



Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

17. juli 2014*

»Appel — konkurrence — artikel 82 EF og artikel 86, stk. 1, EF — opretholdelse af privilegerede rettigheder, som Den Helleniske Republik har indrømmet en offentlig virksomhed til undersøgelse og udnyttelse af brunkulslejer — udøvelse af disse rettigheder — konkurrencemæssig fordel på markedet for levering af brunkul og på engrosmarkedet for elektricitet — opretholdelse, udvidelse eller styrkelse af en dominerende stilling«

I sag C-553/12 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, iværksat den 30. november 2012,

Europa-Kommissionen ved T. Christoforou og A. Antoniadis, som befuldmægtigede, bistået af dikigoros A. Oikonomou, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

støttet af:

Mytilinaios AE,

Protergia AE,

Alouminion AE,

Amaroussion (Grækenland) ved dikigoroι N. Korogiannakis, I. Zarzoura, D. Diakopoulos og E. Chrisafis,

de øvrige parter i appelsagen:

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), Athen (Grækenland), ved dikigoros P. Anestis,

sagsøger i første instans,

Den Helleniske Republik ved M.-T. Marinos, P. Mylonopoulos og K. Boskovits, som befuldmægtigede,

Energeiaki Thessalonikis AE, Echedorso (Grækenland),

Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA), Kifisia (Grækenland),

intervenienter i første instans,

* Processprog: græsk.

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Ilešič (refererende dommer), og dommerne C.G. Fernlund, A. Ó Caoimh, C. Toader og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: M. Wathelet

justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 3. oktober 2013,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 5. december 2013,

afsagt følgende

Dom

- 1 Med sit appelskrift har Europa-Kommissionen nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom DEI mod Kommissionen (T-169/08, EU:T:2012:448, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten annullerede Kommissionens beslutning K(2008) 824 endelig af 5. marts 2008 om Den Helleniske Republiks tildeling eller opretholdelse af Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE's (herefter »DEI«) rettigheder til udvinding af brunkul (herefter »den omtvistede beslutning«).

Twistens baggrund og den omtvistede beslutning

- 2 DEI blev oprettet i 1950 som en offentlig virksomhed, der tilhører den græske stat. Virksomheden havde eneret til at producere, transportere og levere elektricitet i Grækenland. I 1996 gjorde den græske lov nr. 2414/1996 om modernisering af offentlige virksomheder (FEK A' 135) det muligt at omdanne sagsøgeren til et aktieselskab, der dog fortsat var ejet af staten, som var eneaktionær.
- 3 Den 1. januar 2001 blev det omdannet til et aktieselskab i henhold til navnlig den græske lov nr. 2773/1999 om liberalisering af markedet for elektricitet (FEK A' 286), der bl.a. gennemførte Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19. december 1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT 1997 L 27, s. 20). I henhold til denne lovs artikel 43, stk. 3, må staten under ingen omstændigheder eje mindre end 51% af selskabets stemmeberettigede aktier, selv efter en kapitalforhøjelse. Den Helleniske Republik ejede på tidspunktet for den omtvistede beslutnings vedtagelse 51,12% af aktierne i dette selskab. Siden den 12. december 2001 har DEI's aktier været noteret på børsen i Athen (Grækenland) samt på børsen i London (Det Forenede Kongerige).
- 4 De græske brunkulfyrede kraftværker tilhører alle DEI. Ifølge det græske institut for geologi- og mineforskning blev de kendte reserver for samtlige brunkulslejer i Grækenland pr. 1. januar 2005 vurderet til 4,415 mia. tons. Ifølge Europa-Kommissionen findes der 4,590 mia. tons reserver af brunkul i Grækenland.
- 5 Den Helleniske Republik tildelte rettighederne til undersøgelse og udnyttelse af brunkul til DEI for så vidt angår miner, hvis reserver udgør ca. 2,2 mia. tons. 85 mio. tons af reserverne tilhører private tredjemænd. Andre ca. 220 mio. tons af reserverne er offentlige lejer, som private tredjemænd har fået tilladelse til at undersøge og udnytte, men som delvis forsyner DEI's kraftværker. Der er endnu ikke blevet tildelt nogen rettigheder til udnyttelse af ca. 2 mia. tons af brunkulsreserverne i Grækenland.

- 6 Efter direktiv 96/92's ikrafttræden har det græske marked for elektricitet været åbent for konkurrence. I maj 2005 indførtes et obligatorisk dagmarked for alle sælgere og købere af elektricitet i det græske sammenkoblede net, der består af det græske fastland og visse græske øer. På det obligatoriske dagmarked afsætter og sælger producenter og importører af elektricitet dagligt deres produktion og deres import.
- 7 I løbet af 2003 modtog Kommissionen en klage fra en privatperson, der anmodede Kommissionen om at måtte forblive anonym. Ifølge klageren var den græske stats beslutning om i henhold til lovdekret nr. 4029/1959 af 12. og 13. november 1959 (FEK A' 250) og lov nr. 134/1975 af 23. og 29. august 1975 (FEK A' 180) at tildele DEI en eksklusiv licens til undersøgelse og udnyttelse af brunkul i Grækenland i strid med artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF. I forlængelse af flere udvekslinger med Den Helleniske Republik mellem 2003 og 2008 vedtog Kommissionen den omtvistede beslutning.
- 8 Med denne beslutning fastslog Kommissionen navnlig, at tildelingen og opretholdelsen af disse rettigheder var i strid med artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, for så vidt som disse skabte ulige muligheder for de erhvervsdrivende med hensyn til adgangen til det primære brændsel med henblik på produktion af elektricitet, hvorved DEI kunne opretholde eller styrke sin dominerende stilling i Grækenland på engrosmarkedet for elektricitet ved at udelukke, at enhver ny virksomhed kom ind på markedet, eller ved at skabe hindringer herfor.
- 9 Kommissionen anførte i den omtvistede beslutning, at Den Helleniske Republik siden vedtagelsen af direktiv 96/92, hvis gennemførelse var fastsat til senest den 19. februar 2001, havde vidst, at markedet for elektricitet skulle liberaliseres. Den tilføjede, at Den Helleniske Republik havde vedtaget visse statslige foranstaltninger, der vedrørte to særskilte produktmarkeder, nemlig markedet for levering af brunkul og engrosmarkedet for elektricitet, der omfatter produktion og levering af elektricitet i kraftværkerne og elektricitet, der er importeret gennem sammenkoblingslinjerne.
- 10 Ifølge Kommissionen indtog DEI en dominerende stilling på disse to markeder med markedsandele på over henholdsvis 97% og 85%. Desuden var der ikke udsigt til en ny indtræden, der kunne overtage en betydelig del af DEI's markedsandel på engrosmarkedet for elektricitet, og importen, der udgør 7% af det samlede forbrug, indebærer ikke et reelt konkurrencepres på dette marked.
- 11 Hvad angår de pågældende statslige foranstaltninger har Kommissionen bemærket, at DEI i henhold til lovdekret nr. 4029/1959 og lov nr. 134/1975 er blevet tildelt rettighederne til udnyttelse af 91% af de samlede offentlige brunkulslejer, hvortil rettigheder er blevet tildelt. Den har præciseret, at der ikke blev tildelt nogen rettigheder til et væsentligt leje i den periode, hvor disse foranstaltninger blev anvendt, på trods af mulighederne i den nationale lovgivning. Den har desuden anført, at DEI uden en offentlig udbudsprocedure erhvervede rettigheder til undersøgelse af visse anvendelige lejer, hvortil rettighederne til udnyttelse endnu ikke var blevet tildelt. Kommissionen har endelig tilføjet, at brunkulskraftværkerne, der er de billigste i Grækenland, er de mest anvendte, eftersom de producerer 60% af den elektricitet, der forsyner det sammenkoblede net.
- 12 Takket være tildelingen og opretholdelsen af rettighederne til udnyttelse af brunkul, der sikrede DEI en monopollignende adgang til det mest attraktive brændsel, der findes i Grækenland, til produktion af elektricitet, har Den Helleniske Republik følgelig skabt ulige muligheder for de erhvervsdrivende på engrosmarkedet for elektricitet og dermed fordrejet konkurrencen ved således at opretholde eller styrke DEI's dominerende stilling ved at udelukke, at enhver ny virksomhed kommer ind på markedet, eller ved at skabe hindringer herfor til trods for liberaliseringen af engrosmarkedet.
- 13 Ved den omtvistede beslutning anmodede Kommissionen desuden Den Helleniske Republik om senest to måneder efter meddelelsen af beslutningen at underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger den havde til hensigt at træffe for at fjerne de pågældende statslige foranstaltningers konkurrencebegrænsende virkninger, idet den anførte, at disse foranstaltninger skulle vedtages og gennemføres senest otte måneder efter vedtagelsen af beslutningen.

Søgsmålet ved Retten og den appellerede dom

- 14 Ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 13. maj. 2008 anlagde DEI søgsmål med påstand om annullation af den omtvistede beslutning. Under retsforhandlingerne intervenerede Den Helleniske Republik til støtte for DEI, mens Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA) og Energeiaki Thessalonikis AE, hvilke aktieselskaber udøver virksomhed inden for produktion af elektricitet i Grækenland, intervenerede til støtte for Kommissionens påstand om frifindelse.
- 15 Til støtte for sit søgsmål påberåbte DEI sig fire anbringender om for det første en urigtig retsanvendelse ved anvendelsen af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, og et åbenbart urigtigt skøn, for det andet tilsidesættelse af begrundelsespligten i henhold til artikel 253 EF, for det tredje dels tilsidesættelse af retssikkerhedsprincippet, princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning og princippet om retten til privat ejendom, dels magtfordrejning og for det fjerde tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.
- 16 Det første anbringende består af fem led, hvoraf det andet og det fjerde anfægter Kommissionens konklusion om, at udøvelsen af de rettigheder til udvinding af brunkul, der er indrømmet DEI, skulle have resulteret i en udvidelse af den dominerende stilling fra markedet for levering af brunkul til engrosmarkedet for elektricitet i strid med bestemmelserne i artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF. DEI fremførte ifølge Retten i det væsentlige to argumenter mod Kommissionens konklusion. DEI gjorde med sit første argument gældende, at det er nødvendigt, at den pågældende virksomhed har en eksklusiv eller særlig rettighed som omhandlet i artikel 86, stk. 1, EF, for at godtgøre, at der foreligger en tilsidesættelse af disse bestemmelser i forening, hvilket ikke var tilfældet i sagen.
- 17 Med det andet af disse argumenter, som Retten undersøgte først, foreholdt DEI Kommissionen, at den ikke havde godtgjort, at der forelå et faktisk eller potentielt misbrug af DEI's dominerende stilling på de pågældende markeder, selv om et sådant bevis er en forudsætning for, at artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, finder anvendelse.
- 18 I den appellerede doms præmis 85 fastslog Retten, at tvisten i det foreliggende tilfælde fokuserede primært på spørgsmålet, om Kommissionen skulle have identificeret et faktisk eller potentielt misbrug af DEI's dominerende stilling, eller om det var tilstrækkeligt at godtgøre, at de pågældende statslige foranstaltninger fordrejede konkurrencen ved at skabe ulige muligheder mellem de erhvervsdrivende til fordel for DEI.
- 19 Med hensyn til markedet for levering af brunkul fandt Retten i den appellerede doms præmis 87-89, at Den Helleniske Republik med de pågældende statslige foranstaltninger havde tildelt DEI rettighederne til udnyttelse af brunkul for miner, hvis reserver udgør ca. 2,2 mia. tons, at disse foranstaltninger, der ligger forud for liberaliseringen af markedet for elektricitet, var blevet opretholdt og fortsat påvirkede dette marked, og at der på trods af den af DEI's konkurrenter udviste interesse i brunkul ikke var nogen erhvervsdrivende, der havde kunnet erhverve rettigheder til udnyttelse af andre brunkulslejer, selv om Grækenland fortsat rådede over ca. 2 mia. tons uudnyttet brunkul.
- 20 Den fandt dog, at de øvrige erhvervsdrivendes manglende muligheder for at få adgang til de brunkulslejer, der stadig er til rådighed, ikke kunne tilskrives DEI, da tildelingen af licenser til udnyttelse af et brunkulsleje udelukkende afhænger af Den Helleniske Republiks forgodtbefindende. Retten tilføjede, at DEI's rolle på markedet for levering af brunkul var begrænset til at udnytte de brunkulslejer, hvortil selskabet havde rettigheder, og Kommissionen har ikke gjort gældende, at det havde misbrugt sin dominerende stilling på markedet for levering af dette råstof.
- 21 Retten analyserede dernæst i dommens præmis 90-93 Kommissionens påstand om, at de manglende muligheder for DEI's konkurrenter for at komme ind på markedet for levering af brunkul påvirkede engrosmarkedet for elektricitet. Kommissionen havde gjort gældende, at udnyttelsen af brunkul,

eftersom det var det mest attraktive brændsel i Grækenland, gav mulighed for at producere elektricitet til lave variable omkostninger, hvilket sikrer, at den således producerede elektricitet kan komme ind på det obligatoriske dagmarked med en profitmargin, der er mere interessant end den for elektricitet, der er produceret på grundlag af andre brændselstyper. Ifølge Kommissionen var konsekvensen, at DEI kunne opretholde eller styrke sin dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet ved at udelukke nye virksomheder fra at komme ind på markedet eller ved at skabe hindringer herfor.

- 22 Efter at Retten i den appellerede doms præmis 91 understregede, at der efter liberaliseringen af markedet for elektricitet blev oprettet et obligatorisk dagmarked i Grækenland, og at reglerne for dette funktion ikke blev draget i tvivl i den omtvistede beslutning, og at såvel DEI som dets konkurrenter skulle respektere dette system, og at DEI havde været til stede på dette marked inden liberaliseringen heraf, bemærkede den følgende:

»92 Kommissionen har imidlertid ikke godtgjort, at den privilegerede adgang til brunkul kunne have skabt en situation, hvor [DEI] ved den blotte udøvelse af sine rettigheder til udvinding har kunnet misbruge sin dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet eller har været foranlediget til et sådant misbrug på dette marked. Kommissionen kritiserer heller ikke [DEI] for uden objektiv begrundelse at have udvidet sin dominerende stilling på markedet for levering af brunkul til engrosmarkedet for elektricitet.

93 Kommissionen konstaterede blot, at [DEI], der er tidligere monopolvirksomhed, fortsat opretholdt sin dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet takket være den fordel, der giver selskabet den privilegerede stilling, og at denne situation skabte ulige muligheder mellem [DEI] og de andre virksomheder, og har hverken identificeret eller godtgjort i tilstrækkeligt omfang, at den pågældende statslige foranstaltning har foranlediget eller kunne have foranlediget et misbrug som omhandlet i artikel 82 EF foretaget af [DEI].«

- 23 Retten undersøgte dernæst i den appellerede doms præmis 94-103 den faste retspraksis, der er anført i den omtvistede beslutning, hvorefter en medlemsstat overtræder forbuddene i artikel 86, stk. 1, EF og artikel 82 EF, såfremt den pågældende virksomhed ved den blotte udøvelse af de eksklusive eller særlige rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug. Retten fastslog efter at have analyseret domme *Raso m.fl.* (C-163/96, EU:C:1998:54), *Höfner og Elser* (C-41/90, EU:C:1991:161), *Merci convenzionali Porto di Genova* (C-179/90, EU:C:1991:464), *Job Centre* (C-55/96, EU:C:1997:603) og *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376) følgende i den appellerede doms præmis 103:

»Det fremgår af disse domme [...], at misbruget af den dominerende stilling af en virksomhed, der har en eksklusiv eller særlig rettighed, enten kan følge af muligheden for at misbruge denne rettighed eller være en direkte følge af denne rettighed. Det fremgår imidlertid ikke af denne retspraksis, at den omstændighed, at den pågældende virksomhed befinder sig i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter på grund af en statslig foranstaltning, i sig selv udgør et misbrug af den dominerende stilling.«

- 24 Endelig besvarede Retten i den appellerede doms præmis 104-118 et sidste argument fra Kommissionen, som mente, at den omtvistede beslutning var i overensstemmelse med retspraksis, hvorefter en ordning med ufordrejet konkurrence kun kan garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder. Kommissionen gjorde i denne forbindelse gældende, at hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder – og konkurrencen dermed er fordrejet – og dette skyldes en statslig foranstaltning, udgør en sådan foranstaltning en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.

- 25 I dommens præmis 105 fandt Retten, at det ikke følger af de domme, som Kommissionen havde baseret sig på, nemlig dom Frankrig mod Kommissionen (C-202/88, EU:C:1991:120), GB-Inno-BM (C-18/88, EU:C:1991:474) og Connect Austria (C-462/99, EU:C:2003:297), at det for at fastslå, at der er begået en overtrædelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, er tilstrækkeligt at godtgøre, at en statslig foranstaltning fordrejer konkurrencen, idet dette skaber ulige muligheder for de erhvervsdrivende, uden at det er nødvendigt at identificere et misbrug af virksomhedens dominerende stilling.
- 26 Efter at have analyseret disse domme fastslog Retten i den appellerede doms præmis 113, at selv om det er korrekt, at Domstolen har anvendt de formuleringer, som Kommissionen har påberåbt sig, kan Kommissionen ikke støtte sig på disse formuleringer uden at tage hensyn til den sammenhæng, hvori de forekommer. Retten fandt desuden i præmis 114-117, at Kommissionens påstand heller ikke blev underbygget af dom Dusseldorp m.fl. (C-203/96, EU:C:1998:316), som denne gjorde gældende under retsmødet.
- 27 Retten fastslog i dommens præmis 118, at det ikke fremgik af denne retspraksis, at Kommissionen »ikke var forpligtet til at identificere og godtgøre det misbrug af [...] dominerende stilling, som den pågældende statslige foranstaltning har foranlediget eller kunne have foranlediget [DEI] til«.
- 28 Da Retten imidlertid i præmis 87-93 fandt, at Kommissionen i den omtvistede beslutning ikke havde påvist et sådant misbrug af dominerede stilling, fastslog den som følge deraf i dommens præmis 119, at det andet af DEI i forbindelse med første anbringendes andet og fjerde led fremførte argument var begrundet, og annullerede den omtvistede beslutning, »uden at det er nødvendigt at undersøge de øvrige fremførte klagepunkter, led og anbringender«.

Parternes påstande og sagen for Domstolen

- 29 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:
- Den appellerede dom ophæves.
 - Domstolen træffer endelig afgørelse i sagen.
 - DEI betaler omkostningerne i de to instanser.
- 30 DEI og Den Helleniske Republik har nedlagt følgende påstande:
- Appellen forkastes.
 - Subsidiært behandles de andre annullationsanbringender, som blev fremført i sag T-169/08, og den omtvistede beslutning annulleres.
 - Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger ved begge instanser.
- 31 Ved begæring indleveret til Domstolens Justitskontor den 25. marts 2013 har Mytilinaios AE, Protergia AE og Alouminion AE anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande.
- 32 Ved kendelse af 11. juli 2013 har Domstolens vicepræsident imødekommet anmodningen.

Appellen

- 33 Kommissionen har påberåbt sig to anbringender til støtte for appellen vedrørende for det første en retlig fejl ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, og for det andet en upræcis, mangelfuld og utilstrækkelig begrundelse.

Parternes argumenter

- 34 Med sit første anbringende, der er rettet mod den appellerede doms præmis 94-118, har Kommissionen gjort gældende, at Retten har begået en retlig fejl ved fortolkningen og anvendelsen af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, idet den fandt, at Kommissionen skulle identificere og godtgøre det misbrug af den dominerende stilling, som den pågældende statslige foranstaltning havde foranlediget eller kunne have foranlediget DEI til.
- 35 Ifølge Kommissionen er – når artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86, stk. 1, EF, anvendes i situationer, hvor der foreligger ulige muligheder for de erhvervsdrivende og således en fordrejet konkurrence som følge af en statslig foranstaltning – den omhandlede statslige foranstaltning i sig selv en overtrædelse af artikel 86, stk. 1, EF og artikel 82 EF. Det er derfor tilstrækkeligt at bevise, at denne foranstaltning rent faktisk har medført ulige muligheder ved at tilgodese den privilegerede offentlige virksomhed, og at den dermed har påvirket markedsstrukturen ved at tillade denne virksomhed at opretholde, styrke eller udvide sin dominerende stilling på et andet beslægtet marked eller marked i efterfølgende omsætningsled f.eks. ved at hindre nye konkurrenters indtræden på dette marked.
- 36 Derfor har Kommissionen kritiseret Retten for at have anvendt Domstolens retspraksis forkert på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag og for at have fordrejet grundlaget for den omtvistede beslutning. Den har i denne forbindelse gjort gældende, at denne beslutning, i modsætning til hvad Retten konstaterede, ikke var baseret på den konstatering, at den omstændighed, at DEI på grund af de pågældende statslige foranstaltninger befandt sig i en fordelagtig situation i forhold til sine konkurrenter, i sig selv udgjorde misbrug af en dominerende stilling. Tværtimod blev overtrædelsen beskrevet i den pågældende beslutning, idet det heri blev gjort gældende, at de pågældende statslige foranstaltninger havde skabt ulige muligheder for DEI og dets konkurrenter, og at DEI ved simpelthen at udnytte de rettigheder, som de statslige foranstaltninger havde givet det, var i stand til at udvide sin dominerende stilling på markedet (i foregående omsætningsled) for levering af brunkul til engrosmarkedet (i efterfølgende omsætningsled) for elektricitet i Grækenland. Denne udvidelse til markedet i efterfølgende omsætningsled skulle have bevirket en begrænsning af konkurrencen på dette marked ved at forhindre nye konkurrenters indtræden på dette marked selv efter vedtagelsen af liberaliseringsforanstaltningerne. Til trods for ansøgninger herom er der i øvrigt ikke blevet indrømmet nogen ret til et betydeligt brunkulsleje til nogen af DEI's konkurrenter.
- 37 Da det af den omtvistede beslutning fremgik, hvordan dels opretholdelsen af de omtvistede statslige foranstaltninger, dels den simple udnyttelse af de privilegerede rettigheder, der er indrømmet DEI, samt DEI's adfærd på markedet i efterfølgende omsætningsled havde medført en risiko for misbrug af den dominerende stilling ved at udelukke eller forhindre nye konkurrenter i at komme ind på markedet, opfyldte Kommissionen alle kriterierne i Domstolens retspraksis om anvendelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.
- 38 DEI og Den Helleniske Republik har anført, at dette anbringende er ubegrundet. Det følger således af Domstolens retspraksis, at Kommissionen for at kunne anvende artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, skal godtgøre det misbrug af dominerende stilling, som den pågældende statslige foranstaltning har foranlediget eller kunne have foranlediget den pågældende virksomhed til. Den omstændighed, at den pågældende statslige foranstaltning resulterer i en situation med ulige muligheder, udgør ganske vist en nødvendig, men utilstrækkelig forudsætning for, at disse artikler kan

finde anvendelse. Kommissionen forsøger i det væsentlige at ændre artikel 86, stk. 1, EF til en selvstændig og højerestående bestemmelse. Retten har derimod anvendt den pågældende retspraksis korrekt på de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag.

Domstolens bemærkninger

- 39 Det bemærkes, at det følger af artikel 86, stk. 1, EF, at medlemsstaterne for så vidt angår offentlige virksomheder eller virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, afstår fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med EF-traktatens bestemmelser, navnlig de i artikel 82 EF nævnte.
- 40 Sidstnævnte bestemmelse forbyder i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater derved kan påvirkes, misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del deraf.
- 41 Det bemærkes, at en medlemsstat i henhold til retspraksis tilsidesætter forbuddene i artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, når den ved lov eller administrativt fastsætter bestemmelser skaber en situation, hvor en offentlig virksomhed eller en virksomhed, som den har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, ved den blotte udøvelse af de privilegerede rettigheder, som er indrømmet den, foranlediges til at udnytte sin dominerende stilling på en måde, der er udtryk for misbrug, eller såfremt rettighederne må antages at skabe en retstilstand, som medfører, at virksomheden gør sig skyldig i et sådant misbrug (jf. i denne retning domme *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 80, og *MOTOE*, EU:C:2008:376, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis). Det er i den forbindelse ikke en betingelse, at et misbrug faktisk fremkommer (domme *GB-Inno-BM*, EU:C:1991:474, præmis 23-25, *Raso m.fl.*, EU:C:1998:54, præmis 31, og *MOTOE*, EU:C:2008:376, præmis 49).
- 42 Der foreligger således en overtrædelse af disse bestemmelser, når en foranstaltning, der kan tilregnes en medlemsstat, skaber en risiko for misbrug af en dominerende stilling (jf. dom *MOTOE*, EU:C:2008:376, præmis 50 og den deri nævnte retspraksis).
- 43 Det fremgår således af Domstolens praksis, at en ordning med ufordrejet konkurrence som den, der foreskrives i EF-traktaten, kun kan garanteres, hvis de forskellige erhvervsdrivende sikres lige muligheder (jf. domme *GB-Inno-BM*, EU:C:1991:474, præmis 25, *MOTOE*, EU:C:2008:376, præmis 51, og *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).
- 44 Det følger heraf, at hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder, og konkurrencen dermed er fordrejet, og dette skyldes en statslig foranstaltning, udgør en sådan foranstaltning en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF (jf. dom *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 84).
- 45 Domstolen har i denne henseende i øvrigt haft lejlighed til at præcisere, at selv om at den omstændighed alene, at en medlemsstat skaber en dominerende stilling via tildeling af enerettigheder, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86 EF, pålægger traktaten dog medlemsstaterne ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af denne bestemmelse (domme *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, præmis 35, *Corbeau*, C-320/91, EU:C:1993:198, præmis 11, og *Deutsche Post*, C-147/97 og C-148/97, EU:C:2000:74, præmis 39).
- 46 Det følger af de i denne doms præmis 41-45 anførte betragtninger, at der, som generaladvokaten har anført i punkt 55 i forslaget til afgørelse, kan foreligge en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, uafhængigt af, om der faktisk foreligger et misbrug. Det afgørende er alene, at Kommissionen påviser en potentiel eller faktisk konkurrencebegrænsende konsekvens, der kan følge af den omhandlede statslige foranstaltning. En sådan overtrædelse kan også fastslås, når de omhandlede statslige foranstaltninger påvirker markedsstrukturen, idet de skaber ulige konkurrencevilkår blandt virksomhederne ved at tillade den offentlige virksomhed eller den

virksomhed, der er blevet indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, at opretholde, eksempelvis ved at forhindre nye markedsdeltageres indtræden, styrke eller udvide sin dominerende stilling på et andet marked og derved begrænse konkurrencen, og det uden at det kræves, at eksistensen af et faktisk misbrug bevises.

- 47 Det følger heraf, at det under disse omstændigheder i modsætning til Rettens analyse i den appellerede doms præmis 105 og 118 er tilstrækkeligt at godtgøre, at denne potentielle eller faktiske konkurrencebegrænsende konsekvens kan være en følge af den omhandlede statslige foranstaltning, og at det er ikke fornødent at påvise et misbrug andet end det, der følger af den situation, den omhandlede statslige foranstaltning har frembragt. Det følger ligeledes heraf, at Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at Kommissionen, da den konstaterede, at sagsøgeren, der er tidligere monopolvirksomhed, fortsat opretholdt sin dominerende stilling på engrosmarkedet for elektricitet takket være den fordel, den privilegerede adgang til brunkul gav selskabet, og at denne situation skabte ulige muligheder på dette marked for sagsøgeren og de andre virksomheder, hverken havde identificeret eller i tilstrækkeligt omfang godtgjort, hvilket misbrug som omhandlet i artikel 82 EF den pågældende statslige foranstaltning havde foranlediget eller kunne have foranlediget DEI til.
- 48 Der bør således gives medhold i det første anbringende, og den appellerede dom bør ophæves, uden at det er fornødent, at Domstolen undersøger det andet appelanbringende, som har en strengt subsidær karakter i forhold til det første anbringende.

Om søgsmålet ved Retten

- 49 Ifølge artikel 61, stk. 1, i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, såfremt den ophæver den af Retten truffe afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse.
- 50 I den foreliggende sag råder Domstolen over de nødvendige oplysninger til at træffe endelig afgørelse vedrørende det første anbringendes andet og fjerde led i sagen i første instans.
- 51 Retten fandt i den appellerede doms præmis 59, at det var hensigtsmæssigt først at undersøge første anbringendes andet led vedrørende den fejl, Kommissionen havde begået ved at fastslå, at eksistensen af eksklusive eller særlige rettigheder ikke er en nødvendig betingelse for en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, og samme anbringendes fjerde led om, at DEI ikke havde udvidet sin dominerende stilling på markedet for levering af brunkul til engrosmarkedet for elektricitet grundet DEI's angiveligt privilegerede adgang til det primære brændsel.
- 52 Retten fandt i samme præmis, at det ikke på dette stadium var nødvendigt at udtale sig om rigtigheden af Kommissionens definition af de relevante markeder i den omtvistede beslutning, som var genstand for DEI's første anbringendes første led, og lagde til grund, at denne definition i modsætning til det af DEI anførte ikke var behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.
- 53 I den foreliggende sag og på dette grundlag råder Domstolen over de nødvendige oplysninger til at træffe endelig afgørelse vedrørende DEI's første anbringendes andet og fjerde led.

Første anbringendes andet led

Parternes argumenter

- 54 DEI har, støttet af Den Helleniske Republik, gjort gældende, at Kommissionen med urette fandt, at den retlige karakterisering af DEI som en »offentlig virksomhed« var tilstrækkelig til at godtgøre en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF. Det fremgår således af

retspraksis, at Kommissionen for at kunne anvende teorien om, at den offentlige virksomhed har udvidet sin dominerende stilling på et marked til et andet beslægtet og særskilt marked, nødvendigvis skal godtgøre, at foranstaltningen tildeler eller forstærker eksklusive eller særlige rettigheder. I den foreliggende sag nyder DEI imidlertid ingen eksklusive rettigheder, da virksomheden ikke har eneret til at udøve den omhandlede økonomiske aktivitet. DEI's rettigheder til efterforskning og udnyttelse kan endvidere ikke karakteriseres som »særlige rettigheder« som omhandlet i artikel 86, stk. 1, EF, idet disse er blevet tildelt et begrænset antal rettighedsindehavere.

- 55 Kommissionen har med støtte af intervenienterne i det væsentlige for det første svaret, at anvendelsesområdet for artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, ikke er begrænset til blot de statslige foranstaltninger, som indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, og for det andet, at DEI under alle omstændigheder er blevet indrømmet sådanne rettigheder.

Domstolens bemærkninger

- 56 Det fremgår af ordlyden af artikel 86, stk. 1, EF, at denne bestemmelse finder anvendelse dels på offentlige virksomheder, og dels på virksomheder, som medlemsstaterne har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder. Det er i den foreliggende sag uomtvistet, at DEI er en offentlig virksomhed.
- 57 Derudover gælder det, som anført i denne doms præmis 41-44, at hvis de erhvervsdrivende ikke har lige muligheder, og konkurrencen dermed er fordrejet, og dette skyldes en statslig foranstaltning, udgør en sådan foranstaltning en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, hvad enten den er lovgivningsmæssig, reguleringsmæssig eller administrativ.
- 58 Det er således med urette, at DEI har anført, at Domstolens praksis kræver, at Kommissionen ved anvendelsen af teorien om, at den offentlige virksomhed har udvidet sin dominerende stilling på et marked til et andet marked, nødvendigvis skal godtgøre, at den omhandlede statslige foranstaltning indrømmer eller styrker særlige eller eksklusive rettigheder.
- 59 Det er således tilstrækkeligt, at den omhandlede foranstaltning skaber en situation, hvor en offentlig virksomhed eller en virksomhed, som staten har indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder, nødvendigvis kommer til at misbruge sin dominerende stilling (jf. i denne retning dom *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).
- 60 Det første anbringendes andet led bør således forkastes.

Første anbringendes fjerde led

Parternes argumenter

- 61 DEI har bestridt Kommissionens påstand om, at udøvelsen af de rettigheder til udnyttelse af brunkul, som sagsøgeren er indehaver af, har medført en udvidelse af sagsøgerens dominerende stilling fra markedet for levering af brunkul til engrosmarkedet for elektricitet i strid med artikel 86, stk. 1, EF og artikel 82 EF, for så vidt som betingelserne for anvendelsen af teorien om udvidelse af den dominerende stilling ikke er opfyldt i den foreliggende sag. For det første har virksomheden i alle de sager, hvor Unionens retsinstanser har anvendt denne teori, haft en retlig eller faktisk monopolstatus på et marked, og den omhandlede statslige foranstaltning tildelte eksklusive eller særlige rettigheder på et beslægtet og selvstændigt marked, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag. For det andet har DEI hverken lovgivningskompetence, der giver selskabet mulighed for at fastsætte konkurrenternes aktiviteter eller mulighed for at pålægge konkurrenterne forhøjede omkostninger. For det tredje burde Kommissionen ved undersøgelsen af et muligt misbrug have undersøgt den påståede

tilsidesættelses indvirkning på forbrugernes interesser. Endelig har Kommissionen for det fjerde defineret brunkul som en produktionsfaktor, der er absolut nødvendigt (»essential facility«), uden at have godtgjort, at brunkul er absolut nødvendigt for at operere på engrosmarkedet for elektricitet.

- 62 Den Helleniske Republik har gjort gældende, at Kommissionen ikke har nævnt nogen form for faktisk eller selv potentielt misbrug af DEI's dominerende stilling. I den foreliggende tvist er tilstedeværelsen af et sådan misbrug imidlertid en nødvendig og forudgående betingelse for anvendelsen af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF.
- 63 Kommissionen har, støttet af intervenienterne, for det første gjort gældende, at de statslige foranstaltninger, der kan være omfattet af artikel 86, stk. 1, EF og artikel 82 EF, ikke er begrænset til særlige eller eksklusive rettigheder. For det andet afhænger en konstatering af en overtrædelse af disse bestemmelser ikke af en udøvelse af regelfastsættende beføjelser og kompetencer. For det tredje kræves det ikke i retspraksis, at en mulig skadevirkning for forbrugerne af en overtrædelse af de nævnte bestemmelser skal undersøges. For det fjerde har DEI med urette anført, at Kommissionen i den omtvistede beslutnings punkt 132 og 238 fastslog, at adgang til brunkul var en absolut nødvendig produktionsfaktor (»essential facility«).

Domstolens bemærkninger

- 64 Indledningsvis må Den Helleniske Republiks argumenter af de i denne doms præmis 39-46 anførte grunde forkastes.
- 65 I øvrigt må de påståede »betingelser for anvendelse« af teorien om udvidelse af den dominerende stilling, som er gengivet i denne doms præmis 61, og som ifølge DEI følger af Domstolens praksis, forkastes.
- 66 Det bemærkes således, at en dominerende virksomheds praksis, der har til formål gennem en fordrejning af konkurrencen at udvide denne stilling til et beslægtet, men selvstændigt marked, ifølge fast retspraksis udgør et misbrug af en dominerende stilling som omhandlet i artikel 82 EF (jf. i denne retning dom *Connect Austria*, EU:C:2003:297, præmis 81 og 82 og den deri nævnte retspraksis).
- 67 Domstolen har på samme vis allerede fremhævet, at udvidelsen af en dominerende stilling uden objektiv begrundelse er forbudt »som sådan« i henhold til artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, såfremt udvidelsen beror på en statslig foranstaltning. Da konkurrencen slet ikke må udelukkes på denne måde, må den heller ikke fordrejes (jf. i denne retning domme *Spanien m.fl. mod Kommissionen*, C-271/90, C-281/90 og C-289/90, EU:C:1992:440, præmis 36, og *GB-Inno-BM*, EU:C:1991:474, præmis 21, 23 og 24).
- 68 Det er således ikke fornødent, sådan som DEI har hævdet, at Kommissionen i alle sager skal godtgøre, at den omhandlede virksomhed nyder en monopolstatus, eller at den omhandlede statslige foranstaltning indrømmer virksomheden eksklusive eller særlige rettigheder på et beslægtet og selvstændigt marked, eller at den endog har en eller anden regelfastsættende kompetence. Henset til den i denne doms præmis 41-44 omhandlede retspraksis må det ligeledes forkastes, at Kommissionen skulle have en forpligtelse til at godtgøre virkningen af en tilsidesættelse af artikel 86, stk. 1, EF, sammenholdt med artikel 82 EF, på forbrugernes interesser, idet den sidstnævnte artikel i øvrigt kan omhandle en praksis, som forvolder skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur (jf. i denne retning dom *Europemballage og Continental Can mod Kommissionen*, 6/72, EU:C:1973:22, præmis 26). Endelig bygger DEI's argument om, at Kommissionen fandt, at brunkul var en absolut nødvendig produktionsfaktor, på et fejlagtigt grundlag, idet Kommissionen udelukkende henviste til DEI's »monopol lignende« situation på engrosmarkedet for elektricitet.
- 69 Det første anbringendes fjerde led må derfor forkastes.

- 70 Henset til det foregående må DEI's første anbringendes andet og fjerde led forkastes, og sagen må hjemvises til Retten, for at denne kan behandle første anbringendes første, tredje og femte led samt de andre anbringender, som DEI har påberåbt sig.

Sagens omkostninger

- 71 Da sagen hjemvises til Retten, skal afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Tredje Afdeling):

- 1) **Den Europæiske Unions Rets dom DEI mod Kommissionen (T-169/08, EU:T:2012:448) annulleres.**
- 2) **Sagen hjemvises til Den Europæiske Unions Ret, med henblik på at den træffer afgørelse vedrørende de anbringender, der er blevet fremsat for den, og som Den Europæiske Unions Domstol ikke har truffet afgørelse om.**
- 3) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Underskrifter