



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JÁN MAZÁK
της 20ής Οκτωβρίου 2011¹

Υπόθεση C-124/10 P

**Ευρωπαϊκή Επιτροπή
κατά**

Électricité de France (EDF) κ.λπ.

«Αίτηση αναιρέσεως — Κρατική ενίσχυση — Επιλεκτική φορολογική απαλλαγή σχετική με αύξηση κεφαλαίου κατά την ανακεφαλαιοποίηση επιχειρήσεως — Αρχή του επενδυτή σε οικονομία αγοράς — Δημόσιο ως ιδιώτης μέτοχος και ως φορέας δημόσιας εξουσίας»

1. Η Επιτροπή ζητεί από το Δικαστήριο να αναιρέσει την απόφαση² με την οποία το Γενικό Δικαστήριο ακύρωσε τα άρθρα 3 και 4 της αποφάσεως της Επιτροπής σχετικά με μέτρα ενισχύσεως υπέρ της EDF και του τομέα των βιομηχανιών ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου³. Η αίτηση αυτή αναιρέσεως έχει ιδιαίτερη σημασία για τη νομοθεσία της Ένωσης περί κρατικών ενισχύσεων. Εγείρει το θεμελιώδες ζήτημα του εννοιολογικού περιεχομένου (πεδίου εφαρμογής) μιας βασικής αρχής της νομοθεσίας της Ένωσης περί κρατικών ενισχύσεων –συγκεκριμένα, της αρχής του ιδιώτη επενδυτή στην οικονομία της αγοράς (στο εξής: αρχή του ΙΕΟΑ)– σε περίπτωση που το Δημόσιο άσκησε το προνόμιό του ως φορέας ασκήσεως δημόσιας εξουσίας. Κατ' ουσίαν, η αρχή του ΙΕΟΑ (ή κριτήριο του ιδιώτη επενδυτή) είναι λογική συνέπεια της συναγόμενης από τα άρθρα 86 ΕΚ και 295 ΕΚ, αρχής της ίσης μεταχειρίσεως δημοσίων και ιδιωτικών επιχειρήσεων.

I – Νομικό πλαίσιο

2. Το άρθρο 38, παράγραφος 2, του γαλλικού γενικού φορολογικού κώδικα ορίζει ότι «Το καθαρό κέρδος προκύπτει από τη διαφορά μεταξύ των καθαρών αξιών ενεργητικού κατά τη λήξη και κατά την έναρξη της περιόδου τα αποτελέσματα της οποίας πρέπει να χρησιμεύουν ως βάση επιβολής φόρου, διαφορά η οποία μειώνεται από τις επιπλέον εισφορές και αυξάνεται από τις αναλήψεις που πραγματοποιούνται κατά την εν λόγω περίοδο από τον επιχειρηματία ή τους εταίρους. Ως καθαρά στοιχεία ενεργητικού νοούνται οι πλεονάζουσες αξίες ενεργητικού επί του συνολικού παθητικού που δημιουργούν οι δικαιολογημένες οφειλές τρίτων, αποσβέσεις και προβλέψεις.»

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2 — Απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 2009, T-156/04, EDF κατά Επιτροπής (Συλλογή 2009, σ. II-4503, στο εξής: αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση).

3 — Απόφαση (C 68/2002, N 504/2003 και C 25/2003) της 16ης Δεκεμβρίου 2003 (στο εξής: προσβαλλόμενη απόφαση).

3. Κατά τις παραγράφους I και II, αντιστοίχως, του άρθρου 4 του νόμου 97-1026⁴, τα έργα του δικτύου μεταφοράς υψηλής τάσεως βρίσκονται στην κυριότητα της EDF κατόπιν της παραχωρήσεως του δικτύου αυτού στην εν λόγω εταιρία και, για την εφαρμογή των διατάξεων της παραγράφου I, το ποσό που αντιστοιχεί στα παραχωρηθέντα στοιχεία ενεργητικού του δικτύου μεταφοράς υψηλής τάσεως, την 1η Ιανουαρίου 1997, όπως αναγράφεται στο παθητικό του ισολογισμού της EDF, καταχωρίζεται, μη περιλαμβανομένων των αντίστοιχων διαφορών αναπροσαρμογής, στη θέση «Εισφορές κεφαλαίου».

II – Το ιστορικό της διαφοράς

4. Τα πραγματικά περιστατικά, η διοικητική διαδικασία και η προσβαλλόμενη απόφαση εκτίθενται λεπτομερώς στις σκέψεις 9 έως 51 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως. Θα περιοριστώ στα πλέον σημαντικά σημεία. Η EDF παράγει, μεταφέρει και διανέμει ηλεκτρική ενέργεια. Κατά τον χρόνο των πραγματικών περιστατικών, η EDF ανήκε εξ ολοκλήρου στο Δημόσιο. Είχε ιδρυθεί με νόμο με τον οποίο εθνικοποιήθηκε ο τομέας της ηλεκτρικής ενέργειας και του φυσικού αερίου και καθιερώθηκε η αρχή της μεταβιβάσεως στην EDF των εθνικοποιηθεισών παραχωρήσεων ηλεκτρικής ενέργειας. Το 1958, οι διάφορες παραχωρήσεις μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας εκ μέρους του Δημοσίου συγκεντρώθηκαν σε μία ενιαία παραχώρηση που καλείται «δίκτυο μεταφοράς υψηλής τάσης» (*réseau d'alimentation générale*, στο εξής: RAG).

5. Η εφαρμογή στην EDF του γενικού λογιστικού σχεδίου του 1982, που περιελάμβανε ειδικούς λογιστικούς κανόνες περί παραχωρήσεων, είχε ως συνέπεια τη μεταβολή της λογιστικής μεταχειρίσεως του RAG, προκειμένου να ληφθούν υπόψη ορισμένες συστάσεις του εθνικού συμβουλίου λογιστικής (*Conseil national de la comptabilité*, στο εξής: CNC). Καταρτίστηκε ειδικό λογιστικό σχέδιο για την EDF, το οποίο εγκρίθηκε με διυπουργική απόφαση. Το RAG καταχωρίστηκε στα στοιχεία ενεργητικού του ισολογισμού της EDF στη θέση «Ενσώματα πάγια στοιχεία ενεργητικού του παραχωρηθέντος τομέα». Έγιναν ειδικές προβλέψεις για την ανανέωση των πάγιων στοιχείων ενεργητικού του παραχωρηθέντος τομέα προκειμένου να καταστεί δυνατή για την EDF η επιστροφή των στοιχείων αυτών ενεργητικού σε άψογη κατάσταση κατά τη λήξη της παραχωρήσεως.

6. Οι δαπάνες ανανέωσης που πραγματοποίησε η EDF καταχωρίστηκαν στον ισολογισμό στη θέση «Αντίτιμο των υπό παραχώρηση στοιχείων ενεργητικού» (επίσης τιτλοφορούμενο «δικαιώματα του παραχωρούντος»). Η θέση αυτή αντιπροσώπευε οφειλή της EDF προς το γαλλικό Δημόσιο σχετική με τη δωρεάν επιστροφή των αντικατασταθέντων κατά το πέρας της παραχωρήσεως στοιχείων ενεργητικού. Σε έκθεση του 1994 το γαλλικό *Cour des Comptes* (Ελεγκτικό Συνέδριο) επισήμανε τον παράτυπο χαρακτήρα της φορολογικής ελαφρύνσεως που χορηγήθηκε στην EDF κατόπιν της παράτυπης δημιουργίας προβλέψεων για ανανέωση του RAG. Ως εκ τούτου, το γαλλικό Δημόσιο επιχείρησε να αναμορφώσει τον ισολογισμό της EDF. Η σύμβαση διαχειρίσεως «Δημόσιο – EDF 1997-2000», που υπογράφηκε στις 8 Απριλίου 1997, προέβλεπε την τακτοποίηση των λογαριασμών της επιχειρήσεως και των χρηματοοικονομικών σχέσεων της με το Δημόσιο, με την προοπτική της απελευθερώσεως της αγοράς ηλεκτρικής ενέργειας κατά τα οριζόμενα στην οδηγία 96/92/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 19ης Δεκεμβρίου 1996, σχετικά με τους κοινούς κανόνες για την εσωτερική αγορά ηλεκτρικής ενέργειας (EE 1997, L 27, σ. 20).

7. Πριν τη θέσπιση του νόμου 97-1026, ο ισολογισμός της EDF είχε ως εξής: i) ως ενεργητικό, σε θέση με τίτλο «Ενσώματα πάγια στοιχεία ενεργητικού του παραχωρηθέντος τομέα», ποσό 285,7 δις. γαλλικών φράγκων (FRF), εκ των οποίων περίπου 90 δις. FRF για το RAG· ii) ως παθητικό, σε θέση με τίτλο «Προβλέψεις» και ποσό περίπου 38,5 δις. FRF για το RAG, καθώς και σε θέση με τίτλο «Αντίτιμο των υπό παραχώρηση στοιχείων ενεργητικού» στην οποία περιλαμβάνονταν οι πραγματοποιηθείσες δαπάνες για ανανέωση και αφορούσε ποσό 145,2 δις. FRF εκ των οποίων 18,3 δις. για το RAG.

4 — Νόμος της 10ης Νοεμβρίου 1997 περί επειγόντων φορολογικών και δημοσιονομικών μέτρων (*JORF* της 11ης Νοεμβρίου 1997, σ. 16387).

8. Κατ' εφαρμογή του άρθρου 4 του νόμου 97-1026, ο τρόπος αναμορφώσεως του ισολογισμού της EDF αποφασίστηκε και ανακοινώθηκε στην EDF, στις 22 Δεκεμβρίου 1997, με έγγραφο του Υπουργού Οικονομίας, Οικονομικών και Βιομηχανίας και των Υφυπουργών Προϋπολογισμού και Βιομηχανίας (βλ. σημεία 25 και 26 κατωτέρω).

9. Στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας, η Επιτροπή εξέδωσε τρεις αποφάσεις σχετικά με την EDF οι οποίες δημοσιεύτηκαν στις 16 Νοεμβρίου 2002 (ΕΕ 2002, C 280, σ. 8). Σύμφωνα με το άρθρο 88, παράγραφος 2, ΕΚ η Επιτροπή κίνησε επίσημη διαδικασία εξετάσεως με αντικείμενο το πλεονέκτημα που συνεπάγεται για την EDF η μη καταβολή του φόρου εταιριών που οφείλεται για μέρος των δημιουργηθεισών με φοροαπαλλαγή λογιστικών προβλέψεων για ανανέωση του RAG. Το άρθρο 3 της προσβαλλομένης αποφάσεως χαρακτηρίζει ως κρατική ενίσχυση ασυμβίβαστη με την κοινή αγορά τη μη καταβολή από την EDF, το 1997, φόρου εταιριών για ορισμένες λογιστικές προβλέψεις που δημιουργήθηκαν με φοροαπαλλαγή για την ανανέωση του RAG, που αντιστοιχούν σε 14,119 δισ. FRF ως δικαιώματα του παραχωρούντος που χαρακτηρίζονται ως κρατικές ενισχύσεις και κρίνει ότι η εν λόγω ενίσχυση ανέρχεται σε 888,89 εκατ. ευρώ. Κατά το άρθρο 4 της προσβαλλομένης αποφάσεως, η Γαλλία είχε την υποχρέωση να ανακτήσει την ενίσχυση (εντόκως) των 1,217 δισ. ευρώ και το ποσό αυτό όντως επιστράφηκε στο γαλλικό Δημόσιο.

III – Η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση

10. Προς στήριξη της προσφυγής της, η EDF κατ' ουσίαν προέβαλε τρεις λόγους ακυρώσεως. Το Γενικό Δικαστήριο εξέτασε μόνο τον πρώτο λόγο ακυρώσεως και τα τρία πρώτα σκέλη του δεύτερου λόγου ακυρώσεως, απορρίπτοντας τον πρώτο λόγο και τα δύο πρώτα σκέλη του δεύτερου λόγου. Ακύρωσε τα άρθρα 3 και 4 της προσβαλλομένης αποφάσεως, δεχόμενο το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου με το οποίο η EDF είχε προβάλει, κατ' ουσίαν, το επιχείρημα ότι, εφαρμόζοντας το επίμαχο μέτρο, το Δημόσιο είχε ενεργήσει ως συντετός ιδιώτης επενδυτής σε οικονομία της αγοράς.

11. Στις σκέψεις 233 έως 237 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως το Γενικό Δικαστήριο έκρινε κατ' ουσίαν ότι το γεγονός ότι η παρέμβαση αυτή έχει γίνει με νόμο δεν αποτελεί στοιχείο ικανό για να αποκλεισθεί η δυνατότητα η παρέμβαση του Δημοσίου στο κεφάλαιο επιχειρήσεως να επιδιώκει οικονομικό σκοπό τον οποίο θα μπορούσε επίσης να επιδιώξει και ιδιώτης επενδυτής. Στις σκέψεις 243 έως 245, έκρινε, κατ' ουσίαν, ότι οι διατάξεις του άρθρου 4 του νόμου 97-1026 δεν ήταν αμιγώς φορολογικής φύσεως, αλλά περιείχαν κανόνες σχετικούς με τη λογιστική με φορολογικές συνέπειες. Στις σκέψεις 247 έως 250, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε κατ' ουσίαν ότι, υπό το πρίσμα του επιδιωκόμενου σκοπού, η φορολογική φύση της απαιτήσεως του γαλλικού Δημοσίου έναντι της EDF και το γεγονός ότι το Δημόσιο ακολούθησε τη νομοθετική οδό δεν αρκούν για να δικαιολογήσουν την άρνηση της Επιτροπής για εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ.

12. Στις σκέψεις 251 και 252 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο δέχθηκε ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η μορφή υπό την οποία πραγματοποιείται η επένδυση μπορεί να διαφοροποιεί το κόστος της αυξήσεως κεφαλαίου, όπως και την απόδοση του κεφαλαίου αυτού, κατά τρόπο δικαιολογούντα το συμπέρασμα ότι ένας ιδιώτης επενδυτής δεν θα πραγματοποιούσε τέτοιου είδους επένδυση υπό παρεμφερείς συνθήκες. Εντούτοις, τούτο προϋποθέτει τη διενέργεια οικονομικής αναλύσεως στο πλαίσιο της εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ, την οποία η Επιτροπή εκουσίως δεν εφάρμοσε. Στη σκέψη 253, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι η Επιτροπή δεν μπορούσε να περιοριστεί απλώς στην εξέταση των φορολογικών επιπτώσεων των διατάξεων που θέσπισε η Γαλλική Δημοκρατία χωρίς να εξετάσει συγχρόνως –και ενδεχομένως να απορρίψει κατόπιν της εξετάσεως αυτής– τη βασιμότητα του επιχειρήματος ότι το εγχείρημα ήταν δικαιολογημένο με βάση την αρχή του ΙΕΟΑ.

IV – Εκτίμηση

13. Η Επιτροπή προβάλλει δύο λόγους αναιρέσεως: i) ότι το Γενικό Δικαστήριο παρερμήνευσε και παραμόρφωσε τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως και ii) ότι το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο όσον αφορά την εκτίμηση του πεδίου εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ. Δεν είναι αναγκαία η λεπτομερής ανάπτυξη των επιχειρημάτων των διαδικών σε χωριστό κεφάλαιο. Προκειμένου να διευκολυνθεί η παρουσίαση των προτάσεων, θα εντάξω τα επιχειρήματα αυτά στην ανάλυσή μου.

A – Πρώτος λόγος αναιρέσεως: η παραμόρφωση των πραγματικών περιστατικών

14. Κατ' ουσίαν, η Επιτροπή, η Iberdrola και η Εποπτεύουσα Αρχή της ΕΖΕΣ (στο εξής: Εποπτεύουσα Αρχή) υποστηρίζουν ότι, αντιθέτως προς τις παραδοχές της αναιρεσιβαλλομένης απόφασης, η Γαλλική Δημοκρατία δεν προέβη πράγματι σε κεφαλαιοποίηση φορολογικής απαιτήσεως, αλλά χορήγησε απλώς στην EDF ενίσχυση υπό τη μορφή απαλλαγής από τον φόρο εταιριών. Αντιθέτως, η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι ο πρώτος λόγος αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

15. Κατ' αρχάς, η EDF υποστηρίζει ότι ο πρώτος λόγος αναιρέσεως είναι απαράδεκτος, επειδή με αυτόν ζητείται από το Δικαστήριο να εξετάσει εκ νέου την εκτίμηση του Γενικού Δικαστηρίου όσον αφορά την αναμόρφωση του ισολογισμού της EDF.

16. Όσον αφορά τον λόγο ο οποίος στηρίζεται στην παραμόρφωση των αποδεικτικών στοιχείων, επισημαίνω ότι καίτοι όντως το Γενικό Δικαστήριο είναι αποκλειστικώς αρμόδιο να εκτιμά την αξία των προσκομισθέντων ενώπιον του αποδεικτικών στοιχείων⁵, εντούτοις το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι μπορεί παραδεκτώς να προβληθεί ένας τέτοιος λόγος⁶. Στην υπό κρίση υπόθεση, η ένσταση απαραδέκτου που προέβαλε η EDF πρέπει να απορριφθεί. Η Επιτροπή προφανώς δεν ζητεί εκ νέου εξέταση των εκτιμήσεων του Γενικού Δικαστηρίου όσον αφορά την αναμόρφωση του ισολογισμού της EDF. Αντιθέτως, από τη δικογραφία προκύπτει ότι υπάρχει πράγματι ενδεχόμενο το Γενικό Δικαστήριο να έχει παραμορφώσει τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως και να έχει υποπέσει σε σφάλμα όσον αφορά τον χαρακτηρισμό των περιστατικών αυτών.

17. Πράγματι, κατά πάγια νομολογία, εάν ο αναιρεσιών υποστηρίζει ότι το Γενικό Δικαστήριο προέβη σε διαπιστώσεις των οποίων η ανακρίβεια του περιεχομένου προκύπτει από τα στοιχεία της δικογραφίας ή ότι παραμόρφωσε τα αποδεικτικά στοιχεία που του υποβλήθηκαν, είναι παραδεκτές οι αιτιάσεις που αντλούνται από τη διαπίστωση των πραγματικών περιστατικών και την εκτίμησή τους που περιέχει η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση⁷. Καίτοι η εκτίμηση των αποδεικτικών στοιχείων εναπόκειται στο Γενικό Δικαστήριο και δεν υπόκειται στον έλεγχο του Δικαστηρίου, εντούτοις αυτό δεν ισχύει όταν το Γενικό Δικαστήριο παραμορφώνει τα αποδεικτικά στοιχεία συνάγοντας από αυτά κάτι το οποίο προφανώς δεν εννοούν –και αυτό, κατά τη γνώμη μου, συμβαίνει εν προκειμένω⁸. Παραμόρφωση των αποδεικτικών στοιχείων⁹ (dénaturation) συντρέχει εάν το δικαστήριο που

5 — Απόφαση της 1ης Ιουνίου 1994, C-136/92 P, Επιτροπή κατά Brazzelli Lualdi κ.λπ. (Συλλογή 1994, σ. I-1981, σκέψη 66).

6 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 2ας Μαρτίου 1994, C-53/92 P, Hilti κατά Επιτροπής (Συλλογή 1994, σ. I-667, σκέψη 42).

7 — Βλ. απόφαση της 15ης Ιουνίου 2000, C-237/98 P, Dorsch Consult κατά Συμβουλίου και Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. I-4549, σκέψεις 35 και 36).

8 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα G. Tesauro στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 16ης Σεπτεμβρίου 1997, C-362/95 P, BlackspurDIY κ.λπ. κατά Συμβουλίου και Επιτροπής (Συλλογή 1997, σ. I-4775, σημείο 32).

9 — Βλ., επίσης, απόφαση Hilti κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6 (σκέψη 42).

επιλαμβάνεται της ουσίας μιας υποθέσεως υπερβαίνει την αρμοδιότητά του καθόσον ερμηνεύει ένα έγγραφο το οποίο είναι διατυπωμένο κατά τρόπο σαφή και μονοσήμαντο (όπως μια συμφωνία, μια διαθήκη, μια αναφορά, μια δικαστική απόφαση ή έναν αλλοδαπό νόμο) υπό έννοια που δεν συνάδει προς το γράμμα του κειμένου¹⁰.

18. Από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος αναιρέσεως είναι παραδεκτός.

19. Όσον αφορά, τώρα, την ουσία του πρώτου λόγου αναιρέσεως, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε προφανώς σε σφάλμα ως προς τον χαρακτηρισμό των πραγματικών περιστατικών –ιδιαιτέρως, καθόσον δέχθηκε ότι η Γαλλική Δημοκρατία προέβη σε κεφαλαιοποίηση φορολογικής απαιτήσεως (βλ., μεταξύ άλλων, σκέψη 258 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως), ενώ αυτή στην πραγματικότητα χορήγησε στην EDF επιλεκτική απαλλαγή από τον φόρο εταιριών¹¹.

20. Αντιθέτως προς τα επιχειρήματα που προβάλλει η EDF, και όπως θα γίνει φανερό κατωτέρω, η παραμόρφωση των πραγματικών περιστατικών προκύπτει προδήλως από την ενώπιον του Δικαστηρίου δικογραφία και, ως εκ τούτου, δεν είναι αναγκαίο το Δικαστήριο να προβεί σε νέα διεξοδική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών.

21. Η Γαλλική Κυβέρνηση επιχειρεί να δικαιολογήσει την εκτίμηση του Γενικού Δικαστηρίου τονίζοντας ότι η κεφαλαιοποίηση της φορολογικής απαιτήσεως έγινε στο πλαίσιο της διαδικασίας αναμορφώσεως του ισολογισμού της EDF, της οποίας ένα από τα βήματα ήταν η ανακεφαλαιοποίηση.

22. Δεν αμφισβητείται ότι κατά το ίδιο χρονικό διάστημα εξελισσόταν η διαδικασία ανακεφαλαιοποιήσεως της EDF, η οποία δεν θεωρούνταν αυτή καθ' εαυτήν κρατική ενίσχυση. Πάντως, επιβάλλεται η επισήμανση ότι ως κρατική ενίσχυση χαρακτηρίστηκαν οι *φορολογικές επιπτώσεις* –οι οποίες είναι διακριτές από την ανακεφαλαιοποίηση (βλ. σκέψη 241 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως). Φρονώ ότι το επιχείρημα της Γαλλικής Κυβερνήσεως είναι αλυσιτελές, καθόσον κατά τη γνώμη μου η παραίτηση από φορολογική απαίτηση και η μετατροπή της σε εισφορά κεφαλαίου προδήλως πρέπει να θεωρούνται ως δύο διακριτές και διαδοχικές πράξεις. Πράγματι, στο σημείο 97 της απαντήσεώς της, η Γαλλική Κυβέρνηση φαίνεται να το αποδέχεται.

23. Από τη μελέτη της δικογραφίας προκύπτει ότι το φορολογητέο ποσό δεν αναγράφεται σε κανένα από τα περιεχόμενα σ' αυτήν έγγραφα. Δεν υπάρχει πράξη επιβολής φόρου, νύξη περί πληρωτέας φορολογικής απαιτήσεως ούτε απόφαση περί διαθέσεως του φορολογητέου ποσού για την ανακεφαλαιοποίηση της EDF. Πράγματι, εάν ακολουθηθεί η ερμηνεία του Γενικού Δικαστηρίου ως προς τα έγγραφα και τα πραγματικά περιστατικά που τέθηκαν ενώπιον του, η διάθεση του φορολογητέου ποσού θα συναγόταν απλώς από τη σιωπή του νόμου 97-1026 και/ή του εγγράφου της 22ας Δεκεμβρίου 1997 ως προς το σημείο αυτό.

24. Πράγματι, το Γενικό Δικαστήριο διαπιστώνει στη σκέψη 242 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ότι «όλοι οι διάδικοι συμφωνούν ως προς το ότι οφειλόταν φόρος επί του ποσού των 14,119 δισ. FRF πριν από την καταχώρισή του στη θέση “Εισφορά κεφαλαίου”».

25. Από τις σκέψεις 239 έως 242 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι όλα τα μέτρα αναμορφώσεως του ισολογισμού της EDF είχαν καταχωρισθεί στον ισολογισμό, με διττό σκοπό ενισχύσεως της καθαρής θέσεώς της και σταθεροποιήσεως της σχέσεως μεταξύ του Δημοσίου και της EDF σε βάσεις συναφείς προς το κοινό δίκαιο (βλ. σκέψη 31 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως).

10 — Βλ. τις προτάσεις της γενικής εισαγγελέα E. Sharpston της 14ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 1ης Οκτωβρίου 2009, C-141/08 P, Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware κατά Συμβουλίου (Συλλογή 2009, σ. I-9147, σημείο 72).

11 — Απόφαση της 15ης Μαρτίου 1994, C-387/92, Banco Exterior de España (Συλλογή 1994, σ. I-877, σκέψη 14). Βλ. επίσης απόφαση της 19ης Μαΐου 1999, C-6/97, Ιταλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1999, σ. I-2981, σκέψη 16).

26. Πρέπει ιδίως τα τονιστούν τα ακόλουθα σημεία: i) τα στοιχεία ενεργητικού στα οποία συνίσταται το RAG αναταξινομήθηκαν για ποσό 90,325 δισ. FRF, στη θέση «Ίδια στοιχεία ενεργητικού», ii) οι προβλέψεις για ανανέωση του RAG που δεν χρησιμοποιήθηκαν καταχωρίστηκαν λογιστικώς ως μη διανεμηθέν κέρδος και αναταξινομήθηκαν ως ζημίες σε μεταφορά, με αποτέλεσμα ο λογαριασμός αυτός να εκκαθαριστεί και το ποσό που προέκυψε να περιληφθεί στο αποθεματικό (προσθέτω ότι αυτή η πράξη φορολογήθηκε), και iii) τα «δικαιώματα του παραχωρόντος» περιελήφθησαν απευθείας στη οικεία για τις εισφορές κεφαλαίου θέση για ποσό 14,119 δισ. FRF.

27. Έχει σημασία, εντούτοις, ότι η κεφαλαιοποίηση του φορολογητέου ποσού, για το οποίο η EDF έτυχε απαλλαγής από τον φόρο, δεν καταχωρίστηκε καθόλου στα βιβλία της επιχειρήσεως.

28. Πράγματι, «[...] οι γαλλικές αρχές αναγνωρίζουν τον παράνομο χαρακτήρα της πράξης αυτής. Σε σημείωμα της γενικής διευθύνσεως προσόδων [του γαλλικού Υπουργείου Οικονομίας, Οικονομικών και Βιομηχανίας] της 9ης Απριλίου 2002, προς την Επιτροπή, οι γαλλικές αρχές αναφέρουν ότι “τα δικαιώματα του εκχωρόντος που συνδέονται με το RAG αποτελούν αχρεώστητη οφειλή, η οποία με την ενσωμάτωσή της στο κεφάλαιο απαλλάχθηκε από φόρο με αδικαιολόγητο τρόπο” και ότι “το απόθεμα αυτό έπρεπε, πριν από την ενσωμάτωσή του στο κεφάλαιο, να μεταφερθεί από το παθητικό του οργανισμού, όπου είχε εγγραφεί εσφαλμένα, σε έναν λογαριασμό καθαρής θέσης, με αποτέλεσμα τη θετική μεταβολή του καθαρού φορολογητέου ενεργητικού κατ’ εφαρμογή του άρθρου 38-2” του γενικού φορολογικού κώδικα» (βλ. αιτιολογική σκέψη 89 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

29. Παρά τη σαφή άποψη της γενικής διευθύνσεως προσόδων, δεν έγινε καμία καταχώριση φορολογικής απαιτήσεως πριν την κεφαλαιοποίηση του ποσού της «απαιτήσεως» αυτής.

30. Προκύπτει, όντως, ότι στην υπό κρίση υπόθεση ουδέποτε υπήρξε «απαίτηση» και οφειλή δεκτική παραιτήσεως. Όπως επισήμανε η Iberdrola, δεν υπήρξε κεφαλαιοποίηση της απαιτήσεως ούτε, προφανώς, υπήρχε πρόθεση εκ μέρους των αρχών να γίνει τέτοια κεφαλαιοποίηση. Προφανώς, το Γενικό Δικαστήριο πείστηκε από την προσπάθεια της Γαλλικής Κυβερνήσεως να δικαιολογήσει *a posteriori* τις ενέργειές της βάσει της αρχής του ΙΕΟΑ. Κατά τη γνώμη μου, τέτοια επιχειρήματα –ιδίως όταν προβάλλονται *in tempore suspecto*– δεν μπορούν να μετατρέψουν αναδρομικώς μια φορολογική απαλλαγή σε διαδικασία η οποία μπορεί να θεωρηθεί ως «συναφής» προς την κεφαλαιοποίηση απαιτήσεως.

31. Στη σκέψη 282 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο δέχθηκε ότι δεν υπήρξε ποτέ απαίτηση ή οφειλή δεκτική παραιτήσεως: «[...] πριν από τη θέσπιση του νόμου 97-1026 και την αναγνώριση της κυριότητας της EDF επί του RAG, δεν οφειλόταν κανένας φόρος. Ακολούθως, εφόσον η Γαλλική Δημοκρατία παραιτήθηκε από τη σχετική φορολογική απαίτηση, ο εν λόγω φόρος δεν οφειλόταν πλέον και, ως εκ τούτου, δεν περιελήφθη στον ισολογισμό ως οφειλή της επιχειρήσεως».

32. Συμφωνώ με την Επιτροπή ως προς το ότι, εάν γινόταν δεκτή η παρουσίαση των πραγματικών περιστατικών από το Γενικό Δικαστήριο, το αποτέλεσμα θα ήταν αύξηση κεφαλαίου έμμεση και αδιαφανής, η οποία θα είχε πραγματοποιηθεί χωρίς τη ρητή έγκριση του Κοινοβουλίου και αντίθετα προς τη γνώμη των φορολογικών αρχών.

33. Σε αυτό το πλαίσιο, η σκέψη 243 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως κατέχει καίρια θέση στη συλλογιστική του Γενικού Δικαστηρίου. Εκεί, το Γενικό Δικαστήριο χρησιμοποιεί το επιχειρήμα ότι σκοπός του άρθρου 4 του νόμου 97-1026 ήταν η αναμόρφωση του ισολογισμού της EDF και η αύξηση των ιδίων κεφαλαίων για να συμπεράνει ότι, «επομένως, δεν πρόκειται περί αμιγώς φορολογικής φύσεως διατάξεων, αλλά περί λογιστικής φύσεως διατάξεων με φορολογικές συνέπειες, όπως πιστοποιεί το έγγραφο που απηύθυναν στην EDF [...] στις 22 Δεκεμβρίου 1997».

34. Πράγματι, στη συνέχεια η συλλογιστική του Γενικού Δικαστηρίου στηρίζεται στη διαπίστωση ότι το γαλλικό Δημόσιο είχε πραγματοποιήσει επένδυση και, ιδίως, ότι είχε «προβ[εί] σε αύξηση κεφαλαίου της [EDF] παραιτούμενο από την εν λόγω φορολογική απαίτηση» (βλ. σκέψη 246 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως). Η επισκόπηση των σχετικών χωρίων της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως επιβεβαιώνει ότι αυτό το στοιχείο αποτελεί όντως κείριο σημείο της συλλογιστικής του Γενικού Δικαστηρίου και ότι αποτελούσε, για το Γενικό Δικαστήριο, ουσιώδες ζήτημα που έπρεπε να επιλυθεί προκειμένου να κρίνει επί του τρίτου σκέλους του δεύτερου λόγου ακυρώσεως που προέβαλε η EDF.

35. Πράγματι, αυτή η προσέγγιση είναι εμφανής σε διάφορα σημεία της αποφάσεως. Προκύπτει κατά τρόπο λίγο ως πολύ άμεσο από τις σκέψεις 248, 249, 250, 252, 253, 258 και 259. Επιπλέον, το Γενικό Δικαστήριο αναφέρεται στους κατά την κρίση του επιδιωκόμενους σκοπούς στις σκέψεις 229, 233, 234, 235, 236, 237, 247 και 259 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως.

36. Προφανώς, το Γενικό Δικαστήριο στήριξε την εκτίμησή του στο γράμμα του άρθρου 4 του νόμου 97-1026. Κατ' ουσίαν, όλα τα επιχειρήματα της Γαλλικής Κυβερνήσεως και της EDF βασίζονται κυρίως στο γράμμα της διατάξεως αυτής. Η άποψη που υποστηρίζουν είναι ότι από το γράμμα προκύπτει σαφώς ότι το Γενικό Δικαστήριο ορθώς έκρινε ότι η παρασχεθείσα το 1997 συνδρομή συνιστούσε εισφορά κεφαλαίου. Εντούτοις, αντίθετα προς τα επιχειρήματα αυτά, φρονώ ότι το γράμμα του άρθρου 4 του νόμου 97-1026 δεν οδηγεί απαραίτητως στο συμπέρασμα ότι η συνδρομή συνιστούσε εισφορά κεφαλαίου. Επιπλέον, η Γαλλική Κυβέρνηση δεν απέδειξε ότι εκ της φύσεως των χρηματοοικονομικών πράξεων προκύπτει ότι συνιστούν αύξηση κεφαλαίου. Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι το επιχείρημα της Γαλλικής Κυβερνήσεως ότι η φερόμενη ως αύξηση κεφαλαίου πραγματοποιήθηκε με τον «πλέον διαφανή τρόπο» (επειδή έλαβε τη μορφή νόμου) πρέπει επίσης να απορριφθεί.

37. Στην καλύτερη των περιπτώσεων, ήταν διαφανής ως προς τον τύπο, αλλά δεν ήταν καθόλου διαφανής ως προς το περιεχόμενο.

38. Προδήλως, το άρθρο 4 του νόμου 97-1026 απλώς ορίζει τις λογιστικές συνέπειες των ρυθμιζόμενων από αυτό χρηματοοικονομικών πράξεων. Είναι γεγονός ότι δεν ορίζει τις φορολογικές συνέπειες ή επιπτώσεις των επίμαχων πράξεων. Πράγματι, η EDF φαίνεται να το αποδέχεται αυτό στο υπόμνημα αντικρούσεως της. Όπως επισήμανε η Επιτροπή, κατά τη νομοθετική διαδικασία, απορρίφθηκε τροπολογία επί του κειμένου του νόμου επειδή με αυτήν επιδιωκόταν ο προσδιορισμός των λογιστικών εγγραφών μέσω των οποίων οι προβλέψεις για τα επίμαχα έργα θα μετατρέπονταν σε ίδια κεφάλαια¹².

39. Πρώτον, αρκεί η επισήμανση ότι από τον νόμο 97-1026 δεν προκύπτει ότι το γαλλικό Δημόσιο προέβη σε πράξη η οποία συνίστατο, κατ' ουσίαν, στη μετατροπή φορολογικής απαίτησεως σε κεφάλαιο της EDF. Δεύτερον, από την έκθεση της επιτροπής οικονομικών της γαλλικής Εθνοσυνελεύσεως, η οποία καταρτίστηκε κατά την επεξεργασία του κειμένου, προκύπτει ότι το κοινοβούλιο δεν ρύθμισε τη φορολογική διαδικασία μέσω της οποίας οι προβλέψεις σχετικά με τα έργα μεταφοράς ηλεκτρικής ενέργειας που καλύπτονταν από την παραχώρηση του δικτύου μεταφοράς υψηλής τάσεως θα μετατρέπονταν σε ίδια κεφάλαια. Μάλιστα, η έκθεση αυτή επιβεβαιώνει ότι στον νόμο δεν υπάρχει καμία ένδειξη ως προς τις φορολογικές συνέπειες της λογιστικής αναπροσαρμογής που θα πραγματοποιούνταν κατ' εφαρμογή των διατάξεών του.

12 — Βλ. έκθεση «Migaud» η οποία καταρτίστηκε για λογαριασμό της Commission des finances, de l'économie générale et du plan της Εθνοσυνελεύσεως, που έχει επισυναφθεί στο δικόγραφο της αιτήσεως αναίρεσεως της Επιτροπής, σ. 79 έως 81, όπου εκτίθενται οι συζητήσεις σχετικά με την τροπολογία «De Courson». Πράγματι, η συζήτηση επί της τροπολογίας αυτής δείχνει ότι μέλη της επιτροπής (και, ιδίως, ο πρόεδρος και ο γενικός εισηγητής) εκτιμούσαν ότι η προτεινόμενη διάταξη θα είχε ως συνέπεια την καταβολή από την EDF φόρου εταιριών επί του ποσού των προβλέψεων οι οποίες θα κεφαλαιοποιούνταν.

40. Όσον αφορά το από 22 Δεκεμβρίου 1997 έγγραφο της Γαλλικής Κυβερνήσεως προς την EDF, εξ αυτού συνάγεται ότι οι γαλλικές αρχές προέβησαν σε σαφή διάκριση μεταξύ των μέτρων που σχετίζονται με την αναμόρφωση του ισολογισμού (βλ. παράρτημα 1 του εγγράφου αυτού) και των φορολογικών συνεπειών (βλ. παράρτημα 3 του εγγράφου αυτού). Όπως επισήμανε η Επιτροπή, το παράρτημα 1 απλώς δείχνει την απευθείας καταχώριση ποσού 14,119 δισ. FRF ως δικαιώματα του παραχωρούντος στην οικεία για τις εισφορές κεφαλαίου θέση, ενώ το παράρτημα 3 απαλλάσσει την EDF από τις φορολογικές συνέπειες του μέτρου αυτού. Και πάλι, δεν υπάρχει καμία ένδειξη για κεφαλαιοποίηση φορολογικής απαιτήσεως.

41. Το ίδιο ισχύει και για το από 9 Απριλίου 2002 έγγραφο των γαλλικών αρχών προς την Επιτροπή: και πάλι, δεν υπάρχει καμία ένδειξη ότι το γαλλικό Δημόσιο κεφαλαιοποίησε φορολογική απαίτηση.

42. Από τη δικογραφία προκύπτει ότι μόνο σε όψιμο στάδιο της διοικητικής διαδικασίας –όχι πριν από τις 9 Δεκεμβρίου 2002, 18 μήνες μετά από την έναρξη της έρευνας– οι γαλλικές αρχές επιχείρησαν, στις παρατηρήσεις που υπέβαλαν στην Επιτροπή, να παρουσιάσουν τη χορηγηθείσα στην EDF φορολογική απαλλαγή ως πράξη «συναφή» προς «επιπλέον εισφορά κεφαλαίου», χωρίς μάλιστα να επικαλεστούν αντικειμενικά αποδεικτικά στοιχεία προς στήριξη του επιχειρήματος αυτού.

43. Πράγματι, όπως ορθώς επισήμανε η Επιτροπή, η EDF, στο δικόγραφο που υπέβαλε στο Γενικό Δικαστήριο στις 3 Φεβρουαρίου 2005, παρουσίασε έκθεση με τίτλο «Η άποψη του υποθετικού ιδιώτη επενδυτή στην αγορά», αλλά ακόμα και αυτή η έκθεση καταρτίστηκε εκ των υστέρων σε μια προσπάθεια να δικαιολογηθεί αναδρομικώς η οικονομική λογική της εν λόγω συναλλαγής. Επιχειρήθηκε, δηλαδή, να παρουσιαστεί η συναλλαγή ως κεφαλαιοποίηση απαιτήσεως, με μια ερμηνεία των γεγονότων η οποία, βάσει των πραγματικών περιστατικών, δεν φαίνεται ότι ανταποκρινόταν στην πραγματικότητα ή ακόμη ότι είχε παρουσιαστεί με αυτόν τον τρόπο από τη Γαλλική Κυβέρνηση κατά τον χρόνο της επίμαχης αναμορφώσεως.

44. Το γεγονός ότι το Γενικό Δικαστήριο απομακρύνθηκε από τα πραγματικά περιστατικά της υποθέσεως, παραμορφώνοντάς τα σε τέτοιο βαθμό που εν τέλει έκρινε επί υποθέσεως άλλης από την ενώπιόν του, είναι προφανές από τη σκέψη 242 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως. Στη σκέψη αυτή, το Γενικό Δικαστήριο τόνισε ότι όλοι οι διάδικοι συμφωνούσαν ως προς το ότι οφειλόταν φόρος για την επίμαχη συναλλαγή. Αντιθέτως, στις σκέψεις 266 έως 269, το Γενικό Δικαστήριο εκφράζει την αμφιβολία του ως προς το εάν οφείλεται πράγματι φόρος σε τέτοιες περιστάσεις. Από την ενώπιον του Δικαστηρίου δικογραφία προκύπτει, εντούτοις, ότι για την επίμαχη συναλλαγή –με την μορφή που έλαβε– έπρεπε όντως να είχε καταβληθεί φόρος.

45. Κατά τη γνώμη μου, το Γενικό Δικαστήριο δεν μπορούσε να καταλήξει στη διαπίστωση ότι είχε πραγματοποιηθεί εισφορά κεφαλαίου κατόπιν παραιτήσεως από φορολογική απαίτηση, ελλείψει οιουδήποτε αντικειμενικού αποδεικτικού στοιχείου από το οποίο να προκύπτει ότι όντως συνέβη τέτοια συναλλαγή.

46. Συνεπώς, λόγω της πρόδηλης ελλείψεως τέτοιων αποδεικτικών στοιχείων, το συμπέρασμα του Γενικού Δικαστηρίου περί υπάρξεως εισφοράς κεφαλαίου είναι διαπίστωση βασιζόμενη σε παραμόρφωση του περιεχομένου των ενώπιόν του εγγράφων.

47. Σε διαφορετική περίπτωση, όπως τονίζει η Επιτροπή, αν η διαπίστωση του Γενικού Δικαστηρίου ερμηνευθεί όχι ως διαπίστωση αντικειμενικού γεγονότος, αλλά ως νομικός χαρακτηρισμός των πραγματικών περιστατικών, ο οποίος στηρίζεται στην κατασκευή περί έμμεσης και αδιαφανούς κεφαλαιοποιήσεως φόρου, ή ως συναλλαγή που αντιστοιχεί σε τέτοια κεφαλαιοποίηση, τότε αυτός ο νομικός χαρακτηρισμός θα ήταν προδήλως εσφαλμένος, επειδή θα ανέτρεπε την όλη συλλογιστική του Γενικού Δικαστηρίου.

48. Τέλος, στη σκέψη 225 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ορθώς επισημαίνεται ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η αρχή του ΙΕΟΑ δεν ασκεί επιρροή οσάκις η παρέμβαση του Δημοσίου δεν έχει οικονομικό χαρακτήρα. Αυτό συμβαίνει οσάκις οι δημόσιες αρχές χορηγούν άμεση επιδότηση σε επιχείρηση, φορολογική απαλλαγή ή μείωση ασφαλιστικών εισφορών. Συμφωνώ, επομένως, με την Επιτροπή ότι θα μπορούσε να δημιουργηθεί η εντύπωση ότι με τον αναχαρακτηρισμό της επίμαχης συναλλαγής το Γενικό Δικαστήριο επιχείρησε να παρακάμψει τη σχετική με το πεδίο εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ νομολογία του Δικαστηρίου.

49. Από το σύνολο των πιο πάνω σκέψεων προκύπτει ότι ο πρώτος λόγος αναιρέσεως πρέπει να γίνει δεκτός.

B – Ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως: ερμηνεία του άρθρου 87 ΕΚ

1. Πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως: κριτήρια διακρίσεως μεταξύ του Δημοσίου ως ιδιώτη μετόχου και του Δημοσίου ως φορέα δημόσιας εξουσίας

50. Κατ' ουσίαν, η Επιτροπή, η Iberdrola και η Εποπτεύουσα Αρχή βάλλουν κατά της εκτιμήσεως του Γενικού Δικαστηρίου κατά την οποία η διάκριση μεταξύ του Δημοσίου ως ιδιώτη μετόχου και του Δημοσίου ως φορέα δημόσιας εξουσίας εξαρτάται κυρίως από τον σκοπό που επιδιώκει το Δημόσιο (εν προκειμένω την ανακεφαλαιοποίηση της EDF), και όχι από αντικειμενικά και επαληθεύσιμα στοιχεία, όπως απαιτεί η νομολογία. Η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

51. Κατ' αρχάς, η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν κατ' ουσίαν ότι ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως αντλείται από την προβαλλόμενη παραμόρφωση των πραγματικών περιστατικών από το Γενικό Δικαστήριο, η οποία είναι αντικείμενο του πρώτου λόγου αναιρέσεως. Εκτιμούν ότι οι δύο λόγοι αναιρέσεως αλληλοσυμπληρώνονται και ότι ο πρώτος συνιστά στην πραγματικότητα απαραίτητη προϋπόθεση για τον δεύτερο.

52. Κατά τη γνώμη μου, εντούτοις, ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως είναι προδήλως αυτοτελής και ανεξάρτητος από τον πρώτο. Αυτό ισχύει, παρά το γεγονός ότι ο λόγος αυτός αναιρέσεως αναγκαίως αφορά τα άρθρα 3 και 4 της προσβαλλομένης αποφάσεως, τα οποία αφορούν τη μη καταβολή από την EDF το 1997 ορισμένων ποσών ως φόρου περί εταιριών. Όντως, όπως επισήμαναν ορθώς η Εποπτεύουσα Αρχή και η Iberdrola, η ισχύς των άρθρων 3 και 4 της προσβαλλομένης αποφάσεως δεν εξαρτάται από το αν το εν λόγω μέτρο ενισχύσεως χαρακτηριστεί ως εισφορά κεφαλαίου ή ως μη καταβολή φόρου, εάν κανένας συνετός και επιμελής ιδιώτης επενδυτής δεν θα διέθετε αυτά τα ποσά σε δημόσια επιχείρηση με «όρ[ους] που ένας ιδιώτης επενδυτής θα θεωρούσε αποδεκτούς για τη χορήγηση πόρων σε μια ιδιωτική επιχείρηση όταν ο επενδυτής αυτός ενεργεί υπό κανονικές συνθήκες οικονομίας της αγοράς»¹³.

53. Σαφώς, η ουσιαστική διαπίστωση της Επιτροπής στο σημείο εκείνο της προσβαλλομένης αποφάσεως ήταν ότι η οικονομική συνδρομή που χορηγήθηκε από το γαλλικό Δημόσιο το 1997 ήταν παράνομη κρατική ενίσχυση.

54. Εκτιμώ ότι, σε κάθε περίπτωση, είναι γεγονός ότι ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως είναι βάσιμος. Όντως, δεν αμφισβητείται ότι, εν προκειμένω, το γαλλικό Δημόσιο άσκησε τα δημόσιας εξουσίας προνόμιά του.

13 — Βλ. ανακοίνωση της Επιτροπής προς τα κράτη μέλη – Εφαρμογή των άρθρων 92 και 93 [της Συνθήκης ΕΟΚ] και του άρθρου 5 της οδηγίας 80/723/ΕΟΚ της Επιτροπής επί των δημοσίων επιχειρήσεων στον κλάδο της μεταποίησης (ΕΕ 1993, C 307, σ. 3), παράγραφος 11.

55. Όσον αφορά την ουσία του πρώτου σκέλους του δεύτερου λόγου αναιρέσεως, φρονώ ότι ένα από τα κύρια ζητήματα της υπό κρίση αιτήσεως αναιρέσεως είναι η αναγνωριζόμενη από το Γενικό Δικαστήριο πρωταρχική σημασία του σκοπού του υπό εκτίμηση μέτρου, σε συνδυασμό με το ότι η προσέγγιση αυτή δεν βρίσκει έρεισμα στη νομολογία του Δικαστηρίου.

56. Όπως πάγια ερμηνεύεται από το Δικαστήριο, το άρθρο 87, παράγραφος 1, ΕΚ δεν προβαίνει σε διάκριση «ανάλογα με τις αιτίες ή τους στόχους των κρατικών παρεμβάσεων, αυτές δε προσδιορίζονται με γνώμονα τα αποτελέσματά τους»¹⁴. Πράγματι, η φύση των σκοπών ενός κρατικού μέτρου δεν είναι ικανή να αποτρέψει *ipso facto* τον χαρακτηρισμό του ως κρατικής ενισχύσεως. Σε διαφορετική περίπτωση θα ήταν αρκετό για το κράτος μέλος να επικαλεστεί τη νομιμότητα του σκοπού της δημόσιας παρεμβάσεως προκειμένου να αποφεύγεται η εφαρμογή των κανόνων της Συνθήκης περί κρατικών ενισχύσεων¹⁵.

57. Σε αυτό η EDF αντιτείνει το επιχείρημα ότι το Γενικό Δικαστήριο δεν εκτίμησε το επίμαχο μέτρο αποκλειστικώς βάσει του σκοπού του. Κατά την EDF, το Γενικό Δικαστήριο εκτίμησε το μέτρο αυτό υπό το πρίσμα ποικιλίας κριτηρίων, όπως η φύση, ο σκοπός και οι στόχοι και με αναφορά όλων των πτυχών του και του συνολικού πλαισίου.

58. Καίτοι μπορεί να γίνει δεκτό, εκ πρώτης όψεως, ότι το Γενικό Δικαστήριο δεν στήριξε την εκτίμησή του αποκλειστικά επί του επιδιωκόμενου σκοπού, εντούτοις, από εγγύτερη εξέταση της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι το Γενικό Δικαστήριο, όντως, βάσισε τις διαπιστώσεις του κυρίως –αν όχι αποκλειστικώς– στον επιδιωκόμενο σκοπό, για να κρίνει εάν το Δημόσιο έδρασε ως ιδιώτης μέτοχος ή ως φορέας δημόσιας εξουσίας. Όπως θα καταδειχθεί, δεν μπορεί να αμφισβητηθεί ότι, στην ανάλυσή του, το Γενικό Δικαστήριο αναγνώρισε πρωταρχική σημασία στον επιδιωκόμενο σκοπό.

59. Στη σκέψη 229 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι «[γ]ια να εκτιμηθεί αν τα μέτρα που έλαβε το Δημόσιο εμπίπτουν στις προνομίες δημόσιας εξουσίας των οποίων απολαύει ή απορρέουν από τις υποχρεώσεις που έχει αναλάβει ως μέτοχος, τα μέτρα αυτά δεν πρέπει να αξιολογηθούν βάσει της μορφής τους, αλλά βάσει της φύσεώς τους, του αντικειμένου τους ή των κανόνων στους οποίους υπόκεινται, λαμβανομένου υπόψη του *επιδιωκόμενου* με τα εν λόγω μέτρα *σκοπού*» (η υπογράμμιση δική μου).

60. Στη συνέχεια, στη σκέψη 233, το Γενικό Δικαστήριο τονίζει εκ νέου την ανάγκη να εξακριβωθεί εάν το Δημόσιο επεδίωξε «οικονομικό σκοπό», τον οποίο θα μπορούσε επίσης να επιδιώκει ιδιώτης επενδυτής, προκειμένου να κριθεί εάν η αρχή του ΙΕΟΑ είναι εφαρμοστέα. Στις σκέψεις 234 και 235 επίσης αναφέρεται ότι ο επιδιωκόμενος σκοπός έχει σημασία στο πλαίσιο αυτό. Στη σκέψη 236, το Γενικό Δικαστήριο καταλήγει στο συμπέρασμα ότι «το επίδικο μέτρο δεν πρέπει να εξεταστεί βάσει της μορφής του, αλλά της φύσεώς του, του αντικειμένου του και των *σκοπών που επιδιώκει* οπότε πρέπει να αναλυθεί κάθε πτυχή του, λαμβανομένου υπόψη του πλαισίου στο οποίο εντάσσεται» (η υπογράμμιση είναι δική μου). Τέλος, στη σκέψη 237 επίσης γίνεται αναφορά στον σκοπό του υπό κρίση μέτρου.

14 — Απόφαση της 9ης Ιουνίου 2011, C-71/09 P, C-73/09 P και C-76/09 P, Comitato «Venezia vuole vivere» κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 2011, σ. I-4727, σκέψη 94 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

15 — Βλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα A. Tizzano της 28ης Οκτωβρίου 2004 στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 3ης Μαρτίου 2005, C-172/03, Heiser (Συλλογή 2005, σ. I-1627, σημείο 45).

61. Κατόπιν, στη σκέψη 247, το Γενικό Δικαστήριο επισημαίνει εκ νέου –αποφασιστικώς– ότι, « λαμβανομένου υπόψη του σκοπού ανακεφαλαιοποίησης της EDF που επιδιώκει ο νόμος 97-1026, η φορολογική φύση της απαιτήσεως του Δημοσίου [...] και το γεγονός ότι το Δημόσιο προσέφυγε στον νόμο δεν αρκούν, αφ' εαυτών, για να αρνηθεί η Επιτροπή να εξακριβώσει αν, υπό παρεμφερείς συνθήκες, ένας ιδιώτης επενδυτής θα μπορούσε να προβεί σε αύξηση κεφαλαίου ανάλογης σπουδαιότητας και, ως εκ τούτου, αν τα κεφάλαια χορηγήθηκαν από το Δημόσιο υπό συνθήκες οι οποίες αντιστοιχούν στους συνήθεις όρους της αγοράς» (η υπογράμμιση είναι δική μου).
62. Επομένως, προκειμένου να κρίνει επί της δυνατότητας εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ, το Γενικό Δικαστήριο προδήλως έλαβε υπόψη του, προσδίδοντάς του αποφασιστική σημασία, τον επιδιωκόμενο σκοπό και, κατά συνέπεια, κατά την κρίση του αυτή υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο.
63. Επιπροσθέτως, είναι σαφές ότι η μόνη απόφαση από τη νομολογία βάσει της οποίας το Γενικό Δικαστήριο επιχειρεί να δικαιολογήσει τη συνεκτίμηση, στο πλαίσιο της εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ, του προβαλλόμενου σκοπού που επιδιώκει το κράτος μέλος είναι η απόφαση του Δικαστηρίου στην υπόθεση SAT Fluggesellschaft¹⁶.
64. Εντούτοις, στη σχετική σκέψη της αποφάσεως αυτής (σκέψη 30), το Δικαστήριο δεν αναφέρεται καθόλου στον επιδιωκόμενο με το επίμαχο μέτρο σκοπό.
65. Κατ' αρχάς, η απόφαση SAT Fluggesellschaft δεν αφορούσε υπόθεση σχετική με κρατική ενίσχυση. Αντικείμενο της υποθέσεως αυτής ήταν εάν συγκεκριμένος διεθνής οργανισμός συνιστούσε «επιχείρηση» κατά την έννοια των άρθρων 82 ΕΚ και 86 ΕΚ. Ειδικότερα, το Δικαστήριο κλήθηκε να κρίνει εάν ο Ευρωπαϊκός Οργανισμός για την Ασφάλεια της Αεροναυτιλίας (στο εξής: Eurocontrol) συνιστούσε «επιχείρηση».
66. Για να κρίνει επί του ζητήματος αυτού, το Δικαστήριο εξέτασε: i) τη φύση των δραστηριοτήτων του Eurocontrol (σκέψη 19), ii) το αντικείμενο των δραστηριοτήτων αυτών όπως ορίζεται στην ιδρυτική του σύμβαση (σκέψη 21), iii) τις αρμοδιότητες του Eurocontrol όπως καθορίζονται στην τροποποιημένη σύμβαση (σκέψη 22), iv) τις αρμοδιότητες του, ειδικότερα, να θεσπίζει και να εισπράττει τέλη διαδρομής (σκέψεις 23, 28 και 29), v) τη δραστηριότητα ελέγχου του Eurocontrol (σκέψη 24) και, τέλος, vi) του τρόπου χρηματοδοτήσεώς του ως διεθνούς οργανισμού (σκέψη 26).
67. Στις σκέψεις 30 και 31 της αποφάσεως SAT Fluggesellschaft, επομένως, το Δικαστήριο κατέληξε στο συμπέρασμα ότι «[ο]ι δραστηριότητες του Eurocontrol στο σύνολό τους ανάγονται [...] στην άσκηση προνομίων σχετικά με τον έλεγχο και την αστυνόμευση του εναερίου χώρου, προνομίων που συνιστούν τυπικά γνωρίσματα ασκήσεως δημοσίας εξουσίας. Δεν έχουν οικονομικό χαρακτήρα δικαιολογούντα την εφαρμογή των κανόνων περί ανταγωνισμού της Συνθήκης». Επομένως, ο Eurocontrol δεν συνιστούσε επιχείρηση σύμφωνα με τα άρθρα 82 ΕΚ και 86 ΕΚ.
68. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, το ίδιο το Γενικό Δικαστήριο δέχθηκε στη σκέψη 246 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ότι «το Δημόσιο παραιτούμενο από την εν λόγω απαίτηση, χρησιμοποίησε τις προνομίες δημόσιας εξουσίας των οποίων απολαύει». Δεν αμφισβητείται ότι το επίμαχο μέτρο συνδέεται με την άσκηση προνομίων δημόσιας εξουσίας. Περαιτέρω, όπως ορθώς επισήμανε η Επιτροπή, το κριτήριο που εφάρμοσε το Δικαστήριο στην απόφαση SAT Fluggesellschaft αφορούσαν τον χαρακτηρισμό ενός οργανισμού ως επιχειρήσεως και όχι τον χαρακτηρισμό μιας πράξεως του Δημοσίου ως κρατικής ενισχύσεως, όπως εν προκειμένω.

16 — Απόφαση της 19ης Ιανουαρίου 1994, C-364/92 (Συλλογή 1994, σ. I-43).

69. Το μόνο συμπέρασμα που μπορεί να αντληθεί από τις ανωτέρω σκέψεις είναι ότι, αντίθετα προς τα επιχειρήματα της Γαλλικής Κυβερνήσεως, η απόφαση SAT Fluggesellschaft δεν είχε και δεν έχει σημασία για την επίλυση της υπό κρίση υποθέσεως και, ιδίως, η απόφαση αυτή δεν έχει σημασία για την κρίση εάν, σε υπόθεση υπαγόμενη στο άρθρο 87 ΕΚ, είναι εφαρμοστέα η αρχή του ΙΕΟΑ.

70. Επιπροσθέτως, εκτιμώ ότι, στην πραγματικότητα, το Γενικό Δικαστήριο δεν εφάρμοσε καν τα κριτήρια που εξέθεσε το Δικαστήριο στη σκέψη 30 της αποφάσεως SAT Fluggesellschaft. Το Γενικό Δικαστήριο έκρινε τον επιδιωκόμενο από το Δημόσιο σκοπό –κριτήριο ξένο προς αυτή την απόφαση του Δικαστηρίου– ως τον πλέον καθοριστικό παράγοντα και, ταυτοχρόνως, δεν έλαβε υπόψη του τη φύση της ενέργειας του Δημοσίου να παραιτηθεί από την εν λόγω απαίτηση, η οποία, κατά τη διατύπωση του Γενικού Δικαστηρίου, είναι περίπτωση ασκήσεως από το Δημόσιο προνομίων δημόσιας εξουσίας.

71. Πρώτον, ένα κριτήριο στηριζόμενο στην κρατική παρέμβαση είναι ιδιαιτέρως ακατάλληλο για να εκτιμηθεί η ύπαρξη κρατικής ενισχύσεως, στον βαθμό που ένα τέτοιο κριτήριο είναι, εκ φύσεως, υποκειμενικό και επιδεκτικό ερμηνειών. Δεύτερον, όπως επισήμανε η Iberdrola, η συνεκτίμηση επιδιωκόμενων σκοπών που προβάλλει το κράτος μέλος μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα χειραγωγήσεις οι οποίες που επηρεάζουν τον ανταγωνισμό μεταξύ του ιδιωτικού και του δημόσιου τομέα. Υπάρχει πραγματικός κίνδυνος, προκειμένου να αποφύγουν την εφαρμογή των ρυθμίσεων περί κρατικών ενισχύσεων, τα κράτη μέλη να ενθαρρυνθούν στην απλή επίκληση (ex post) κερδοσκοπικών αξιολογήσεων.

72. Εν τέλει, ο καθοριστικός ρόλος που προσδίδει στον επιδιωκόμενο σκοπό το Γενικό Δικαστήριο δυσχερώς συμβιβάζεται με το ότι «η έννοια της ενισχύσεως είναι αντικειμενική»¹⁷. Πράγματι, δεν πρέπει να λησμονείται ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, «η έννοια της κρατικής ενισχύσεως, όπως καθορίζεται στη Συνθήκη, έχει νομικό χαρακτήρα και πρέπει να ερμηνεύεται βάσει αντικειμενικών στοιχείων»¹⁸. Τέλος, η ύπαρξη στοιχείων ενισχύσεως εκτιμάται μόνο με αναφορά σε αντικειμενικά και επαληθεύσιμα στοιχεία. Σε διαφορετική περίπτωση, θα επηρεαζόταν το καθήκον εποπτείας της Επιτροπής και τα δικαιδοτικά όργανα της Ένωσης δεν θα μπορούσαν «να ασκ[ήσουν] πλήρη έλεγχο όσον αφορά το ζήτημα αν ένα μέτρο εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 87, παράγραφος 1, ΕΚ»¹⁹, και όντως αυτός είναι ακριβώς ο κίνδυνος αν ακολουθηθεί η προσέγγιση την οποία προκρίνει η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση.

73. Στη συνέχεια, η EDF διατείνεται ότι σημασία κατά την εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ δεν έχει μόνο ο επιδιωκόμενος σκοπός αλλά, ιδιαίτερα, το συνολικό πλαίσιο. Στηρίζεται σε ορισμένες αποφάσεις στις οποίες είχε διαπιστωθεί ότι η Επιτροπή είχε υποχρέωση να εκτιμήσει το συνολικό πλαίσιο των διαφόρων ενεργειών. Ειδικότερα, η EDF επικαλείται τις αποφάσεις Chronopost I²⁰, P&O European Ferries (Vizcaya) και Diputación Foral de Vizcaya κατά Επιτροπής (στο εξής: P&O European Ferries)²¹, Bundesverband deutscher Banken κατά Επιτροπής²² και Ryanair κατά Επιτροπής (στο εξής: Ryanair)²³.

17 — Βλ. προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Léger της 19ης Μαρτίου 2002 στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 24ης Ιουλίου 2003, C-280/00, Altmark Trans και Regierungspräsidium Magdeburg (Συλλογή 2003, σ. I-7747, σημείο 77, στο εξής: απόφαση Altmark).

18 — Απόφαση της 22ας Δεκεμβρίου 2008, C-487/06 P, British Aggregates κατά Επιτροπής (Συλλογή 2008, σ. I-10515, σκέψη 111).

19 — Βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 16ης Μαΐου 2000, C-83/98 P, Γαλλία κατά Ladbroke Racing και Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. I-3271, σκέψη 25).

20 — Απόφαση της 3ης Ιουλίου 2003, C-83/01 P, C-93/01 P και C-94/01 P, Chronopost κ.λπ. κατά Ufex κ.λπ. (Συλλογή 2003, σ. I-6993, σκέψη 128, στο εξής: απόφαση Chronopost I).

21 — Η EDF επικαλείται τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα A. Tizzano της 9ης Φεβρουαρίου 2006 στις υποθέσεις επί των οποίων εκδόθηκε η απόφαση της 1ης Ιουνίου 2006, C-442/03 P και C-471/03 P (Συλλογή 2006, σ. I-4845, σημείο 87).

22 — Απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 3ης Μαρτίου 2010, T-163/05 (Συλλογή 2010, σ. II-387).

23 — Απόφαση του Πρωτοδικείου της 17ης Δεκεμβρίου 2008, T-196/04 (Συλλογή 2008, σ. II-3643).

74. Εντούτοις, αρκεί η επισήμανση ότι όλες οι ανωτέρω υποθέσεις αφορούσαν συναλλαγές εμπορικής φύσεως. Στην Chronoport I, επρόκειτο για μεταβίβαση πελατείας· στην P & O European Ferries, για την πώληση εισιτηρίων οχηματαγωγού πλοίου· στην Bundesverband deutscher Banken κατά Επιτροπής, για τη διάθεση περιουσιακών στοιχείων σε τράπεζα, τα οποία κατόπιν χρησιμοποιήθηκαν για στήριξη των εμπορικών της δραστηριοτήτων· και, τέλος, στη Ryanair, για τον καθορισμό των αεροπορικών τελών, ήτοι, δραστηριότητα η οποία ευθέως συνδέεται με τη διαχείριση των υποδομών αερολιμένα, η οποία είναι οικονομική δραστηριότητα. Ειδικότερα, στην απόφαση Ryanair το Γενικό Δικαστήριο διευκρίνισε ότι ορθώς θεωρήθηκε ότι οι εν λόγω επιβαρύνσεις αποτελούν «τέλη» και όχι «φόρους» –όντως, αντίθετα με τις περιστάσεις εν προκειμένω, τέτοιο σύστημα μείωσης των τελών θα μπορούσε να έχει εφαρμοστεί από ιδιώτη επιχειρηματία.

75. Ειδικότερα, το Γενικό Δικαστήριο προφανώς ακολούθησε τη νομολογιακή γραμμή που είχε χαράξει στην απόφασή του επί της υποθέσεως Ryanair, με την οποία ακύρωσε απόφαση της Επιτροπής περί κρατικής ενισχύσεως. Συγκεκριμένα, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε στην απόφαση Ryanair ότι η Επιτροπή αρνούμενη να εξετάσει από κοινού τα πλεονεκτήματα που χορήγησαν η Περιφέρεια Βαλλονίας και ο αερολιμένας Charleroi καθώς και να ελέγξει εάν, από κοινού, αυτές οι δυο οντότητες έδρασαν ως ορθολογιστές επιχειρηματίες σε οικονομία της αγοράς, υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο. Εντούτοις, είναι σαφές ότι η υπό κρίση υπόθεση πρέπει να διακριθεί από την υπόθεση Ryanair. Πράγματι, στη νομολογία είχε ήδη γίνει δεκτή η οικονομική φύση των επίμαχων στην υπόθεση Ryanair δραστηριοτήτων²⁴. Μολονότι τα επίμαχα στην υπόθεση εκείνη τέλη είχαν καθορισθεί με πράξη κανονιστικής ισχύος, το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ότι επρόκειτο για οικονομική δραστηριότητα επειδή «ο καθορισμός των αεροπορικών τελών, συνδέεται στενά με τη χρήση και τη διαχείριση του αερολιμένα του Charleroi, δραστηριότητα η οποία πρέπει να χαρακτηριστεί ως οικονομική». Το Γενικό Δικαστήριο κατ' ουσίαν εκτίμησε ότι η μη αναγνώριση του γεγονότος ότι η Περιφέρεια Βαλλονίας, κατά τον καθορισμό των επίμαχων τελών, μπορούσε να δρα ως ιδιώτης επενδυτής θα ισοδυναμούσε με διάκριση μεταξύ ιδιωτικών και δημοσίων αερολιμένων. Θα έπρεπε ίσως να σημειωθεί ότι η Επιτροπή δεν άσκησε αναίρεση κατά της αποφάσεως Ryanair.

76. Εντούτοις, σε αντίθεση με τον καθορισμό τέτοιων τελών, κανένας ιδιώτης επιχειρηματίας δεν θα μπορούσε (ποτέ) να παραιτηθεί από φορολογική απαίτηση. Πράγματι, φρονώ ότι η EDF σφάλλει προδήλως επιχειρώντας να υποστηρίξει ότι το γεγονός ότι ο ιδιώτης επενδυτής δεν έχει πρόσβαση στη διαδικασία που εφαρμόζει το Δημόσιο δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια τη μη εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ. Εύλογα υποστηρίζεται σε νομικά συγγράμματα ότι η αρχή του ΙΕΟΑ δεν μπορεί να εφαρμοστεί σε φορολογικά ζητήματα, δηλαδή στις περιπτώσεις όπου το επίμαχο πλεονέκτημα είναι αποτέλεσμα εφαρμογής του φορολογικού δικαίου²⁵.

77. Κατά τη γνώμη μου, η προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση πρέπει να απορριφθεί κατά μείζονα λόγο επειδή, εάν το Δημόσιο επιθυμεί να δράσει ενδεχομένως ως ιδιώτης επενδυτής, έχει πάντοτε αυτή τη δυνατότητα: το μόνο που απαιτείται είναι να προβεί σε εισφορά κεφαλαίου σε επιχείρηση μετά από την άσκηση των φορολογικών του εξουσιών και, κατά συνέπεια, την άσκηση των προνομίων του δημόσιας εξουσίας. Συναφώς, αντίθετα προς τα επιχειρήματα της EDF ότι το πεδίο εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ θα περιοριζόταν υπερβολικά και θα ισοδυναμούσε με διάκριση εις βάρος των δημοσίων επιχειρήσεων, η προσέγγιση που προτείνω δεν έχει ως αποτέλεσμα διάκριση εις βάρος των δημοσίων επιχειρήσεων. Αποσκοπεί απλώς στον περιορισμό των διακρίσεων εις βάρος των ιδιωτικών επιχειρήσεων.

24 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση του Πρωτοδικείου της 12ης Δεκεμβρίου 2000, T-128/98, Aéroports de Paris κατά Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. II-3929, σκέψεις 107 έως 109, 121, 122 και 125).

25 — Και κανονιστικών ρυθμίσεων γενικότερα. Βλ., μεταξύ άλλων, Hancher, L., Ottervanger, T., και Slot, P. J., *EC State Aids*, Sweet & Maxwell, 2006, σ. 74· Jaeger, Th., *Beihilfen durch Steuern und parafiskalische Abgaben*, NWV, 2006, σημείο 195· Mamut, M.-A., «Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen», in Jaeger, Th. (επιμέλεια), *Beihilferecht. Jahrbuch 2009*, σ. 341, και Haslehner, W., «Die Anwendbarkeit des Privatinvestorentests bei Steuerbeihilfen», in Jaeger Th. και Rumersdorfer, B. (επιμέλεια), *Beihilferecht. Jahrbuch 2011*, NWV, 2011, σ. 273.

78. Στη συνέχεια, όπως επισήμανε η Εποπτεύουσα Αρχή, ενώ υπάρχουν περιστάσεις κατά τις οποίες το Δημόσιο μπορεί να συνάψει συμβατικές ή εμπορικές σχέσεις με εταιρίες, η οφειλή της EDF προς το γαλλικό Δημόσιο στην υπό κρίση υπόθεση δεν ήταν σε καμία περίπτωση συμβατικής ή εμπορικής φύσεως. Επρόκειτο περί φορολογικής οφειλής. Οι φόροι επιβάλλονται από το κράτος και δεν οφείλονται ως αποτέλεσμα εκούσιων συμβατικών ή εμπορικών σχέσεων. Σε κάθε περίπτωση, το Δικαστήριο έχει διακρίνει μεταξύ πράξεων στις οποίες προβαίνει το Δημόσιο ως επενδυτής από εκείνες στις οποίες προβαίνει ως πιστωτής²⁶.

79. Επιπροσθέτως, κατά την αρχή του ΙΕΟΑ, οσάκις παρέχεται συνδρομή σε εταιρία με κρατικά κεφάλαια, η συνδρομή αυτή θεωρείται κρατική ενίσχυση εάν ένας ιδιώτης επενδυτής, υπό κανονικές συνθήκες, δεν θα είχε πραγματοποιήσει τέτοια επένδυση. Αντιθέτως, εάν το Δημόσιο είχε δράσει όπως ένας συνήθης ιδιώτης μέτοχος που ενεργεί υπό συνήθεις συνθήκες της αγοράς, η χρηματοδοτική συνδρομή δεν θα θεωρούνταν κρατική ενίσχυση. Όπως επισήμανε η Εποπτεύουσα Αρχή, είναι σαφές ότι το Δημόσιο επιβάλλει φόρους ασκώντας δημόσια εξουσία. Είναι δύσκολο να υποστηριχθεί ότι το Δημόσιο έχει την εξουσία επιβολής φόρων υπό την ιδιότητά του ως ιδιώτης επενδυτής. Ως απόρροια της επιβολής φόρων, η παραίτηση από φορολογικές απαιτήσεις είναι επίσης ενέργεια στην οποία προβαίνει το Δημόσιο ως φορέας δημόσιας εξουσίας. Κατά συνέπεια, οι φορολογικές δραστηριότητες του Δημοσίου –επιβολή, είσπραξη, επιστροφή ή απόδοση φόρων– αναμφίβολα διεξάγονται κατά την άσκηση της δημόσιας εξουσίας του και εξ ορισμού δεν μπορούν να διενεργηθούν από το Δημόσιο ως ιδιώτη επενδυτή.

80. Πράγματι, για αυτόν τον λόγο το Δικαστήριο έχει προβεί σε μια σημαντική διάκριση. Το Δικαστήριο έκρινε στην απόφαση Ισπανία κατά Επιτροπής (στο εξής: απόφαση Hytasa)²⁷ ότι «πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ των υποχρεώσεων που το Δημόσιο πρέπει να αναλαμβάνει ως κύριος των μετοχών μιας εταιρίας και των υποχρεώσεων που μπορεί να υπέχει ως δημόσια αρχή. Δεδομένου ότι οι τρεις εν λόγω εταιρίες έχουν συσταθεί υπό μορφήν ανωνύμου εταιρίας, το Patrimonio del Estado ως κύριος των μετοχών των εταιριών αυτών δεν ευθυνόταν για τα χρέη τους παρά μόνον μέχρι την αξία του ενεργητικού τους. Τούτο [...] σημαίνει ότι οι υποχρεώσεις που απορρέουν από το κόστος απολύσεως των εργαζομένων, καταβολής παροχών ανεργίας και χορηγήσεως ενισχύσεων για την ανασυγκρότηση της βιομηχανίας υφασμάτων δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη κατά την εφαρμογή [της αρχής του ΙΕΟΑ]».

81. Στην απόφαση Γερμανία κατά Επιτροπής (στο εξής: απόφαση Gröditzter)²⁸ το Δικαστήριο έκρινε ότι, «προκειμένου να προσδιοριστεί αν η ιδιωτικοποίηση της GS έναντι αρνητικής τιμής πωλήσεως 340 εκατομμυρίων γερμανικών μάρκων (DEM) περιλαμβάνει στοιχεία κρατικής ενισχύσεως, πρέπει να εξακριβωθεί αν, υπό παρόμοιες περιστάσεις, ένας ιδιώτης επιχειρηματίας μεγέθους συγκρίσιμου προς το μέγεθος των οργανισμών που διαχειρίζονται τον δημόσιο τομέα θα μπορούσε να λάβει την απόφαση να προβεί σε εισφορές κεφαλαίου τέτοιας εκτάσεως στο πλαίσιο της πωλήσεως της εν λόγω επιχειρήσεως ή θα προτιμούσε τη θέση της υπό εκκαθάριση»²⁹. Και πάλι, το Δικαστήριο υπενθύμισε ότι πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ των υποχρεώσεων που πρέπει να αναλαμβάνει το Δημόσιο ως κύριος των μετοχών μιας εταιρίας και των υποχρεώσεων που μπορεί να υπέχει ως δημόσια αρχή.

26 — Απόφαση της 29ης Απριλίου 1999, C-342/96, Ισπανία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1999, σ. I-2459, σκέψη 46).

27 — Απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 1994, C-278/92 έως C-280/92 (Συλλογή 1994, σ. I-4103, σκέψη 22). Βλ., επίσης, απόφαση του Πρωτοδικείου της 21ης Ιανουαρίου 1999, T-129/95, T-2/96 και T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke και Lech-Stahlwerke κατά Επιτροπής (Συλλογή 1999, σ. II-17, σκέψη 119) και απόφαση 2008/722/EK της Επιτροπής, της 10ης Μαΐου 2007, για την κρατική ενίσχυση C 2/06 (πρώην N 405/05) την οποία σχεδιάζει να χορηγήσει η Ελλάδα σε σχέση με το πρόγραμμα πρόωρης εθελουσίας συνταξιοδότησης του ΟΤΕ (ΕΕ 2008, L 243, σ. 7), σημεία 85 και 86.

28 — Απόφαση της 28ης Ιανουαρίου 2003, C-334/99 (Συλλογή 2003, σ. I-1139, σκέψεις 133 και 134).

29 — Βλ. απόφαση της 16ης Μαΐου 2002, C-482/99, Γαλλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 2002, σ. I-4397, σκέψη 70, στο εξής: απόφαση StardustMarin).

82. Στη συνέχεια, στις προτάσεις του στην υπόθεση *Altmark*³⁰ ο γενικός εισαγγελέας P. Léger επισήμανε ότι το Δικαστήριο εφαρμόζει την αρχή του ΙΕΟΑ μόνο σε περιπτώσεις όπου η κρατική παρέμβαση έχει τον χαρακτήρα πράξεως της δημόσιας αρχής. Διαπίστωσε ότι η αρχή του ΙΕΟΑ είναι εφαρμόσιμη διότι τη συμπεριφορά του κράτους θα μπορούσε να επιδείξει, τουλάχιστον κατ' αρχήν, ένας ιδιώτης επιχειρηματίας που επιδιώκει κερδοσκοπικό σκοπό (ένας επενδυτής, μια τράπεζα, ένας εγγυητής, μια επιχείρηση ή ένας δανειστής). Εντούτοις, η αρχή του ΙΕΟΑ δεν έχει εφαρμογή όταν η κρατική παρέμβαση δεν έχει κανέναν οικονομικό χαρακτήρα. Σε τέτοιες καταστάσεις δεν είναι δυνατόν ένας ιδιώτης επιχειρηματίας επιδιώκων κερδοσκοπικό σκοπό να ενεργήσει όπως και το Δημόσιο στο πλαίσιο της σχετικής του παρεμβάσεως, αλλά η κρατική παρέμβαση έχει χαρακτήρα πράξεως της δημόσιας εξουσίας, όπως είναι η κοινωνική ή η φορολογική πολιτική. Επομένως, η αρχή του ΙΕΟΑ δεν είναι εφαρμόσιμη, διότι, εξ ορισμού, δεν μπορεί να υπάρξει προσβολή της ίσης μεταχειρίσεως μεταξύ του δημόσιου και του ιδιωτικού τομέα. Κατέληξε στο συμπέρασμα ότι, κατά συνέπεια, η αρχή του ΙΕΟΑ δεν εφαρμόζεται στις κρατικές παρεμβάσεις που έχουν τον χαρακτήρα πράξεως της δημόσιας αρχής.

83. Πράγματι, όπως ορθώς έκρινε το Γενικό Δικαστήριο στην απόφαση *Ryanair*³¹, «καίτοι παρίσταται αναγκαίο, στην περίπτωση κατά την οποία το δημόσιο ενεργεί υπό την ιδιότητά του ως επιχείρηση δρώσα ως ιδιώτης επενδυτής, να αναλύεται η συμπεριφορά του υπό το φως της [αρχής του ΙΕΟΑ] υπό συνθήκες οικονομίας της αγοράς, η εφαρμογή της αρχής αυτής πρέπει να αποκλείεται σε περίπτωση κατά την οποία ενεργεί ως δημόσια εξουσία. Πράγματι, στην δεύτερη αυτή περίπτωση, η συμπεριφορά του δημοσίου ουδέποτε μπορεί να συγκριθεί με εκείνη ενός επιχειρηματία ή ενός ιδιώτη επενδυτή υπό συνθήκες οικονομίας της αγοράς».

84. Στην απόφαση *Westdeutsche Landesbank Girozentrale και Land Nordrhein-Westfalen κατά Επιτροπής*³² το Γενικό Δικαστήριο ορθώς επισήμανε ότι «όσον αφορά το επιχείρημα του ομοσπόνδου κράτους που αντλείται από την αύξηση της εισπράξεως φόρων, τονίζεται ότι η θέση του ομοσπόνδου κράτους ως δημόσιας αρχής και η θέση του ως επιχειρηματία δεν πρέπει να συγχέονται. Πάντως, αυτή η αύξηση φορολογικών εισπράξεων δεν ασκεί καμία επιρροή για τον ιδιώτη επενδυτή».

85. Τέλος, πρέπει να επισημανθεί ότι το Δικαστήριο έχει ήδη κρίνει ότι οντότητα η οποία ενεργεί ως εισπράκτορας φόρων δεν ενεργεί ως επιχειρηματίας³³. Επιπροσθέτως, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, οι κανόνες περί ανταγωνισμού της Συνθήκης δεν έχουν εφαρμογή σε δραστηριότητα η οποία, λόγω της φύσεώς της, των κανόνων στους οποίους υπόκειται και του αντικειμένου της, δεν εμπίπτει στη σφαίρα των οικονομικών συναλλαγών, ή συνδέεται με την άσκηση δημοσίας εξουσίας³⁴.

86. Στο σημείο αυτό η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση αντιτείνουν το επιχείρημα ότι υπάρχουν άλλες αποφάσεις στις οποίες το Δικαστήριο ακολούθησε λιγότερο αυστηρή προσέγγιση σε περιπτώσεις όπου είχε ασκηθεί δημόσια εξουσία. Η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι τα μέσα δεν ασκούν επιρροή όταν το Δημόσιο έχει τη δυνατότητα επιλογής μεταξύ διαφόρων μορφών επενδύσεων. Διατείνεται ότι το Δικαστήριο έχει ήδη δεχθεί ότι μέτρα στα οποία δεν έχουν πρόσβαση ιδιώτες επενδυτές μπορούν να συγκριθούν με τη συμπεριφορά ιδιωτών επιχειρηματιών³⁵.

30 — Προτάσεις της 14ης Ιανουαρίου 2003 στην υπόθεση *Altmark*, προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 17 (σημεία 20 έως 27).

31 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 23, σκέψη 85 (η υπογράμμιση είναι δική μου).

32 — Απόφαση του Πρωτοδικείου της 6ης Μαρτίου 2003, T-228/99 και T-233/99 (Συλλογή 2003, σ. II-435, στο εξής: απόφαση *Westdeutsche Landesbank*).

33 — Απόφαση της 11ης Σεπτεμβρίου 2003, C-207/01, *Altair Chimica* (Συλλογή 2003, σ. I-8875, σκέψη 35).

34 — Απόφαση της 19ης Φεβρουαρίου 2002, C-309/99, *Wouters κ.λπ.* (Συλλογή 2002, σ. I-1577, σκέψη 57).

35 — Αναφέρεται στις αποφάσεις της 29ης Απριλίου 1999, C-342/96, *Ισπανία κατά Επιτροπής*, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 26 (σκέψη 46), και της 29ης Ιουνίου 1999, C-256/97, *DM Transport* (Συλλογή 1999, σ. I-3913).

87. Εντούτοις, εκτιμώ ότι έχει σημασία να μην αντιμετωπίζονται με τον ίδιο τρόπο δύο έννοιες οι οποίες είναι αρκούντως διαφορετικές. Πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ της αρχής του ιδιώτη πιστωτή (σε οικονομία αγοράς) και της αρχής του ιδιώτη επενδυτή (σε οικονομία αγοράς) (της αρχής του ΙΕΟΑ). Πράγματι, αντίθετα προς το επιχείρημα της Γαλλικής Δημοκρατίας, η θέση του ιδιώτη επενδυτή δεν μπορεί να συγκριθεί με τη θέση ενός ιδιώτη πιστωτή. Ενώ ο επενδυτής φέρεται να αποκομίζει όφελος παρεμβαίνοντας σε επιχειρήσεις, ο πιστωτής επιδιώκει να επιτύχει την πληρωμή των ποσών που του οφείλονται από οφειλέτη ο οποίος αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες³⁶.

88. Συναφώς, είναι αξιοσημείωτο ότι ούτε η Γαλλική Κυβέρνηση ούτε η EDF υποστήριξαν ότι πρόκειται εν προκειμένω για επιχείρηση που αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες. Δεν αμφισβητείται ότι δεν πρόκειται για υπόθεση όπου ο πιστωτής επιδιώκει την πληρωμή των ποσών που του οφείλονται από οφειλέτη που αντιμετωπίζει οικονομικές δυσχέρειες. Επιπλέον, το κριτήριο του ιδιώτη πιστωτή δεν εξαρτάται από τον ρόλο του Δημοσίου ως μετόχου: κατά το κριτήριο αυτό, οι δημόσιες και ιδιωτικές επιχειρήσεις υπόκεινται στην ίδια ακριβώς μεταχείριση. Σε αντίθεση προς την αρχή του ΙΕΟΑ και την περίπτωση που μας απασχολεί εν προκειμένω, στην περίπτωση του κριτηρίου του ιδιώτη πιστωτή δεν υπάρχει κίνδυνος άνισης μεταχείρισης.

89. Από την παλαιότερη νομολογία σχετικά με την αρχή του ΙΕΟΑ προκύπτει ότι η αρχή αυτή πρέπει να εφαρμόζεται «ανεξάρτητα από κάθε θεώρηση κοινωνικού χαρακτήρα ή περιφερειακής ή κλαδικής πολιτικής», επομένως δεν είναι δυνατόν να λαμβάνονται υπόψη εκτιμήσεις οι οποίες προφανώς συνδέονται με τον ρόλο του κράτους μέλους ως δημόσιας αρχής³⁷.

90. Οι πρώτες αποφάσεις σχετικά με την αρχή του ΙΕΟΑ είναι η Meura και η Boch II³⁸. Εντούτοις, το ζήτημα είχε ήδη απασχολήσει τον γενικό εισαγγελέα P. VerLoren Van Themaat στην υπόθεση Intermills κατά Επιτροπής³⁹. Κατά την άποψή του, «στην υπό κρίση υπόθεση υπάρχει σαφώς συμμετοχή στο εταιρικό κεφάλαιο μιας προβληματικής επιχείρησης την οποία η Επιτροπή θεώρησε ως ενίσχυση κατά την έννοια του άρθρου 92 [...]. Κ]ύριος σκοπός της επίδικης συμμετοχής στο κεφάλαιο των επιχειρήσεων του ομίλου Intermills είναι η κάλυψη των ζημιών. Νομίζω ότι δεν χωρεί αμφιβολία ότι [...] μια τέτοια περίπτωση καλύψεως ζημιών σε μεγάλη έκταση χάρις στην οποία διατηρείται τεχνητά σε λειτουργία μια επιχείρηση πρέπει να θεωρηθεί ως ενίσχυση κατά την έννοια του άρθρου 92. Αυτό ισχύει ακόμα περισσότερο, εφόσον λόγω ελλείψεως χρονικού περιορισμού αυτής της συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο καθώς επίσης και λόγω του γεγονότος ότι τέσσερα ήδη έτη μετά τη χορήγηση της ενισχύσεως αυτής δεν έχει ακόμα αποκατασταθεί η ανταγωνιστικότητα των εργοστασίων που εξακολουθούν να λειτουργούν, μπορεί να συναχθεί ότι το κεφάλαιο αυτό θα ήταν αδύνατο να εξευρεθεί στην ιδιωτική κεφαλαιαγορά».

36 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση της 29ης Απριλίου 1999, C-342/96, Ισπανία κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 26 (σκέψη 46), και απόφαση DM Transport, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 35 (σκέψη 24). Βλ. επίσης προτάσεις του γενικού εισαγγελέα M. Poiares Maduro της 1ης Απριλίου 2004 στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 14ης Σεπτεμβρίου 2004, C-276/02, Ισπανία κατά Επιτροπής (Συλλογή 2004, σ. I-8091, σημεία 24 και 25), και απόφαση του Πρωτοδικείου της 11ης Ιουλίου 2002, T-152/99, HANSA κατά Επιτροπής (Συλλογή 2002, σ. II-3049), η κεφαλαιοποίηση των χρεών της επιχείρησης προς το Δημόσιο αξιολογήθηκε βάσει της αρχής του ΙΕΟΑ, αλλά το Γενικό Δικαστήριο επισήμανε ότι η σύγκριση θα έπρεπε να γίνει με τον ιδιώτη πιστωτή.

37 — Βλ. απόφαση 2006/900/ΕΚ της Επιτροπής, της 20ής Οκτωβρίου 2005, σχετικά με την κρατική ενίσχυση που χορήγησε η Φινλανδία για επενδυτική ενίσχυση στην Componenta Corporation (ΕΕ L 353, σ. 36), σημείο 26 (δεν πρέπει να συγχέονται οι ρόλοι της πόλης ως δημόσιας αρχής και ως εμπορικού συνιδιοκτήτη της εταιρίας), και απόφαση 2008/719/ΕΚ της Επιτροπής, της 30ής Απριλίου 2008, σχετικά με την κρατική ενίσχυση C 56/06 (πρώην NN 77/06) που προτίθεται να χορηγήσει η Αυστρία για την ιδιωτικοποίηση της τράπεζας Burgenland (ΕΕ 2008, L 239, σ. 32). Η Επιτροπή απέρριψε το επιχείρημα που προέβαλε η Αυστρία, επισημαίνοντας ότι υποχρεώσεις αναληφθείσες κατά το δημόσιο δίκαιο δεν θα πρέπει να συγχέονται με την ανάλυση των ενεργειών του δημοσίου ως επενδυτή, αλλά επισήμανε ότι η εκτίμηση θα ήταν διαφορετική αν το Δημόσιο είχε παραχωρήσει εγγύηση ίδιας μορφής μέσω συμβάσεως εγγυήσεως ιδιωτικού δικαίου.

38 — Αντιστοίχως, αποφάσεις της 10ης Ιουλίου 1986, 234/84, Βέλγιο κατά Επιτροπής (Συλλογή 1986, σ. 2263), και 40/85, Βέλγιο κατά Επιτροπής (Συλλογή 1986, σ. 2321).

39 — Απόφαση της 14ης Νοεμβρίου 1984, 323/82 (Συλλογή 1984, σ. 3809, βλ. σ. 3842).

91. Φρονώ ότι είναι σαφές –όπως επιχειρώ να δείξω στις παρούσες προτάσεις– γιατί τόσο η Επιτροπή όσο και το Δικαστήριο δικαιολογημένα έχουν επιμείνει στην τήρηση σαφούς διακρίσεως μεταξύ της ασκήσεως από το Δημόσιο δημόσιας εξουσίας και του ρόλου του ως επενδυτή –ούτως ώστε, ακόμα και όταν το ληφθέν με άσκηση δημόσιας εξουσίας μέτρο έχει παρόμοιο αποτέλεσμα με εκείνο που θα μπορούσε να λάβει το Δημόσιο με την ιδιότητα του επενδυτή, θα πρέπει να μη λαμβάνεται υπόψη κατά την εξέταση επιχειρημάτων ότι το Δημόσιο έδρασε ως επενδυτής στην αγορά⁴⁰.

92. Κατά τη γνώμη μου, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, το Γενικό Δικαστήριο παρέβη τη διάκριση την οποία επιμελώς έχει χαράξει το Δικαστήριο μεταξύ των *acta iure gestionis* και των *acta iure imperii*⁴¹. Φρονώ ότι, κατ' ουσίαν, η προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα ανασφάλεια δικαίου και έλλειψη διαφάνειας, καθώς και (φορολογικά) προνόμια για τις δημόσιες επιχειρήσεις. Προσθέτω ότι το τελευταίο ενδεχόμενο θα έχει ιδιαίτερα δυσμενείς επιπτώσεις στους πολυάριθμους τομείς που έχουν προσφάτως απελευθερωθεί ή οι όποιοι βρίσκονται σε διαδικασία απελευθερώσεως.

93. Ειδικότερα, η προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση αντιβαίνει στην κατά το δίκαιο της Ένωσης επιταγή της διαφάνειας. Το Δικαστήριο έχει κρίνει, για παράδειγμα, ότι «ένα καθεστώς ανόθευτου ανταγωνισμού όπως το προβλεπόμενο από τη Συνθήκη μπορεί να επιτευχθεί μόνον εφόσον εξασφαλίζεται και η ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων επιχειρηματιών». Το Δικαστήριο συνήγαγε από αυτό ότι «η διατήρηση αποτελεσματικού ανταγωνισμού και η εξασφάλιση διαφάνειας επιβάλλουν η συστηματοποίηση των τεχνικών προδιαγραφών, ο έλεγχος της εφαρμογής τους και οι εγκρίσεις να πραγματοποιούνται από φορέα ανεξάρτητο από τις δημόσιες ή ιδιωτικές επιχειρήσεις που προσφέρουν αγαθά και/ή υπηρεσίες υπό συνθήκες ανταγωνισμού στον τομέα των τηλεπικοινωνιών»⁴². Κατά τη γνώμη μου δεν υπάρχει αμφιβολία ότι η διαφάνεια αποτελεί, επίσης, πολύ σημαντική παράμετρο του δικαίου της Ένωσης περί κρατικών ενισχύσεων.

94. Συναφώς, έχει σημασία η αναφορά στην απόφαση *Altmark*⁴³. Κατά τις αρχές που έγιναν δεκτές με την απόφαση αυτή, προκειμένου να μην συνιστά κρατική ενίσχυση η αντιστάθμιση για υποχρέωση δημόσιας υπηρεσίας, η δικαιούχος επιχείρηση πρέπει, ιδίως, να είναι πράγματι επιφορτισμένη με την εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας και αυτή πρέπει να είναι «σαφώς καθορισμένη». Επιπροσθέτως, «οι βασικές παράμετροι βάσει των οποίων υπολογίζεται η αντιστάθμιση πρέπει να έχουν προσδιοριστεί προηγουμένως αντικειμενικά και με διαφάνεια» (η υπογράμμιση είναι δική μου). Στο πλαίσιο της τέταρτης προϋπόθεσης που εκτίθεται στην απόφαση *Altmark*, έχει επίσης σημασία ότι η επιλογή της επιχειρήσεως στην οποία πρόκειται να ανατεθεί η εκπλήρωση υποχρέωσης παροχής δημόσιας υπηρεσίας πρέπει να πραγματοποιείται με διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως.

95. Κατά τη γνώμη μου, είναι σαφές ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση όντως δεν εναρμονίζεται με ορισμένα στοιχεία της αποφάσεως *Altmark*. Στην *Altmark*, το Δικαστήριο, ακολουθώντας ουσιαστική προσέγγιση, επιχείρησε να εξαλείψει κάθε δυνατότητα χειραγωγήσεως εκ μέρους των κρατών μελών (υπ' αυτή την έννοια, βλ. επίσης σημείο 71 ανωτέρω) καθιστώντας διαφανείς και αποσαφηνίζοντας τις δραστηριότητες των κρατών μελών στην αγορά.

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

41 — *Acta iure gestionis*, καθόσον με τα επίμαχα μέτρα επιχειρήθηκε η «τακτοποίηση» των λογαριασμών της επιχειρήσεως, εν προκειμένω, του ισολογισμού της EDF (βλ. σημείο 6 ανωτέρω) και *acta iure imperii*, επειδή η αναμόρφωση του ισολογισμού της EDF «αποφασίστηκε και ανακοινώθηκε στην EDF» από τις γαλλικές αρχές βάσει νόμου θεσπισθέντος προς τον σκοπό αυτό (βλ. σημεία 6 έως 8 ανωτέρω).

42 — Η υπογράμμιση είναι δική μου. Βλ. απόφαση της 9ης Νοεμβρίου 1995, C-91/94, Tranchant (Συλλογή 1995, σ. I-3911, σκέψη 18 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

43 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 17, σκέψεις 89, 90 και 93.

96. Κατά την άποψή μου, στην υπό κρίση υπόθεση αρμόζει η ίδια προσέγγιση. Κατά συνέπεια, η Επιτροπή ορθώς τήρησε συνεπή προς αρχές στάση στην προσβαλλόμενη απόφαση, καθόσον πρέπει να υπάρχει σαφής διάκριση μεταξύ του Δημοσίου ως φορέα δημόσιας εξουσίας και του Δημοσίου ως ιδιώτη μετόχου. Θεωρώ ότι το κριτήριο του ΙΕΟΑ δεν πρέπει εφαρμόζεται εάν δεν υπάρχει κοινό πλαίσιο κανόνων για όλους τους επιχειρηματίες και φορολογική ισότητα. Δεν πρέπει να λησμονείται ότι ratio της αρχής του ΙΕΟΑ είναι ακριβώς η αποτροπή οποιασδήποτε διακρίσεως μεταξύ των δημοσίων και ιδιωτικών επιχειρήσεων, προκειμένου να διασφαλισθεί η ορθή εφαρμογή των περί κρατικών ενισχύσεων διατάξεων της Συνθήκης. Εντούτοις, όπως είδαμε, με την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση, το Γενικό Δικαστήριο παρεξέκλινε από την ίση αυτή μεταχείριση και, κατά συνέπεια, από τον ίδιο τον δικαιολογητικό λόγο της αρχής του ΙΕΟΑ.

97. Συνεπώς, το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να γίνει δεκτό.

2. Το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως: το Γενικό Δικαστήριο θα έπρεπε να έχει εκτιμήσει εάν η συμπεριφορά του γαλλικού Δημοσίου μπορούσε να τηρηθεί από ιδιώτη επιχειρηματία χωρίς προνόμια

98. Κατ' ουσίαν, η Επιτροπή, η Iberdrola και η Εποπτεύουσα Αρχή προσάπτουν στο Γενικό Δικαστήριο ότι δεν στήριξε την ανάλυσή του στη συγκριτική μελέτη, αφενός, της συμπεριφοράς που θα είχε υιοθετήσει σε παρόμοιες περιστάσεις ένας ενημερωμένος ιδιώτης επιχειρηματίας, χωρίς προνόμια, και, αφετέρου, της συμπεριφοράς που ακολούθησε εν προκειμένω το γαλλικό Δημόσιο, που χαίρει των προνομίων της δημόσιας εξουσίας. Η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

99. Εντούτοις, αντίθετα προς τα επιχειρήματα της EDF ότι το Γενικό Δικαστήριο εκτίμησε τη συμπεριφορά που πράγματι ακολούθησε το Δημόσιο, φρονώ ότι η ανάλυσή του στην πραγματικότητα στηρίζεται στη συμπεριφορά την οποία το Γαλλικό Δημόσιο «θα μπορούσε» να έχει ακολουθήσει –αν είχε ενεργήσει διαφορετικά. Το Γενικό Δικαστήριο εξέτασε τις ενέργειες στις οποίες το Δημόσιο θα μπορούσε να έχει προβεί με βάση το «μακροπρόθεσμο σχέδιο». Αυτές ήταν, πρώτον, να περιλάβει στο κεφάλαιο της EDF ένα καθαρό ποσό μετά την αφαίρεση του φόρου εταιριών, έπειτα, να ζητήσει από την EDF να καταβάλει φόρο αντίστοιχο της μεταβολής του καθαρού ενεργητικού και, τέλος, να πραγματοποιήσει συμπληρωματική εισφορά κεφαλαίου για ποσό αντίστοιχο του καταβληθέντος φόρου.

100. Στο πλαίσιο αυτό, η Επιτροπή ορθώς επισημαίνει ότι, όσον αφορά το «μακροπρόθεσμο σχέδιο», ο κρατικός προϋπολογισμός, ο οποίος υπόκειται σε αυστηρό έλεγχο, θα παρείχε εγγύηση διαφάνειας –η έλλειψη της οποίας είναι καθοριστικό στοιχείο στην υπό κρίση υπόθεση. Βάσει του σχεδίου που όντως εφαρμόστηκε στην υπόθεση αυτή, τα χρηματικά ποσά δεν υπήχθησαν στον έλεγχο του προϋπολογισμού, παραβιάστηκε η αρχή της φορολογικής ισότητας και η EDF έτυχε ειδικής μεταχειρίσεως αδιαφανώς.

101. Όπως υποστηρίζει η Iberdrola, το επιχείρημα ότι είναι αδιάφορο αν ποσό υποκείμενο σε φόρο περιλαμβάνεται ευθέως στο κεφάλαιο δημόσιας επιχειρήσεως –με πλήρη αδιαφάνεια– ή αν το ποσό αυτό εντάσσεται στον κρατικό προϋπολογισμό είναι σαφώς εσφαλμένο. Δεν είναι δεδομένο ότι η εισφορά κεφαλαίου προς την οποία το Γενικό Δικαστήριο εξομοίωσε την επίμαχη φορολογική απαλλαγή θα είχε όντως πραγματοποιηθεί αν το γαλλικό Δημόσιο είχε αρχικώς εισπράξει τον φόρο ως έσοδο του προϋπολογισμού του και, κατόπιν, τηρώντας τις εφαρμοστέες διαδικασίες, επιχειρούσε να επενδύσει στην EDF ποσό αντίστοιχο με το ποσό του εισπραχθέντος φόρου.

102. Σε κάθε περίπτωση, από τη νομολογία σαφώς προκύπτει ότι ο χαρακτηρισμός ενός μέτρου ως κρατικής ενισχύσεως δεν εξαρτάται από τα μέτρα που «θα μπορούσαν να» έχουν σε άλλη περίπτωση ληφθεί. Εξαρτάται από τα αντικειμενικά χαρακτηριστικά του μέτρου, το οποίο πράγματι, έλαβε το κράτος μέλος⁴⁴.

103. Επιπλέον, στην απόφαση BNP Paribas και BNL κατά Επιτροπής⁴⁵ το Γενικό Δικαστήριο έκρινε ορθώς ότι «η Επιτροπή, κατά την εξέταση καθεστώτος υπό το πρίσμα των διατάξεων περί κρατικών ενισχύσεων, δεν υποχρεούται να λαμβάνει υπόψη τις υποκειμενικές επιλογές στις οποίες θα προέβαιναν οι υπαγόμενοι στο καθεστώς σε περίπτωση που αυτό δεν ίσχυε, αλλά να εξετάζει το επίμαχο καθεστώς προκειμένου να διακριβώσει εάν παρέχεται αντικειμενικώς οικονομικό πλεονέκτημα σε σχέση με τη φορολογία ως προς την οποία αυτό εισάγει παρεκκλίσεις και η οποία θα ίσχυε εάν δεν υφίστατο το επίμαχο καθεστώς [...] Η υπόθεση κατά την οποία, ελλείψει του επίμαχου συστήματος [...], οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις δεν επρόκειτο να μεταβιβάσουν στοιχεία του ενεργητικού τους δεν μπορεί, στο πλαίσιο της παρούσας αντικειμενικής εκτιμήσεως, να ευδοκιμήσει».

104. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, κατά την προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου η Επιτροπή υποχρεούται να πραγματοποιήσει «ολοκληρωμένη» ανάλυση, δηλαδή, ανάλυση της απώλειας φορολογικών εσόδων λόγω της χορηγηθείσας στην EDF φορολογικής απαλλαγής, αφενός, και της προβαλλόμενης περαιτέρω εισφοράς κεφαλαίου από το Δημόσιο-μέτοχο, αφετέρου. Αρκεί η επισήμανση ότι αυτή η προσέγγιση προϋποθέτει ότι τα έσοδα από τον φόρο βρίσκονται σε δεσμευτική σχέση προορισμού με την υποτιθέμενη εισφορά κεφαλαίου. Εντούτοις, είναι πλέον σαφές ότι αν ο φόρος είχε εισπραχθεί θα είχε ενταχθεί στον γενικό κρατικό προϋπολογισμό, χωρίς συγκεκριμένη δέσμευση.

105. Κατά τη νομολογία, η από κοινού αξιολόγηση της φορολογικής επιβαρύνσεως ως τρόπου χρηματοδότησεως μέτρου είναι αναγκαία μόνο όταν είναι αναπόσπαστη από την κρατική ενίσχυση, πράγμα που συμβαίνει όταν ορισμένο έσοδο «προορίζεται» οπωσδήποτε για τον εν λόγω σκοπό. Πράγματι, «για να μπορεί μια φορολογική επιβάρυνση να θεωρηθεί αναπόσπαστο μέτρο ενός μέτρου ενισχύσεως, πρέπει να υφίσταται δεσμευτική σχέση προορισμού μεταξύ της φορολογικής επιβαρύνσεως και της ενισχύσεως βάσει της σχετικής εθνικής νομοθεσίας, υπό την έννοια ότι το προϊόν της φορολογικής επιβαρύνσεως προορίζεται οπωσδήποτε για τη χρηματοδότηση της ενισχύσεως και επηρεάζει άμεσα το μέγεθός της»⁴⁶.

106. Επομένως, το ερώτημα αν η λήψη του επίμαχου μέτρου από το γαλλικό Δημόσιο ήταν ορθολογική κίνηση δεν ασκεί καμία επιρροή. Δεν είναι αυτός ο σκοπός της αρχής του ΙΕΟΑ. Από τη νομολογία σαφώς προκύπτει ότι σκοπός της είναι η σύγκριση της καταστάσεως της δημόσιας επιχειρήσεως με εκείνη της ιδιωτικής επιχειρήσεως και όχι η σύγκριση του κόστους για το Δημόσιο δύο διαφορετικών ενεργειών.

107. Συναφώς, στη σκέψη 262 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως αναφέρεται ότι, «όπως κάθε πιστωτής κύριος εταιρίας, το Δημόσιο μπορεί να παραιτηθεί από απαίτηση μετατρέποντας την απαίτηση αυτή σε ισόποσο κεφάλαιο. Η πράξη αυτή, με την οποία ο κύριος εταιρίας αυξάνει το κεφάλαιό της παραιτούμενος από απαίτηση που έχει έναντι αυτής, συνιστά αντιστάθμισμα το οποίο μπορεί επίσης να επιλέξει ένας ενημερωμένος ιδιώτης επενδυτής υπό τους συνήθεις όρους της αγοράς». Κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση το Δικαστήριο έθεσε το ερώτημα: Ιδιωτική επιχείρηση η οποία δημιουργεί προβλέψεις για την εξόφληση απαιτήσεως του μοναδικού μετόχου της, ο οποίος αποφασίζει να παραιτηθεί από την απαίτησή του για να αυξήσει το κεφάλαιο της επιχειρήσεως, υπόκειται σε φόρο κατά το άρθρο 38, παράγραφος 2, του γαλλικού γενικού φορολογικού κώδικα; Η

44 — Απόφαση της 15ης Δεκεμβρίου 2005, C-148/04, Unicredito Italiano (Συλλογή 2005, σ. I-11137, σκέψη 114).

45 — Απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της 1ης Ιουλίου 2010, T-335/08 (Συλλογή 2010, σ. II-3323, σκέψη 169).

46 — Απόφαση της 17ης Ιουλίου 2008, C-206/06, Essent Netwerk Noord κ.λπ. (Συλλογή 2008, σ. I-5497, σκέψεις 89 και 90 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

Επιτροπή απάντησε ότι είναι κοινός τόπος ότι το ποσό της αυξήσεως κεφαλαίου δεν θα ήταν ποτέ το ίδιο, επειδή ο ιδιώτης επιχειρηματίας δεν θα μπορούσε να συνεισφέρει το ποσό του φόρου (καθώς θα έπρεπε να καταβάλει φόρο και δεν θα μπορούσε να τον κεφαλαιοποιήσει), ενώ εν προκειμένω το γαλλικό Δημόσιο μπόρεσε να συνεισφέρει ολόκληρο το ποσό αυτό.

108. Είναι, επομένως, προφανές ότι, ως πρώτο όρο της συγκρίσεως, το Γενικό Δικαστήριο έθεσε τη συμπεριφορά που το γαλλικό Δημόσιο «θα μπορούσε να έχει ακολουθήσει» –δηλαδή, το μακροπρόθεσμο σχέδιο (και όχι τη συμπεριφορά που όντως ακολούθησε το Δημόσιο)–, ενώ, ως δεύτερο όρο, εξέλαβε ιδιώτη επιχειρηματία ενδεχομένως δραστηριοποιούμενο στη σχετική αγορά.

109. Εντούτοις, όπως είναι πλέον σαφές, αποτελεί πάγια νομολογία ότι εισφορά κεφαλαίου από το Δημόσιο ή από δημόσιες αρχές δεν μπορεί να θεωρηθεί κρατική ενίσχυση, αν ιδιώτης επιχειρηματίας που ενεργεί υπό συνήθεις συνθήκες της αγοράς είχε προβεί στην ίδια επένδυση⁴⁷. Συναφώς, είναι αναγκαίο να εκτιμηθεί αν, υπό παρόμοιες περιστάσεις, ένας ιδιώτης επιχειρηματίας μεγέθους συγκρίσιμου προς το μέγεθος των οργανισμών που διαχειρίζονται τον δημόσιο τομέα θα είχε διαθέσει τέτοιο ποσό κεφαλαίου⁴⁸.

110. Όπως προκύπτει από τις ανωτέρω αναπτύξεις, είναι σαφές ότι στην υπό κρίση υπόθεση μια ιδιωτική επιχείρηση δεν θα είχε τη δυνατότητα κεφαλαιοποίησης ποσών δεσμευμένων σε προβλέψεις χωρίς να υποχρεωθεί προηγουμένως σε φόρο εταιριών. Κατά συνέπεια, ο ιδιώτης επενδυτής δεν θα είχε στη διάθεσή του πλέον αυτό το φορολογητέο ποσό και δεν θα είχε, επομένως, στη διάθεσή του το ποσό που προβάλλεται ότι χρησιμοποιήθηκε για την περαιτέρω εισφορά κεφαλαίου, το οποίο το γαλλικό Δημόσιο –ασκώντας τα προνόμιά του– μπόρεσε να «επενδύσει».

111. Συναφώς, πρέπει να γίνει στο σημείο αυτό αναφορά στην απόφαση Chronopost I⁴⁹ του Δικαστηρίου, εφόσον, κατά τη γνώμη μου, το Δικαστήριο ακολούθησε στην υπόθεση αυτή την προσέγγιση που επιβαλλόταν και στην υπό κρίση υπόθεση. Στη Chronopost I, το Δικαστήριο έκρινε ότι ήταν απρόσφορη η σύγκριση της καταστάσεως της La Poste με την κατάσταση ιδιώτη επενδυτή.

112. Ειδικότερα, στην υπόθεση αυτή το Γενικό Δικαστήριο είχε επίσης εφαρμόσει την αρχή του ΙΕΟΑ, ενώ στη συνέχεια το Δικαστήριο έκρινε ότι η αρχή αυτή δεν έχει εφαρμογή. Το συμπέρασμα αυτό ήταν το λογικώς επιβαλλόμενο καθόσον η La Poste βρισκόταν σε πολύ ιδιαίτερη κατάσταση: έπρεπε να διατηρεί δίκτυο ταχυδρομικών καταστημάτων προκειμένου να παρέχει υπηρεσίες γενικού οικονομικού συμφέροντος, κατάσταση στην οποία δεν επρόκειτο ποτέ να βρεθεί ένας ιδιώτης επενδυτής δραστηριοποιούμενος σε τομέα όπου δεν υφίσταται ανταγωνισμός.

113. Προκύπτει ομοίως από τη Chronopost I ότι, όταν ένας δημόσιος φορέας εκμεταλλεύσεως τίθεται σε κατάσταση στην οποία, εξ ορισμού, δεν θα μπορούσε να βρεθεί ιδιώτης επενδυτής, δεν υπάρχει αντικείμενο συγκρίσεως. Κατά τη γνώμη μου, το ζήτημα στη Chronopost I ήταν ο καθορισμός του ποσού της αντισταθμίσεως υποχρεώσεως δημόσιας υπηρεσίας και δεν επρόκειτο για υπόθεση η οποία αφορούσε την αρχή του ΙΕΟΑ αυτή καθ' εαυτήν. Εντούτοις, η απόφαση αυτή ασκεί επιρροή στην υπό κρίση υπόθεση και πρέπει να εφαρμοστεί κατ' αναλογία.

47 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 21ης Μαρτίου 1991, C-303/88, Ιταλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-1433, σκέψεις 20 έως 24, στο εξής: απόφαση ENI-Lanerossi), C-305/89, Ιταλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 1991, σ. I-1603, σκέψεις 19 έως 20, στο εξής: απόφαση Alfa Romeo) και απόφαση της 8ης Μαΐου 2003, C-328/99 και C-399/00, Ιταλία και SIM 2 Multimedia κατά Επιτροπής, Συλλογή 2003, σ. I-4035, σκέψη 38).

48 — Βλ. απόφαση Alfa Romeo, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 47 (σκέψη 19): αποφάσεις του Πρωτοδικείου της 29ης Ιουνίου 2000, T-234/95, DSG κατά Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. II-2603, σκέψη 119), και της 12ης Δεκεμβρίου 2000, T-296/97, Alitalia κατά Επιτροπής (Συλλογή 2000, σ. II-3871, σκέψη 96), καθώς και απόφαση Westdeutsche Landesbank, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32 (σκέψη 245).

49 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 20.

114. Συνεπώς, εκτιμώ ότι το Γενικό Δικαστήριο έσφαλε κατά την εφαρμογή αυτής της νομολογίας καθόσον, στη σκέψη 278 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, στηρίζοντας τις διαπιστώσεις του στη σκέψη 38 της αποφάσεως Chronopost I, έκρινε ότι «η έλλειψη ιδιώτη επενδυτή αναφοράς δεν σημαίνει ότι δεν πρέπει να εξεταστεί η πράξη υπό το πρίσμα των “συνήθων όρων της αγοράς”, στο μέτρο που οι όροι αυτοί, που κατ’ ανάγκη είναι υποθετικοί, πρέπει να εκτιμώνται σε σχέση με τα διαθέσιμα αντικειμενικά και επαληθεύσιμα στοιχεία».

115. Κατ’ αρχάς είναι χρήσιμη η αναφορά στις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα A. Tizzano στην υπόθεση Chronopost I, τις οποίες ακολούθησε το Δικαστήριο. Στο σημείο 47, ο γενικός εισαγγελέας εξηγεί ότι «υπό “τις συνήθεις συνθήκες της αγοράς”, μια ιδιωτική επιχείρηση που δεν οφείλει να συντηρεί δημόσιο ταχυδρομικό δίκτυο συγκρίσιμο προς αυτό των Γαλλικών Ταχυδρομείων για να εγγυάται την παροχή καθολικής δημόσιας υπηρεσίας [...] δεν θα διέθετε τέτοιου είδους ταχυδρομικό δίκτυο και δεν θα μπορούσε, ως εκ τούτου, να παράσχει σε μία από τις θυγατρικές της υλικοτεχνική υποστήριξη όπως η υπό εξέταση. Ζητώντας από την Επιτροπή να εκτιμήσει την αντιπαροχή που θα είχε απαιτήσει για την παροχή τέτοιας υποστηρίξεως μια υποθετική ιδιωτική χρηματοπιστωτική [...] που δεν θα όφειλε να εξασφαλίσει την παροχή καθολικής ταχυδρομικής υπηρεσίας και, κατ’ επέκταση, δεν θα απέλαυε μονοπωλίου, το [Γενικό Δικαστήριο] ερμήνευσε, συνεπώς, εσφαλμένα το άρθρο 87 ΕΚ, στο μέτρο που έλαβε υπόψη του, για να επαληθεύσει την ύπαρξη κρατικών ενισχύσεων, το κριτήριο μιας ιδιωτικής επιχειρήσεως που, στην πραγματικότητα, “υπό τις συνήθεις συνθήκες της αγοράς”, δεν θα υπήρχε καν». Συμπεραίνει στο σημείο 45 ότι «το [Γενικό Δικαστήριο] ζήτησε από την Επιτροπή να εφαρμόσει ένα κριτήριο που σαφώς δεν ανταποκρίνεται στην πραγματικότητα και που, ως εκ τούτου, είναι απρόσφορο για να διαπιστωθεί, σε παρεμφερές πλαίσιο, η ενδεχόμενη ύπαρξη κρατικής ενισχύσεως υπό την έννοια του άρθρου 87 ΕΚ».

116. Είναι σαφές ότι η αρχή του ΙΕΟΑ δεν ασκούσε επιρροή στην υπόθεση Chronopost I. Το Δικαστήριο συμφώνησε με την ανάλυση αυτή και ακριβώς για αυτόν τον λόγο έκρινε ότι το Γενικό Δικαστήριο έσφαλε και απέρριψε την εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ σε τέτοια περίπτωση. Πράγματι, το Δικαστήριο έκρινε στη σκέψη 33 της αποφάσεως αυτής ότι η από το Γενικό Δικαστήριο «εκτίμηση [βάσει της αρχής του ΙΕΟΑ] που αγνοεί ότι τα Γαλλικά Ταχυδρομεία βρίσκονται σε κατάσταση πολύ διαφορετική από αυτή της ενεργούσας υπό συνήθεις συνθήκες της αγοράς ιδιωτικής επιχειρήσεως πάσχει πλάνη περί το δίκαιο».

117. Για αυτόν τον λόγο, κατά μία έννοια, η προσέγγιση που ακολούθησε το Δικαστήριο στην υπόθεση αυτή ανταποκρίνεται στο κρίσιμο ζήτημα που τίθεται με την υπό κρίση αίτηση αναιρέσεως: την ανάγκη εξαιρέσεως από το πεδίο εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ των καταστάσεων όπου δεν υφίσταται πραγματικός ιδιώτης επιχειρηματίας με τον οποίο να είναι δυνατή η σύγκριση της συμπεριφοράς του Δημοσίου.

118. Για αυτόν τον λόγο το κριτήριο που εκτίθεται στην αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν μπορεί να γίνει δεκτό καθόσον στηρίζεται σε σώρευση πλασματικών παραδοχών που επηρεάζουν την πραγματική συμπεριφορά του Δημοσίου και του μέσου ιδιώτη επενδυτή. Αμφότερα τα στοιχεία της συγκρίσεως –αφενός, η συμπεριφορά του Δημοσίου και, αφετέρου, η συμπεριφορά του ιδιώτη επενδυτή– τροποποιούνται σε βαθμό που δεν πρόκειται πλέον για σύγκριση μεταξύ της πραγματικής συμπεριφοράς του Δημοσίου με εκείνη ενός ιδιώτη επιχειρηματία στην οικονομία της αγοράς.

119. Κατά συνέπεια, το κριτήριο του ΙΕΟΑ όπως διατυπώνεται από το Γενικό Δικαστήριο στερείται νοήματος. Κατά την εκδοχή του κριτηρίου που δέχεται το Γενικό Δικαστήριο, οι «συνήθεις» συνθήκες της αγοράς δεν εκτιμώνται πλέον επί τη βάσει πραγματικών στοιχείων, τα οποία θα χαρακτήριζαν έναν ιδιώτη επενδυτή αναφοράς που αντιστοιχεί στον μέσο επενδυτή στην αγορά (τον οποίο το Γενικό Δικαστήριο δεν όρισε), ούτε αξιολογούνται βάσει των μέσων που χρησιμοποιούνται προς ανακεφαλαιοποίηση, αλλά βάσει εντελώς υποθετικών αξιολογήσεων. Αντιθέτως, η αρχή του ΙΕΟΑ προδήλως επιτάσσει να εξακριβώνεται αν ο ιδιώτης επενδυτής θα είχε προβεί στην επίμαχη επένδυση υπό τις ίδιες συνθήκες. Όπως επισήμανε η Επιτροπή, διαφορετικές επενδύσεις μπορεί να έχουν διαφορετικό κόστος και διαφορετικές προοπτικές κερδοφορίας.

120. Τέλος, κατά τη σκέψη 249 της αναιρεσιβαλλομένης απόφασης, «στην Επιτροπή απέκειτο πράγματι να εξακριβώσει αν ένας ιδιώτης επενδυτής θα προέβαινε σε παρεμφερή από πλευράς ποσού επένδυση υπό ανάλογες συνθήκες, ανεξαρτήτως της μορφής με την οποία παρενέβη το Δημόσιο για να αυξήσει το κεφάλαιο της EDF και της προς τούτο ενδεχόμενης χρήσεως φορολογικών πόρων, προκειμένου να επαληθεύσει την οικονομική ορθολογικότητα της επενδύσεως αυτής και να τη συγκρίνει με τη συμπεριφορά που θα είχε ο εν λόγω επενδυτής έναντι της ίδιας επιχειρήσεως υπό τις ίδιες συνθήκες».

121. Πράγματι, συμφωνώντας με την ανάλυση του Γενικού Δικαστηρίου, η EDF υποστηρίζει, κατ' ουσίαν, ότι η συμπεριφορά του Δημοσίου πρέπει πάντοτε να εκτιμάται υπό το πρίσμα της κερδοφορίας⁵⁰.

122. Εντούτοις, όπως επισημαίνει η Iberdrola, αν μόνο οι οικονομικοί λόγοι της επενδύσεως του Δημοσίου είχαν σημασία, οι δημόσιες επιχειρήσεις θα μπορούσαν να απολαμβάνουν πλεονεκτημάτων λόγω της θέσεως του κυρίου τους, επειδή το Δημόσιο ως επενδυτής βρίσκεται σε εγγενώς διαφορετική κατάσταση σε σχέση με τον ιδιώτη επενδυτή. Βάσει της αναλύσεως αυτής, οι δημόσιες επιχειρήσεις θα μπορούσαν εν τέλει να απαλλαγούν πλήρως από τη φορολογία.

123. Συναφώς, όπως ορθώς έκρινε το Γενικό Δικαστήριο στην απόφαση *Westdeutsche Landesbank*⁵¹, στο πλαίσιο της εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ, δεν αρκεί να συγκριθεί το κέρδος που αποκομίζει το ομόσπονδο κράτος από την επίμαχη πράξη με το κέρδος που απέδιδε η περιουσία της *Wohnbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* πριν από την πράξη αυτή, εφόσον αυτή η συγκεκριμένη περιουσία δεν τυγχάνει εκμεταλλεύσεως με βάση τη λογική του ιδιώτη επενδυτή. Έπρεπε να συγκριθεί το κέρδος που αποκόμισε το ομόσπονδο κράτος χάρη στην επίμαχη πράξη με το κέρδος που ένας υποθετικός ιδιώτης επενδυτής θα μπορούσε να επιδιώξει με την πράξη αυτή⁵². Το γεγονός ότι η επίμαχη πράξη ήταν εύλογη για το ομόσπονδο κράτος δεν το απαλλάσσει από την εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης περί κρατικών ενισχύσεων. Αυτό δεν εξαλείφει την ανάγκη να εξακριβωθεί αν η πράξη αυτή ενισχύει τη θέση της *Westdeutsche Landesbank* προσφέροντάς της όφελος το οποίο δεν θα είχε αντλήσει υπό τις συνήθεις συνθήκες της αγοράς.

124. Πράγματι, αν γινόταν δεκτή η προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου, τα κράτη μέλη θα είχαν τη δυνατότητα να ενεργούν επί τη βάσει συνολικής οικονομικής εκτιμήσεως, στο πλαίσιο της οποίας θα τους επιτρεπόταν να κάνουν χρήση των προνομίων τους δημόσιας εξουσίας. Για παράδειγμα, στην υπό κρίση υπόθεση, η Γαλλική Δημοκρατία θα είχε τη δυνατότητα να ασκήσει τις φορολογικές της εξουσίες προς όφελος της EDF εάν –συνολικώς– η πράξη θα μπορούσε να θεωρηθεί ως ορθολογική συμπεριφορά επιχειρηματία που ενεργεί με σκοπό το κέρδος.

125. Εντούτοις, ακριβώς αυτή τη συνολική εκτίμηση απέρριψε το Δικαστήριο στις αποφάσεις *Hytasa* και *Gröditz*⁵³. Όπως επισήμανε η Iberdrola, αυτές οι υποθέσεις αφορούσαν το ενδεχόμενο να επιτραπεί στη Γερμανία και την Ισπανία να επικαλεστούν τους λόγους των επίμαχων μέτρων (κατ' ουσίαν, αυξήσεις κεφαλαίου), λαμβανομένων υπόψη των υποχρεώσεων που τις βαρύνουν ως δημόσιες αρχές σε περίπτωση εκκαθαρίσεως της ωφελούμενης επιχειρήσεως, λόγου χάριν υποχρεώσεις σχετικές με την καταβολή ορισμένων επιδομάτων ανεργίας. Το Δικαστήριο απέρριψε αυτή τη συνολική εκτίμηση των λόγων επειδή περιελάμβανε πράξεις ασκήσεως δημόσιας εξουσίας. Το Δικαστήριο τόνισε ότι είναι ασυμβίβαστη, αφενός, η εκτίμηση των λόγων που αφορούν ειδικά την αρχή του ΙΕΟΑ και, αφετέρου, η συνεκτίμηση των πλεονεκτημάτων και επιβαρύνσεων που είναι αποτέλεσμα των ιδιαίτερων εξουσιών και υποχρεώσεων του Δημοσίου.

50 — Αναφέρεται στην απόφαση στην υπόθεση 234/84, Βέλγιο κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 38 (σκέψη 14), και στην απόφαση *Ιταλία και SIM 2 Multimedia* κατά Επιτροπής, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 47 (σκέψη 38).

51 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32 (σκέψεις 313 έως 315).

52 — Βλ., υπ' αυτή την έννοια, απόφαση *DM Transport*, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 35 (σκέψη 25).

53 — Προπαρατεθείσες, αντιστοίχως, στην υποσημείωση 27 (σκέψη 22) και στην υποσημείωση 28 (σκέψη 134).

126. Συναφώς, αντίθετα προς τις διαπιστώσεις που γίνονται στις σκέψεις 256 και επόμενες της αναιρεσιβαλλομένης απόφασης και τα επιχειρήματα που προβάλλει η EDF, το γεγονός ότι οι αποφάσεις Hytasa και Gröditzter αφορούσαν «υποχρεώσεις» που βαρύνουν το Δημόσιο μόνο, και όχι –όπως στην υπό κρίση υπόθεση– τις εξουσίες που έχει προς όφελός του, δεν μεταβάλλει το γεγονός ότι οι υποχρεώσεις –καθώς επίσης και τα δικαιώματα– τα οποία έχει το Δημόσιο ως δημόσια αρχή δεν πρέπει ποτέ να εκτιμώνται σε συνδυασμό με εκείνα που το Δημόσιο έχει ως επενδυτής.

127. Συνεπώς, όπως σαφώς προκύπτει από τη σκέψη 258 της αναιρεσιβαλλομένης απόφασης, ο μόνος λόγος για τον οποίο το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε τέτοια πλάνη είναι ότι έκρινε ως υπερέχοντα τον προβαλλόμενο σκοπό του επίμαχου μέτρου παρά το ανυπέρβλητο εμπόδιο που έθετε το γεγονός ότι για την επίτευξή του ήταν αναγκαία η άσκηση εξουσιών που ανήκουν αποκλειστικά στο Δημόσιο. Εντούτοις, ούτε στη Hytasa ούτε στην Gröditzter το Δικαστήριο έλαβε υπόψη του τη συνολική κερδοφορία την οποία επικαλέστηκαν τα δύο κράτη μέλη, καθόσον το Δικαστήριο δεν δέχθηκε ότι επηρεάζουν τα κριτήρια του επενδυτή: η φύση των μέτρων αρκούσε για να εξαιρεθούν από την εκτίμηση των προβαλλόμενων από τα κράτη μέλη λόγων.

128. Τέλος, όπως επισήμανε η Επιτροπή, η προσέγγιση του Γενικού Δικαστηρίου είναι παράδοξη ιδίως επειδή εντάσσεται στο πλαίσιο της απελευθέρωσης της οικείας αγοράς. Εφόσον η απαλλαγή από τον φόρο συνιστά σημαντικό πλεονέκτημα για την εν λόγω δημόσια επιχείρηση, είναι σαφές ότι αυτό το μέτρο τείνει στην ενίσχυση της δεσποζουσας θέσεώς της –παρά την απελευθέρωση της αγοράς.

129. Συνεπώς, από τις προεκτεθείσες σκέψεις προκύπτει ότι το δεύτερο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

3. Το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως: η αρχή της ίσης μεταχείρισεως

130. Κατ' ουσίαν η Επιτροπή και η Iberdrola υποστηρίζουν ότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση δεν έλαβε υπόψη την αρχή της ίσης μεταχείρισεως μεταξύ δημοσίων και ιδιωτικών επιχειρήσεων, καθιστώντας έτσι δυνατή την ευνοϊκότερη φορολογική μεταχείριση του Δημοσίου, περιλαμβανομένων και εκείνων στις οποίες το Δημόσιο δεν είναι ο μοναδικός μέτοχος. Η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

131. Υπενθυμίζω ότι η αρχή του ΙΕΟΑ είναι εκδήλωση της αρχής της ίσης μεταχείρισεως και, συνεπώς, όπως επισήμανε η Επιτροπή, επιτρέποντας στο Δημόσιο τη χορήγηση φορολογικών απαλλαγών σε επιχειρήσεις που του ανήκουν κατά 100 % –καθόσον η κερδοφορία τους είναι επαρκής– το Γενικό Δικαστήριο, στην πραγματικότητα, υποβάλλει τις επιχειρήσεις αυτές σε ευνοϊκή φορολογική μεταχείριση.

132. Κατά τη γνώμη μου, αυτό συνιστά παραβίαση της αρχής της ίσης μεταχείρισεως και δεν συμβιβάζεται με τον σκοπό της αρχής του ΙΕΟΑ. Είναι σαφές ότι το κριτήριο, όπως διατυπώνεται από το Γενικό Δικαστήριο, θα είχε ως αναπόφευκτη συνέπεια σοβαρή νόθευση του ανταγωνισμού μεταξύ δημοσίων και ιδιωτικών επιχειρήσεων και, κατά συνέπεια, το στοιχείο ότι την ίδια μέθοδο θα έπρεπε να έχει τη δυνατότητα να τη χρησιμοποιήσει και ο ιδιώτης επενδυτής δεν είναι δευτερεύουσας σημασίας: το ζήτημα αυτό αφορά θεμελιώδη στοιχεία της αρχής του ΙΕΟΑ. Κατά συνέπεια, εκτιμώ ότι το κριτήριο όπως διατυπώνεται από το Γενικό Δικαστήριο είναι ασυμβίβαστο με το άρθρο 295 ΕΚ, σε συνδυασμό με το άρθρο 87 ΕΚ. Ειδικότερα, η εφαρμογή του κριτηρίου αυτού, θα ανέτρεπε την ίδια τη λογική της αρχής της ουδετερότητας που κατοχυρώνεται στο άρθρο 295 ΕΚ⁵⁴.

54 — Βλ. απόφαση της 6ης Ιουλίου 1982, 188/80 έως 190/80, Γαλλία κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1982, σ. 2545, σκέψη 21), και απόφαση Westdeutsche Landesbank, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 32, σκέψεις 192 έως 194.

133. Όντως, κατά το Γενικό Δικαστήριο, εφόσον η φύση της απαιτήσεως δεν ασκεί επιρροή, τα οικονομικά πλεονεκτήματα που χορηγεί το Δημόσιο με άσκηση της δημόσιας του εξουσίας πρέπει να εκτιμώνται υπό το φως της αρχής αυτής –προσέγγιση μέσω της οποίας θα μπορούσαν να εξαιρεθούν από την έννοια της κρατικής ενισχύσεως μέτρα τα οποία δεν θα μπορούσε να λάβει ιδιώτης επενδυτής.

134. Όπως επισήμανε η Iberdrola, η αρχή ότι οι ενέργειες του Δημοσίου ως μετόχου πρέπει να διαχωρίζονται αυστηρώς από τις ενέργειες στις οποίες προβαίνει το Δημόσιο ως φορέας δημόσιας εξουσίας κατ' ουσίαν στηρίζεται στην ίδια αντίληψη βάσει της οποίας το Δικαστήριο έκρινε ότι το γεγονός ότι δεσπόζουσα επιχείρηση δρούσε ταυτοχρόνως ως φορέας ειδικών δικαιωμάτων και ως επιχειρηματίας δημιουργούσε σύγκρουση συμφερόντων, κατά παράβαση των άρθρων 82 και 86 ΕΚ. Ένα καθεστώς ανόθευτου ανταγωνισμού, όπως το προβλεπόμενο από τη Συνθήκη, μπορεί να επιτευχθεί μόνον εφόσον εξασφαλίζεται η ισότητα ευκαιριών μεταξύ των διαφόρων επιχειρηματιών⁵⁵. Ομοίως, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι κρατικό μέτρο συνιστά παράβαση των άρθρων 86, παράγραφος 1, ΕΚ και 82 ΕΚ, εφόσον προκαλεί ανισότητα ευκαιριών μεταξύ των επιχειρηματιών και, κατά συνέπεια, νόθευση του ανταγωνισμού⁵⁶. Επομένως, κατά τη γνώμη μου, δεν πρέπει να επιτρέπεται βάσει της αρχής του ΙΕΟΑ στις δημόσιες επιχειρήσεις να πραγματοποιούν πράξεις με όρους ευνοϊκότερους εκείνων που εφαρμόζονται στις ιδιωτικές επιχειρήσεις ή να πραγματοποιούν πράξεις στις οποίες δεν θα μπορούσαν να προβούν οι ιδιωτικές επιχειρήσεις. Πράγματι, δεν πρέπει να λησμονείται ότι, στην υπό κρίση υπόθεση, το Δημόσιο θα μπορούσε εξίσου ευχερώς να ακολουθήσει συμπεριφορά συγκρίσιμη με εκείνη ιδιώτη επενδυτή (βλ. σκέψη 77 ανωτέρω).

135. Όπως είναι προφανές από τις ανωτέρω σκέψεις, φρονώ ότι η αρχή του ΙΕΟΑ σαφώς δεν θα πρέπει να εφαρμόζεται σε περίπτωση απαλλαγής από τον φόρο.

136. Τέλος, υπάρχουν λόγοι να θεωρηθεί ότι, καίτοι εκ πρώτης όψεως το Γενικό Δικαστήριο φαίνεται να επιδιώκει τον περιορισμό του πεδίου εφαρμογής της αποφάσεώς του μόνο στην περίπτωση επιχειρήσεως στην οποία το Δημόσιο είναι μοναδικός μέτοχος, δεν θεωρώ ότι είναι δυνατόν να διακριθούν στη συλλογιστική της αποφάσεως οι λόγοι αυτού του περιορισμού. Αντιθέτως, όπως επισήμανε η Επιτροπή, όταν στο πλευρό του Δημοσίου υπάρχουν ιδιώτες μέτοχοι, η εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ είναι ακόμα πιο εύλογη, επειδή σε αυτή την περίπτωση η συμπεριφορά των λοιπών μετόχων μπορεί να χρησιμοποιηθεί ως αξιόπιστο σημείο αναφοράς.

137. Κατά συνέπεια, το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να γίνει δεκτό.

4. Το τέταρτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως: το βάρος αποδείξεως

138. Η Επιτροπή, η Iberdrola και η Εποπτεύουσα Αρχή υποστηρίζουν ότι το Γενικό Δικαστήριο παρέβη τους κανόνες κατανομής του βάρους αποδείξεως σε σχέση με την εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ. Η EDF και η Γαλλική Κυβέρνηση υποστηρίζουν ότι το τέταρτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

139. Πρώτον, επισημαίνω ότι το Γενικό Δικαστήριο κρίνει στις σκέψεις 248, 249 και 250 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ότι η Επιτροπή φέρει το βάρος αποδείξεως ότι η επίμαχη πράξη πληρούσε τις προϋποθέσεις της αρχής του ΙΕΟΑ. Μάλιστα, στη σκέψη 278, το Γενικό Δικαστήριο προσάπτει στην Επιτροπή ότι «δεν απέδειξε ότι όντως δεν υφίσταται ιδιώτης επενδυτής αναφοράς με τον οποίο μπορεί να συγκριθεί εν προκειμένω το Δημόσιο». Μολονότι συμφωνώ με την EDF ότι η Επιτροπή οφείλει να εξετάσει επιμελώς και αμερόληπτα τον φάκελο της υποθέσεως, εκτιμώ ότι αυτό

55 — Βλ. απόφαση της 1ης Ιουλίου 2008, C-49/07, ΜΟΤΟΕ (Συλλογή 2008, σ. I-4863, σκέψεις 48 επ. και σκέψη 51).

56 — Βλ. απόφαση της 22ας Μαΐου 2003, C-462/99, Connect Austria (Συλλογή 2003, σ. I-5197, σκέψη 84).

βεβαιότατα δεν σημαίνει ότι η θα πρέπει να ζητείται από την Επιτροπή να εκτιμήσει φορολογική απαλλαγή υπό το πρίσμα της αρχής του ΙΕΟΑ, απλώς επειδή το κράτος μέλος «ανέφερε» την αρχή αυτή 18 μήνες μετά την έναρξη της έρευνας. Αυτό προδήλως δεν είναι ζήτημα εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ, εξαρτώμενο από τη συνεργασία του κράτους μέλους.

140. Είναι σαφές ότι απόκειται στην Επιτροπή να αποδείξει ότι η χρηματοδοτική συνδρομή που χορηγεί το Δημόσιο πληροί αντικειμενικώς όλους τους όρους για να χαρακτηριστεί ως κρατική ενίσχυση. Εντούτοις, δεν αμφισβητείται ότι, αφού η Επιτροπή προβεί σε αυτή τη διαπίστωση, εναπόκειται στο Δημόσιο να δείξει ότι έδρασε με τον ίδιο τρόπο όπως ένας ορθολογιστής ιδιώτης επενδυτής. Όπως επισήμανε η Εποπτεύουσα Αρχή, με την εφαρμογή της αρχής του ΙΕΟΑ αντικρούεται η διαπίστωση ότι η χορηγηθείσα συνδρομή ήταν κρατική ενίσχυση. Συνεπώς, εναπόκειται στο εν λόγω Δημόσιο να προσκομίσει αποδείξεις προς αντίκρουση.

141. Πράγματι, στην απόφαση Freistaat Thüringen κατά Επιτροπής⁵⁷ το Γενικό Δικαστήριο ορθώς έκρινε, κατ' ουσίαν, ότι, όταν πληρούνται όλες οι προϋποθέσεις για την κατάφαση της υπάρξεως κρατικής ενισχύσεως, εναπόκειται στα κράτη μέλη να «επικαλ[εστούν ...] στοιχεία προς απόδειξη του ότι η χορήγηση της ως άνω συνδρομής ήταν σύμφωνη προς τη συμπεριφορά που θα επεδείκνυε ένας ιδιώτης επιχειρηματίας στην οικονομία της αγοράς».

142. Πράγματι, είναι εύλογο το κράτος μέλος που προβάλλει αυτό το επιχείρημα να φέρει το βάρος αποδείξεως ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής της αρχής του ΙΕΟΑ. Επίσης, είναι προφανές ότι το κράτος μέλος και η ωφελούμενη επιχείρηση είναι οι μόνοι που έχουν στη διάθεσή τους τα οικονομικά και λογιστικά δεδομένα από τα οποία προκύπτει η ποιότητα και τα χαρακτηριστικά μιας επενδύσεως.

143. Σε κάθε περίπτωση, αυτό ισχύει κατά μείζονα λόγο όταν για τη συμπεριφορά, για την οποία το κράτος μέλος υποστηρίζει ότι πληροί τις προϋποθέσεις της αρχής του ΙΕΟΑ, προκύπτει αβιάστως ότι υποδηλώνει την άσκηση δημόσιας εξουσίας.

144. Είναι προφανές από την ενώπιον του Δικαστηρίου δικογραφία ότι οι γαλλικές αρχές δεν προσκόμισαν κατάλληλα και συγκεκριμένα αποδεικτικά στοιχεία κατά τη διοικητική διαδικασία για να τεκμηριώσουν το επιχείρημά τους ότι το γαλλικό Δημόσιο είχε δράσει ως ορθολογιστής ιδιώτης επιχειρηματίας. Πράγματι, οι γαλλικές αρχές προέβαλαν απλώς ότι η εισφορά κεφαλαίου ήταν δικαιολογημένη βάσει των προοπτικών κερδοφορίας, χωρίς να στηρίζονται σε κανένα αποδεικτικό στοιχείο. Επομένως, αντίθετα προς τα επιχειρήματα της EDF, λαμβανομένων υπόψη των περιστάσεων της υπό κρίση υποθέσεως και δεδομένου ότι, καίτοι το κράτος μέλος έφερε το βάρος αποδείξεως, οι γαλλικές αρχές δεν προσκόμισαν το παραμικρό συγκεκριμένο αποδεικτικό στοιχείο, η Επιτροπή είχε το δικαίωμα να μην εφαρμόσει την αρχή του ΙΕΟΑ, ιδιαίτερα στις περιστάσεις της υπό κρίση υποθέσεως, όπου το κράτος μέλος άσκησε τη δημόσιά του εξουσία.

145. Κατά συνέπεια, το Γενικό Δικαστήριο υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο καθόσον δεν εφάρμοσε τους κανόνες κατανομής του βάρους αποδείξεως.

146. Πράγματι, όπως επισήμανε η Εποπτεύουσα Αρχή, η αντιστροφή του βάρους αποδείξεως στην οποία προέβη το Γενικό Δικαστήριο θέτει την Επιτροπή σε δυσάρεστη θέση. Κατά κανόνα, η Επιτροπή δεν μπορεί να γνωρίζει τις ακριβείς περιστάσεις της κρατικής συνδρομής που παρέχεται σε επιχείρηση εκτός εάν πληροφορηθεί για τις περιστάσεις αυτές από το εν λόγω κράτος μέλος. Όλα τα σχετικά στοιχεία –και, ειδικότερα, τα πραγματικά περιστατικά και οι αποδείξεις– πρέπει να υποβληθούν από το Δημόσιο. Αν η Επιτροπή δεν έχει στη διάθεσή της όλα τα αναγκαία πραγματικά περιστατικά, θα πρέπει να έχει τη δυνατότητα να εκδώσει απόφαση βάσει των πληροφοριακών στοιχείων που έχει στη διάθεσή της.

57 — Απόφαση της 19ης Οκτωβρίου 2005, T-318/00 (Συλλογή 2005, σ. II-4179, σκέψη 180).

147. Επιπλέον, συμφωνώ με την Επιτροπή ότι η έλλειψη αποδείξεων από τις οποίες να προκύπτει ότι η επίμαχη φορολογική απαλλαγή θα έπρεπε να έχει θεωρηθεί ως επένδυση, για την οποία το Δημόσιο εκτίμησε τις προοπτικές κερδοφορίας πριν προβεί σε αυτήν, όπως θα είχε πράξει κάθε ιδιώτης επενδυτής, αποκαλύπτει περαιτέρω πλάνη περί το δίκαιο.

148. Πράγματι, όπως υπενθύμισε το Δικαστήριο στην απόφαση Επιτροπή κατά Scott⁵⁸, «η νομιμότητα αποφάσεως στον τομέα των κρατικών ενισχύσεων πρέπει να εκτιμάται από τον δικαστή της Ένωσης βάσει των πληροφοριακών στοιχείων που είχε στη διάθεσή της η Επιτροπή όταν έλαβε τη σχετική απόφαση».

149. Εντούτοις, κατά τον χρόνο εκδόσεως της προσβαλλόμενης αποφάσεως στην υπό κρίση υπόθεση, η Επιτροπή δεν είχε στη διάθεσή της αποδεικτικά στοιχεία από τα οποία να προκύπτει ότι η αρχή του ΙΕΟΑ μπορούσε να εφαρμοστεί ή ότι πληρούνταν οι προϋποθέσεις εφαρμογής της αρχής αυτής. Επομένως, το να προσάπτεται στην Επιτροπή ότι δεν αξιολόγησε τη φορολογική απαλλαγή βάσει της αρχής του ΙΕΟΑ ισοδυναμεί με κριτική εις βάρος της επειδή δεν έλαβε υπόψη της αποδεικτικά στοιχεία τα οποία η Επιτροπή δεν είχε στη διάθεσή της.

150. Τέλος, πρέπει να επισημανθεί ότι κατά τη διοικητική διαδικασία οι γαλλικές αρχές δεν προσκόμισαν αντικειμενικά αποδεικτικά στοιχεία προς στήριξη του επιχειρηματός τους ότι έπρεπε να εφαρμοστεί η αρχή του ΙΕΟΑ. Δεν προσκόμισαν καμία έκθεση, πραγματογνωμοσύνη ή εσωτερική μελέτη από την οποία να προκύπτει ότι είχε εκτιμηθεί η πιθανή κερδοφορία. Πράγματι, ακόμα και όταν το Γενικό Δικαστήριο ζήτησε να προσκομιστεί τέτοια έκθεση, η έκθεση που υποβλήθηκε στη συνέχεια είχε επίσης καταρτιστεί *a posteriori*: με άλλα λόγια, οι γαλλικές αρχές δεν είχαν στη διάθεσή τους καμία έκθεση σύγχρονη με την υποτιθέμενη επένδυση. Συνεπώς, το Γαλλικό Δημόσιο εμφανίζεται να έχει επενδύσει 888,89 εκατομμύρια ευρώ σε επιχείρηση χωρίς να έχει προβεί σε προηγούμενη ανάλυση ή κατάρτιση *ex ante* επιχειρηματικού σχεδίου και παρ' όλα αυτά διατείνεται ότι η συμπεριφορά του θα πρέπει να θεωρηθεί ως συγκρίσιμη προς εκείνη συνετού ιδιώτη επενδυτή που ενεργεί υπό συνθήκες οικονομίας της αγοράς.

151. Επομένως, το τέταρτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως πρέπει, επίσης, να γίνει δεκτό και, κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος αναιρέσεως πρέπει να γίνει δεκτός στο σύνολό του.

5. Οι συνέπειες της αναιρέσεως

152. Σύμφωνα με το άρθρο 61, πρώτο εδάφιο, του Οργανισμού του Δικαστηρίου, σε περίπτωση αναιρέσεως της αποφάσεως του Γενικού Δικαστηρίου, το Δικαστήριο μπορεί να αποφανθεί οριστικώς επί της διαφοράς, εφόσον αυτή είναι ώριμη προς εκδίκαση, ή να αναπέμψει την υπόθεση στο Γενικό Δικαστήριο για να αποφανθεί επ' αυτής.

153. Στην υπό κρίση υπόθεση, το Γενικό Δικαστήριο δεν έκρινε επί όλων των λόγων ακυρώσεως που προέβαλε η EDF. Θα πρέπει, επομένως, το Δικαστήριο να αναπέμψει την υπόθεση στο Γενικό Δικαστήριο προς νέα εξέταση και να επιφυλαχθεί ως προς τα δικαστικά έξοδα της αιτήσεως αναιρέσεως.

154. Εντούτοις, το Δικαστήριο έχει τη δυνατότητα να αποφανθεί οριστικά επί της διαφοράς, εφόσον είναι ώριμη προς εκδίκαση. Κατά τη γνώμη μου, το Δικαστήριο έχει πλέον στη διάθεσή του όλα να αναγκαία πληροφοριακά στοιχεία για να κρίνει κατ' ουσίαν επί του τρίτου σκέλους του δεύτερου λόγου ακυρώσεως που προέβαλε η EDF πρωτοδίκως, με το οποίο η EDF κατ' ουσίαν υποστηρίζει ότι τα επίμαχα μέτρα θα έπρεπε να είχαν θεωρηθεί ως εισφορά κεφαλαίου και να έχουν αναλυθεί στο

58 — Απόφαση της 2ας Σεπτεμβρίου 2010, C-290/07 P (Συλλογή 2010, σ. I-7763, σκέψη 91 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

ευρύτερο πλαίσιο της τακτοποιήσεως των χρηματοοικονομικών σχέσεων μεταξύ του Δημοσίου και της EDF, υποστηρίζοντας κατά συνέπεια ότι το Δημόσιο έδρασε ως συνετός ιδιώτης επενδυτής στην οικονομία της αγοράς. Εντούτοις, όπως είναι προφανές από τις ανωτέρω σκέψεις στις παρούσες προτάσεις, το τρίτο σκέλος του δεύτερου λόγου ακυρώσεως πρέπει να απορριφθεί.

V – Πρόταση

155. Λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των ανωτέρω εκτιμήσεων προτείνω στο Δικαστήριο:

- να αναιρέσει την απόφαση του Γενικού Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (τρίτο τμήμα) της 15ης Δεκεμβρίου 2009 στην υπόθεση T-156/04, EDF κατά Επιτροπής, καθόσον ακύρωσε τα άρθρα 3 και 4 της αποφάσεως της Επιτροπής, της 16ης Δεκεμβρίου 2003, σχετικά με μέτρα ενισχύσεως υπέρ της EDF και του τομέα των βιομηχανιών ηλεκτρικής ενέργειας και φυσικού αερίου·
- να αναπέμψει την υπόθεση στο Γενικό Δικαστήριο προς νέα εξέταση·
- να επιφυλαχθεί ως προς τα δικαστικά έξοδα της αιτήσεως αναιρέσεως.