál považoval dotyčné osvobození od daně, by skutečně došlo, pokud by francouzský stát nejprve vybral daň, která by byla příjmem do státního rozpočtu, a následně by prostřednictvím příslušných postupů usiloval o investování částky odpovídající vybrané dani do společnosti EDF.

102. Každopádně z judikatury jednoznačně vyplývá, že kvalifikace opatření jako státní podpory nezávisí na opatření, která „by mohla být" jinak přijata. Závisí na objektivní charakteristice opatření, které členský stát skutečně provedl [44].

103. Tribunál mimoto v rozsudku BNP Paribas a BNL v. Komise [45] správně rozhodl, že „Komisi při přezkumu určitého režimu z hlediska ustanovení o státních podporách nepřísluší uvažovat o subjektivních volbách, k jakým by přikročily příjemci tohoto režimu, kdyby takového režimu nebylo, nýbrž přezkoumávat tento režim s cílem určit, zda objektivně přináší hospodářskou výhodu oproti zdanění, z něhož stanoví odchylku a které by se při jeho neexistenci za obvyklých okolností uplatnilo […]. Úvaha, že při neexistenci sporného režimu […] by dotčené podniky nebyly domněle postoupily svá aktiva, je v kontextu takového objektivního posuzování bez relevance".

104. Je třeba poznamenat, že v projednávaném případě přístup Tribunálu od Komise vyžaduje, aby provedla „celkovou" analýzu, tedy analýzu, která se vztahuje jednak na ztrátu daňových příjmů vyplývající z osvobození od daně, které bylo přiznáno společnosti EDF, a dále na údajnou další kapitálovou dotaci, kterou poskytl stát jakožto akcionář. Stačí uvést, že takový přístup je založen na předpokladu, že příjem z daně byl přímo určen na údajnou kapitálovou dotaci. Je však jasné, že pokud by došlo k výběru daně, byla by tato daň příjmem všeobecného rozpočtu státu, a to bez jakéhokoli konkrétního určení.

105. Podle judikatury je společné posouzení daně jako způsobu financování opatření třeba vykonat pouze v případě, že daň nelze oddělit od pomoci, což je případ, kdy je určitý příjem zvláště „vyčleněn" k dotyčnému účelu. Aby totiž „bylo možné považovat poplatek za nedílnou součást opatření podpory, musí nezbytně na základě relevantní vnitrostátní právní úpravy existovat vztah závazného určení mezi poplatkem a podporou v tom smyslu, že výnos z poplatku je nezbytně určen k financování podpory a přímo ovlivňuje její výši" [46].

106. Dále je otázka, zda bylo přijetí dotyčného opatření francouzským státem racionální, prostě irelevantní. To není účelem ZITH. Jak jednoznačně vyplývá z judikatury, jejím účelem je porovnat situaci veřejného podniku se situací soukromého podniku, a nikoli porovnat náklady, které státu plynou ze dvou různých operací.

107. V této souvislosti se v bodě 262 napadeného rozsudku uvádí, že „Stejně jako věřitel-vlastník určité společnosti se totiž i stát může vzdát pohledávky tím, že ji přemění na kapitál v rovnocenné výši. Tato operace, prostřednictvím které vlastník určité společnosti zvýší její kapitál vzdáním se pohledávky, kterou má vůči této společnosti, představuje kompenzaci, kterou může obezřetný soukromý investor rovněž provést za obvyklých tržních podmínek". Na jednání se proto Soudní dvůr tázal, zda za předpokladu, že soukromý podnik vytvořil rezervy na zaplacení pohledávky svého jediného akcionáře a tento akcionář se rozhodne vzdát se své pohledávky s cílem zvýšit základní kapitál podniku, podléhá tato operace dani podle čl. 38 odst. 2 francouzského Všeobecného daňového zákoníku. Komise odpověděla, že je nesporné, že rozsah zvýšení základního kapitálu by nikdy nebyl stejný, neboť soukromý hospodářský subjekt (který by musel zaplatit daň a nemohl by ji přeměnit na kapitál) by tuto částku nikdy nemohl získat zpět, zatímco francouzský stát mohl celou tuto částku vložit do základního kapitálu.

44 — Rozsudek ze dne 15. prosince 2005, Unicredito Italiano, C-148/04, Sb. rozh. s. I-11137, bod 114.

45 — Rozsudek Tribunálu ze dne 1. července 2010, T-335/08, Sb. rozh. s. II-3323, bod 169.

46 — Rozsudek ze dne 17. července 2008, Essent Netwerk Noord a další, C-206/06 Sb. rozh. s. I-5497, body 89 a 90 a citovaná judikatura.

108. Je tudíž zřejmé, že Tribunál na jedné straně posuzoval, jak by francouzský stát „mohl jednat“ – tedy posuzoval dlouhodobé hledisko (na rozdíl od skutečného jednání státu) – zatímco, na druhé straně, nevymezil referenční soukromý hospodářský subjekt, který mohl existovat na trhu.

109. Z ustálené judikatury ovšem jednoznačně vyplývá, že kapitálovou dotaci poskytnutou státem nebo orgány veřejné moci nelze považovat za státní podporu, pokud by tuto investici provedl soukromý investor působící v obvyklých tržních podmínkách [47]. V této souvislosti je třeba posoudit, zda by za srovnatelných okolností soukromý investor, který je svou velikostí srovnatelný s dotyčným veřejnoprávním subjektem, poskytl kapitál v takové výši [48].

110. Jak vyplývá z výše diskutovaných úvah, je v projednávaném případě zjevné, že soukromý podnik by nebyl schopen přeměnit prostředky vyčleněné v rámci účetních rezerv na kapitál, aniž nejprve musel zaplatit daň z příjmu právnických osob. V důsledku toho by soukromý investor už neměl k dispozici tuto částku, která podléhá dani, a neměl by tudíž k dispozici částku, která byla údajně použita na další kapitálovou dotaci, kterou byl francouzský stát – v rámci výkonu svých výsadních práv – schopen „investovat“.

111. V této souvislosti je relevantní poukázat na rozsudek Soudního dvora ve věci Chronopost I [49], neboť podle mého názoru je třeba přístup, který Soudní dvůr použil v uvedené věci, použít i v projednávaném případě. Ve věci Chronopost I Soudní dvůr konstatoval, že není vhodné porovnávat situaci společnosti La Poste se situací soukromého investora.

112. V uvedeném případě Tribunál kromě jiného též potvrdil uplatnění ZITH a Soudní dvůr ho následně zamítl. Bylo to nezbytné, neboť La Poste byla ve velmi specifické situaci: musela udržovat síť pošt pro účely poskytování služeb všeobecného hospodářského zájmu s tím, že soukromý investor – který v dotyčném odvětví nepůsobí – by se do stejné situace nikdy nedostal.

113. Z rozsudku Chronopost I tudíž vyplývá, že nachází-li se veřejný subjekt v situaci, do které se soukromý hospodářský subjekt nemůže nikdy dostat, není co porovnávat. Podle mého názoru se v rozsudku Chronopost I jednalo o určení částky kompenzace za službu ve veřejném zájmu a tato věc se přímo netýkala samotné ZITH. Tento rozsudek je však v projednávaném případě relevantní a měl by být použit analogicky.

114. Zastávám proto názor, že Tribunál nesprávně použil tuto judikaturu, když v bodě 278 napadeného rozsudku na základě bodu 38 rozsudku Chronopost I rozhodl, že „neexistence referenčního soukromého investora nebrání přezkumu operace z hlediska ‚obvyklých tržních podmínek‘, které jsou v takovém případě nutně hypotetické a musí být posouzeny s ohledem na objektivní a ověřitelné skutečnosti, které jsou k dispozici“.

115. Je užitečné vycházet ze stanoviska generálního advokáta A. Tizzana předneseného ve věci Chronopost I, se kterými se ztotožnil Soudní dvůr. V bodě 47 generální advokát vysvětluje, že „ ‚za obvyklých tržních podmínek‘ soukromý podnik, který by nebyl povinen udržovat veřejnou poštovní síť porovnatelnou se sítí společnosti La Poste určenou k zabezpečení poskytování univerzální poštovní služby […] by neměl takovou poštovní síť, a proto by nemohl poskytovat jedné ze svých dceřiných společností dotyčnou logistickou podporu […] Tím, že požádal Komisi, aby zjistila, jakou odměnu by za tuto pomoc vyžadovala hypotetická soukromá finanční společnost […] která nebyla povinna poskytovat univerzální poštovní službu, a neměla tudíž výhodu vyhrazeného odvětví, [Tribunál]

47 — Viz mj. rozsudky ze dne 21. března 1991, Itálie v. Komise (dále jen „ENI-Lanerossi“), C-303/88, Recueil, s. I-1433, body 20 až 24; ze dne 21. března 1991, Itálie v. Komise (dále jen „Alfa Romeo“), C-305/89 Recueil, s. I-1603, body 19 až 20; jakož i ze dne 8. května 2003, Itálie a SIM 2 Multimedia v. Komise, C-328/99 a C-399/00, Recueil, s. I-4035, bod 38.

48 — Viz rozsudek Alfa Romeo, uvedený v poznámce pod čarou 47, bod 19; rozsudky Tribunálu ze dne 29. června 2000, DSG v. Komise, T-234/95, Recueil, s. II-2603, bod 119; ze dne 12. prosince 2000, Alitalia v. Komise, T-296/97, Recueil, s. II-3871, bod 96, a Westdeutsche Landesbank, uvedený v poznámce pod čarou 32, bod 245.

49 — Uvedený v poznámce pod čarou 20.

nesprávně vyložil článek 87 ES, neboť při posuzování otázky, zda došlo k poskytnutí státní podpory, použil referenční soukromý hospodářský subjekt, který by ‚za obvyklých tržních podmínek' ve skutečnosti neexistoval." Generální advokát dospěl v bodě 45 k závěru, že [Tribunál] […] žádal Komisi, aby použila kritérium, které bylo jednoznačně nerealistické a v důsledku toho nevhodné pro účely posouzení, zda v podobném případě došlo k poskytnutí státní podpory ve smyslu článku 87 ES".

116. Je zřejmé, že ZITH nebyl ve věci Chronopost I relevantní. Soudní dvůr se s tímto posouzením ztotožnil, a právě to bylo důvodem, že Soudní dvůr rozhodl, že Tribunál pochybil, a odmítl použití ZITH v takovém případě. Soudní dvůr totiž v bodě 33 tohoto rozsudku rozhodl, že „při tomto posouzení [Tribunálu založeném na ZITH], které nezohledňuje, že takový podnik jako La Poste se nachází ve velmi odlišné situaci od situace soukromoprávního podniku, který působí za obvyklých tržních podmínek, došlo k nesprávnému právnímu posouzení".

117. Proto přístup, který použil Soudní dvůr v uvedené věci, v jistém smyslu reaguje na tutéž obavu, která je podstatou tohoto kasačního opravného prostředku, konkrétně na potřebu vyloučit z působnosti ZITH situace, ve kterých neexistuje skutečný soukromý hospodářský subjekt, s nímž by bylo možné porovnat jednání státu.

118. Z tohoto důvodu není možné kritérium stanovené v napadeném rozsudku potvrdit, je-li založeno na akumulaci fikcí ovlivňujících skutečné jednání státu a standardního soukromého investora. Oba porovnávané prvky – chování státu a chování soukromého investora – jsou pozměněny do takové míry, že už se nejedná o srovnání skutečného chování státu s chováním skutečného soukromého hospodářského subjektu v tržním hospodářství.

119. Z toho vyplývá, že kritérium ZITH, jak jej popsal Tribunál, je bezvýznamné. Podle verze tohoto kritéria, kterou použil Tribunál, se „obvyklé" tržní podmínky již neposuzují na základě skutečných údajů, které by charakterizovaly referenčního soukromého investora odpovídajícího standardnímu investorovi na trhu (kterého Tribunál nedefinoval); neposuzují se ani z hlediska prostředků použitých při poskytnutí kapitálu, ale na základě čistě hypotetických úvah. ZITH však zjevně vyžaduje ověření toho, zda by soukromý investor provedl dotyčnou investici za stejných podmínek. Jak poznamenala Komise, z různých investicí mohou vyplývat různé náklady a různé perspektivy ziskovosti.

120. Konečně podle bodu 249 napadeného rozsudku „Komisi totiž za takových okolností příslušelo ověřit, zda by soukromý investor učinil za podobných podmínek investici ve srovnatelné výši, nezávisle na formě zásahu státu za účelem zvýšení kapitálu EDF a na případném použití daňových zdrojů za tímto účelem, a to s cílem ověřit hospodářskou účelnost této investice a porovnat tuto investici s chováním takového investora vůči témuž podniku za stejných podmínek".

121. EDF, která se ztotožňuje s posouzením Tribunálu, v podstatě tvrdí, že každé jednání státu by se mělo posuzovat z hlediska ziskovosti [50].

122. Jak však poznamenala Iberdrola, pokud by záleželo jen na hospodářské účelnosti státní investice, mohly by být veřejné podniky zvýhodněny na základě postavení svého vlastníka, neboť státní investor se nachází v podstatně odlišné situaci než soukromý investor. V důsledku toho by veřejné podniky mohly být v konečném důsledku zcela osvobozeny od daní.

123. V této souvislosti platí, jak Tribunál správně rozhodl v rozsudku Westdeutsche Landesbank [51], že při uplatňování ZITH nestačilo porovnat výnos, kterého spolková země dosáhla díky sporné transakci, s výnosem, kterého dosáhla z majetku Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen před touto transakcí, neboť tento majetek se neřídil logikou soukromého investora. Bylo nezbytné

50 — Poukazuje přitom na rozsudky Belgie v. Komise, 234/84, uvedený v poznámce pod čarou 38, bod 14, a Itálie a SIM 2 Multimedia v. Komise, uvedený v poznámce pod čarou 47, bod 38.

51 — Uvedený v poznámce pod čarou 32, body 313 až 315.

porovnat výnos, kterého spolková země dosahuje díky sporné transakci, s výnosem, jaký by za tuto transakci požadoval hypotetický soukromý investor [52]. Skutečnost, že sporná transakce je pro spolkovou zemi přiměřená, ji nezprošťuje povinnosti uplatňovat právo Společenství v oblasti státních podpor. Tato skutečnost nevylučuje potřebu zjistit, zda tato transakce posílila postavení Westdeutsche Landesbank tím, že jí poskytla výhodu, kterou by za běžných podmínek na trhu nezískala.

124. Pokud bychom totiž vycházeli z přístupu Tribunálu, mohly by členské státy postupovat na základě celkového výpočtu hospodářské účelnosti, v jehož rámci by členské státy mohly využít výsadních práv orgánu veřejné moci. V projednávaném případě by například Francouzská republika mohla své daňové pravomoci vykonat ve prospěch EDF, jestliže by tuto operaci jako celek bylo možné považovat za rozumné jednání subjektu, který jedná s cílem dosáhnout zisku.

125. Právě takový celkový výpočet účelnosti však Soudní dvůr odmítl v rozsudcích Hytasa a Gröditzer [53]. Jak uvedla Iberdrola, tyto případy se týkaly otázky, zda Německo a Španělsko mohou využít účelnost dotyčných opatření (v podstatě se jednalo o zvýšení základního kapitálu), vzhledem k jejich závazkům jakožto orgánů veřejné moci v případě likvidace přijímajícího podniku, když se tyto závazky týkaly například vyplácení určitých dávek v nezaměstnanosti. Soudní dvůr odmítl takový celkový výpočet účelnosti, neboť byl založen na výkonu veřejné moci. Soudní dvůr zdůraznil neslučitelnost výpočtu účelnosti, který je specifický pro ZITH, a zohlednění výhod a nákladů vyplývajících z pravomocí a povinností specifických pro stát.

126. V této souvislosti poukazuji na to, že na rozdíl od zjištění v bodě 256 a násl. napadeného rozsudku a od tvrzení uvedených EDF, nemá skutečnost, že rozsudky Hytasa a Gröditzer se týkaly pouze „povinností“ příslušejících státu a nikoli – jak je tomu v projednávaném případě – pravomocí státu, vliv na to, že povinnosti – ale i práva – které má stát jako orgán veřejné moci, nelze nikdy posuzovat ve spojení s povinnostmi a právy státu jako investora.

127. Jak jednoznačně vyplývá z bodu 258 napadeného rozsudku, Tribunál se mohl dopustit takového nesprávného právního posouzení pouze na základě toho, že opět upřednostnil údajný cíl dotyčného opatření před nepřekonatelnou výlučností práv potřebných k jeho výkonu. Soudní dvůr však v rozsudku Hytasa ani v rozsudku Gröditzer nezohlednil cíle celkové ziskovosti, na které poukazovaly dva dotyčné členské státy, neboť jejich zohlednění považoval v rámci úvah investora za irelevantní: už povaha opatření postačovala k jejich vyloučení z úvah o účelnosti, kterých se dovolávaly členské státy.

128. Konečně, jak uvedla Komise, přístup Tribunálu je paradoxní zejména proto, že byl použit v kontextu liberalizace dotyčného trhu. Vzhledem k tomu, že osvobození od daně představuje pro dotyčný veřejný podnik značnou výhodu, je zřejmé, že takové opatření směřuje k udržení jeho dominantního postavení, a to navzdory liberalizaci trhu.

129. Ze všech uvedených úvah proto vyplývá, že druhé části druhého důvodu kasačního opravného prostředku musí být vyhověno.

3. Třetí část druhého důvodu kasačního opravného prostředku: zásada rovného zacházení

130. Komise a Iberdrola v podstatě tvrdí, že napadený rozsudek opomenul zásadu rovného zacházení mezi veřejnými a soukromými podniky, a umožnil tak lepší daňové zacházení státu, včetně podniků, ve kterých stát není jediným akcionářem. EDF a francouzská vláda tvrdí, že třetí část druhého důvodu kasačního opravného prostředku je třeba zamítnout.

52 — V tomto smyslu viz rozsudek DM Transport, uvedený v poznámce pod čarou 35, bod 25.

53 — Uvedené již v poznámce pod čarou 27, bod 22, a v poznámce pod čarou 28, bod 134.

131. Připomínám, že ZITH je vyjádřením zásady rovného zacházení, a proto, jak poznamenala Komise, Tribunál tím, že umožnil, aby stát přiznal osvobození od daně podnikům, které jsou v jeho výlučném vlastnictví – pokud jsou dostatečně ziskové – ve skutečnosti připustil daňové zvýhodnění těchto podniků.

132. Tento závěr podle mého názoru představuje porušení zásady rovného zacházení, a je tudíž neslučitelný s cílem ZITH. Je zřejmé, že kritérium formulované Tribunálem by nevyhnutelně způsobilo závažné narušení hospodářské soutěže mezi veřejnými a soukromými podniky, a proto skutečnost, že použitý nástroj musí být dostupný i soukromému investorovi, není vůbec vedlejší: tato otázka se týká samotné podstaty ZITH. V důsledku toho zastávám názor, že kritérium zformulované Tribunálem je neslučitelné s článkem 295 ES ve spojení s článkem 87 ES. Uplatnění tohoto kritéria by zejména narušilo logiku, na níž je založena zásada neutrality zakotvená v článku 295 ES [54].

133. Tribunál totiž zastává názor, že vzhledem k tomu, že povaha pohledávky je irelevantní, by se jakékoli finanční zvýhodnění poskytnuté státem v rámci výkonu jeho veřejné moci mělo posuzovat z hlediska této zásady – takový přístup by se stal nástrojem k vyloučení opatření, které soukromý investor nemůže přijmout, z okruhu opatření státní podpory.

134. Jak uvedla Iberdrola, zásada, že činnosti státu jakožto akcionáře by měly být přísně odděleny od činností, které stát vykonává jakožto orgán veřejné moci, je v podstatě totožná se základní myšlenkou, na jejímž základě Soudní dvůr dospěl k závěru, že skutečnost, že dominantní podnik jednal jako nositel zvláštních práv a zároveň jako hospodářský subjekt, vyvolává riziko střetu zájmů, který je v rozporu s článkem 82 a článkem 86 ES. Takový systém nenarušené hospodářské soutěže, jaký je upraven ve Smlouvě, totiž může být zaručen pouze tehdy, je-li zabezpečena rovnost příležitostí mezi jednotlivými hospodářskými subjekty [55]. Obdobně Soudní dvůr rozhodl, že státní opatření přestavuje porušení čl. 86 odst. 1 ES a článku 82 ES, způsobuje-li nerovnost příležitostí mezi hospodářskými subjekty a v důsledku toho narušení hospodářské soutěže [56]. Podle mého názoru by tudíž ZITH veřejným podnikům neměla umožnit provádět operace v podmínkách, které jsou příznivější než podmínky, které platí pro soukromé podniky, či provádět operace, které soukromé podniky nikdy provádět nemohou. Je totiž třeba mít na zřeteli, že v projednávaném případě mohl stát zcela jednoduše zaujmout přístup srovnatelný s přístupem soukromého investora (viz výše, bod 77).

135. Jak je zřejmé ze všech výše uvedených úvah, zastávám názor, že ZITH by se jednoznačně neměla vztahovat na případ osvobození od daně.

136. Konečně se lze důvodně domnívat, že ačkoli Tribunál na první pohled usiloval o omezení působnosti svého rozsudku na případ podniku, jehož jediným akcionářem je stát, v logice tohoto rozsudku podle mého názoru nelze rozpoznat důvody tohoto omezení. Naopak, jak poznamenala Komise, má-li společnost kromě státu i soukromé akcionáře, použití ZITH je ještě více namístě, neboť jednání ostatních akcionářů může v tomto případě často sloužit jako vhodný referenční rámec.

137. V důsledku toho je třetí části druhého důvodu kasačního opravného prostředku nutné vyhovět.

4. Čtvrtá část druhého důvodu kasačního opravného prostředku: důkazní břemeno

138. Komise, Iberdrola a úřad tvrdí, že Tribunál nerespektoval pravidla upravující rozdělení důkazního břemene v souvislosti s použitelností ZITH. EDF a francouzská vláda tvrdí, že čtvrtou část druhého důvodu kasačního opravného prostředku je třeba zamítnout.

54 — Viz rozsudky ze dne 6. července 1982, Francie a další v. Komise, 188/80 až 190/80, Recueil, s. 2545, bod 21, a Westdeutsche Landesbank, uvedený v poznámce pod čarou 32, body 192 až 194.

55 — Viz rozsudek ze dne 1. července 2008, MOTOE, C-49/07, Sb. rozh. s. I-4863, bod 48 a násl. a bod 51.

56 — Viz rozsudek ze dne 23. května 2003, Connect Austria, C-462/99, Recueil, s. I-5197, bod 84.

139. Zaprvé bych rád poukázal na to, že Tribunál v bodech 248, 249 a 250 napadeného rozsudku uvádí, že Komise nese důkazní břemeno v případě prokázání toho, že dotyčná operace splňovala ZITH. V bodě 278 totiž Tribunál Komisi dokonce vytkl, že „nijak neprokázala neexistenci referenčního soukromého investora, s nímž by se […] porovnal veřejný investor“. Ačkoli souhlasím s EDF v tom, že Komise je povinna důkladně a nestranně prostudovat spis, zastávám názor, že to zajisté neznamená, že Komise by měla být povinna posoudit osvobození od daně z hlediska ZITH jen proto, že členský stát tuto zásadu „zmínil“ po osmnácti měsících vyšetřování. To zjevně není otázka ZITH závisející na spolupráci členského státu.

140. Je zřejmé, že přísluší Komisi, aby prokázala, že finanční podpora poskytnutá státem objektivně splňuje všechny podmínky potřebné k tomu, aby bylo možné kvalifikovat ji jako státní podporu. Je ovšem zřejmé, že pokud to Komise učinila, je úkolem státu prokázat, že jednal stejným způsobem jako rozumný soukromý investor. Jak uvedl úřad, použití ZITH slouží k vyvrácení zjištění, že poskytnutá podpora byla státní podporou. Je tudíž úkolem dotyčného státu, aby předložil důkaz k vyvrácení tohoto zjištění.

141. V rozsudku Freistaat Thüringen v. Komise[57] Tribunál správně uvedl, že jsou-li splněny všechny podmínky státní podpory, musí členský stát prokázat, „že poskytnutí dotčené pomoci bylo v souladu s chováním soukromého investora v prostředí tržního hospodářství“.

142. Je tedy jen logickým důsledkem, že členský stát, který vychází z tohoto tvrzení, musí nést důkazní břemeno o prokázání splnění podmínek ZITH. Je rovněž zřejmé, že členský stát a přijímající podnik jsou jedinými subjekty, které mají k dispozici hospodářské a účetní údaje, které prokazují rozsah a vlastnosti konkrétní investice.

143. V každém případě to platí tím spíše, jestliže se jednání, které podle členského státu splňuje ZITH, už na první pohled zakládá na výkonu státní moci.

144. Z písemností předložených Soudnímu dvoru je zřejmé, že francouzské orgány během správního řízení nepředložily žádné náležité a konkrétní důkazy, kterými by podložily své tvrzení, že francouzský stát jednal jako racionální soukromý investor. Francouzské orgány totiž bez jakýchkoli relevantních důkazů pouze tvrdily, že kapitálová dotace byla odůvodněna na základě perspektivní ziskovosti. Na rozdíl od tvrzení EDF proto vzhledem k okolnostem projednávaného případu a vzhledem k tomu, že ačkoli důkazní břemeno spočívalo na členském státě, francouzské orgány nepředložily ani jeden konkrétní důkaz, byla Komise oprávněna nepoužít ZITH, zejména za okolností projednávaného případu, pokud stát vykonal svou veřejnou moc.

145. Z tohoto vyplývá, že Tribunál se dopustil nesprávného právního posouzení, když nedodržel pravidla týkající se rozdělení důkazního břemene.

146. Jak uvedl úřad, obrácení důkazního břemene, které provedl Tribunál, ve skutečnosti staví Komisi do nezáviděníhodné situace. Komise zpravidla nemůže znát přesné okolnosti státní podpory poskytnuté podniku, pokud ji o těchto okolnostech neinformuje dotyčný stát. Všechna relevantní tvrzení – a zejména skutečnosti a důkazy, na kterých se zakládají tato tvrzení – musí předložit stát. Pokud Komise nemá k dispozici všechny potřebné informace o skutkovém stavu, musí být oprávněna přijmout rozhodnutí na základě informací, které má skutečně k dispozici.

147. Navíc souhlasím s Komisí v tom, že neexistence důkazů, které by prokazovaly, že dotyčné osvobození od daně mělo být považováno za investici, jejíž ziskovost stát před jejím provedením posoudil stejně, jako by to učinil kterýkoli soukromý investor, svědčí o dalším nesprávném právním posouzení.

57 — Rozsudek Tribunálu ze dne 19. října 2005, T-318/00, Sb. rozh. s. II-4179, bod 180.

148. Jak totiž připomenul Soudní dvůr v rozsudku Komise v. Scott[58], „legalita rozhodnutí ve věci státních podpor musí být soudem [Unie] posuzována v závislosti na informacích, které mohla mít Komise k dispozici v okamžiku, kdy jej přijala“.

149. V době přijetí napadeného rozhodnutí v projednávaném případě však Komise neměla k dispozici žádné důkazy, které by prokazovaly, že ZITH je relevantní nebo že jsou splněny podmínky jejího použití. Vytýkat Komisi, že neposoudila osvobození od daně z hlediska ZITH, tedy znamená kritizovat ji za to, že nezohlednila informace, které neměla k dispozici.

150. Konečně je třeba poukázat na to, že francouzské orgány během správního řízení nepředložily žádné objektivní důkazy na podporu svého tvrzení, že se má použít ZITH. Nepředložily ani zprávu, posudek nebo interní studii, které by prokazovaly, že došlo k posouzení ziskovosti. Dokonce i když si Tribunál vyžádal předložení takové zprávy, byla mu následně předložena zpráva, která byla vytvořena dodatečně: jinými slovy, francouzské orgány neměly žádnou zprávu z období provedení údajné investice. Zdá se tedy, že francouzský stát investoval 888,89 milionu eur do podniku, aniž předem provedl jakoukoli analýzu nebo předem sestavil podnikatelský plán, a navzdory tomu tvrdí, že jeho jednání je třeba považovat za srovnatelné s jednáním obezřetného soukromého investora působícího v tržním hospodářství.

151. Z toho vyplývá, že čtvrté části druhého důvodu kasačního opravného prostředku je rovněž třeba vyhovět, a v důsledku toho je třeba vyhovět druhému důvodu kasačního opravného prostředku v plném rozsahu.

5. Důsledky zrušení

152. V souladu s čl. 61 prvním pododstavcem statutu Soudního dvora může Soudní dvůr v případě zrušení rozhodnutí Tribunálu sám vydat konečné rozhodnutí ve věci, pokud to soudní řízení dovoluje, nebo věc vrátit zpět Tribunálu k rozhodnutí.

153. V projednávaném případě Tribunál neposoudil všechny žalobní důvody uvedené EDF. Je proto třeba vrátit věc Tribunálu k dalšímu řízení a vyhradit mu rozhodnutí o nákladech řízení o kasačním opravném prostředku.

154. Pokud to však stav řízení dovoluje, může Soudní dvůr sám právoplatně rozhodnout o meritu věci. Podle mého názoru má Soudní dvůr v tomto stadiu řízení k dispozici všechny poznatky potřebné k tomu, aby rozhodl o opodstatněnosti třetí části druhého žalobního důvodu, který uplatnila EDF v prvním stupni, v jehož rámci v podstatě tvrdila, že dotyčná opatření se měla posoudit jako kapitálová dotace a analyzovat v celkovém kontextu objasnění finančního vztahu mezi státem a společností EDF, a že tudíž stát jednal jako obezřetný soukromý investor v tržním hospodářství. Jak je však zřejmé ze všech úvah uvedených výše v tomto stanovisku, tuto třetí část druhého žalobního důvodu je třeba zamítnout.

V – Závěry

155. S ohledem na výše uvedené skutečnosti navrhuji, aby Soudní dvůr:

„– zrušil rozsudek Tribunálu Evropské unie (třetího senátu) ze dne 15. prosince 2009 ve věci T-156/04, EDF v. Komise, v rozsahu, v němž byly tímto rozsudkem zrušeny články 3 a 4 rozhodnutí Komise o státních podporách, které Francie poskytla EDF a odvětví elektrárenského a plynárenského průmyslu (C 68/2002, N 504/2003 a C 25/2003), přijatého dne 16. prosince 2003;

– vrátil věc zpět Tribunálu Evropské unie k novému posouzení;

– rozhodl o nákladech řízení v tomto stupni později.“

58 — Rozsudek ze dne 2. září 2010, C-290/07 P, Sb. rozh. s. I-7763, bod 91 a citovaná judikatura.