

DECYZJA KOMISJI (UE) 2016/154**z dnia 22 lipca 2015 r.****w sprawie pomocy państwa SA.13869 (C 68/2002) (ex NN 80/2002) Przekwalifikowanie na kapitał zwolnionych z podatku rezerw księgowych na odnowienie sieci zaopatrzenia w energię elektryczną wdrożonej przez Francję na rzecz EDF**

(notyfikowana jako dokument nr C(2015) 4959)

(Jedynie tekst w języku francuskim jest autentyczny)**(Tekst mający znaczenie dla EOG)**

KOMISJA EUROPEJSKA,

uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności jego art. 108 ust. 2 akapit pierwszy ⁽¹⁾,po wezwaniu zainteresowanych stron do przedstawienia uwag ⁽²⁾ zgodnie z przywołanym artykułem,

i uwzględniając otrzymane odpowiedzi,

a także mając na uwadze, co następuje:

- (1) Decyzją z dnia 16 października 2002 r. Komisja wszczęła formalne postępowanie wyjaśniające przewidziane w art. 108 ust. 2 TFUE („decyzja o wszczęciu postępowania”) w sprawie korzyści wynikającej z nieopłacenia przez przedsiębiorstwo publiczne o charakterze przemysłowo-handlowym „Electricité de France (E.D.F.), Service National” („EDF”, przekształcone pod koniec 2004 r. w spółkę akcyjną Electricité de France SA) należnego podatku od osób prawnych podczas restrukturyzacji bilansu w 1997 r. w zakresie części rezerw księgowych utworzonych przy zwolnieniu podatkowym na odnowienie sieci zaopatrzenia w energię elektryczną (fr. *réseau d'alimentation générale* – „RAG”) i przekwalifikowanych na kapitał.
- (2) W swoich uwagach przekazanych Komisji pismem z dnia 11 grudnia 2002 r. władze francuskie zakwestionowały twierdzenie, że EDF uzyskało korzyść podatkową i wskazały w szczególności, że dodatkowy zastrzyk kapitałowy korygował niedokapitalizowanie i z tego względu był uzasadniony.
- (3) Pismem z dnia 21 stycznia 2003 r. Komisja przekazała Francji jedyne uwagi otrzymane od zainteresowanej strony z prośbą o odniesienie się do nich. Francja nie odniosła się do tych uwag.
- (4) W dniu 12 lutego 2003 r. odbyło się spotkanie techniczne Komisji i władz francuskich, po którym Komisja wystąpiła z wnioskiem o dodatkowe informacje w dniu 4 lipca 2003 r.
- (5) W dniu 11 listopada 2003 r. Francja przedstawiła nowe informacje. W dniu 17 listopada 2003 r. zorganizowano kolejne spotkanie techniczne Komisji, władz francuskich i przedstawicieli EDF. Władze francuskie przekazały dodatkowe informacje w dniu 20 listopada 2003 r.
- (6) Decyzją z dnia 16 grudnia 2003 r. ⁽³⁾ Komisja uznała środek pomocy, z którego korzystało EDF, za niezgodny z rynkiem wewnętrznym i zażądała zwrotu tej pomocy wraz z odsetkami. Pomoc zwrócono w lutym 2004 r.

⁽¹⁾ Ze skutkiem od dnia 1 grudnia 2009 r. art. 87 i 88 Traktatu WE stały się odpowiednio art. 107 i 108 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”). W obu przypadkach treść postanowień jest zasadniczo identyczna. Do celów niniejszej decyzji odniesienia do art. 107 i 108 TFUE należy rozumieć, w stosownych przypadkach, jako odniesienia odpowiednio do art. 87 i 88 Traktatu WE. W TFUE wprowadzono także pewne zmiany terminologii, na przykład termin „Wspólnota” zastąpiono terminem „Unia”, „wspólny rynek” terminem „rynek wewnętrzny”, a „Sąd Pierwszej Instancji” terminem „Sąd”. W niniejszej decyzji stosowana jest terminologia TFUE.

⁽²⁾ Dz.U. C 280 z 16.11.2002, s. 8.

⁽³⁾ Dz.U. L 49 z 22.2.2005, s. 9.

- (7) Wyrokiem z dnia 15 grudnia 2009 r. Sąd stwierdził nieważność decyzji Komisji ⁽¹⁾. Francja ponownie wypłaciła na rzecz EDF kwotę pomocy, którą zwrócono w 2004 r.
- (8) Wyrokiem z dnia 5 czerwca 2012 r. Trybunał oddalił odwołanie od wyroku Sądu wniesione przez Komisję ⁽²⁾.
- (9) Decyzją z dnia 2 maja 2013 r. Komisja rozszerzyła formalne postępowanie wyjaśniające („decyzja o rozszerzeniu postępowania”) ⁽³⁾.
- (10) W dniu 1 lipca 2013 r. władze francuskie przedstawiły Komisji swoje uwagi.
- (11) Pismem z dnia 13 sierpnia 2013 r. Komisja przekazała Francji uwagi z dnia 29 lipca 2013 r. jedynej zainteresowanej strony, mianowicie EDF, i zwróciła się do niej o odniesienie się do tych uwag. W dniu 11 października 2013 r. Francja odniosła się do uwag EDF.
- (12) W dniu 18 października 2013 r. EDF przekazało Komisji badanie z dnia 15 października 2013 r. przygotowane przez firmę doradcą (Oxera). W dniu 22 października 2013 r. Komisja przekazała to badanie Francji i zwróciła się do niej o przedstawienie uwag. Jednocześnie Komisja zastrzegła jednak, że badanie przekazano ponad dwa i pół miesiąca po terminie określonym w decyzji o rozszerzeniu postępowania, a ponadto przygotowano je po podjęciu decyzji dotyczącej inwestycji w EDF, na którą Francja się powoływała. W dniu 6 listopada 2013 r. Francja przedstawiła swoje uwagi dotyczące badania.
- (13) W dniu 14 listopada 2013 r. odbyło się spotkanie Komisji i władz francuskich. W dniu 15 listopada 2013 r. Komisja zwróciła się o udzielenie dodatkowych informacji i dalszych wyjaśnień dotyczących uwag Francji, które przekazano w dniu 23 grudnia 2013 r.
- (14) W dniu 22 listopada 2013 r. EDF przekazało Komisji opinię prawną przygotowaną na wniosek EDF, stanowiącą uzupełnienie i potwierdzenie jego uwag z dnia 29 lipca 2013 r.
- (15) Na wniosek EDF w dniu 12 marca 2014 r. odbyło się spotkanie z Komisją w obecności władz francuskich.
- (16) W dniu 13 maja 2014 r. Komisja zwróciła się do Francji o przedstawienie ewentualnych uwag dotyczących opinii prawnej przekazanej przez EDF, jak również o dalsze wyjaśnienia i dodatkowe informacje, które Francja przedstawiła pismem z dnia 19 czerwca 2014 r.

1. SZCZEGÓŁOWY OPIS ŚRODKA POMOCY

1.1. BENEFICJENT: EDF, EWOLUCJA JEGO STATUSU I JEGO KAPITAŁU

- (17) Przedsiębiorstwo EDF utworzono ustawą nr 46-628 z dnia 8 kwietnia 1946 r. w sprawie nacjonalizacji sektorów energii elektrycznej i gazu („ustawa nr 46-628”), na mocy której, zgodnie z jej art. 1, upaństwowiono produkcję, przesył, dystrybucję, import i eksport energii elektrycznej we Francji. Zarządzanie znacjonalizowanymi przedsiębiorstwami sektora energii elektrycznej powierzono na mocy tej ustawy krajowemu przedsiębiorstwu publicznemu o charakterze przemysłowo-handlowym noszącemu nazwę „Electricité de France (E.D.F.), Service National”.
- (18) Artykuł 16 ustawy nr 46-628 stanowił, że saldo netto majątku, praw i zobowiązań przekazanych EDF stanowi jego kapitał, należy do majątku narodowego i jest niezbywalne, a w przypadku strat z działalności operacyjnej powinno być uzupełnione z zysku z przyszłych okresów. Zgodnie z art. 1 dekretu nr 56-493 z dnia 14 maja 1956 r. dotyczącego przyznanych EDF zastrzyków kapitałowych podlegają one zasadom ustalonym w art. 16 wspomnianej wyżej ustawy. Zgodnie z art. 2 tego samego dekretu zastrzyki te wiążą się z przyznaniem państwu odsetek i dywidendy.

⁽¹⁾ Wyrok Sądu z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie T-156/04 EDF przeciwko Komisji, Zb.Orz. 2009, s. II-04503.

⁽²⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318.

⁽³⁾ Dz.U. C 186 z 28.6.2013, s. 73.

- (19) Na mocy ustawy nr 46-628 EDF było od momentu utworzenia, zatem także w 1997 r., przedsiębiorstwem publicznym o charakterze przemysłowo-handlowym, którego działalności nie regulują przepisy mające zastosowanie do spółek akcyjnych. Przedsiębiorstwo publiczne o charakterze przemysłowo-handlowym nie posiada kapitału zakładowego, w przeciwieństwie do publicznej spółki akcyjnej, która należy do akcjonariuszy⁽¹⁾. Pomimo zastosowania w odnośnych przepisach prawa pojęć „kapitał” i „zastrzyk kapitałowy” EDF nie dysponowało kapitałem zakładowym z racji swojego statusu osoby prawnej prawa publicznego. Ustawa nr 2004-803 z dnia 9 sierpnia 2004 r. w sprawie usług publicznych w zakresie dostaw energii elektrycznej i gazu oraz przedsiębiorstw sektora energii elektrycznej i gazu („ustawa nr 2004-803”) przewidywała zmianę statusu w przyszłości. W art. 24 ustawy nr 2004-803 określono, że działalność przedsiębiorstwa EDF, w którym do państwa musiało należeć ponad 70 % kapitału, będą regulowały przepisy ustawowe mające zastosowanie do spółek akcyjnych, o ile przepisy ustawowe nie stanowią inaczej. Artykuł 47 tej ustawy przewidywał także późniejsze przekształcenie przedsiębiorstwa publicznego EDF w spółkę akcyjną, z zastrzeżeniem opublikowania dekretu ustanawiającego jego nowy statut. W art. 46 uściślono, że bilans spółki EDF na dzień 31 grudnia 2004 r. zostanie sporządzony na podstawie bilansu na dzień 31 grudnia 2003 r. oraz rachunku zysków i strat przedsiębiorstwa publicznego EDF za rok obrotowy 2004.
- (20) Przekształcenia EDF w spółkę akcyjną dokonano na mocy dekretu nr 2004-1224 z dnia 17 listopada 2004 r. ustanawiającego statut spółki akcyjnej Electricité de France. Statut stanowiący załącznik do dekretu przewiduje, że EDF będzie odtąd spółką akcyjną, której działalność regulują przepisy ustawowe i wykonawcze mające zastosowanie do spółek handlowych, w szczególności kodeks spółek handlowych, o ile bardziej szczegółowe przepisy, w tym sam statut, nie wprowadzają od nich odstępstwa.
- (21) Artykuł 6 statutu EDF przewiduje, że kapitał zakładowy spółki, początkowo należący w całości do państwa, ustala się na kwotę 8,129 mld EUR i dzieli na 1 625 800 000 akcji o wartość 5 EUR każda. Kapitał zakładowy nowej spółki akcyjnej EDF ustalono w listopadzie 2004 r. w wysokości równej kapitałowi i zastrzykom kapitałowemu na rzecz przedsiębiorstwa publicznego o charakterze przemysłowo-handlowym EDF skumulowanym dotychczas, czyli w kwocie 8,1 mld EUR. Ta kwota kapitału i zastrzyków kapitałowych została uzyskana w zastosowaniu ustawy nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r. o różnych środkach o charakterze ekonomicznym i handlowym („ustawa nr 97-1026”) i pozostała niezmieniona od 1997 r.
- (22) Jak określono w ustawie nr 2004-803 i w statucie EDF, w każdym momencie ponad 70 % kapitału spółki musiało – i musi – należeć do państwa. W listopadzie 2005 r. nowe akcje EDF wprowadzane na Euronext oferowano w transzy otwartej („OTO”), faktycznie otwierając tym samym kapitał EDF na innych akcjonariuszy niż państwo.

1.2. STWORZENIE REZERW KSIĘGOWYCH NA ODNOWIENIE SIECI ZAOPATRZENIA W ENERGIĘ ELEKTRYCZNĄ

- (23) Zgodnie z art. 36 ustawy nr 46-628 na EDF przeniesiono wszystkie znacjonalizowane koncesje w dziedzinie energii elektrycznej. W przypadku tych koncesji, zgodnie z art. 37 ustawy, koncesjonariusz zobowiązuje się przestrzegać standardowej specyfikacji. Różnego rodzaju koncesje na przesył energii elektrycznej przeniesione w ten sposób przez państwo na EDF ujednolicono w 1958 r. w formie jednej koncesji określanej jako sieć zaopatrzenia w energię elektryczną (RAG).
- (24) Wobec braku reguł rachunkowości odnoszących się do koncesji od 1946 r. EDF uznawało się za właściciela majątku będącego częścią RAG, uwzględniając ten majątek po stronie aktywów w swoim bilansie. W zastosowaniu art. 8 specyfikacji zatwierdzonej dekretem nr 56-1225 z dnia 28 listopada 1956 r. EDF ma obowiązek przeprowadzać na swój koszt wszelkie prace konserwacyjne i odnowieniowe, niezbędne w celu utrzymania urządzeń objętych koncesją w stanie umożliwiającym prawidłowe działanie.
- (25) W 1987 r. w następstwie dokonanej w 1982 r. zmiany wzorcowego planu kont przewidującej szczegółowe zasady dotyczące majątku, który ma być zwrócony państwu po upływie okresu ważności koncesji, EDF zmieniło swoje praktyki księgowe odnoszące się do aktywów RAG uważanych dotychczas za majątek własny i sklasyfikowało te aktywa w pozycji bilansu „Aktywa objęte koncesją”. EDF zastosowało do tych aktywów specjalne reguły rachunkowości ustanowione we Francji w odniesieniu do aktywów objętych koncesją, które po upływie okresu ważności koncesji należy zwrócić państwu, i utworzyło zwolnione z podatku rezerwy na odnowienie RAG.
- (26) W sprawozdaniu z 1994 r.⁽²⁾ Trybunał Obrachunkowy uznał, że wobec istnienia jednego i stałego koncesjonariusza państwa, wyznaczonego na mocy ustawy, czyli EDF, trudno uznać majątek składający się na RAG za

⁽¹⁾ Odpowiedź władz francuskich z dnia 23 grudnia 2013 r., pkt 71 i 72.

⁽²⁾ Sprawozdanie specjalne nr 1993 z dnia 10 października 1994 r. dotyczące koncesji EDF.

majątek, który należy zwrócić państwu po upływie okresu ważności koncesji, w przeciwieństwie do majątku własnego RAG należącego do EDF. Innymi słowy Trybunał Obrachunkowy nie uznał zmiany księgowej wprowadzonej przez EDF w 1987 r., skutkującej utworzeniem rezerw zwolnionych z podatku, za uzasadnioną. Przedsiębiorstwo i sprawujące nad nim nadzór organy administracji szybko rozpoczęły prace zmierzające do uregulowania sytuacji EDF.

- (27) W 1997 r. EDF posiadało w swoich rachunkach dwa rodzaje rezerw utworzonych z zastosowaniem zwolnienia podatkowego na odnowienie RAG: rezerwy jeszcze niewykorzystane w kwocie 38,5 mld FRF i prawa udzielające koncesji, odpowiadające już zrealizowanym operacjom odnowienia na kwotę 18,345 mld FRF.

1.3. PRZEKWALIFIKOWANIE REZERW KSIĘGOWYCH

- (28) W ustawie nr 97-1026 wyjaśniono status składników majątku składających się na RAG. Artykuł 4 ustawy stanowi:

„I. Urządzenia należące do sieci zaopatrzenia w energię elektryczną uznaje się za stanowiące własność Electricité de France od chwili udzielenia mu koncesji w odniesieniu do tej sieci.

II. Do celów stosowania przepisów [ust.] I na dzień 1 stycznia 1997 r. równowartość rzeczowych aktywów trwałych objętych koncesją sieci zaopatrzenia w energię elektryczną figurująca w pasywach bilansu Electricité de France zostaje wpisana, po uwzględnieniu odpowiednich różnic wynikających z przeszacowań, w pozycji »Zastrzyki kapitałowe« [...]”.

- (29) Wszelkie operacje związane z kapitałem EDF wymagały skorzystania z drogi ustawowej. W wersji obowiązującej w 1997 r. art. 16 ustawy nr 46-628 stanowił bowiem, że kapitał EDF jest niezbywalny i należy do majątku narodowego. Zastrzyki kapitałowe na rzecz EDF wynikające z przekwalifikowania rezerw na odnowienie RAG były zatem w prawie francuskim regulowane ustawowo.
- (30) W ustawie nr 97-1026 określa się kwestie własności aktywów RAG. Bilans EDF został zatem zreorganizowany ustawą nr 97-1026. Rezerwy utworzone przez EDF w latach 1987–1996 na odnowienie RAG z zamiarem zwrotu tych aktywów państwu, wykorzystane czy też niewykorzystane, stały się bezprzedmiotowe wobec uznania majątku w ramach RAG za własność EDF.
- (31) W załączniku 1 do pisma ministra gospodarki, finansów i przemysłu, sekretarza stanu ds. budżetowych i sekretarza stanu ds. przemysłu skierowanego do EDF w dniu 22 grudnia 1997 r. (zwanego dalej „pismem ministra gospodarki”), wyjaśnia się restrukturyzację długoterminowych pozycji bilansu EDF zgodnie z art. 4 ustawy nr 97-1026:

„— Przekwalifikowanie »praw udzielającego koncesji« (18 345 563 605 FRF):

Konsolidacja równowartości rzeczowych aktywów trwałych RAG objętych koncesją jako zastrzyków kapitałowych w wysokości 14 119 065 335 FRF.

Łączne ujęcie różnic wynikających z przeszacowań w odniesieniu do RAG z 1959 r. (2 425 mln FRF) i z 1976 r. (środki trwałe niepodlegające amortyzacji: 97 mln FRF) z pozycją »Różnice wynikające z przeszacowań RAG«, których wartość wzrasta tym samym z 1 720 mln FRF do 4 145 mln FRF.

Łączne ujęcie rezerw regulacyjnych wynikających z przeszacowań środków trwałych podlegających amortyzacji z 1976 r. (1 704 mln FRF), przy czym wartość tej pozycji wzrasta z 877 mln FRF do 2 581 mln FRF.

Przekwalifikowanie rezerw na odnowienie, które stały się nieuzasadnione (38 520 943 408 FRF), na przeniesienie na kolejny okres zgodnie z opinią Krajowej Rady Księgowości nr 97-06 z dnia 18 czerwca 1997 r. dotyczącą zmian księgowych”.

- (32) W ramach reorganizacji bilansu EDF władze francuskie postąpiły zgodnie z opinią Krajowej Rady Księgowości nr 97-06 z dnia 18 czerwca 1997 r. dotyczącą zmiany praktyk księgowych, zmian szacowania, zmian wariantów podatkowych i korekty błędów („opinia Krajowej Rady Rachunkowości”), stanowiącą, że korekty błędów księgowych, które z natury rzeczy dotyczą księgowania przeszłych operacji, „księguje się w ramach wyników za rok obrotowy, w trakcie którego zostały stwierdzone”.
- (33) Zgodnie z ustawą nr 97-1026 i z pismem ministra gospodarki różnice wynikające z przeszacowań przeniesiono do rubryki „Kapitał własny” bez skutków podatkowych, ponieważ stanowiły nadwyżkę wynikającą z przeszacowania zrealizowaną przy zwolnieniu z podatku lub w ramach systemu neutralności podatkowej w następstwie przyjęcia ustaw dotyczących przeszacowań z lat 1959 i 1976.

1.4. INCYDENCJA PODATKOWA PRZEKWALIFIKOWANIA REZERW KSIĘGOWYCH

- (34) Załącznik 3 do pisma ministra gospodarki określa również konsekwencje podatkowe reorganizacji bilansu EDF. Stwierdza się zmianę aktywów netto związaną z przekwalifikowaniem niewykorzystanych rezerw na odnowienie w kwocie 38,5 mld FRF na przeniesienie na kolejny okres i podlegającą opodatkowaniu podatkiem od osób prawnych według stawki 41,66 % obowiązującej w 1997 r. W ten sposób jeszcze niewykorzystane rezerwy w kwocie 38,5 mld FRF zostały opodatkowane przez władze francuskie zgodnie ze zwykłymi zasadami. Natomiast część rezerw również utworzonych przy zwolnieniu z podatku i skonsolidowanych jako zastrzyk kapitałowy odpowiadający prawom udzielającego koncesji nie została opodatkowana.
- (35) W piśmie Dyrekcji Generalnej ds. Podatków z dnia 9 kwietnia 2002 r. przesłanym Komisji przez władze francuskie wskazuje się, że „prawa udzielającego koncesji związane z RAG stanowią nienależny dług, który w sposób nieuzasadniony został zwolniony z opodatkowania poprzez zaliczenie na kapitał” oraz że „rezerwę tę, przed zaliczeniem na kapitał, należało przenieść z pasywów przedsiębiorstwa, gdzie znajdowała się niesłusznie, na konto wynikowe netto, co skutkowałoby dodatnią zmianą aktywów netto podlegających opodatkowaniu zgodnie z art. 38-2” ogólnego kodeksu podatkowego. Władze francuskie stwierdzają, że „uzyskaną w ten sposób [przez EDF w 1997 r.] ulgę podatkową można wycenić na 5,88 mld franków (14,119 × 41,66 %)”.

2. DECYZJA O WSZCZĘCIU POSTĘPOWANIA

- (36) W decyzji o wszczęciu postępowania Komisja uznała, że nieprawidłowe tworzenie dodatkowych rezerw na odnowienie RAG w latach 1987–1996 sprzyjało EDF w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Dzięki tej operacji EDF uzyskało selektywną korzyść gospodarczą wynikającą z różnicy między skapitalizowaną wartością podatku od osób prawnych niezapłaconego od rezerw w tym samym okresie i kwotą podatku od osób prawnych zapłaconego przez EDF w 1997 r., po wejściu w życie art. 4 ustawy nr 97-1026.
- (37) Pomimo faktu, że EDF prowadziło we Francji działalność na szeregu rynków podlegających prawom monopolowym przed wejściem w życie dyrektywy 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady ⁽¹⁾ liberalizującej sektor energii elektrycznej, Komisja uznała, iż przedmiotowe środki pomocy na rzecz EDF zakłócały konkurencję lub groziły jej zakłóceniem i wpływały na wymianę handlową między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Wynikało to w szczególności z faktu, że pomimo praw wyłącznych, z których korzystało EDF w ramach niektórych obszarów działalności we Francji, na rynkach tych istniała jednak pewna wymiana handlowa między państwami członkowskimi. Ponadto wolna konkurencja istniała na rynkach powiązanych, na których EDF prowadziło już inne rodzaje działalności wykraczające poza prawa wyłączne, zarówno z punktu widzenia geograficznego, jak i sektorowego. Skutki te występowały już przed liberalizacją sektora energii elektrycznej.
- (38) Komisja stwierdziła również, że jest to nowa pomoc, która, jak się wydaje, na tym etapie nie pozwala uznać, że spełnione są warunki wymienione w art. 107 ust. 2 i 3 TFUE. Ponadto władze francuskie nie powołały się na zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE.

3. UWAGI ZAINTERESOWANEJ OSOBY TRZECIEJ

- (39) Pismem z dnia 6 stycznia 2003 r. Krajowy Związek Niezależnych Producentów Energii Ciepłej (SNPIET) przekazał Komisji swoje uwagi w ramach formalnego postępowania wyjaśniającego. Zgodnie z tymi uwagami, jeżeli chodzi o niezapłacenie w 1997 r. podatku od osób prawnych od części rezerw utworzonych przy zwolnieniu z podatku na odnowienie RAG, EDF nie zastosowało się w ramach swojej działalności do zasad zwyczajowo stosowanych w spółkach przemysłowych i handlowych, co jest sprzeczne z przepisami ustawy nr 46-628 z dnia 8 kwietnia 1946 r.

4. UWAGI FRANCJI DOTYCZĄCE DECYZJI O WSZCZĘCIU FORMALNEGO POSTĘPOWANIA WYJAŚNIAJĄCEGO

- (40) Władze francuskie przekazały Komisji swoje uwagi w piśmie z dnia 11 grudnia 2002 r. Kwestionują fakt, jakoby niezapłacenie w 1997 r. podatku od osób prawnych od części rezerw księgowych utworzonych przy zwolnieniu z podatku z przeznaczeniem na odnowienie RAG miało charakter pomocy państwa.

⁽¹⁾ Dyrektywa 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.U. L 27 z 30.1.1997, s. 20).

- (41) Na wstępie władze francuskie kwestionują przedstawioną przez Komisję kwotę rezerw na odnowienie RAG. Władze francuskie utrzymują następnie, że nawet w przypadku braku rezerw na odnowienie RAG EDF nie mogłoby zapłacić podatku od osób prawnych w latach 1987–1996 z powodu zdecydowanie deficytowych przeniesień na kolejne okresy. Ponadto w związku z faktem, że państwo było jednocześnie właścicielem EDF i organem udzielającym koncesji w odniesieniu do RAG władze francuskie uznały, że prawa udzielającego koncesji nie stanowią dla państwa faktycznie niespłaconego długu. W związku z tym podczas restrukturyzacji bilansu w 1997 r. wniosły te prawa udzielającego koncesji do kapitału własnego EDF w celu skorygowania jego niedokapitalizowania, ale nie opodatkowały ich podatkiem od osób prawnych.
- (42) Władze francuskie uważają, że restrukturyzację księgową przeprowadzoną w 1997 r. można uznać za dodatkowy zastrzyk kapitałowy w kwocie równoważnej częściowemu zwolnieniu z podatku, którego celem było również skorygowanie niedokapitalizowania. EDF i państwo chciały przeznaczyć quasi-kapitał własny na kapitał, nie uwzględniając podatku od osób prawnych. Bezpośrednie przeznaczenie praw udzielającego koncesji w ich łącznej kwocie na kapitał własny uznano za bardziej skuteczne i neutralne niż przeprowadzenie operacji o równoważnym charakterze, która polegałaby na przeznaczeniu na kapitał kwoty netto po opodatkowaniu podatkiem od osób prawnych, zażądaniu od EDF zapłaty podatku od osób prawnych odpowiadającego zmianie aktywów netto, a ponadto dokonaniu dodatkowego zastrzyku kapitałowego w kwocie równej zapłaconemu podatkowi.
- (43) Władze francuskie uważają, że dokonanie takiego dodatkowego zastrzyku znajdowało uzasadnienie w perspektywach rentowności prezentowanych przez EDF w 1997 r., które zresztą zrealizowały się w kolejnych latach. Według władz francuskich w porównywalnych okolicznościach rozważny inwestor prywatny dokonałby takiego zastrzyku kapitałowego.
- (44) Władze francuskie kwestionują również twierdzenie, że wynagrodzenie państwa zostało niesłusznie zmniejszone w latach 1987–1996 w związku z utworzeniem przedmiotowych rezerw. Wskazują, że nawet gdyby zysk netto był wyższy, wynagrodzenie państwa nie byłoby wyższe, ponieważ w tym okresie poziom wynagrodzenia nie odpowiadał z góry określonej wartości procentowej zysku netto przedsiębiorstwa. Poziom ten był dowolnie ustalany przez państwo jako wartość bezwzględna i nie musiał być ustalany w zależności od sytuacji finansowej przedsiębiorstwa. Ponadto wynagrodzenie to nie było obowiązkowo pobierane od zysku netto uzyskanego w każdym roku obrotowym. W związku z tym, uwzględniając deficytowe przeniesienia EDF na kolejny okres, władze francuskie podkreślają, że państwo ostatecznie pobrało w latach 1987–1996 dywidendę, której poziom znacznie przekroczył limity określone w przepisach dotyczących spółek.
- (45) Władze francuskie uważają ponadto, że nawet jeżeli utworzenie rezerw na odnowienie RAG przełożyło się na korzyść, należy uznać ją za unieważnioną ze względu na wzrost podatku od osób prawnych zapłaconego w 1997 r. Uważają również, że w latach 1987–1996 EDF łącznie przekazało państwu sumę przewyższającą kwotę podatku od osób prawnych, jaki zapłaciłaby spółka handlowa, która nie utworzyłaby rezerw na odnowienie RAG i która wypłaciłaby swojemu akcjonariuszowi dywidendę w wysokości 37,5 % zysku netto po opodatkowaniu.
- (46) Poza tym władze francuskie uważają, że gdyby stwierdzono istnienie nienależnej korzyści, byłaby to pomoc istniejąca, a nie nowa pomoc ze względu na dziesięcioletni okres przedawnienia określony w art. 15 rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999⁽¹⁾, który rozpoczyna bieg w dniu przyznania pierwszych elementów pomocy. Uwzględniając fakt, że pierwszy wniosek Komisji o udzielenie informacji nosi datę 10 lipca 2001 r., ewentualne elementy pomocy przyznane przed 1991 r. podlegałyby przedawnieniu. Władze francuskie uważają, że interwencja ustawodawcy z 1997 r. nie spowodowała przerwania tego przedawnienia, ponieważ tylko środki Komisji mogą mieć taki skutek. Władze francuskie uważają ponadto, że w każdym razie byłaby to pomoc istniejąca, ponieważ przyznano ją przed liberalizacją rynku energii elektrycznej.
- (47) W piśmie z dnia 20 listopada 2003 r. władze francuskie przypominają swoje argumenty dotyczące różnic wynikających z przeszacowań zawartych w kwocie praw udzielającego koncesji figurujących w księgach spółki oraz argumenty dotyczące zastosowania zasady przedawnienia. Władze francuskie twierdzą ponadto, że stawka podatku od osób prawnych, jaką należało zastosować podczas restrukturyzacji bilansu EDF, to stawka obowiązująca w 1996 r. (wynosząca 36,67 %), a nie w 1997 r. (wynosząca 41,66 %). Uważają bowiem, że restrukturyzacji dokonano na podstawie deklaracji podatkowej złożonej w dniu 23 grudnia 1997 r., czyli po zamknięciu roku obrotowego 1996, jednak przed zamknięciem roku obrotowego 1997.
- (48) Władze francuskie kwestionują w ten sposób twierdzenie Komisji, że EDF miałyby uzyskać korzyść w 1997 r. ze względu na niezapłacenie podatku od osób prawnych od części rezerw księgowych utworzonych przy zwolnieniu z podatku na odnowienie RAG.

⁽¹⁾ Rozporządzenie Rady (WE) nr 659/1999 z dnia 22 marca 1999 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 traktatu o funkcjonowaniu unii Europejskiej (Dz.U. L 83 z 27.3.1999, s. 1).

5. WYROKI SĄDÓW UNII EUROPEJSKIEJ

- (49) W wyroku z dnia 15 grudnia 2009 r. Sąd stwierdził nieważność decyzji Komisji z dnia 16 grudnia 2003 r. ze względu na fakt, że do Komisji należało sprawdzenie, czy w podobnych okolicznościach rozważny inwestor prywatny dokonałby porównywalnej pod względem kwoty inwestycji. Sąd uznał, że Komisja powinna była sprawdzić, czy operacja spełnia kryterium inwestora prywatnego. W związku z tym Sąd stwierdził, że Komisja popełniła błąd prawny i naruszyła art. 107 TFUE.
- (50) W wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. Trybunał oddalił odwołanie od wyroku Sądu wniesione przez Komisję. Trybunał uznał w szczególności, że stwierdzenie Sądu, zgodnie z którym obowiązek zbadania przez Komisję, czy państwo wniosło kapitał w okolicznościach odpowiadających normalnym warunkom rynkowym, istnieje niezależnie od formy wniesienia kapitału, nie stanowi w żadnym razie błędu prawnego. Trybunał uznał także, że ocena Sądu, zgodnie z którą kryterium inwestora prywatnego może mieć zastosowanie nawet w przypadku wykorzystania środków o charakterze podatkowym, także nie stanowi błędu prawnego.

6. DECYZJA O ROZSZERZENIU FORMALNEGO POSTĘPOWANIA WYJAŚNIAJĄCEGO

- (51) W związku ze stwierdzeniem nieważności decyzji z dnia 16 grudnia 2003 r., aby zamknąć postępowanie, Komisja musi wydać nową decyzję na mocy art. 266 TFUE i art. 13 rozporządzenia (WE) nr 659/1999, uwzględniając kwestie prawne ustalone ostatecznie wyrokiem Trybunału. Wobec stwierdzenia nieważności decyzji z dnia 16 grudnia 2003 r. Komisja musi ponownie zbadać kwestie związane z art. 3 i 4 tej decyzji.
- (52) Z jednej strony ani Trybunał, ani Sąd nie stwierdziły, że decyzja o wszczęciu postępowania była nieprawidłowa. Może zatem stanowić podstawę nowej ostatecznej decyzji. Z drugiej strony Trybunał jasno określił kryteria możliwości stosowania i kryteria stosowania testu prywatnego inwestora. Kryteria te opierają się w szczególności na istnieniu obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów wskazujących, że państwo członkowskie podjęło decyzję o dokonaniu inwestycji w kontrolowane przedsiębiorstwo publiczne, opierając się na ocenach ekonomicznych porównywalnych z ocenami, o których sporządzenie zadbałby rozważny inwestor prywatny przed dokonaniem inwestycji w celu określenia przyszłej rentowności ⁽¹⁾.
- (53) W decyzji o rozszerzeniu formalnego postępowania wyjaśniającego Komisja zauważyła, że na tym etapie postępowania administracyjnego żaden dowód ani dokument nie potwierdzają twierdzenia władz francuskich, że reforma księgową z 1997 r. jest równoważna z dodatkowym zastrzykiem kapitałowym w kwocie równej częściowemu zwolnieniu z podatku. W przeciwieństwie do uwag władz francuskich nie wydawało się także, aby taki dodatkowy zastrzyk kapitałowy był nie pomocą, lecz inwestycją, jakiej w porównywalnych warunkach dokonałby rozważny inwestor prywatny, uzasadnioną perspektywami rentowności prezentowanymi przez EDF w 1997 r., które zresztą zrealizowały się w kolejnych latach.
- (54) W związku z tym w decyzji o rozszerzeniu postępowania Komisja uściśliła, uwzględniając dostępne informacje i dokumenty, swoją wstępną analizę ewentualnej korzyści gospodarczej wynikającej z niezapłacenia przez EDF w 1997 r. podatku od osób prawnych od części rezerw odpowiadających kwocie 14,119 mld FRF, stanowiących prawa udzielającego koncesji przeklasyfikowane na zastrzyki kapitałowe.
- (55) W tym względzie wydaje się, że w przedmiotowym przypadku ogólna ocena okoliczności faktycznych wskazuje, iż środek ten mieścił się w kompetencjach władzy publicznej, wykluczając tym samym możliwość zastosowania testu prywatnego inwestora. Na poparcie tego twierdzenia władze francuskie nie przedstawiły żadnej informacji ani biznesplanu poprzedzającego decyzję lub jednoczesnego z decyzją o niepobieraniu podatku od EDF, które świadczyłyby o rentowności takiej operacji. W ujęciu przedmiotowym, w świetle kryteriów wymienionych przez Trybunał, Komisja zauważyła, że Francja powinna była należycie określić datę dostarczonych dokumentów, jak również udowodnić, że zostały one zbadane przez właściwych ministrów i urzędników oraz zgromadzenia parlamentarne przed przyjęciem spornej decyzji.
- (56) Natomiast wobec braku tych elementów wydaje się, że Francja, w ramach wykonywania kompetencji podatkowych, potraktowała restrukturyzację bilansu EDF z zastosowaniem odstępstwa w zakresie podatku, jeżeli chodzi o przekwalifikowywanie rezerw utworzonych z praw udzielającego koncesji przewidziane w art. 4 ustawy nr 97-1026. W żadnym przepisie budżetowym nie przeznaczono wyraźnie tego dochodu podatkowego na rzecz EDF, nie wprowadzono też zasad lub kontroli dotyczących inwestycji, aby zapewnić podstawę prawną rzekomej inwestycji.

⁽¹⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 84.

- (57) Podobnie w decyzji o rozszerzeniu postępowania Komisja zauważyła dodatkowo, że nawet gdyby test prywatnego inwestora miał zastosowanie, zastosowanie testu pozwala stwierdzić na tym etapie, że inwestor prywatny nie zainwestowałby 5,88 mld FRF w zastrzyk kapitałowy dla EDF w 1997 r. Wobec braku informacji ze strony władz francuskich, wydawało się wykluczone, aby prywatny akcjonariusz w normalnych warunkach rynkowych dokonał rzekomej inwestycji bez uprzedniego przeanalizowania obiektywnych i wiarygodnych badań przeprowadzonych najlepiej przez bezstronnego doradcę inwestycyjnego będącego osobą trzecią raczej niż na przykład przedsiębiorstwo będące beneficjentem, w których wskazano by w szczególności zwrot z zainwestowanego kapitału, horyzont zwrotu z inwestycji oraz nieodłączne czynniki ryzyka w ujęciu bezwzględny i w stosunku do trybów wynagradzania związanych z taką inwestycją.
- (58) W związku z tym Komisja dodała do czynników, które rozważny inwestor prywatny zbadałby przed zainwestowaniem swoich środków, niepewność dotyczącą kwoty i ewolucję kosztów finansowania świadczeń emerytalnych, którym EDF musiało sprostać w 1997 r. w ramach swojego szczególnego systemu, oraz ocenę, jakiej inwestor mógł dokonać w tamtym okresie.
- (59) W tych warunkach częściowe zwolnienie z podatku od osób prawnych w 1997 r. wydawało się nie tyle zyskowną inwestycją ze strony państwa jako akcjonariusza, lecz raczej środkiem stanowiącym odstępstwo o charakterze podatkowym, który mógł zapewnić EDF korzyść gospodarczą.
- (60) Wydawało się ponadto, że niepobranie należnego od EDF podatku od osób prawnych angażowało zasoby państwowe i mogło wpływać na konkurencję i na wymianę handlową między państwami członkowskimi, spełniając tym samym pozostałe przesłanki stosowania art. 107 ust. 1 TFUE.
- (61) Wobec braku podstawy prawnej, która pozwoliłaby uzasadnić zgodność pomocy operacyjnej wzmacniającej pozycję EDF w stosunku do jego konkurentów z rynkiem wewnętrznym, w decyzji z dnia 2 maja 2013 r. Komisja wyraziła wątpliwości dotyczące zgodności pomocy z rynkiem wewnętrznym. Analogiczne wątpliwości zgłoszono już w decyzji o wszczęciu postępowania.

7. UWAGI ZAINTERESOWANYCH OSÓB TRZECICH

- (62) Pismem z dnia 29 lipca 2013 r. EDF przedstawiło uwagi dotyczące decyzji o rozszerzeniu postępowania. EDF zgłasza trzy główne uwagi krytyczne w odniesieniu do rozumowania przedstawionego w tej decyzji: (i) w decyzji pominięto wnioski płynące z wyroku Sądu i nie uwzględniono prawdziwego charakteru dokapitalizowania EDF dokonanego przez państwo; (ii) decyzja jest nadmiernie formalistyczna, zakładając niesłusznie konieczność istnienia biznesplanu związanego z inwestycją, podczas gdy dokapitalizowanie jest owocem rozważnej i zaplanowanej refleksji, o czym świadczą liczne dokumenty z tamtego okresu; oraz (iii) w decyzji twierdzi się, bez przeprowadzenia dowodu, że żaden inwestor znajdujący się w sytuacji najbliższej sytuacji państwa nie dokonałby porównywalnej inwestycji, w przeciwieństwie do okoliczności faktycznych, które przedstawia EDF na poparcie swoich uwag.
- (63) Według EDF Komisja w dalszym ciągu analizuje zatem środek przyjęty przez państwo francuskie w 1997 r. jedynie przez pryzmat jego domniemanych incydencji podatkowych, podczas gdy Sąd wyraźnie odrzucił takie podejście. Jak stwierdził Sąd, środek wdrożony przez państwo przy przekwalifikowaniu praw udzielającego koncesji na zastrzyk kapitałowy, stanowi operację dokapitalizowania EDF mającą na celu skorygowanie braku równowagi bilansu EDF w perspektywie otwarcia rynków energii elektrycznej na konkurencję. Pismo ministra gospodarki z dnia 22 grudnia 1997 r. nie zawiera decyzji podatkowej odrębnej od ustawy z 1997 r., lecz służy stwierdzeniu incydencji podatkowych. Zbadać zatem należy właśnie ten środek dokapitalizowania, jako jeden i niepodzielny środek, a nie domniemane incydencje podatkowe, które sztucznie od niego oddzielono w decyzji o rozszerzeniu formalnego postępowania wyjaśniającego.
- (64) Według EDF biznesplan właściwy dla danej inwestycji nie jest wymagany przez orzecznictwo, które nie wykazuje żadnego formalizmu w tej kwestii, lecz wymaga obiektywnych i możliwych do sprawdzenia elementów poprzedzających zastosowanie badanego środka lub jednocześnie z jego zastosowaniem. W 1997 r. państwo takiego biznesplanu nie potrzebowało. Posiadało ono pięciu przedstawicieli w radzie nadzorczej EDF, należał do niego cały kapitał EDF od 1946 r. i w momencie zaistnienia przedmiotowych okoliczności faktycznych doskonale znało przedsiębiorstwo i uczestniczyło w zarządzaniu nim i w określaniu jego kierunków strategicznych w perspektywie długoterminowej. Według EDF taka perspektywa długoterminowa ma szczególnie znaczenie w przypadku EDF ze względu na kapitałochłonność jego działalności i okresy trwałości instalacji wynoszące kilkadziesiąt lat, 30–75 lat w niektórych przypadkach.

- (65) Według EDF państwo jako akcjonariusz, a nie jako władza publiczna, o czym świadczą liczne dokumenty z tamtego okresu, miało dokonać inwestycji na podstawie dokładnych analiz i ocen progностycznych. Już w 1995 r. rozpoczęły się prace z udziałem EDF i sprawujących nad nim nadzór ministerstw mające na celu wyciągnięcie wniosków z opinii Trybunału Obrachunkowego wspomnianej w motywie 26. Prace te dotyczyły w szczególności reorganizacji bilansu przedsiębiorstwa i rentowności kapitału. Doprowadziły do podpisania w dniu 8 kwietnia 1997 r. umowy między państwem i EDF na lata 1997–2000 oraz do jednoczesnego złożenia w dniu 2 kwietnia 1997 r. projektu ustawy w sprawie różnych środków ekonomicznych i finansowych, której art. 45 miał identyczne brzmienie jak art. 4 ustawy nr 97-1026. Prace przygotowawcze Zgromadzenia i Senatu, a nawet sama ustawa, pokazują, według EDF, że interwencja państwa miała charakter interwencji akcjonariusza, tj. zastrzyku kapitałowego mającego dokapitalizować EDF.
- (66) Około czterdzieści dokumentów z tamtego okresu, które EDF dołączyło do swoich pism, ma świadczyć, że w swoich analizach i rozważaniach państwo kierowało się czterema głównymi założeniami:
- uwzględnienie nowych warunków konkurencji przy stopniowym otwieraniu rynków w następstwie dyrektywy 96/92/WE,
 - znormalizowanie stosunków finansowych z EDF na podstawie prawa powszechnego poprzez rozstrzygnięcie niejasności, które mogły istnieć w przeszłości,
 - zaradzenie znacznemu brakowi równowagi, który miał wpływ na strukturę bilansu EDF, poprzez wzmocnienie jego kapitału własnego,
 - ułatwienie porównań na poziomie międzynarodowym w celu zwiększenia wiarygodności przedsiębiorstwa w środowiskach finansowych.
- (67) Ponadto według EDF kryterium rozsądnego inwestora prywatnego nie tylko ma zastosowanie ze wspomnianych względów, lecz w przedmiotowym przypadku jest także spełnione, ponieważ państwo działało jak inwestor prywatny. Zdaniem EDF według Trybunału (pkt 78 i 89 wyroku) chodzi o określenie, czy w normalnych warunkach rynkowych EDF mogło uzyskać taką samą korzyść jak korzyść uzyskana przy użyciu zasobów państwowych i czy korzyść ta może, ze względu na swoje skutki, zakłócać konkurencję lub grozić jej zakłóceniem.
- (68) Liczne dokumenty z tamtego okresu dowodzą również w tej kwestii, że państwo faktycznie zbadało i wyliczyło rentowność swojej inwestycji, jak zrobiłby inwestor będący jedynym akcjonariuszem przedsiębiorstwa, przyjmując perspektywę długoterminową. Na tej właśnie podstawie w umowie z EDF na lata 1997–2000 ustalono wynagrodzenie dla państwa, które było wówczas zgodne z wynagrodzeniami akcjonariuszy w porównywalnych spółkach. Przed zawarciem umowy państwo zbadało oszacowanie kwot, które EDF miało uiszczać na jego rzecz w latach 1997–2000.
- (69) Ponadto w swoich uwagach z lipca 2013 r. EDF antycypowało wyniki badania zleconego firmie Oxera, które nie było jeszcze ukończone w momencie przedstawiania uwag przez EDF. EDF twierdziło, że w badaniu Oxera zostanie porównana wewnętrzna stopa zwrotu oczekiwana z inwestycji państwa w 1997 r. i stopa wymagana przez rynki kapitałowe w przypadku podobnej inwestycji oraz zostanie wykazany fakt, że inwestor prywatny dokonałby inwestycji zgodnie z warunkami określonymi w umowie na lata 1997–2000.
- (70) W dniu 18 października 2013 r. EDF przekazało Komisji wspomniane badanie z dnia 15 października 2013 r. przygotowane przez Oxera⁽¹⁾, nie dodając żadnych komentarzy. Zgodnie z twierdzeniami EDF zawartymi w uwagach z lipca 2013 r. w badaniu Oxera stwierdza się, że rozsądny inwestor prywatny zainwestowałby w podwyższenie kwoty zastrzyków kapitałowych na rzecz EDF. Wniosek ten wynika z faktu, że rentowność (wewnętrzna stopa zwrotu), jakiej taki inwestor mógł oczekiwać w 1997 r., mieściła się w przedziale 35–15 %, a w perspektywie pięciu lat wynosiła średnio 27 %, a więc w każdym razie przewyższała rentowność wynoszącą 12,7 %, jakiej wymagałby taki inwestor. Rentowność oblicza się, uwzględniając wartość sprzedaży praw w EDF, które należały do państwa, na początku i na końcu okresu.

⁽¹⁾ „Does the 1997 recapitalisation of EDF by the French State meet the private investor test?”. Sprawozdanie końcowe z dnia 15 października 2013 r.

- (71) EDF uważa, że, z wyjątkiem słabej sytuacji kapitału własnego, fundamenty gospodarcze EDF były w 1997 r. solidne, co zauważyli analitycy w tamtym okresie, którzy nie zgłosili wątpliwości dotyczących jego stabilności finansowania lub perspektyw handlowych w momencie dokonywania inwestycji przez państwo. Rating finansowy EDF był znakomity (Aaa według Moody's w latach 1992–1997, AAA według Standard & Poor's w latach 1996–1997) i pozostałby taki, nawet gdyby zaistniała konieczność obniżenia go o jeden lub dwa punkty w celu uwzględnienia gwarancji państwa, z której korzystało EDF jako przedsiębiorstwo publiczne o charakterze przemysłowo-handlowym. Z wielu dokumentów z tamtego okresu wynika, że poziom wynagrodzenia państwa francuskiego otrzymywanego od EDF był porównywalny ze stopą zwrotu w dywidendach spółek z CAC40 (4,5–5 % kapitału), jak również przedsiębiorstw prowadzących działalność w sektorze energii elektrycznej w Europie (4,7 % i 5,27 % szacowane odpowiednio dla lat 1996 i 1997). Dowodzi to ponadto, że EDF mogło uzyskać taki sam poziom kapitału na rynku kapitałowym, w związku z czym środek, ze względu na swoje skutki, nie mógł zakłócać konkurencji.
- (72) W szczególności EDF uważa, że inwestor prywatny, do którego należy cały kapitał jednostki zależnej, mógłby dokonać, w porównywalnych warunkach, podobnej inwestycji we wspomnianą jednostkę zależną, przekształcając na kapitał należącą do niego jej wierzytelność, niezależnie od jej charakteru. Analiza ta znajduje potwierdzenie w opinii prawnej wydanej na wniosek EDF. Starając się zapobiec strukturze finansowej, która jest nieproporcjonalna w związku ze słabą sytuacją kapitału własnego w porównaniu z zadłużeniem finansowym, państwo pozwoliło także przedsiębiorstwu konkurować z innymi dużymi podmiotami tego sektora w Unii. Ten sam akcjonariusz nie pozwoliłby świadomie na utrzymywanie się znacznego braku równowagi w bilansie swojej jednostki zależnej posiadającej solidne fundamenty gospodarcze, podczas gdy miał możliwość łatwego zaradzenia temu brakowi równowagi, przekształcając wierzytelność na kapitał.
- (73) Według EDF można racjonalnie założyć, że inwestor prywatny znajdujący się w sytuacji najbardziej zbliżonej do sytuacji państwa, czyli akcjonariusz posiadający 100 % akcji przedsiębiorstwa, przyjmując perspektywę długoterminową, na wysoce kapitalistycznym rynku, który wkrótce ma zostać otwarty na konkurencję, dokonałby takiej samej inwestycji.

8. UWAGI FRANCJI DOTYCZĄCE DECYZJI O ROZSZERZENIU POSTĘPOWANIA

- (74) Władze francuskie uważają przede wszystkim, że państwo działało jak rozważny inwestor prywatny, gdy przekwalifikowało, przy zwolnieniu z podatku od osób prawnych, prawa udzielającego koncesji na zastrzyki kapitałowe na rzecz EDF. Uważają one, że w przeciwieństwie do sposobu przedstawienia tej kwestii w decyzji o wszczęciu postępowania z dnia 16 października 2002 r. i w decyzji o rozszerzeniu postępowania z dnia 2 maja 2013 r. środek, który Komisja musi zbadać, jest jedynym środkiem dokapitalizowania EDF poprzez przyjęcie art. 4 ustawy nr 9-1026, a nie środkiem polegającym na przyznaniu zwolnienia z podatku w odniesieniu do przekwalifikowania praw udzielającego koncesji na zastrzyk kapitałowy, który można by było oddzielić od przepisów wspomnianej ustawy. Władze francuskie opierają się na informacjach zawartych w szeregu dokumentów z lat 1996 i 1997, dołączonych do ich uwag, które według nich uzasadniają i potwierdzają to twierdzenie. Dokumenty te wymieniono w motywach 87–108. Według władz francuskich inne dokumenty przedstawione przez EDF także potwierdzają uwagi Francji.
- (75) Dodatkowo władze francuskie przypominają, że kwestionują kwotę pomocy i powtarzają swoje uwagi z dnia 20 listopada 2003 r., zgodnie z którymi do przedmiotowego podatku należy zastosować stawkę z 1996 r., a nie z 1997 r., jak wyjaśniono w motywie 47.

W przedmiocie możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora

- (76) Władze francuskie kwestionują twierdzenie, jakoby sporne zwolnienie z podatku wynikało z wykonania przez Francję prerogatyw władzy publicznej, w związku z czym niemożliwe byłoby zastosowanie testu prywatnego inwestora. Uważają, że Trybunał nie wymaga, aby państwo członkowskie przedstawiło faktyczny biznesplan dotyczący spornego środka.
- (77) W tym względzie władze francuskie przypominają po pierwsze, że EDF było w 1997 r. przedsiębiorstwem publicznym o charakterze przemysłowo-handlowym znajdującym się pod nadzorem państwa, które w związku z tym posiadało szczegółową wiedzę na temat przedsiębiorstwa, jak również jego strategii przemysłowej i jego perspektyw finansowych. W związku z tym uważają, że sposób przedstawienia informacji i ocen, którymi dysponowało państwo przed przyjęciem spornego środka i które dowodzą rentowności inwestycji, jest dopuszczalny. Komisja musi przeprowadzić całościową analizę obejmującą w szczególności te elementy, jak również wszystkie inne istotne elementy.

- (78) Po drugie, uwzględniając charakter i przedmiot art. 4 ustawy nr 97-1026, władze francuskie uważają, że państwo przyznając zwolnienie z podatku w odniesieniu do przekwalifikowania rezerw utworzonych z praw udzielającego koncesji, działało w charakterze akcjonariusza. Ustawę tę poprzedziło podpisanie w dniu 8 kwietnia 1997 r. umowy między państwem i EDF na lata 1997–2000, której wykonanie zakładało przyjęcie środków ustawodawczych dotyczących restrukturyzacji jego bilansu. Wcześniej, w piśmie z dnia 12 lipca 1996 r., organy sprawujące nadzór zasygnalizowały EDF, że we wspomnianej umowie należy wyznaczyć EDF ambitny cel w zakresie wynagrodzenia państwa. Tytuł III umowy przewidywał bowiem wynagrodzenie państwa wynikające z dwóch elementów: (i) wynagrodzenia z tytułu zastrzyków kapitałowych według stałego oprocentowania wynoszącego 3 %; i (ii) wynagrodzenia dodatkowego równego 40 % wyniku księgowego netto EDF, przy czym zsumowana kwota tych dwóch elementów nie mogła jednak przekraczać 6 % kwoty zastrzyków kapitałowych.
- (79) Państwo przeanalizowało to wynagrodzenie w formie perspektyw dywidend, które oszacowało, w odniesieniu do wynagrodzenia dodatkowego, na kwotę 3,5 mld FRF z możliwością osiągnięcia kwoty 6 mld FRF w odnośnym okresie, co znajduje potwierdzenie w piśmie organów sprawujących nadzór do EDF z dnia 22 kwietnia 1997 r. Te szacunkowe liczby opierają się na perspektywach ekonomiczno-finansowych, które EDF przekazało służbom ministerstwa finansów dnia 19 lutego 1997 r., oraz na założeniach określonych w umowie. Sprawozdanie z września 1997 r. w sprawie ustawy nr 97-1026 przedstawione przez sprawozdawcę w Senacie zawierało także analizy służb ministerstwa dotyczące oczekiwanego wpływu na wynagrodzenie państwa jako akcjonariusza w 1998 r., a mianowicie 2,6 mld FRF, w tym 1,5 mld FRF stałego oprocentowania i 1,1 mld FRF wynagrodzenia dodatkowego. Przed przyjęciem przedmiotowego środka państwo oszacowało zatem przyszłe prognozy dotyczące wynagrodzenia, jak czyni każdy akcjonariusz, który chce uczestniczyć w podwyższeniu kapitału swojego przedsiębiorstwa.
- (80) Po trzecie, władze francuskie uważają, że przekwalifikowanie rezerw utworzonych z praw udzielającego koncesji oraz, w szerszym ujęciu, restrukturyzacja bilansu EDF i wzmocnienie kapitału własnego stanowiły środek zaradczy w odniesieniu do słabej struktury finansowej przedsiębiorstwa. Jeżeli ta słaba struktura istniałaby nadal, EDF musiałoby prawdopodobnie stawić czoła podwyższeniu stopy oprocentowania swojego długu i trudnościom ze swoimi partnerami handlowymi z powodu negatywnego postrzegania ryzyka kontrahenta. Takie obawy państwa jako akcjonariusza wynikają z uzasadnienia art. 4 projektu ustawy, który stał się następnie ustawą nr 97-1026, jak również z wystąpienia właściwego ministra podczas przedstawienia projektu ustawy Senatowi w dniu 2 października 1997 r.
- (81) W sprawozdaniach posła sprawozdawcy i senatora sprawozdawcy dotyczących projektu ustawy odpowiednio dla Zgromadzenia Narodowego i dla Senatu podkreślono ponadto pozytywny wpływ restrukturyzacji bilansu EDF na wskaźniki zadłużenia w relacji do kapitału własnego: w pierwszym sprawozdaniu uznano je (24,2 mld FRF) za niewystarczające w stosunku do zobowiązań z tytułu pożyczek (131,9 mld FRF) i do aktywów netto (696,4 mln FRF); wzmocnienie kapitału własnego miało pozwolić EDF na uzyskanie struktury bilansu bardziej dostosowanej do jego masy majątkowej, umożliwiając jednocześnie dokonywanie bardziej odpowiednich porównań z konkurentami europejskimi; w drugim sprawozdaniu podkreślono ponadto pozytywne dla EDF skutki większej wiarygodności w środowiskach finansowych i wśród jego potencjalnych partnerów. Według władz francuskich wzmocnienie struktury finansowej przedsiębiorstwa jest zgodne z celami rozważnego inwestora prywatnego znajdującego się w porównywalnej sytuacji.
- (82) Z powyższego wynika, według władz francuskich, że test prywatnego inwestora jak najbardziej mógł być zastosowany, ponieważ państwo przekwalifikowując rezerwy utworzone z praw udzielającego koncesji na zastrzyki kapitałowe na rzecz EDF bez pobierania podatku, działało w charakterze akcjonariusza.

W przedmiocie zastosowania testu prywatnego inwestora

- (83) Władze francuskie przypominają przede wszystkim, że umowa między państwem i EDF przewidywała wynagrodzenie państwa wynikające z dwóch elementów: (i) wynagrodzenia z tytułu zastrzyków kapitałowych według stałego oprocentowania wynoszącego 3 %; i (ii) wynagrodzenia dodatkowego równego 40 % wyniku księgowego netto EDF, co świadczy o tym, że państwo dysponowało informacjami dotyczącymi oczekiwanego zwrotu z zainwestowanego kapitału. Ponadto zgodnie ze wspomnianym wcześniej sprawozdaniem posła do Zgromadzenia Narodowego, uwzględniając istnienie stałego oprocentowania zastrzyków kapitałowych, przekwalifikowanie rezerw utworzonych z praw udzielającego koncesji na kapitał skutkuje podwyższeniem wynagrodzenia państwa w wartościach bezwzględnych, ze względu na zwiększenie podstawy oprocentowania.
- (84) Władze francuskie uważają następnie, że rentowność inwestycji w EDF w 1997 r. należy rozważyć w perspektywie długoterminowej w odniesieniu do przyszłych płatności na rzecz państwa i w świetle podwyższenia wartości przedsiębiorstwa. Do dodatnich wyników netto po opodatkowaniu i wynagrodzenia państwa (1,4 mld FRF oprócz wynagrodzenia państwa w wysokości 2,5 mld FRF w 1998 r.) należy dodać wygenerowanie w latach 1997–2000 znacznych zasobów w wysokości prawie 70 mld FRF, tak jak to przewidziano w umowie. Jak podkreślono w piśmie EDF z dnia 19 lutego 1997 r., państwo określiło cel w postaci podwyższenia wartości masy majątkowej przedsiębiorstwa wyliczonego na tę kwotę i wynikającego z redukcji długu, utworzenia aktywów i inwestycji rozwojowych, co tworzy perspektywę podwyższenia wartości kapitału EDF.

- (85) Ponadto przy ocenie ryzyka inwestycyjnego państwo jako akcjonariusz uwzględniło charakterystykę głównej działalności EDF prowadzonej przede wszystkim we Francji, opierając się na zasadzie cen regulowanych mających pokryć koszty przedsiębiorstwa. Cechy te zmniejszały ryzyko związane z inwestycją i, w rezultacie, wymóg rentowności. Dokument EDF z dnia 27 lipca 1996 r., przekazany Senatowi w dniu 15 września 1997 r., wskazuje ponadto, że wynagrodzenia akcjonariuszy w zagranicznych przedsiębiorstwach różniły się znacząco w zależności od otoczenia instytucjonalnego i regulacyjnego sektora w każdym kraju.
- (86) Z powyższego wynika, według władz francuskich, że państwo zachowało się jak rozważny inwestor prywatny, gdy przekwalifikowało rezerwy utworzone z praw udzielającego koncesji na zastrzyki kapitałowe bez pobierania podatku od osób prawnych. Wniosek ten znajduje ponadto potwierdzenie w uwagach EDF, w tym w badaniach i analizach, na których uwagi te się opierają, przedstawionych w motywach 62–73. W szczególności, w odniesieniu do badania ekonomicznego Oxera przekazanego przez EDF, władze francuskie uważają, że Komisja musi przeprowadzić taką samą analizę w celu określenia, czy dokapitalizowanie EDF przez państwo w 1997 r. ma charakter rozważnej inwestycji.

Dokumenty przekazane przez Francję na poparcie jej uwag

- (87) Na poparcie swojej odpowiedzi na decyzję o rozszerzeniu postępowania władze francuskie przekazały Komisji dziewięć dokumentów dołączonych do ich uwag z dnia 1 lipca 2013 r. Te dziewięć dokumentów przedstawiono na poparcie twierdzenia władz francuskich, zawartego już w ich uwagach z dnia 11 grudnia 2002 r., że dodatkowy zastrzyk kapitałowy równoważny kwocie niepobranego podatku był uzasadniony perspektywami rentowności prezentowanymi przez EDF w 1997 r., które zresztą zrealizowały się w kolejnych latach. Bez uszczerbku dla informacji przedstawionych przez Francję w jej uwagach, należy dokonać systematycznej analizy głównych elementów zawartych w tych dokumentach.
- (88) Dokumenty dotyczą przygotowania lub wykonania umowy między państwem i EDF zawartej na lata 1997–2000 bądź dyskusji nad projektem ustawy, który stał się następnie ustawą nr 97-1026. Chodzi o dokumenty z lat 1996–1997, a zatem dokumenty z tego samego okresu co rzekoma decyzja w sprawie inwestycji. Konkretniej rzecz ujmując, dokumenty te obejmują umowę na lata 1997–2000 ⁽¹⁾, pisma ministrów sprawujących nadzór nad przedsiębiorstwem ⁽²⁾, pisma przedsiębiorstwa do administracji ministerstwa lub Senatu ⁽³⁾ oraz dokumenty i dwa sprawozdania Zgromadzenia Narodowego i Senatu powstałe w ramach przygotowań do dyskusji nad projektem ustawy ⁽⁴⁾. Treść dokumentów omówiono dokładniej poniżej.
- (89) Pismem z dnia 12 lipca 1996 r. do prezesa EDF ministrowie sprawujący nadzór przyjmują z zadowoleniem wyniki umowy programowej na lata 1993–1996 między EDF i państwem i, w związku z jej wygaśnięciem w dniu 31 grudnia 1996 r., zaczynają przygotowywać umowę programową na lata 1997–2000. Ponadto w piśmie uściślono, że definicja równowagi finansowej zawarta w umowie programowej na lata 1997–2000 musi wpisać się w nowe ramy normalizujące sytuację księgową i finansową EDF w następstwie prac prowadzonych od 1995 r. W piśmie tym weszono do rozpoczęcia prac i dyskusji między właściwymi służbami i EDF, informując jednocześnie przedsiębiorstwo o trzech głównych celach, które należy uwzględnić w przyszłej umowie:
- po pierwsze ministrowie stwierdzili, że: „wzrost wydajności osiągnięty przez przedsiębiorstwo musi pozwolić mu na kontynuację polityki obniżania cen, przyczyniając się do konkurencyjności francuskiego przemysłu i do zwiększenia siły nabywczej konsumenta indywidualnego”,
 - EDF musi także zarazem utrzymać swoje wysiłki na rzecz redukcji długu oraz wytyczyć sobie ambitny cel w odniesieniu do wynagrodzenia państwa, przy zastosowaniu mechanizmu zachęty dla EDF do poprawy wyników,
 - ponadto w umowie programowej należy także określić strategiczne kierunki rozwoju EDF na poziomie międzynarodowym, ustalając hierarchię priorytetów.

⁽¹⁾ Umowa między państwem i EDF na lata 1997–2000 podpisana w dniu 8 kwietnia 1997 r.

⁽²⁾ Pismo ministra gospodarki i finansów oraz ministra przemysłu, poczty i telekomunikacji do prezesa EDF z dnia 12 lipca 1996 r., pismo ministra gospodarki i finansów, ministra właściwego ds. budżetu oraz ministra przemysłu, poczty i telekomunikacji do prezesa EDF z dnia 22 kwietnia 1997 r.

⁽³⁾ Pismo dyrektora finansowego EDF do dyrektora departamentu finansowania i udziałów należących do Skarbu Państwa z dnia 19 lutego 1997 r.; analiza EDF z dnia 27 lipca 1996 r. dotycząca wynagrodzenia akcjonariusza, przekazana Senatowi w dniu 15 września 1997 r.

⁽⁴⁾ Uzasadnienie art. 45 projektu ustawy w sprawie różnych środków ekonomicznych i finansowych, przyjęte przez Radę Ministrów w dniu 5 kwietnia 1997 r.; sprawozdanie komisji finansów, gospodarki i planowania Zgromadzenia Narodowego przedstawione przez posła Didier MIGAUD w dniu 10 września 1997 r. dotyczące projektu ustawy nr 201 w sprawie doraźnych środków o charakterze podatkowym i finansowym; sprawozdanie senatora Alaina Lambert dotyczące projektu ustawy w sprawie doraźnych środków o charakterze podatkowym i finansowym przedstawione w dniu 24 września 1997 r.; wystąpienie ministra gospodarki, finansów i przemysłu podczas omawiania projektu ustawy w sprawie doraźnych środków o charakterze podatkowym i finansowym w Senacie w dniu 2 października 1997 r.

- (90) Podczas dalszych prac nad przygotowaniem umowy w dniu 19 lutego 1997 r. dyrektor finansowy EDF przekazał Dyrekcji Skarbu Państwa dokument EDF z dnia 18 lutego 1997 r. Pismo zawierało główne założenia scenariusza finansowego związanego z umową między EDF i państwem na lata 1997–2000, w tym w szczególności roczne rachunki zysków i strat oraz prognozowane zestawienia finansowe na ten okres.
- (91) W piśmie przewidziano coroczną obniżkę cen (– [...] (*) %, – [...] %, – [...] %, – [...] %), inwestycje przemysłowe w rozwój w wysokości [...] FRF, w tym [...] FRF na poziomie międzynarodowym, i inwestycje w wysokości [...] FRF w działalność główną w latach 1997–2000. Wspomniano także o wynagrodzeniu, podlegającemu odliczeniu podatkowemu, od zastrzyków kapitałowych w wysokości 3 % od podstawy oprocentowania oszacowanej na kwotę 50 mld FRF po restrukturyzacji bilansu oraz w wysokości 40 % od wyniku po uwzględnieniu części stałej wynagrodzenia i podatku od osób prawnych. Dług na koniec roku miał się także zmienić z kwoty [...] FRF na koniec 1996 r. na kwotę [...] FRF na koniec 2000 r. Podobnie pozostała część długu pomniejszona o aktywa miała zmienić się z kwoty [...] FRF na koniec 1996 r. na kwotę [...] FRF na koniec 2000 r.
- (92) Spośród dokumentów przekazanych przez władze francuskie w załączeniu do ich uwag dokument EDF z dnia 18 lutego 1997 r. przekazany następnego dnia organom sprawującym nadzór jako jedyny zawiera systematyczne i wyrażone liczbowo przewidywania i prognozy wyników ekonomicznych i finansowych działalności EDF. Na podstawie tych prognoz z lutego 1997 r. państwo jako akcjonariusz mogło liczyć na wynagrodzenie z zainwestowanego kapitału w wysokości 2,1 mld FRF w 1997 r., 2,5 mld w 1998 r., 2,4 mld w 1999 r. i 2,4 mld w 2000 r., czyli średnio 2,35 mld FRF rocznie. Prognozowany rachunek zysków i strat EDF w latach 1997–2000 przedstawiony w tym piśmie przedstawiał się następująco:

Tabela 1

Prognozowany rachunek zysków i strat EDF w latach 1997–2000 (w mld FRF według wartości bieżącej)

	1997	1998	1999	2000
Przychody	186,3	184,2	185,7	187,5
Koszty	177,0	177,2	179,1	180,9
w tym paliwo i zakup energii	36,9	36,8	37,8	38,5
w tym koszty operacyjne	88,3	91,2	93,6	95,7
Wynik działalności głównej	9,3	7,0	6,6	6,6
Wynik przed wynagrodzeniem państwa	6,8	6,5	6,1	6,1
Wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych	1,5	1,5	1,5	1,5
Wynagrodzenie dodatkowe	0,6	1,0	0,9	0,9
Podatek od osób prawnych	3,9	2,6	2,4	2,3
Wynik netto	0,9	1,4	1,3	1,4

Źródło: Pismo EDF z dnia 18 lutego 1997 r. „Contrat d'Entreprise – Perspectives Economico-Financières”.

- (93) Jak uściślono w piśmie EDF, wynagrodzenie wypłacane państwu podlegało odliczeniu podatkowemu. Stanowi to odstępstwo od zasady, zgodnie z którą podatek od osób prawnych pobiera się od wyniku przedsiębiorstwa po odliczeniu amortyzacji i odsetek, co zmniejsza wynik finansowy netto, a w rezultacie kwotę przeznaczoną ewentualnie na wypłatę dywidend. To doraźne odstępstwo mogło spowodować podwyższenie wynagrodzenia wypłacanego państwu jako akcjonariuszowi, ale przy obniżeniu o tę samą kwotę podatku uiszczanego na rzecz państwa jako poborcy podatku. W swojej odpowiedzi z dnia 23 grudnia 2013 r. władze francuskie uściślają, że od 2001 r. wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych uznano za równoważne z powszechnie obowiązującą dywidendą, co w rezultacie spowodowało zniesienie możliwości odliczenia podatkowego w odniesieniu do tego wynagrodzenia. Tę zasadę równoważności zastosowano w umowie między EDF i państwem na lata 2001–2003, która zastąpiła umowę na lata 1997–2000.

(*) Informacja objęta obowiązkiem zachowania tajemnicy służbowej.

- (94) W dniu 8 kwietnia 1997 r. ministrowie sprawujący nadzór nad EDF oraz prezes i dyrektor generalny EDF zawarli i podpisali umowę między państwem i EDF na lata 1997–2000. Umowa określała główne kierunki, które EDF miało nadać swojej działalności w perspektywie średnioterminowej, zawierała wzajemne zobowiązania sygnatariuszy i przypominała, że zobowiązania te podjęto na podstawie szerokich założeń bazowych, których zmiana jest możliwa jedynie w wyniku znacznej zmiany otoczenia biznesowego. Umowa zawierała różne zobowiązania podzielone na trzy tytuły: potwierdzenie podstawowych zadań przedsiębiorstwa publicznego (tytuł I), obecne prace przygotowawcze nad przyszłością przedsiębiorstwa (tytuł II) i wpisanie przedsiębiorstwa w odnowione ramy finansowe i instytucjonalne (tytuł III). W dwóch załącznikach do umowy wyszczególniono wskaźniki efektywności monitorowane pod kątem wykonania (załącznik I) i ruchy taryfowe przewidziane w poszczególnych latach okresu 1997–2000 (załącznik II).
- (95) Główne zobowiązania i kierunki określone w umowie, mające związek z przedmiotem niniejszej decyzji, są następujące:
- państwo potwierdziło swoją wolę utrzymania statusu przedsiębiorstwa, które między innymi dowiodło swojej skuteczności i powinno pozostać stabilnym punktem odniesienia w kontekście nadchodzących zmian, co umożliwi dyrektywa UE dotycząca organizacji rynku wewnętrznego energii elektrycznej⁽¹⁾. EDF miało natomiast uczestniczyć w działaniach związanych z zagospodarowaniem przestrzennym i solidarnością narodową, w szczególności wdrażając ambitną politykę na rzecz wspierania działalności gospodarczej i zatrudnienia poprzez działanie na rzecz samorządów lokalnych, aby pomagać im w tworzeniu miejsc pracy, oraz na rzecz poprawy sytuacji swoich najbardziej potrzebujących klientów (tytuł I),
 - rozwój EDF miał sprzyjać „zwiększeniu konkurencyjności francuskich przedsiębiorstw”; wzrost wydajności, do którego przedsiębiorstwo się zobowiązywało, miał zatem wiązać się przede wszystkim z obniżeniem średniego poziomu jego cen. Dostosowania cenowe miały skutkować obniżkami wg cen stałych we FRF o [...] % w kwietniu 1997 r., [...] % w kwietniu 1998 r., [...] % w kwietniu 1999 r. i [...] % w kwietniu 2000 r. Równocześnie celem rozwoju EDF miało być zdobycie nowych rynków ze szczególnym uwzględnieniem Europy (tytuł II),
 - bilans EDF miał być poddany restrukturyzacji w celu zarówno zwiększenia kapitału własnego netto przedsiębiorstwa, jak i ustabilizowania stosunków finansowych z państwem w oparciu o zasady zbliżone do zasad prawa powszechnego; rząd zobowiązywał się w związku z tym do przedstawienia parlamentowi środka legislacyjnego restrukturyzującego bilans EDF w 1997 r., przy czym restrukturyzacja miała stać się skuteczna w dniu 1 stycznia 1997 r. Umowa przewidywała wynagrodzenie dla państwa jako akcjonariusza złożone z dwóch elementów: wynagrodzenia z tytułu zastrzyków kapitałowych przy stałej stopie procentowej wynoszącej 3 % i wynagrodzenia dodatkowego równego 40 % wyniku księgowego netto, przy czym pułap sumy tych elementów wynosił 6 % kwoty zastrzyków kapitałowych, bez szacunkowego wyliczenia przewidzianych kwot w wartościach bezwzględnych. Ponadto w odniesieniu do okresu 1997–2000 EDF zobowiązywało się w szczególności przeznaczyć [...] FRF na inwestycje przemysłowe na poziomie międzynarodowym, doprowadzić swoje zadłużenie brutto do kwoty [...] FRF na koniec 2000 r., obniżając je o [...] FRF, aby wejść na ścieżkę pozwalającą na dojście do sytuacji całkowitego oddłużenia w perspektywie odnowienia parku produkcyjnego. Ponadto umowa przewidywała, że ewentualne przekroczenie celów odpowiadające nadwyżce zasobów należy przeznaczyć „przede wszystkim na dodatkową obniżkę cen”, przed wynagrodzeniem państwa jako akcjonariusza lub wypłatą premii pracownikom przedsiębiorstwa (tytuł III).
- (96) W piśmie ministrów wspólnie podpisujących umowę do prezesa EDF z dnia 22 kwietnia 1997 r. potwierdzono oparty na konsensusie i ostateczny charakter założeń oraz prognoz finansowych zawartych w dokumencie EDF z dnia 18 lutego 1997 r., które były podstawą umowy na lata 1997–2000. W ten sposób w piśmie odniesiono się bowiem wyraźnie do wcześniejszych uzgodnień między EDF i władzami publicznymi przy opracowywaniu scenariusza finansowego. Powtarza się w nim cel, którym jest średnia obniżka cen EDF o [...] % w ciągu czterech lat.
- (97) W piśmie z dnia 22 kwietnia 1997 r. odniesiono się do przepisów dekretu z dnia 14 maja 1956 r. z późniejszymi zmianami oraz zasad wynagradzania państwa zawartych w tytule III umowy. Zgodnie z tymi przepisami w piśmie uściślono, że „ze scenariusza odniesienia wynika kwota wynagrodzenia dodatkowego w wysokości 3,5 mld FRF w latach” 1997–2000 i że warunki te umożliwiają osiągnięcie łącznej kwoty płatności na rzecz państwa wynoszącej 5,1 mld FRF w 1997 r., uwzględniając stałe oprocentowanie i zaliczkę na poczet podatku od osób prawnych. Kwoty te odpowiadają kwotom zawartym w dokumencie EDF z dnia 18 lutego 1997 r. Zgodność kwot wynagrodzenia dodatkowego obliczanego na podstawie wyników przedsiębiorstwa potwierdza, że organy sprawujące nadzór zbadały, zatwierdziły i przyjęły wszelkiego rodzaju kwoty (dochody, koszty, wynik netto itd.) przewidziane w prognozowanym rachunku tworzenia dochodów EDF na lata 1997–2000.

(¹) Umowa odnosi się do dyrektywy 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Dyrektywa ta, podobnie jak kolejne dyrektywy, które ją zastąpiły, nie przewiduje zasad dotyczących producentów, operatorów lub dystrybutorów energii elektrycznej na rynku wewnętrznym pod względem ich statusu jako spółek.

- (98) W piśmie ministrów sprawujących nadzór z dnia 22 kwietnia 1997 r. podkreślono, że główne elementy równowagi umowy wpisują się w ramy księgowo i podatkowe restrukturyzacji bilansu EDF, która miała stać się skuteczna, z zastrzeżeniem przyjęcia niezbędnych przepisów ustawowych, w dniu 1 stycznia 1997 r. W związku z tym w piśmie uściślono, że „szczegółowe zasady wdrażania tej restrukturyzacji pod względem zarówno księgowym, jak i podatkowym będą przedmiotem, na podstawie ustalonego już schematu, dodatkowej wymiany informacji pomiędzy organami sprawującymi nadzór a przedsiębiorstwem”.
- (99) Niedługo przed tym pismem rząd przedłożył Zgromadzeniu Narodowemu przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 5 kwietnia 1997 r. projekt ustawy w sprawie różnych środków ekonomicznych i finansowych, której art. 45 przewidywał przekwalifikowanie rezerw księgowych EDF. W uzasadnieniu tego projektu wyjaśniono, że przewidziane korekty księgowo pozwolą EDF uzyskać bilans w większym stopniu zgodny z jego faktyczną sytuacją ekonomiczną, wykazujący poziom kapitału własnego proporcjonalny do rozmiaru jego działalności. Projekt ustawy nie został rozpatrzony ze względu na rozwiązanie Zgromadzenia Narodowego, które nastąpiło w dniu 21 kwietnia 1997 r.
- (100) Po przekazaniu parlamentowi projektu ustawy w sprawie doraźnych środków o charakterze podatkowym i finansowym przyjętego później jako ustawa nr 97-1026 Zgromadzenie Narodowe i Senat wyznaczyły swoich sprawozdawców. W sprawozdaniu nr 204 Zgromadzenia Narodowego opisano przeszłe zdarzenia prowadzące do konieczności uściślenia statusu własnościowego urządzeń przesyłowych EDF, co uczyniłoby bezprzedmiotowymi praktyki księgowo zakwestionowane przez Trybunał Obrachunkowy w sprawozdaniu specjalnym nr 1993 z dnia 10 października 1994 r. dotyczącym koncesji EDF. Wyjaśniono zmiany księgowo, które będą konieczne, i przedstawiono szacunkowe liczby dotyczące ich wpływu na różne pozycje bilansu, jak następuje:

Tabela 2

Skutki reorganizacji kapitału własnego EDF wynikającej z art. 4 ustawy w sprawie doraźnych środków o charakterze podatkowym i finansowym na sprawozdanie finansowe za 1996 r. (w mld FRF)

	Koniec 1996 r.	Skutek artykułu
Kapitał własny	24,2	79,8
w tym (pozycje pasywów):		
Kapitał	2,6	2,6
Zastrzyki kapitałowe	36,6	50,7
Różnice wynikające z przeszacowań	2,1	6,2
Rezerwy regulacyjne	0,15	0,15
Przeniesienie na kolejny okres ⁽¹⁾	20,2	18,3
Wynik operacyjny po uwzględnieniu wynagrodzenia państwa	1,9	1,9

Źródło: Ministerstwo Gospodarki i Finansów.

⁽¹⁾ Zmiany dotyczące przeniesienia na kolejny okres nie zaliczają się do skutków artykułu *sensu stricto*, ale stanowią jego logiczną konsekwencję.

- (101) W sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego podkreślono skutki projektu ustawy mające poprawić trafność porównań ze wskaźnikami zadłużenia innych europejskich konkurentów (Austria, Wielka Brytania, Szwecja, Hiszpania, Niemcy): po restrukturyzacji bilansu stosunek długu netto do kapitału własnego EDF zmniejszyłby się z 480 % do 148 %.
- (102) Ponadto w sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego podkreślono zmiany w stosunkach finansowych między państwem i EDF. Objąsnilo system prawny i wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych dokonywanych na rzecz EDF zgodnie z dekretem nr 56-493 z dnia 14 maja 1956 r. zmienionym dekretem nr 86-1360 z dnia 30 grudnia 1986 r. System ten przewidywał wynagrodzenie ze stałym oprocentowaniem ograniczonym pułapem na poziomie 8 % i wynagrodzenie dodatkowe obliczane na podstawie wyniku EDF po opodatkowaniu i zastosowaniu stałego oprocentowania. Płatności dokonane przez EDF w latach 1991–1996 przedstawione w sprawozdaniu osiągnęły w tym okresie kwotę średnio 3,41 mld FRF rocznie; w odniesieniu do kapitału własnego na koniec 1996 r. płatności te pozwoliły uzyskać państwu jako akcjonariuszowi średnią bieżącą rentowność na poziomie 14,1 % ⁽¹⁾; płatności te podsumowano w poniższej tabeli:

⁽¹⁾ Rentowność dla państwa jako akcjonariusza wynika z niskiej podstawy zastrzyków kapitałowych w wysokości 36 mld FRF (mianownik wskaźnika) i z wielkości rezerw księgowych. Po ich zaksięgowaniu do 1996 r. roczny wynik netto EDF stawał się ujemny. Ujemne przeniesienie w rachunku zysków i strat na kolejny okres przekładało się na zmniejszenie kapitału własnego w bilansie ustalonego na kwotę 24,2 mld FRF (zob. tabela 2, kolumna „Koniec 1996 r.”, w której pokazano, w jaki sposób kapitał własny EDF zmniejszył się o ujemne przeniesienie na kolejny okres kwoty 20,2 mld FRF przed zmianą wprowadzoną art. 4 ustawy nr 97-1026). W związku z faktem, że od ujemnych wyników nie pobierano podatku, uzyskanie przez państwo jako akcjonariusza bardzo wysokiej dodatniej rentowności odbywało się ze szkodą dla państwa jako poborcy podatku.

Tabela 3

Stosunki finansowe między państwem i EDF (w mln FRF według wartości bieżącej)

	1991	1992	1993	1994	1995	1996
Odsetki od zastrzyków kapitałowych (budżet – pozycja 407)	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816	1 816
Wynagrodzenie dodatkowe z tytułu zastrzyków kapitałowych (budżet – pozycja 116)	500	665	965	1 938	1 500	4 002
Ogółem	2 316	2 481	2 781	3 754	3 316	5 818

Źródło: Sprawozdanie Zgromadzenia Narodowego, s. 77; obliczenia Komisji w pozycji „ogółem”.

- (103) W sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego stwierdza się w odniesieniu do zmian przewidzianych w bilansie EDF, co następuje: „ponieważ zastrzyki kapitałowe stanowią podstawę stałego oprocentowania, istnieje ryzyko, że ich zwiększenie wynikające z przedmiotowego artykułu spowoduje zwiększenie kwoty pobieranej od EDF. W umowie między państwem i przedsiębiorstwem na lata 1997–2000 podpisanej w dniu 8 kwietnia 1997 r. przewidziano więc zmianę warunków wynagrodzenia z tytułu tych zastrzyków kapitałowych. Stałą stopę procentową określono na poziomie do 3 %, aby skompensować efekt podstawy oprocentowania”. W sprawozdaniu sygnalizuje się ponadto, że pomimo zysków osiągniętych od 1990 r. EDF nie płaciło podatku od osób prawnych i że zwiększenie rezerw związane z koncesją na RAG pozwoli na jednorazowe rozliczenie nagromadzonych deficytowych przeniesień księgowych i podatkowych na kolejny okres. W związku z tym w sprawozdaniu wskazuje się, że według ministerstwa sprawującego nadzór przedsiębiorstwo publiczne (EDF) powinno zapłacić 3 mld FRF w 1997 r. i 2,5 mld FRF w 1998 r. z tytułu podatku od osób prawnych.
- (104) W sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego wspomina się także o poprawce parlamentarnej do tekstu ustawy przedstawionej i odrzuconej na etapie prac komisji. Poprawka miała na celu uściślenie, że rezerwy księgowe miały być przekwalifikowane w kapitał własny poprzez zapis księgowy poza rachunkiem zysków i strat EDF, tak aby uniknąć ujawniania bardzo dużego zysku, który państwo mogło chcieć częściowo pobrać. W tym celu poprawka przewidywała włączenie do ustawy praktyki księgowej i uściślenie, że państwo nie może pobrać z EDF żadnej dodatkowej kwoty przy okazji przeniesienia praw własności do majątku należącego do RAG. W sprawozdaniu wskazuje się, że „włączenie do ustawy praktyki księgowej polegającej na przekształceniu rezerw na kapitał własny odrzucono na wniosek Rady Stanu, ponieważ nie miało ono charakteru przepisu ustawowego”; w sprawozdaniu odnotowuje się szereg opinii parlamentarnych wyrażonych podczas dyskusji, zgodnie z którymi państwo powinno mieć możliwość uzyskiwania od EDF innych płatności, przedsiębiorstwo powinno uiszczać podatek z tytułu swoich zysków, a kwestią faktycznie istotną jest to, „jaką kwotę rząd ma pobrać od EDF i w jaki sposób”.
- (105) Z kolei w sprawozdaniu Senatu sporządzonym do celów dyskusji nad projektem ustawy stwierdza się, że tworzenie rezerw księgowych na odnowienie składników majątku RAG od 1987 r. było nieuzasadnione. Właściwy minister w swoim wystąpieniu przed Senatem w dniu 2 października 1997 r. podczas omawiania projektu ustawy podkreślił „fikcyjny” z podatkowego punktu widzenia charakter strat EDF i faktu niezapłacenia podatku od osób prawnych należnego z tytułu tych rezerw. W swoim wystąpieniu minister zapewnił Senat, że mechanizm ten w żadnym stopniu nie podważa monopolu, jaki posiada EDF. W sprawozdaniu Senatu przedstawia się skutki badanego artykułu w odniesieniu do pozycji bilansu EDF, przed przekwalifikowaniem rezerw i po ich przekwalifikowaniu, według wyliczeń analogicznych do wyliczeń badanych w sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego zebranych w tabeli 2 powyżej. W sprawozdaniu stwierdza się, że korekta bilansu ułatwiłaby porównanie z bilansami konkurentów EDF; zapewniłoby to EDF większą wiarygodność w środowiskach finansowych, tym istotniejszą, że koszt renegeacji jego długu zależy w szczególności od relacji długu netto do kapitału własnego.
- (106) Tytułem „wyjaśnienia” stosunków finansowych między EDF i państwem w sprawozdaniu Senatu dodaje się, że „w zamian za dochody podatkowe, które przedsiębiorstwo będzie odtąd przynosiło państwu, umowa podpisana w dniu 8 kwietnia 1997 r. na lata 1997–2000 przewiduje nieznaczne obniżenie płatności EDF na rzecz państwa”. Na skutek pozytywnego zaliczenia rezerwy na odnowienie w wysokości 38,5 mld FRF, w związku z którym EDF zobowiązane było uiszczyć podatek od osób prawnych, w sprawozdaniu Senatu wskazuje się, że „wynik stosunków finansowych między państwem i EDF został skorygowany w dół”.

- (107) Ponadto wśród pozostałych dokumentów przedstawionych przez Francję znajduje się pismo dyrekcji finansowej EDF z dnia 15 września 1997 r. skierowane do administracji Senatu. Do pisma EDF dołączono tabelę zawierającą obliczenia dotyczące skutków art. 4 projektu ustawy i jego wpływu na bilans, kopię instrukcji z dnia 27 lipca 1993 r. w sprawie koncesji na dystrybucję energii elektrycznej oraz dokument wewnętrzny EDF z dnia 27 lipca 1996 r. zawierający analizę na temat doświadczeń zagranicznych związanych z wynagrodzeniem akcjonariuszy w sektorze energii elektrycznej. W tym ostatnim dokumencie wyjaśnia się podstawowe zasady mające zastosowanie do wynagrodzeń akcjonariusza, rozbieżności i dane liczbowe dotyczące rentowności w przypadku niektórych przedsiębiorstw tego sektora: zyski na poziomie 60–80 % w Stanach Zjednoczonych, 40 % w przypadku National Power i Power Gen, 78 % w przypadku Union Fenosa i 30 % w przypadku Endesa, która zapewniła państwu hiszpańskiemu rentowność na poziomie 28 % w latach 1991–1996, uwzględniając dywidendy i wzrost wartości kursu akcji.
- (108) Mimo przekazania Senatowi przez EDF dwóch innych dokumentów pismem z dnia 15 września 1997 r. zasady, dane liczbowe i ich zastosowanie do wynagrodzenia akcjonariusza przez EDF przedstawione w dokumencie z dnia 27 lipca 1996 r. nie zostały przeanalizowane ani uwzględnione w sprawozdaniu Senatowi. Przeciwnie, w sprawozdaniu Senatowi stwierdza się, podobnie jak w sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego, że przewidziana obniżka wynagrodzenia do zapłacenia przez EDF na rzecz państwa z tytułu zastrzyków kapitałowych dokonanych przez państwo jako akcjonariusza została wprowadzona „w celu uwzględnienia zwiększenia zastrzyków kapitałowych, którego spowodowanie było celem przedmiotowego artykułu”.

9. OCENA ŚRODKÓW: ISTNIENIE POMOCY PAŃSTWA

- (109) Artykuł 107 ust. 1 TFUE stanowi, że: „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”. Zastosowanie tych łącznych warunków do zwolnienia z podatku przyznanego przez Francję na rzecz EDF omówiono poniżej.

9.1. SELEKTYWNA KORZYŚĆ DLA PRZEDSIĘBIORSTWA

- (110) Ponieważ ustawa nr 97-1026 stanowi, że EDF uznaje się za właściciela RAG, którego koncesja została przyznana EDF, należy sprawdzić, czy ustawa ta nie implikuje przeniesienia praw własności RAG.
- (111) Według informacji przekazanych przez władze francuskie EDF można racjonalnie uznać za właściciela RAG przed wejściem w życie wspomnianej ustawy. Wniosek ten opiera się na następujących elementach: cechy charakterystyczne poszczególnych rodzajów umów koncesyjnych w prawie francuskim, szczególnie cechy pierwotnej koncesji przyznanej EDF, która nie zawierała wyraźnej klauzuli o retrocesji, procedura nabycia odnośnych aktywów, od których EDF musiało uiścić opłatę podobną do odszkodowania za wywłaszczenie, oraz warunki finansowania, utrzymania i rozwoju RAG na koszt EDF. W konsekwencji wydaje się, że „wyjaśnienie” w sprawie praw własności do RAG zawarte w ustawie nr 97-1026 nie stanowi samo w sobie korzyści gospodarczej na rzecz EDF.
- (112) W związku z tym należy przeanalizować, czy w ustawie nr 97-1026 uwzględniono wszystkie konsekwencje podatkowe tego wyjaśnienia w odniesieniu do praw własności RAG oraz – jeżeli tak nie jest – czy nie wystąpiła korzyść gospodarcza o charakterze podatkowym na rzecz EDF.

9.1.1. Rezygnacja z pobierania podatku należnego od EDF stanowi – bez zagłębiania się w sprawę – selektywną korzyść

- (113) W latach 1987–1996 EDF utworzyło przy zwolnieniu z podatku rezerwy na odnowienie RAG, czego nieprawidłowy charakter został podkreślony przez francuski Trybunał Obrachunkowy. Wskutek przepisów art. 4 ustawy nr 97-1026, w którym EDF uznaje się za właściciela RAG, rezerwy te stały się bezprzedmiotowe i w konsekwencji powinny być przekwalifikowane na inne pozycje bilansu.
- (114) W piśmie ministra gospodarki określającym konsekwencje podatkowe restrukturyzacji bilansu EDF wskazuje się, że niewykorzystane rezerwy na odnowienie RAG zostały opodatkowane przez władze francuskie podatkiem od osób prawnych według stawki 41,66 % obowiązującej w 1997 r.

- (115) Część tych rezerw odpowiadająca już zrealizowanym operacjom odnowienia, nazywana też prawami udzielającego koncesji, została natomiast przekwalifikowana na zastrzyki kapitałowe w kwocie 14,119 mld FRF. To przekwalifikowanie rezerw nie zostało objęte podatkiem od osób prawnych. Jak wynika z pisma Dyrekcji Generalnej ds. Podatków z dnia 9 kwietnia 2002 r. skierowanego do Komisji i przytoczonego w motywie 35, administracja podatkowa uznaje tę za niezgodną z prawem.
- (116) Zgodnie z opinią Krajowej Rady Rachunkowości korekty błędów należy księgować w ramach wyników za rok obrotowy, w trakcie którego zostały stwierdzone. Z drugiej strony, jeżeli niewykorzystane rezerwy utworzone przy zwolnieniu z podatku na kwotę 38,5 mld FRF zostały opodatkowane podatkiem od osób prawnych według stawki 41,66 % w 1997 r., to nie istnieje żaden obiektywny powód, aby nie opodatkować według tej samej stawki pozostałej części rezerw utworzonych przy zwolnieniu z podatku.
- (117) Prawa udzielającego koncesji powinny być opodatkowane w tym samym czasie i według tej samej stawki, jak pozostałe rezerwy księgowe utworzone przy zwolnieniu z podatku. Oznacza to, że kwotę 14,119 mld FRF odpowiadającą prawom udzielającego koncesji należało dodać do 38,5 mld FRF niewykorzystanych rezerw w celu opodatkowania według stawki 41,66 % stosowanej w odniesieniu do restrukturyzacji bilansu EDF. EDF, nie płacąc całości podatku od osób prawnych należnego podczas restrukturyzacji jego bilansu, zaoszczędziło 5 882 849 762 FRF z tytułu należnego podatku.
- (118) Środek podatkowy miał skutki sprzyjające EDF w 1997 r., gdyż wynosząca 5,88 mld FRF kwota zwolnienia z podatku zawierająca się w kwocie 14,119 mld FRF została zapisana w bilansie EDF jako prawa udzielającego koncesji przekwalifikowane przez państwo przy wykonywaniu ustawy nr 97-1026 z mocą wsteczną od dnia 1 stycznia 1997 r. Skutki podatkowe ustawy zostały przedstawione w piśmie ministra gospodarki ze skutkiem na ten sam dzień, tj. dzień 1 stycznia 1997 r.
- (119) Władze francuskie twierdzą że, nawet w przypadku braku rezerw na odnowienie RAG EDF nie byłoby w stanie zapłacić podatku od osób prawnych w latach 1987–1996 ze względu na deficytowe przeniesienia podatkowe na kolejne okresy. Argument ten nie jest właściwy. Korzyść podatkowa powstała w 1997 r., a nie w latach poprzednich. Ponadto nieprawidłowe rezerwy po części spowodowały deficytowe przeniesienia podatkowe. Przeniesienia podatkowe stopniowo znikają w latach 1987–1996, tak że w 1997 r. kwota podatku należnego od EDF byłaby wyraźnie wyższa niż była faktycznie, nawet bez uwzględnienia niezapłaconego podatku z tytułu przekwalifikowania praw udzielającego koncesji.
- (120) Władze francuskie uważają również, że jeżeli utworzenie rezerw na odnowienie RAG okazało się korzyścią, to korzyść tę należałoby uznać za wyrównaną przez wzrost podatku od osób prawnych zapłaconego w 1997 r. Jak wskazują same władze francuskie w swoim piśmie z dnia 9 kwietnia 2002 r. przytoczonym w motywie 35, o ile niewykorzystane rezerwy na odnowienie zostały opodatkowane zgodnie ze zwykłymi zasadami, to prawa udzielającego koncesji zostały przekwalifikowane na zastrzyki kapitałowe bez opodatkowywania ich podatkiem od osób prawnych. Podatek uiszczony przez EDF w 1997 r. jest zatem niższy od podatku normalnie należnego.
- (121) Władze francuskie przyznają również, że w okresie 1987–1996 EDF łącznie przekazało państwu sumę wyższą od podatku od osób prawnych, jaki zapłaciłaby spółka prawa handlowego, która nie utworzyłaby rezerw na odnowienie RAG i która wypłaciłaby swojemu akcjonariuszowi dywidendę równą 37,5 % zysku netto po opodatkowaniu. Ponadto stawka podatku od osób prawnych, jaką należało zastosować w odniesieniu do restrukturyzacji bilansu EDF, jest to stawka obowiązująca w 1996 r., a nie w 1997 r.
- (122) Jak wskazano w motywach 32 i 116, z jednej strony Krajowa Rada Rachunkowości uważa, że błędy księgowe należy korygować w roku obrotowym, w trakcie którego zostały stwierdzone. Ponieważ rezerwy na odnowienie RAG stały się bezprzedmiotowe w następstwie przyjęcia ustawy nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r., to właśnie w roku obrotowym 1997 należało je przekwalifikować, a więc także opodatkować podatkiem od osób prawnych według stawki mającej zastosowanie w tym roku obrotowym. Ponadto same władze francuskie zastosowały stawkę podatku od osób prawnych obowiązującą w 1997 r. do części rezerw, która została opodatkowana, jak przypomniano w motywie 34.
- (123) Niezapłacenie przez EDF w 1997 r. 5 882 849 762 FRF podatku od osób prawnych stanowi korzyść gospodarczą dla tego przedsiębiorstwa. EDF mogło wykorzystać tę kwotę w celu wzmocnienia swojego kapitału własnego bez konieczności sięgania po zewnętrzne zasoby finansowe. Jeżeli należny podatek faktycznie zostałby zapłacony i zwiększenie kapitału własnego zostałoby sfinansowane z wyników operacyjnych przedsiębiorstwa, musiałyby ono ograniczyć swoje koszty, zwiększyć swój dochód lub zrezygnować z wydatków inwestycyjnych. Dysponując kwotami, które powinny być zostać zapłacone państwu francuskiemu z tytułu podatku od osób prawnych, EDF było beneficjentem środka mającego zastosowanie tylko do niego samego i faworyzującego go względem przedsiębiorstw francuskich będących w analogicznej sytuacji, które musiały opłacić podatek od osób prawnych przy przekwalifikowaniu nienależnych rezerw, zgodnie z art. 38-2 ogólnego kodeksu podatkowego obowiązującego w 1997 r., jak wyjaśniono w motywie 35.

- (124) W swoich uwagach z dnia 11 grudnia 2002 r. Francja powołała się jednak na zastosowanie zasady inwestora prywatnego. Jak przypominają sądy Unii, w szczególności w swoich wyrokach, o których mowa w motywach 7 i 8, w niniejszej sprawie, zastrzyk kapitałowy dodatkowy względem zysku EDF, odpowiadający należnemu podatкови nie faworyzowałyby przedsiębiorstwa, które z niego korzysta, zapewniając mu przewagę gospodarczą w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, gdyby można było ustalić, że hipotetyczny prywatny akcjonariusz zainwestowałby w EDF taką samą kwotę, na podobnych warunkach i w podobnej sytuacji, w świetle testu prywatnego inwestora.
- (125) W punkcie 99 wspomnianego wyżej wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. Trybunał stwierdził, że w zaskarżonym wyroku Sąd nie przesądził o możliwości zastosowania w niniejszej sprawie testu prywatnego inwestora, ani o rezultacie ewentualnego zastosowania tego testu. Należy zatem zbadać kolejno możliwość zastosowania i zastosowanie tego testu do okoliczności faktycznych niniejszej sprawy, z uwzględnieniem w szczególności kryteriów sformułowanych przez Trybunał.

9.1.2. W przedmiocie możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora

- (126) W celu ustalenia ewentualnej możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora należy ustalić w ramach ogólnej oceny, czy zwolnienie z podatku zostało przyznane przez Republikę Francuską działającą w charakterze akcjonariusza, czy w charakterze władzy publicznej. W swoim wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. Trybunał wskazuje na kilka elementów, które należy uwzględnić przy dokonywaniu tej ogólnej oceny. Elementy te, poniżej szerzej zbadane w odniesieniu do okoliczności niniejszej sprawy, są następujące:
- w razie wątpliwości państwo członkowskie musi jednoznacznie wykazać na podstawie obiektywnych i weryfikowalnych elementów, że wdrożony środek wynika z jego działania w charakterze akcjonariusza ⁽¹⁾; elementy te muszą jasno wskazywać na to, że dane państwo członkowskie, przed lub równocześnie z przyznaniem korzyści gospodarczej, w drodze faktycznie wdrożonego środka, podjęło decyzję o dokonaniu inwestycji w kontrolowane przedsiębiorstwo publiczne ⁽²⁾,
 - w związku z powyższym mogą być między innymi wymagane elementy, które wskazują na to, że wspomniana decyzja jest oparta na ocenach ekonomicznych porównywalnych z tymi, jakie w okolicznościach niniejszej sprawy rozważny inwestor prywatny znajdujący się w sytuacji możliwie podobnej do sytuacji wspomnianego państwa członkowskiego kazałby sporządzić przed przystąpieniem do wspomnianej inwestycji, aby ustalić przyszłą rentowność takiej inwestycji ⁽³⁾; Komisja może odmówić zbadania dowodów pochodzących z okresu po przyjęciu decyzji o dokonaniu przedmiotowej inwestycji ⁽⁴⁾,
 - w tym względzie istotny może być charakter i przedmiot środka, kontekst, w jaki się on wpisuje, oraz jego cel i przepisy, którym podlega ⁽⁵⁾,
 - zastosowanie kryterium rozważnego prywatnego inwestora musi pozwolić na ustalenie, czy akcjonariusz prywatny wniósłby w podobnych warunkach wkład w kwocie równej należnemu podatкови do przedsiębiorstwa znajdującego się w sytuacji porównywalnej do sytuacji EDF ⁽⁶⁾.
- (127) W swoich uwagach z dnia 11 grudnia 2002 r. władze francuskie twierdziły, jak wspomniano w motywie 42, że za bardziej skuteczne i neutralne dla EDF uznano by bezpośrednie przeznaczenie praw udzielającego koncesji w ich łącznej kwocie na kapitał własny bez zapłaty podatku od osób prawnych. Żaden dokument wcześniejszy lub współczesny względem rzekomej decyzji o niepobraniu podatku, spośród dokumentów przekazanych przez Francję lub przez EDF na poparcie ich uwag do decyzji o rozszerzeniu postępowania, nie zawiera bezpośredniego ani pośredniego odniesienia do tej rzekomej decyzji dotyczącej inwestycji, jej konsekwencji, zalet i wad ani do analogicznej decyzji o zwiększeniu kwoty zastrzyków kapitałowych poprzez niepobraniem podatku. Dokumenty przekazane przez władze francuskie i wspomniane w motywach 87–108 nie zawierają wzmianki o zaletach i wadach ani tym bardziej analizy takich zalet i wad dla państwa wynikających z decyzji o niepobraniu podatku od osób prawnych od części rezerw utworzonych z praw udzielającego koncesji przekwalifikowanej na zastrzyk kapitałowy na rzecz EDF na mocy ustawy nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r.
- (128) Do Francji należy, w przypadku wątpliwości co do możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora, takich jak wątpliwości przedstawione przez Komisję, jednoznacznie wykazanie w oparciu o obiektywne i możliwe do sprawdzenia elementy, że zastosowany środek jest związany z jej działaniem w charakterze akcjonariusza.

⁽¹⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 82.

⁽²⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 83.

⁽³⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 84.

⁽⁴⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 104.

⁽⁵⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 86.

⁽⁶⁾ Wyrok w sprawie C-124/10P Komisja przeciwko EDF, EU:C:2012:318, pkt 95.

Tymczasem, w świetle dostarczonych informacji, decyzję o przystąpieniu do inwestycji poprzez rezygnację z pobrania podatku należnego co do zasady od EDF należy uznać za podjętą w sposób dorozumiany, bez uzasadnionego aktu prawnego umożliwiającego poznanie i weryfikację dokładnej treści tej decyzji, jej motywów i podstawy prawnej, na której się opiera, a także tego, przez jaki właściwy organ i w jakim czasie została ona podjęta. W świetle elementów przedstawionych przez Trybunał w celu zweryfikowania możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora, czyli w szczególności, konieczności dysponowania możliwymi do sprawdzenia i obiektywnymi danymi, faktycznie wdrożonym środkiem lub wcześniejszymi ocenami ekonomicznymi, brak odniesień lub dowodów rzeczowych należy postrzegać jako pierwszą wskazówkę braku możliwości zastosowania tego testu.

- (129) Wobec braku dokumentów pozwalających na przesłedzenie rzekomej decyzji, należy opisać ewentualny środek inwestycyjny, który miał zostać wdrożony przez państwo francuskie. W niniejszej sprawie Trybunał uznał, że kryterium prywatnego inwestora musi pozwolić na ustalenie, czy prywatny akcjonariusz wniósłby w podobnych warunkach wkład w kwocie 5,88 mld FRF w przedsiębiorstwo znajdujące się w sytuacji porównywalnej z sytuacją EDF. Inwestycja Francji zakładałaby rezygnację z pobrania tej kwoty w celu uzyskania zysku, który wykracza poza pierwotnie wykorzystane zasoby. Dlatego analizę należy przeprowadzić w odniesieniu do kwoty należnego podatku od osób prawnych.
- (130) W tym względzie brak badań, dokumentów odniesienia lub szczegółowych analiz rentowności inwestycji dla kwoty zwolnienia z podatku stanowi trudność, jeżeli chodzi o wyodrębnienie skutków rzekomej inwestycji wśród informacji przekazanych przez Francję lub przez EDF. Trudność ta nie jest niemożliwa do pokonania, o ile do celów analizy w odniesieniu do większości czynników istotnych dla weryfikacji możliwości zastosowania i stosowania testu prywatnego inwestora uznaje się, że nadwyżka wkładu w kapitał EDF w kwocie niepobranego podatku była objęta prawami związanymi z wszystkimi zastrzykami kapitałowymi. Jeżeli zatem zastrzyki kapitałowe podlegały wynagrodzeniu według określonej stopy, stopa ta powinna być i faktycznie była stosowana do kwoty niepobranego podatku. Jeżeli natomiast do celów analizy przyjmuje się wpływ marginalny lub dodatkowy, informacje przekazane przez Francję lub przez EDF nie pozwalają na pierwszy rzut oka zilustrować skutku zwiększenia kwoty zastrzyków kapitałowych odpowiednio kwotą niepobranego podatku.
- (131) Niepobranie podatku skutkowało zwiększeniem zastrzyku kapitałowego na rzecz EDF, a w konsekwencji kapitału własnego EDF o dodatkową kwotę 5,88 mld FRF, w ramach łącznej kwoty przekwalifikowanych rezerw wynoszącej 14,119 mld. Wspomniane rezerwy, które nie odpowiadały uprzedniemu wkładowi pieniężnemu ze strony państwa jako akcjonariusza, zostały przekwalifikowane na zastrzyki kapitałowe, przechodząc do odpowiedniej pozycji bilansu EDF, pośród innych pozycji kapitału własnego (kapitał, zastrzyki kapitałowe itd. – tabela 2). Bez zwolnienia z podatku kapitał własny EDF, który miał osiągnąć kwotę 79,8 mld FRF w 1997 r., osiągnąłby kwotę 72,1 mld FRF według dokumentów przeanalizowanych w tamtym czasie (motyw 100 tabela 2). Zastrzyki kapitałowe państwa na rzecz EDF wyniosły 44,8 mld FRF zamiast 50,7 mld FRF.

Rzekoma decyzja inwestycyjna: elementy analizy

- (132) Po pierwsze, jak podkreślają władze francuskie, biorąc pod uwagę, że włączenie kwoty niezapłaconego podatku podwyższało podstawę zastrzyków kapitałowych i że wynagrodzenie od tej podstawy opiera się na stałej stopie procentowej (3 %), zwolnienie z podatku lub niepobranie podatku spowodowało wzrost wartości bezwzględnej wynagrodzenia państwa (motyw 83). Zwiększenie zastrzyku kapitałowego odpowiadające zwolnieniu z podatku nie przełożyło się jednak na względny wzrost wynagrodzenia państwa. W tym względzie faktem jest, że wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych państwa na rzecz EDF jest przewidziane od czasu dekretu nr 56-1360 z dnia 30 grudnia 1956 r. (motyw 18 i 103). Wynagrodzenia, zresztą różne, zostały w ten sposób przewidziane w umowach, które poprzedzały umowę na lata 1997–2000, oraz w tych, które po niej następowały, jak wskazano w motywach 93 i 102. Zasada wynagradzania istniała przed rzekomą decyzją i została po niej utrzymana.
- (133) Ponadto analiza okoliczności faktycznych wskazuje, że przedmiotowe zwolnienie z podatku mogło skutkować obniżeniem wynagrodzenia z tytułu inwestycji państwa. Sprawozdanie sporządzone przez Zgromadzenie Narodowe we wrześniu 1997 r. wskazuje jednoznacznie, że zwiększenie całkowitej kwoty zastrzyku kapitałowego powoduje obniżenie wynagrodzenia z tytułu zastrzyku kapitałowego w celu uniknięcia „zwiększenia kwoty pobieranej od EDF” (motyw 103). Sprawozdanie Senatu potwierdza to obniżenie zamierzone przez władze publiczne (motyw 108).
- (134) W latach 1991–1996 EDF lepiej wynagradzało państwo z tytułu niższej podstawy zastrzyków kapitałowych w stosunku tego, co przewidziano na lata 1997–2000 z tytułu wyższej podstawy. Średnie roczne wynagrodzenie w wartości bezwzględnej wynoszące 3,41 mld FRF w okresie 1991–1996, w którym kwota zastrzyków

kapitałowych wynosiła 36,6 mld FRF, było o wiele wyższe niż wynagrodzenie w kwocie 2,35 mld FRF, którą przewidziano z tytułu podstawy rozszerzonej do 50,7 mld FRF w okresie 1997–2000 (motyw 92 oraz motywy 102 i 103 tabela 3). Z powyższego wynika, że bieżąca przyrostowa stopa zwrotu z podwyższenia kwoty zastrzyku kapitałowego o 5,88 mld FRF, jakiej państwo jako akcjonariusz oczekiwało w latach 1997–2000, mogła zatem zostać uznana za ujemną względem okresu 1991–1996.

- (135) Władze francuskie postąpiły bowiem w ten sposób, żeby bezwzględne i względne wynagrodzenie wypłacone państwu francuskiemu z tytułu zastrzyku kapitałowego było tym niższe w wartości bezwzględnej i w wartości względnej, im bardziej rozszerzała się podstawa zastrzyku kapitałowego, jak pokazują jednoznacznie sprawozdania sporządzone przez Zgromadzenie Narodowe i Senat. Z powyższego wynika, że poprzez podwyższenie kwoty całkowitej zastrzyku kapitałowego słabiej wynagradzanego niż zastrzyk kapitałowy wniesiony przed wejściem w życie ustawy nr 97-1026 decyzja o przyznaniu zwolnienia z podatku nie musi prowadzić do zaistnienia inwestycji.
- (136) Po drugie, sposób zaplanowania i ustalania wynagrodzenia z tytułu zwiększenia zastrzyków kapitałowych nie jest tym, który mógłby przyjąć rozważny inwestor prywatny.
- (137) Jak pokazują bowiem odniesienia zawarte zarówno w pismach ministrów sprawujących nadzór, jak i w sprawozdaniach parlamentarnych, o których mowa w motywach 97, 103 i 106, w przeprowadzonym w 1997 r. badaniu wynagrodzenia państwa francuskiego po restrukturyzacji bilansu EDF władze francuskie uwzględniły zarówno wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych przypadające państwu jako akcjonariuszowi sensu stricto, jak i oczekiwaną kwotę podatku, jaką państwo będzie pobierać od 1997 r. po kilku latach ujemnych przeniesień podatkowych na kolejne okresy, przypadające państwu występującemu w charakterze władzy publicznej pobierającej podatek. Jak wskazano w motywie 93, wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych podlegało z kolei odliczeniu podatku od osób prawnych w drodze odstępstwa od przepisów prawa powszechnego.
- (138) Zbadaną i zatwierdzoną przez władze francuskie w 1997 r. koncepcją było kompleksowe pobranie od EDF określonej kwoty, obejmującej łącznie podatek i wynagrodzenie akcjonariuszy. Kwota całkowitego podatku pobranego od EDF, nawet poza spornym zwolnieniem, wchodząca w zakres prerogatyw podatkowych, a także wynagrodzenie wypłacone państwu jako akcjonariuszowi, mieszają się w dokumentach przekazanych przez władze francuskie. Zdaniem władz francuskich dokumenty te wykazują jednak istnienie decyzji inwestycyjnej. Przeciwnie, to stałe uwzględnianie płatności podatków należnych od EDF na rzecz państwa jako poborcy, w tym poprzez uregulowanie i rozliczenie podatku niepobranego przed wejściem w życie ustawy nr 97-1026 do celów zbadania i ustalenia wynagrodzenia państwa jako akcjonariusza, wydaje się wskazywać, że to państwo występujące w charakterze władzy publicznej, nie w charakterze inwestora, przyznało sporne zwolnienie z podatku.
- (139) Wskazanie to znajduje ponadto potwierdzenie w charakterze celów wyznaczonych dla EDF przez państwo w 1997 r. z uwzględnieniem obszarów zainteresowania i celów władzy publicznej, nie zaś akcjonariusza. Te obszary zainteresowania są wyraźnie widoczne przy ustalaniu cen EDF, które uzgodniono w umowie na lata 1997–2000 i od których zależało wynagrodzenie państwa jako akcjonariusza. Państwo wymagało bowiem od EDF wkładu we wzmocnienie konkurencyjności francuskiego przemysłu oraz siły nabywczej francuskich gospodarstw domowych. Są to względy nie tylko odległe od tych, które przyjąłby rozważny inwestor prywatny, lecz, co więcej, sprzeczne z interesami finansowymi tego hipotetycznego inwestora. Podobnie jest w przypadku celu wyznaczonego dla EDF w umowie na lata 1997–2000, obejmującego wdrożenie ambitnej polityki na rzecz wspierania działalności gospodarczej i zatrudnienia poprzez działanie na rzecz samorządów lokalnych (motyw 89 i 95).

Oceny gospodarcze do celów ustalenia rentowności rzekomej inwestycji

- (140) Umowa pomiędzy państwem i EDF podpisana dnia 8 kwietnia 1997 r. zawiera uprzednie oceny scenariusza finansowego, które obejmują prognozy zwrotu z inwestycji w formie zastrzyków kapitałowych na rzecz EDF dla państwa jako akcjonariusza (motyw 92). Te dokumenty i analizy przedstawione przez władze francuskie odnoszą się do oczekiwanych skutków przekwalifikowania wszystkich rezerw utworzonych przez EDF, obowiązkowych i nieobowiązkowych, bez względu na to, czy wynikają one z wdrażania ustawy nr 97-1026. Jedyna systematyczna ocena przedstawiona przez władze francuskie w dokumencie EDF z dnia 18 lutego 1997 r. (motyw 92) ma charakter ogólny i ogranicza się do wynagrodzenia regulacyjnego mającego zastosowanie do zastrzyków kapitałowych, w tym dokonanych przed restrukturyzacją bilansu EDF, nie uwzględniając na przykład zwrotu z kapitału poza zastrzykami kapitałowymi lub zwrotu z kapitału własnego.
- (141) Żaden dokument przekazany przez Francję lub przez EDF nie wskazuje, że rzekomo podjęta decyzja inwestycyjna, czyli zapewnienie wyższego zastrzyku kapitałowego na rzecz EDF poprzez niepobranie podatku z tytułu przekwalifikowania, była przedmiotem badań, opracowań lub szczegółowych analiz. Biorąc jednak pod

uwagę odnośne kwoty, rozważny inwestor prywatny sporządziłby prawdopodobnie analizę finansową i ekonomiczną inwestycji przed podjęciem decyzji o tym, czy zważywszy na rentowność regulacyjną zastrzyków kapitałowych, kwota zwolnienia z podatku wynosząca 5,88 mld FRF była konieczna, aby przedsiębiorstwo zapewniło długoterminową rentowność jego całkowitej inwestycji i aby akcjonariusz uzyskał w tym celu wystarczające wynagrodzenie. W niniejszej sprawie brakuje tego rodzaju uprzedniego badania ekonomicznego, na jakie Trybunał wskazuje w pkt 84 swojego wyroku wśród elementów umożliwiających wnioskowanie na korzyść możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora.

- (142) W szczególności należy stwierdzić, że poza wynagrodzeniem, jakie zostałyby przyznane państwu w latach 1997–2000, nie przeprowadzono żadnego badania wynagrodzenia ani długoterminowego zwrotu, podczas gdy Francja utrzymuje właśnie, że dokonała długoterminowej inwestycji. Tymczasem rozważny inwestor prywatny nie pominąłby wykonania analizy rentowności inwestycji w odniesieniu do okresu po 2000 r.
- (143) O ile uzasadnione jest myślenie, że rozważny inwestor prywatny uwzględniłby skutki obniżenia wskaźnika zadłużenia EDF, należy stwierdzić, że korzyść dla EDF w postaci finansowania zewnętrznego o najniższym koszcie z powodu lepszego stosunku kapitału obcego do kapitału własnego przywołana jest w sposób ogólny w niektórych dokumentach przedstawionych przez Francję (motywy 101 i 105) i przez EDF. W żadnej informacji nie wspomniano jednak o korzyściach i rentowności obniżenia kosztu finansowania zewnętrznego EDF lub niższego wskaźnika zadłużenia dla państwa jako akcjonariusza. Według obliczeń z tamtego czasu przedstawionych w motywie 101 stosunek długu netto do kapitału własnego EDF powinien osiągnąć 148 % wraz z nowym zastrzykiem kapitałowym w całości, który wyniosłby 50,7 mld FRF, w tym kwota 5,88 mld FRF w ramach spornego zwolnienia. Bez zwolnienia z podatku wskaźnik ten wynosiłby 163 %, czyli około trzy razy mniej niż poziom 480 % istniejący przed wejściem w życie ustawy nr 97-1026. Wkład zwolnienia z podatku w ulepszenie tego wskaźnika, rozpatrywany odrębnie od pozostałych skutków przekwalifikowania różnych rezerw, jest mało istotny, a jego konkretne przełożenie się na obniżenie kosztów finansowania zewnętrznego dla EDF jest nader wątpliwe (motywy 170–172). W każdym razie w dokumentach przedstawionych przez władze francuskie wynagrodzenie dla akcjonariusza wynikające ze wskaźnika 148 % ani tym bardziej wynikające ze wskaźnika 163 % nie jest wspomniane ani przeanalizowane. Kwestia ta nie jest przedmiotem żadnej uprzedniej oceny ekonomicznej porównywalnej z ocenami, o których sporządzenie zadbałby rozważny inwestor prywatny, jak wskazuje Trybunał w pkt 84 swojego wyroku.
- (144) W badaniu ekonomicznym przedstawionym przez EDF na poparcie jego uwag (motywy 69 i 70) nie wykazano w tym względzie, że Francja działała jako inwestor, a nie jako władza publiczna. Badanie zostało sporządzone po rzekomej decyzji inwestycyjnej podjętej w 1997 r. i nie zostało przeanalizowane przez właściwe władze w celu podjęcia takiej decyzji. Choćby z tego powodu, badania nie można przyjąć jako dowodu, zgodnie z wyjaśnieniami Trybunału (motywy 126, pkt 104 wyroku z dnia 5 czerwca). Fakt przeprowadzenia badania w oparciu autentyczne dane podstawowe dostępne w tamtym czasie nie unieważnia tego wniosku. Badanie zlecono na potrzeby sprawy w wyniku rozszerzenia postępowania w maju 2013 r., a wnioski, do których doprowadziło miały rzekomo być znane EDF w lipcu 2013 r., podczas gdy badanie pochodzi z października 2013 r. Wyniki obliczeniowe, które uzyskano w badaniu, są nieważne z dodatkowych powodów, które sprawiają również, że wnioski wyciągnięte przez EDF na poparcie jego uwag są bezpodstawne, a mianowicie:
- w badaniu wykorzystuje się dane podstawowe prawie w całości z tamtego okresu i stosuje się powszechnie uznawane podejście metodologiczne w zakresie wyceny wartości przedsiębiorstw, z istotnymi zastrzeżeniami sformułowanymi poniżej. Nie stanowi ono jednak szczególnie złożonej oceny ekonomicznej, w następstwie stosunkowo gruntownego wyszukiwania danych, której realizacja i zatwierdzenie wymagały około trzech miesięcy. Opracowanie to zawiera kolejne i liczne, a czasem podważalne wybory metodologiczne. Bez tego opracowania jest całkowicie niemożliwe, w oparciu o dane podstawowe, rozproszone i różnego pochodzenia, wyrobienie sobie ogólnego poglądu lub sformułowanie prognozy odnośnie do określonych ilościowo wyników w zakresie rentowności, jakiej rzekomo mogłoby oczekiwać państwo francuskie w 1997 r., co przedstawiono w badaniu. Trybunał wymaga, żeby zastosowanie testu prywatnego inwestora opierało się na rozwoju wydarzeń przewidywalnym w momencie, w którym podjęto decyzję (pkt 105 wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r.). W przeciwieństwie do twierdzeń EDF sam fakt, że w oparciu o dane dostępne w latach 1996–1997 właściwe służby państwa francuskiego nie przeprowadziły samodzielnie ani nie zleciły przeprowadzenia badania o takim zakresie i o takiej złożoności wskazuje, iż sama rentowność rzekomej inwestycji dla akcjonariusza nie była dla władz francuskich istotnym względem przed podjęciem przez nie decyzji,
 - w badaniu przeanalizowano zachowanie państwa francuskiego w świetle testu prywatnego inwestora wraz z informacjami i hipotezami, które bardzo różnią się od tych przedstawionych w motywach 87–108, a które zdaniem władz francuskich uzasadniały rzekomo podjętą decyzję. Tymczasem to nie EDF podjęło decyzję inwestycyjną, a więc przedstawienie elementów, które wskazują na charakter i kontekst podjętej decyzji, należy do Francji, zgodnie z opinią Trybunału (pkt 82 i 83 wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r.). Ponieważ Francja twierdzi, że swoją decyzję podjęła właśnie w świetle informacji i danych, które przedstawiła, autorzy

badania, a co za tym idzie EDF, faktycznie zajmują miejsce domniemanego inwestora i twierdzą, że lepiej niż państwo francuskie znają względy i informacje, które faktycznie uzasadniły już podjętą decyzję oraz przyjęte przez państwo założenia. W związku z tym badanie opiera się na spekulacjach i przypuszczeniach dotyczących danych, informacji i założeń, które władze francuskie mogły wziąć pod uwagę – pośród innych, których nie można wykluczyć – w 1997 r., a zatem nie ma mocy dowodowej w 2015 r. (ani też w październiku 2013 r., kiedy zostało sporządzone) w celu wyjaśnienia decyzji faktycznie podjętej przez władze francuskie w 1997 r., którą władze te wyjaśniają za pomocą odmiennych danych i założeń,

- wartości dowodowej brakuje tym bardziej dlatego, że w celu uzyskania rezultatów przedstawionych w motywie 70 badanie opiera się na arbitralnych i przypadkowych założeniach, które nie są poparte faktami lub są sprzeczne z informacjami wynikającymi z dokumentów przekazanych przez władze francuskie, ilustrującymi ich zdaniem możliwość zastosowania i pozytywne zastosowanie w niniejszym przypadku testu prywatnego inwestora. Po pierwsze, badanie zakłada zatem, że po 2000 r. wynagrodzenie wypłacone państwu jako akcjonariuszowi nie jest regulowane dekretem i nie jest przedmiotem umowy między państwem i EDF, lecz zostało określone przez odniesienie do dywidend, jakie inne przedsiębiorstwa sektora wypłacały w latach 1996–1997 ⁽¹⁾. Tymczasem wynagrodzenie z tytułu zastrzyków kapitałowych na rzecz EDF było regulowane dekretem od 1956 r. (motyw 102), zostało określone w przepisach prawa i znajduje odzwierciedlenie w wieloletnich umowach przed 1997 r. i po tym roku, w zależności od względów niezwiązanych z dywidendami wypłacanymi przez przedsiębiorstwa sektora działające na innych rynkach niż Francja (motywy 94 i 95). Po drugie, w badaniu bez uzasadnienia ponownie wprowadza się do rachunku zysków i strat EDF rezerwy pochodzące ze sprawozdań finansowych EDF na kwotę 11,6 mld FRF (przed podatkiem) i 7,3 mld (po podatku) ⁽²⁾, sztucznie zwiększając o tę kwotę wartość EDF, bez uwzględnienia dostępnych informacji i zmian przewidywalnych w 1997 r. odnośnie do ciężaru zobowiązań EDF w ramach systemu emerytalnego jego pracowników (motywy 168–169),
- po trzecie, wzrost wartości EDF wynikający ze wzrostu zwrotów z kapitału i wyników oblicza się w badaniu na podstawie „oczekiwanej sytuacji rynkowej” w 1997 r. ⁽³⁾. Tymczasem władze francuskie dysponowały szczegółowymi i wyrażonymi liczbowo prognozami dochodów i wyników EDF na lata 1997–2000, które zostały zatwierdzone w ramach opracowywania umowy na tenże okres, przy czym władze francuskie twierdzą, że opierały się na tych prognozach i informacjach w celu podjęcia decyzji (motywy 78, 79, 90, 94, 96), jednocześnie posiadając w 1997 r. dokładną wiedzę na temat przedsiębiorstwa i jego perspektyw finansowych (motyw 77). Odwołanie się do informacji o „oczekiwanej sytuacji rynkowej” pochodzących od osób trzecich, aby ostatecznie ustalić szacunkową wartość EDF, w tych warunkach nie znajduje potwierdzenia w argumentach wysuwanych przez Francję dla wyjaśnienia i wsparcia decyzji rzekomo podjętej przez władze francuskie ani nie jest spójne z tymi argumentami. Tym bardziej, że władze francuskie podkreślają, iż w 1997 r. działalność EDF w głównej mierze prowadzona była we Francji według cen regulowanych (motyw 85). Ponadto ceny te zostały określone na niskim poziomie w celu wzmocnienia konkurencyjności francuskiego przemysłu i siły nabywczej francuskich gospodarstw domowych (motywy 89 i 95). Opracowanie nie zawiera wyjaśnienia ani tym bardziej wiarygodnego uzasadnienia powodów, dla których wynagrodzenie, dywidendy i wyniki przedsiębiorstw o statucie spółek akcyjnych notowanych na giełdzie, których obecność we Francji nie była znacząca i które działały na rynkach cechujących się inną presją konkurencyjną i innymi ograniczeniami regulacyjnymi (np. Endesa, Gas Natural i Union Fenosa w Hiszpanii, RWE, EON i Verbund w Niemczech, Fluxys w Belgii itd.), mogły determinować wyniki, wynagrodzenie i dywidendy EDF, co jest jednym z założeń warunkujących wyniki przedstawione w motywie 70 ⁽⁴⁾,
- po czwarte, w badaniu bez żadnego uzasadnienia utrzymuje się, że zwiększenie zastrzyku kapitałowego na rzecz EDF w 1997 r. było równoważne z nabyciem, przynajmniej potencjalnym, płynnych aktywów finansowych ⁽⁵⁾. W 1997 r. EDF było jednak przedsiębiorstwem publicznym o charakterze przemysłowo-handlowym, bez kapitału zakładowego (motyw 19), co do którego władze francuskie i EDF twierdziły w tamtym czasie, że w przyszłości zachowa ten sam status (motywy 95 i 105). Przypadkowy charakter tego postulatu, od którego w sposób kluczowy zależą jednak wyniki badania, wykazano szerzej w motywach 179–181.

Charakter i przedmiot środka, jego kontekst i przepisy, którym podlega

- (145) Trybunał podkreśla, że charakter przyjętego środka jest jednym z istotnych elementów, które należy uwzględnić przy rozstrzygnięciu na korzyść możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora (pkt 86 wyroku). Decyzja o wniesieniu dodatkowej kwoty zastrzyku kapitałowego na rzecz EDF poprzez niepobranie podatku z tytułu

⁽¹⁾ Badanie Oxera, pkt 3.3, 3.24 i 3.25

⁽²⁾ Badanie Oxera, tabela A2.2

⁽³⁾ Badanie Oxera, pkt 3.3.

⁽⁴⁾ Badanie Oxera, pkt 3.3, 3.15, tabela 3.2, tabela 3.8 w odniesieniu do współczynnika beta i załącznik 5.

⁽⁵⁾ Badanie Oxera, pkt 3.5, 3.13, 3.20–3.23.

przekwalifikowania nieprawidłowych rezerw związanych z RAG jest zarazem decyzją o charakterze księgowym dotyczącą przeniesienia pozycji bilansu EDF (motywy 100 i 105), jak i decyzją o charakterze podatkowym, ponieważ właściwe władze uznają, że podatek od osób prawnych należy pobierać przed przekwalifikowaniem (motyw 35), podczas gdy podatek uiszczono przecież z tytułu innych przekwalifikowanych rezerw księgowych. Dlatego w przeciwieństwie do twierdzeń władz francuskich nie można stwierdzić, że te dwa aspekty – księgowy i podatkowy – są nieodłącznie powiązane w ramach jednolitego środka wdrożonego ustawą nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r.

- (146) Artykuł 4 ust. 2 ustawy stanowił, że równowartość rzeczowych aktywów trwałych objętych koncesją RAG figurująca w pasywach bilansu EDF musi zostać wpisana, po uwzględnieniu odpowiednich różnic wynikających z przeszacowań, w pozycji „Zastrzyki kapitałowe” (motyw 28). Można stąd wywnioskować, że ustawa przewidywała, iż z wyjątkiem ewentualnych rozbieżności w ocenie, żadne księgowe ani podatkowe przekształcenie pozycji nie powinno uszczuplać kwoty równowartości ewidencjonowanej jako zastrzyk kapitałowy na rzecz EDF. Decyzja o pobraniu lub niepobieraniu podatku od EDF nie wchodzi jednak w zakres ustawy na mocy art. 34 konstytucji Francji, a więc ustawa nr 97-1026 nie mogła w sposób ważny stanowić o rozstrzygnięciu tej kwestii. Artykuł ten ogranicza uprawnienia legislacyjne parlamentu w sferze podatkowej do ustalania podstawy, stawki i zasad odzyskiwania wszelkiego rodzaju podatków. EDF uiściło podatek od osób prawnych z tytułu niektórych rezerw księgowych, jednak nie uczyniło tego w przypadku innych rezerw w następstwie tej samej operacji przekwalifikowania przeprowadzonej na mocy ustawy.
- (147) Przekazane przez władze francuskie dokumenty przygotowawcze, o których mowa w motywie 104, wskazują zresztą, że w opinii Rady Stanu z 1997 r. przepisy o charakterze nieustawodawczym powinny zostać wyłączone z tekstu projektu ustawy; ponadto oddalono również projekt poprawki do rządowego projektu ustawy, który miał na celu ograniczenie kwot, jakie państwo mogłoby pobierać od EDF na mocy ustawy. Ponadto właściwi ministrowie mieli uznać w kwietniu 1997 r., że szczegółowe warunki przeprowadzenia restrukturyzacji EDF na płaszczyźnie księgowej i podatkowej powinny być przedmiotem dodatkowej wymiany informacji pomiędzy organami sprawującymi nadzór a przedsiębiorstwem (motyw 98).
- (148) Elementy te, sprecyzowane i określone liczbowo w piśmie wykonawczym wysłanym do EDF przez ministrów sprawujących nadzór dnia 22 grudnia 1997 r., po przyjęciu ustawy (motyw 31), wskazują, że aspekty podatkowe wdrażania są rozłączne wobec przepisów ustawy nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r. Ministrowie ci w piśmie skierowanym do EDF wyjaśniają restrukturyzację długoterminowych pozycji bilansu EDF na mocy art. 4 ustawy nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r. i wydają się w sposób milczący decydować o skutkach podatkowych tej restrukturyzacji, przy czym ustawa nie odnosi się do jakiegokolwiek rentownej inwestycji czy też bezwzględnie obowiązujących przepisów.
- (149) W odniesieniu do kontekstu środka, który Trybunał podkreślił jako jeden z istotnych elementów umożliwiających ocenę ewentualnej możliwości zastosowania testu prywatnego inwestora, zebrania przygotowawcze i dokumenty uzupełniające dotyczące danego okresu, które doprowadziły do podpisania dnia 8 kwietnia 1997 r. umowy między państwem i EDF, wskazują, że przekwalifikowanie rezerw wpisywało się w kontekst przyszłej częściowej liberalizacji rynków energii elektrycznej w Unii, ustalonej już w 1996 r. Troska o większe umiędzynarodowienie działalności EDF jest więc widoczna w umowie na lata 1997–2000 i w dokumentach przygotowawczych, jak również w dokumentach parlamentarnych. Sama umowa zakłada, że do jej wykonania konieczny jest regulujący środek ustawodawczy, taki jak ten przewidziany w ustawie 97-1026, dzięki czemu powstaje ciągłość faktyczna między celami umowy a celami ustawodawcy. Ani umowa zawarta w kwietniu 1997 r., ani dokumenty przygotowawcze i wymiana informacji z organami sprawującymi nadzór nad EDF nie zawierają jednak stanowiska w sprawie dokładnej kwoty podatku.
- (150) Kontekst ten, odtworzony na podstawie informacji przedstawionych przez Francję w jej uwagach, nie pozwala jednak stwierdzić z pewnością, że środek można przypisać do zachowania akcjonariusza realizującego inwestycję. Konieczność zaradzenia nieprawidłowościom stwierdzonym przez Trybunał Obrachunkowy w październiku 1994 r. również bowiem należy do tego kontekstu. Podczas gdy z jednej strony chodziło o zaradzenie nieprawidłowości księgowej, która przez lata umożliwiła EDF nieuiszczanie podatku od osób prawnych, władze francuskie podkreślały, że mechanizm ten nie wpłynie na monopol EDF (motyw 105) oraz że stabilne ramy wynikające z liberalizacji rynku powinny zostać zachowane (motyw 95). Prawdą jest, że liberalizacja otwierała perspektywy ekspansji na rynki krajowe innych państw członkowskich oraz że w umowie na lata 1997–2000 przewidziano pewne działania mające na celu większe umiędzynarodowienie EDF. Nie zmienia to jednak faktu, że troska władz publicznych o sprzyjanie przedsiębiorstwom krajowym środkami wsparcia finansowego na początku procesu liberalizacji nie ogranicza się do przedsiębiorstw publicznych ani nie cechuje zachowania rozważnego akcjonariusza przedsiębiorstwa publicznego.
- (151) Ponadto Trybunał wskazuje, że zbadanie przepisów, którym podlega sporny środek, ma znaczenie dla ustalenia jego charakteru – czy jest on inwestycją dokonywaną przez państwo jako akcjonariusza czy też realizacją prerogatyw władzy publicznej. Zaklasyfikowanie środka do jednej lub drugiej kategorii może więc odbywać się z uwzględnieniem przestrzegania mających zastosowanie przepisów, które regulują ten środek. Należy zatem

z badać przepisy regulujące inwestycje z dochodów podatkowych w przedsiębiorstwa takie jak EDF. Bez przedmiotowego środka dochód odpowiadający niepobranemu podatkowi od osób prawnych zasiliłby ogólne dochody budżetu państwa francuskiego w 1997 r. Zgodnie z przepisami art. 18 zarządzenia nr 59-2 z dnia 2 stycznia 1959 r. w sprawie przepisów ramowych dotyczących ustaw budżetowych, mającego zastosowanie w czasie zaistnienia przedmiotowych faktów, ogół dochodów zapewniających wykonanie ogółu wydatków, wszystkie dochody i wszystkie wydatki państwa przypisuje się do jednego rachunku z nagłówkiem „budżet ogólny”. W ten sposób dochody podatkowe są wpłacane do budżetu i na korzyść państwa, nie zaś na korzyść przedsiębiorstw publicznych.

- (152) Budżet ten podlega konstytucyjnej zasadzie uniwersalności, zgodnie z którą wszystkie dochody i wszystkie środki na pokrycie płatności są zapisane w dwóch odrębnych blokach, przy czym nie ustanawia się żadnego szczególnego związku na przykład pomiędzy dochodem z podatku od osób prawnych a jego wykorzystaniem takim jak zastrzyk kapitałowy na korzyść przedsiębiorstwa publicznego takiego jak EDF. Niewątpliwie uprzednie przypisanie dochodu podatkowego osobie prawnej innej niż państwo, z tytułu dotacji lub inwestycji, jest w prawie francuskim możliwe, o ile takie przypisanie jest przedmiotem wyraźnych przepisów. Artykuł 18 zarządzenia nr 59-2 przewiduje również, że z wyjątkiem w szczególności pożyczek i zaliczek, przypisanie dochodów budżetu państwa jest wyjątkowe i może wynikać jedynie z przepisu ustawy budżetowej, z inicjatywy rządowej.
- (153) Tymczasem ustawa nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r. nie była ustawą budżetową i nie mogła z tego powodu przypisywać dochodu podatkowego na korzyść kapitału EDF. Ponadto nie wydaje się, żeby szczegółowe przepisy oparte na inicjatywie rządowej w ustawie budżetowej mającej zastosowanie do budżetu z 1997 r. zostały przyjęte w celu uprzedniego przypisania dochodu podatkowego należnego od EDF na wydatki państwa francuskiego z tytułu jakiegokolwiek inwestycji w kapitał EDF w ramach tego samego budżetu. Wydaje się, że zasada ta, umożliwiająca inwestowanie dochodu podatkowego ustalonego na korzyść państwa w osobę prawną odrębną względem państwa, taką jak EDF, nie została zastosowana.
- (154) Znakomita większość powyższych informacji wskazuje jasno, że Francja, przed lub równocześnie z przyznaniem korzyści gospodarczej wynikającej z niezapłacenia podatku od osób prawnych, nie podjęła decyzji o dokonaniu, poprzez zwolnienie z podatku, inwestycji w EDF. W związku z tym wydaje się, że test prywatnego inwestora nie ma zastosowania do tego środka. Poniższe rozważania dotyczące zastosowania test prywatnego inwestora mają zatem charakter pomocniczy.

9.1.3. W przedmiocie zastosowania testu prywatnego inwestora

- (155) W wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. w odniesieniu do niniejszego przypadku Trybunał uznał, że zastosowanie testu prywatnego inwestora powinno umożliwić ustalenie, czy akcjonariusz prywatny wniosłby w podobnych warunkach wkład w kwocie równej należnemu podatkowi do przedsiębiorstwa znajdującego się w sytuacji porównywalnej do sytuacji EDF (pkt 95 wyroku). Ewentualna różnica między kosztem inwestycji poniesionym przez inwestora prywatnego i kosztami powstałymi po stronie państwa jako akcjonariusza może również zostać uwzględniona w celu ustalenia, czy warunki określone w ramach testu zostały spełnione (pkt 96 wyroku).
- (156) Oceny dokonuje się z uwzględnieniem obiektywnych i weryfikowalnych elementów oraz rozwoju wydarzeń przewidywalnego w momencie podjęcia decyzji inwestycyjnej (pkt 102 i 105 wyroku). W ocenie tej uwzględnąć należy jedynie zyski i zobowiązania związane z sytuacją państwa działającego w charakterze akcjonariusza, z wyłączeniem zysków i zobowiązań powiązanych z nim w charakterze władzy publicznej (pkt 79 wyroku).
- (157) Zważywszy na sytuację i charakterystykę EDF, które istniało jako przedsiębiorstwo publiczne całkowicie kontrolowane przez państwo francuskie od ponad 50 lat, za punkt odniesienia należy przyjąć inwestora realizującego cel długoterminowej rentowności i z badać bardziej szczegółowo informacje przekazane przez Francję, które odtworzono w motywach 87–108. Na te informacje władze francuskie powołują się bowiem jako na podstawę ich własnej decyzji w 1997 r.

- (158) W pierwszej kolejności należy przeanalizować rentowność, jaką EDF oferowało swojemu akcjonariuszowi w 1997 r. Rentowność tę należy porównać z wartościami referencyjnymi. W 1997 r. średnia stopa rentowności obligacji długoterminowych (30 lat) we Francji wynosiła 6,35 %. Nawet w przypadku krótszych okresów zapadalności (10 lat), poniżej cyklu życia instalacji EDF, średnia stopa procentowa oferowana na obligacjach państwa francuskiego wynosiła 5,58 %⁽¹⁾. Wartości te przedstawiają zarazem stopę zwrotu z aktywów finansowych uważanych za obciążone niewielkim ryzykiem oraz koszt finansowania długoterminowego państwa w tamtym czasie. Inwestycja w takie przedsiębiorstwo jak EDF w 1997 r. stanowiła inwestycję obciążoną większym ryzykiem niż posiadanie obligacji państwa w tym samym czasie. W związku z tym rozważny inwestor prywatny wymagałby większej rentowności niż rentowność obligacji państwowych.
- (159) Tymczasem analiza rentowności bieżącej, na jaką mogło liczyć państwo francuskie w latach 1996–1997, wynikająca z dokumentów przekazanych przez władze francuskie, nie pozwala stwierdzić, czy inwestycja spełnia warunki testu prywatnego inwestora.
- (160) Władze francuskie przekazały prognozowany rachunek zysków i strat EDF za okres po restrukturyzacji bilansu, który został zbadany w 1997 r. przez właściwe organy (motyw 92 tabela 1). Szacunkowe dane przedstawione w tabeli znajdują potwierdzenie w innych dokumentach z tamtego czasu (motywy 96, 97 i 103). Szacunkowe dane scenariusza odniesienia EDF na nadchodzący okres zostały zatwierdzone przez władze państwa (motyw 97). Na podstawie tego rachunku zysków i strat oraz oczekiwanych kwot zasobów zainwestowanych przez państwo w EDF (motyw 100 tabela 2) możliwe jest obliczenie rentowności, na jaką państwo mogło liczyć w odniesieniu do odpowiednio do zastrzyków kapitałowych, całkowitego kapitału (kapitał początkowy i zastrzyki) oraz kapitału własnego EDF (całkowity kapitał, różnice wynikające z przeszacowań, rezerwy regulacyjne i przeniesienie na kolejny okres)⁽²⁾, zgodnie z tabelą 4.

Tabela 4

Przewidywana rentowność kapitału w bilansie EDF 1997–2000 (w mld FRF)

	1997	1998	1999	2000	1997–2000
Część stała – 3 %	1,5	1,5	1,5	1,5	6,0
Część zmienna	0,6	1,0	0,9	0,9	3,4
Część stała i zmienna	2,1	2,5	2,4	2,4	9,4
Rentowność kapitału własnego (79,8 mld FRF) (%)	2,63	3,13	3,01	3,01	2,94
Rentowność kapitału i zastrzyków (53,3 mld FRF) (%)	3,94	4,69	4,50	4,50	4,41
Rentowność zastrzyków kapitałowych (50,7 mld FRF) (%)	4,14	4,93	4,73	4,73	4,64

Źródło: Obliczenia Komisji na podstawie tabeli 1 i 2.

⁽¹⁾ Średnia roczna stopa dzienna kredytu referencyjnego we Francji na 30 i 10 lat, źródło: Banque de France: Stopa referencyjna krótkookresowych obligacji skarbowych i OAT, <http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux>

⁽²⁾ Trafność obliczenia rentowności na całkowitym kapitale trwałym w przedsiębiorstwie w stosunku do samego kapitału zainwestowanego w postaci zastrzyków kapitałowych znajduje potwierdzenie w tym, że w umowie pomiędzy państwem i EDF na lata 2001–2003 wynagrodzenie dla państwa w ujęciu procentowym (37,5 %) wyniku netto zostało zawarte w przedziale minimalnym (1,5 %) i maksymalnym (4,5 %) podstawy kapitału własnego. Odpowiedź władz francuskich z dnia 23 grudnia 2013 r., pkt 53.

- (161) Z dokumentów cytowanych i przekazanych przez władze francuskie wynika, że w 1997 r. wynagrodzenie oczekiwane przez państwo jako akcjonariusza ze strony EDF za pełny okres 1997–2000 wynosiło 9,4 mld FRF, w tym 6 mld FRF z tytułu części o stopie stałej wynoszącej 3 % i 3,4 mld za cały okres z tytułu części dodatkowej, po przekwalifikowaniu przeprowadzonym na mocy ustawy nr 97-1026. Na podstawie zatwierdzonych w tym czasie danych szacunkowych średnia rentowność bieżąca, której państwo jako akcjonariusz mogło oczekiwać w przyszłości wynosiła 2,94 % od całości kapitału własnego EDF, 4,41 % od całości kapitału zainwestowanego przez państwo w EDF i 4,64 % od kwoty zastrzyków kapitałowych. Wynagrodzenie to, mające zastosowanie do kwoty zwolnienia z podatku przekwalifikowanej na zastrzyk kapitałowy, było znacznie poniżej poziomu 6,35 % oferowanego na obligacjach, które państwo francuskie emitowało w 1997 r. w celu długoterminowego finansowania własnego. Rozważny inwestor prywatny uznałby, że oczekiwana rentowność bieżąca na kwocie 5,88 mld FRF odpowiadającej zwolnieniu z podatku, była niewystarczająca, aby uzasadnić inwestycję.
- (162) Ponadto w punkcie 96 wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r. Trybunał uznał, że w ramach zastosowania testu prywatnego inwestora możliwe jest uwzględnienie różnicy między kosztem inwestycji poniesionym przez inwestora prywatnego a kosztem poniesionym przez państwo. Oznacza to porównanie rentowności, która zdaniem władz francuskich uzasadniła operację przekwalifikowania rezerw utworzonych z praw udzielającego koncesji w wysokości równej zwolnieniu z podatku, z rentownością, którą uzyskałby akcjonariusz prywatny, przeprowadzając tę samą operację dokapitalizowania w przedsiębiorstwie pod każdym względem podobnym do EDF, z wyjątkiem prerogatywy, niedostępnej dla prywatnego inwestora, umożliwiającej zwolnienie zastrzyku kapitałowego z podatku od osób prawnych.
- (163) Takie przedsiębiorstwo, którego akcjonariusz dysponowałby kwotą 5,88 mld FRF w celu dokapitalizowania na warunkach identycznych z warunkami istniejącymi w przypadku EDF miałoby perspektywę zwrotu w wysokości 4,64 % rocznie od kapitału dodatkowego zainwestowanego przez akcjonariusza, czyli 272 mln FRF rocznie, bez uwzględnienia podatku od osób prawnych. Przy zastosowaniu stawki podatku od osób prawnych na poziomie 41,66 % obowiązującej w 1997 r. perspektywa zwrotu wynosiłaby 159 mln FRF rocznie dla tego samego zastrzyku kapitałowego, czyli roczna nominalna stopa zwrotu wynosiłaby 2,7 %. Taką stopę zwrotu z tytułu udziału w kapitale przedsiębiorstwa wraz z ryzykiem powiązaniem z taką inwestycją należy porównać ze stopą 6,35 % oferowaną na obligacjach Francji w tym samym czasie. Niska stopa zwrotu odwiódłaby zatem prywatnego inwestora, który nie dysponuje prerogatywami podatkowymi państwa. Przy tak słabych perspektywach zwrotu z zainwestowanego kapitału wydaje się wykluczone, aby rozważny prywatny inwestor, którego przedsiębiorstwo byłoby zobowiązane do zapłaty podatku od osób prawnych od zastrzyków kapitałowych, uczestniczył w miejsce państwa francuskiego w podwyższeniu kapitału EDF w 1997 r.
- (164) Należy więc zbadać, czy dane i informacje współczesne względem decyzji o przekwalifikowaniu rezerw bez pobierania podatku, przekazane przez Francję, zawierają dodatkowe wskazania, które przekonałyby rozważnego inwestora prywatnego do zrealizowania rzekomej inwestycji niezależnie od jej widocznej bardzo niskiej rentowności. Wskazania te mogą dotyczyć w szczególności zdolności EDF do (i) długoterminowego zwiększania dochodów z działalności; (ii) poprawy wyników operacyjnych poprzez przyrost wydajności; (iii) podwyższenia wartości netto aktywów produkcyjnych przedsiębiorstwa; lub (iv) zapewnienia stałego i wystarczającego wynagrodzenia jego akcjonariuszowi. Są to czynniki, które mogą tworzyć długoterminową wartość dla akcjonariusza przy pozytywnych perspektywach, ale obniżyć wartość przy perspektywach negatywnych.
- (165) W tym względzie żaden z dokumentów przekazanych przez władze francuskie nie zawiera danych ilościowych ani nawet oceny jakościowej ewentualnego tworzenia wartości dla akcjonariusza, które władze francuskie miały zbadać i uwzględnić w odniesieniu do okresu 1997–2000 i do kolejnych okresów. Wymieniono jedynie ogólne odniesienia do lepszego uwzględnienia interesów państwa jako akcjonariusza. Ten stan rzeczy wskazywałoby, że zwiększenie wartości przedsiębiorstwa jako cel inwestycji państwa jako akcjonariusza nie zostało uwzględnione przy podejmowaniu decyzji o rzekomej inwestycji. W każdym razie, badanie czterech czynników mogących tworzyć wartość dla akcjonariusza, nie pozwala wnioskować o przewidywalnym wzroście w oparciu o dane dostępne w 1997 r., w szczególności pochodzące z prognozowanego rachunku tworzenia dochodów EDF w latach 1997–2000 i prognoz scenariusza finansowego przyjętych przez organy sprawujące nadzór (motyw 92 tabela 1, motyw 96).
- (166) W odniesieniu do całkowitych przychodów EDF państwo jako akcjonariusz mogło spodziewać się bardzo niewielkiego wzrostu wynoszącego 0,64 %. Tę quasi-stagnację można wyjaśnić celem wyznaczonym przez państwo, tj. wymogiem przyczyniania się „do konkurencyjności francuskiego przemysłu i do zwiększenia siły nabywczej konsumenta indywidualnego”, który przekłada się na średnią redukcję cen EDF o [...] % w okresie czterech lat (motywy 89, 95, 96), czyli roczną obniżkę o [...] %. EDF prowadziło główną część swojej działalności we Francji, skoro na okres 1997–2000 przewidywano, że ponad 89 % przychodów EDF będzie pochodzić z rynku francuskiego. Dlatego zasadniczą część tych przychodów zależała od decyzji państwa w zakresie ustalania cen energii elektrycznej. Rozważny inwestor prywatny odnotowałby z pewnością szkodliwy charakter, jaki miałoby dla jego interesów majątkowych wyznaczenie celów polityki państwowej sprzecznych z jego interesami jako akcjonariusza. Żaden rozważny inwestor prywatny nie zaakceptowałby obniżki zwrotu z jego inwestycji na rzecz sprzyjania konkurencyjności francuskich przedsiębiorstw.

- (167) W pozycji prognozowanego rachunku tworzenia dochodów na lata 1997–2000 dotyczącej wyników działalności głównej EDF również miał wystąpić spadek o 29 % w trakcie tego okresu, z 9,3 mld FRF w 1997 r. do 6,6 mld FRF w 2000 r. Koszty operacyjne miały natomiast wzrosnąć o 2,2 %, szczególnie z powodu wzrostu bieżących wydatków eksploatacyjnych, ponieważ koszty finansowania, amortyzacja i odsetki, poza zwrotem z kapitału, miały spaść. Po dodaniu odpisów amortyzacyjnych i kosztów finansowania do wyników głównej działalności, zmiana przewidziana na okres 1997–2000 również była ujemna, ponieważ agregat ten miał spaść z 62,6 mld FRF do 53,9 mld FRF, czyli o 13,9 %. Tymczasem to zmiana wyniku działalności bieżącej przed amortyzacją i odsetkami ostatecznie określa zdolność działalności przedsiębiorstwa do generowania wartości i dodatnich przepływów pieniężnych. Oprócz przewidzianego pogorszenia w ramach realizowania celów polityki gospodarczej lub celów regulacyjnych państwo wyznaczyło dla EDF cel zakładający przeznaczenie ewentualnego przyrostu wydajności i produktywności przedsiębiorstwa na dodatkową obniżkę cen, której nadano pierwszeństwo w stosunku do lepszego wynagrodzenia akcjonariusza (motyw 95). Z powyższego wynika, że bieżąca działalność EDF, obciążona celami polityki gospodarczej państwa, nie oferowała zadowalającej perspektywy przyszłego wynagrodzenia.
- (168) Jak podkreśliła Komisja w decyzji o rozszerzeniu postępowania, rozważny inwestor prywatny uwzględniłby niepewność dotyczącą kwoty i ewolucję kosztów finansowania świadczeń emerytalnych, którym EDF musiało sprostać w 1997 r. w ramach swojego szczególnego systemu mającego zastosowanie do sektora energii elektrycznej i gazu. W przypadku EDF w 1997 r. koszty z tytułu świadczeń emerytalnych, a tym bardziej związane z nimi zobowiązania pozabilansowe stanowiły obciążenie wyprzedzające dodatkowe cięcia łągodzące i tak już niski wynik netto przedsiębiorstwa.
- (169) Podczas gdy w 1997 r. fundusz świadczeń emerytalnych EDF wynosił 12,2 mld FRF, przy braku zmian w ustawodawstwie, fundusz świadczeń emerytalnych musiał znacznie wzrosnąć w trakcie kolejnych lat, tj. do kwoty 20 mld FRF w 2010 r. i 25 mld FRF w 2020 r. dla całego systemu (w tym GDF i przedsiębiorstw nieznacjonalizowanych) ⁽¹⁾. Przy zastosowaniu klucza podziału dla EDF wynoszącego 78,4 % odzwierciedlającego znaczenie funduszu płac w tej gałęzi sektorów objętych systemem, część przypadająca na EDF wynosiłaby 15,7 mld FRF w 2010 r. i 19,6 mld FRF w 2020 r., bez uwzględnienia ewentualnego tworzenia rezerw na przyszłe zobowiązania, przy braku zmian w ustawodawstwie ⁽²⁾. Przewidywany wzrost kosztów z tytułu emerytur był zatem ważniejszy niż wynik netto, po wynagrodzeniu państwa i po podatku, oczekiwany w okresie 1997–2000, jak pokazano w tabeli 1. W konsekwencji ocena, jakiej mógł dokonać rozważny inwestor prywatny w 1997 r., który podobnie jak państwo francuskie miałby gruntowną wiedzę o sytuacji przedsiębiorstwa, doprowadziłaby go do podwyższenia przyszłych kosztów przedsiębiorstwa i zmniejszenia perspektywy rentowności inwestycji.
- (170) Ponadto rozważny inwestor prywatny mógł oczekiwać znacznej redukcji długu EDF, który w ciągu czterech lat miał spaść z [...] FRF do [...] FRF (motywy 91 i 95). Ustalono jednak, że EDF zachowało rating finansowy Aaa wystawiony przez agencję ratingową Moody's w latach 1992–1996 ze wskaźnikiem zadłużenia wynoszącym 480 %. Władze francuskie wspominają również w sposób dość niejasny o wygenerowaniu przez EDF zasobów w wysokości 70 mld FRF w latach 1997–2000 (motyw 84). Redukcja długu EDF i jej mechaniczny wpływ na wartość aktywów netto przedsiębiorstwa nie miały jednak przełożyć się na poprawę wynagrodzenia państwa francuskiego w trakcie tego samego okresu, lecz, przeciwnie, miały doprowadzić do wyraźnego pogorszenia w porównaniu z latami 1991–1996 (motyw 134).
- (171) Jak sygnalizuje EDF, ewentualne obniżenie ratingu EDF przez agencje takie jak Moody's lub Standard & Poor's nie przeszkodziłoby jednak w utrzymaniu przez EDF znakomitego ratingu (motyw 71). Ponadto wśród celów wyznaczonych na lata 1997–2000 figurowała redukcja długu EDF w wysokości [...] FRF. Nastąpić miało więc znaczne obniżenie całkowitych kosztów z tytułu odsetek poniesionych przez EDF. Redukcja całkowitego długu EDF ani jego koszt, ani ewentualne korzyści wynikające dla państwa jako akcjonariusza nie byłyby zagrożone niższym zastrzykiem kapitałowym wynoszącym 44,8 mld FRF zamiast 50,7 mld FRF. Stosunek długu do kapitału własnego wynoszący 163 % zamiast 148 %, jak przewidziano w związku ze zwolnieniem podatkowym, nie miałby szkodliwego wpływu na interesy akcjonariusza. W tej dziedzinie nie ma optymalnej struktury finansowej; w sprawozdaniu Zgromadzenia Narodowego (motyw 100) wskazuje się wskaźniki występujące w tym sektorze w przedziale od 250 % (Verbund, Austria) do 10–15 % (Veba, Niemcy i PowerGen, Wielka Brytania).
- (172) Zadłużenie umożliwiło EDF finansowanie jego rozwoju i wyników bez dodatkowych funduszy akcjonariusza poprzez zwiększenie rentowności funduszy już zainwestowanych przez państwo w wyniku „efektu dźwigni” związanego z długiem. Tymczasem redukcję długu uznano za priorytet, chociaż EDF dysponowało znakomitym ratingiem przed planowaną redukcją długu (motyw 71). Ponadto wysoki rating przekładający się na zdolność EDF do zwrotu zadłużenia na rzecz jego wierzycieli przed 1996 r. nie jest niezgodny z niskim wynagrodzeniem

⁽¹⁾ Sprawozdanie roczne EDF za 1997 r., s. 103.

⁽²⁾ W art. 2 decyzji z dnia 16 grudnia 2003 r. (C(2003) 4637 final) (Dz.U. L 49 z 22.2.2005, s. 9), Komisja zdecydowała o niewnoszeniu zastrzeżeń do reformy systemu emerytur mającego zastosowanie do sektora energii elektrycznej i gazu, w którym uczestniczy EDF. Reforma ta skutkowałą przeniesieniem do ogólnego systemu zabezpieczenia społecznego kosztów i zobowiązań do pokrycia kosztów emerytur w ramach szczególnego systemu mającego zastosowanie do pracowników EDF i pozostałych przedsiębiorstw, które w nim uczestniczyły.

akcjonariusza. Przeciwnie, rating instrumentów dłużnych emitowanych przez EDF byłby tym lepszy, im niższa byłaby kwota pobierana przez akcjonariusza. W perspektywie czasowej przedstawionej w prognozach przekazanych przez władze francuskie przewidywana redukcja efektu dźwigni oraz, w każdym przypadku, niewielki wpływ kwoty podatku na wskaźnik zadłużenia doprowadziłyby rozważnego inwestora prywatnego albo do zmniejszenia perspektyw rentowności jego inwestycji, albo do nieuznania, że inwestycja w kapitał własny na kwotę podatku była uzasadniona koniecznością poprawy sytuacji zadłużenia EDF w 1997 r.

- (173) Ponadto rozważny inwestor prywatny mógłby oprzeć swoją decyzję inwestycyjną na ocenie zdolności przedsiębiorstwa do zagwarantowania mu stabilnego i wystarczającego wynagrodzenia. W tym względzie wydaje się, że wynagrodzenie przewidziane dla państwa jako akcjonariusza na lata 1997–2000, przedstawione przez władze francuskie, było znacznie poniżej stopy 6,35 % oferowanej na obligacjach Francji w tym samym czasie. Dodatkowo wynagrodzenie to mogło być *de facto* obniżone w celu uwzględnienia podatku zapłaconego na rzecz państwa jako poborcy (motywy 103 i 106). Wynagrodzenie akcjonariusza było również znacznie obniżone w momencie, w którym państwo przystępowało do rzekomej inwestycji. Każdy akcjonariusz odniósłby się negatywnie do gwałtownego i bardzo znaczącego spadku wynagrodzenia z tytułu zastrzyków kapitałowych. Faktyczna średnia wielkość tego wynagrodzenia miała spaść z poziomu 9,32 % w latach 1991–1996 do poziomu 4,64 % przewidzianego na lata 1997–2000, czyli o ponad połowę. Rentowność w odniesieniu do kapitału własnego spadła ze średniego poziomu 14,1 % na koniec 1996 r. do poziomu 2,94 % przewidzianego dla tego samego okresu (motywy 92 i 102 tabele 1 i 3).
- (174) Faktem jest, że rozważny inwestor prywatny może zaakceptować redukcję jego bieżącego wynagrodzenia w perspektywie rozwoju przedsiębiorstwa przekładającego się na lepsze wynagrodzenie w przyszłości albo wzrost wartości przedsiębiorstwa mogący przynieść zysk przy sprzedaży aktywów na podstawie prawa własności do przedsiębiorstwa. W tym względzie, z jednej strony, bieżąca rentowność, której można było oczekiwać w 1997 r. nie pozwoliłaby zrekompensować nagłej redukcji przeszłej rentowności. Z drugiej strony zbadanie czterech czynników mogących tworzyć wartość dla akcjonariusza, określonych w motywach 164–173, nie pozwala wnioskować o przewidywalnym wzroście wartości przedsiębiorstwa dla akcjonariusza w oparciu o dane dostępne w dokumentach przekazanych przez władze francuskie.
- (175) Ponadto dostępne informacje nie pozwalają na stwierdzenie, że rozważny inwestor prywatny, działający na miejscu państwa francuskiego w 1997 r. mógłby, w świetle dostępnych informacji, postawić na zwiększenie wartości kapitału jako rekompensatę niskiego poziomu bieżącego wynagrodzenia oferowanego państwu. Władze francuskie nie przeprowadziły żadnego badania wartości EDF przed przekwalifikowaniem rezerw w 1997 r. i po nim.
- (176) Ponadto w 1997 r. EDF od ponad pięćdziesięciu lat było przedsiębiorstwem publicznym o charakterze przemysłowo-handlowym, a nie spółką akcyjną. Na mocy art. 16 ustawy nr 46-628 jego kapitał należy do francuskiego majątku narodowego i jest niezbywalny (motyw 18). Ponadto należy stwierdzić, że nawet po restrukturyzacji bilansu EDF wprowadzonej ustawą nr 97-1026, w 1997 r. całkowity dług netto EDF w kwocie około 118 mld FRF przekraczał znacznie wartość kapitału własnego, który kształtował się na poziomie 79,8 mld FRF (motyw 101 tabela 2).
- (177) Żaden z dokumentów wyjaśniających rzekomą decyzję inwestycyjną władz francuskich nie odnosi się do projektu ewentualnej prywatyzacji EDF poprzez sprzedaż całości lub części kapitału znajdującego się w posiadaniu państwa. Wymagałoby to wcześniejszego przyjęcia statusu spółki akcyjnej i porzucenie statusu przedsiębiorstwa publicznego o charakterze przemysłowo-handlowym. Przeciwnie, jedynym odniesieniem do statusu EDF zawartym w tych dokumentach jest ponowne potwierdzenie przez państwo jego woli utrzymania szczególnego statusu EDF, które „powinno pozostać stabilnym punktem odniesienia w kontekście nadchodzących zmian” na rynku wewnętrznym energii elektrycznej (motyw 95). Francja twierdzi, że właśnie w oparciu o te informacje podjęto decyzję inwestycyjną. Te okoliczności faktyczne muszą zatem nadal stanowić ramy odniesienia przy analizowaniu rzekomej decyzji.
- (178) W takich okolicznościach nie byłoby uzasadnione ani rozważne ze strony inwestora oczekiwanie na zwiększenie wartości kapitału, które zależałyby od interwencji władzy ustawodawczej zarówno w stosunku do przepisów prawa ustanowionych przez władze francuskie w 1946 r. i niezmiennie stosowanych, jak i w odniesieniu do

wyraźnej woli państwa, potwierdzonej przez ministra właściwego ds. udziałów kapitałowych państwa w okolicznościach faktycznych istniejących w 1997 r., jeżeli chodzi o utrzymanie szczególnego statusu prawnego EDF na wewnętrznym rynku energetycznym zliberalizowanym na szczeblu Unii. Hipotezy, na których opierają się wnioski EDF co do rentowności inwestycji oczekiwanej przez rozsądnego inwestora prywatnego, a które odwołują się do początkowej i przyszłej wartości akcji EDF w 1997 r. (motywy 69 i 70), nie uwzględniają statusu EDF w 1997 r. i są sprzeczne z odnoszonymi do nich dokumentami przekazanymi przez władze francuskie.

- (179) Jak podkreślają władze francuskie, EDF, jako przedsiębiorstwo publiczne o charakterze przemysłowo-handlowym, w 1997 r. nie miało kapitału zakładowego, w przeciwieństwie na przykład do spółki akcyjnej, której kapitał jest w posiadaniu akcjonariuszy (motywy 19) mogących w dowolnym momencie sprzedać swoje akcje. Również inwestor będący punktem odniesienia powinien był w 1997 r. określić w szczególności pewną liczbę czynników lub sformułować hipotezy siłą rzeczy traktowane z ostrożnością, czyli ustalić, (i) na jaką kwotę państwo ustali kapitał zakładowy przyszłej spółki akcyjnej, w szczególności zależnie od ewentualnego włączenia quasi-kapitału własnego, co warunkuje zdolność spółki do zapewnienia stabilnej dywidendy; (ii) jaka byłaby liczba akcji, na którą podzielony zostałby kapitał, biorąc pod uwagę, że większa lub mniejsza wartość warunkuje częściowo ich atrakcyjność na rynku; (iii) jaka byłaby ewentualna forma otwarcia kapitału poprzez emisję nowych akcji i na jaką kwotę, co wpływa na stopień możliwego rozwodnienia udziałów; a także (iv) w którym momencie operacja zostanie przeprowadzona, co z powodu słabych perspektyw waloryzacji, jakie wynikają z prognozowanych wyników EDF do 2000 r. (motywy 167), można rozważać jedynie w odległej przyszłości. Żadne informacje przekazane przez władze francuskie w odniesieniu do okresu poprzedzającego rzekomą inwestycję nie pozwalają uznać, że te niewiadome mogłyby uzyskać odpowiedź w 1997 r.
- (180) W takich warunkach ewentualne zwiększenie wartości udziału państwa w kapitale EDF wynikającego ze spornego zastrzyku kapitałowego, przy założeniu, że zwiększenie to będzie można stwierdzić – co jednak najwyraźniej nie zachodzi – doprowadziłoby ze strony rozsądnego inwestora do przyjęcia założeń co najmniej w odniesieniu do czterech zasadniczych czynników, na które, w przeciwieństwie do ustawodawcy lub organu regulacyjnego, nie miałyby wpływu i o których w każdym razie nie miałyby wiarygodnych informacji w 1997 r. Rozważny inwestor prywatny nie zignorowałby niemal całkowitego braku płynności swojej inwestycji. Rozważny inwestor prywatny uwzględniłby więc tę okoliczność w momencie podejmowania decyzji inwestycyjnej. Ten brak płynności może zmniejszyć znaczenie ewentualnego wzrostu wartości przedsiębiorstwa.
- (181) Ponadto, jak wskazano w motywie 144, test prywatnego inwestora powinien opierać się głównie na informacjach i elementach przekazanych przez państwo członkowskie w sytuacji, w której decyzja już została podjęta, ponieważ to właśnie dane państwo członkowskie utrzymuje, że właśnie te elementy, a nie inne, bardziej hipotetyczne, a nawet sprzeczne z przekazanymi elementami, państwo członkowskie wzięło pod uwagę. Trybunał wymaga, żeby zastosowanie testu prywatnego inwestora opierało się na rozwoju wydarzeń przewidywalnym w momencie, w którym podjęto decyzję (pkt 105 wyroku z dnia 5 czerwca 2012 r.). Władze francuskie w 1997 r. twierdziły, że status EDF, który nie pozwalał na emisję i sprzedaż akcji EDF, zostanie utrzymany jako stabilny punkt odniesienia, również na zliberalizowanym rynku europejskim (motywy 95). Przyjęcie hipotez zaprzeczających twierdzeniu władz francuskich oznacza usytuowanie testu w sytuacji, która nie jest najbliższą sytuacji państwa członkowskiego, w przeciwieństwie do tego, czego wymaga orzecznictwo (motywy 126).
- (182) Nawet jednak przy założeniu do celów analizy, że rozsądnym inwestorem prywatnym mógłby uwzględnić przyszły wzrost wartości swojej inwestycji w niepewnym terminie, dodatkowo w stosunku do zwykłej regularnej rentowności, przy podejmowaniu decyzji o rzekomej inwestycji, inwestor zachowałby zdolność przedsiębiorstwa do generowania dywidend w perspektywie długoterminowej, zgodnie z perspektywą państwa francuskiego sprawującego kontrolę nad EDF od 1946 r. W celu oszacowania wartości swojego prawa własności w EDF rozsądnym inwestorem prywatnym nie uwzględniałby wartości księgowej aktywów netto przedsiębiorstwa, nawet licząc na redukcję długu i wygenerowanie zasobów, na co wskazują władze francuskie (motywy 84). Wartość aktywów, kwoty inwestycji lub redukcja długu niekoniecznie pokrywają się z faktyczną wartością ekonomiczną w celu ustalenia ceny transakcji. Nie należy więc przywiązywać wagi do faktu, że pełna spłata długów EDF w 1997 r. wymagałaby kwot dalece wykraczających poza kapitał własny EDF (motywy 177). W perspektywie długoterminowej wartość przedsiębiorstwa zależy od jego zdolności do generowania wartości dla akcjonariusza w formie dywidend lub wzrostu wartości kapitału, nie zaś od wartości księgowej aktywów lub majątku.

- (183) Wśród różnych metod stosowanych w finansach w celu oszacowania kosztu alternatywnego lub wymaganej rentowności prawa własności z możliwością odpłatnego przeniesienia do kapitału przedsiębiorstwa metodą najczęściej stosowaną jest model wyceny aktywów kapitałowych („CAPM”) (ang. *Capital Asset Pricing Model*)⁽¹⁾. Jak przedstawiono w tabeli 5, zastosowanie modelu wyceny aktywów finansowych do inwestycji w kapitał EDF w 1997 r. określa wymaganą wartość docelową rentowności na poziomie około 12 %, przy czym może ona osiągać poziom 13,4 % w przypadku aktywów płynnych, takich jak akcje EDF. Ta wartość docelowa musi jednak być postrzegana jako próg dolny. Zakłada ona nie tylko, że prawo własności EDF, takie jak jego akcje, było możliwe do uzyskania i do przeniesienia, lecz dodatkowo także, że istniałby płynny rynek, podczas gdy państwo posiadało 100 % kapitału, a EDF nie mogło emitować akcji. Do wymaganej rentowności aktywów płynnych należy dodać premię w przedziale 0,5–1,5 %⁽²⁾ w celu odzwierciedlenia wielkiej niepewności, która wynika z czynników badanych w motywach 179 i 180 w odniesieniu do płynności akcji EDF i która mogłaby być udziałem rozważnego inwestora prywatnego w 1997 r.
- (184) W każdym razie ważność rzędu wielkości wynoszącego 12 % bez premii za płynność jest bliska bieżącej rentowności kapitału własnego wynoszącej 14 %, z którą EDF wynagradzał państwo francuskie w latach 1991–1996 (motyw 102 tabela 3), chociaż wciąż od niej niższa. Oczekiwana rentowność na przyszłość opiera się zwykle na faktycznej uzyskanej rentowności. Ważność tego rzędu wielkości wynoszącego 12 % znajduje też potwierdzenie w stosowaniu innych parametrów na podstawie danych liczbowych dostępnych w tamtym czasie, w tym danych wykorzystanych w badaniu zrealizowanym na rzecz EDF, omówionym w motywie 70, które określa wartość docelową w przedziale 11,9–13,5 %, przy średniej wynoszącej 12,7 %. Jeżeli wyniki analizy nie zmieniają się wraz z premią za płynność dodatkową w stosunku do rentowności docelowej wynoszącej około 12 % lub po zastosowaniu od 1997 r. stopy faktycznej rentowności wynoszącej 14 % w nieodległej przeszłości, uwzględnianie tej premii i rentowności faktycznej nie jest konieczne.

Tabela 5

Rentowność docelowa wymagana dla inwestycji w akcje EDF w 1997 r.: wartości obliczeniowe

Parametr	Wartość	Źródło
Stopa wolna od ryzyka	6,35–5,58	Średnia roczna stopa dzienna kredytu referencyjnego we Francji na 30 i 10 lat w 1997 r., źródło: Banque de France: Stopa referencyjna krótkookresowych obligacji skarbowych i OAT, http://www.banque-france.fr/economie-et-statistiques/changes-et-taux
Beta EDF (zadłużone)	0,45–0,54–0,62	1. Beta EDF – Vernimmen i in. op.cit., wykres s. 427. 2 i 3. Badanie Oxera, tabela 3.8, Beta spółek UE w sektorze.
Zadłużenie (%)	60	Struktura kapitału EDF po restrukturyzacji w 1997 r.
Beta EDF (oddłużone)	0,84–0,89–1,36	1 i 2. Obliczenia Komisji. 3. Badanie Oxera, tabela 3.8

(1) Model ten ocenia rentowność docelową, jakiej wymaga inwestor w kapitał przedsiębiorstwa (k) jako wynikającej z doliczenia do rentowności aktywów finansowych wolnych od ryzyka lub obciążonych niewielkim ryzykiem, czyli obligacji państwowych na rynku finansowym odniesienia (r_f), premii za ryzyko rynkowe odzwierciedlające najbardziej ryzykowny charakter inwestycji w akcje ($K_m - r_f$) pomnożonej przez współczynnik konkretnego ryzyka akcji danego przedsiębiorstwa (β), najlepiej samego przedmiotowego przedsiębiorstwa albo ewentualnie przedsiębiorstw porównywalnych wykorzystywanych jako poziom odniesienia. Parametr β należy szacować w odniesieniu do przedsiębiorstwa niezadłużonego (gearing) w celu zmierzenia nieodłącznego ryzyka (akcji) przedsiębiorstwa względem rynku. W ramach modelu stosuje się wzór: $k = r_f + \beta \times (K_m - r_f)$. Komisja zastosowała model CAPM do oszacowania wymaganej rentowności inwestycji w kapitał przedsiębiorstwa, zatwierdzonej przez Sąd Unii Europejskiej: T-319/12 Hiszpania przeciwko Komisji, „Ciudad de la Luz”, EU:T:2014:604, pkt 48–66. W celu zapoznania się z dalszym opisem, zob. Vernimmen i in.: „Corporate Finance”, John Wiley & Sons wyd. drugie, 2009, rozdz. 22; wyniki badań dotyczących częstotliwości stosowania metod oceny, zob. s. 460. Podstawy teoretyczne oraz cyfrowe zastosowanie CAPM do niniejszej sprawy przedstawiono również w badaniu zrealizowanym przez Oxera na rzecz EDF (motyw 70), w szczególności w załączniku I do tego badania.

(2) Vernimmen i in.: „Corporate Finance”, John Wiley & Sons wyd. drugie, 2009, s. 433–434.

Parametr	Wartość	Źródło
Rynkowa premia za ryzyko	6,3–7,3	1. Vernimmen op.cit. s. 423, za: Mehra Prescott 2/2003 T.2 FR 1973–1998. 2. Średnia oczekiwana premia za ryzyko we Francji w latach 1988–1996 (premia ta wynosiła 10,1 % w 1996 r.) „An examination of Equity Risk Premium Forecasts in the G-6 Countries”, Khorana, Moyer & Pattel, I/B/E/S dokument roboczy, sierpień 1997 r., s. 25.
Przedział rentowności docelowej	11,7–12,1–13,4	Obliczenia Komisji
Mediana rentowności	12	Obliczenia Komisji

- (185) W celu podjęcia decyzji inwestycyjnej w 1997 r. rozważny inwestor prywatny w sytuacji jak najbardziej zbliżonej do sytuacji władz francuskich przyjąłby systematyczne dane szacunkowe dotyczące przyszłych wyników EDF, zatwierdzone przez właściwe organy i przyjęte jako scenariusz finansowy zgodnie z przewidywanym rachunkiem tworzenia dochodów EDF w okresie 1997–2000 (motywy 90–92 tabela 1, motyw 97). Zwolnienie z podatku stanowiło 11 % kapitału i zastrzyków kapitałowych EDF w 1997 r. w kwocie 53,3 mld FRF, po restrukturyzacji bilansu. Można zatem założyć, że inwestycja otwierała prawo do otrzymania 11 % dywidend (zwrot z zastrzyków kapitałowych szacowany w tabelach 1 i 4) i wartości EDF. W celu określenia tej wartości należy zastosować model obliczania długoterminowej wartości przedsiębiorstwa, czyli model zdyskontowanych dywidend (ang. „dividend discount model”, „DDM”) (1).
- (186) Wyniki analizy z zastosowaniem modelu DDM w przypadku inwestycji w kwocie 5,88 mld FRF w oparciu o dywidendy przewidywane w prognozowanym rachunku zysków i strat EDF w okresie 1997–2000 (wynagrodzenie z zastrzyków kapitałowych i wynagrodzenie dodatkowe w tabeli 1) przedstawiono w tabeli 6, wskazując wewnętrzną stopę zwrotu (IRR) przepływów finansowych i wartość bieżącą netto („NPV”) dla docelowych stóp rentowności wynoszących 12 %, 6,35 % i 5,58 % (2). Wyniki te obliczono dla scenariusza odniesienia opartego na powszechnie stosowanej praktyce analizy (tabela 6.1), z trzema mniej prawdopodobnymi analizami wrażliwości, które odchodzą od scenariusza odniesienia i przedstawiają symulację opartą na większej rentowności dla akcjonariusza niż w przypadku scenariusza odniesienia (tabele 6.2, 6.3 i 6.4).

Tabela 6

Oszacowanie rentowności (wartość bieżąca netto) inwestycji w kwocie 5,88 mld FRF w oparciu o model DDM według prognozowanego rachunku zysków i strat EDF w latach 1997–2000 (tabela 1) (w mld FRF)

6.1 Scenariusz umiarkowany (Wzrost dywidend przewidziany na koniec okresu 1999–2000)

	1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
	Inwestycja	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Wartość DDM
	– 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	2,21
NPV 12 %	– 3,43					
NPV 6,35 %	– 3,17					
NPV 5,58 %	– 3,12					
IRR	– 13 %					

Uwaga: Tabelę należy odczytywać następująco: w odniesieniu do przepływów finansowych przewidzianych w okresie od dnia 1 stycznia 1997 r. do dnia 31 grudnia 2000 r., wartość bieżąca netto (NPV) ze wskaźnikiem aktualizacji 12 % wynosi – 3,43 mld FRF [...], a wewnętrzna stopa zwrotu (IRR) wynosi – 13 %.

- (1) Model DDM przedstawia wartość przedsiębiorstwa w oparciu o (ostatnią) wypłaconą dywidendę (Dt), stopę wzrostu dywidend (d'D) oraz docelowe wynagrodzenie lub alternatywny koszt kapitału (K) według wzoru $Vr = Dt(1 + d'D)/(K - d'D)$. Model DDM jest wykorzystywany również w badaniu Oxera sporządzonym dla EDF (pkt 3.27–3.31, tabela 3.4), ale z odmiennymi wartościami, w niektórych przypadkach bardzo nierealnymi. W badaniu Oxera przyjęto stopę wzrostu dywidendy wynoszącą 9,3 % rocznie. Stopy wzrostu dywidendy, w obliczeniu na czas nieokreślony, jak w przypadku modelu DDM, są powiązane z rozwojem przedsiębiorstwa. Stopy wzrostu wynoszące 9,3 %, znacznie powyżej inflacji i stopy wzrostu produktu krajowego brutto („PKB”) w perspektywie długoterminowej, implikują, że docelowo EDF zagarnęłoby całość PKB Francji.
- (2) Ujemna wartość bieżąca netto dla danej stopy procentowej (aktualizacja-finansowanie) wskazuje, że inwestycja nie jest rentowna przy tej stopie procentowej. Wewnętrzna stopa zwrotu (dotadnia – „IRR”) oznacza efektywną stopę procentową, przy której zdyskontowane przepływy pieniężne zapewniają zwrot z inwestycji.

6.2. Wrażliwość 1 (dł dywidendy = 4,51 % stopa roczna 1997–2000)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inwestycja	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Wartość DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	3,69
NPV 12 %	- 2,68						
NPV 6,35 %	- 2,14						
NPV 5,58 %	- 2,05						
IRR	- 4,7 %						

6.3. Wrażliwość 2 (Scenariusz umiarkowany + dodanie 11 % quasi-kapitału własnego)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inwestycja	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Wartość DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	4,93
NPV 12 %	- 2,06						
NPV 6,35 %	- 1,29						
NPV 5,58 %	- 1,16						
IRR	0,3 %						

6.4. Wrażliwość 3 (Wrażliwość 1 + dodanie 11 % quasi-kapitału własnego)

		1.1.1997	31.12.1997	31.12.1998	31.12.1999	31.12.2000	31.12.2000
		Inwestycja	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	Dywidenda	wartość DDM
		- 5,88	0,23	0,28	0,26	0,26	6,41
NPV 12 %	- 1,30						
NPV 6,35 %	- 0,26						
NPV 5,58 %	- 0,08						
IRR	5,2 %						

(187) Z szacunków przedstawionych w tabeli 6 wynika, że gdyby rzekomo zainwestowana kwota 5,88 mld FRF otworzyła prawo do dysponowania proporcjonalnym odsetkiem dywidend i wartości EDF, operacja wykazywałaby zdecydowanie ujemną wartość bieżącą netto (- 3,43 mld FRF). Aby inwestycja miała sens finansowy dla inwestora prywatnego, przy najczęściej przyjmowanym założeniu (tabela 6.1), rozważny inwestor prywatny musiałby się zadowolić wynagrodzeniem znacznie poniżej alternatywnego kosztu kapitału na poziomie 12 % dla inwestycji w akcje płynne EDF, a nawet niższym od oferowanego na 30-letnich (6,35 %) i 10-letnich (5,58 %) obligacjach państwa francuskiego w 1997 r. Oczywiście jest, że rozważny inwestor prywatny nie dokonałby inwestycji w tych warunkach.

- (188) Wnioski te nie zmieniają się pod względem jakościowym przy zastosowaniu, jak w przypadku testu wrażliwości, innych hipotez, które pomimo mniejszego prawdopodobieństwa, bardziej waloryzują rzekomą inwestycję (tabele 6.2–6.4) ⁽¹⁾. We wszystkich przypadkach, oferowana rentowność jest niższa niż 12 %, a nawet niższa od rentowności oferowanej na 30-letnich i 10-letnich obligacjach państwa francuskiego w 1997 r. Ponadto zbadanie innych dostępnych zmiennych w przewidywanych wynikach operacyjnych EDF, takich jak prognozy przychodów, wyniki działalności głównej lub wynik netto (motywy 166–168), nie pozwoliłyby rozważnemu inwestorowi prywatnemu na przewidzenie całkowitego odwrócenia tendencji umożliwiającego następnie lepsze wynagrodzenie lub tworzenie wartości dla państwa jako akcjonariusza. Te przewidywalne i przewidziane w 1997 r. zmiany potwierdzają także wnioski i ich rozszerzenie na okres po 2000 r., jak rozważny inwestor prywatny mógł przewidzieć w 1997 r. w oparciu o informacje przekazane przez władze francuskie.
- (189) Nawet przy założeniu, że rozważny inwestor prywatny miałby nadzieję na zysk kapitałowy powyżej zwykłej rentowności EDF, na co w żadnej mierze nie wskazują informacje i dane przekazane przez władze francuskie i na co można by mieć nadzieję tylko podejmując nadmierne ryzyko, biorąc pod uwagę sytuację EDF w 1997 r., wykluczone jest, aby dokonał on rzekomej inwestycji. W takich warunkach zastosowanie testu prywatnego inwestora pokazuje, że nawet gdyby faktycznie zwolnienie z podatku w wysokości 5,88 mld FRF było decyzją inwestycyjną ze strony państwa jako akcjonariusza, operacja ta nie zostałaby doprowadzona do skutku przez rozważnego inwestora prywatnego dysponującego informacjami, które przedstawiają władze francuskie.
- (190) W tym względzie okoliczności faktyczne przeczą uwagom EDF przytoczonym w motywie 71, zgodnie z którymi zwolnienie z podatku nie ma żadnego szkodliwego wpływu na konkurencję ani nie przynosi korzyści, ponieważ EDF mogłoby, w każdym przypadku, uzyskać równoważne finansowanie na rynkach kapitałowych. Nie ulega wątpliwości, że EDF nie mogłoby emitować akcji na rynkach w celu zapewnienia sobie tej kwoty. Nawet jeżeli EDF zapewne mogłoby znaleźć pożyczkodawcę, pożyczka lub odpowiadająca jej emisja obligacji musiałyby generować wynagrodzenie najprawdopodobniej o stopie wyższej niż oczekiwana przez państwo francuskie w przypadku zastrzyków kapitałowych na rzecz EDF w latach 1997–2000 i wyższej niż koszt refinansowania równoważny z obligacjami państwa w 1997 r. Jeżeli EDF mogłoby dysponować sumą równą kwocie głównej, poniesione koszty finansowania byłyby wyższe niż rzekoma inwestycja. Nawet z tego tytułu, bez uwzględniania spłaty kwoty głównej, do której EDF nie było zobowiązane w zakresie kwoty zwolnienia z podatku lub równoważnej kwoty zastrzyków kapitałowych w 1997 r., środek ten zapewniłby EDF korzyść gospodarczą poprzez redukcję kosztów finansowych.
- (191) Gdyby jednak test prywatnego inwestora był możliwy do zastosowania, w świetle dokumentów przekazanych przez władze francuskie, które ich zdaniem wyjaśniły perspektywy rentowności i ryzyko związane z rzekomą inwestycją w formie zwolnienia z podatku, zastosowanie testu prywatnego inwestora pozwala stwierdzić, że rozważny inwestor prywatny nie zainwestowałby kwoty równej należnemu podatkowi w podwyższenie kapitału EDF w 1997 r.
- (192) Niezapłacenie przez EDF kwoty 5,88 mld FRF z tytułu podatku od osób prawnych nie jest zyskowną inwestycją ze strony państwa jako akcjonariusza w świetle testu prywatnego inwestora. Wydaje się raczej, że jest to stanowiący odstępstwo środek doraźnego zwolnienia podatkowego, który przyniósł korzyść gospodarczą EDF równoważną z niezapłaconą kwotą podatku. Korzyść ta siłą rzeczy wzmacnia pozycję EDF względem jego konkurentów, jako że wysokość kapitału własnego jest jednym z czynników determinujących zdolność uzyskania finansowania zewnętrznego przedsiębiorstwa oraz jego warunki, podczas gdy z drugiej strony zasoby w ten sposób zaoszczędzone można było wykorzystać na inne cele, w szczególności takie jak inwestycje we Francji lub w innych państwach członkowskich, w których konkurenci prowadzili swoją działalność w 1997 r.

⁽¹⁾ Hipoteza, zgodnie z którą dywidenda EDF wzrosnie o 4,51 % (wrażliwość 1, tabela 6.2) wydaje się optymistyczna; uzyskano ją poprzez wyrównanie stopy wzrostu przewidzianej na 4 lata w ramach objętego prognozą okresu 1997–2000. Poza tym, że w zwyczajowej praktyce przyjęty wzrost dywidendy jest wzrostem z końca okresu (scenariusz umiarkowany), w okolicznościach faktycznych dywidendy do wypłacenia przez EDF powinny odnotować w okresie 1997–2000 spadek względem okresu 1991–1996, a także w latach 1999 i 2000 względem 1998 r. W każdym razie stopa wynosząca 4,51 % na czas nieokreślony jest wysoka w wartości bezwzględnej. Hipoteza (wrażliwość 2, tabela 6.3), zgodnie z którą akcjonariusz dodaje – lub nabywca dopłaca – (proporcjonalną część) quasi-kapitału własnego EDF oszacowanego w 1997 r. do obliczonej wartości obiektywnej EDF, nie uwzględnia regulacyjnego charakteru niektórych rodzajów kapitału własnego (rezerwy). Hipoteza ta w połączeniu z modelem DDM również jest optymistyczna, ponieważ jest równoważna z przyznaniem akcjonariuszowi (w proporcji 11 %) quasi-kapitału własnego (poza kapitałem subskrybowanym), który umożliwia przedsiębiorstwu absorpcję ewentualnych strat, a w perspektywie długoterminowej umożliwia zaoferowanie regularnej dywidendy i regularnego wynagrodzenia dla akcjonariusza. Zgodnie z jej założeniem wstępnym quasi-kapitał własny EDF ustalony w okresie 1997–2000 pozostanie nieustannie dostępny, podczas gdy model DDM nie uwzględnia innych źródeł wynagrodzenia niż dywidenda. Jest to zatem hipoteza trudna do uzasadnienia. Połączenie obydwu hipotez (wrażliwość 3, tabela 6.4) potęguje ich odpowiednie wady lub słabe punkty, sprawiając, że wyniki obliczenia są jeszcze bardziej nieprawdopodobne i przypadkowe.

- (193) Korzyść gospodarcza powoduje więc powstanie zakłócenia konkurencji w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Korzyść jest selektywna, ponieważ niezapłacenie podatku od osób prawnych od części tych rezerw księgowych stanowi wyjątek w traktowaniu podatkowym zwykle stosowanym przy tego rodzaju operacji, a w niniejszej sprawie wyjątek ten zastosowano jedynie do przedsiębiorstwa EDF.

9.2. ZASOBY PAŃSTWOWE

- (194) Pojęcie pomocy obejmuje nie tylko świadczenia dodatnie, takie jak dotacje, lecz także wszelkie interwencje organów publicznych, które zmniejszają obciążenia normalnie ciężące na budżecie przedsiębiorstwa i które mają same skutki jak dotacje⁽¹⁾. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem⁽²⁾ niepobieranie przez państwo podatku, który powinien być pobrany, jest równoważne z wykorzystaniem zasobów państwowych.
- (195) Niepobranie całości podatku od osób prawnych z tytułu roku obrotowego 1997 wynika bezpośrednio z przepisów podatkowych przyjętych przez władze francuskie w celu wprowadzenia w życie aktu państwowego, a mianowicie ustawy nr 97-1026 z dnia 10 listopada 1997 r.

9.3. ZAKŁÓCENIE KONKURENCJI I WPŁYW NA WYMIANĘ HANDLOWĄ MIĘDZY PAŃSTWAMI CZŁONKOWSKIMI

- (196) Od utworzenia EDF w 1946 r. aż do wejścia w życie dyrektywy 96/92/WE, EDF korzystało na rynku francuskim z pozycji monopolu, posiadając wyłączne prawa do przesyłu, dystrybucji oraz importu i eksportu energii elektrycznej. EDF miało już jednak konkurentów w postaci producentów energii elektrycznej z innych państw członkowskich, zanim jeszcze dyrektywa 96/92/WE weszła w życie. Ponadto wolna konkurencja istniała na rynkach powiązanych niepodlegających wyłączności, na których EDF prowadziło już inne rodzaje działalności wykraczające poza prawa wyłączności, zarówno z punktu widzenia geograficznego, jak i sektorowego. Wpływ na konkurencję i wymianę handlową istniał więc już znacznie wcześniej niż doszło do liberalizacji przewidzianej w dyrektywie 96/92/WE.
- (197) Energia elektryczna była przedmiotem znacznej i stale zwiększającej się wymiany handlowej między państwami członkowskimi, w której EDF aktywnie uczestniczyło. Wspomniana wymiana handlowa, wzmocniona w wyniku przyjęcia dyrektywy Rady 90/547/EWG⁽³⁾, odbywała się na podstawie porozumień handlowych między różnymi operatorami sieci energii elektrycznej wysokiego napięcia w państwach członkowskich. W europejskich państwach OECD import energii elektrycznej zwiększał się w średnio o ponad 7 % rocznie w latach 1980–1990. W latach 1981–1989 EDF z wielokrotnością nadwyżkę bilansu handlowego energii elektrycznej dziewięciokrotnie, osiągając wielkość eksportu netto na poziomie 42 TWh, co stanowiło 10 % jego całkowitej produkcji. W 1985 r. EDF eksportowało już 19 TWh do innych państw członkowskich.
- (198) Jeszcze przed wejściem w życie dyrektywy 96/92/WE w lutym 1999 r. niektóre państwa członkowskie wprowadziły jednostronnie środki mające na celu otwarcie ich rynków energii elektrycznej. W szczególności Zjednoczone Królestwo otworzyło swój rynek w 100 % dla dużych klientów przemysłowych w 1990 r. Szwecja otworzyła swój rynek w 100 % w 1996 r., Finlandia zaczęła otwierać rynek w 1995 r., aby osiągnąć 100 % w 1997 r., Niemcy osiągnęły 100 % otwarcia rynku w 1998 r., a Niderlandy otworzyły rynek całkowicie dla klientów przemysłowych w 1998 r. W tych okolicznościach, jeszcze przed ustaloną w dyrektywie datą otwarcia na konkurencję, środki pomocy państwa przyznawane przedsiębiorstwom mającym monopol w państwie członkowskim aktywnie uczestniczącym w wymianie handlowej wewnątrz Unii, jak ma to miejsce w przypadku EDF, mogły zakłócać konkurencję w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.
- (199) W swoim sprawozdaniu rocznym za 1997 r. EDF wskazuje, że jest „jednym z największych operatorów międzynarodowych sektora energii elektrycznej, którego zaangażowanie poza Francją opowiada kwocie ponad 13 mld FRF, którego park produkcyjny ma moc zainstalowaną stanowiącą niemal 11 % mocy parku istniejącego we Francji i który ma ponad 8 milionów klientów”. W sprawozdaniu podkreślono również, że w 1997 r. EDF „zwielokrotniło i wzmocniło swoje inwestycje w Europie, rozszerzając swoją obecność na Austrię i Polskę” i że „wyeksportowało ponad 70 TWh do Europy”. Eksport ten został zrealizowany w konkurencji z alternatywnymi dostawcami na odnośnych rynkach.
- (200) Umowa na lata 1997–2000 podpisana w dniu 8 kwietnia 1997 r. między państwem i EDF przewiduje, że EDF przeznaczy około 12–13 mld FRF na inwestycje międzynarodowe, wśród których priorytet stanowią inwestycje w regionach europejskich. W latach 2000–2002 EDF nabyło jedną trzecią kapitału niemieckiego przedsiębiorstwa

⁽¹⁾ Wyrok w sprawie 30/59 Gezamenlijke Steenkolenmijnen przeciwko Haute Autorité, EU:C:1961:2; wyrok w sprawie C-387/92 Banco de Crédito Industrial, EU:C:1994:100; wyrok SFEL, C-39/94, EU:C:1996:285; wyrok w sprawie C-241/94, Francja przeciwko Komisji EU: C:1996:353; wyrok w sprawie T-106/95, FFSA przeciwko Komisji EU:T:1997:23.

⁽²⁾ Zob. w szczególności wyrok w sprawie T-67/94 Landbroke przeciwko Komisji, EU:T:1998:7, pkt 109.

⁽³⁾ Dyrektywa Rady 90/547/EWG z dnia 29 października 1990 r. w sprawie przesyłu energii elektrycznej poprzez sieci przesyłowe (Dz.U. L 313 z 13.11.1990, s. 30).

EnBW, zwiększyło moce produkcyjne i dystrybucyjne swojej brytyjskiej filii London Electricity, przejęło bezpośrednią kontrolę nad włoskim przedsiębiorstwem Fenice i zawarło umowę partnerstwa z grupą Fiat w celu zakupu Montedison (później Edison).

- (201) W 1997 r. działalność związaną z usługami na rzecz klientów indywidualnych, przedsiębiorstw i samorządów lokalnych połączono w ramach przedsiębiorstwa SDS, spółki zależnej w 100 % należącej do EDF. SDS prowadziło działalność w sektorze utylizacji odpadów, oświetlenia ulic i innych usług związanych z energią, a jej wkład w sprzedaż wyniósł 685 mln EUR w 1998 r. w porównaniu z 650 mln EUR w 1997 r. W 2000 r. EDF zawarło umowę partnerstwa z Veolia Environnement za pośrednictwem spółki Dalkia, która jest europejskim liderem w dziedzinie usług energetycznych dla przedsiębiorstw i samorządów. Dalkia oferuje usługi z dziedziny inżynierii i utrzymania sieci energetycznych, zarządza instalacjami cieplnymi i usługami technicznymi związanymi z funkcjonowaniem budynków oraz zapewnia eksploatację sieci ciepłych, układów kogeneracyjnych, urządzeń do produkcji energii i cieczy przemysłowych.
- (202) EDF rozwinęło również swoją działalność na rynkach energii ze źródeł odnawialnych. W 1997 r. działalność związana z energią ze źródeł odnawialnych, takich jak źródła geotermiczne i eoliczne, połączono w ramach spółki holdingowej CHART, spółki zależnej należącej w 100 % do EDF. Jej wkład w skonsolidowane obroty wynosił wówczas 70 mln EUR.
- (203) Ponadto, jako producent i dystrybutor energii elektrycznej, EDF było i jest nadal konkurentem dla dostawców energii z innych zastępczych źródeł, takich jak węgiel, ropa naftowa i gaz, zarówno na rynku krajowym, jak i międzynarodowym. We Francji na przykład EDF przeprowadziło z powodzeniem kampanię mającą na celu zachęcenie do korzystania z energii elektrycznej w celu ogrzewania. Zwiększyło w ten sposób swój udział w rynku w porównaniu ze swoimi konkurentami, którzy dostarczają energię ze źródeł zastępczych, takich jak ropa naftowa lub gaz. W sektorze stali piece elektryczne konkurują z piecami opalonymi gazem lub ropą naftową. Z powyższego wynika, że środek taki jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, może zakłócać konkurencję w odniesieniu do dostawców alternatywnych, takich jak Gaz de France.
- (204) EDF zajmowało znaczące miejsce w wymianie handlowej energii elektrycznej między państwami członkowskimi w 1997 r., podczas gdy obecnie rynek energii elektrycznej we Francji jest w pełni otwarty i są na nim obecni liczni dostawcy europejscy. Z powyższego wynika, że w 1997 r. EDF miało już ugruntowaną pozycję na niektórych rynkach innych państw członkowskich oraz że pomoc wynikająca z niezapłacenia przez EDF podatku od osób prawnych należnego od części rezerw księgowych utworzonych przy zwolnieniu z podatku na odnowienie RAG nie mogła nie zakłócić konkurencji i wymiany handlowej między państwami członkowskimi.
- (205) Powyższe rozważania zostały przedstawione w decyzji w sprawie rozszerzenia postępowania. Ani Francja, ani EDF nie kwestionują w swoich uwagach tego, że pomoc mogła wpłynąć na wymianę handlową między państwami członkowskimi.
- (206) W związku z tym, o ile spełnione są cztery kryteria przewidziane w art. 107 ust. 1 TFUE, niezapłacenie przez EDF podatku od osób prawnych należnego od części rezerw księgowych utworzonych przy zwolnieniu z podatku na odnowienie RAG stanowi pomoc państwa. Należy następnie zbadać zgodność tej pomocy z rynkiem wewnętrznym.

10. OCENA ZGODNOŚCI POMOCY Z RYNKIEM WEWNĘTRZNYM

- (207) Artykuł 107 ust. 1 TFUE stanowi, że pomoc spełniająca określone w nim kryteria, jest co do zasady niezgodna z rynkiem wewnętrznym. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem do państwa członkowskiego należy przedstawienie powodów i wszelkiego rodzaju elementów przemawiających za zgodnością pomocy państwa z rynkiem wewnętrznym⁽¹⁾. W niniejszej sprawie Republika Francuska nie przedstawiła żadnych powodów ani nie dostarczyła żadnych elementów w tym względzie.
- (208) Wyjątki przewidziane w art. 107 ust. 2 TFUE nie mają zastosowania w niniejszym przypadku ze względu na charakter pomocy, która nie realizuje celów wymienionych w tym ustępie.
- (209) Przedmiotowa pomoc nie spełnia również warunków przewidzianych w art. 107 ust. 3 lit. a) i c) TFUE dotyczących wyjątków dla pomocy sprzyjającej rozwojowi gospodarczemu niektórych regionów, zwłaszcza że jest to pomoc operacyjna. Nie jest ona bowiem uzależniona od inwestycji ani od tworzenia nowych miejsc pracy, jak przewidują wytyczne w sprawie regionalnej pomocy państwa⁽²⁾.

⁽¹⁾ C-364/90 Włochy przeciwko Komisji, EU:C:1993:157, pkt 20.

⁽²⁾ Wytyczne w sprawie pomocy regionalnej na lata 2014–2020 (Dz.U. C 209 z 23.7.2013, s. 1).

- (210) Artykuł 107 ust. 3 lit. c) TFUE przewiduje również wyjątek dotyczący pomocy mającej na celu ułatwienie rozwoju niektórych działań gospodarczych, o ile nie zmienia ona warunków wymiany handlowej w sposób sprzeczny ze wspólnym interesem. W niniejszym przypadku rozpatrywany środek pomocowy nie wchodzi w zakres tego odstępstwa. Nie można uznać, że wyjątek od mającego zastosowanie prawa podatkowego, którego beneficjentem jest tylko jedno przedsiębiorstwo, ma na celu ułatwienie rozwoju określonej działalności. Jego jedynym celem jest bowiem pomoc na rzecz przedsiębiorstwa poprzez obniżenie jego kosztów operacyjnych.
- (211) Jeżeli chodzi o wyjątki przewidziane w art. 107 ust. 3 lit. b) i d) TFUE, przedmiotowy środek pomocy nie jest przeznaczony na wspieranie realizacji projektu stanowiącego przedmiot wspólnego zainteresowania ani nie ma na celu zaradzenia poważnym zaburzeniom w gospodarce francuskiej, ani też nie jest przeznaczony na wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturowego.
- (212) W związku z tym kryteria zgodności wymienione w art. 107 ust. 2 i 3 TFUE nie są spełnione. Ponadto, jeżeli chodzi o rekompensatę z tytułu kosztów świadczenia usług publicznych, władze francuskie nie powołały się na zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE w odniesieniu do korzyści podatkowej, ale podkreśliły fakt, że EDF wypełnia zadania związane ze świadczeniem usług publicznych. Władze francuskie nie podały jednak żadnej wyceny kosztów ponoszonych przez EDF z racji wypełniania tych zadań. Komisja nie może więc ustalić, czy przedmiotowa korzyść podatkowa rekompensuje ewentualny dodatkowy koszt związany z wypełnianiem nałożonych na EDF zadań związanych ze świadczeniem usług publicznych. W każdym razie, jeżeli niezapłacenie podatku miałyby być uznane za rekompensatę za świadczenie usługi w ogólnym interesie gospodarczym, nie udowodniono, że taka rekompensata została określona z góry według przejrzystych i obiektywnych kryteriów oraz obliczona w stosunku do kosztów skutecznie działającego przedsiębiorstwa.
- (213) Badanie przestrzegania warunków określonych w wyroku w sprawie Altmark⁽¹⁾, które pozwalają uniknąć objęcia zakresem stosowania art. 107 ust. 1 TFUE, jak również badanie pod względem kryteriów zastosowania art. 106 ust. 2 TFUE, na który zresztą władze francuskie się nie powołują, nie jest więc możliwe w niniejszym przypadku.
- (214) Na podstawie powyższych rozważań wydaje się, że rozpatrywana pomoc stanowi pomoc operacyjną, której skutkiem było wzmocnienie konkurencyjnej pozycji EDF względem jego konkurentów. W tych warunkach pomoc ta jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym.
- (215) Komisja uważa również, że przeciwnie do twierdzenia władz francuskich zasada przedawnienia nie ma zastosowania w analizowanym przypadku. EDF faktycznie utworzyło rezerwy księgowe przy zwolnieniu z podatku w latach 1987–1996. Należy jednak zauważyć z jednej strony, że zdaniem Krajowej Rady Rachunkowości korekty błędów księgowych, które z natury rzeczy dotyczą księgowania przeszłych operacji, należy księgować w ramach wyników za rok obrotowy, w trakcie którego zostały stwierdzone, a z drugiej strony, że ustawa, która stanowi, że prawa udzielającego koncesji przeklasyfikowuje się na zastrzyki kapitałowe bez opodatkowania podatkiem od osób prawnych, nosi datę 10 listopada 1997 r. Korzyść podatkowa powstała więc w 1997 r., a przedawnienie nie ma zastosowania do nowej pomocy wypłaconej w tej dacie, ponieważ pierwszy akt Komisji dotyczący tego środka nosi datę 10 lipca 2001 r. Ponadto na mocy art. 15 rozporządzenia (WE) nr 659/1999 postępowanie przed sądem zawiesza termin przedawnienia.

11. WNIOSKI

- (216) Komisja stwierdza, że Francja wdrożyła przedmiotową pomoc w sposób niezgodny z prawem i z naruszeniem art. 108 ust. 3 TFUE. Komisja uznaje, że zwolnienie z podatku od osób prawnych na kwotę 5 882 849 762 FRF, związane z przewidzianym w ustawie nr 97-1026 przekwalifikowaniem na zastrzyk kapitałowy rezerw księgowych odpowiadających operacjom odnowienia sieci zaopatrzenia w energię elektryczną już zrealizowanych w wysokości 14 119 065 335 FRF, stanowi pomoc niezgodną z prawem i niezgodną z rynkiem wewnętrznym.
- (217) Na mocy art. 108 ust. 2 TFUE, w przypadku stwierdzenia przez Komisję, że dana pomoc jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym, Komisja jest uprawniona do nałożenia na zainteresowane państwo członkowskie obowiązku zniesienia lub zmiany przedmiotowej pomocy. Zgodnie z art. 14 rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 „w przypadku gdy podjęte zostały decyzje negatywne w sprawach pomocy przyznanej bezprawnie, Komisja podejmuje decyzję, że zainteresowane państwo członkowskie podejmie wszelkie konieczne środki w celu windykacji pomocy od beneficjenta (zwaną dalej »decyzją o windykacji«). Komisja nie wymaga windykacji pomocy, jeżeli byłoby to sprzeczne z ogólną zasadą prawa wspólnotowego”.

⁽¹⁾ C-280/00 Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg; EU:C:2003:415.

- (218) Nałożenie na dane państwo członkowskie obowiązku odzyskania pomocy uznanej przez Komisję za niezgodną z rynkiem wewnętrznym ma na celu przywrócenie stanu poprzedzającego przyznanie pomocy ⁽¹⁾. W tym względzie Trybunał uznaje, że cel ten zostaje osiągnięty z chwilą, gdy beneficjenci dokonali zwrotu kwoty przyznanej jako pomoc niezgodna z prawem, tracąc tym samym korzyść, jaką uzyskali względem swoich konkurentów. W ten sposób zostaje przywrócony stan poprzedzający przyznanie pomocy ⁽²⁾.
- (219) W niniejszej sprawie wydaje się, że żadna ogólna zasada prawa Unii nie sprzeciwia się odzyskaniu stwierdzonej w ten sposób pomocy przyznanej niezgodnie z prawem. W szczególności ani Francja ani zainteresowane osoby trzecie nie przedstawiły argumentów w tym względzie.
- (220) Oznacza to, że Francja musi podjąć wszystkie środki niezbędne do odzyskania od EDF pomocy wypłaconej niezgodnie z prawem w postaci zwolnienia z podatku od osób prawnych na kwotę 5 882 849 762 FRF związanego z przekwalifikowaniem na kapitał części rezerw w wysokości 14 119 065 335 FRF.
- (221) W celu przeprowadzenia tego odzyskania władze francuskie muszą ponadto doliczyć do kwoty pomocy odsetki naliczane od dnia, w którym niezgodna pomoc została przekazana do dyspozycji przedsiębiorstwa, czyli od dnia wymagalności płatności podatku od osób prawnych za rok podatkowy 1997, do dnia jej faktycznego odzyskania ⁽³⁾, zgodnie z przepisami rozdz. V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004 ⁽⁴⁾.
- (222) W ramach obowiązku lojalnej współpracy spoczywającego na Francji w ramach procedury odzyskiwania pomocy podczas postępowania konieczne będzie ustalenie kwoty w sposób bardziej precyzyjny, na podstawie informacji, które zostaną dostarczone przez władze francuskie i które będą uwzględniały między innymi kursy wymiany ECU/EUR i franka francuskiego (FRF) mające ewentualnie zastosowanie do płatności przez EDF rat podatku od osób prawnych w trakcie 1997 r. i zwrotu na rzecz EDF pomocy w wyniku unieważnienia pierwszej negatywnej decyzji w 2009 r. W niniejszej sprawie odsetki nie są bowiem należne za okres, w trakcie którego pomoc nie pozostawała do dyspozycji przedsiębiorstwa, czyli okres pomiędzy faktycznym odzyskaniem pomocy przez Francję a zwrotem na rzecz EDF. Należy jednak uwzględnić odsetki ewentualnie wpłacone przez Francję na rzecz EDF.
- (223) Władze francuskie są zobowiązane do odzyskania wspomnianej wyżej kwoty w terminie 4 miesięcy od dnia notyfikacji niniejszej decyzji.
- (224) Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w przypadku gdy państwo członkowskie napotyka nieprzewidziane trudności lub okoliczności, które nie zostały przewidziane przez Komisję, należy zgłosić te problemy Komisji wraz z propozycjami wprowadzenia stosownych zmian, aby Komisja mogła je poddać ocenie. W takim przypadku Komisja i państwo członkowskie współpracują w dobrej wierze w celu znalezienia rozwiązania trudności, w pełni przestrzegając przepisów ⁽⁵⁾ TFUE.
- (225) Komisja wzywa zatem Francję do niezwłocznego przedstawienia jej informacji o wszelkich problemach napotkanych przy wykonywaniu niniejszej decyzji,

PRZYJMUJE NINIEJSZĄ DECYZJĘ:

Artykuł 1

1. Zwolnienie z podatku od osób prawnych na rzecz Electricité de France na kwotę 5 882 849 762 franków francuskich, związane z przekwalifikowaniem na kapitał rezerw odpowiadających równowartości rzeczowych aktywów trwałych objętych koncesją sieci zaopatrzenia w energię elektryczną, stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

⁽¹⁾ Wyrok w sprawach C-278/92, C-279/92 i C-280/92 Hiszpania przeciwko Komisji, EU:C:1994:325, pkt 75.

⁽²⁾ Wyrok w sprawie C-75/97, Belgia przeciwko Komisji, EU:C:1999:311, pkt 64-65.

⁽³⁾ Zob. art. 14 ust. 2 wspomnianego wyżej rozporządzenia (WE) nr 659/1999.

⁽⁴⁾ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 794/2004 z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 659/1999 ustanawiającego szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE (Dz.U. L 140 z 30.4.2004, s. 1).

⁽⁵⁾ Wyrok w sprawie C-94/87 Komisja przeciwko Niemcom, EU:C:1989:46, pkt 9, i wyrok w sprawie C-348/93 Komisja przeciwko Włochom, EU:C:1995:95, pkt 17.

2. Pomoc, o której mowa w ust. 1, wdrożona przez Republikę Francuską w sposób niezgodny z prawem, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym.

Artykuł 2

1. Republika Francuska zobowiązana jest odzyskać od beneficjenta równowartość w euro pomocy, o której mowa w art. 1.
2. Do kwot podlegających zwrotowi dolicza się odsetki za cały okres począwszy od dnia, w którym pomoc została przekazana do dyspozycji beneficjenta, do dnia jej faktycznego odzyskania.
3. Odsetki nalicza się narastająco zgodnie z przepisami rozdziału V rozporządzenia Komisji (WE) nr 794/2004.

Artykuł 3

1. Odzyskanie pomocy, o której mowa w art. 1, odbywa się w sposób bezzwłoczny i skuteczny.
2. Republika Francuska zapewnia wykonanie niniejszej decyzji w terminie czterech miesięcy od daty jej notyfikacji.

Artykuł 4

1. W terminie dwóch miesięcy od daty notyfikacji niniejszej decyzji Republika Francuska przekazuje Komisji następujące informacje:
 - a) łączną kwotę (kwota główna i odsetki), do odzyskania od beneficjenta;
 - b) szczegółowy opis środków już podjętych i środków planowanych w celu wykonania niniejszej decyzji;
 - c) dokumenty potwierdzające, że beneficjentowi nakazano zwrot pomocy.
2. Do momentu całkowitego odzyskania pomocy, o której mowa w art. 1, Republika Francuska na bieżąco informuje Komisję o kolejnych środkach podejmowanych na szczeblu krajowym w celu wykonania niniejszej decyzji. Na wniosek Komisji Republika Francuska bezzwłocznie przedstawia informacje o środkach już podjętych oraz środkach planowanych w celu wykonania niniejszej decyzji. Republika Francuska dostarcza również szczegółowe informacje o kwocie pomocy oraz odsetkach już odzyskanych od beneficjenta.

Artykuł 5

Niniejsza decyzja skierowana jest do Republiki Francuskiej.

Sporządzono w Brukseli dnia 22 lipca 2015 r.

W imieniu Komisji
Margrethe VESTAGER
Członek Komisji
