

O zadawaniu właściwych pytań, czyli kilka refleksji na temat dopuszczalności zastosowania kryterium (testu) prywatnego inwestora.

Glosa do wyroków Sądu z dnia 15 grudnia 2009 r.
w sprawie T-156/04 *Électricité de France v. Komisja*
i Trybunału z dnia 5 czerwca 2012 r.
w sprawie C-124/10 P. *Komisja v. Électricité de France*
– obu dotyczących umorzenia wierzytelności podatkowej
przez władze francuskie wobec *Électricité de France (EDF)*

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Okoliczności leżące u podstaw sporu
- III. Argument o niezgodnej z prawem interpretacji art. 87 ust. 1 WE w związku z niezastosowaniem testu
- IV. Odpowiedź Komisji na argument o konieczności zastosowania testu
- V. Wyrok Sądu oraz jego analiza
- VI. Wyrok Trybunału oraz jego analiza
- VII. Wnioski

Streszczenie

Glosa podejmuje dwie kwestie dotyczące kryterium (testu) prywatnego inwestora, które do czasu wydania wyroku Sądu w sprawie *Électricité de France* w 2009 r. nie były w zasadzie przedmiotem debaty, pomimo iż są one kluczowe dla tego instrumentu, który funkcjonuje w prawie pomocy publicznej od lat osiemdziesiątych. Pierwsza kwestia to konieczność rozróżniania między ustaleniem dopuszczalności zastosowania testu do danej interwencji państwa oraz jego zastosowaniem przez państwo lub, z punktu widzenia Komisji, weryfikacją jego zastosowania w celu sprawdzenia wypełnienia jego warunków. Druga kwestia to sposób ustalania dopuszczalności zastosowania testu do danej interwencji państwa. Obydwie kwestie miały decydujące znaczenie dla sprawy umorzenia wierzytelności podatkowej przez Francję wobec przedsiębiorstwa *Électricité de France EDF* w 1997 r. Sprawa EDF dotyczyła nie tylko jednego z najważniejszych francuskich przedsiębiorstw państwowych, lecz także jednego z najbardziej liczących się aktorów europejskiego sektora energetycznego. Wyrok Sądu z 2009 r. oraz Trybunału z 2012 r. wzbudziły wiele kontrowersji. Pomimo tego, wyjątkowość sprawy EDF polega głównie na wywołaniu przez nią dyskusji dotyczącej istoty testu prywatnego inwestora, tj. rozróżnianiu między *imperium* i *dominium*.

Słowa kluczowe: kryterium (test) prywatnego inwestora; dopuszczalność zastosowania testu prywatnego inwestora, a jego zastosowanie; pomoc publiczna; umorzenie wierzytelności podatkowej; dokapitalizowanie przedsiębiorstwa państwowego; art. 107 ust. 1 TFUE.

I. Wprowadzenie

Wyrok Sądu z 15 grudnia 2009 r. w sprawie *Électricité de France (EDF) v. Komisja*¹ oraz podtrzymujący stanowisko Sądu wyrok Trybunału z 5 czerwca 2012 r.² w pełni zasługują na miano nie tylko bardziej interesujących, lecz także kontrowersyjnych wyroków, jakie zapadły w Luksemburgu na przestrzeni ostatnich lat. Biorąc pod uwagę fakt, iż dnia 2 maja 2013 r. Komisja postanowiła wznowić procedurę administracyjną w sprawie umorzenia wierzytelności podatkowej EDF, którą to Sąd uznał za *de facto* rekapitalizację, i zgodnie z zaleceniem Sądu i Trybunału rozszerzyć ją o zastosowanie testu prywatnego inwestora,³ sprawa EDF z pewnością dostarczy kolejnych tematów do dyskusji w środowiskach akademickich⁴.

Powodem kontrowersji w niniejszej sprawie było stwierdzenie Sądu, iż Komisja niesłusznie odmówiła zbadania spornego środka w jego kontekście oraz zastosowania kryterium prywatnego inwestora, a tym samym naruszyła dawny art. 87 ust. 1 WE, obecnie art. 107 ust. 1 TFUE. W konsekwencji Sąd stwierdził nieważność art. 3 i 4 decyzji Komisji z 16 grudnia 2003 r.⁵, co podtrzymał Trybunał, odrzucając odwołanie Komisji, której stanowisko z wielkim zaangażowaniem popierał rzecznik generalny Mazák⁶.

Wyrok w sprawie EDF jest niezwykle istotny z kilku powodów. Po pierwsze, debata, którą wywołał Sąd, dotyczyła fundamentów pojęcia kryterium prywatnego inwestora, które do tej pory, jeśli nie liczyć kilku nielicznych i stosunkowo mało znaczących wyjątków, w zasadzie nie były obiektem dyskusji⁷. Po drugie, debata owa dowiodła, że założenia, na których do tej pory dość bezkrytycznie polegano, nie miały oparcia w orzecznictwie, a nawet, w pewnych kwestiach były z nim sprzeczne.

Jednym z takich założeń, które zostało zweryfikowane przez sprawę EDF było wyłączenie dopuszczalności zastosowania testu do interwencji państwa w formie instrumentów podatkowych, gdyż uznawano je za akty władzy publicznej⁸. Miało to świadczyć, że państwo interweniowało

¹ Wyr. Sądu z 15.12.2009 r. w sprawie T-156/04 *Électricité de France v. Komisja*, Zb. Orz. s. II-4503.

² Wyr. Trybunału z 5.06.2012 r. w sprawie C-124/10 P. *Komisja v. Électricité de France*, n/o.

³ Pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-391_en.htm?locale=en.

⁴ Wśród dotychczasowych komentarzy i analiz należy przede wszystkim wymienić następujące: A. Bartosch, *The EdF Ruling – an Electrifying Enlightenment*, EStAL 2010, nr 2, ss. 267–268; A. Bartosch, *Case Note on EdF v Commission (T-156/04 – under Appeal)*, EStAL 2010, nr 3, ss. 679–682; M. Nettesheim, *Market Economic Investor Principle and Taxation: A Comment on Case T-156/04*. Pobrano z: http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/nettesheim/projekte/market-economy-investor-test/at_download/file (3.06.2011); M. Haberkamm, A. Kühne, *Steuerliche Maßnahmen im Lichte des Europäischen Beihilferechts: Seit EdF ein noch spannungsgeladeneres Feld*, EuZW 2010, ss. 734–738; M. Köhler, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, EStAL 2011, nr 1, ss. 21–33; E. Szyszczak, *The Survival of the Market Economy Investor Principle in Liberalised Markets*, EStAL 2011, nr 1, ss. 35–40; Ph. Nicolaïdes, I.E. Rusu, *Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?* EStAL 2011, nr 2, ss. 237–248; W. Haslehner, *Die Andwerbarkeit des Privatinvestortests bei Steuerbeihilfen*, [w:] Th. Jaeger, B. Rumersdorfer (red.), *Beihilferecht*, Jahrbuch 2011, Wien–Graz 2011, ss. 273–293; A.G. Sánchez, *Bringing the 'Market Economy Agent' Principle to Full Power*. Pobrano z: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2084786> oraz <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2084786> (18.12.2012); T. Koller, *Privatinvestortest und Steuern – der Fall EDF*, [w:] Th. Jaeger, B. Haslinger, (red.) *Beihilferecht*, Jahrbuch 2013, Wieden–Graz 2013, ss. 405–420; L. Hancher, *Case C-124/10 P EDF v COMMISSION: Putting the market investor test to the test?*, „Ars aequi” 2013, ss. 201–207; Ph. Nicolaïdes, *Taxes, the Cost of Capital and the Private Investor Principle*, „European State Aid Law Quarterly” 2013 ss. 243–245.

⁵ Dec. Komisji 2005/145/WE z 16.12.2003 r. w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Francję przedsiębiorstwu EDF oraz sektorowi elektrycznemu i gazowemu (notyfikowana jako dokument nr K(2003) 4637), Dz.Urz WE 2005 L 49/9.

⁶ Opinia rzecznika generalnego Mazáka do wyroku w sprawie C-124/10 P. *Komisja v. Électricité de France*.

⁷ Na kwestię odrębności zagadnienia badania dopuszczalności zastosowania testu od samej weryfikacji jego zastosowania zwrócili uwagę rzecznik generalny Lenz w Opinii w sprawach 234/84 *Belgia v. Komisja*, Meura, wyr. Trybunału z 10.07.1986 r., Zb. Orz. 1986, s. 2263, oraz 40/85 *Belgia v. Komisja*, Boch II, wyr. Trybunału z 10.07.1986 r. Zb. Orz. 1986, s. 232, a także rzecznik generalny Slynn w połączonych sprawach 67, 68 oraz 70/85 van der Kooy, wyrok Trybunału z 2.02.1988 r., Zb. Orz. 1988, s. 219.

⁸ Por.: W. Schön, *Taxation and State Aid Law in the European Union*, 36 CML Rev. 1999, ss. 911–936 (s. 923); K. Bacon, *State Aids in the English Courts: Definition and Other Problems*, [w:] A. Biondi, P. Eeckhout, J. Slynn (red.), *The Law of State Aid in the European Union*, New York 2004, ss. 337–356 (s. 346); L. Hancher, T. Ottervanger, J.S. Piet, *EC State Aids*, London 2006, sekcja 3–066; A. Bartosch, *EU-Beihilfenrecht, Kommentar*, C.H. Beck, München 2009, s. 20; M. Haberkamm, A. Kühne, *Steuerliche Maßnahmen Im Lichte Des Europäischen Beihilferechts: Seit EdF ein noch spannungsgeladeneres Feld*, EuZW 2010, s. 734 i nast. Za wyjątek w tej kwestii należy uznać zdanie Marie-Ann Mamut, według której z wyroku w sprawie DMT wyraźnie wynika, iż interwencje państwa w postaci instrumentów podatkowych mogą zostać poddane testowi prywatnego kredytora: M.-A. Mamut, *Privatinvestorgrundsatz und Steuerbeihilfen* [w:] Th. Jaeger, *Beihilferecht*, Jahrbuch 2009, ss. 329–350 (s. 340).

w takich sytuacjach jako władza publiczna. Istotnie, należy tu przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem⁹ „w przypadku gdy państwo działa w charakterze przedsiębiorstwa prowadzącego działalność, taką jak prywatny inwestor, konieczna może okazać się analiza jego zachowania w świetle zasady prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej, zasada ta nie powinna mieć zastosowania, w przypadku gdy państwo to działa jako władza publiczna. W tym drugim przypadku bowiem zachowanie państwa nigdy nie będzie porównywalne z zachowaniem podmiotu gospodarczego czy prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej”.

Owa dwuwymiarowość państwa, tzn. podejmowanie przezeń działań zarówno jako władza publiczna, jak i jako przedsiębiorca (akcjonariusz, inwestor itp.) wynika z art. 345 TFUE, zgodnie z którym „Traktaty nie przesądzają w niczym zasad prawa własności w Państwach Członkowskich”.

Artykuł ten jest interpretowany jako wyraz neutralności UE wobec prywatyzacji i nacjonalizacji przedsiębiorstw, jako potwierdzenie prawa państwa do prowadzenia działalności gospodarczej, a zatem również do konkurowania z przedsiębiorcami prywatnymi oraz jako zasada niedyskryminacji przedsiębiorstw ze względu na ich status prawny, tzn. na ich przynależność do sektora prywatnego lub państwowego. Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej przez państwo, i w konsekwencji konkurowanie z prywatnymi inwestorami, nie może jednak zakłócać konkurencji na rynku wewnętrznym ani przez przyznawanie niezgodnej z nim pomocy publicznej, ani przez wykorzystywanie uprawnień przynależnych państwu jako władzy publicznej, gdy działa ono jako przedsiębiorca. Niniejszy artykuł dotyczy drugiego przypadku, tj. testu prywatnego inwestora, którego zadaniem jest oddzielenie wymiaru władzy publicznej od działalności gospodarczej prowadzonej przez państwo.

Idea testu prywatnego inwestora oparta jest na jednym z elementów pojęcia pomocy publicznej, które zostało zdefiniowane przez Trybunał na podstawie treści obecnego art. 107 ust. 1 TFUE. Artykuł ów stanowi co następuje: „Z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach, wszelka pomoc przyznawana przez Państwo Członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między Państwami Członkowskimi”.

Na pojęcie pomocy publicznej składa się zatem pięć kumulatywnych elementów (warunków): transfer zasobów państwowych (1), które skutkują przyznaniem korzyści gospodarczej beneficjentowi (lub beneficjentom) będącemu przedsiębiorcą¹⁰ (2), selektywność owej korzyści (3), jej wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi (4) oraz zakłócenie lub przynajmniej groźba zakłócenia konkurencji na rynku wewnętrznym wskutek przyznania owej korzyści (5)¹¹.

⁹ Wyr. SPI z 17.12.2008 r. w sprawie T-196/04 Ryanair przeciwko Komisji, Zb. Orz. 2008, s. II-3643, pkt 85.

¹⁰ Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, pojęcie „przedsiębiorstwo” w kontekście prawa konkurencji, „obejmuje każdą jednostkę wykonującą działalność gospodarczą niezależnie od jej formy prawnej i sposobu finansowania”. Zob.: wyr. ETS z 23.04.1991 r. w sprawie C-41/90 *Höfner i Elser*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979, pkt 21; wyr. ETS z 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P *FENIN v. Komisja*, Zb. Orz. 2006, s. I-6295, pkt 25; wyr. ETS z 11.12.2007 r. w sprawie C-280/06 *ETI i in.*, Zb. Orz. 2007, s. I-10893, pkt 38. Za działalność gospodarczą natomiast Trybunał uznał „każdą działalność polegającą na oferowaniu towarów lub usług na danym rynku”. Zob. wyr. ETS z 26.03.2009 r. w sprawie C-113/07 P *Selex Sistemi Integrati v. Komisja i Eurocontrol*, Zb. Orz. 2009, s. I-2207, pkt 69; wyr. ETS z 16.06.1987 r. w sprawie C-118/85 *Komisja v. Włochy*, Zb. Orz. 1987, s. 2599, pkt 7; wyr. ETS z 19.02.2002 r. w sprawie C-309/99 *Wouters i in.*, Zb. Orz. 2002, s. I-1577, pkt 47; wyrok ETS z 10.01.2006 r. w sprawie C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze i in.*, Zb. Orz. 2006, s. I-289, pkt 108.

¹¹ Jak zauważyła K. Bacon [w:] *The Concept of State Aid: The Developing Jurisprudence in the European and UK courts*, 2 E.C.L.R. 2003, ss. 54–61, (s. 54), niektórzy autorzy traktują łącznie niektóre elementy wymienione art. 107 ust. 1 TFUE i wskazują na trzy – jak Q. Connor [w:] *The Notion of a State*

Zgodnie z zasadą kumulatywności, wykluczenie choćby jednego z powyższych elementów wyklucza przyznanie pomocy publicznej beneficjentowi. Zastosowanie kryterium prywatnego inwestora służy badaniu istnienia elementu korzyści gospodarczej. Wypełnienie warunków testu oznacza, iż interwencja państwa nie skutkuje przyznaniem beneficjentowi takiej korzyści, jakiej by ów nie otrzymał w podobnych okolicznościach od prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej¹². Innymi słowy, państwo zachowało się tak, jak prywatny inwestor o porównywalnej wielkości, motywowany chęcią zwiększenia zysku (lub ewentualnie chęcią zmniejszenia strat, tak jak w przypadku testu prywatnego wierzyciela), niebiorący pod uwagę celów polityki społecznej, sektorowej lub regionalnej, działający w podobnych okolicznościach i w warunkach gospodarki rynkowej byłby postąpił na miejscu państwa. Państwo zawarło zatem typową transakcję handlową, gdy podjęło decyzję o nabyciu udziałów w przedsiębiorstwie, udzieleniu mu pożyczki lub gwarancji, zmodyfikowaniu warunków spłaty przyznanego wcześniej kredytu, sprzedaży nieruchomości, nabyciu pewnych towarów lub usług od danego beneficjenta, sprzedaży posiadanych udziałów w przedsiębiorstwie danemu beneficjentowi itp.

Biorąc pod uwagę powyższy zarys kryterium prywatnego inwestora wydaje się być zrozumiałe, że uznanie testu za dopuszczalny w stosunku do umorzenia wierzytelności podatkowej wzbudziło kontrowersje. Prywatni inwestorzy nie nakładają podatków, a zatem nie mogą też umarzać wierzytelności podatkowych. Polityka podatkowa należy do wyłącznych kompetencji państwa. Ocena instrumentów podatkowych w świetle art. 107 ust. 1 TFUE do tej pory sprowadzała się właściwie do oceny elementu selektywności¹³. Stanowisko Sądu wywołało zatem wiele wątpliwości i pytań, poczynając od kwestii sprzeczności z dotychczasową linią orzecznictwa, poprzez konieczność stosowania testu do każdego instrumentu podatkowego, dyskryminacji prywatnych przedsiębiorców, nieprzejrzystości działań państwa, a skończywszy na groźbie uniemożliwienia Komisji sprawowania nadzoru nad przyznawaniem pomocy publicznej. Przed wszystkim jednak sprawa EDF ukazała jak niezrozumienie różnicy między etapem ustalania dopuszczalności zastosowania kryterium testu prywatnego inwestora oraz etapem jego zastosowania prowadzi do podnoszenia nieistotnych na danym etapie sprawy argumentów, co może zakończyć się oddaleniem zarzutów¹⁴.

II. Okoliczności leżące u podstaw sporu

Przedmiot sporu w sprawie EDF należy analizować w świetle następujących okoliczności i faktów. Po pierwsze, w chwili wydania decyzji o wszczęciu postępowania na podstawie art. 88 ust. 2 WE w 2002 r. EDF było przedsiębiorstwem zajmującym się produkcją, przesyłaniem oraz dystrybucją energii elektrycznej, w szczególności na terytorium całej Francji. Co istotne, państwo było jedynym akcjonariuszem EDF.

Aid in the EEC, E.L.Rev. 1988, s. 242 – lub cztery – jak J.-P. Keppenne [w:] *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles 1999, lub M. Ross [w:] *State aids and national courts: definitions and other problems - a case of premature emancipation?* CML Rev. 2000, nr 37, ss. 401–423, (s. 410).

¹² Komisja wyjaśniła pojęcie testu i to, jak zamierza go weryfikować w szczególności w Equity Holding Communication: Application of Articles 92 and 93 [now 87 and 88] of the EEC Treaty to public authorities' holdings, Bulletin EC 9-1984, oraz Communication on public undertakings: Commission Communication to the Member States: Application of Articles 92 and 93 [now 87 and 88] of the EEC Treaty and of Article 5 of the Commission Directive 80/723/EEC to public undertakings in the manufacturing sector, OJ 1993 C 307/3. Trybunał zaaprobował test jako kryterium stosowane w celu stwierdzenia istnienia korzyści po stronie beneficjenta, której otrzymanie byłoby niezgodne z praktyką handlową wyrokami w sprawach: 234/84 *Belgia v. Komisja* (Meura), wyr. z 10.07.1986 r., Zb. Orz. 1986, s. 2263, oraz 40/85 *Belgia v. Komisja* (Boch II), wyr. z 10.07.1986 r., Zb. Orz. 1986, s. 2321.

¹³ Zob. m.in.: Th. Jestaedt, *Taxes and Duties* [w:] M. Heidenhain (red.), *European State Aid Law*, Hart, C.H. Beck, Nomos, München 2010; Th. Jaeger, *Fehlstellungen im Verhältnis von Steuern- und Beihilferecht: Ein Plädoyer für mehr Ausgewogenheit*, EuZW 2012, ss. 92–100.

¹⁴ Należy jednak uściślić, że nie tylko Komisja podnosiła nieistotne argumenty wskutek nierozróżniania między tymi dwoma etapami. Zob. wyr. Sądu z 10.11.2011 r. w sprawie T-384/08 *Elliniki Nafpígotataskevastiki v. Komisja*, Zb. Orz. 2011, n/o.

Po drugie, przedmiotem postępowania i decyzji Komisji z 16 grudnia 2003 r. były trzy środki państwowe: nieograniczona gwarancja udzielona EDF przez Republikę Francuską, reforma systemu emerytalnego w przemyśle energetycznym i gazowym (PEG) oraz niezapłacenie przez EDF w 1997 r. podatku dochodowego od osób prawnych. W wyniku postępowania administracyjnego Komisja uznała co następuje. Nieograniczona gwarancja stanowiła pomoc państwa niezgodną z zasadami wspólnego rynku i z tego względu miała zostać zniesiona do dnia 1 stycznia 2005 r. Drugi środek, tj. zamiana systemu emerytalnego w PEG na systemy emerytalne prawa powszechnego, nie stanowił pomocy publicznej, o ile zamiana ta była neutralna finansowo dla przedsiębiorstw, dla systemów przyjmujących i dla państwa¹⁵. Beneficjent nie zakwestionował oceny Komisji ani w kwestii nieograniczonej gwarancji, ani reformy emerytalnej. EDF zaskarżyło natomiast rozstrzygnięcie Komisji w kwestii trzeciego środka, tj. w przedmiocie korzyści wynikających z niezapłacenia przez EDF w 1997 r. podatku od spółek należnego od części rezerw księgowych utworzonych przez zwolnienie z podatku z tytułu odnowienia tzw. RAG.

RAG stanowiło koncesję, nazwaną „ogólną siecią zaopatrującą”, która powstała w drodze połączenia w 1958 r. różnego rodzaju koncesji, których państwo udzielało na przesył energii. W 1997 r. w celu uregulowania statusu własnościowego RAG oraz zmiany struktury bilansu EDF uchwalono ustawę nr 97-1026. Jej art. 4 przeklasyfikował mienie w kwocie 90,325 mld FRF składające się na RAG na „mienie własne,” które w ten sposób utraciło cechę „mienia objętego umową koncesji”. Niewykorzystane rezerwy na odtworzenie RAG w kwocie 38,521 mld FRF zostały zaksięgowane jako niepodzielony zysk bez przejścia przez rachunek zysków i strat, natomiast w kwocie 20,225 mld FRF jako nierozliczone straty, przez co konto zostało zweryfikowane, a różnica w kwocie 18,296 mld FRF została przeznaczona na kapitał zapasowy. W wyniku powyższych przeksięgowania, mimo że zostały one dokonane z pominięciem rachunku wyników, stwierdzony został dochód podlegający opodatkowaniu według stawki 41,66%, zgodnie z art. 38 ust. 2 powszechnego kodeksu podatkowego. Ponadto, „prawa udzielającego koncesji” w kwocie 14,119 mld FRF (na całkowitą kwotę 18,345 mld FRF) zostały przypisane bezpośrednio do pozycji dotacji kapitałowych bez przejścia przez rachunek wyników, a różnica została zaksięgowana na różnego rodzaju kontach służących do przeszacowań.

Komisja uznała, iż niezapłacenie przez EDF podatku od spółek należnego od części rezerw księgowych utworzonych przez zwolnienie z podatku z tytułu odnowienia RAG stanowiło pomoc państwa, która była niezgodna z zasadami wspólnego rynku. Wartość elementu pomocowego została wyceniona na 888,89 milionów euro, a Francja została zobowiązana do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu windykacji od EDF bezprawnie przyznanej pomocy. Dnia 27 kwietnia 2004 r. beneficjent zaskarżył art. 3 i 4 decyzji, które dotyczyły umorzenia wierzytelności podatkowej¹⁶.

¹⁵ Pewne elementy reformy zostały albo uznane za pomoc zgodną z zasadami wspólnego rynku w myśl art. 87 ust. 3 lit. c) WE, albo za wolne od pomocy publicznej.

¹⁶ Artykuł 3 stanowił o zakwalifikowaniu niezapłacenia przez EDF w roku 1997 podatku od spółek należnego od części rezerw księgowych utworzonych przez zwolnienie z podatku z tytułu odnowienia RAG jako pomocy państwa niezgodnej z zasadami wspólnego rynku oraz ustalał wartość elementu pomocowego. Artykuł 4 nakazywał Francji podjęcie wszelkich niezbędnych środków w celu windykacji od EDF pomocy powiększonej o odsetki naliczane od dnia, w którym kwoty zostały oddane do dyspozycji EDF, do dnia ich faktycznego zwrotu.

III. Argument o niezgodnej z prawem interpretacji art. 87 ust. 1 WE w związku z niezastosowaniem testu

EDF podniosło argument niezastosowania kryterium prywatnego inwestora w ramach drugiego i trzeciego zarzutu¹⁷. W ramach drugiego zarzutu EDF zasadniczo podniosło, że dokonując wykładni pojęcia „pomoc państwa”, Komisja kilkakrotnie naruszyła prawo oraz że zaskarżona decyzja zawiera ponadto wiele luk w zakresie dotyczącym jej uzasadnienia. W szczególności, umorzenie wierzytelności podatkowej powinno było zostać zakwalifikowane jako dotacja kapitałowa i należałoby ją analizować z uwzględnieniem ogólnego kontekstu regulowania stosunków finansowych pomiędzy państwem a EDF. Dokonując umorzenia wierzytelności podatkowej, państwo postępowało w gruncie rzeczy tak, jak rozważny, prywatny inwestor w warunkach ekonomii rynkowej. W ramach trzeciego zarzutu EDF podniosło, że Komisja naruszyła obowiązek uzasadnienia, nie uzasadniając decyzji o oddaleniu argumentu, zgodnie z którym rozpatrywane środki stanowiły operację dokapitalizowania.

EDF uzasadniało konieczność zastosowania testu w następujący sposób¹⁸. Przede wszystkim, w 1997 r. państwo było jedynym akcjonariuszem EDF, które w swym przekonaniu było „mocno niedokapitalizowane”, a jego bilans cechował się „wyraźnym brakiem równowagi”. Państwo miało dążyć do zwiększenia kapitału własnego EDF, zmodyfikowania istniejącej pomiędzy nim a spółką równowagi finansowej oraz wzmocnienia pozycji EDF w stosunku do konkurentów na europejskim rynku energetycznym. Takie postępowanie miało odpowiadać logice zachowania rozważnego prywatnego inwestora, a sama reklasyfikacja praw udzielającego koncesji wynikająca z ustawy nr 97-1026 była dotacją kapitałową, a nie zwykłym umorzeniem wierzytelności podatkowej. Taką interpretację ustawy z 1997 r. potwierdziło państwo w toku postępowania administracyjnego. Według EDF, również akcjonariusz prywatny mógł podwyższyć kapitał spółki zależnej w drodze konwersji wierzytelności na kapitał i takie działanie było porównywalne pod względem ekonomicznym z krytykowanym przez Komisję „zwolnieniem z długu”.

Co do kwestii formy interwencji, EDF podkreśliło co następuje. Po pierwsze, zakwestionowane przez Komisję korekty księgowo z samej ich natury wymagały zastosowania drogi ustawowej.

Po drugie, państwo mogło dokapitalizować EDF na dwa sposoby, tj. stosując tzw. „schemat krótki” lub „schemat długi”, które miały prowadzić do dokładnie takich samych rezultatów. „Schemat krótki” zakładał wniesienie w drodze ustawy dodatkowej dotacji kapitałowej poprzez bezpośrednią reklasyfikację części rezerw na odtworzenie RAG bez opodatkowania (konwersja wierzytelności w kapitał). „Schemat długi” zakładał dokapitalizowanie EDF kwotą równą zapłaconemu uprzednio podatki. Wybrane rzekomo rozwiązanie pierwsze miało być „logiczne pod względem ekonomicznym i równie neutralne pod względem finansowym”. Stanowisko Komisji, iż tylko „schemat długi” mógłby zostać rozważony pod kątem badania dopuszczalności zastosowania testu, EDF interpretowała jako wykluczenie możliwości zastosowania testu tylko na podstawie sposobu podwyższenia kapitału, co było podejściem „czysto formalistycznym i zupełnie nietrafnym”.

¹⁷ Należy dodać, iż w ramach pierwszego zarzutu EDF podniosła, iż Komisja nie uwzględniła przepisów art. 20 rozporządzenia nr 659/1999, gdyż nie umożliwiła EDF przedstawienia niezbędnych uwag w przedmiocie „zmiany oceny”, jaka nastąpiła pomiędzy wydaniem decyzji o wszczęciu postępowania i wydaniem zaskarżonej decyzji. EDF podniosła także, iż fakt nie poinformowania go w toku postępowania o „istotnej zmianie oceny” stanowiło naruszenie jego prawa do obrony, zob. pkt 65–66 wyroku Sądu. Pozostałe argumenty w ramach drugiego i trzeciego zarzutu, których elementem był test, zostały przedstawione w pkt 67–76 wyroku Sądu.

¹⁸ Zob. pkt 156–193 wyroku Sądu w sprawie EDF.

Po trzecie, w odpowiedzi na argument Komisji o zastosowaniu przez państwo środka, z którego nie mogły skorzystać spółki handlowe podlegające prawu powszechnemu, co miało świadczyć o tym, że państwo działało w ramach swoich uprawnień regulacyjnych lub prerogatyw związanych z wykonywaniem władzy publicznej, a nie jako podmiot gospodarczy, EDF ponownie podkreśliło konieczność zastosowania drogi ustawowej z uwagi na szczególnie charakter przedsiębiorstwa.

Po czwarte, według EDF orzecznictwo nie przywiązywało znaczenia do formy, jaką może przybrać interwencja państwa w celu jej oceny w świetle dawnego art. 87 ust. 1 WE. EDF przypomniło również, że zdaniem samej Komisji, badając zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem, „bada ona zgodność pomocy nie co do formy, którą może ona przybierać, ale co do jej skutku”.

IV. Odpowiedź Komisji na argument o konieczności zastosowania testu

Komisja stanowczo zaprzeczyła możliwości zastosowania testu i uzasadniła swoje stanowisko w następujący sposób¹⁹. Przede wszystkim, co do zasady, państwo nie może powoływać się na kryterium prywatnego inwestora wówczas, gdy działa jako władza regulacyjna, w tym przypadku, wykorzystując swoje uprawnienia w sferze podatków. Przez przyjęcie ustawy nr 97–1026 państwo skorzystało ze swoich uprawnień regulacyjnych w celu zwolnienia EDF z obowiązku zapłaty części należnych podatków. Zatem, nie działało jako akcjonariusz EDF, który dąży do uzyskania średnio- lub długoterminowych zysków z przedsiębiorstwa, ale jako władza podatkowa. Umożliwienie państwom członkowskim powoływania się na test w takich przypadkach skutkowałoby dyskryminacją inwestorów prywatnych za pomocą instrumentów podatkowych. Inwestorzy prywatni mogą bowiem gromadzić kapitał na cele inwestycyjne wyłącznie po wywiązaniu się z ciężących na nich zobowiązań podatkowych. Ponadto, zwolnienie z opodatkowania ze swej natury wywołuje konsekwencje, które w żadnym razie nie są możliwe do oddzielenia od roli państwa jako jedyne posiadacza władczych uprawnień do pobierania i redystrybucji podatku, co jest „najbardziej absolutnym przejawem władzy publicznej”. Prywatni inwestorzy nie nakładają i nie zwalniają z podatków.

Tak jak nadmieniono, zastosowanie testu byłoby możliwe tylko w razie wdrożenia „schematu długiego,” co wynika z zasady niedyskryminowania inwestorów prywatnych. Ponadto, zastosowanie przedstawionych schematów dokapitalizowania EDF nie miałyby tego samego skutku. Otóż „schemat krótki” oznaczałby niższy koszt kapitału dla państwa niż koszt tegoż kapitału dla prywatnego inwestora. W przypadku „schematu długiego” EDF zapłaciłoby bowiem wcześniej należne podatki i ocena jego wartości finansowej byłaby inna przy zastosowaniu kryterium prywatnego inwestora. Zastosowanie „schematu długiego” dałoby więc – najprawdopodobniej – inny wynik.

Co do twierdzenia EDF o rzekomym celu w postaci dokapitalizowania EDF, Komisja przypomniała, że dyrekcja generalna do spraw podatków w nocie przekazanej w dniu 9 kwietnia 2002 r. stwierdziła, iż „prawa udzielającego koncesji związane z RAG stanowią nienależne świadczenie, które poprzez zaksięgowanie na kapitał zostało w sposób nieuzasadniony zwolnione z opodatkowania”. Wynikało z tego jasno, że chodziło o „prezent podatkowy”, a nie o inwestycję.

Poza tym, aby zastosować kryterium prywatnego inwestora, państwo musi działać w okolicznościach, które odpowiadają „normalnym warunkom rynkowym”. Wynika z tego m.in., że środki

¹⁹ Argumentacja Komisji przeciwko dopuszczalności zastosowania testu została przedstawiona w pkt 194–219 wyroku Sądu w sprawie EDF.

stosowane przez państwo stanowią integralną część tych okoliczności, zwłaszcza wtedy, gdy zastosowanymi środkami, ze względu na ich rodzaj i charakter, nie może dysponować prywatny inwestor działający w normalnych warunkach rynkowych.

Komisja podniosła wreszcie, że sporny środek w żadnym razie nie spełniłby kryterium prywatnego inwestora, nawet gdyby zostało ono przez nią zastosowane. Ponadto, w trakcie rozprawy Komisja podkreśliła, że żaden prywatny inwestor nie mógłby zgromadzić takiego kapitału za taką samą cenę. W każdym zaś razie w owym czasie nie istniał inwestor prywatny, który mógłby stanowić punkt odniesienia.

V. Wyrok Sądu oraz jego analiza

Wyrok Sądu w sprawie EDF został odebrany nie tylko jako kontrowersyjny, lecz także jako niespójny. Wstępna analiza argumentacji Sądu prowadzi do wniosku, iż składa się on z dwóch części, które wydają się pozostawać w sprzeczności.²⁰ Zarzuty te zostaną zbadane poniżej.

W części pierwszej Sąd przedstawił ogólny zarys pojęcia testu prywatnego inwestora jako takiego, a w drugiej zbadał dopuszczalność zastosowania testu do umorzenia wierzytelności podatkowej EDF. W części pierwszej Sąd przytoczył obszernie fragmenty drugiej opinii rzecznika generalnego Léger do wyroku w sprawie Altmark Trans z 2003 r.²¹ W opinii tej rzecznik generalny stwierdził, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, Trybunał rozróżnia sytuacje, w których interwencja państwa ma charakter gospodarczy i sytuacje, w których obejmuje ona akty władzy publicznej²². Kryterium prywatnego przedsiębiorcy ma zastosowanie tylko do sytuacji pierwszego rodzaju. Są to na przykład: obejmowanie udziałów w kapitale przedsiębiorstwa, udzielanie mu pożyczek lub gwarancji, sprzedaż towarów lub usług na rynku lub przyznanie ulg w zakresie płatności składek na ubezpieczenia społeczne lub w zakresie zwrotu kosztów pracowniczych. Zastosowanie testu jest wówczas adekwatne, gdyż przynajmniej co do zasady prywatny podmiot gospodarczy działający w celu zarobkowym może się zachować jak państwo.

Kryterium prywatnego przedsiębiorcy nie znajduje natomiast zastosowania, gdy interwencja państwa nie ma charakteru gospodarczego, czego przykładem są sytuacje, w których władze publiczne przekazują przedsiębiorstwu subwencję bezpośrednią, przyznają zwolnienie podatkowe lub przyznają obniżenie wysokości składek na zabezpieczenie społeczne. Wówczas, prywatny podmiot gospodarczy działający w celu zarobkowym nie może zachować się jak państwo, gdyż w tych sytuacjach państwo podejmuje czynności z zakresu sprawowania przez państwo władzy publicznej, takie jak prowadzenie polityki podatkowej lub polityki społecznej.

Odwołanie się Sądu do opinii rzecznika generalnego Léger, który wykluczał zastosowanie testu do interwencji państwa podjętych poprzez wydanie aktu władzy publicznej wskazywało na to, iż przychylił się on do stanowiska Komisji. Tak się jednak nie stało i z tego właśnie powodu argumentacja Sądu może wydawać się sprzeczna. Zanim jednak przeanalizowane zostaną argumenty Sądu, na podstawie których uznał on zastosowanie testu w sprawie EDF za dopuszczalne, niezwykle istotne jest zbadanie samej opinii rzecznika generalnego Léger pod kątem poprawności jego interpretacji orzecznictwa Trybunału w kwestii dopuszczalności zastosowania

²⁰ Por. M. Köhler, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, EStAL 2011, nr 1, ss. 21–33 (s. 27).

²¹ Opinia rzecznika generalnego Léger przedstawiona 14.01.2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark Trans, wyr. z 24.07.2003, Zb. Orz. 2003, s. I-7747, pkt 20 i nast.

²² Por. pkt 223 i nast. wyroku Sądu w sprawie EDF oraz pkt 20 i nast. drugiej opinii rzecznika generalnego Léger do wyroku w sprawie Altmark Trans.

testu²³. Co więcej, jest to istotne nie tylko dla niniejszej sprawy. Jak się wydaje, opinia miała spory, jeśli nie decydujący wpływ na stanowisko zarówno doktryny, jak i Komisji²⁴ w odniesieniu do znaczenia faktu działania państwa poprzez wydanie aktu regulacyjnego (aktu władzy publicznej) dla dopuszczalności zastosowania testu, czego przykładem było wyłączenie jego zastosowania do instrumentów podatkowych. Ponadto, także Sąd odwołał się do treści opinii i miało to miejsce nie tylko w wyroku w sprawie EDF z 2009 r., lecz także Ryanair z 2008 r.²⁵ i Land Burgenland z 2012 r.²⁶ (od którego Komisja odwołała się do Trybunału²⁷).

Co najważniejsze jednak, badanie poprawności interpretacji orzecznictwa Trybunału, której dokonał rzecznik generalny Léger prowadzi do wniosku, iż jest ona błędna. Błąd polega na utożsamieniu faktu użycia przez państwo władzy publicznej z wypełnianiem przez państwo ciężących na nim zobowiązań z zakresu władzy publicznej. Kryterium wypełniania przez państwo ciężących na nim zobowiązań z zakresu władzy publicznej zostało ustanowione wyrokiem w sprawie Hytasa z 1994 r.²⁸. Wyrok ten jest jednym z wiodących rozstrzygnięć Trybunału dotyczących testu prywatnego inwestora. Zgodnie ze stanowiskiem Trybunału, w celu zastosowania testu prywatnego inwestora należy oddzielić zobowiązania, które państwo zaciągnęło jako władza publiczna od zobowiązań, które państwo zaciągnęło jako akcjonariusz (właściciel, przedsiębiorca, inwestor itp.)²⁹. Formuła ustanowiona w sprawie Hytasa oddziela zatem dwa wymiary (obszary), w których działa państwo: jako władza publiczna i jako przedsiębiorca, co jest istotą stosowania testu prywatnego inwestora³⁰.

Problem z opinią z 2003 r. polega na tym, iż rzecznik generalny najwyraźniej zmodyfikował brzmienie formuły z 1994 r. i uczynił to w następujący sposób. Wykonywanie zobowiązań, które państwo zaciągnęło jako akcjonariusz zastąpił on podejmowaniem interwencji o charakterze gospodarczym, natomiast wypełnianie zobowiązań zaciągniętych przez państwo jako władza publiczna zostało zastąpione kryterium użycia przez państwo władzy publicznej, tzn. działania poprzez wydanie aktu władzy publicznej (regulacyjnego)³¹. O ile zmiana pierwszej części formuły

²³ Krytyczne uwagi na temat podejścia rzecznika generalnego Léger do ustalania dopuszczalności zastosowania testu – zob. A. Bartosch, *The Advocate General Léger and the Market Economy Investor Test: Still a Long Way to go*, EStAL 1/2003, s. 1.

²⁴ Opinia rzecznika generalnego Léger miała wpływ na stanowisko Komisji w sprawach EDF (decyzja Komisji 2005/145/WE z 16.12.2003 r. w sprawie pomocy państwa przyznanych przez Francję przedsiębiorstwu EDF oraz sektorowi elektrycznemu i gazowemu (notyfikowana jako dokument nr K(2003) 4637), Dz.Urz. 2005 L 49/9) Ryanair (decyzja Komisji 2004/393/EC z 12.02.2004 r. w sprawie korzyści gospodarczych przyznanych przez Region Walonii i port lotniczy Charleroi-Bruxelles Sud z przewoźnikiem lotniczym Ryanair w związku z rozpoczęciem przezeń działalności w Charleroi (notyfikowana jako dokument nr C(2004) 516), Dz. Urz. L 2004 L 137/1) oraz Postbank (decyzja Komisji 2009/174/WE z 21.10.2008 r. w sprawie środka pomocy C 35/04 udzielonego przez Węgry na rzecz spółek Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (notyfikowana jako dokument nr C(2008) 6023), Dz. Urz. 2009 L 62/14). Decyzje w sprawach Ryanair i EDF zostały unieważnione przez Sąd właśnie z powodu błędnej interpretacji dopuszczalności zastosowania testu. Decyzja w sprawie Postabank nie została natomiast zaskarżona przed Sądem, a jej znaczenie jest dużo mniejsze, gdyż sam argument dopuszczalności zastosowania testu został podniesiony wyłącznie jako argument subsydiarny.

²⁵ Wyr. SPI z 17.12.2008 r. w sprawie T-196/04 *Ryanair v. Komisja*, Zb. Orz. 2008, s. II-3643.

²⁶ Wyr. Sądu z 28.02.2012 r. w połączonych sprawach T-268/08 i T-281/08 *Land Burgenland i Austria v. Komisja*, n/o.

²⁷ Sprawa C-214/12 P.

²⁸ Wyr. ETS z 14.09.1994 r. w połączonych sprawach C-278/92, C-279/92 oraz C-280/92 *Hiszpania v. Komisja* (Hytasa), Zb. Orz. 1994, s. I-4103.

²⁹ Zob. ibidem, pkt 21–22.

³⁰ Przykładem jej zastosowania jest ocena rekapitalizacji przedsiębiorstwa państwowego, które jest w trudnej sytuacji finansowej i któremu grozi upadłość w razie nieuzyskania dodatkowych funduszy. W celu uzyskania odpowiedzi na pytanie czy wniesienie dodatkowego kapitału przez państwo jest zgodne z kryterium prywatnego inwestora i tym samym nie stanowi pomocy publicznej, należy zbadać czy interwencja państwa jest bardziej dla niego korzystna niż likwidacja przedsiębiorstwa. Jeśli tak, to rekapitalizacja jest zgodna z działaniem racjonalnego hipotetycznego prywatnego akcjonariusza. Ocena opłacalności rekapitalizacji jest oparta na porównaniu jej kosztów i z kosztami ewentualnej likwidacji. Zgodnie z logiką formuły ustanowionej w wyroku w sprawie Hytasa koszty, które państwo ponosi w ramach działania jako władza publiczna muszą zostać oddzielone od kosztów ponoszonych jako akcjonariusz. W przypadku likwidacji przedsiębiorstwa koszty takie jak wypłata zasiłków dla bezrobotnych oraz innych świadczeń socjalnych należnych zwolnionym pracownikom na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa nie byłyby brane pod uwagę przez hipotetycznego racjonalnego prywatnego akcjonariusza (w kwestii świadczeń socjalnych zob. m.in.: wyr. SPI z 21.01.1999 r. w połączonych sprawach T-129/95, T-2/96 oraz T-97/96 *Neue Maxhütte Stahlwerke i Lech-Stahlwerke v. Komisja*, Zb. Orz. 1999, s. II-17; opinia rzecznika generalnego Poiarses Maduro do wyroku w sprawie C-276/02 *Hiszpania v. Komisja*, wyrok z 14.09.2004 r., Zb. Orz. 2004, s. I-8091, pkt 38.) Tylko koszty, jakie poniósłby prywatny przedsiębiorca są w tym względzie istotne.

³¹ Zob. pkt 20 i następną opinię rzecznika generalnego Léger do wyroku w sprawie Altmark Trans.

nie budzi zastrzeżeń, a nawet akcentuje właściwe rozumienie testu, o tyle drugiej już tak. Powody tego są następujące.

Po pierwsze, rzecznik generalny Léger twierdził, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, użycie władzy publicznej przez państwo wyklucza zastosowanie testu. W tym celu powołał się on na wyroki w sprawach: *Deufil v. Komisja* z 1987 r.³², *Banco Exterior de España* z 1994 r.³³, *Włochy v. Komisja* z 1999 r.,³⁴ *Niemcy v. Komisja* z 2000 r.,³⁵ *Belgia v. Komisja* z 1999 r.³⁶ oraz *Ladbroke Racing v. Komisja* z 1998 r.³⁷. Analiza owych wyroków prowadzi jednak do wniosku, iż nie tylko Trybunał nie wykluczył zastosowania testu na podstawie użycia instrumentów władzy publicznej, ale żaden z owych wyroków nie dotyczył testu prywatnego inwestora. Nie został on zatem nawet wspomniany³⁸.

Po drugie, Léger twierdził, że jego formuła badania dopuszczalności testu jest oparta na wyroku w sprawie *Hytasa* z 1994 r.³⁹ Jego zdaniem, Trybunał wyraźnie wykluczył możliwość zastosowania testu w owej sprawie właśnie z powodu użycia przez państwo władzy publicznej. Ponownie należy stwierdzić, że taka interpretacja orzecznictwa jest błędna. Otóż Trybunał zastosował test do interwencji państwa hiszpańskiego w stosunku do przedsiębiorstw Hytasa, Imepiel oraz Intelhorce, lecz w jego ocenie warunki testu nie zostały spełnione⁴⁰. Interwencja została uznana za pomoc publiczną, gdyż beneficjent otrzymał od państwa korzyść, jakiej nie otrzymałby od prywatnego inwestora w podobnych okolicznościach w warunkach gospodarki rynkowej. Z perspektywy racjonalnego prywatnego akcjonariusza koszty likwidacji beneficjentów byłyby niższe niż koszty ich restrukturyzacji będącej przygotowaniem do ich prywatyzacji. Należy zatem podkreślić, iż skoro Trybunał zastosował test, to musiał najpierw uznać jego zastosowanie za dopuszczalne. Rzecznik generalny popełnił zatem zasadniczy błąd, nie rozróżniając między dwoma zupełnie odmiennymi kwestiami, a mianowicie pytaniem o dopuszczalność zastosowania testu do danej interwencji i pytaniem czy jego zastosowanie potwierdza inwestycję wolną od pomocy publicznej.

Opinia rzecznika generalnego w kwestii jego interpretacji orzecznictwa w odniesieniu do dopuszczalności zastosowania testu prywatnego inwestora jest zatem co najmniej wysoce wątpliwa, jeśli nie błędna.

Za zdecydowanie błędną natomiast Sąd uznał argumentację Komisji w sprawie EDF, zgodnie z którą zastosowanie testu należało wykluczyć ze względu na fakt wykorzystania przez państwo instrumentu podatkowego w formie ustawy, czyli aktu władzy publicznej. Argumentacja Sądu była następująca. W pierwszej kolejności Sąd przypomniał, iż działania państwa, które mają na celu wypełnianie ciężących na nim zobowiązań z zakresu władzy publicznej, nie mogą być porównywane do działań prywatnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej⁴¹. Istotnie, testu nie można stosować w każdej sytuacji, gdy państwo interweniuje na rynku. Do tej pory jednak orzecznictwo nie odniosło się bezpośrednio do pytania o to, w jaki sposób należy ustalić

³² Wyr. ETS z 24.02.1987 r. w sprawie 310/85 Deufil przeciwko Komisji, Zb. Orz. 1987, s. 901.

³³ Wyr. ETS z 15.03.1994 r. w sprawie C-387/92 Banco Exterior, Zb. Orz. 1994, s. I-877.

³⁴ Wyr. ETS z 19.05.1999 r. w sprawie C-6/97 *Włochy v. Komisja*, Zb. Orz. 1999, s. I-2981.

³⁵ Wyr. ETS z 19.09.2000 r. w sprawie C-156/98 *Niemcy v. Komisja*, Zb. Orz. 2000, s. I-6857.

³⁶ Wyr. ETS z 17.09.1999 r. w sprawie C-75/97 *Belgia v. Komisja*, Zb. Orz. 1999, s. I-3671.

³⁷ Wyr. SPI z 27.01.1998 r. w sprawie T-67/94 *Ladbroke Racing v. Komisja*, Zb. Orz. 1998, s. II-1.

³⁸ Por. M. Köhler, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, EStAL 2011, nr 1, ss. 21–33.

³⁹ Wyr. ETS z 14.09.1994 r. w połączonych sprawach C-278/92, C-279/92 oraz C-280/92 *Hiszpania v. Komisja (Hytasa)*, Zb. Orz. 1994, s. I-4103.

⁴⁰ Zob. ibidem, pkt 22 i nast.

⁴¹ Zob. pkt 228 wyr. Sądu w sprawie EDF.

dopuszczalność testu. Uczynił to jednak Sąd wyjaśniając, iż „Aby ocenić, czy podejmowane przez państwo działania należą do jego uprawnień z zakresu władzy publicznej, czy też wynikają z ciążących na nim obowiązków akcjonariusza, należy je badać nie pod względem ich formy, lecz pod względem ich charakteru, ich przedmiotu oraz zasad, które nimi rządzą, mając jednocześnie na uwadze cel, jakiemu te działania”⁴².

A zatem, o dopuszczalności zastosowania testu decyduje nie forma interwencji, lecz jej charakter, przedmiot, zasady, które nią rządzą oraz jej cel. Co ważne, dopuszczalność zastosowania testu należy stanowczo odróżnić od jego zastosowania⁴³. W tym bowiem celu „należy w szczególności rozważyć, czy w podobnych okolicznościach inwestor prywatny, którego wielkość jest porównywalna z wielkością instytucji zarządzających sektorem publicznym, wniósłby wkład kapitałowy w takiej samej wysokości, w oparciu o przewidywalne możliwości zysku i niezależnie od jakichkolwiek względów natury społecznej bądź związanych z polityką regionalną lub sektorową”⁴⁴.

Ponadto, podobnie jak w wyroku w sprawie *Ryanair* z 2008 r., Sąd podkreślił, że sam fakt działania poprzez wydanie aktu władzy publicznej⁴⁵ – w przypadku sprawy *Ryanair* był to dekret wydany przez Region Waloński⁴⁶ – nie jest okolicznością, która sama w sobie wyklucza zastosowanie testu. Sposób działania Walonii, tj. wydanie aktu regulacyjnego, nie pozbawiał owego działania charakteru działalności gospodarczej, a to właśnie stanowiło warunek konieczny dla potwierdzenia możliwości zastosowania testu. W EDF Sąd uściślił, iż „okoliczność, iż interwencja państwa przybiera formę ustawową, nie wystarcza sama w sobie, aby oddalić tezę, że interwencja państwa dotycząca kapitału przedsiębiorstwa służy celowi gospodarczemu, do którego mógłby również dążyć prywatny inwestor”⁴⁷.

Jeżeli chodzi o argument Komisji, iż kryterium prywatnego inwestora nie może mieć zastosowania wówczas, gdy państwo wykonuje swoje uprawnienia władzy publicznej, korzystając z drogi ustawowej w celu umorzenia wierzytelności podatkowej, Sąd przypomniał o rozróżnieniu pomiędzy obowiązkami, które musi wypełniać państwo jako właściciel-akcjonariusz spółki a mogącymi na nim ciążyć zobowiązaniami z zakresu władzy publicznej⁴⁸. Co istotne, w przypadku EDF nie chodziło o obciążenia związane z kosztami zwolnień pracowników, wypłatą zasiłków dla bezrobotnych, pomocą mającą na celu odbudowę struktury przemysłowej, pożyczkami udzielonymi przez państwo na warunkach odbiegających od normalnych czy też z kosztami przywrócenia danego obszaru do stanu pierwotnego w celu umożliwienia utworzenia na nim parku technologicznego, tak jak miało to miejsce w sprawach, na które powoływała się Komisja⁴⁹. Interwencja państwa w sprawie EDF nie miała charakteru zobowiązania ciążącego na państwie jako władzy publicznej

⁴² Zob. pkt 229 wyr. Sądu w sprawie EDF. Sąd odwołał się również do wyroku Trybunału z 19.01.1994 r. w sprawie C-364/92 *SAT Fluggesellschaft*, Zb. Orz. 1994, s. I-43, pkt 30. W pkt 236 wyroku Sąd podkreślił także znaczenie kontekstu samej interwencji dla ustalenia dopuszczalności zastosowania testu, por. w tym względzie wyrok w sprawie *Ryanair*, zob. pkt 59.

⁴³ Należy tu zaznaczyć, iż sam sposób stosowania testu prywatnego inwestora, tzn. pytanie o okoliczności i czynniki, które muszą zostać wzięte pod uwagę w celu prawidłowego zastosowania testu, i w konsekwencji wypełnienia jego warunków, można rozważać z dwóch punktów widzenia: państwa, które stosuje test do danej interwencji, oraz Komisji, która weryfikuje prawidłowość zastosowania, czyli ocenia czy warunki testu zostały spełnione i dana interwencja nie stanowi pomocy publicznej w świetle art. 107 ust. 1 TFUE.

⁴⁴ Pkt 230 wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁴⁵ Pkt 93–94 wyr. Sądu w sprawie *Ryanair*.

⁴⁶ Zob. pkt 5 i 54 wyr. Sądu w sprawie *Ryanair*.

⁴⁷ Pkt 237 wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁴⁸ Zob. pkt 254 i nast. wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁴⁹ Komisja powołała się na: wyr. ETS z 14.09.1994 r. w połączonych sprawach C-278/92, C-279/92 oraz C-280/92 *Hiszpania v. Komisja (Hytasa)*, Zb. Orz. 1994, s. I-4103; wyr. ETS z 28.01.2003 r. w sprawie C-334/99 *Niemcy v. Komisja (Gröditzler Stahlwerke)*, Zb. Orz. 2003, s. I-1139; wyr. SPI z 8.07.2004 r. w sprawie T-198/01 *Technische Glaswerke Ilmenau v. Komisja*, Zb. Orz. 2004, s. II-2717.

w rozumieniu tego orzecznictwa. Istotnie, do uwag Sądu można dodać, iż państwo nie miało żadnego obowiązku umorzenia wierzytelności podatkowej EDF, tak jak ma to miejsce w przypadku wypłat zasiłków dla bezrobotnych – czy innych świadczeń socjalnych regulowanych przez przepisy prawa ogólnie obowiązującego, a zatem mogło ono mieć motywy tożsame z motywami działania prywatnego inwestora czy też akcjonariusza.

Odrzucając argumenty o znaczeniu formy interwencji oraz faktu użycia aktu władzy publicznej w celu jej podjęcia dla dopuszczalności zastosowania testu, Sąd zwrócił jednocześnie szczególną uwagę na cel, któremu miało służyć działanie państwa francuskiego⁵⁰. Na podstawie analizy art. 4 ustawy nr 97–1026⁵¹ Sąd doszedł do wniosku, iż faktycznym celem interwencji, postrzeganej przez Komisję jako umorzenie wierzytelności podatkowej, była restrukturyzacja bilansu EDF oraz zwiększenie jego funduszy własnych. Zdaniem Sądu, nie były to więc typowe przepisy podatkowe, lecz przepisy z zakresu rachunkowości mające konsekwencje podatkowe⁵². Sąd uznał zatem, iż to (prawdopodobny) cel działania państwa jest istotny, a nie na sposób w jaki państwo działa, tj. przez wydanie aktu władzy państwowej.

Należy tu zauważyć, iż ów sposób działania może zostać przez państwo albo wybrany, albo niejako „narzucony” jako konsekwencja zastanych uregulowań prawnych. W przypadku EDF Sąd zaznaczył, iż podwyższenie kapitału w drodze konwersji wierzytelności przysługującej prywatnemu akcjonariuszowi względem przedsiębiorstwa było nie tylko możliwe według francuskiego prawa, lecz wykorzystanie w tym celu ustawy mogło być także uznane ze nieuniknioną konsekwencją tego, iż same zasady dotyczące kapitału EDF były uregulowane ustawowo, czego nie zakwestionowała Komisja⁵³.

Decydujące w sprawie EDF znaczenie celu badanej interwencji należy ponadto rozważać w kontekście faktu, iż państwo było jedynym akcjonariuszem EDF. Sąd doszedł bowiem do wniosku, że jeśli państwo, będące jedynym akcjonariuszem przedsiębiorstwa⁵⁴, podwyższa jego kapitał, aby m.in. ustabilizować jego bilans, to zachowuje się ono w sposób, w jaki mógłby zachować się prywatny inwestor i nie można *a priori* wykluczyć, iż mogło ono działać w celu porównywalnym z tym, który miałby prywatny inwestor. Innymi słowy, interwencja państwa francuskiego mogła być typową transakcją handlową zgodną z logiką działania prywatnego inwestora. Aby jednak sprawdzić czy rzeczywiście państwo francuskie dokapitalizowało EDF i czy decyzja o wniesieniu kapitału była racjonalna z punktu widzenia hipotetycznego prywatnego akcjonariusza, należało test zastosować i zweryfikować wypełnienie jego warunków. Jednakże Komisja odrzuciła dopuszczalność zastosowania testu i tym samym odmówiła takowej weryfikacji.

Co do formy, w jakiej państwo interweniowało w interesie EDF, Sąd bardzo jasno się wyraził w pkt. 250 stwierdzając, iż „Obowiązek zbadania przez Komisję, czy kapitał został wniesiony przez państwo w okolicznościach odpowiadających normalnym warunkom rynkowym, istnieje bowiem niezależnie od formy, w jakiej państwo wniosło ten kapitał, a w szczególności od tego, czy jest ona podobna do tej, która mogłaby zostać wykorzystana przez prywatnego inwestora”.

⁵⁰ Pkt 91 wyr. Sądu w sprawie Ryanair.

⁵¹ Pkt 239 i następnę wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁵² Miało o tym także zaświadczyć pismo skierowane do EDF przez ministrów gospodarki, finansów i przemysłu, sekretarza stanu do spraw budżetu i sekretarza stanu do spraw przemysłu 22.12.1997 r. – zob. pkt 243 wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁵³ Zob. pkt 252 wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁵⁴ Było to bezsporne – zob. pkt 238 wyr. Sądu w sprawie EDF.

Sama forma interwencji jest zatem obojętna dla badania dopuszczalności testu, choć w pierwszej chwili mogłoby się wydawać, że nie do końca. Sąd mówi tu wszakże o wniesieniu dodatkowego kapitału. Jednakże Sąd mówi o dokapitalizowaniu w świetle celu działania państwa, który ma decydujące znaczenie w kwestii ustalania gospodarczego charakteru interwencji.

Argumentacja Sądu dotycząca znaczenia formy interwencji państwa dla testu prywatnego inwestora oraz sposób jej przedstawienia wymaga poczynienia następujących obserwacji. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że już samo odrzucenie założenia, iż fakt zastosowania aktu władzy publicznej jest okolicznością wykluczającą zastosowanie testu świadczy o nieistotności formy⁵⁵. Argument formy jest bowiem oparty na fakcie użycia aktu władzy publicznej, czyli zastosowania przez państwo takiej formy, która była niedostępna dla spółek prawa handlowego, czyli legislacji.

Po drugie, odrzucając znaczenie formy interwencji dla kwestii dopuszczalności testu, Sąd jednocześnie zaznaczył, że forma może mieć znaczenie dla wyniku jego zastosowania, czyli weryfikacji wypełnienia jego warunków. Sąd stwierdził bowiem, że „nie można wykluczyć, jak zauważyła Komisja podczas rozprawy, że wybór formy, w jakiej dokonywana jest inwestycja, pociąga za sobą różnice w zakresie kosztów zgromadzenia kapitału i jego rentowności, które mogą skłonić do uznania, iż prywatny inwestor w porównywalnych warunkach nie dokonałby takiej inwestycji. Wymaga to jednakże analizy pod względem gospodarczym, z zastosowaniem kryterium prywatnego inwestora, której Komisja w niniejszej sprawie z rozmysłem nie przeprowadziła”⁵⁶.

Istotnie, do obserwacji Sądu w sprawie EDF należy dodać, iż praktyka stosowania testu wyraźnie wskazuje, iż dla wypełnienia warunków testu nie jest obojętne jaką formę interwencji państwo stosuje. Na przykład, w przypadku pożyczki lub gwarancji istotne będzie na jakich warunkach przyznano ją beneficjentowi, czy jest to pożyczka lub gwarancja krótko- lub długoterminowa, jakie zabezpieczenie zaoferował beneficjent, jakie jest ryzyko inwestycji itp. Są to elementy charakterystyki zastosowanego środka, jego forma, przede wszystkim jednak, forma interwencji decyduje o wyborze podtypu prywatnego inwestora, jaki należy zastosować do danej interwencji. W praktyce oznacza to wybór między m.in. testem prywatnego inwestora, wierzyciela, gwaranta, sprzedającego lub też nabywcy. Każdy z podtypów działa zgodnie z logiką prywatnego przedsiębiorcy motywowanego maksymalizacją zysku lub redukcją strat, ale jego horyzont czasowy, chęć podejmowania ryzyka, sektor, w którym działa, sposób inwestycji posiadanych funduszy itp. mogą znacznie się różnić, a to wpływa na sposób, w jaki należy oceniać wypełnienie warunków testu. Należy jednak podkreślić, iż wyboru podtypu testu można dokonać dopiero po stwierdzeniu, iż zastosowanie testu jest dopuszczalne.

Po trzecie, sama treść art. 107 ust. 1 TFUE, który stanowi o „jakiegokolwiek formie” interwencji państwa wskazuje na nieistotność formy dla kwestii badania dopuszczalności testu. Użycie sformułowania „w jakiegokolwiek formie” miało zapobiec ewentualnym próbom obejścia zakazu przyznawania pomocy publicznej poprzez powoływanie się na formę danej interwencji nadanej jej przez ustawodawstwo. Forma interwencji nie może zatem wykluczyć poddania jej badaniu pod względem obecności pięciu kumulatywnych elementów wyszczególnionych w art. 107 ust. 1 TFUE, a badanie wypełnienia testu jest badaniem obecności korzyści gospodarczej.

⁵⁵ Por. wyr. Sądu w sprawie *Ryanair*.

⁵⁶ Pkt 251 wyr. Sądu w sprawie EDF.

Jakkolwiek wniosek o nieistotności formy interwencji państwa dla dopuszczalności zastosowania testu jest jak najbardziej prawidłowy, sama argumentacja Sądu może sprawiać wrażenie niespójnej i niekonsekwentnej. Powody tego są dwa. Po pierwsze, w pierwszej części wyroku Sąd powołał się na opinię rzecznika generalnego Léger, który swoją klasyfikację działań państwa ze względu na możliwość użycia testu oparł na formie interwencji. W drugiej części wyroku Sąd zdecydowanie odrzucił formę jako czynnik decydujący o dopuszczalności zastosowania testu. Ponadto, sam sposób argumentacji w kwestii formy jest zastanawiający. O nieistotności formy Sąd mógł rozstrzygnąć w jednym zdaniu zamiast angażować się w badanie art. 4 ustawy nr 97–1026, aby ustalić czy interwencja państwa była zwykłym umorzeniem wierzytelności podatkowej, czy też dokapitalizowaniem EDF i uzasadnić znaczenie swojego wniosku. W tej kwestii jednak należy zwrócić uwagę na zależność formy interwencji od użycia władzy publicznej, formalistyczne i błędne podejście Komisji oraz szczególną wagę, jaką Sąd nadał celowi interwencji. Można zatem przypuszczać, iż Sąd dążył do zaakcentowania tych elementów i dlatego tyle uwagi poświęcił na pierwszy rzut oka formie interwencji, a w rzeczywistości jej gospodarczemu charakterowi.

W wyroku w sprawie EDF Sąd przypomniał również, że fakt poddawania inwestycji państwowych testowi, podczas gdy prywatni inwestorzy mu nie podlegają, nie narusza zasady równego traktowania państwowych i prywatnych inwestorów z tego względu, że państwo-akcjonariusz nie znajduje się w takiej samej sytuacji, jak prywatny inwestor. Ten ostatni przy finansowaniu swoich inwestycji może liczyć tylko na swoje własne środki, podczas gdy państwo ma dostęp do środków finansowych wynikających z wykonywania władzy publicznej, w szczególności z podatków. Sąd jednak zaznaczył, iż sam fakt dostępu do środków finansowych wynikających z wykonywania władzy publicznej, nie wystarcza do uznania działania państwa za wynikające z jego uprawnień z zakresu władzy publicznej⁵⁷. Istotnie, Sąd trafnie zauważył, że takie założenie prowadziłoby do znacznego ograniczenia lub nawet wykluczenia zastosowania testu. Państwo z natury rzeczy ma dostęp do środków finansowych wynikających z wykonywania władzy publicznej, w szczególności z podatków, natomiast dochody z komercyjnej działalności państwa są marginalne w porównaniu z dochodami z poboru podatków. Poza tym, pomysł ograniczenia czy nawet wykluczenia użycia dla celów inwestycyjnych środków zgromadzonych przez pobór podatków byłby sprzeczny z art. 345 TFUE. Źródło pochodzenia środków państwowych czy też sposób ich zgromadzenia nie są zatem istotne dla kwestii dopuszczalności zastosowania testu⁵⁸. Istotna może być natomiast cena zainwestowanego kapitału, a konkretnie cena jaką ponosi państwo i cena jaką poniósłby prywatny inwestor. Ta jednak kwestia jest rozpatrywana dopiero na etapie stosowania testu, a nie decydowania o możliwości jego zastosowania.

W kwestii środków państwowych, jakie zostały przeznaczone na interwencję i ich znaczenia dla dopuszczalności zastosowania testu, Komisja podniosła również, iż żaden prywatny inwestor nie mógłby zgromadzić takich kapitałów za taką samą cenę, a w każdym zaś razie w owym czasie nie istniał inwestor prywatny, który mógłby stanowić punkt odniesienia. W odpowiedzi Sąd stwierdził, iż „brak prywatnego inwestora mogącego posłużyć za punkt odniesienia nie jest przeszkodą dla tego, aby zbadać operację w świetle „normalnych warunków rynkowych”, które z uwagi na

⁵⁷ Pkt 232 wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁵⁸ Por.: Ph. Nicolaidides, I.E. Rusu, *Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?* ESTAL 2011, nr 2, ss. 237–248; E. Szyszczak, *The Survival of the Market Economy Investor Principle in Liberalised Markets*, ESTAL 2011, nr 1, ss. 35–40.

to, że siłą rzeczy mają charakter hipotetyczny, powinno się oceniać w odniesieniu do dostępnych obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów⁵⁹.

W świetle tego stwierdzenia należy podkreślić, iż test prywatnego inwestora jest z założenia hipotetycznym modelem prywatnego inwestora. Weryfikacja wypełnienia jego warunków jest oczywiście dużo łatwiejsza, jeżeli inwestor prywatny o cechach odpowiadających inwestorowi państwowemu istnieje w chwili podejmowania inwestycji⁶⁰, ale jego brak nie wyklucza zastosowania testu. Istotą wypełnienia jego warunków jest bowiem działanie zgodne z logiką racjonalnego inwestora zorientowanego na maksymalizację zysku lub minimalizację strat. Co ważne, operowanie hipotetycznym modelem jest nie tyle wadą testu, ile jego zaletą. Pozwala ono bowiem na dostosowanie go do różnych typów interwencji podejmowanych przez państwo. To czyni test instrumentem bardziej elastycznym, lepiej odzwierciedlającym realia, w jakich działa współczesne państwo⁶¹.

Wreszcie, Sąd odniósł się do argumentu Komisji, iż dopuszczenie zastosowania kryterium prywatnego inwestora w sprawie EDF mogłoby prowadzić do usprawiedliwienia każdej formy zwolnienia podatkowego przyznawanego przez państwa członkowskie, ponieważ spełniałyby one zawsze to kryterium⁶². W odpowiedzi Sąd podkreślił, co następuje. Po pierwsze, sprawa EDF nie dotyczyła zwykłego zwolnienia podatkowego przyznanego przedsiębiorstwu, lecz umorzenia wierzytelności podatkowej w ramach podwyższenia kapitału przedsiębiorstwa, którego jedynym akcjonariuszem było państwo. Po drugie, Sąd przypomniał, iż nie można było z góry przesądzać o wyniku zastosowania testu. W przeciwnym razie byłby on zbędny lub nieodpowiedni. Po trzecie, w żadnym wypadku nie można było wykluczyć, że w niniejszej sprawie zastosowanie testu mogłoby doprowadzić do stwierdzenia, iż interwencja państwa nie była porównywalna do zachowania prywatnego inwestora. Z odpowiedzi Sądu jasno wynika, że nierozróżnianie między kwestią dopuszczalności zastosowania testu i jego zastosowaniem ma poważne konsekwencje w postaci podnoszenia argumentów, które są nietrafne.

Podsumowując, Sąd uznał, iż po pierwsze, sam fakt działania poprzez wydanie aktu władzy publicznej nie może wykluczyć dopuszczalności zastosowania testu do danej interwencji. Po drugie, forma interwencji, źródło pochodzenia zainwestowanych środków, w szczególności zgromadzonych poprzez wykonywanie władzy publicznej, ich ilość oraz istnienie porównywalnego prywatnego inwestora są nieistotne z punktu widzenia dopuszczalności zastosowania testu. Po trzecie, istotne w tym względzie są natomiast: charakter interwencji, jej przedmiot, zasady nią rządzące oraz cel.

⁵⁹ Pkt 278 wyr. Sądu w sprawie EDF. Sąd odwołał się w tym miejscu do wyroku Trybunału z 3.07.2003 r. w połączonych sprawach C-83/01 P, C-93/01 P i C-94/01 P, *Chronopost i in. v. Ufex i in.*, Zb. Orz. 2003, s. I-6993, pkt 38.

⁶⁰ Innym ułatwieniem weryfikacji wypełnienia warunków testu jest sytuacja współdziałania z inwestorem prywatnym, o ile owo współdziałanie spełnia określone warunki, m.in. gdy podejmowane ryzyko jest takie samo w przypadku inwestora prywatnego i publicznego. Więcej na temat kryterium tzw. współlistnienia lub współdziałania zob. np. w: wyroku SPI z 12.12.2000 r. w sprawie T-296/97 *Alitalia v. Komisja*, Zb. Orz. 2000, s. II-3871; wyroku ETS z 8.05.2003 r. w połączonych sprawach C-328/99 oraz C-399/00 *Włochy i SIM 2 Multimedia v. Komisja*, Zb. Orz. 2003, s. I-4035; decyzji Komisji z 11.12.2007 r. w sprawie pomocy państwa C 53/06 (ex N 262/05, ex CP 127/04) dla Amsterdam Glass Fibre Network na inwestycję gminy Amsterdam w budowę światłowodowej sieci dostępowej FTTH (2008/729/WE), (pierwszy przypadek wypełnienia warunków testu w sektorze światłowodowych sieci dostępowych).

⁶¹ Należy tu jednak zdecydowanie odrzucić teorię, zgodnie z którą należałoby w przyszłości dążyć do poddawania testowi prywatnego inwestora każdej interwencji państwa, która ma charakter gospodarczy, co proponuje Albert Sánchez Graells [w:] *Bringing the 'Market Economy Agent' Principle to Full Power* (15 czerwca 2012). Pobrano z: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2084786> lub <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2084786> (18.12.2012). Oznaczałoby to zaprzeczenie instytucji państwa poprzez zaprzeczenie jego dwuwymiarowości.

⁶² Pkt 283 wyr. Sądu w sprawie EDF.

VI. Wyrok Trybunału oraz jego analiza

Dnia 26 lutego 2010 r. Komisja wniosła o uchylenie wyroku Sądu z 15 grudnia 2009 r. i w tym celu podniosła dwa zarzuty. Pierwszy opierał się na przeinaczeniu okoliczności faktycznych, drugi zaś – na naruszeniu prawa przy dokonywaniu wykładni dawnego art. 87 ust. 1 WE, w szczególności, przy ustalaniu zakresu stosowania i treści testu rozważnego inwestora prywatnego działającego w warunkach gospodarki rynkowej, i dzielił się na cztery części. Rzecznik generalny Mazák całkowicie przychylił się do stanowiska Komisji w obydwu kwestiach⁶³.

Zarzut pierwszy – przeinaczenie przez Sąd okoliczności faktycznych

Zdaniem Komisji Sąd przeinaczył dowody, uznając, iż państwo francuskie dokonało konwersji wierzytelności podatkowej na kapitał, gdy tymczasem było to zwolnienie z podatku dochodowego od osób prawnych, a w tej sytuacji zastosowanie kryterium inwestora prywatnego było wykluczone. Zdaniem rzecznika generalnego wypaczenie faktów „jasno wynikało” z treści dokumentów znajdujących się w dyspozycji Trybunału. Miało o tym świadczyć co następuje. Po pierwsze, akta sprawy nie potwierdzały istnienia podstawy opodatkowania, wysokości podatku, należnej wierzytelności podatkowej czy decyzji o konwersji wierzytelności podatkowej. Rzecznik generalny zasugerował nawet, iż Sąd wziął pod uwagę podjętą przez rząd francuski próbę następczego usprawiedliwienia swoich działań w świetle testu, czyli *ex post*. Po drugie, art. 4 ustawy nr 97–1026 określał jedynie konsekwencje księgowo operacji finansowych, których dotyczył. Nie określał on natomiast podatkowych konsekwencji lub implikacji przedmiotowych operacji. Po trzecie, dopiero 18 miesięcy po wszczęciu dochodzenia państwo przedstawiło zwolnienie z podatku udzielone EDF jako operację „porównywalną” z „dodatkową dotacją kapitałową”. Nie przedstawiło jednak na to żadnych dowodów. Po czwarte, wniesione przez EDF studium „Perspektywa hipotetycznego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej” było przeprowadzone wyłącznie *ex post* i w zamiarze usprawiedliwienia ze skutkiem retroaktywnym ekonomicznej logiki analizowanej transakcji. W swej retoryce rzecznik generalny Mazák posunął się nawet do stwierdzenia, iż mogłoby się wydawać, że Sąd zmierzał w rzeczywistości do obejścia orzecznictwa Trybunału odnoszącego się do zakresu stosowania testu.

Te argumenty nie przekonały jednak Trybunału i oddalił on zarzut przeinaczenia okoliczności faktycznych, który zresztą rozpatrzył w drugiej kolejności. Przed przystąpieniem do przedstawienia argumentacji Trybunału, należy zauważyć, że dyskusja nad zasadnością zarzutu wymagałaby wglądu w akta sprawy, co nie jest możliwe. Możliwe natomiast, a w zasadzie nieodzowne jest zadanie pytania o sens takiego wglądu. Zarzut przeinaczenia faktów sprowadzał się bowiem do stwierdzenia, że państwo dokonało zwykłego umorzenia wierzytelności podatkowej, co zdaniem Komisji wyklucza zastosowanie testu. Dyskusja ta była zatem dyskusją o formie interwencji i jej znaczeniu dla dopuszczalności zastosowania testu. Zdaniem Trybunału jest ona jest nieistotna, co jasno wynika ze stwierdzenia, iż „w przypadku gdy państwo członkowskie przysparza korzyść gospodarczą należącemu do niego przedsiębiorstwu, podatkowy charakter środka użytego do celów przyznania tej korzyści nie pozwala wykluczyć z góry możliwości zastosowania kryterium inwestora prywatnego. Z tego wynika *a fortiori*, że konkretny sposób postępowania wybrany przez

⁶³ Opinia rzecznika generalnego Mazáka do wyr. Trybunału z 5.06.2012 r. w sprawie C-124/10 P. *Komisja v. Électricité de France*, n/o.

dane państwo członkowskie nie ma znaczenia dla celów oceny możliwości zastosowania tego kryterium⁶⁴.

Trybunał odniósł się do formy również w ramach zarzutu drugiego, przypominając w tym celu treść dawnego art. 87 ust. 1 WE. Ponadto, odniósłszy się do argumentu Komisji o konieczności dokonywania oceny istnienia pomocy publicznej na podstawie skutku interwencji państwa, a nie jej celu Trybunał podkreślił, iż „sytuacja finansowa przedsiębiorstwa publicznego będącego beneficjentem nie zależy jednak od formy przyznania tej korzyści, bez względu na jej charakter, lecz od kwoty, która zostaje mu ostatecznie przysporzona. Sąd nie naruszył zatem prawa, koncentrując swoją analizę możliwości zastosowania kryterium inwestora prywatnego na poprawie sytuacji finansowej EDF z uwagi na otwarcie rynku energii elektrycznej na konkurencję i na skutkach spornego działania na konkurencję, a nie na podatkowym charakterze środków użytych przez państwo francuskie⁶⁵.

Zarzut drugi – wykładnia dawnego art. 87 (1) WE

Pierwsza część zarzutu drugiego dotyczyła kryteriów rozróżnienia między państwem-akcjonariuszem a państwem sprawującym władzę publiczną. Komisja i rzecznik generalny wskazali, iż Sąd nie mógł wziąć pod uwagę celu interwencji państwa, gdyż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, art. 87 ust. 1 WE „nie wprowadza [...] rozróżnienia pomiędzy interwencjami państwowymi w zależności od ich przyczyn lub celów, ale definiuje te interwencje na podstawie ich skutków⁶⁶. Kryterium celu jest subiektywne i nie może stanowić podstawy do wykluczenia istnienia pomocy publicznej. W przeciwnym wypadku, aby uniknąć stosowania art. 87 ust. 1 WE wystarczyłoby, aby państwo powołało się na zgodność z prawem celów realizowanych przy użyciu zasobów państwowych⁶⁷. Ponadto, decydujące znaczenie celu interwencji trudno jest pogodzić z faktem, iż „pojęcie pomocy państwa określone w traktacie ma charakter prawny i powinno być interpretowane w oparciu o elementy obiektywne⁶⁸, tzn. w odniesieniu do dostępnych, obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów. W przeciwnym wypadku zakres ciążącego na Komisji obowiązku nadzoru uległby naruszeniu, a sądy nie byłyby w stanie „przeprowadzić pełnej kontroli w kwestii ustalenia, czy dany środek wchodzi w zakres stosowania art. 87 ust. 1 WE⁶⁹.

Przed przedstawieniem odpowiedzi Trybunału na powyższe argumenty należy zauważyć co następuje. Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, iż art. 107 (1) TFUE nie rozróżnia między interwencjami państwa w zależności od ich przyczyn lub celów, ale definiuje je na podstawie ich skutków. Jednakże, w celu właściwego zrozumienia istoty dokonywania oceny interwencji na podstawie jej skutku należy odwołać się do Opinii rzecznika generalnego Tizzano w sprawie *Heiser*⁷⁰, o której zresztą przypomniał sam rzecznik generalny Mazak. W pkt. 46 Opinii w sprawie *Heiser* rzecznik generalny Tizzano podkreślił mianowicie, iż „charakter celu, jakiemu miał służyć przepis przyjęty przez państwo nie jest *ipso facto* wystarczający, by uznać, iż pomoc państwa nie miała miejsca. W przeciwnym przypadku dla uniknięcia stosowania przepisów traktatu dotyczących pomocy

⁶⁴ Pkt 108 wyr. Trybunału w sprawie EDF.

⁶⁵ Pkt 239 i następane wyr. Sądu w sprawie EDF.

⁶⁶ Wyr. Trybunału z 9.06.2011 r. w połączonych sprawach C-71/09 P, C-73/09 P i C-76/09 P *Comitato „Venezia vuole vivere” v. Komisja*, n/o.

⁶⁷ Zobacz opinię rzecznika generalnego Tizzano przedstawną w 28.10.2004 r. w sprawie C-172/03 *Heiser*, Zb. Orz. 2004, s. I-1627, pkt 45.

⁶⁸ Wyr. ETS z 22.12.2008 r. w sprawie C-487/06 *British Aggregates v. Komisja*, Zb. Orz. 2008, s. I-10515, pkt 111.

⁶⁹ Opinia rzecznika generalnego Mazáka, pkt 72.

⁷⁰ Wyr. Trybunału z 3.03.2005 r. w sprawie C-172/03 *Heiser v. Finanzamt Innsbruck*, Zb. Orz. 2005, s. I-1627.

państwa wystarczyłoby, aby państwo członkowskie powołało się na zgodność z prawem celów realizowanych przy użyciu zasobów państwowych⁷¹.

Istotnie, ustalenie czy beneficjent otrzymał pomoc publiczną nie może opierać się na oświadczeniu państwa, iż realizowało ono cel gospodarczy i tym samym działało zgodnie z logiką prywatnego inwestora⁷². Jednakże, uwzględnienie (nawet jeśli tylko prawdopodobnego) gospodarczego celu danej interwencji i tym samym uznanie zastosowania testu za dopuszczalne skutkuje tylko i wyłącznie decyzją o przeprowadzeniu analizy gospodarczej danej interwencji, czyli weryfikacji rzekomego wypełnienia warunków testu. Potwierdzenie dopuszczalności zastosowania testu nie oznacza, że dana interwencja wypełnia jego warunki i tym samym jest wolna od pomocy publicznej⁷³. A zatem, argument sprzeczności wyroku Sądu z utrwalonym orzecnictwem w kwestii oceny interwencji państwa wyłącznie na podstawie jej skutków, a nie motywów i celów należy odrzucić. Podnoszenie go świadczy o niezrozumieniu różnicy między badaniem dopuszczalności zastosowania testu oraz jego zastosowaniem i konsekwencji obu etapów.

Z tego samego powodu należy odrzucić argument rzecznika generalnego, zgodnie z którym „uwzględnianie celów rzekomo realizowanych przez państwo członkowskie ułatwia manipulację i wpływa na konkurencję między sektorem prywatnym i publicznym. Istnieje realne ryzyko, że państwa członkowskie mogłyby poczuć się zachęczone do tego, aby w celu uniknięcia zastosowania przepisów regulujących pomoc państwa na swoją obronę podnosić jedynie (*ex post*), że kierowały się troską o osiągnięcie zysku⁷⁴. Jednakże, należy zauważyć, iż państwa członkowskie próbowały i będą próbować usprawiedliwiać przyznawanie różnych środków państwowych działaniem zgodnym z logiką testu i to niezależnie od tego czy mają ku temu podstawy, czy też nie. Wyrok w sprawie EDF nic tutaj nie zmienia, a wszelkie próby „manipulacji”, jeżeli takowymi się okażą, zostaną „udaremnione” na etapie weryfikacji zastosowania testu. Zgodnie z decyzją Komisji z 2 maja 2013 r. takiej ocenie zostanie poddana sama rzekoma rekapitalizacja EDF⁷⁵. Jak się wydaje, państwu będzie raczej trudno przedstawić dowody na działanie zgodnie z logiką prywatnego inwestora.

Podobnie, uwzględnianie celu interwencji w ustalaniu dopuszczalności zastosowania testu w niczym nie narusza zakresu ciężącego na Komisji obowiązku nadzoru ani też nie pozbawia sądów możliwości pełnej kontroli danej interwencji w celu ustalenia czy stanowi ona pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE⁷⁶. Wykluczenie lub potwierdzenie istnienia pomocy publicznej może nastąpić tylko i wyłącznie w drodze zastosowania testu (weryfikacji zastosowania).

Jeśli chodzi o stanowisko Trybunału w kwestii pierwszej części drugiego zarzutu, zgodził się on ze stanowiskiem Sądu, stwierdzając, iż w ustalaniu dopuszczalności zastosowania testu „istotne mogą być – jak orzekł Sąd w pkt 229 zaskarżonego wyroku – charakter i przedmiot tego działania, kontekst, w jaki się ono wpisuje oraz cel, jakiemu ono służy i reguły, jakim podlega to działanie⁷⁷. Ponadto, podkreślając cel zastosowania testu, Trybunał potwierdził także nieistotność

⁷¹ Opinia rzecznika generalnego Tizzano, pkt 46; opinia rzecznika generalnego Mazáka, pkt 56.

⁷² Można tu przywołać ciekawą obserwację poczynioną przez Jennerta, który to zauważył, iż sam fakt użycia przez państwo środków prawa prywatnego nie oznacza, iż dana interwencja wypełnia warunki testu prywatnego inwestora – zob. C. Jennert, *Die Berücksichtigung des Empfängerhaltens im Europäischen Beihilfenrecht*, EuR 2003, ss. 342–355, (ss. 350–351).

⁷³ Por. A. Bartosch, *Case Note on EdF v Commission (T-156/04 – under Appeal)*, ESTAL 2010, nr 3, ss. 679–682.

⁷⁴ Opinia rzecznika generalnego Mazáka, pkt 71.

⁷⁵ Pobrano z: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-391_en.htm?locale=en.

⁷⁶ Opinia rzecznika generalnego Mazáka, pkt 72.

⁷⁷ Zob. pkt 86 wyr. Trybunału.

formy korzyści przekazanej przez państwo, w przeciwieństwie do jej wartości. Trybunał zaakcentował ponadto ciążący na Komisji obowiązek zbadania czy kapitał został wniesiony przez państwo w okolicznościach odpowiadających normalnym warunkom rynkowym, czyli zbadania dopuszczalności zastosowania testu, niezależnie od formy wniesienia owego kapitału⁷⁸.

W drugiej części drugiego zarzutu Komisja podniosła, iż Sąd nie starał się ustalić czy zachowanie państwa było porównywalne z zachowaniem prywatnego inwestora, gdyż jego analiza odniosła się nie do „schematu krótkiego”, który państwo zastosowało, lecz do „schematu długiego”, podczas gdy wybór między nimi nie jest obojętny: tylko „schemat długi” gwarantuje przejrzystość i dyscyplinę budżetową. Zdaniem Komisji Sąd powinien był również uwzględnić konieczność określenia realnego inwestora prywatnego, który byłby punktem odniesienia, gdyż tego miało wymagać orzecznictwo. Ponadto, żaden inwestor prywatny nie mógłby się zachować jak państwo, gdyż musiałby on zapłacić podatek dochodowy od osób prawnych i nie mógłby dokonać jego konwersji na kapitał. Zachowanie państwa odzwierciedlało zatem działanie w charakterze władzy podatkowej, a nie akcjonariusza. Rzecznik generalny dodał natomiast, iż Sąd powinien był zająć takie samo stanowisko, jak Trybunał w sprawie Chronopost I z 2003 r.,⁷⁹ w której to Trybunał miał wykluczyć zastosowanie testu do wsparcia logistycznego i handlowego udzielonego przez La Poste spółce zależnej, SFMI-Chronopost. Trybunał miał tak postąpić, ponieważ La Poste „znajdowała się w bardzo szczególnej sytuacji: musiała utrzymywać sieć placówek pocztowych w celu dostarczania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, a prywatny inwestor nie działający w zmonopolizowanym sektorze nie mógłby się nigdy znaleźć w takim samym położeniu”⁸⁰.

Argument rzecznika generalnego oparty na wyroku w sprawie Chronopost I wymaga uwagi nie tylko w kontekście sprawy EDF. Jest on często podnoszony w literaturze w celu uzasadnienia wykluczenia dopuszczalności zastosowania testu w dwóch sytuacjach: gdy inwestor państwowy działa na rynku zmonopolizowanym oraz gdy państwo rekompensuje świadczenie usług zdefiniowanych jako usługi w ogólnym interesie gospodarczym (SGEI)⁸¹. Rzecznik generalny Mazák nie jest zatem odosobniony w swoim twierdzeniu jakoby test prywatnego inwestora został wykluczony przez Trybunał jako nieodpowiedni w sytuacji La Poste. Jest to jednak błędna interpretacja wyroku w sprawie Chronopost I. Powody tego są następujące.

Po pierwsze, o ile w pkt. 33 Trybunał stwierdził, iż zastosowanie testu bez uwzględnienia okoliczności, że przedsiębiorstwo, takie jak La Poste, znajduje się w sytuacji zasadniczo odmiennej od sytuacji przedsiębiorstwa prywatnego prowadzącego działalność w normalnych warunkach rynkowych, narusza prawo, o tyle w pkt. 38 Trybunał uściślił, iż „w braku jakiegokolwiek możliwości porównania sytuacji La Poste z sytuacją prywatnej grupy przedsiębiorstw, które nie wykonują działalności w zmonopolizowanym sektorze, „normalne warunki rynkowe”, z konieczności hipotetyczne, należy oceniać w odniesieniu do dostępnych, obiektywnych i możliwych do

⁷⁸ Zob. pkt 93 wyr. Trybunału.

⁷⁹ Wyr. ETS z 3.07.2003 r. w połączonych sprawach C-83/01 P, C-93/01 P oraz C-94/01 P. Chronopost I, Zb. Orz. 2003, s. I-6993.

⁸⁰ Opinia rzecznika generalnego Mazáka, pkt 112.

⁸¹ Zob. np.: M. Köhler, *New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test*, EStAL 2011, nr 1, ss. 21–33, (s. 22); A. Fratini, A. Carta, *Chronopost v. Ufex. The Paradox of the Competing Monopolist* [w:] L. Frank, Ph. Lowe, G.M. Berrisch (et al.), *Symposium on European Competition law*, „Northwestern Journal of International Law and Business” 2004, Vol. 24, No. 3, ss. 773–789, (s. 786); M. Honoré, *The Problem of Cross-Subsidisation in Newly Liberalised Sectors*, [w:] A. Bartosch (red.), *New Developments in European State Aid Law 2007*, Berlin 2008, ss. 63–70, (s. 68); I. Atanasiu, *Chronopost II: The Application of the Market Economy investor Principle in Reserved Sectors*, EStAL 2008, nr 3, ss. 571–574, (s. 572). W kwestii przeciwnego stanowiska zob. np.: A. Bartosch, *Clarification or confusion? How to reconcile the ECJ's Rulings in Altmark and Chronopost*, EStAL 2003, nr 3, ss. 375–386; Th. Müller, *Efficiency Control in State aid and the Power of Member States to define SGEIs*, EStAL 2009, nr 1, ss. 39–46, (s. 41).

sprawdzenia elementów⁸². W tym przypadku były to koszty, które La Poste ponosiła w związku z udzielaniem wspomnianego wsparcia spółce zależnej. A zatem, Trybunał nie wykluczył zastosowania testu, ale wyjaśnił sposób jego dostosowania, tak aby odpowiednio uwzględniał on wyjątkową pozycję La Poste i towarzyszące temu ograniczenia i utrudnienia w weryfikacji wypełnienia warunków testu. Zastosowanie testu miało wykazać czy La Poste (działająca w zmonopolizowanym segmencie sektora pocztowego) poprzez udzielanie spółce zależnej (działającej w zliberalizowanym segmencie sektora usług pocztowych) wsparcia logistycznego i handlowego zakłócało konkurencję (poprzez tzw. *cross-subsidisation*). Nakaz odniesienia do obiektywnych i dostępnych elementów, a nie do hipotetycznego modelu prywatnego inwestora, świadczył o racjonalnym podejściu do testu i jego ograniczeń. Podobnie jak w przypadku EDF, brak realnego odpowiednika La Poste w sektorze prywatnym nie wykluczył zastosowania testu. W przypadku La Poste, dysponowała ona unikatową infrastrukturą oraz środkami, czyli „siecią pocztową” umożliwiającą jej świadczenie podstawowych usług pocztowych, której to utworzenie i utrzymanie nie odpowiadało czysto handlowej logice. Sieć taka nie jest siecią rynkową i dlatego nie mogłaby nigdy zostać utworzona przez prywatnego inwestora. Mimo tych ograniczeń, częściowo wynikających z samej konstrukcji testu, ale i sytuacji La Poste, Trybunał nie wykluczył zastosowania testu. Orzekł natomiast, iż „jeżeli – po pierwsze – zostanie ustalone, że żądane świadczenie wzajemne należycie pokrywa dodatkowe koszty zmienne poniesione wskutek udzielenia wsparcia logistycznego i handlowego, odpowiedni wkład w koszty stałe wynikające z wykorzystywania sieci pocztowej oraz właściwej wysokości zwrot kapitału własnego, o ile jest on przeznaczony na konkurencyjną działalność SFMI-Chronopost, a po drugie, jeżeli żadne przesłanki nie pozwalają na przypuszczenie, że te elementy zostały oszacowane poniżej ich wartości lub ustalone w sposób arbitralny”⁸³.

Po drugie, argument rzecznika generalnego Mazáka należy odrzucić również z tego względu, iż w kolejnych sprawach określanych często w literaturze jako tzw. saga Chronopost⁸⁴, której końcowy rozdział został napisany po 17 latach od rozpoczęcia sporu⁸⁵, dyskusja wokół testu prywatnego inwestora dotyczyła sposobu jego zastosowania, tj. modelu, który miałby zostać użyty, a nie kwestii dopuszczalności jego zastosowania środka w postaci wsparcia logistycznego i handlowego, jakiego La Poste udzieliło Chronopost. Kolejny raz zatem należy zwrócić uwagę na konieczność rozróżniania między tymi dwoma etapami.

Jeśli chodzi o stanowisko Trybunału w kwestii różnicy między „schematem krótkim” i „schematem długim”, podkreślił on, iż „ewentualna różnica między kosztami poniesionymi przez inwestora prywatnego i kosztami powstałymi po stronie państwa dokonującego inwestycji nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu kryterium inwestora prywatnego. Kryterium to umożliwia właśnie

⁸² Wyr. ETS z 3.07.2003 r. w y połączonych sprawach C-83/01 P, C-93/01 P oraz C-94/01 P. *Chronopost I*, Zb. Orz. 2003, s. I-6993, zob. pkt 38-39. Por. pkt 101-102 wyr. Trybunału w sprawie EDF.

⁸³ Wyr. ETS z 3.07.2003 r. w y połączonych sprawach C-83/01 P, C-93/01 P oraz C-94/01 P. *Chronopost I*, Zb. Orz. 2003, s. I-6993, zob. pkt 40.

⁸⁴ Więcej na temat sporu w m.in.: I. Atanasiu, *Chronopost II: The Application of the Market Economy investor Principle in Reserved Sectors*, EStAL 2008, nr 3, ss. 571–574; A. Fratini, A. Carta, *Chronopost v. Ufex. The Paradox of the Competing Monopolist*, [w:] L. Frank, Ph. Lowe, G.M. Berrisch (et al.), *Symposium on European Competition law*, „Northwestern Journal of International Law and Business” 2004, Vol. 24, No. 3, ss. 773–789; P.L. Vesterdorf, *Joined cases C-341/06 P and C-342/06 P, Chronopost SA and La Poste v union francaise de l'express (UFEX) and Others, judgment of the court (Grand Chamber) of 1 July 2008*, CML Rev. 2009, nr 46, ss. 1305–1326; M. Honoré, *The Problem of Cross-Subsidisation in Newly Liberalised Sectors*, [w:] A. Bartosch (red.), *New Developments in...*, ss. 63–70.

⁸⁵ Początek sporu datuje się na grudzień 1990 r. Pierwszy wyrok Trybunału dotyczący wsparcia La Poste dla Chronopost został wydany w trybie prejudycjalnym (zob. wyrok ETS z 11.07.1996 r. w sprawie C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni v. La Poste i in.*, Zb. Orz. 1996, I-3547). Spór zakończył wyrok ETS z 1.07.2008 r. w połączonych sprawach C-341/06 P oraz C-342/06 P. *Chronopost La Poste v. Union française de l'express (UFEX) i in.*, Zb. Orz. 2008, s. I-4777.

ustalenie między innymi istnienia takiej różnicy i uwzględnienie jej przy ocenie kwestii, czy warunki stawiane przez to kryterium są spełnione⁸⁶. Co ważne, „Sąd nie przesądził z góry ani o możliwości zastosowania w niniejszym przypadku wspomnianego kryterium, ani – jak wskazał w pkt 283 owego wyroku – o wyniku ewentualnego zastosowania tego kryterium”⁸⁷. Ponadto, Trybunał odrzucił argumenty o rzekomym zezwoleniu „państwowym członkowskim do uwzględniania przy stosowaniu tego kryterium korzyści i zobowiązań związanych z ich statusem władzy publicznej lub subiektywnych i zdalnych do manipulacji elementami”⁸⁸.

W trzeciej części zarzutu Komisja utrzymywała, iż Sąd naruszył zasadę równego traktowania przedsiębiorstw publicznych i prywatnych z powodu uwzględnienia możliwości wykorzystania przez państwo prerogatyw władzy publicznej. Rzecznik generalny powtórzył, że wykorzystany sposób dokapitalizowania był niedostępny dla prywatnych inwestorów i kolejny raz przywołał zasadę niedyskryminacji zawartą w art. 345 TFUE oraz ochrony konkurencji. Należy zauważyć, że przytoczone w ramach trzeciej części zarzutu argumenty zostały już wcześniej podniesione i odrzucone przez Trybunał i nie wymagały dodatkowych komentarzy.

W części czwartej drugiego zarzutu Komisja podniosła argument naruszenia reguł dotyczących ciężaru dowodu twierdząc, że dopuszczalność zastosowania testu to wyjątek od art. 87 ust. 1 TWE, a zatem to na państwie ciążył obowiązek wykazania, że można go zastosować. Państwo ograniczyło się tymczasem do powołania na perspektywę opłacalności bez przedstawienia danych na poparcie swoich twierdzeń. Takich danych nie dostarczyły również akta sprawy. Komisja nie miała zatem obowiązku zbadania dopuszczalności zastosowania testu. Ponadto, zgodność z prawem jej decyzji powinna być oceniana na podstawie informacji, którymi Komisja mogła dysponować w momencie jej wydania, a wówczas nie dysponowała ona żadną informacją mogącą świadczyć o dopuszczalności zastosowania testu.

Trybunał doszedł jednak do zupełnie odmiennego wniosku zaznaczając, iż „kryterium inwestora prywatnego nie stanowi wyjątku, który znajduje zastosowanie wyłącznie na wniosek państwa członkowskiego, gdy spełnione są znamiona pojęcia pomocy państwa niezgodnej ze wspólnym rynkiem określone w art. 87 ust. 1 WE. [...] kryterium to, o ile ma ono zastosowanie, figuruje wśród elementów, które Komisja jest zobowiązana uwzględnić, aby ustalić istnienie takiej pomocy. W konsekwencji w sytuacji, gdy wydaje się, że kryterium inwestora prywatnego może mieć zastosowanie, na Komisji spoczywa obowiązek zwrócenia się do zainteresowanego państwa członkowskiego o dostarczenie jej wszelkich istotnych informacji, które umożliwią jej sprawdzenie czy przesłanki możliwości zastosowania i stosowania tego kryterium są spełnione i instytucja ta może odmówić zbadania takich informacji tylko wtedy, gdy przedłożone dowody pochodzą z okresu po wydaniu decyzji o dokonaniu spornej inwestycji”⁸⁹.

Do argumentacji Trybunału należy dodać, że obowiązek rozważenia dopuszczalności zastosowania testu wynika z samego faktu, iż służy on zidentyfikowaniu korzyści gospodarczej, która ewentualnie stanowi pomoc publiczną, a zatem jednego z pięciu kumulatywnych elementów art. 107 ust. 1 TFUE. Komisja podniosła ten sam argument testu jako wyjątku od art. 107 ust. 1

⁸⁶ Zob. pkt 96 wyr. Trybunału.

⁸⁷ Zob. pkt 99 wyr. Trybunału. Należy zauważyć, że również w sprawie Ryanair Sąd nie zajął stanowiska w kwestii wypełnienia warunków testu.

⁸⁸ Zob. pkt 100 wyr. Trybunału.

⁸⁹ Zob. pkt 103-104 wyr. Trybunału.

TFUE w niedawno rozstrzygniętej sprawie *Buczek Automotive*, gdzie został on odrzucony przez Trybunał⁹⁰.

Jak wynika z powyższej analizy wyroku Trybunału, oba zarzuty zostały oddalone. Co istotne, Sąd i Trybunał ustaliły, iż test powinien być zastosowany, ale nie wypowiedziały się i nie mogły się wypowiedzieć w kwestii wypełnienia jego warunków. Takie rozstrzygnięcie należy do wyłącznych kompetencji Komisji.

VII. Wnioski

Wnioski, jakie należy wyciągnąć ze sprawy EDF są następujące. Po pierwsze, należy odnieść się do wielokrotnie wspomianej kontrowersyjności wyroku Sądu. W tym celu należy ustosunkować się do następujących pytań i wątpliwości.

Po pierwsze, czy stanowisko Sądu jest sprzeczne z dotychczasową linią orzecznictwa Trybunału? Pytanie to zostało postawione z przynajmniej dwóch powodów. Pierwszym jest uznanie przez Sąd, iż w celu ustalenia dopuszczalności zastosowania testu należy wziąć pod uwagę cel interwencji państwa. Miało to rzekomo przeczyć utrwalonemu orzecznictwu, zgodnie z którym interwencje państwa są oceniane w świetle art. 107 ust. 1 TFUE, biorąc pod uwagę tylko i wyłącznie ich skutek i opierając się na obiektywnych i sprawdzalnych danych. Intencje, motywy lub cele państwa nie mogą decydować o istnieniu pomocy publicznej i stają się istotne dopiero na etapie oceny zgodności pomocy z rynkiem wewnętrznym. Jednakże, jak wykazano powyżej, wbrew argumentom Komisji i rzecznika generalnego Mazáka, rzekoma sprzeczność między wyrokiem Sądu i utrwalonym orzecznictwem nie istnieje. Wyjaśnieniem tego wniosku jest odróżnienie dopuszczalności zastosowania testu od jego zastosowania. Cel interwencji jest istotny tylko dla pierwszego etapu, a samo ustalenie, iż test można zastosować do danej interwencji sprowadza się wyłącznie do rozpoczęcia analizy gospodarczej mającej zweryfikować obecność pomocy publicznej poprzez sprawdzenie czy owa interwencja wypełnia jego warunki. Nie ma tutaj mowy o uznaniu interwencji za środek wolny od pomocy publicznej na podstawie stwierdzenia dopuszczalności zastosowania testu. W tym celu konieczne jest zastosowanie testu. Argumenty Komisji i rzecznika generalnego ukazały zatem, iż nie rozróżnili oni dwóch etapów testu: ustalania dopuszczalności jego zastosowania i samego zastosowania, co zaowocowało podnoszeniem niewłaściwych argumentów w sprawie EDF, tj. argumentów dotyczących etapu zastosowania testu.

Drugim powodem, dla którego podnoszono kwestię sprzeczności wyroku w sprawie EDF z dotychczasową linią orzecznictwa było uznanie przez Sąd dopuszczalności zastosowania testu do interwencji państwa w formie instrumentu podatkowego. Do tej pory uznawano, iż stosowanie testu do tego typu środków państwowych jest wykluczone ze względu na to, iż ich użycie wiąże się z wydaniem aktu władzy publicznej, tj. aktu legislacyjnego. Jednakże, jak wykazano powyżej, założenie Komisji, iż test należy wykluczyć na tej właśnie podstawie było założeniem opartym na błędnej interpretacji orzecznictwa, której dokonał rzecznik generalny Léger w drugiej opinii w sprawie *Altmark Trans* z 2003 r. Należy tutaj dodać, iż błędność owego założenia została potwierdzona nie tylko w sprawie *Ryanair* z 2008 r., lecz także w sprawie *DMT* z 1999 r.⁹¹, która zasługuje na krótki komentarz.

⁹⁰ Zob. wyr. Trybunału z 21.03.2013 r. w sprawie C-405/11 P *Komisja v. Buczek Automotive*, Zb. Orz. 2013, n/o, pkt 32.

⁹¹ Wyr. ETS z 29.06.1999 r. w sprawie C-256/97 *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Zb. Orz. 1999, s. I-3913.

W sprawie DMT Trybunał orzekł, iż zachowanie belgijskiej instytucji państwowej odpowiedzialnej za pobieranie i zarządzanie składkami na ubezpieczenia społeczne, Office National de Sécurité Sociale (ONSS), które przyznało DMT, przedsiębiorstwu niewywiązującemu się z obowiązku ich odprowadzania, pewnych udogodnień w spłacie należnych zobowiązań, mogło zostać poddane ocenie w świetle testu prywatnego inwestora. Zgodnie z założeniem, na którym Komisja opierała się w sprawie EDF, nie powinno to mieć miejsca, gdyż działania ONSS były działaniami w formie aktu władzy publicznej. Trybunał jednak orzekł, iż ONSS mogło działać, tak jak prywatny wierzyciel, który stara się zminimalizować straty powstałe w wyniku niewywiązania się płatnika, który jest w trudnej sytuacji finansowej, z jego zobowiązań.⁹² Dla faktu potwierdzenia dopuszczalności zastosowania testu nie ma najmniejszego znaczenia, iż Sąd podkreślił konieczność rozróżnienia między testem prywatnego wierzyciela i inwestora, którzy mają odmienne cele, tj. minimalizację strat i maksymalizację zysku. Wybór podtypu następuje jednak w drugim etapie, tj. etapie zastosowania testu, jednak aby do niego przejść, należy uznać test za dopuszczalny, co też Trybunał uczynił. Co ważne, argument oparty na konieczności owego rozróżnienia został podniesiony przez rzecznika generalnego Mazáka w celu wykazania niedopuszczalności zastosowania testu do interwencji państwa francuskiego⁹³. Kolejny raz zatem, wskutek nierozróżniania między dwoma etapami testu podniesione zostały niewłaściwe argumenty.

Kontynuując zagadnienie ustalania wniosków, jakie należy wyciągnąć ze sprawy EDF, należy odnieść się do pytania: czy wyrok Sądu skutkuje koniecznością stosowania testu do wszystkich instrumentów podatkowych, a jeśli nie, to do jakich należy go stosować? W tle argumentów podnoszonych przez Komisję i rzecznika generalnego przeciwko zastosowaniu testu w EDF, które koncentrowały się wokół wizji załamania się systemu nadzoru przyznawania pomocy publicznej wskutek masowego przyznawania ulg podatkowych rzekomo spełniających warunki testu był niewyartykułowany argument dramatycznego wzrostu liczby analiz, które Komisja musiałaby przeprowadzić, gdyby EDF skutkowało koniecznością stosowania testu do wszystkich instrumentów podatkowych. Ten „czarny scenariusz” należy jednak zdecydowanie odrzucić. Sąd nigdy nie stwierdził, iż test należy odtąd stosować do wszystkich instrumentów podatkowych. Sprawa EDF dotyczyła środka o wyjątkowych cechach. Wynikały one z faktu, iż państwo było jedynym akcjonariuszem EDF, a zatem mogło ono działać w tym wymiarze, a nie jako instytucja podatkowa niemająca żadnego związku z beneficjentem. Następnie, suma (rzekomo) przekonwertowana w kapitał była określona, tzn. było to umorzenie wierzytelności, a nie zwolnienie z podatku, którego wysokość nie była w chwili podjęcia decyzji przez państwo znana i która zależy od czynników, takich jak np. osiągnięty w przyszłości dochód⁹⁴. Tylko środki o wiadomej wartości mogą być ewentualnie poddane testowi, czyli będą to np. umorzenia wierzytelności podatkowych czy też redukcja⁹⁵.

Kolejne pytanie, jakie było rozważane w świetle sprawy EDF dotyczyło możliwości czy nawet konieczności stosowania testu do każdej interwencji państwa, do której należy zastosować

⁹² Zob. pkt 24 wyr. w sprawie DMT.

⁹³ Zob. pkt 87 opinii rzecznika generalnego Mazáka.

⁹⁴ Por. w tym względzie klasyfikację instrumentów podatkowych w świetle możliwości zastosowania testu sporządzoną przez Th. Jaegera, [w:] *Taking Tax Law Seriously: The Opinion of AG Mazák in EDF*, EStAL 2012, nr 1, ss. 1–3 oraz [w:] *Fehlstellungen im Verhältnis von Steuern- und Beihilferecht: Ein Plädoyer für mehr Ausgewogenheit*, EuZW 2012, ss. 92–100.

⁹⁵ Ta sama logika obowiązuje w przypadku nieograniczonych gwarancji bankowych typu Ausfallhaftung (Austria), Anstaltslast czy Gewährträgerhaftung (Niemcy).

art. 107 ust. 1 TFUE. Postulat uniwersalnego, homogenicznego testu sformułował Sánchez Graells⁹⁶. A zatem, czy wyrok w sprawie EDF wymaga ustanowienia takiego uniwersalnego standardu prywatnego inwestora i czy jest to w ogóle możliwe? Należy zauważyć, że swój postulat Sánchez Graells oparł na wybiórczym odczytaniu wyroku Trybunału, tj. tylko na pkt 103 i 104, w których to Trybunał stwierdził iż „kryterium inwestora prywatnego nie stanowi wyjątku, który znajduje zastosowanie wyłącznie na wniosek państwa członkowskiego, gdy spełnione są znamiona pojęcia pomocy państwa niezgodnej ze wspólnym rynkiem określone w art. 87 ust. 1 WE. [...] kryterium to, o ile ma ono zastosowanie, figuruje wśród elementów, które Komisja jest zobowiązana uwzględnić, aby ustalić istnienie takiej pomocy. W konsekwencji w sytuacji, gdy wydaje się, że kryterium inwestora prywatnego może mieć zastosowanie, na Komisji spoczywa obowiązek zwrócenia się do zainteresowanego państwa członkowskiego o dostarczenie jej wszelkich istotnych informacji, które umożliwią jej sprawdzenie, czy przesłanki możliwości zastosowania i stosowania tego kryterium są spełnione i instytucja ta może odmówić zbadania takich informacji tylko wtedy, gdy przedłożone dowody pochodzą z okresu po wydaniu decyzji o dokonaniu spornej inwestycji”.

Jednakże, ów fragment wyroku musi być czytany łącznie z pkt 82, w którym Trybunał stwierdził, iż „jeżeli państwo członkowskie powołuje się w trakcie postępowania administracyjnego na wspomniane kryterium, to w razie wątpliwości musi ono jednoznacznie wykazać na podstawie obiektywnych i weryfikowalnych elementów, że wprowadzone w życie działanie zostało podjęte w ramach jego działalności jako akcjonariusza”⁹⁷.

Ponadto, dowody w sprawie muszą świadczyć o podjęciu przez państwo decyzji o interwencji i wykonaniu analizy jej opłacalności *ex ante*. A zatem, Komisja ma obowiązek zbadania dopuszczalności zastosowania testu, jeśli ma ona powody przypuszczać, iż dana inwestycja może mu zostać poddana. Wyrok w sprawie EDF nie wymaga zatem, aby Komisja zawsze i niejako automatycznie badała interwencje państwa w świetle testu. Negatywnej odpowiedzi należy także udzielić na pytanie o to, czy konstruowanie uniwersalnego testu prywatnego inwestora jest w ogóle możliwe. Przeczyłoby to zupełnie konstrukcji współczesnego państwa opartego na dwuwymiarowości, które ma prawo prowadzić działalność gospodarczą, co potwierdza art. 345 TFUE, obok wykonywania działań typowych i zarezerwowanych dla wymiaru władzy publicznej, jak ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego. Postulat Sánchez Graells to zatem postulat likwidacji państwa w takiej formie, w jakiej ono obecnie istnieje.

Ostatni wniosek, jaki należy wyciągnąć ze sprawy EDF (jak do tej pory) to, iż mimo dostarczenia pewnych niezwykle cennych wyjaśnień w kwestii testu prywatnego inwestora, Sąd i Trybunał nie dostarczyły i nie mogły zresztą dostarczyć odpowiedzi na wszystkie pytania. Przede wszystkim, nie mogły one ustalić czy warunki testu zostały wypełnione, a jednym z głównych problemów, z którymi Komisja będzie musiała się zmierzyć w podjętej na nowo procedurze administracyjnej jest sposób oceny kosztu kapitału dla państwa i dla hipotetycznego prywatnego akcjonariusza oraz, w konsekwencji, jego znaczenie dla rachunku opłacalności (rzekomej) konwersji wierzytelności podatkowej w kapitał⁹⁸. Innym pytaniem, które będzie musiało poczekać na kolejną sprawę

⁹⁶ A.G. Sánchez, *Bringing the 'Market Economy Agent' Principle to Full Power*, Pobrano z: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2084786> oraz <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2084786> (18.12.2012).

⁹⁷ Zob. pkt 82 wyr. Trybunału.

⁹⁸ Zob. Ph. Nicolaidis, I.E. Rusu, *Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?* EStAL 2011, nr 2, ss. 237–248.

o poziomie zawłości równym EDF jest kwestia własności beneficjenta, a dokładniej, czy ocena Sądu i Trybunału byłaby inna, gdyby EDF było własnością prywatnych i publicznych akcjonariuszy?⁹⁹. Jak należałoby się odnieść do zasady współdziałania?

Jeśli chodzi o kwestię zadawania właściwych pytań, niniejszy artykuł starał się systematycznie wskazywać jak istotne jest odróżnianie etapu ustalania dopuszczalności zastosowania atestu od samego zastosowania. Ta kwestia nie wymaga już zatem odrębnego podsumowania.

Małgorzata Agnieszka Cydecka

Doktorantka na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Bergen, Norwegia

⁹⁹ Na ten temat zob. M. Haberkamm, A. Kühne, *Steuerliche Maßnahmen im Lichte des Europäischen Beihilferechts: Seit EdF ein noch spannungsgeladeneres Feld*, EuZW 2010, ss. 734–738, (s. 737).