CONCLUZIILE AVOCATULUI GENERAL
JÁN MAZÁK
prezentate la 20 octombrie 2011 [1]

Cauza C-124/10 P

Comisia Europeană
împotriva

Électricité de France (EDF) și alții

„Recurs — Ajutor de stat — Scutire selectivă de taxe acordată pentru majorarea capitalului social în cursul recapitalizării întreprinderii — Principiul investitorului privat în economia de piață — Stat care acționează în calitate de acționar și stat care exercită puterea publică”

1. Comisia Europeană solicită Curții anularea Hotărârii [2] Tribunalului de Primă Instanță (devenit „Tribunalul”) prin care s-au anulat articolele 3 și 4 din Decizia Comisiei privind măsuri de ajutor în favoarea EDF și a sectorului industriei energiei electrice și a gazelor [3]. Prezentul recurs prezintă o importanță deosebită pentru dreptul Uniunii Europene privind ajutoarele de stat. Acest recurs ridică o problemă de principiu, care se referă la domeniul de aplicare (aplicabilitatea) al unui principiu central al dreptului UE privind ajutoarele de stat – și anume principiul investitorului privat în economia de piață (denumit în continuare „criteriul investitorului privat”) – într-o cauză în care statul și-a exercitat prerogativele de autoritate publică. În esență, criteriul investitorului privat reprezintă expresia logică a principiului egalității de tratament între întreprinderi publice și întreprinderi private, derivat din articolele 86 CE și 295 CE.

I — Cadrul juridic

2. Articolul 38 alineatul 2 din Codul general al impozitelor francez prevede: „Profitul net este reprezentat de diferența dintre valorile activului net la închiderea și la deschiderea perioadei ale cărei rezultate trebuie să constituie baza impozitului, diminuată cu suplimentele de aport și majorată cu prelevările efectuate în această perioadă de operator sau de asociați. Activul net constituie excedentul valorilor de activ față de totalul reprezentat la pasiv de creanțele terților, amortizările și provizioanele justificate”.

3. Potrivit articolului 4 alineatul I și, respectiv, alineatul II din Legea nr. 97-1026 [4], se consideră că lucrările rețelei de alimentare generală cu energie electrică constituie proprietatea EDF din momentul în care i-a fost concesionată această rețea și, pentru aplicarea prevederilor alineatului I, la 1 ianuarie 1997, contravaloarea bunurilor în natură concesionate din cadrul rețelei de alimentare generală care figurează la pasivul EDF se înscrie, fără diferențele de reevaluare corespunzătoare, la postul „Dotări cu capital”.

1 — Limba originală: engleza.

2 — Hotărârea din 15 decembrie 2009, EDF/Comisia (T-156/04, Rep., p. II-4503, denumită în continuare „hotărârea atacată”).

3 — Decizia (C 68/2002, N 504/2003 și C 25/2003) adoptată la 16 decembrie 2003 (denumită în continuare „decizia în litigiu”).

4 — Legea din 10 noiembrie 1997 privind măsuri urgente cu caracter fiscal și financiar (JORF, 11 noiembrie 1997, p. 16387).

II — Istoricul cauzei

4. Situația de fapt, procedura administrativă și decizia în litigiu sunt descrise în mod detaliat la punctele 9-51 din hotărârea atacată. Ne vom limita în continuare la aspectele esențiale. EDF produce, transmite și distribuie energie electrică. La momentul relevant, EDF era deținută în întregime de stat. EDF a fost înființată printr-o lege care a naționalizat sectorul energiei electrice și al gazelor și a instituit principiul transferului către EDF al concesiunilor de energie electrică naționalizate. Diferitele concesiuni privind transportul de energie electrică acordate de stat au fost unificate în 1958 într-o concesiune unică, numită „a rețelei de alimentare generală" („réseau d'alimentation générale", denumită în continuare „RAG").

5. Aplicarea pentru EDF a planului contabil general din 1982, care cuprindea norme contabile specifice concesiunilor, a condus la modificarea tratamentului contabil al RAG, pentru a se lua în considerare recomandările formulate de Conseil national de la comptabilité (Consiliul Național al Contabilității, denumit în continuare „CNC"). A fost introdus un plan contabil propriu pentru EDF, care a fost aprobat prin decret ministerial. RAG a fost înscris în activul bilanțului EDF la postul intitulat „Imobilizări corporale ale domeniului concesionat". Au fost create provizioane specifice în cadrul reînnoirii imobilizărilor concesionate, provizioane destinate să permită EDF să predea aceste bunuri în perfectă stare la încheierea concesiunii.

6. Cheltuielile pentru reînnoire efectuate de EDF au fost înregistrate în bilanț la postul intitulat „Contravaloarea bunurilor concesionate" (denumit de asemenea „Drepturile concedentului"). Acest post reprezenta o datorie a EDF către statul francez, legată de predarea gratuită a bunurilor înlocuite la încheierea concesiunii. Într-un raport din 1994, Cour des Comptes (Curtea de Conturi franceză) a considerat nelegale înlesnirile fiscale de care a beneficiat EDF în urma creării nelegale de provizioane pentru reînnoirea RAG. Prin urmare, statul francez a procedat la o restructurare a bilanțului EDF. Contractul de antrepriză „Stat-EDF 1997-2000", semnat la 8 aprilie 1997, prevedea o standardizare a conturilor EDF și a relațiilor sale financiare cu statul, în perspectiva deschiderii pieței energiei electrice, prevăzută de Directiva 96/92/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 19 decembrie 1996 privind normele comune pentru piața internă de energie electrică (JO 1997, L 27, p. 20).

7. Înainte de adoptarea Legii nr. 97-1026, bilanțul EDF se prezenta astfel: (i) la activ, un post intitulat „Imobilizări corporale ale domeniului concesionat", în cuantum de 285,7 miliarde FRF, din care aproximativ 90 de miliarde FRF în cadrul RAG; (ii) la pasiv, un post intitulat „Provizioane" din care aproximativ 38,5 miliarde FRF în cadrul RAG, precum și un post intitulat „Contravaloarea bunurilor concesionate" care înregistra cheltuielile pentru reînnoire efectuate și care se ridica la 145,2 miliarde FRF, din care 18,3 miliarde în cadrul RAG.

8. Potrivit articolului 4 din Legea 97-1026, modul de restructurare a părții superioare a bilanțului EDF a fost decis și comunicat EDF la 22 decembrie 1997 prin scrisoarea ministrului economiei, finanțelor și industriei, a secretarului de stat pentru buget și a secretarului de stat pentru industrie francezi (a se vedea punctele 25 și 26 de mai jos).

9. În cadrul procedurii administrative, Comisia a adoptat trei decizii conexe privitoare la EDF, care au fost publicate la 16 noiembrie 2002 (JO C 280, p. 8). În conformitate cu articolul 88 alineatul (2) CE, Comisia a deschis procedura oficială de investigare privind avantajul care rezultă din faptul că EDF nu plătește impozit pe profit pentru anumite provizioane contabile create cu scutire de impozit pentru reînnoirea RAG. Articolul 3 din decizia atacată prevede că neplata de către EDF în 1997 a impozitului pe profit pe partea din provizioanele create cu scutire de impozit pe profit pentru reînnoirea RAG, echivalentă cu 14,119 miliarde FRF din drepturile concedentului reclasificate ca dotări cu capital, constituie un ajutor de stat incompatibil cu piața comună. Același articol din decizia atacată prevede de asemenea că ajutorul în cauză se ridică la 888,89 milioane EUR. Potrivit articolului 4 din decizia atacată, Franța trebuia să recupereze ajutorul (inclusiv dobânzile) de 1,217 miliarde EUR; această sumă a fost de fapt rambursată statului francez.

III — Hotărârea atacată

10. În susținerea cererii sale, EDF a invocat în esență trei motive. Tribunalul a analizat doar primul motiv și primele trei aspecte ale celui de al doilea motiv, respingând primul motiv și primele două aspecte ale celui de al doilea motiv. Tribunalul a admis al treilea aspect al celui de al doilea motiv, anulând articolele 3 și 4 din decizia contestată, în legătură cu care EDF a susținut în esență că, aplicând măsura în cauză, statul a acționat ca un investitor privat avizat în economia de piață.

11. La punctele 233-237 din hotărârea atacată, Tribunalul a considerat în esență că faptul că intervenția statului ia forma unei legi nu poate să fie suficient pentru a înlătura posibilitatea ca intervenția statului în capitalul unei întreprinderi să urmărească un obiectiv economic pe care l-ar putea urmări și un investitor privat. La punctele 243-245, Tribunalul a considerat în esență că dispozițiile articolului 4 din Legea nr. 97-1026 nu sunt dispoziții de natură fiscală în sine, ci dispoziții de natură contabilă având efecte fiscale. La punctele 247-250, Tribunalul a considerat în esență că, ținând cont de obiectivul urmărit, numai natura fiscală a creanței pe care o are statul francez față de EDF și numai faptul că statul a recurs la lege nu înseamnă că Comisia poate refuza în mod justificat să aplice criteriul investitorului privat.

12. La punctele 251 și 252 din hotărârea atacată, Tribunalul a constatat că forma luată de investiție determină diferențe în privința costului mobilizării capitalului și a randamentului acestuia, care ar putea conduce la concluzia că un investitor privat nu ar fi realizat o astfel de investiție în condiții comparabile. Or, aceasta presupune o analiză economică în cadrul aplicării criteriului investitorului privat, la care Comisia a renunțat în mod deliberat. La punctul 253, Tribunalul a concluzionat că Comisia nu putea să se limiteze la examinarea efectelor fiscale ale prevederilor adoptate de Republica Franceză fără să examineze simultan – și eventual să înlăture în finalul acestei examinări – temeinicia argumentației potrivit căreia operațiunea respectă criteriul investitorului privat.

IV — Apreciere

13. Comisia invocă două motive: (i) Tribunalul a interpretat în mod greșit și a denaturat situația de fapt din cauză și (ii) Tribunalul a săvârșit o eroare de drept atunci când a analizat domeniul de aplicare al criteriului investitorului privat. Nu este necesar ca argumentele tuturor părților să fie reproduse în detaliu într-o secțiune separată. În consecință, pentru a facilita lectura prezentelor concluzii, vom integra aceste argumente în cadrul analizei noastre.

A — *Cu privire la primul motiv, întemeiat pe denaturarea situației de fapt*

14. Comisia, Iberdrola și Autoritatea AELS de Supraveghere (denumită în continuarea „Autoritatea”) susțin în esență că, contrar celor indicate în hotărârea atacată, Republica Franceză nu a efectuat conversia unei creanțe fiscale în capital, ci doar a acordat EDF un ajutor sub forma unei scutiri de impozit pe profit. EDF și guvernul francez susțin, pe de altă parte, că primul motiv trebuie respins.

15. În primul rând, EDF susține că primul motiv invocat de Comisie este inadmisibil, întrucât solicită Curții să reexamineze analiza realizată de Tribunal în ceea ce privește restructurarea bilanțului EDF.

16. Amintim că, în ceea ce privește motivul privind denaturarea elementelor de probă, deși într-adevăr revine exclusiv Tribunalului competența de a aprecia valoarea care trebuie atribuită elementelor de probă care îi sunt prezentate [5], Curtea de Justiție a hotărât totuși că un asemenea motiv este admisibil [6]. În prezenta cauză, excepția de inadmisibilitate invocată de EDF trebuie respinsă. În mod

5 — Hotărârea din 1 iunie 1994, Comisia/Brazzelli Lualdi și alții (C-136/92 P, Rec., p. I-1981, punctul 66).

6 — A se vedea printre altele Hotărârea din 2 martie 1994, Hilti/Comisia (C-53/92 P, Rec., p. I-667, punctul 42).

evident, Comisia nu solicită o simplă reexaminare a analizei realizate de Tribunal în ceea ce privește restructurarea bilanțului EDF. Dimpotrivă, din observațiile și documentele prezentate Curții rezultă că există un risc efectiv și actual ca Tribunalul să fi denaturat faptele aflate la originea litigiului și să fi caracterizat în mod eronat aceste fapte.

17. Într-adevăr, potrivit unei jurisprudențe constante, în cazul în care recurentul susține că Tribunalul a ajuns la concluzii a căror inexactitate materială reiese din elementele de la dosar sau că a denaturat semnificația clară a elementelor de probă care i-au fost prezentate, excepțiile întemeiate pe constatări de fapt și pe modul în care acestea au fost evaluate în hotărârea atacată sunt admisibile [7]. În mod evident, evaluarea elementelor de probă este de competența Tribunalului și nu poate fi reluată de Curte, însă acest lucru nu este valabil în cazul în care Tribunalul a denaturat elementele de probă deducând din acestea elemente pe care în mod clar nu le conțin – și, în opinia noastră, exact aceasta este situația în prezenta cauză [8]. Există denaturare [9] (*dénaturation*) atunci când o instanță care analizează fondul unei cauze își depășește competența prin interpretarea unui document formulat în mod clar și neechivoc (precum un acord, un testament, un raport, o hotărâre sau o lege străină) în mod incompatibil cu modul de redactare respectiv [10].

18. Rezultă din toate considerentele de mai sus că primul motiv este admisibil.

19. Cu privire la fondul primului motiv, reiese că Tribunalul a săvârșit într-adevăr o eroare de calificare a faptelor – în special în măsura în care a susținut că Republica Franceză a efectuat conversia unei creanțe fiscale în capital (a se vedea printre altele punctul 258 din hotărârea atacată), întrucât ceea ce a făcut de fapt statul a fost să acorde în favoarea EDF o scutire selectivă de la plata impozitului pe profit [11].

20. Contrar argumentelor prezentate de EDF și astfel cum se va arăta în cele ce urmează, denaturarea situației de fapt rezultă în mod evident din documentele prezentate Curții și, așadar, Curtea nu trebuie să procedeze la o nouă evaluare detaliată a faptelor.

21. Guvernul francez încearcă să susțină abordarea Tribunalului insistând asupra faptului că efectuarea conversiei unei creanțe fiscale în capital a avut loc în cadrul restructurării bilanțului EDF, una dintre etapele acestui proces fiind recapitalizarea.

22. Nimeni nu contestă faptul că în același timp avea loc recapitalizarea EDF, despre care se considera că nu ar fi constituit în sine un ajutor de stat. Cu toate acestea, este important să amintim că *incidența fiscală* – care este separată de recapitalizare – este cea care a fost calificată drept ajutor de stat (a se vedea punctul 241 din hotărârea atacată). Considerăm că argumentul guvernului francez este inutil, întrucât, în opinia noastră, renunțarea la o datorie fiscală și conversia sa într-o dotare cu capital trebuie să fie în mod clar considerate drept două operațiuni distincte și consecutive. De fapt, guvernul francez pare să admită acest lucru la punctul 97 din memoriul său în răspuns.

23. Analiza dosarului cauzei confirmă în mod clar că baza de impozitare este imposibil de găsit în vreunul dintre documentele din dosar. Nu există nicio decizie de impunere, nicio dovadă a creanței fiscale datorate și nicio decizie privind afectarea bazei de impozitare recapitalizării EDF. De fapt, dacă ar trebui urmată interpretarea pe care Tribunalul a adoptat-o pentru documentele și faptele care i-au fost prezentate, afectarea bazei de impozitare ar trebui să se deducă pur și simplu din tăcerea Legii nr. 97-1026 și/sau din scrisoarea din 22 decembrie 1997 cu privire la acest aspect.

7 — A se vedea Hotărârea din 15 iunie 2000, Dorsch Consult/Consiliul și Comisia (C-237/98 P, Rec., p. I-4549, punctele 35 și 36).

8 — A se vedea Concluziile avocatului general Tesauro prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 6 septembrie 1997, Blackspur DIY și alții/Consiliul și Comisia (C-362/95 P, Rec., p. I-4775, punctul 32).

9 — A se vedea de asemenea Hotărârea Hilti/Comisia, citată la nota de subsol 6, punctul 42.

10 — A se vedea Concluziile avocatului general Sharpston prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 1 octombrie 2009, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/Consiliul (C-141/08 P, Rep., p. I-9147, punctul 72).

11 — A se vedea Hotărârea Curții din 15 martie 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec., p. I-877, punctul 14), precum și Hotărârea Curții din 19 mai 1999, Italia/Comisia (C-6/97, Rec., p. I-2981, punctul 16).

24. De fapt, Tribunalul constată la punctul 242 din hotărârea atacată că „toate părțile sunt de acord să se considere că ar fi fost datorat un impozit pentru suma de 14,119 miliarde FRF înainte să fie înscrisă în postul «Dotări cu capital»”.

25. De la punctele 239-242 din hotărârea atacată rezultă că toate măsurile de restructurare a bilanțului EDF au fost înregistrate în bilanțul acesteia, în dublul scop de a consolida situația netă a întreprinderii și de a stabiliza relația financiară dintre stat și EDF pe baze apropiate de dreptul comun (a se vedea punctul 31 din hotărârea atacată).

26. Următoarele aspecte trebuie amintite în mod special: (i) bunurile care constituie RAG au fost reclasificate, pentru valoarea de 90,325 miliarde FRF, drept „bunuri proprii” ale întreprinderii, (ii) provizioanele pentru reînnoirea RAG neutilizate au fost contabilizate ca profit nedistribuit și au fost reclasificate ca nou report al pierderilor, acest cont fiind astfel regularizat, iar soldul fiind afectat rezervelor (trebuie să adăugăm că această tranzacție a fost impozitată), și (iii) „drepturile concedentului” au fost afectate direct postului de dotări cu capital, pentru o valoare de 14,119 miliarde FRF.

27. Cu toate acestea, este important de arătat faptul că efectuarea conversiei bazei de impozitare în capital, pentru care EDF a obținut scutire, nu a fost în niciun mod înregistrată în contabilitatea întreprinderii.

28. De fapt, „[...] autoritățile franceze recunosc ele însele caracterul ilegal al acestei operațiuni. Într-o notă a Direcției generale pentru impozite [a Ministerului Economiei, Finanțelor și Industriei francez] din data de 9 aprilie 2002, adresată Comisiei, autoritățile franceze arată că «drepturile concedentului aferente RAG reprezintă o datorie inexistentă pe care încorporarea în capital a scutit-o în mod nejustificat de impozit» și că «această rezervă ar fi trebuit, anterior încorporării sale în capital, să fie transferată din pasivul organismului în care figura în mod greșit către un cont de situație netă, determinând astfel o variație pozitivă a activului net impozabil în temeiul articolului 38 alineatul 2» din Codul general al impozitelor.” [a se vedea considerentul (89) al deciziei în litigiu].

29. În pofida opiniei clare exprimate de Direcția generală pentru impozite, nu a fost înregistrată nicio creanță fiscală înainte ca suma care reprezenta „creanța” să fie introdusă în dotarea cu capital.

30. Într-adevăr, se pare că în prezenta cauză „creanța” nu a existat niciodată și că nici nu a existat vreodată o datorie la care să se renunțe. Astfel cum a arătat Iberdrola, nu a existat nicio conversie a creanței în capital și, de fapt, nici nu a existat vreo intenție din partea autorităților de a efectua o asemenea conversie. Se pare chiar că Tribunalul s-a pronunțat pe baza încercării guvernului francez de a-și justifica *a posteriori* acțiunile pe baza criteriului investitorului privat. În opinia noastră, astfel de afirmații – în special dacă sunt prezentate *in tempore suspecto* – nu pot transforma în mod retroactiv o scutire de impozit într-o operațiune care să poată fi considerată drept „comparabilă” cu conversia unei creanțe în capital.

31. La punctul 282 din hotărârea atacată, Tribunalul a admis că nu a existat niciodată vreo creanță sau vreo datorie la care să se renunțe: „[...] înainte de adoptarea Legii nr. 97-1026 și înainte de a se stabili că EDF este proprietară a RAG nu era datorat niciun impozit. Ulterior, întrucât Republica Franceză a renunțat la perceperea impozitului, acesta nu mai era datorat și, prin urmare, nu ar fi putut să apară în bilanț ca datorie a întreprinderii”.

32. Suntem de acord cu Comisia în ceea ce privește faptul că, dacă ar fi să admitem reconstituirea faptelor realizată de Tribunal, ar rezulta că există o creștere de capital implicită și lipsită de transparență, realizată în lipsa acordului expres al legiuitorului și contrar recomandărilor autorităților fiscale.

33. În acest sens, punctul 243 din hotărârea atacată reprezintă elementul central pentru raționamentul Tribunalului. La acest punct, Tribunalul pare să folosească argumentul că articolul 4 din Legea nr. 97-1026 avea ca obiect restructurarea bilanțului EDF și majorarea fondurilor proprii ale acesteia pentru a concluziona că, „[p]rin urmare, nu este vorba despre dispoziții de natură fiscală în sine, ci de dispoziții de natură contabilă având efecte fiscale, după cum atestă scrisoarea adresată EDF [...] la 22 decembrie 1997”.

34. De fapt, restul raționamentului Tribunalului se bazează pe constatarea că statul francez a realizat o investiție și în special că a „realiz[at] o majorare de capital al [EDF] renunțând la această creanță fiscală” (a se vedea punctul 246 din hotărârea atacată). Interpretarea fragmentelor relevante din hotărârea atacată confirmă că acest element este de fapt elementul-cheie al raționamentului Tribunalului și că, în opinia acestei instanțe, acest element a reprezentat problema esențială care trebuia soluționată pentru se putea pronunța cu privire la cel de al treilea aspect al celui de al doilea motiv invocat de EDF.

35. Într-adevăr, această idee poate fi urmărită în întreg cuprinsul hotărârii. Ea se regăsește în termeni mai mult sau mai puțin expliciți la punctele 248-250, 252, 253, 258 și 259. În plus, Tribunalul se referă la obiectivele despre care se pretinde că ar fi fost urmărite la punctele 229, 233-237, 247 și 259 din hotărârea atacată.

36. În mod evident, Tribunalul și-a întemeiat analiza pe dispozițiile articolului 4 din Legea nr. 97-1026. În esență, tot raționamentul guvernului francez și al EDF se întemeiază în mod substanțial pe dispozițiile acestui articol. Aceștia susțin că din dispozițiile în cauză rezultă în mod evident că Tribunalul a considerat în mod corect că asistența acordată în 1997 reprezenta o dotare cu capital. Cu toate acestea, contrar argumentelor lor, considerăm că dispozițiile articolului 4 din Legea nr. 97-1026 nu conduc în mod inevitabil la concluzia că asistența acordată a reprezentat o dotare cu capital. În plus, guvernul francez nu a demonstrat în cadrul observațiilor sale faptul că operațiunile financiare în cauză constituie, prin natura lor și în mod necesar, o dotare cu capital. Din considerațiile precedente rezultă în mod evident că trebuie respins și argumentul guvernului francez conform căruia pretinsa dotare cu capital a fost realizată în „cel mai transparent” mod (întrucât a îmbrăcat forma unei legi).

37. Aceasta a fost, cel mult, transparentă din punctul de vedere al formei, însă cu siguranță nu a fost transparentă din punctul de vedere al conținutului.

38. În mod evident, articolul 4 din Legea nr. 97-1026 se limitează la a stabili consecințele contabile ale operațiunilor financiare prevăzute. Nu este mai puțin adevărat că această dispoziție nu stabilește consecințele sau implicațiile fiscale ale operațiunilor în cauză. De fapt, se pare că EDF admite, în apărarea sa, acest lucru. Astfel cum a observat Comisia, în cursul procesului legislativ a fost respinsă o propunere de modificare a textului legii pentru motivul că încerca să definească procedura contabilă prin care s-ar fi efectuat conversia provizioanelor referitoare la structurile în cauză în fonduri proprii [12].

39. În primul rând, este suficient să se arate că în Legea nr. 97-1026 nu există nicio dispoziție care să sugereze că statul francez a efectuat o operațiune care a constat, în esență, în conversia unei creanțe fiscale în capital al EDF. În al doilea rând, din raportul comisiei financiare a Adunării Naționale, care a fost întocmit în cursul dezbaterii textului, rezultă că legiuitorul nu a stabilit procedura fiscală prin care s-ar fi efectuat conversia în fonduri proprii a provizioanelor legate de lucrările de alimentare generală cu energie electrică din cadrul concesiunii rețelei de alimentare generală cu energie electrică. Ceea ce este important este că acest raport confirmă faptul că legea nu conține nicio indicație cu privire la consecințele fiscale ale reclasificării contabile care trebuia realizată potrivit dispozițiilor sale.

40. În ceea ce privește scrisoarea guvernului francez adresată EDF la 22 decembrie 1997, reiese că înseși autoritățile franceze au făcut o distincție clară între măsurile legate de restructurarea bilanțului (a se vedea anexa 1 la scrisoare) și consecințele fiscale (a se vedea anexa 3 la scrisoare). Astfel cum a subliniat Comisia, anexa 1 arată doar că drepturilor concedentului au fost afectate direct postului de dotări cu capital, pentru o valoare de 14,119 miliarde FRF, în timp ce anexa 3 înlătură consecințele fiscale ale acestei măsuri pentru EDF. De altfel, nici în acest document nu există nimic care să sugereze că o creanță fiscală a fost transformată în capital.

12 — A se vedea raportul „Migaud” realizat în numele *Commission des finances, de l'économie générale et du plan* a Adunării Naționale, anexat la cererea Comisiei, p. 79-81, care redă discuția cu privire la modificarea „De Courson”. De fapt, în discuția cu privire la această modificare se arată că membrii principali ai comisiei (și în special președintele și raportorul general) au considerat că dispoziția care trebuia adoptată ar fi trebuit să impună plata de către EDF a unui impozit pe profit pe valoarea provizioanelor transformate în capital.

41. În ceea ce privește scrisoarea din 9 aprilie 2002 adresată Comisiei de autoritățile franceze, situația este aceeași: nici în acest caz nu există nimic care să sugereze că statul francez a efectuat conversia unei creanțe fiscale în capital.

42. Din documentele prezentate Curții rezultă că procedura administrativă se afla într-un stadiu avansat – nu înainte de 19 decembrie 2002, la 18 luni de la începerea procedurii de investigare – când, în observațiile transmise Comisiei, autoritățile franceze au încercat să prezinte scutirea de impozit acordată EDF drept o operațiune „comparabilă" cu „o dotare suplimentară cu capital" și trebuie subliniat că, pentru aceasta, autoritățile franceze nu au prezentat niciun element obiectiv în sprijinul acestor afirmații.

43. Într-adevăr, astfel cum în mod corect a arătat Comisia, EDF a inclus, în cadrul observațiilor sale prezentate Tribunalului la 3 februarie 2005, un studiu intitulat „O perspectivă a investitorului ipotetic în economia de piață", dar chiar și acest studiu a fost realizat *ex post* în încercarea de a justifica în mod retroactiv logica economică a tranzacției în cauză. Mai exact, a fost o încercare de a prezenta această tranzacție drept o conversie a unei creanțe în capital, o interpretare a evenimentelor care, privită din perspectiva situației de fapt, se pare că nu corespunde realității sau chiar că nu a fost niciodată analizată ca atare de Republica Franceză la momentul restructurării în discuție.

44. În sfârșit, faptul că Tribunalul s-a îndepărtat de la faptele aflate la originea litigiului denaturându-le într-o asemenea măsură încât acesta s-a pronunțat în cele din urmă cu privire la o altă cauză decât cea care i-a fost prezentată spre soluționare rezultă în mod evident de la punctul 242 din hotărârea atacată. La acest punct, Tribunalul a subliniat faptul că toate părțile au fost de acord să se considere că ar fi fost datorat un impozit pentru tranzacția în cauză. În schimb, la punctele 266-269, Tribunalul continuă prin a-și exprima îndoiala cu privire la aspectul dacă impozitul este într-adevăr datorat în aceste împrejurări. Din documentele prezentate Curții ar reieși totuși că tranzacția în cauză – sub forma în care a fost realizată – ar fi trebuit de fapt să determine perceperea unui impozit.

45. În opinia noastră, Tribunalul nu putea să constate în fapt că dotarea cu capital a avut loc ca urmare a renunțării la perceperea unei creanțe fiscale în lipsa unui element de probă obiectiv care să dovedească existența reală a unei asemenea tranzacții.

46. Prin urmare, având în vedere că în mod evident lipsea un astfel de element de probă, concluzia Tribunalului conform căreia a existat o dotare cu capital este o concluzie bazată pe denaturarea documentelor care i-au fost prezentate.

47. În subsidiar, astfel cum a observat Comisia, în ipoteza în care s-ar considera că constatarea Tribunalului nu reprezintă o constatare a unui fapt obiectiv, ci o calificare juridică a faptelor, realizată pe baza existenței fictive a unei conversii implicite și lipsite de transparență a unei creanțe fiscale în capital, sau tranzacția corespunzătoare unei astfel de conversii, atunci această calificare juridică a faptelor ar fi în mod evident eronată, întrucât ar anula întregul raționament al Tribunalului.

48. În sfârșit, la punctul 225 din hotărârea atacată se arată în mod corect că, potrivit jurisprudenței Curții, criteriul investitorului privat este relevant atunci când intervenția statului nu prezintă niciun caracter economic. Aceasta este situația atunci când autoritățile publice plătesc o subvenție directă unei întreprinderi, acordă o scutire fiscală sau acordă o reducere a cheltuielilor sociale. Prin urmare, suntem de acord cu Comisia că acest lucru ar putea fi interpretat ca și cum, prin recalificarea tranzacției în cauză, Tribunalul a încercat de fapt să evite jurisprudența Curții cu privire la criteriul investitorului privat.

49. Din toate cele de mai sus rezultă că primul motiv trebuie admis.

B — *Cu privire la al doilea motiv, întemeiat pe interpretarea articolului 87 CE*

1. Primul aspect al celui de al doilea motiv: criterii pentru a distinge între statul care acționează în calitate de acționar și statul care exercită puterea publică

50. În esență, Comisia, Iberdrola și Autoritatea contestă aprecierea Tribunalului potrivit căreia distincția dintre statul care acționează în calitate de acționar și statul care exercită puterea publică ar depinde în principal de obiectivul urmărit de stat (în speță, recapitalizarea EDF), iar nu de elemente obiective și verificabile, astfel cum impune jurisprudența. EDF și guvernul francez susțin că primul aspect al celui de al doilea motiv trebuie respins.

51. În primul rând, EDF și guvernul francez susțin, în esență, că al doilea motiv se bazează pe pretinsa denaturare a faptelor de către Tribunal, care reprezintă de fapt obiectul primului motiv. Acestea consideră că cele două motive sunt complementare și că primul constituie, de fapt, o premisă indispensabilă pentru cel de al doilea.

52. Cu toate acestea, în opinia noastră, cel de al doilea motiv este în mod evident distinct și independent față de primul. Acest lucru este adevărat, în pofida faptului că recursul privește în esență articolele 3 și 4 din decizia în litigiu, care se referă la faptul că EDF nu a plătit în 1997 un anumit cuantum din impozitul pe profit. Într-adevăr, astfel cum în mod corect au arătat Autoritatea și Iberdrola, articolele 3 și 4 din decizia în litigiu pot rămâne în vigoare sau pot fi anulate în funcție de modul în care este calificată măsura de ajutor în discuție, și anume dacă este calificată drept dotare cu capital sau neplată a unui impozit, atunci când niciun investitor rezonabil și avizat nu ar pune la dispoziția unei întreprinderi publice aceste fonduri în „condiții considerate drept acceptabile de un investitor privat care pune la dispoziție fonduri unei întreprinderi private comparabile, atunci când investitorul privat operează în condiții normale ale economiei de piață” [13].

53. În mod evident, constatarea de fond realizată de Comisie în partea relevantă a deciziei în litigiu se referea la faptul că asistența financiară acordată de către statul francez în 1997 reprezenta un ajutor de stat nelegal.

54. Considerăm că, în orice caz, nu este mai puțin adevărat că al doilea motiv este bine întemeiat. Într-adevăr, este cert că în prezenta cauză Republica Franceză și-a exercitat prerogativele de autoritate publică.

55. Revenind la fondul primului aspect al celui de al doilea motiv, credem că una dintre cele mai importante probleme în prezentul recurs este importanța majoră pe care Tribunalul o atribuie obiectivului măsurii supuse analizei, alături de faptul că această abordare a Tribunalului nu își găsește susținere în jurisprudența Curții.

56. Conform unei jurisprudențe constante a Curții, articolul 87 alineatul (1) CE „nu face distincție în funcție de cauzele sau de obiectivele intervențiilor statului, însă le definește în funcție de efecte” [14]. Într-adevăr, natura obiectivelor care au stat la baza unei măsuri adoptate de stat nu este suficientă *ipso facto* pentru a o exclude din domeniul ajutoarelor de stat. Altfel, pentru a evita ca regulile din tratat să se aplice ajutoarelor de stat, statele membre nu vor trebui decât să invoce legitimitatea obiectivului urmărit prin intervenția publică [15].

57. EDF argumentează că Tribunalul nu a evaluat măsura în cauză *în mod exclusiv* pe baza obiectivului său. În opinia EDF, Tribunalul a analizat măsura în discuție în funcție de o diversitate de criterii, precum natura, obiectul și obiectivele sale, precum și prin raportare la ansamblul aspectelor pe care aceasta le implică și la contextul său general.

13 — Conform Comunicării Comisiei către statele membre – Aplicarea articolelor 92 [CEE] și 93 [CEE] și a articolului 5 din Directiva 80/723/CEE a Comisiei la întreprinderile publice din sectorul producției (JO 1993, C 307, p. 3, punctul 11).

14 — Hotărârea din 9 iunie 2011, Comitato „Venezia vuole vivere” și alții/Comisia (C-71/09 P, C-73/09 P și C-76/09 P, Rep., p. I-4727, punctul 94 și jurisprudența citată).

15 — A se vedea punctul 45 din Concluziile avocatului general Tizzano prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 3 martie 2005, Heiser (C-172/03, Rec., p. I-1627, punctul 45).

58. Deși putem admite că, la prima vedere, Tribunalul nu și-a întemeiat în mod exclusiv analiza pe obiectivul urmărit, nu este mai puțin adevărat că, la o analiză mai detaliată a hotărârii atacate, privită în ansamblu, se poate observa că, pentru a aprecia dacă statul a acționat în calitate de acționar sau în calitate de autoritate publică, Tribunalul și-a întemeiat de fapt concluziile în primul rând – dacă nu chiar în mod exclusiv – pe obiectivul urmărit. Astfel cum se va constata, nu se poate contesta faptul că, în cadrul analizei realizate, Tribunalul a atribuit o importanță predominantă obiectivului urmărit.

59. La punctul 229 din hotărârea atacată, Tribunalul a hotărât că, „[p]entru a aprecia dacă măsurile adoptate de stat intră în sfera prerogativelor sale de putere publică sau rezultă din obligațiile pe care trebuie să și le asume în calitate de acționar, este important ca aceste măsuri să fie apreciate nu în funcție de formă, ci în funcție de natura lor, de obiectul lor și de normele cărora le sunt supuse, ținând cont de *obiectivul urmărit* prin măsurile în cauză” (sublinierea noastră).

60. În continuare, pentru a putea stabili dacă criteriul investitorului privat este sau nu este aplicabil, Tribunalul subliniază din nou, la punctul 233, necesitatea de a aprecia dacă statul a urmărit „un obiectiv economic” care ar fi putut fi urmărit și de un investitor privat. Punctele 234 și 235 menționează de asemenea că obiectivul urmărit este important în acest context. La punctul 236, Tribunalul concluzionează că „măsura trebuie examinată nu numai în funcție de forma sa, ci în funcție de natura, de obiectul și de *obiectivele* sale, ceea ce presupune ca ea să fie luată în considerare în integralitatea aspectelor sale, precum și să se țină seama de contextul în care se înscrie” (sublinierea noastră). În sfârșit, la punctul 237 se face de asemenea referire la obiectivul măsurii analizate.

61. În continuare, la punctul 247, Tribunalul statuează încă o dată – în mod decisiv – că „*ținând cont de obiectivul de recapitalizare a EDF urmărit prin Legea nr. 97-1026*, numai natura fiscală a creanței [...] și faptul că statul a recurs la lege nu permit Comisiei să refuze să verifice dacă în împrejurări similare un investitor privat ar fi putut fi determinat să realizeze o majorare de capital de aceeași importanță și, prin urmare, dacă aportul de capital al statului a avut loc în împrejurări care corespund condițiilor normale ale pieței” (sublinierea noastră).

62. Așadar, pentru a se pronunța asupra aplicabilității criteriului investitorului privat, Tribunalul a luat în mod evident în considerare și a atribuit o importanță decisivă obiectivului urmărit și, prin urmare, hotărârea acestei instanțe se bazează pe o eroare de drept.

63. În plus, este clar că singura jurisprudență pe baza căreia Tribunalul încearcă să justifice, în contextul aplicabilității criteriului investitorului privat, faptul că a luat în considerare obiectivul despre care se pretinde că a fost urmărit de statul membru este Hotărârea Curții în cauza SAT Fluggesellschaft [16] .

64. Cu toate acestea, la punctul relevant din această hotărâre (punctul 30), Curtea de Justiție nu se referă în niciun caz la obiectivul urmărit de măsura în cauză.

65. În primul rând, cauza SAT Fluggesellschaft nu privește ajutorul de stat. Hotărârea pronunțată în această cauză a încercat să analizeze dacă o anumită organizație internațională era o „întreprindere” în sensul articolelor 82 CE și 86 CE. Mai exact, Curții i s-a solicitat să aprecieze dacă Organizația Europeană pentru Siguranța Navigației Aeriene (Eurocontrol) era o „întreprindere”.

66. Pentru a se pronunța cu privire la acest aspect, Curtea a examinat: (i) *natura* activităților Eurocontrol (punctul 19), (ii) *scopul* acestor activități, astfel cum este definit în convenția prin care a fost înființată organizația (punctul 21), (iii) *atribuțiile* Eurocontrol, astfel cum sunt acestea definite în convenția modificată (punctul 22), (iv) *competențele* organizației, și anume stabilirea și colectarea tarifelor de rută (punctele 23, 28 și 29), (v) *activitatea operațională* a Eurocontrol (punctul 24) și, în sfârșit, (vi) metoda sa de *finanțare* în calitate de organizație internațională (punctul 26).

16 — Hotărârea din 19 ianuarie 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec., p. I-43).

67. În consecință, la punctele 30 și 31 din Hotărârea SAT Fluggesellschaft, Curtea a concluzionat că „privite în ansamblu, activitățile Eurocontrol [...] au legătură cu exercitarea competențelor de control și de supraveghere a spațiului aerian, competențe care aparțin de regulă unei autorități publice. Acestea nu au o natură economică ce ar justifica aplicarea regulilor de concurență prevăzute în tratat”. În consecință, Eurocontrol nu era o întreprindere în sensul articolelor 82 CE și 86 CE.

68. Trebuie observat că, în prezenta cauză, Tribunalul însuși a admis la punctul 246 din hotărârea atacată că „statul s-a folosit de prerogativele sale de putere publică renunțând la [creanța în cauză]”. Nu se contestă faptul că măsura în cauză are legătură cu exercitarea prerogativelor de putere publică. În plus, astfel cum corect a arătat Comisia, analiza realizată de Curtea de Justiție în Hotărârea SAT Fluggesellschaft privea calificarea unei anumite organizații drept întreprindere, iar nu calificarea unei anumite operațiuni realizate de stat drept ajutor de stat, astfel cum se întâmplă în prezenta cauză.

69. Singura concluzie care se poate desprinde din considerațiile care precedă este că, contrar argumentelor guvernului francez, Hotărârea SAT Fluggesellschaft nu a fost și nici nu este relevantă pentru pronunțarea unei soluții în prezenta cauză și că, în special, această hotărâre nu este relevantă pentru a se stabili dacă criteriul investitorului privat este aplicabil într-o cauză determinată care privește articolul 87 CE.

70. În plus, noi considerăm că, de fapt, Tribunalul nici măcar nu a aplicat criteriile stabilite de Curtea de Justiție la punctul 30 din Hotărârea SAT Fluggesellschaft. Tribunalul a considerat obiectivul urmărit de stat – un criteriu care nu prezintă relevanță pentru această hotărâre a Curții – ca fiind de departe factorul cel mai determinant și, în același timp, a omis să ia în considerare *natura* acțiunii statului de a renunța la creanța în cauză care, conform propriei formulări a Tribunalului, a constituit un caz în care statul s-a folosit de prerogativele sale de putere publică.

71. În primul rând, un criteriu întemeiat pe intenția statului ar fi extrem de neadecvat pentru aprecierea existenței unui ajutor de stat în măsura în care un astfel de criteriu este, prin natura sa, subiectiv și supus interpretărilor. În al doilea rând, astfel cum a arătat Iberdrola, faptul că sunt luate în considerare obiectivele despre care se pretinde că au fost urmărite de statul membru constituie în sine o cale spre manipulare, care afectează concurența dintre sectorul public și sectorul privat. Există un risc real ca, pentru a evita aplicarea legii ajutoarelor de stat, statele membre să se simtă încurajate să invoce (*ex post*) preocupări generatoare de profit.

72. În sfârșit, rolul determinant pe care Tribunalul îl atribuie obiectivului urmărit este dificil de conciliat cu faptul că „noțiunea de ajutor este o noțiune obiectivă”[17]. Într-adevăr, trebuit amintit că, potrivit jurisprudenței Curții de Justiție, „noțiunea de ajutor de stat, astfel cum a fost definită în tratat, are caracter juridic și trebuie interpretată pe baza unor elemente obiective”[18]. În sfârșit, prezența elementului de ajutor este analizată exclusiv prin raportare la obiectivul disponibil și la elemente verificabile. În caz contrar, s-ar aduce atingere obligației de supraveghere a Comisiei, iar instanțele nu ar mai putea să „efectueze un examen aprofundat al faptului dacă o măsură intră sau nu intră în domeniul de aplicare al articolului 87 alineatul (1) CE”[19] și, de fapt, exact acesta este riscul care ar apărea în cazul în care s-ar adopta soluția sugerată în hotărârea atacată.

17 — A se vedea Concluziile avocatului general Léger prezentate la 19 martie 2002 în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 24 iulie 2003, Altmark Trans și Regierungspräsidium Magdeburg (C-280/00, Rec., p. I-7747, punctul 77, denumită în continuare „Hotărârea Altmark”).

18 — Hotărârea din 22 decembrie 2008, British Aggregates/Comisia (C-487/06 P, Rep., p. I-10515, punctul 111).

19 — A se vedea printre altele Hotărârea din 16 mai 2000, Franța/Ladbroke Racing și Comisia (C-83/98 P, Rec., p. I-3271, punctul 25).

73. În continuare, EDF susține că ceea ce prezintă relevanță în cadrul de aplicare al criteriului investitorului privat nu este doar obiectivul urmărit, ci și – în special – contextul în care se încadrează acesta. Aceasta invocă anumite cauze în care s-a solicitat Comisiei să analizeze contextul unor diferite operațiuni. În special, EDF se referă la Hotărârea Chronopost I[20], la Hotărârea P&O European Ferries (Vizcaya) și la Hotărârea Diputación Foral de Vizcaya/Comisia (denumită în continuare „Hotărârea P&O European Ferries”)[21], la Hotărârea Bundesverband deutscher Banken/Comisia[22] și la Hotărârea Ryanair/Comisia (denumită în continuare „Hotărârea Ryanair”)[23].

74. Cu toate acestea, este suficient să se arate că toate cauzele menționate mai sus priveau tranzacții de natură comercială. În Hotărârea Chronopost I, era vorba despre cesiunea clientelei, în Hotărârea P&O European Ferries era vorba despre vânzarea tichetelor de feribot, în Hotărârea Bundesverband deutscher Banken/Comisia era vorba despre punerea la dispoziția unei bănci a unor active care erau utilizate ulterior pentru consolidarea poziției sale concurențiale și, în sfârșit, în Hotărârea Ryanair era vorba despre stabilirea taxelor aeroportuare, o activitate legată în mod direct de administrarea infrastructurii aeroportului, care constituie o activitate economică. În special, Tribunalul a precizat în Hotărârea Ryanair că taxele menționate erau în mod normal considerate „redevențe”, și nu „taxe” – într-adevăr, spre deosebire de situația din prezenta cauză, *ar fi fost posibil* ca instituirea unui eventual sistem pentru reducerea acestor taxe să fie realizată de un operator privat.

75. Se pare în special că Tribunalul s-a inspirat din hotărârea sa pronunțată în cauza Ryanair, prin care a anulat de asemenea o decizie a Comisiei privind ajutorul de stat. Mai exact, Tribunalul a statuat în Hotărârea Ryanair că refuzul Comisiei de a examina toate avantajele acordate de regiunea valonă și de aeroportul Charleroi și de a aprecia dacă aceste două entități, luate împreună, s-au comportat ca operatori rezonabili în economia de piață este viciat de o eroare de drept. Cu toate acestea, este evident că trebuie să se facă distincție între prezenta cauză și cauza Ryanair. Într-adevăr, jurisprudența Curții recunoscuse deja natura economică a activităților în litigiu în Hotărârea Ryanair[24] . Deși taxele în litigiu în această cauză erau stabilite prin măsuri administrative, Tribunalul a considerat că era vorba despre o activitate economică întrucât „stabilirea taxelor aeroportuare este strâns legată de utilizarea și de administrarea aeroportului din Charleroi, activitate care trebuie calificată ca fiind de natură economică”. În esență, Tribunalul a considerat că a nu admite faptul că, prin stabilirea taxelor în cauză, regiunea valonă a acționat în calitate de investitor privat ar determina o discriminare între aeroporturile publice și cele private. Probabil că ar trebui observat că Hotărârea Ryanair nu a fost atacată cu recurs de către Comisie.

76. Cu toate acestea, spre deosebire de posibilitatea sa de a stabili astfel de taxe, niciun operator privat nu poate să renunțe la o creanță fiscală. Într-adevăr, considerăm că EDF săvârșește o greșeală evidentă atunci când susține că faptul că instrumentul utilizat de stat nu este accesibil investitorului privat nu înseamnă că în mod automat trebuie respins criteriul investitorului privat. În mod evident, este bine întemeiată opinia unei părți a doctrinei care susține că criteriul investitorului privat nu poate fi aplicat în domeniul fiscal, mai exact în cazurile în care avantajul în discuție este obținut pe baza legislației fiscale[25].

20 — Hotărârea din 3 iulie 2003, Chronopost și alții/Ufex și alții (C-83/01 P, C-93/01 P și C-94/01 P, Rec., p. I-6993, punctul 128, denumită în continuare „Hotărârea Chronopost I”).

21 — EDF se referă la Concluziile avocatului general Tizzano prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 1 iunie 2006 (C-442/03 P și C-471/03 P, Rec., p. I-4845, punctul 87).

22 — Hotărârea din 3 martie 2010 (T-163/05, Rep., p. II-387).

23 — Hotărârea din 17 decembrie 2008 (T-196/04, Rep., p. II-3643).

24 — A se vedea în acest sens Hotărârea din 12 decembrie 2000, Aéroports de Paris/Comisia (T-128/98, Rec., p. II-3929, punctele 107-109, 121, 122 și 125).

25 — Și, în general, pe baza unor măsuri de reglementare. A se vedea printre altele Hancher, L., Ottervanger, T., și Slot, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, p. 74, Jaeger, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, punctul 195, Mamut, M.-A., „Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen”, în Jaeger (ed.), *Jahrbuch Beihilfenrecht 09*, punctul 341, și Haslehner, W., „Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen”, în Jaeger (ed.), *Jahrbuch Beihilfenrecht 2011* (în curs de apariție).

77. În opinia noastră, abordarea Tribunalului din hotărârea atacată trebuie respinsă *a fortiori* întrucât, dacă statul intenționează să acționeze în calitate de investitor privat, acesta are în continuare această posibilitate: tot ceea ce trebuie să facă este să efectueze o dotare cu capital într-o întreprindere *după ce* și-a exercitat competența fiscală, utilizându-și astfel prerogativele de putere publică. Prin urmare, contrar argumentelor EDF conform cărora domeniul de aplicare al criteriului investitorului privat ar fi limitat în mod excesiv și ar conduce la o discriminare împotriva întreprinderilor publice, abordarea pe care o susținem nu ar determina nicio discriminare în dezavantajul întreprinderilor publice. Aceasta are drept obiectiv doar să limiteze riscul discriminării împotriva întreprinderilor private.

78. În al doilea rând, astfel cum a observat Autoritatea, deși există situații în care statul poate intra în raporturi contractuale și comerciale cu societățile comerciale, datoria pe care EDF trebuia să o plătească statului francez în prezenta cauză nu avea deloc o natură contractuală sau comercială. Aceasta era pur și simplu o datorie fiscală. Impozitele sunt impuse de stat și nu sunt datorate drept consecință a unor raporturi contractuale sau comerciale voluntare. În orice caz, Curtea a făcut distincție între operațiunile realizate de stat în calitate de investitor și operațiunile în care statul acționează în calitate de creditor [26].

79. În plus, potrivit criteriului investitorului privat, ori de câte ori o societate beneficiază de asistență prin intermediul fondurilor publice, această asistență va fi considerată ajutor de stat dacă un investitor privat nu ar fi făcut o asemenea investiție în condiții normale. Dacă, pe de altă parte, statul a acționat în același mod ca orice acționar privat obișnuit care acționează în condiții normale de piață, asistența financiară în cauză nu va fi considerată drept ajutor de stat. Astfel cum a arătat Autoritatea, este evident că statul instituie impozite în cursul exercitării puterii sale publice. Nu se poate susține că statul are competența de a percepe taxe atunci când acționează în calitate de investitor privat. Consecința perceperii de impozite – renunțarea la creanțele fiscale – reprezintă de asemenea o activitate pe care statul o desfășoară în calitate de autoritate publică. Prin urmare, activitățile fiscale ale statului – perceperea, colectarea, rambursarea sau remiterea impozitelor – se desfășoară fără îndoială în contextul exercitării autorității sale publice și nu pot fi realizate, prin definiție, în calitate de investitor privat.

80. De fapt, acesta este motivul pentru care Curtea a făcut o distincție importantă. Curtea a statuat în Hotărârea Spania/Comisia (denumită în continuare „Hotărârea Hytasa”) [27] că „trebuie făcută o distincție între obligațiile pe care statul trebuie să și le asume în calitate de deținător de capital social al unei societăți și obligațiile sale în calitate de autoritate publică. Întrucât cele trei societăți în cauză erau societăți pe acțiuni, Patrimonio del Estato, în calitate de deținător de capital social, ar fi fost răspunzător pentru datoriile acestora numai până la valoarea de lichidare a activelor. Acest lucru înseamnă că […] obligațiile care decurg din costul concedierilor, din plățile prestațiilor de șomaj și din ajutorul pentru restructurarea infrastructurii industriale nu pot fi luate în considerare pentru aplicarea [criteriului investitorului privat]”.

81. În Hotărârea Germania/Comisia (denumită în continuare „Hotărârea Gröditzer”) [28], Curtea a hotărât că, „pentru a stabili dacă privatizarea Gröditzer Stahlwerke (GS) pentru un preț de vânzare negativ de 340 de milioane DEM implică elemente caracteristice ajutorului de stat, este necesar să se aprecieze dacă un investitor privat de dimensiuni comparabile cu cele ale autorităților administrative din sectorul public ar fi putut fi determinat, în împrejurări similare, să realizeze un aport de capital cu aceeași valoare în cadrul vânzării întreprinderii în cauză sau dacă, dimpotrivă, ar fi optat pentru lichidarea acesteia” [29]. Și în aceste cauze, Curtea a reamintit că trebuie făcută o distincție între obligațiile pe care statul trebuie să și le asume în calitate de deținător de capital social al unei societăți și obligațiile sale în calitate de autoritate publică.

26 — Hotărârea din 29 aprilie 1999, Spania/Comisia (C-342/96, Rec., p. I-2459, punctul 46).

27 — Hotărârea din 4 septembrie 1994 (C-278/92-C-280/92, Rec., p. I-4103, punctul 22). A se vedea de asemenea Hotărârea din 21 ianuarie 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke și Lech-Stahlwerke/Comisia (T-129/95, T-2/96 și T-97/96, Rec., p. II-17, punctul 119), și Decizia 2008/722/CE a Comisiei din 10 mai 2007 privind ajutorul de stat C 2/06 (ex N 405/05) pe care Grecia intenționează să îl pună în aplicare în ceea ce privește sistemul de pensionare voluntară anticipată în cadrul OTE [JO L 243, p. 7, punctele (85) și (86)].

28 — Hotărârea din 28 ianuarie 2003 (C-334/99, Rec., p. I-1139, punctele 133 și 134).

29 — A se vedea Hotărârea din 16 mai 2002, Franța/Comisia (C-482/99, Rec., p. I-4397, punctul 70, denumită în continuare „Hotărârea Stardust Marine”).

82. Ulterior, în Concluziile pe care le-a prezentat în cauza Altmark [30], avocatul general Léger a observat că Curtea aplică criteriul investitorului privat numai în situațiile în care *intervenția statului are o natură economică*. Acesta a afirmat că criteriul investitorului privat prezintă relevanță întrucât comportamentul statului poate fi adoptat, cel puțin în principiu, de un investitor privat care acționează în vederea obținerii unui profit (un investitor, o bancă, un fond de garantare, o întreprindere sau un creditor). Cu toate acestea, criteriul investitorului privat nu prezintă relevanță atunci când intervenția statului nu are niciun caracter economic. În astfel de situații, intervenția statului nu poate fi preluată de un investitor privat care acționează în vederea obținerii unui profit, ci intră în sfera de incidență a exercitării puterii publice de către stat, *precum politica fiscală* sau politica socială. În consecință, criteriul investitorului privat nu prezintă relevanță întrucât, *prin definiție, nu poate exista nicio încălcare a principiului egalității de tratament* între sectorul public și sectorul privat. Avocatul general Léger a concluzionat că, în consecință, criteriul investitorului privat nu se aplică intervențiilor statului care intră sub incidența exercitării puterii publice.

83. De fapt, astfel cum corect a statuat Curtea în Hotărârea Ryanair [31], „[d]eși, în cazul în care statul acționează în calitate de întreprindere care operează ca un investitor privat, pare necesară analizarea comportamentului acestuia în lumina [criteriului investitorului privat], aplicarea acestui principiu trebuie exclusă în situația în care acesta acționează în calitate de putere publică. Astfel, în această ultimă ipoteză, comportamentul statului nu poate fi *niciodată* comparat cu cel al unui operator sau al unui investitor privat în economia de piață”.

84. În Hotărârea Westdeutsche Landesbank Girozentrale și Land Nordrhein-Westfalen/Comisia [32] , Tribunalul a observat în mod corect că, „în ceea ce privește argumentul landului întemeiat pe creșterea veniturilor fiscale, este necesar să se sublinieze că situația landului în calitate de autoritate publică nu trebuie confundată cu situația acestuia în calitate de proprietar al unei societăți. Acest raționament bazat pe creșterea veniturilor fiscale ar fi complet lipsit de relevanță în cazul unui investitor privat”.

85. În sfârșit, trebuie să se arate că Curtea s-a pronunțat deja în sensul că o entitate care acționează în calitate de colector de impozite nu acționează în calitate de operator economic [33]. În plus, potrivit jurisprudenței Curții, regulile privind concurența prevăzute în tratat nu se aplică unei activități care, prin natura și scopul său și prin regulile pe care trebuie să le respecte, nu aparține sferei activităților economice sau are legătură cu exercitarea puterii publice [34].

86. În această privință, EDF și guvernul francez susțin că au mai existat cauze în care Curtea a adoptat o abordare mai puțin strictă a situațiilor în care s-a utilizat puterea statului. Guvernul francez susține că mijloacele utilizate nu prezintă nicio relevanță atunci când statul poate alege diverse forme de investiție. Acesta susține că Curtea a admis deja că măsurile care nu erau la dispoziția investitorilor privați puteau fi comparate cu comportamentul operatorilor privați [35].

87. Cu toate acestea, considerăm că este important să nu interpretăm în același mod două noțiuni destul de diferite. Trebuie să se facă distincție între principiul creditorului privat (într-o economie de piață) și principiul investitorului privat (într-o economie de piață). Astfel, contrar argumentului susținut de Republica Franceză, nu este posibil să se facă o comparație între situația unui investitor privat și situația unui creditor privat. În timp ce investitorul urmărește să genereze profit prin intervenții în cadrul întreprinderilor, creditorul urmărește să obțină plata unor sume pe care i le datorează un debitor aflat într-o situație financiară dificilă [36].

30 — Concluziile prezentate la 14 ianuarie 2003 în cauza Altmark, citată la nota de subsol 17, punctele 20-27.

31 — Citată la nota de subsol 23, punctul 85 (sublinierea noastră).

32 — Hotărârea din 6 martie 2003 (T-228/99 și T-233/99, Rec., p. II-435, denumită în continuare „Hotărârea Westdeutsche Landesbank”).

33 — Hotărârea din 11 septembrie 2003, Altair Chimica (C-207/01, Rec., p. I-8875, punctul 35).

34 — Hotărârea din 19 februarie 2002, Wouters și alții (C-309/99, Rec., p. I-1577, punctul 57).

35 — Guvernul francez se referă la Hotărârea Spania/Comisia, citată la nota de subsol 26, punctul 46, și la Hotărârea din 29 iunie 1999, DM Transport (C-256/97, Rec., p. I-3913).

36 — A se vedea în acest sens Hotărârea Spania/Comisia, citată la nota de subsol 26, punctul 46, și Hotărârea DM Transport, citată la nota de subsol 35, punctul 24. A se vedea de asemenea Hotărârea din 11 iulie 2002, HAMSA/Comisia (T-152/99, Rec., p. II-3049), în care capitalizarea datoriei către stat a fost evaluată în lumina criteriului investitorului privat, însă Tribunalul a arătat că elementul corect de comparație este creditorul privat, și Concluziile avocatului general Poiares Maduro prezentate în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea din 14 septembrie 2004, Spania/Comisia (C-276/02, Rec., p. I-8091, punctele 24 și 25).

88. Prin urmare, în această privință este relevant că nici guvernul francez, nici EDF nu au pretins că această cauză privește o întreprindere aflată în dificultăți financiare. În mod evident, această cauză nu privește un creditor care urmărește recuperarea sumelor care îi sunt datorate de către un debitor aflat în dificultăți financiare. În plus, criteriul creditorului privat nu depinde de rolul de acționar al statului: potrivit acestui criteriu, întreprinderile, indiferent dacă sunt publice sau private, primesc exact același tratament. Spre deosebire de criteriul investitorului privat și de situația din prezenta cauză, în cazul criteriului creditorului privat nu există niciun risc de inegalitate de tratament.

89. Jurisprudența conform căreia criteriul investitorului privat trebuie să se aplice „fără a lua în considerare considerentele de ordin social, de politică regională sau sectoriale", astfel încât să nu se țină deloc cont de considerente care țin în mod clar de rolul de autoritate publică al statelor membre, decurge din cauzele anterioare [37].

90. Primele hotărâri referitoare la criteriul investitorului privat sunt Hotărârile Meura și Boch II [38]. Cu toate acestea, subiectul fusese deja abordat de avocatul general VerLoren Van Themaat în cauza în care s-a pronunțat Hotărârea Intermills/Comisia [39]. Acesta a susținut că „prezenta cauză se referă în mod evident la o dotare cu capital a unei întreprinderi aflate în dificultate, care a fost deja calificată de Comisie drept ajutor [în temeiul] articolului 92 […] În plus, […] participarea actuală cu capital în întreprinderile din cadrul grupului Intermills urmărește în primul rând să acopere pierderile. Se pare că nu există nicio îndoială cu privire la faptul că o asemenea acoperire extinsă a pierderilor, care determină ca o întreprindere să funcționeze în continuare în mod artificial, trebuie să fie considerată de asemenea drept ajutor [potrivit] articolului 92, mai ales având în vedere că din natura permanentă a dotării cu capital și din faptul că fabricile aflate în continuare în producție nu sunt rentabile nici după patru ani de la acordarea ajutorului rezultă că acest capital nu ar fi putut fi obținut de pe piața privată de capital".

91. Considerăm că este evident – astfel cum încercăm să arătăm în prezentele concluzii – motivul pentru care atât Comisia, cât și Curtea au avut întotdeauna o poziție fermă cu privire la păstrarea unei distincții clare între exercitarea de către stat a puterii publice și rolul său de investitor – astfel încât, chiar dacă măsura adoptată în exercitarea puterii publice are aproximativ același efect ca măsura pe care statul ar fi putut probabil să o adopte în calitatea sa de investitor, se impune ca aceasta să nu fie luată în considerare în analiza cererilor care susțin că statul a acționat în calitate de investitor pe piață [40].

92. Considerăm că Tribunalul a încălcat în hotărârea atacată distincția pe care Curtea a stabilit-o în mod minuțios între *acta iure gestionis* și *acta iure imperii* [41]. În esență, în opinia noastră, abordarea Tribunalului ar putea conduce nu doar la insecuritate juridică și la lipsă de transparență, ci și la acordarea unor privilegii (fiscale) întreprinderilor publice. Adăugăm că ultima ipoteză ar putea avea un efect advers semnificativ asupra numeroaselor sectoare care au fost recent liberalizate sau care sunt în curs de liberalizare.

93. Abordarea pe care Tribunalul o adoptă în hotărârea atacată este contrară mai ales cerinței de asigurare a transparenței prevăzute în dreptul UE. De exemplu, Curtea a statuat că „un sistem de concurență nedenaturată, precum cel prevăzut prin tratat, nu poate fi garantat decât dacă este asigurată egalitatea de șanse între diferiții operatori economici". În consecință, Curtea a concluzionat

37 — A se vedea Decizia 2006/900/CE a Comisiei privind Componenta Corporation (JO L 353, p. 36, punctul 26), conform căreia nu trebuie confundate rolul de autoritate publică al municipalității și rolul său de coproprietar al unei societăți comerciale și Decizia C 56/2006 a Comisiei din 30 aprilie 2008 privind ajutorul de stat C 56/06 (ex NN 77/06) pus în aplicare de Austria pentru privatizarea Bank Burgenland [...] (JO L 239, p. 32): Comisia a respins argumentul susținut de Austria, arătând că responsabilitățile care decurg din dreptul public nu trebuie confundate cu analiza actelor statului care acționează în calitate de investitor, dar a observat că situația ar fi fost diferită dacă statul ar fi acordat același tip de garanție *pe baza unui contract de garanție de drept privat*.

38 — Hotărârile din 10 iulie 1986, Belgia/Comisia (234/84, Rec., p. 2263) și, respectiv, Belgia/Comisia (40/85, Rec., p. 2321).

39 — Hotărârea din 4 noiembrie 1984, Intermills/Comisia [323/82, Rec., p. 3809 (a se vedea p. 3842)].

40 — A se vedea Khan, N., și Borchardt, K.-D., „The private market investor principle: reality check or distorting mirror?" în *EC State aid law – Le droit des aides d'État dans le CE: liber amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer, 2008, p. 115.

41 — *Acta iure gestionis*, în măsura în care măsurile în discuție au urmărit să „normalizeze" conturile unei întreprinderi, în prezenta cauză fiind vorba despre bilanțul EDF (a se vedea punctul 6 de mai sus), și *acta iure imperii*, întrucât restructurarea bilanțului EDF a fost „decis[ă] și comunicat[ă] EDF" de către autoritățile franceze pe baza unei legi adoptate în acest sens (a se vedea punctele 6-8 de mai sus).

că „pentru *menținerea unei concurențe efective și pentru asigurarea transparenței* este necesar să se întocmească specificații tehnice, să se monitorizeze cererile acestora și să se acorde omologări care trebuie realizate de un organism independent de întreprinderile publice sau private care furnizează bunuri și/sau prestează servicii concurente în sectorul telecomunicațiilor”[42]. În opinia noastră, nu există nicio îndoială că transparența deține de asemenea un rol foarte important în dreptul UE privind ajutoarele de stat.

94. În această privință, este relevant să se facă trimitere la Hotărârea Altmark[43]. Dacă s-ar aplica principiile enunțate în această hotărâre, situația ar fi următoarea: pentru a se evita ca o compensare a obligațiilor de drept public să reprezinte ajutor de stat, întreprinderea beneficiară ar trebui să aibă obligații publice efective, iar acestea ar trebui să fie „clar definite”. În plus, „parametrii pe baza cărora este calculată compensația trebuie stabiliți *în prealabil în mod obiectiv și transparent*” (sublinierea noastră). În contextul celei de a patra condiții stabilite de Hotărârea Altmark, este de asemenea important ca selectarea întreprinderii care va fi scutită de îndeplinirea obligațiilor publice să fie decisă în cadrul unei proceduri de achiziții publice.

95. În opinia noastră, este evident că hotărârea atacată contestă de fapt anumite elemente din jurisprudența Altmark. În Hotărârea Altmark, Curtea, adoptând o abordare prescriptivă, a intenționat să elimine orice posibilitate de manipulare din partea statelor membre (a se vedea de asemenea, în acest sens, punctul 71 de mai sus) și să confere transparență și claritate activităților de pe piață desfășurate de statele membre.

96. În opinia noastră, prezenta cauză necesită aceeași abordare. În consecință, Comisia a procedat corect atunci când a adoptat o abordare de principiu în decizia în litigiu, în măsura în care trebuia să existe o distincție clară între rolul statului care acționează în calitate de autoritate publică și rolul statului care acționează în calitate de acționar. Considerăm că criteriul investitorului privat ar trebui să nu se aplice înainte de a exista condiții concurențiale comparabile pentru diferiții operatori economici, precum și egalitate de tratament în ceea ce privește impozitarea. Trebuie să amintim că scopul criteriului investitorului privat este exact să prevină orice discriminare între întreprinderile publice și cele private, în vederea asigurării unei aplicări corecte a prevederilor tratatului cu privire la ajutoarele de stat. Cu toate acestea, astfel cum am observat în hotărârea atacată, Tribunalul s-a îndepărtat de acest principiu al egalității și, astfel, chiar de *raison d'être* a criteriului investitorului privat.

97. În consecință, primul aspect al celui de al doilea motiv trebuie să fie admis.

2. Cu privire la al doilea aspect al celui de al doilea motiv: Tribunalul ar fi trebuit să analizeze dacă comportamentul statului francez era permis unui operator privat fără privilegii.

98. În esență, Comisia, Iberdrola și Autoritatea reproșează Tribunalului că nu și-a întemeiat analiza pe un studiu comparativ al comportamentului pe care l-ar fi adoptat un operator privat avizat lipsit de privilegii în împrejurări similare, pe de o parte, și al comportamentului efectiv pe care l-a adoptat în speță statul francez, care și-a exercitat prerogativele de putere publică, pe de altă parte. EDF și guvernul francez susțin că al doilea aspect al celui de al doilea motiv trebuie respins.

99. Cu toate acestea, contrar argumentelor EDF conform cărora Tribunalul a analizat comportamentul efectiv adoptat de stat, considerăm că analiza se întemeiază de fapt pe comportamentul pe care statul francez „ar fi putut” să îl adopte – dacă ar fi acționat în mod diferit. Tribunalul a realizat un studiu al comportamentului pe care statul ar fi putut să îl adopte potrivit unui „plan pe termen lung”. Acesta ar

42 — Sublinierea noastră. A se vedea Hotărârea din 9 noiembrie 1995, Tranchant (C-91/94, Rec., p. I-3911, punctul 18 și jurisprudența citată).

43 — Citată la nota de subsol 17, punctele 89, 90 și 93.

fi constat, în primul rând, în afectarea unei sume nete, după plata impozitului pe profit, pentru majorarea capitalului EDF. În al doilea rând, ar fi constat în obligarea EDF la plata unui impozit corespunzător variației activului net; în ultimul rând, ar fi constat într-o dotare suplimentară cu capital echivalentă cu suma egală cu impozitul plătit.

100. În această privință, Comisia arată în mod corect că, potrivit „planului pe termen lung", bugetul public, care este strict controlat, ar fi garantat transparența – a cărei lipsă reprezintă exact problema centrală din prezenta cauză. Potrivit planului efectiv aplicat în prezenta cauză, resursele au scăpat de sub orice disciplină bugetară, principiul egalității de tratament în fața legii fiscale a fost încălcat, iar EDF a beneficiat de un tratament special, fără nicio transparență.

101. Astfel cum susține Iberdrola, este în mod clar eronată afirmația conform căreia nu este relevant dacă o bază de impozitare este afectată în mod direct capitalului unei întreprinderi publice – într-un mod total lipsit de transparență – sau dacă această sumă constituie o finanțare a bugetului de stat. Este departe de a fi evident că dotarea cu capital cu care Tribunalul a asimilat scutirea de impozit în cauză ar fi fost oricum realizată dacă statul francez ar fi perceput prima dată impozitul pentru a vărsa această sumă la bugetul de stat și ulterior, prin intermediul procedurilor aplicabile, ar fi investit în EDF o sumă corespunzătoare cu cuantumul impozitului perceput.

102. În orice caz, jurisprudența precizează că încadrarea unei măsuri în categoria ajutorului de stat nu depinde de măsurile care „ar fi putut" altfel să fie adoptate. Aceasta depinde de caracteristicile obiective ale măsurii care a fost, de fapt, aplicată de statul membru [44].

103. În plus, în Hotărârea BNP Paribas și BNL/Comisia [45], Tribunalul a statuat în mod corect că „nu revine Comisiei obligația, la examinarea unui regim în raport cu dispozițiile în materie de ajutoare de stat, să imagineze alegerile subiective pe care le-ar fi putut efectua beneficiarii regimului în lipsa acestuia, ci să examineze regimul respectiv pentru a determina dacă presupune în mod obiectiv un avantaj economic în raport cu impozitarea de la care derogă și care ar fi în mod normal aplicabilă în lipsa acestuia […]. Considerația potrivit căreia, în lipsa regimului […] în litigiu, întreprinderile vizate nu și-ar fi cedat activele este, în contextul unei asemenea aprecieri obiective, lipsită de relevanță".

104. Trebuie observat că, în prezenta cauză, abordarea Tribunalului impune Comisiei să efectueze o analiză „globală", și anume o analiză în care să se examineze, pe de o parte, pierderea venitului fiscal care decurge din scutirea fiscală acordată EDF și, pe de altă parte, pretinsa dotare suplimentară cu capital efectuată de stat în calitate de acționar. Este suficient să arătăm că o astfel de abordare presupune că venitul obținut din plata impozitului a fost afectat direct pretinsei dotări cu capital. Cu toate acestea, nu rezultă în mod clar că, în ipoteza în care impozitul ar fi fost perceput, acesta ar fi fost vărsat în bugetul general al statului, fără vreo afectare concretă.

105. Potrivit jurisprudenței, o evaluare comună a unui impozit drept mod de finanțare a unei măsuri de ajutor nu se impune decât în cazul în care aceasta nu poate fi separată de ajutor, lucru care se întâmplă atunci când un anumit venit este „afectat" utilizării în cauză. Într-adevăr, „[p]entru ca o taxă să poată fi considerată parte integrantă dintr-o măsură de ajutor, trebuie să existe o legătură de alocare obligatorie între taxă și ajutor în temeiul reglementării naționale relevante, în sensul că venitul din taxă este inevitabil alocat finanțării ajutorului și influențează în mod direct importanța acestuia" [46].

106. În al doilea rând, întrebarea dacă statul francez a acționat sau nu a acționat în mod rezonabil atunci când a adoptat măsura în litigiu în prezenta cauză este pur și simplu lipsită de relevanță. Nu acesta este scopul criteriului investitorului privat. Dimpotrivă, din jurisprudență rezultă în mod clar că scopul acestui principiu este să compare situația unei întreprinderi publice cu situația unei întreprinderi private, iar nu să compare costurile pe care trebuie să le suporte statul în cazul a două operațiuni diferite.

44 — Hotărârea din 15 decembrie 2005, Unicredito Italiano (C-148/04, Rec., p. I-11137, punctul 114).

45 — Hotărârea din 1 iulie 2010 (T-335/08, Rep., p. II-3323, punctul 169).

46 — Hotărârea din 17 iulie 2008, Essent Netwerk Noord și alții (C-206/06, Rep., p. I-5497, punctele 89 și 90 și jurisprudența citată).

107. În această privință, potrivit celor expuse la punctul 262 din hotărârea atacată, „ca orice creditor proprietar al unei societăți, statul poate renunța la o creanță convertind această creanță în capital pentru o valoare echivalentă. Această operațiune, prin care proprietarul unei societăți îi mărește capitalul renunțând la o creanță pe care o deține față de aceasta, constituie o compensare pe care un investitor privat avizat o poate efectua de asemenea în condiții normale de piață". În consecință, Curtea a întrebat în cadrul ședinței: presupunând că există o întreprindere privată care a creat provizioane pentru a rambursa o creanță deținută de unicul său acționar și acesta din urmă decide să renunțe la creanță pentru a majora capitalul întreprinderii, această operațiune dă naștere unei impozitări potrivit articolului 38 alineatul 2 din Codul general al impozitelor? Comisia a răspuns că este cert că valoarea majorării de capital nu va fi niciodată aceeași, întrucât valoarea impozitului nu ar putea fi niciodată recuperată de către un operator privat (care ar trebui să plătească impozitul și nu ar putea să efectueze conversia acestuia în capital), în timp ce în prezenta cauză statul francez a putut să efectueze o dotare cu capital corespunzătoare aceleiași valori.

108. Astfel, este evident că, pe de o parte, Tribunalul a analizat comportamentul pe care statul francez „ar fi putut să îl adopte" – și anume planul pe termen lung (prin opoziție cu comportamentul pe care l-a adoptat de fapt statul francez) – și că, pe de altă parte, această instanță a omis să definească operatorul privat de referință care ar putea exista pe piață.

109. Cu toate acestea, astfel cum este acum evident, potrivit unei jurisprudențe constante, dotarea cu capital efectuată de către stat sau de către autoritățile publice nu poate fi considerată ajutor de stat dacă investiția a fost realizată de un investitor privat care a acționat în condiții normale de piață [47]. În această privință, este necesar să se analizeze dacă un investitor privat de dimensiuni comparabile cu cele ale autorității publice în cauză ar fi efectuat, în condiții similare, o dotare cu capital de asemenea valoare [48].

110. Și, astfel cum rezultă din considerațiile care precedă, în prezenta cauză este evident că o întreprindere privată nu ar fi putut să efectueze conversia în capital a fondurilor rezervate în cadrul provizioanelor fără a plăti mai întâi impozitul pe profit. Drept consecință, investitorul privat nu ar mai fi avut la dispoziție această sumă impozabilă și astfel nu ar fi dispus nici de suma care ar fi trebuit utilizată pentru dotarea suplimentară cu capital, pe care statul francez a putut să o investească exercitându-și prerogativele de putere publică.

111. În această privință, este relevant să facem trimitere aici la Hotărârea Curții Chronopost I [49] , în măsura în care, în opinia noastră, Curtea a adoptat în esență soluția care se impune și în prezenta cauză. În Hotărârea Chronopost I, Curtea a considerat că nu era relevant să se compare situația La Poste cu cea a unui investitor privat.

112. În special trebuie menționat că, tot în această cauză, Tribunalul a admis aplicarea criteriului investitorului privat, în timp ce Curtea a respins ulterior această aplicare. Acest lucru era necesar întrucât La Poste se afla într-o situație foarte specială: ea trebuia să administreze o rețea de oficii poștale în vederea furnizării de servicii de interes economic general, în timp ce un investitor privat – care nu își desfășoară activitatea într-un sector rezervat – nu s-ar afla niciodată în aceeași situație.

113. În consecință, din Hotărârea Chronopost I rezultă că, în cazul în care un operator public se află într-o situație în care, prin definiție, nu se poate afla un operator privat, atunci nu există elemente de comparație. În opinia noastră, în Hotărârea Chronopost I trebuia să se stabilească valoarea compensării pentru un serviciu public, nefiind vorba despre o cauză care se referea în mod direct la criteriul investitorului privat ca atare. Această hotărâre prezintă totuși relevanță pentru prezenta cauză și ar trebui aplicată prin analogie.

47 — A se vedea printre altele Hotărârile din 21 martie 1991, Italia/Comisia (denumită în continuare „Hotărârea ENI-Lanerossi") (C-303/88, Rec., p. I-1433, punctele 20-24) și Italia/Comisia (denumită în continuare „Hotărârea Alfa Romeo") (C-305/89, Rec., p. I-1603, punctele 19 și 20), precum și Hotărârea din 8 mai 2003, Italia și SIM 2 Multimedia/Comisia (C-328/99 și C-399/00, Rec., p. I-4035, punctul 38).

48 — A se vedea Hotărârea Alfa Romeo, citată la nota de subsol 47, punctul 19, Hotărârea din 29 iunie 2000, DSG/Comisia (T-234/95, Rec., p. II-2603, punctul 119), Hotărârea din 12 decembrie 2000, Alitalia/Comisia (T-296/97, Rec., p. II-3871, punctul 96), și Hotărârea Westdeutsche Landesbank Girozentrale și Land Nordrhein-Westfalen/Comisia, citată la nota de subsol 32 (punctul 245).

49 — Citată la nota de subsol 20.

114. Prin urmare, considerăm că Tribunalul a aplicat în mod greșit această jurisprudență atunci când, întemeindu-și concluziile pe punctul 38 din Hotărârea Chronopost I, a statuat la punctul 278 din hotărârea atacată: „Lipsa unui investitor privat de referință nu împiedică faptul că este necesară examinarea operațiunii în lumina «condițiilor normale ale pieței», acestea, care sunt astfel în mod obligatoriu ipotetice, trebuind să fie apreciate prin raportare la elementele obiective și verificabile care sunt disponibile”.

115. Mai întâi, este util să se parcurgă Concluziile avocatului general Tizzano prezentate în cauza Chronopost I, care au fost urmate de Curte. La punctul 47, avocatul general explică: „o întreprindere privată care nu a fost obligată, «în condiții normale ale pieței», să administreze o rețea poștală publică comparabilă cu cea condusă de La Poste în vederea asigurării unui serviciu poștal universal [...] nu ar fi deținut o astfel de rețea poștală și nu ar fi putut, așadar, furniza niciuneia dintre filialele sale asistența logistică de tipul celei aflate în litigiu [...] Solicitând Comisiei să aprecieze taxa care ar fi fost percepută pentru această asistență logistică de către o societate holding privată [...] căreia nu i s-a solicitat să presteze un serviciu poștal universal și care, așadar, nu a beneficiat de avantajele unui sector rezervat, [Tribunalul] a interpretat în mod greșit articolul 87 CE întrucât acesta, pentru a stabili dacă era vorba despre un ajutor de stat, a luat drept element de referință un operator privat care de fapt nu ar exista «în condiții normale ale pieței»”. Avocatul general concluzionează la punctul 45 că „[Tribunalul] a impus Comisiei să aplice un criteriu care era în mod evident nerealist și, așadar, neadecvat pentru a stabili într-o cauză similară dacă era vorba despre un ajutor de stat în sensul articolului 87 CE”.

116. Este evident că criteriul investitorului privat nu a prezentat relevanță în cauza Chronopost I. Curtea a admis analiza avocatului general și, exact pentru acest motiv, a hotărât că Tribunalul a săvârșit o eroare și a respins aplicarea criteriului investitorului privat în cauza respectivă. Într-adevăr, Curtea a statuat la punctul 33 din hotărârea în discuție că „analiza [Tribunalului] [întemeiată pe aplicarea criteriului investitorului privat], care nu ia în considerare faptul că o întreprindere precum La Poste se află într-o situație care este foarte diferită de cea a unei întreprinderi private care acționează în condiții normale ale pieței, este viciată de o eroare de drept”.

117. Acesta este motivul pentru care, într-un anumit mod, abordarea adoptată de Curte în cauza Chronopost I are ca obiect aceeași preocupare care stă la baza prezentului recurs: necesitatea de a exclude din domeniul de aplicare al criteriului investitorului privat situațiile în care nu există un operator privat real cu care ar putea fi comparat comportamentul statului.

118. Acesta este motivul pentru care nu poate fi admis criteriul stabilit în hotărârea atacată, în măsura în care aceasta se întemeiază pe însumarea unor ficțiuni care denaturează comportamentul real al statului și al investitorului privat standard. Ambele elemente ale comparației – pe de o parte, comportamentul statului și, pe de altă parte, comportamentul investitorului privat – sunt denaturate, având în vedere că aspectul în litigiu nu mai este comparația dintre comportamentul real al statului și cel al operatorului privat real din economia de piață.

119. Rezultă că criteriul investitorului privat, astfel cum este descris de Tribunal, este lipsit de semnificație. Potrivit viziunii Tribunalului asupra criteriului investitorului privat, condițiile „normale” ale pieței nu mai sunt evaluate pe baza unor elemente reale, care ar caracteriza un investitor privat de referință corespunzător unui investitor standard pe piață (pe care Tribunalul a omis să îl definească), și nici prin raportare la mijloacele utilizate pentru furnizarea de capital, ci sunt evaluate pe baza unor considerente de natură pur ipotetică. Dimpotrivă, criteriul investitorului privat trebuie verificat în lumina aspectului dacă un investitor privat ar fi realizat investiția în cauză în aceleași condiții. Astfel cum a observat Comisia, investițiile diferite pot implica costuri diferite și perspective diferite ale rentabilității.

120. În sfârșit, potrivit punctului 249 din hotărârea atacată, „revine Comisiei sarcina de a verifica dacă un investitor privat ar fi realizat o investiție comparabilă ca sumă în împrejurări similare, independent de forma intervenției statului pentru majorarea capitalului EDF și de eventuala folosire a resurselor fiscale în acest scop, aceasta pentru a se verifica raționalitatea economică a acestei investiții și pentru a se compara cu comportamentul pe care l-ar fi avut un astfel de investitor față de aceeași întreprindere în aceleași împrejurări”.

121. Astfel, în mod similar cu analiza Tribunalului, EDF susține în esență că întregul comportament al statului trebuie apreciat prin prisma rentabilității [50].

122. Cu toate acestea, astfel cum a observat Iberdrola, dacă în ceea ce privește investițiile realizate de stat ar conta numai considerentele de ordin economic, întreprinderile publice ar avea dreptul să beneficieze de anumite avantaje în temeiul statutului proprietarului lor, având în vedere că statul în calitate de investitor se află într-o situație fundamental diferită de cea a unui investitor privat. Conform acestei analize, întreprinderile publice ar putea fi în ultimă instanță scutite în totalitate de plata impozitelor.

123. În această privință, astfel cum în mod corect a hotărât Tribunalul în Hotărârea Westdeutsche Landesbank [51], atunci când a aplicat criteriul investitorului privat, nu a fost suficient să se compare profitul pe care landul l-a obținut prin intermediul tranzacției în cauză cu profitul pe care l-a obținut pe activele Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen anterior tranzacției, deoarece aceste active nu erau supuse logicii investitorului privat. A fost necesar să se compare profitul obținut de land în urma tranzacției în cauză cu profitul pe care l-ar fi așteptat din partea acestei tranzacții un investitor privat fictiv [52]. Faptul că tranzacția în cauză a fost rezonabilă pentru land nu împiedică aplicarea dreptului UE privind ajutoarele de stat. Acesta nu se opune necesității de a aprecia dacă tranzacția a consolidat poziția Westdeutsche Landesbank, conferindu-i un avantaj pe care altfel nu l-ar fi obținut în condiții normale ale pieței.

124. Într-adevăr, dacă s-ar urma abordarea Tribunalului, ar fi posibil ca statele membre să acționeze pe baza unei estimări globale a raționalității economice, în contextul în care acestea ar avea dreptul să se folosească de prerogativele autorității publice. De exemplu, în prezenta cauză, Republica Franceză ar putea să își exercite puterea fiscală în beneficiul EDF dacă – privită în ansamblu – operațiunea ar putea fi considerată ca fiind un comportament rezonabil pentru un operator care acționează în vederea obținerii unui profit.

125. Cu toate acestea, chiar acest tip de estimare globală a raționalității economice a fost criticat de Curte în Hotărârile sale Hytasa și Gröditzer [53]. Astfel cum a arătat Iberdrola, aceste cauze se refereau la posibilitatea acordată Germaniei și Spaniei de a beneficia de raționalitatea măsurilor în cauză (în esență, majorări de capital), în vederea obligațiilor care le reveneau în calitate de autorități publice în contextul lichidării întreprinderii beneficiare, obligații legate, de exemplu, de plata unor anumite prestații de șomaj. Curtea a criticat o astfel de estimare globală a raționalității pentru că a inclus acte ale autorității publice. Curtea a subliniat incompatibilitatea dintre, pe de o parte, estimarea raționalității care este caracteristică criteriului investitorului privat și, pe de altă parte, luarea în considerare a beneficiilor și a sarcinilor care decurg din puterea și obligațiile specifice statului.

126. În această privință, contrar declarațiilor de la punctul 256 și următoarele din hotărârea atacată și contrar argumentelor prezentate de EDF, faptul că Hotărârile Hytasa și Gröditzer priveau numai „obligațiile" statului, iar nu – precum în prezenta cauză – puterile existente în propriul său beneficiu, nu influențează faptul că obligațiile – dar și drepturile – pe care statul le poate avea în calitate de putere publică nu pot fi analizate niciodată împreună cu cele pe care statul le are în calitatea sa de investitor.

127. În consecință, astfel cum rezultă în mod evident de la punctul 258 din hotărârea atacată, Tribunalul poate săvârși o astfel de eroare doar considerând, încă o dată, că pretinsul obiectiv al măsurii în cauză trebuie să prevaleze față de exclusivitatea incontestabilă a drepturilor necesare pentru aplicarea acesteia. Cu toate acestea, nici în Hotărârea Hytasa, nici în Hotărârea Gröditzer, Curtea nu a luat în considerare obiectivele rentabilității globale susținute de cele două state membre, în măsura în care această instanță le-a respins relevanța în logica unui investitor: natura măsurilor în cauză era suficientă în sine pentru a le exclude din estimarea raționalității susținută de statele membre.

50 — EDF se referă la Hotărârea Belgia/Comisia (234/84) citată la nota de subsol 38, punctul 14, și la Hotărârea Italia și SIM 2 Multimedia/Comisia, citată la nota de subsol 47, punctul 38.

51 — Citată la nota de subsol 32, punctele 313-315.

52 — A se vedea în acest sens Hotărârea DM Transport, citată la nota de subsol 35, punctul 25.

53 — Citate la nota de subsol 27, punctul 22, și, respectiv, la nota de subsol 28, punctul 134.

128. În sfârșit, astfel cum a arătat Comisia, abordarea Tribunalului este paradoxală, mai ales din cauză că este introdusă în contextul liberalizării pieței în discuție. Întrucât scutirea fiscală reprezintă un avantaj considerabil pentru întreprinderea publică în cauză, este evident că o astfel de măsură tinde să perpetueze poziția dominantă a acestei întreprinderi – în pofida liberalizării pieței.

129. Rezultă din considerațiile care precedă că al doilea aspect al celui de al doilea motiv trebuie admis.

3. Cu privire la al treilea aspect al celui de al doilea motiv: principiul egalității de tratament

130. În esență, Comisia și Iberdrola susțin că hotărârea atacată nu a respectat principiul egalității de tratament între întreprinderile publice și întreprinderile private, permițând astfel ca statul (inclusiv societățile în care statul nu este unicul acționar) să primească un tratament fiscal mai favorabil. EDF și guvernul francez susțin că al treilea aspect al celui de al doilea motiv trebuie respins.

131. Amintim că criteriul investitorului privat reflectă principiul egalității de tratament și, în consecință, astfel cum a observat Comisia, acordând statului posibilitatea de a acorda scutiri fiscale întreprinderilor deținute integral de stat – atât timp cât rentabilitatea acestora este satisfăcătoare –, Tribunalul acordă de fapt un avantaj fiscal acestor întreprinderi.

132. În opinia noastră, acest lucru constituie o încălcare a principiului egalității de tratament și nu poate fi conciliat cu obiectivul criteriului investitorului privat. Este evident că, astfel cum este conceput de Tribunal, criteriul ar conduce în mod inevitabil la denaturarea gravă a concurenței dintre întreprinderile publice și cele private și, prin urmare, faptul că instrumentul utilizat trebuie să fie de asemenea accesibil investitorului privat nu are o natură pur teoretică: această problemă ține de însăși esența criteriului investitorului privat. În consecință, considerăm că criteriul, astfel cum este conceput de Tribunal, este incompatibil cu articolul 295 CE coroborat cu articolul 87 CE. În special, aplicarea acestui criteriu ar aduce atingere logicii intrinseci a principiului neutralității consfințit de articolul 295 CE[54].

133. Într-adevăr, în opinia Tribunalului, întrucât natura creanței nu prezintă relevanță, toate avantajele financiare acordate de stat prin exercitarea autorității sale publice trebuie evaluate în lumina acestui principiu – o abordare care ar deveni un mijloc de excludere din sfera de aplicare a noțiunii de ajutoare de stat a măsurilor pe care un investitor privat nu poate să le adopte.

134. Astfel cum a subliniat Iberdrola, principiul conform căruia activitățile statului în calitate de acționar trebuie să fie în mod strict separate de activitățile întreprinse de stat în calitate de putere publică este în esență aceeași idee fundamentală cu cea care a determinat Curtea să considere că faptul că o întreprindere dominantă a acționat în același timp în calitate de titular al unor drepturi speciale și în calitate de operator privat a creat un risc de producere a unui conflict de interese, contrar articolelor 82 CE și 86 CE. Un sistem de concurență nedenaturată, precum cel prevăzut prin tratat, nu poate fi garantat decât dacă este asigurată egalitatea de șanse între diferiții operatori economici[55]. În mod similar, Curtea a statuat că o măsură de stat constituie o încălcare a articolului 86 alineatul (1) CE și a articolului 82 CE atunci când dă naștere unei inegalități de șanse între operatorii economici și, în consecință, unei concurențe denaturate[56]. În consecință, în opinia noastră, criteriul investitorului privat nu ar trebui să permită întreprinderilor publice să efectueze operațiuni în condiții mai favorabile decât cele aplicate întreprinderilor private sau să efectueze operațiuni pe care întreprinderile private nu le-ar putea efectua niciodată. Într-adevăr, trebuie amintit că, în prezenta cauză, statul ar fi putut să adopte tot atât de ușor o atitudine comparabilă cu cea a unui investitor privat (a se vedea punctul 77 de mai sus).

54 — A se vedea Hotărârea din 6 iulie 1982, Franța și alții/Comisia (188/80-190/80, Rec., p. 2545, punctul 21), și Hotărârea Westdeutsche Landesbank, citată la nota de subsol 32, punctele 192-194.

55 — A se vedea Hotărârea din 1 iulie 2008, MOTOE (C-49/07, Rep., p. I-4863, punctul 48 și următoarele și punctul 51).

56 — A se vedea Hotărârea din 22 mai 2003, Connect Austria (C-462/99, Rec., p. I-5197, punctul 84).

135. Astfel cum rezultă în mod evident din considerațiile care precedă, considerăm că criteriul investitorului privat ar trebui în mod clar să nu se aplice în cazul unei scutiri fiscale.

136. În sfârșit, există motive pentru a crede acest lucru, deși la prima vedere s-ar părea că Tribunalul încearcă să limiteze domeniul de aplicare al hotărârii sale la situația unei întreprinderi în care statul este unic acționar. Totuși, nu credem că este posibil să se distingă în logica ce stă la baza hotărârii motivele care justifică această limitare. Dimpotrivă, astfel cum a observat Comisia, atât timp cât există acționari privați de partea statului, aplicarea criteriului investitorului privat devine și mai plauzibilă, întrucât în acest caz comportamentul celorlalți acționari poate fi în cele mai multe cazuri folosit ca un punct de referință valid.

137. În consecință, al treilea aspect al celui de al doilea motiv trebuie să fie admis.

4. Cu privire la al patrulea aspect al celui de al doilea motiv: sarcina probei

138. Comisia, Iberdrola și Autoritatea susțin că Tribunalul nu a ținut seama de regulile care reglementează modul de repartizare a sarcinii probei în legătură cu aplicabilitatea criteriului investitorului privat. EDF și guvernul francez susțin că al patrulea aspect al celui de al doilea motiv trebuie respins.

139. În primul rând, amintim că Tribunalul indică la punctele 248-250 din hotărârea atacată că revine Comisiei sarcina de a dovedi că operațiunea în cauză a respectat criteriul investitorului privat. De fapt, la punctul 278, Tribunalul chiar a reproșat Comisiei că „nu a demonstrat deloc lipsa de investitor privat de referință cu care să compare în speță investitorul public”. Deși suntem de acord cu EDF în ceea ce privește faptul că Comisia este obligată să realizeze o analiză diligentă și imparțială a dosarului, considerăm că acest lucru nu înseamnă neapărat că aceasta ar trebui să fie obligată să realizeze o analiză a scutirii fiscale în lumina criteriului investitorului privat doar din cauză că statul membru a „menționat” acest principiu după 18 luni de investigare. În mod clar, în acest caz nu este vorba despre criteriul investitorului privat care depinde de cooperarea statului membru.

140. Sarcina de a demonstra că asistența financiară acordată de stat îndeplinește în mod obiectiv toate condițiile necesare pentru a fi calificată drept ajutor de stat revine în mod evident Comisiei. Cu toate acestea, nu este mai puțin adevărat că, după ce Comisia a demonstrat acest lucru, revine statului sarcina de a arăta că a acționat în același mod ca un investitor privat rezonabil. Astfel cum a subliniat Autoritatea, aplicarea criteriului investitorului privat ajută la a infirma constatarea conform căreia asistența acordată a constituit un ajutor de stat. Prin urmare, revine statului în cauză sarcina de a prezenta proba contrară.

141. Într-adevăr, în Hotărârea Freistaat Thüringen/Comisia[57], Tribunalul a statuat în mod corect în esență că, în cazul în care sunt îndeplinite toate condițiile pentru existența ajutorului de stat, revine statului membru sarcina „de a prezenta […] elemente de probă care să demonstreze că măsura în cauză a fost aplicată în conformitate cu comportamentul unui investitor privat în economia de piață”.

142. Până la urmă, este logic ca statul membru care invocă acest argument să fie cel care trebuie să dovedească îndeplinirea condițiilor pentru aplicarea criteriului investitorului privat. De asemenea, este evident că statul membru și întreprinderea beneficiară sunt singurele părți care au la dispoziție datele economice și contabile care pot demonstra calitatea și caracteristicile unei anumite investiții.

143. În orice caz, aceasta este *a fortiori* situația atunci când comportamentul despre care statul membru susține că respectă criteriul investitorului privat pare să reflecte încă de la început exercitarea puterii de stat.

57 — Hotărârea din 9 octombrie 2005 (T-318/00, Rec., p. II-4179, punctul 180).

144. Din documentele prezentate Curții reiese că autoritățile franceze nu au prezentat în cursul procedurii administrative niciun element de probă adecvat și specific pentru a-și susține afirmația conform căreia statul francez a acționat ca un investitor privat rezonabil. Într-adevăr, autoritățile franceze s-au limitat să susțină că dotarea cu capital a fost justificată pe baza previziunilor de rentabilitate, fără a prezenta nicio dovadă în acest sens. Prin urmare, contrar argumentelor EDF, având în vedere împrejurările prezentei cauze și faptul că, deși sarcina probei revenea statului membru, autoritățile franceze nu au prezentat niciun element de probă specific, Comisia a avut dreptul să nu aplice criteriul investitorului privat, mai ales în împrejurările prezentei cauze, în care statul și-a exercitat puterea publică.

145. Rezultă că Tribunalul a săvârșit o eroare de drept în măsura în care nu a respectat regulile de repartizare a sarcinii probei.

146. De fapt, astfel cum a arătat Autoritatea, inversarea sarcinii probei de către Tribunal pune Comisia într-o situație dificilă. În general, Comisia nu poate cunoaște cu exactitate împrejurările în care statul a acordat sprijin unei întreprinderi dacă statul în cauză nu o informează cu privire la aceste împrejurări. Statul trebuie să prezinte toate argumentele relevante, în special faptele și elementele de probă esențiale. În cazul în care Comisia nu se află în posesia tuturor faptelor necesare, aceasta trebuie să poată să adopte o decizie în lumina informațiilor care se află în posesia sa.

147. În plus, suntem de acord cu Comisia că lipsa elementelor de probă pentru a demonstra că scutirea fiscală în cauză ar fi trebuit considerată ca fiind o investiție pentru care statul a realizat o evaluare a rentabilității înainte de a se angaja în demersul respectiv, în modul în care ar fi procedat orice investitor privat, dezvăluie existența unei alte erori de drept.

148. Într-adevăr, astfel cum a amintit Curtea în Hotărârea Comisia/Scott[58], „legalitatea unei decizii în materia ajutoarelor de stat trebuie să fie apreciată de instanța Uniunii în funcție de informațiile de care Comisia putea să dispună la momentul la care a adoptat decizia”.

149. Cu toate acestea, la momentul adoptării deciziei în litigiu în prezenta cauză, Comisia nu dispunea de niciun element de probă care să demonstreze că criteriul investitorului privat prezenta relevanță sau că principiul ar fi fost respectat. Astfel, a reproșa Comisiei faptul că nu a evaluat scutirea fiscală în lumina criteriului investitorului privat echivalează cu a o critica pentru că nu a ținut seama de informații de care nu dispunea.

150. În sfârșit, trebuie arătat că, în cursul procedurii administrative, autoritățile franceze nu au prezentat niciun element de probă obiectiv în sprijinul afirmației acestora conform căreia criteriul investitorului privat era aplicabil. Acestea nu au prezentat niciun raport, nicio expertiză sau studiu intern pentru a demonstra că a existat o evaluare a rentabilității. Într-adevăr, chiar și atunci când Tribunalul a solicitat prezentarea unui astfel de raport, raportul care i-a fost prezentat ca urmare a solicitării a fost de asemenea întocmit *a posteriori*: altfel spus, autoritățile franceze nu aveau niciun raport existent la data realizării pretinsei investiții. În consecință, rezultă că statul francez a investit 888,89 milioane EUR într-o întreprindere fără a realiza nicio analiză prealabilă sau un plan de afaceri *ex ante*, dar susține cu toate acestea că comportamentul său ar trebui considerat comparabil cu comportamentul unui investitor privat avizat în economia de piață.

151. Rezultă că al patrulea aspect al celui de al doilea motiv trebuie de asemenea admis și, în consecință, al doilea motiv trebuie admis în totalitate.

5. Consecințele anulării

152. În conformitate cu articolul 61 primul paragraf din Statutul Curții de Justiție, în cazul în care anulează decizia Tribunalului, Curtea poate fie să soluționeze ea însăși în mod definitiv litigiul, atunci când acesta este în stare de judecată, fie să trimită cauza Tribunalului pentru a se pronunța asupra acesteia.

58 — Hotărârea din 2 septembrie 2010 (C-290/07 P, Rep., p. I-7763, punctul 91 și jurisprudența citată).

153. În prezenta cauză, Tribunalul nu a analizat toate motivele invocate de EDF. Prin urmare, se impune trimiterea cauzei Tribunalului spre rejudecare și soluționarea odată cu fondul a cererii privind cheltuielile de judecată.

154. Cu toate acestea, nu este mai puțin adevărat că Curtea poate să soluționeze ea însăși în mod definitiv litigiul atunci când acesta este în stare de judecată. În opinia noastră, Curtea dispune în acest moment de toate informațiile necesare pentru a se pronunța cu privire la fondul celui de al treilea aspect al celui de al doilea motiv invocat de EDF în primă instanță, prin intermediul căruia EDF a susținut în esență că măsurile în cauză ar fi trebuit calificate drept dotare cu capital și analizate în contextul global al clarificării raporturilor financiare dintre stat și EDF, afirmând, așadar, că statul a acționat în calitate de investitor privat avizat în economia de piață. Cu toate acestea, astfel cum rezultă din ansamblul considerațiilor anterioare din cadrul prezentelor Concluzii, al treilea aspect al celui de al doilea motiv invocat de EDF în primă instanță trebuie respins.

V — Concluzie

155. În lumina celor ce precedă, propunem Curții:

— să anuleze Hotărârea Tribunalului Uniunii Europene (Camera a treia) din 15 decembrie 2009, EDF/Comisia (T-156/04), în măsura în care prin această hotărâre s-au anulat articolele 3 și 4 din Decizia Comisiei privind măsuri de ajutor în favoarea EDF și a sectorului industriei energiei electrice și a gazelor (C 68/2002, N 504/2003 și C 25/2003) adoptată la 16 decembrie 2003;

— să trimită cauza Tribunalului spre rejudecare;

— să dispună ca cererea privind cheltuielile de judecată să se soluționeze odată cu fondul.