

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção)

5 de junho de 2012 (*)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Auxílios de Estado — Renúncia a um crédito fiscal — Isenção do imposto sobre as sociedades — Aumento do capital social — Atuação do Estado como investidor privado avisado numa economia de mercado — Critérios que permitem distinguir o Estado que atua como acionista do Estado que exerce as suas prerrogativas de poder público — Definição de investidor privado de referência — Princípio da igualdade de tratamento — Ónus da prova»

No processo C-124/10 P,

que tem por objeto um recurso de uma decisão do Tribunal Geral nos termos do artigo 56.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, interposto em 26 de fevereiro de 2010,

Comissão Europeia, representada por E. Gippini Fournier, B. Stromsky e D. Grespan, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

apoiada por:

Órgão de Fiscalização da EFTA, representado por X. Lewis e B. Alterskjær, na qualidade de agentes,

interveniente no presente recurso,

sendo as outras partes no processo:

Électricité de France (EDF), com sede em Paris (França), representada por M. Debroux, avocat, recorrente em primeira instância,

República Francesa, representada por G. de Bergues e J. Gstalter, na qualidade de agentes,

Iberdrola SA, com sede em Bilbao (Espanha), representada por J. Ruiz Calzado e É. Barbier de La Serre, avocats,

intervenientes em primeira instância,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção),

composto por: V. Skouris, presidente, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot e M. Safjan, presidentes de secção, K. Schiemann, E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, A. Arabadjiev (relator), D. Šváby e M. Berger, juízes,

advogado-geral: J. Mazák,

secretário: R. ?ere?, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 12 de julho de 2011,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 20 de outubro de 2011,

profere o presente

Acórdão

1 Com o seu recurso, a Comissão Europeia pede a anulação do acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 15 de dezembro de 2009, EDF/Comissão (T-156/04, Colet., p. II-4503, a seguir «acórdão recorrido»), através do qual foram anulados os artigos 3.º e 4.º da Decisão 2005/145/CE da Comissão, de 16 de dezembro de 2003, relativa aos auxílios estatais concedidos pela França à EDF e ao setor industrial da eletricidade e do gás (JO 2005, L 49, p. 9, a seguir «decisão controvertida»).

Quadro jurídico

2 O artigo 38.º, n.º 2, do Código Geral dos Impostos francês (code général des impôts) dispõe:

«O lucro líquido é constituído pela diferença entre os valores do ativo líquido no encerramento e na abertura do período cujos resultados devem servir de base ao imposto, subtraídas as entradas adicionais de capital e acrescentados os levantamentos efetuados durante esse período pelo explorador ou pelos sócios. Entende-se por ativo líquido o excedente dos valores do ativo sobre o total formado no passivo pelos créditos de terceiros, as amortizações e as provisões devidamente justificados.»

3 O artigo 4.º, parágrafos I e II, da Lei n.º 97-1026, de 10 de novembro de 1997, que introduz medidas urgentes de caráter fiscal e financeiro (JORF de 11 de novembro de 1997, p. 16387), dispõe:

«I. Os ativos da rede de alimentação geral de energia elétrica consideram-se propriedade da Électricité de France [(a seguir «EDF»)] desde o momento em que lhe foi atribuída a concessão dessa rede.

II. Para efeitos da aplicação das disposições do [parágrafo] I, em 1 de janeiro de 1997, o contravalor dos ativos corpóreos atribuídos ao abrigo da concessão da rede de alimentação geral constantes do passivo do balanço da [EDF] deve ser inscrito, líquido das diferenças de reavaliação correspondentes, na rubrica 'Dotações de capital'.»

Antecedentes do litígio

Contexto geral do processo

4 A EDF produz, transporta e distribui eletricidade, nomeadamente em todo o território francês. A EDF foi criada pela Lei n.º 46-628, de 8 abril de 1946, relativa à nacionalização da eletricidade e do gás (JORF de 9 de abril de 1946, p. 2651), e, em 2002, no momento da adoção da decisão de dar início ao procedimento previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, era integralmente detida pelo Estado.

5 O artigo 36.º da Lei n.º 46-628 estabeleceu o princípio da transferência para a EDF das concessões de eletricidade nacionalizadas. Em 1958, as diferentes concessões de transporte de eletricidade atribuídas pelo Estado foram unificadas numa concessão única, dita da «rede de

alimentação geral» («réseau d'alimentation générale», a seguir «RAG»).

6 A aplicação à EDF do plano geral de contabilidade de 1982, que incluía regras contabilísticas específicas para as concessões, levou, a partir de 1987, a ter em conta limitações específicas a que estão sujeitas as concessionárias, às quais incumbe uma obrigação de restituição dos bens concedidos em bom estado de funcionamento no termo da concessão, por força do «princípio da perenidade dos serviços públicos».

7 Em aplicação do referido plano geral de contabilidade, foi estabelecido e aprovado por despacho interministerial de 21 de dezembro de 1986 (JORF de 30 de dezembro de 1986, p. 15794) um plano de contabilidade próprio para a EDF.

8 Em aplicação deste último plano de contabilidade, a RAG foi inscrita no ativo do balanço da EDF na rubrica intitulada «Imobilizações corpóreas do domínio concedido» e, entre 1987 e 1996, foram constituídas provisões específicas a título da renovação das imobilizações concedidas, a fim de permitir à concessionária devolver ao concedente esses bens em perfeito estado no termo da concessão.

9 As despesas de renovação efetuadas pela EDF foram registadas no balanço na rubrica intitulada «Contravalor dos bens atribuídos em concessão». Esta rubrica, igualmente denominada «Direitos do concedente», representava uma dívida da EDF para com o Estado francês, relacionada com a entrega gratuita dos bens substituídos no termo da concessão.

10 Em 1994, o Tribunal de Contas francês considerou irregular o estatuto patrimonial da RAG e, conseqüentemente, o referido plano de contabilidade. O Estado francês decidiu, por essa razão, proceder a uma clarificação do estatuto patrimonial da RAG e a uma reestruturação do balanço da EDF.

11 O contrato de empresa «Estado-EDF 1997-2000», assinado em 8 de abril de 1997, previa uma normalização das contas da empresa e das suas relações financeiras com o Estado, na perspetiva da abertura do mercado da eletricidade prevista pela Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO 1997, L 27, p. 20). Foi nesta perspetiva que foi adotada a Lei n.º 97-1026.

12 Antes da adoção desta lei, o balanço da EDF apresentava-se do seguinte modo:

¾ no ativo, figurava uma rubrica intitulada «Imobilizações corpóreas do domínio concedido» no valor de 285,7 mil milhões de FRF, dos quais cerca de 90 mil milhões a título da RAG;

¾ no passivo, figurava uma rubrica intitulada «Provisões», das quais cerca de 38,5 mil milhões de FRF a título da RAG, bem como uma rubrica intitulada «Contravalor dos bens atribuídos em concessão», que registava as despesas de renovação realizadas. Esta rubrica elevava-se a 145,2 mil milhões de FRF, dos quais 18,3 mil milhões a título da RAG.

13 Em aplicação do artigo 4.º da Lei n.º 97-1026, a reestruturação da parte superior do balanço da EDF foi comunicada à EDF, em 22 de dezembro de 1997, por ofício do Ministro da Economia, das Finanças e da Indústria e dos Secretários de Estado do Orçamento e da Indústria e, em especial, pelo seu anexo 1. As conseqüências fiscais desta reestruturação foram expostas no anexo 3 desse ofício. No n.º 34 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral resumiu as operações efetuadas no quadro da referida reestruturação do seguinte modo:

¾ em primeiro lugar, os bens que constituem a RAG foram reclassificados, num valor de

90,325 mil milhões de FRF, como «bens próprios» e perderam, pois, a qualificação de «bens atribuídos em concessão»;

¾ em segundo lugar, as provisões para renovação da RAG não utilizadas, num montante de 38,521 mil milhões de FRF, foram contabilizadas como lucro não distribuído sem transitar pelo balanço de lucros e perdas e foram reclassificadas, num montante de 20,225 mil milhões de FRF, em nova afetação às perdas, ficando assim apurada esta conta e sendo o saldo de 18,296 mil milhões de FRF afetado às reservas. Apesar de não terem transitado pelo balanço dos resultados, estas reclassificações levaram ao apuramento de uma matéria coletável, tributada à taxa de 41,66%, em aplicação do artigo 38.º, n.º 2, do Código Geral dos Impostos;

¾ em terceiro lugar, os «direitos do concedente» foram afetados diretamente à rubrica das dotações em capital num montante de 14,119 mil milhões de FRF (num total de 18,345 mil milhões de FRF) sem transitar pelo balanço dos resultados, sendo o saldo inscrito nas várias contas de reavaliação.

Procedimento administrativo e decisão controvertida

14 Por ofícios de 10 de julho e 27 de novembro de 2001, a Comissão convidou as autoridades francesas a fornecerem-lhe certas informações a respeito de várias medidas tomadas em relação à EDF e suscetíveis de conter elementos de auxílios de Estado.

15 Seguiu-se uma troca de correspondência entre a Comissão e as autoridades francesas, da qual faz parte um ofício de 9 de abril de 2002, enviado à Comissão pelas autoridades francesas, do qual constava em anexo uma nota não datada da Direção-Geral dos Impostos do Ministério da Economia, das Finanças e da Indústria (direction générale des impôts du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie), em que se indicava, nomeadamente o seguinte:

«Os direitos da entidade autora da concessão aferentes à RAG representam uma dívida indevida que a incorporação no capital isentou de imposto de maneira injustificada.

Estas provisões foram incorporadas no capital sem incidência fiscal, não estando a RAG abrangida pelo regime fiscal e contabilístico das concessões. Sendo a RAG constituída de bens próprios, a EDF não estava obrigada perante o Estado a restituir estes bens, pelo que os montantes correspondentes que figuram na rubrica '[D]ireitos do concedente' não constituem um passivo real, mas uma reserva não livre de imposto. Nestas condições, esta reserva devia ter sido, previamente à sua incorporação no capital, transferida do passivo do estabelecimento em que figurava erradamente para uma conta de situação clara, implicando assim uma variação positiva de ativo líquido tributável em aplicação do artigo 38.º [n.º 2], já citado.

A vantagem em impostos assim obtida pode ser avaliada em 5,88 [mil milhões de FRF] (14,119 x 41,66%) [ou seja, 888,89 milhões de euros, nos termos da conversão efetuada pela Comissão com base na taxa de câmbio FRF/euro de 22 de dezembro de 1997].»

16 Por ofício de 16 de outubro de 2002, publicado no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* de 16 de novembro de 2002 (JO C 280, p. 8), a Comissão notificou as autoridades francesas de três decisões conjuntas relativas à EDF. Em especial, em conformidade com o artigo 88.º, n.º 2, CE, a Comissão adotou uma decisão de dar início ao procedimento formal de investigação sobre a vantagem resultante do não pagamento pela EDF do imposto sobre as sociedades relativamente à parte das provisões contabilísticas criadas com isenção fiscal destinadas à renovação da RAG.

17 Seguiu-se nova troca de correspondência entre as autoridades francesas e a Comissão, da

qual faz parte um ofício de 9 de dezembro de 2002 enviado à Comissão pelas autoridades francesas, em que se indicava, nomeadamente, o seguinte:

«2. A reforma contabilística de 1997 pode ser analisada como uma dotação complementar de capital num montante equivalente à isenção parcial de imposto, cujo objetivo foi também o de corrigir uma subcapitalização.

[...]

Os direitos do concedente 'RAG' já antes de 1997 eram considerados fundos quase próprios devido à situação especial decorrente da dupla qualidade do Estado face à EDF: autoridade concedente e proprietário. Nestas condições, estava implícito que os direitos do concedente não constituíam uma dívida realmente exigível da EDF perante o Estado.

Consequentemente, quando da reestruturação do balanço em 1997, em que participaram o Ministro da Economia, das Finanças e da Indústria e os Secretários de Estado do Orçamento e da Indústria, a EDF e o Estado pretenderam afetar os fundos quase próprios ao capital, com abstração da cobrança do imposto sobre as sociedades.

Nesse espírito, foi considerado mais eficaz e neutro para os poderes públicos afetar diretamente os direitos do concedente como capitais próprios pelo seu montante total do que efetuar a operação de natureza equivalente que consistiria em:

¾ afetar como capital um montante líquido depois de pago o imposto sobre as sociedades;

¾ solicitar o pagamento pela EDF do imposto sobre as sociedades correspondente à variação do ativo líquido;

¾ proceder a uma dotação complementar de capital num montante equivalente ao imposto pago.

Essa dotação complementar justificava-se pelas perspectivas de rentabilidade oferecidas pela EDF em 1997, que, de resto, se concretizaram nos anos seguintes. Em condições comparáveis, um investidor privado numa situação de economia de mercado teria procedido a essa entrada de capital.

Por outro lado, é de recordar que a reorganização contabilística das provisões para renovação da RAG foi realizada [...] também para restabelecer uma estrutura de balanço mais adequada à das empresas de setores industriais comparáveis.»

18 Em 16 de dezembro de 2003, a Comissão adotou a decisão controvertida.

19 O artigo 3.º desta decisão dispõe:

«O não pagamento pela EDF, em 1997, do imposto sobre as sociedades relativamente à parte das provisões criadas com isenção fiscal destinadas à renovação da RAG, correspondente a 14,119 mil milhões de [FRF] de direitos da entidade autora da concessão reclassificados nas dotações de capital, constitui um auxílio estatal incompatível com o mercado comum.

O elemento de auxílio implicado no não pagamento do imposto sobre as sociedades ascende a 888,89 milhões de euros.»

20 O artigo 4.º da referida decisão prevê, designadamente:

«A França tomará todas as medidas necessárias para recuperar junto da EDF o auxílio referido no artigo 3.º e já ilegalmente posto à sua disposição.»

21 No que respeita à vantagem fiscal de que a EDF beneficiou em 1997, a Comissão, na fundamentação da mesma decisão, considerou, designadamente, o seguinte:

«(88) A carta do [M]inistro da Economia, que estabelece as consequências fiscais da reestruturação do balanço da EDF, mostra que as provisões destinadas à renovação da RAG não utilizadas foram sujeitas pelas autoridades francesas ao imposto sobre as sociedades à taxa de 41,66%, taxa aplicável em 1997.

(89) Pelo contrário, em conformidade com o artigo 4.º da Lei [n.º 97-1026], uma parte destas provisões, os direitos da entidade autora da concessão, correspondente às operações de renovação já realizadas foi reclassificada em dotações em capital no montante de 14,119 mil milhões de FRF sem ser sujeita ao imposto sobre as sociedades. [...] Numa nota da Direção-Geral de Impostos, de 9 de abril de 2002, dirigida à Comissão, as autoridades francesas indicam que [...] 'a vantagem em impostos assim obtida [em 1997 pela EDF] pode ser avaliada em 5,88 mil milhões de [FRF] (14,119 x 41,66%)', isto é, 888,89 milhões de euros [...].

[...]

(91) A Comissão considera que os direitos da entidade autora da concessão deviam ter sido tributados ao mesmo tempo e à mesma taxa que as outras provisões contabilísticas criadas com isenção fiscal. Tal significa que os 14,119 mil milhões de FRF de direitos da entidade autora da concessão deviam ter sido adicionados aos 38,5 mil milhões de FRF de provisões não utilizadas para serem tributados à taxa de 41,66% aplicada à reestruturação do balanço da EDF pelas autoridades francesas. Ao não pagar a totalidade do imposto sobre as sociedades devido na altura da reestruturação do seu balanço, a EDF economizou 888,89 milhões de euros.

[...]

(95) As autoridades francesas argumentam, além disso, que a reforma contabilística de 1997 equivale a uma dotação complementar de capital num montante igual à isenção parcial do imposto. Por conseguinte, tratar-se-ia da sua parte de um investimento e não de um auxílio. [...]

(96) A Comissão rejeita estes argumentos recordando que o princípio do investidor privado só pode ser aplicado no quadro do exercício de atividades económicas e não no quadro do exercício de poderes de regulação. Uma autoridade pública não pode utilizar o argumento dos eventuais lucros económicos que pudesse auferir enquanto proprietário de uma empresa para justificar um auxílio concedido de forma discricionária através das prerrogativas de que dispõe enquanto autoridade fiscal face a esta mesma empresa.

(97) De facto, se um Estado-Membro pode, para além do exercício da sua função de poder público, atuar como um acionista, o mesmo não pode misturar as suas funções de Estado exercendo o poder público e de Estado acionista. Autorizar os Estados-Membros a utilizar as suas prerrogativas de poder público ao serviço dos seus investimentos em empresas ativas em mercados abertos à concorrência privaria de qualquer efeito útil as regras comunitárias em matéria de auxílios estatais. Além disso, se o Tratado, por força do seu artigo 295.º, é neutro relativamente à propriedade do capital, também as empresas públicas devem ser sujeitas às mesmas regras que as empresas privadas. Ora, deixaria de haver igualdade de tratamento entre as empresas públicas e as empresas privadas se o Estado utilizasse em proveito das empresas de que é acionista as suas prerrogativas de poder público.»

22 No n.º 51 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral indicou que, tendo em conta os juros calculados em aplicação do artigo 4.º da decisão controvertida, o montante total cuja restituição foi pedida à EDF ascendeu a 1,217 mil milhões de euros e que a EDF reembolsou essa quantia ao Estado francês.

Tramitação do processo no Tribunal Geral e acórdão recorrido

23 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 27 de abril de 2004, a EDF interpôs um recurso em que pede a anulação dos artigos 3.º e 4.º da decisão controvertida.

24 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 17 de agosto de 2004, a República Francesa pediu que fosse admitida a sua intervenção em apoio dos pedidos da EDF. Por despacho de 20 de setembro de 2004, o presidente da Terceira Secção do Tribunal Geral admitiu esta intervenção.

25 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal Geral em 3 de março de 2008, a Iberdrola SA (a seguir «Iberdrola») pediu que fosse admitida a sua intervenção em apoio dos pedidos da Comissão. Tendo o pedido de intervenção sido apresentado depois de expirado o prazo de seis semanas previsto no artigo 115.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, foi admitida, por despacho de 5 de junho de 2008, a apresentação na fase oral das observações da Iberdrola em apoio dos pedidos da Comissão.

26 Em apoio do seu recurso, a EDF invocou três fundamentos a título principal e dois fundamentos a título subsidiário.

27 O Tribunal Geral limitou a sua análise ao primeiro fundamento e às três primeiras partes do segundo fundamento invocados a título principal. Com efeito, no acórdão recorrido, julgou improcedentes o primeiro fundamento e as duas primeiras partes do segundo fundamento. Em contrapartida, o Tribunal Geral julgou procedente a terceira parte do segundo fundamento e, conseqüentemente, anulou os artigos 3.º e 4.º da decisão controvertida.

28 Na terceira parte do segundo fundamento do seu recurso, a EDF alegou que as medidas em causa deviam ser qualificadas de dotação em capital e analisadas num contexto global de clarificação das relações financeiras entre o Estado francês e a EDF. Quando implementou estas medidas, esse Estado atuou como um investidor privado avisado numa economia de mercado, o que a Comissão devia ter verificado, em aplicação do critério do investidor privado.

29 A República Francesa interveio em apoio dos pedidos da EDF, nomeadamente no que diz respeito à referida terceira parte. A Iberdrola interveio em apoio dos pedidos da Comissão relativos à mesma parte.

30 Nos n.os 233 a 237 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral considerou que, para determinar se incumbia ou não à Comissão examinar a intervenção do Estado francês no capital da EDF à luz do critério do investidor privado, havia que apurar se a referida intervenção, à luz da sua natureza e do seu objeto e tendo em conta o objetivo prosseguido, constituía um investimento realizável por um investidor privado, e foi, portanto, efetuada por esse Estado enquanto operador económico agindo em condição igual à de um investidor privado, ou se constituía uma intervenção do Estado como poder público, excluindo assim a aplicação do referido critério. Em especial, o Tribunal Geral considerou que não havia que examinar a medida em causa apenas em função da sua forma, dado que o recurso a uma lei não basta, por si só, para excluir que a intervenção do Estado no capital de uma empresa prossiga um objetivo económico que poderia igualmente prosseguir um investidor privado.

31 Nos n.os 240 a 242 desse acórdão, o Tribunal Geral recordou que os «direitos do concedente» foram afetados diretamente à rubrica das dotações em capital por um montante de 14,119 mil milhões FRF sem transitar pelo balanço dos resultados. Saliu que a Comissão tinha considerado que só constituía um auxílio de Estado a não tributação dos referidos direitos antes da dotação em capital, sendo certo que todas as partes concordam que era devido um imposto sobre o montante de 14,119 mil milhões de FRF antes de este ser inscrito na rubrica intitulada «Dotação em capital».

32 Nos n.os 243 a 245 do referido acórdão, o Tribunal Geral considerou que a medida em causa, que tem por objeto reestruturar o balanço da EDF e aumentar os seus fundos próprios, não constituía, em si, uma disposição de natureza fiscal, mas uma disposição de natureza contabilística com incidências fiscais. Contudo, o Tribunal Geral constatou que a Comissão apenas examinou as incidências fiscais da referida medida e que esclareceu que, devido ao carácter fiscal da vantagem que tinha identificado, não lhe competia tomar em consideração o aumento de capital realizado nem o critério do investidor privado, na medida em que a renúncia a um crédito fiscal, como o que estava em causa, resulta do exercício de prerrogativas de poder público.

33 Nos n.os 247 a 250 do mesmo acórdão, o Tribunal Geral considerou que, tendo em conta o objetivo de recapitalização da EDF prosseguido pela medida em causa, a simples natureza fiscal do crédito controvertido não permitia que a Comissão afastasse a aplicação do critério do investidor privado. Em seu entender, incumbia à Comissão verificar a racionalidade económica do investimento em questão e apreciar se, em circunstâncias semelhantes, um investidor privado teria procedido a um investimento de montante comparável em benefício da EDF. Com efeito, cabia à Comissão essa obrigação, independentemente da forma como os capitais foram fornecidos pelo Estado.

34 Nos n.os 251 e 252 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral declarou que não é de excluir que a forma assumida pelo investimento em causa conduza a diferenças em termos de custo de mobilização do capital e de rendimento deste último, que possam levar a considerar que um investidor privado não teria realizado esse investimento em condições comparáveis. Ora, isto pressupõe uma análise económica no âmbito da aplicação do critério do investidor privado. Com efeito, segundo o Tribunal Geral, essa análise justificava-se, uma vez que, por um lado, um aumento de capital pode resultar da incorporação de um crédito detido por um acionista privado sobre a empresa e que, por outro, o recurso para esse efeito a uma lei podia ser considerado uma consequência necessária do facto de as próprias regras relativas ao capital da EDF estarem fixadas por lei.

35 Consequentemente, no n.º 253 desse acórdão, o Tribunal Geral concluiu que, tendo em conta a necessidade de apreciar a medida controvertida no seu contexto, a Comissão não se

podia limitar a examinar as suas incidências fiscais, sem examinar simultaneamente o mérito da argumentação segundo a qual a renúncia ao crédito de imposto no quadro da operação de reestruturação do balanço e de aumento do capital da EDF podia satisfazer o critério do investidor privado.

36 Em seguida, o Tribunal Geral, nos n.os 254 a 259 do referido acórdão, julgou improcedente o argumento da Comissão de que o critério do investidor privado não podia ser aplicado, uma vez que o Estado francês tinha exercido no caso em apreço as suas prerrogativas de poder público, tendo recorrido a uma lei para renunciar a um crédito fiscal. A este propósito, considerou que, no caso em apreço, não existia uma obrigação que incumbisse ao Estado enquanto poder público e que não se tratava de apreciar determinados custos que decorressem para o Estado das suas obrigações de poder público.

37 Nos n.os 260 à 263 do mesmo acórdão, o Tribunal Geral rejeitou o argumento da Comissão de que o critério do investidor privado não podia ser aplicado à conversão em capital de um crédito fiscal, dado que um investidor privado não poderia deter esse tipo de crédito sobre uma empresa, mas unicamente um crédito de natureza cível ou comercial. Ora, segundo o Tribunal Geral, o critério do investidor privado tem por objetivo verificar se, apesar do facto de o Estado dispor de meios de que não dispõe um investidor privado, este último teria, nas mesmas condições, tomado uma decisão de investimento comparável. Por conseguinte, são irrelevantes a natureza do crédito e o facto de um investidor privado não poder deter um crédito fiscal.

38 Nos n.os 264 a 277 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral rejeitou o argumento da Comissão de que um investidor privado deveria, por seu turno, ter pagado o imposto numa situação comparável, o que teria implicado um custo superior, dado que, para entregar 100 euros, esse investidor deveria na realidade mobilizar 141,66 euros.

39 A este respeito, o Tribunal Geral referiu, em primeiro lugar, que a EDF e a República Francesa tinham sustentado que a própria Comissão tinha considerado, no n.º 51 da decisão de dar início ao procedimento formal de investigação mencionada no n.º 16 do presente acórdão, que, nos termos do direito fiscal francês, a variação do ativo líquido provocada por um aumento de capital por incorporação de um crédito devido sobre uma empresa por um acionista dessa empresa não devia ser tomada em conta no cálculo do imposto sobre as sociedades e que, consequentemente, essa conversão do crédito em capital não conduzia a uma tributação tendo como matéria coletável o montante desse crédito.

40 Em segundo lugar, o Tribunal Geral considerou que o argumento da Comissão estava em contradição com a vantagem que tinha identificado na decisão controvertida, uma vez que esse argumento levaria a examinar o custo total que suportava um investidor privado para investir 14,119 mil milhões de FRF ao passo que a reclassificação dos direitos do concedente, nesse montante, não tinha sido considerada pela Comissão como constituindo um auxílio.

41 Em terceiro lugar, o Tribunal Geral considerou que o argumento da Comissão era incoerente, uma vez que a Comissão admitiu que teria examinado a dotação complementar em capital de 5,88 mil milhões de FRF, montante que o Tribunal Geral erradamente indicou como sendo de 5,6 mil milhões de FRF, se a EDF tivesse pagado esse montante a título de imposto e seguidamente o Estado francês lhe tivesse restituído esse mesmo montante, porque os custos respetivos para o Estado poderiam então – e somente então – ser comparados com os de um investidor privado. Ora, o Tribunal Geral considerou que, nesse caso, o custo teria sido o mesmo para o referido Estado e o montante recebido pela EDF teria sido o mesmo que esta recebeu mediante a medida controvertida.

42 Em quarto lugar, o Tribunal Geral considerou que, pressupondo que um investidor privado

estivesse efetivamente obrigado a pagar o imposto, o custo de uma dotação em capital por incorporação de um crédito teria sido, para este, de 5,88 mil milhões de FRF e, portanto, idêntico ao suportado, no caso em apreço, pelo Estado francês. Além disso, só a aplicação do critério do investidor privado permitiria verificar a existência de uma eventual diferença de custo.

43 Em quinto lugar, o Tribunal Geral considerou que, mesmo que o custo de uma recapitalização de 14,119 mil milhões de FRF fosse nulo para o Estado francês e que esse custo fosse de 5,88 mil milhões de FRF para um investidor privado, esta diferença de custo não impedia a aplicação do critério do investidor privado.

44 No n.º 283 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral rejeitou o argumento da Comissão de que admitir a aplicação do critério do investidor privado poderia conduzir a validar qualquer forma de isenção fiscal concedida pelos Estados-Membros. A este propósito, o Tribunal Geral, por um lado, recordou que, no caso em apreço, não se tratava, em seu entender, de uma simples isenção fiscal concedida a uma empresa, mas da renúncia a um crédito fiscal no quadro de um aumento de capital de uma empresa da qual o Estado era o único acionista, e, por outro, entendeu que não é possível antecipar o resultado da aplicação deste critério, pois se assim não fosse, este seria inútil.

Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

45 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 29 de julho de 2010, o Órgão de Fiscalização da EFTA pediu para intervir em apoio dos pedidos da Comissão.

46 Por despacho de 2 de setembro de 2010, o presidente do Tribunal de Justiça admitiu essa intervenção.

Pedidos das partes

47 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

¾ anular o acórdão recorrido na medida em que, através deste, o Tribunal Geral anulou os artigos 3.º e 4.º da decisão controvertida e condenou a Comissão a suportar as suas próprias despesas e as da EDF;

¾ julgar improcedente a terceira parte do segundo fundamento invocado pela EDF em primeira instância;

¾ remeter o processo ao Tribunal Geral para reapreciação; e

¾ reservar para final a decisão quanto às despesas.

48 O Órgão de Fiscalização da EFTA conclui pedindo que o Tribunal se digne:

¾ dar provimento ao presente recurso e anular o acórdão recorrido; e

¾ remeter o processo ao Tribunal Geral.

49 A Iberdrola conclui pedindo que o Tribunal se digne:

¾ dar provimento ao presente recurso e anular o acórdão recorrido;

¾ julgar improcedente a terceira parte do segundo fundamento invocado pela EDF;

- ¾ remeter o processo ao Tribunal Geral; e
 - ¾ condenar a EDF nas despesas, incluindo as efetuadas pela Iberdrola.
- 50 A EDF e a República Francesa concluem pedindo que o Tribunal se digne:
- ¾ negar provimento ao presente recurso; e
 - ¾ condenar a Comissão nas despesas.

Quanto ao presente recurso

51 A Comissão invoca dois fundamentos de recurso relativos, o primeiro, à desvirtuação dos factos e, o segundo, a um erro de direito na interpretação do artigo 87.º CE e, em especial, na determinação do âmbito de aplicação e do conteúdo do critério do investidor privado avisado numa economia de mercado.

52 Importa apreciar em primeiro lugar o segundo fundamento.

Quanto ao segundo fundamento, relativo a um erro de direito na interpretação do artigo 87.º CE

53 O segundo fundamento divide-se em quatro partes, que devem ser analisadas em conjunto.

Argumentos das partes

54 Com a primeira parte do segundo fundamento, a Comissão alega que o Tribunal Geral cometeu um erro de direito ao basear-se no objetivo prosseguido pelo Estado francês para determinar se este tinha agido como acionista ou como poder público. Com efeito, o artigo 87.º, n.º 1, CE não faz nenhuma distinção em função dos objetivos prosseguidos pelas intervenções estatais.

55 A Comissão sustenta que o critério baseado na intenção do referido Estado-Membro não permite estabelecer uma distinção entre as intervenções do Estado acionista e aquelas em que o Estado atua como poder público. Em seu entender, este critério tem carácter subjetivo e presta-se a manipulações.

56 Com a segunda parte do segundo fundamento, a Comissão considera, em primeiro lugar, que o Tribunal Geral não procurou demonstrar se o comportamento adotado pelo Estado francês era comparável ao de um investidor privado, dado que a sua análise não visava o «esquema curto» previsto na Lei n.º 97-1026, mas o «esquema longo» que consiste, antes de mais, em afetar à rubrica «Dotação em capital» um montante líquido de imposto, em seguida, em solicitar à EDF o pagamento do imposto correspondente à diferença do ativo líquido e, por último, em proceder a uma dotação complementar em capital de montante igual ao do referido imposto.

57 Ora, segundo a Comissão, a escolha de um ou de outro processo não é indiferente, uma vez que, no «esquema longo», o orçamento do Estado garante a transparência, ao passo que, no «esquema curto», aplicado no caso vertente, os recursos utilizados escapam a qualquer disciplina orçamental. Assim, a igualdade de tratamento fiscal não foi respeitada porque a EDF beneficiou de um tratamento especial sem qualquer tipo de transparência.

58 Em segundo lugar, a Comissão alega que o Tribunal Geral não teve em conta a necessidade de definir um investidor privado de referência, sendo certo que a jurisprudência prevê a definição de um termo de comparação real existente na economia de mercado. Com

efeito, segundo essa instituição, o Tribunal de Justiça excluiu do âmbito de aplicação do critério do investidor privado as situações em que não existe nenhum operador real com o qual o comportamento do Estado possa ser comparado.

59 Em terceiro lugar, a Comissão considera que o comportamento do Estado francês não podia ter sido adotado por um investidor privado, uma vez que este deveria pagar o imposto sobre as sociedades e não o poderia converter em capital. Só o Estado, na qualidade de autoridade fiscal, podia ainda dispor da quantia em causa. Ora, o critério do investidor privado destina-se a verificar se um investimento privado poderia ser efetuado em condições semelhantes.

60 Em quarto lugar, a Comissão considera que o critério do investidor privado, tal como encarado pelo Tribunal Geral, visa examinar qualquer comportamento do Estado apenas do ponto de vista da rentabilidade, o que permite às empresas públicas retirar vantagens da qualidade do seu proprietário.

61 Com a terceira parte do segundo fundamento, a Comissão sustenta que, em razão da tomada em consideração apenas desse ponto de vista da rentabilidade e da possibilidade de o Estado utilizar as suas prerrogativas de poder público, a análise efetuada pelo Tribunal Geral viola o princípio da igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas, provoca distorções de concorrência contrárias aos artigos 295.º CE e 87.º CE e é contrária ao objetivo prosseguido pelo critério do investidor privado. Com efeito, este critério converte-se assim num meio de excluir da classificação de auxílio medidas que um investidor privado não pode adotar.

62 Com a quarta parte do segundo fundamento, a Comissão alega, em primeiro lugar, que o Tribunal Geral violou as regras relativas à inversão do ónus da prova. Em seu entender, quando estão preenchidos todos os outros requisitos para que seja constatada a existência de um auxílio de Estado, incumbe ao Estado-Membro que invoca a exceção baseada no critério do investidor privado demonstrar que estão reunidos os requisitos exigidos para que essa exceção possa ser admitida.

63 Ora, é pacífico que, durante o procedimento administrativo, as autoridades francesas se limitaram a invocar perspectivas de rentabilidade sem terem apresentado quaisquer dados em apoio das suas alegações. Além disso, nenhum elemento dos autos indicava que o Estado francês tivesse previsto a rentabilidade potencial da isenção do imposto controvertida. Nestas condições, a Comissão considera que não estava obrigada a proceder a um exame da isenção fiscal em causa à luz do referido critério.

64 Em segundo lugar, a Comissão recorda que a legalidade de uma decisão em matéria de auxílios de Estado deve ser apreciada em função das informações de que podia dispor no momento da adoção dessa decisão. Ora, resulta do exposto que, nesse momento, a Comissão não dispunha de nenhum elemento que pudesse demonstrar a pertinência do critério do investidor privado.

65 A Iberdrola retoma a argumentação da Comissão e acrescenta, no que diz respeito à primeira parte do segundo fundamento, que, ao ter conferido um lugar central ao objetivo prosseguido pelo Estado, o Tribunal Geral ignorou a distinção que existe entre o Estado acionista e o Estado que atua como poder público. Assim, a desigualdade existente entre os meios de que dispõe um operador privado e os do Estado desaparece atrás da possível convergência dos objetivos prosseguidos.

66 A Iberdrola precisa que nenhum operador privado tem o poder de determinar as condições da sujeição ao imposto e considera que, desde que uma atividade económica consista em oferecer bens ou serviços num determinado mercado, o exercício de um poder fiscal não se

enquadra nessa atividade. A Iberdrola acrescenta que o facto de o Estado estar proibido de exercer o poder que detém em matéria fiscal em benefício das empresas públicas não implica nenhuma discriminação, na medida em que o Estado pode sempre proceder a uma entrada de capital.

67 No que diz respeito à segunda parte do segundo fundamento, a Iberdrola precisa que, se o Estado francês tivesse cobrado o imposto e depois o tivesse integrado no seu orçamento, não é seguro que a entrada do montante controvertido no capital da EDF tivesse sido efetuada, uma vez que os procedimentos, as fiscalizações e as arbitragens previstos para a aplicação de uma decisão relativa a essa entrada teriam sido diferentes dos que deram lugar à isenção fiscal em causa.

68 Relativamente à terceira parte do segundo fundamento, a Iberdrola sustenta que a separação estabelecida entre as atividades de acionista e as que se enquadram nas prerrogativas de poder público do Estado visa evitar um conflito de interesses e preservar a igualdade de oportunidades entre operadores. Ora, a lógica seguida pelo Tribunal Geral permite aos Estados-Membros utilizar as suas prerrogativas para exonerar as empresas públicas de determinadas obrigações que recaem nos operadores privados.

69 O Órgão de Fiscalização da EFTA retoma a argumentação da Comissão e da Iberdrola. No que diz respeito à primeira parte do segundo fundamento, considera que, ainda que as intenções do Estado pudessem ser determinadas com toda a segurança, não devem ser tidas em conta. Há que determinar, com base em critérios objetivos e verificáveis, se o Estado agiu como autoridade pública ou como investidor privado.

70 O Órgão de Fiscalização da EFTA afirma que o Estado cobra impostos no quadro do exercício da autoridade pública e considera, portanto, que a renúncia a créditos fiscais se efetua no mesmo contexto. Ora, um comportamento como o do Estado não pode ser comparado com o de um investidor privado.

71 Relativamente à segunda parte do segundo fundamento, o Órgão de Fiscalização da EFTA salienta que a dívida da EDF em relação ao Estado francês não era comercial ou contratual, mas fiscal. Segundo o referido Órgão, em vez de comparar um comportamento subjetivo fictício do Estado francês com o de um investidor privado hipotético, o Tribunal Geral devia ter comparado o comportamento real desse Estado com o de um investidor existente no mercado e não com o de um credor.

72 O Órgão de Fiscalização da EFTA precisa que a crise financeira demonstrou que, neste tipo de situações, se deve aplicar um critério claro e fácil de implementar, baseado em elementos objetivos, suscetíveis de fiscalização jurisdicional. Ora, a abordagem adotada pelo Tribunal Geral não se ajusta a esta exigência.

73 No que respeita à quarta parte do segundo fundamento, o Órgão de Fiscalização da EFTA salienta que a inversão do ónus da prova imposta pelo Tribunal Geral coloca as instituições encarregadas de fiscalizar os auxílios de Estado numa posição difícil, na medida em que só podem adotar as suas decisões com base nas informações de que dispõem. A Comissão não pode aplicar o critério do investidor privado por iniciativa própria.

74 A EDF e a República Francesa concluem pela improcedência do segundo fundamento de recurso. Em especial, no seu entender, o Tribunal Geral considerou com razão que o critério do investidor privado era aplicável no caso em apreço e que, ao excluir sem mais esse critério, a Comissão violou as obrigações processuais que lhe incumbem.

Apreciação do Tribunal

75 A Comissão, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Iberdrola criticam, no essencial, o Tribunal Geral por ter examinado a aplicabilidade, no caso em apreço, do critério do investidor privado, em primeiro lugar, tendo em conta para esse efeito o objetivo prosseguido pelo Estado francês quando adotou a medida controvertida, em segundo lugar, tendo confundido os papéis do Estado acionista e do Estado no exercício dos seus poderes em matéria fiscal, em terceiro lugar, tendo violado o princípio da igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas e, em quarto lugar, tendo violado as regras relativas à inversão do ónus da prova.

76 Resulta da jurisprudência que uma medida concedida através de recursos do Estado que coloca a empresa beneficiária numa situação financeira mais favorável que a dos seus concorrentes e que, por essa razão, simultaneamente falseia ou ameaça falsear e afeta as trocas entre Estados-Membros não pode, sem mais, ser subtraída à qualificação de «auxílio» na aceção do artigo 87.º CE por causa dos objetivos prosseguidos pelo referido Estado (v., neste sentido, acórdãos de 19 de maio de 1999, Itália/Comissão, C-6/97, Colet., p. I-2981, n.º 15; de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão, C-156/98, Colet., p. I-6857, n.º 25 e jurisprudência referida; e de 9 de junho de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, C-71/09 P, C-73/09 P e C-76/09 P, Colet., p. I-4727, n.º 94 e jurisprudência referida).

77 Com efeito, o n.º 1 dessa disposição não faz distinção consoante as causas ou os objetivos das intervenções estatais, definindo-as, sim, em função dos seus efeitos (acórdão Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, já referido, n.º 94 e jurisprudência referida).

78 Contudo, resulta também de jurisprudência assente que os requisitos que uma medida deve preencher para se enquadrar no conceito de «auxílio» na aceção do artigo 87.º CE não estão preenchidos se a empresa pública beneficiária pudesse obter a mesma vantagem que foi colocada à sua disposição através de recursos do Estado em circunstâncias correspondentes às condições normais do mercado, sendo esta apreciação feita, em relação às empresas públicas, pela aplicação, em princípio, do critério do investidor privado (v., neste sentido, acórdãos de 21 de março de 1991, Itália/Comissão, C-303/88, Colet., p. I-1433, n.º 20; de 16 de maio de 2002, França/Comissão, C-482/99, Colet., p. I-4397, n.os 68 a 70; e Comitato «Venezia vuole vivere» e o./Comissão, já referido, n.º 91 e jurisprudência referida).

79 Em especial, resulta da jurisprudência que, para efeitos da apreciação da questão de saber se a mesma medida teria sido adotada em condições normais do mercado por um investidor privado colocado numa situação o mais semelhante possível à do Estado, só podem ser tidos em conta os benefícios e as obrigações relacionados com a situação deste Estado na qualidade de acionista, com exclusão dos relacionados com a sua qualidade de poder público (v., neste sentido, acórdãos de 10 de julho de 1986, Bélgica/Comissão, 234/84, Colet., p. 2263, n.º 14, e Bélgica/Comissão, 40/85, Colet., p. 2321, n.º 13; e acórdãos de 14 de setembro de 1994, Espanha/Comissão, C-278/92 a C-280/92, Colet., p. I-4103, n.º 22, e de 28 de janeiro de 2003, Alemanha/Comissão, C-334/99, Colet., p. I-1139, n.º 134).

80 Daqui decorre que se deve fazer uma distinção entre os papéis do Estado enquanto acionista de uma empresa, por um lado, e do Estado atuando como poder público, por outro, como alegam com razão a Comissão, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Iberdrola, e o Tribunal Geral entendeu nos n.os 223 a 228 do acórdão recorrido.

81 Por conseguinte, a aplicabilidade do critério do investidor privado depende, em última análise, da circunstância de o Estado-Membro em causa conceder, na sua qualidade de acionista e não na de poder público, uma vantagem económica a uma empresa que lhe pertence.

82 Consequentemente, se, durante o procedimento administrativo, um Estado-Membro invocar o referido critério, incumbe-lhe, em caso de dúvida, demonstrar inequivocamente e com base em elementos objetivos e verificáveis que a medida aplicada decorre da sua qualidade de acionista.

83 Esses elementos devem evidenciar claramente que o Estado-Membro em causa adotou prévia ou simultaneamente à concessão da vantagem económica (v., neste sentido, acórdão França/Comissão, já referido, n.os 71 e 72) a decisão de proceder, através da medida efetivamente aplicada, a um investimento na empresa pública controlada.

84 A este propósito, podem, nomeadamente, ser exigidos elementos que demonstrem que essa decisão se baseia em avaliações económicas comparáveis às que, nas circunstâncias do caso em apreço, um investidor privado razoável colocado numa situação o mais semelhante possível à do referido Estado-Membro teria efetuado, antes de proceder ao referido investimento, para determinar a rentabilidade futura desse investimento.

85 Em contrapartida, avaliações económicas levadas a cabo depois da concessão da referida vantagem, a verificação retrospectiva da rentabilidade efetiva do investimento efetuado pelo Estado-Membro em causa ou justificações posteriores à escolha do procedimento efetivamente seguido não bastam para demonstrar que esse Estado-Membro adotou, prévia ou simultaneamente a essa concessão, uma decisão desse tipo enquanto acionista (v., neste sentido, acórdão França/Comissão, já referido, n.os 71 e 72).

86 Se o Estado-Membro em causa apresentar à Comissão elementos da natureza exigida, cabe a esta última efetuar uma apreciação global, tendo em conta, para além dos elementos fornecidos por esse Estado-Membro, qualquer outro elemento pertinente que, no caso em concreto, lhe permita determinar se a medida em causa decorre da qualidade de acionista ou da de poder público do referido Estado-Membro. Em especial, a este respeito podem ser relevantes, como considerou o Tribunal Geral no n.º 229 do acórdão recorrido, a natureza e o objeto dessa medida, o contexto em que se insere, bem como o objetivo prosseguido e as regras às quais a referida medida está sujeita.

87 Consequentemente, nas circunstâncias do caso em apreço, foi com razão que o Tribunal Geral decidiu que o objetivo prosseguido pelo Estado francês podia ser tido em conta, no quadro da apreciação global necessária, para determinar se o referido Estado tinha efetivamente agido na qualidade de acionista e se, por conseguinte, o critério do investidor privado era aplicável ao caso vertente.

88 Quanto à questão de saber se a aplicabilidade do critério do investidor privado podia ser afastada, neste caso, apenas com base na natureza fiscal dos meios utilizados pelo Estado francês, deve recordar-se que o artigo 87.º, n.º 1, CE prevê que são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou que ameacem falsear a concorrência (v. acórdão de 19 de setembro de 2000, Alemanha/Comissão, já referido, n.º 25 e jurisprudência referida).

89 Além disso, foi referido no n.º 78 do presente acórdão que a aplicação do critério do investidor privado visa determinar se a vantagem económica concedida, independentemente da sua forma, mediante recursos do Estado a uma empresa pública pode, devido aos seus efeitos,

falsear ou ameaçar falsear a concorrência e afetar as trocas entre Estados-Membros.

90 Assim, esta disposição e este critério visam evitar que, através de recursos do Estado, a empresa pública beneficiária disponha de uma situação financeira mais favorável do que a dos seus concorrentes (v., neste sentido, acórdãos de 15 de março de 1994, Banco Exterior de Espanha, C-387/92, Colet., p. I-877, n.º 14, e de 19 de maio de 1999, Itália/Comissão, já referido, n.º 16).

91 Ora, a situação financeira da empresa pública beneficiária não depende da forma como a vantagem é colocada à sua disposição, qualquer que seja a sua natureza, mas do montante de que ela beneficia em definitivo. Foi, portanto, acertadamente que o Tribunal Geral concentrou a sua análise da aplicabilidade do critério do investidor privado na melhoria da situação financeira da EDF com vista à abertura do mercado da eletricidade à concorrência e nos efeitos da medida em causa na concorrência e não na natureza fiscal dos meios utilizados pelo Estado francês.

92 Por consequência, resulta do exposto que, tendo em conta os objetivos prosseguidos pelo artigo 87.º, n.º 1, CE e pelo critério do investidor privado, uma vantagem económica, ainda que concedida através de meios de natureza fiscal, deve ser apreciada, nomeadamente, à luz do critério do investidor privado, se se revelar, no termo da apreciação global eventualmente necessária, que o Estado-Membro em causa, apesar da utilização de meios que decorrem das prerrogativas de poder público, concedeu contudo a referida vantagem na sua qualidade de acionista da empresa que lhe pertence.

93 Daqui decorre que não enferma de nenhum erro de direito a constatação do Tribunal Geral, no n.º 250 do acórdão recorrido, de que a obrigação da Comissão de verificar se os capitais foram fornecidos pelo Estado em circunstâncias que correspondem às condições normais do mercado existe independentemente da forma como esses capitais foram fornecidos pelo Estado.

94 Relativamente ao argumento da Comissão, do Órgão de Fiscalização da EFTA e da Iberdrola de que um investidor privado não teria podido realizar um investimento como aquele a que procedeu o Estado francês, em condições comparáveis, uma vez que teria de pagar o imposto e que só o referido Estado enquanto autoridade fiscal podia ainda dispor dos montantes correspondentes a esse imposto, há que observar, por um lado, que, a título da operação tributável em causa, é a empresa privada que se encontra na situação da EDF e não o seu acionista quem teria de liquidar o referido imposto.

95 No caso em apreço, a aplicação do critério do investidor privado teria, portanto, permitido determinar se um investidor privado teria fornecido, em condições semelhantes, um montante igual ao imposto devido a uma empresa que se encontrasse numa situação comparável à da EDF.

96 Por outro lado, como referiu o Tribunal Geral nos n.os 275 e 276 do acórdão recorrido, uma eventual diferença entre o custo suportado por um investidor privado e o que incumbe ao Estado investidor não impede a aplicação do critério do investidor privado. Com efeito, este critério permite precisamente apurar, nomeadamente, a existência dessa diferença e tomá-la em conta quando da apreciação da questão de saber se os requisitos fixados pelo referido critério estão preenchidos.

97 Daqui resulta que, contrariamente ao que a Comissão, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Iberdrola alegam, a análise realizada pelo Tribunal Geral não viola a igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas, não provoca distorções de concorrência e não contraria o objetivo prosseguido pela aplicação do critério do investidor privado.

98 Consequentemente, o Tribunal Geral não cometeu nenhum erro de direito ao considerar que o critério do investidor privado pode ser aplicado mesmo no caso de terem sido utilizados meios de natureza fiscal.

99 Importa acrescentar que, com o acórdão recorrido, o Tribunal Geral não antecipou a aplicabilidade desse critério no caso em apreço nem, como referiu no n.º 283 desse acórdão, o resultado da eventual aplicação do dito critério.

100 Em especial, ao limitar-se a verificar se a aplicabilidade do critério do investidor privado podia ser afastada apenas com base na natureza fiscal dos meios utilizados pelo Estado francês, o Tribunal Geral não adotou de forma alguma uma análise no sentido de autorizar os Estados-Membros a tomar em conta, na aplicação deste critério, os benefícios e as obrigações relacionados com a sua qualidade de poder público ou elementos subjetivos e sujeitos a manipulação.

101 Quanto à questão de saber se, no caso vertente, era necessário definir um investidor de referência, importa observar que a jurisprudência em que se apoiam a este propósito a Comissão, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Iberdrola visa a inexistência de qualquer possibilidade de comparar a situação de uma empresa pública com a de uma empresa privada que não opere num setor reservado (v., neste sentido, acórdão de 3 de julho de 2003, Chronopost e o./Ufex e o., C-83/01 P, C-93/01 P e C-94/01 P, Colet., p. I-6993, n.º 38).

102 Ora a Comissão, o Órgão de Fiscalização da EFTA e a Iberdrola não sustentam que é impossível comparar a situação da EDF com a de uma empresa privada que opere em setores de atividade idênticos aos da EDF. Acresce que resulta desta mesma jurisprudência que, para efeitos dessa comparação, há que efetuar uma apreciação com referência aos elementos objetivos e verificáveis disponíveis.

103 Além disso, contrariamente ao que a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA sustentam, o critério do investidor privado não constitui uma exceção que só é aplicável a pedido de um Estado-Membro, quando estão reunidos os elementos constitutivos do conceito de auxílio de Estado incompatível com o mercado comum, constante do artigo 87.º, n.º 1, CE. Com efeito, decorre do n.º 78 do presente acórdão que, quando este critério é aplicável, o mesmo faz parte dos elementos que a Comissão tem de tomar em conta para determinar a existência de um auxílio desse tipo.

104 Consequentemente, quando se afigure que o critério do investidor privado pode ser aplicável, incumbe à Comissão pedir ao Estado-Membro em causa todas as informações pertinentes que lhe permitam verificar se os requisitos de aplicabilidade e de aplicação deste critério estão preenchidos e só pode recusar-se a examinar essas informações se os elementos de prova apresentados tiverem sido elaborados depois da adoção da decisão de efetuar o investimento em questão.

105 Com efeito, já foi referido nos n.os 83 a 85 do presente acórdão que só os elementos disponíveis e as evoluções previsíveis no momento em que a decisão de proceder ao investimento foi tomada é que são pertinentes para efeitos da aplicação do critério do investidor privado. É esse o caso, em especial, quando, como no caso em apreço, a Comissão examina a existência de um auxílio de Estado em relação a um investimento que não lhe foi notificado e que já foi executado pelo Estado-Membro em causa no momento em que esta procede ao seu exame.

106 Em face do exposto, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao primeiro fundamento, relativo à desvirtuação dos factos

107 A Comissão considera, no essencial, que o Tribunal Geral desvirtuou os elementos de prova ao considerar que a República Francesa procedeu, através da medida controvertida, à conversão de um crédito fiscal em capital. Com efeito, segundo a Comissão, com essa medida, a República Francesa concedeu à EDF uma isenção do imposto sobre as sociedades. Ora, a Comissão alega que, em caso de isenção fiscal, o critério do investidor privado não é pertinente.

108 Contudo, constatou-se quando da apreciação do segundo fundamento que, quando um Estado-Membro confere uma vantagem económica a uma empresa que lhe pertence, o carácter fiscal do procedimento utilizado para efeitos da concessão da referida vantagem não é suscetível de afastar sem mais a aplicabilidade do critério do investidor privado. Daqui resulta, *a fortiori*, que o procedimento específico escolhido pelo Estado-Membro em causa é irrelevante para efeitos da apreciação da aplicabilidade do referido critério.

109 Nestas condições, a alegada desvirtuação dos factos cometida pelo Tribunal Geral, mesmo que fosse demonstrada, não é, em qualquer caso, suscetível de afetar a justeza do acórdão recorrido. Assim, o primeiro fundamento deve ser julgado improcedente, por inoperante.

110 Resulta do exposto que há que negar provimento ao recurso.

Quanto às despesas

111 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do artigo 118.º do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a EDF pedido a condenação da Comissão e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

112 Em conformidade com o artigo 69.º, n.º 4, primeiro parágrafo, desse Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do referido artigo 118.º, a República Francesa suportará as suas próprias despesas.

113 Nos termos do artigo 69.º, n.º 4, segundo parágrafo, do referido Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do referido artigo 118.º, o Órgão de Fiscalização da EFTA suportará as suas próprias despesas.

114 Nos termos do artigo 69.º, n.º 4, terceiro parágrafo, do mesmo Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal Geral por força do mesmo artigo 118.º, o Tribunal de Justiça pode determinar que um interveniente suporte as suas próprias despesas. No presente caso, há que aplicar esta disposição à Iberdrola.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **A Comissão Europeia é condenada nas despesas.**
- 3) **O Órgão de Fiscalização da EFTA, a República Francesa e a Iberdrola SA suportarão as suas próprias despesas.**

Assinaturas

* Língua do processo: francês.