Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
od 5. prosinca 2013.[1]

Predmet C-553/12 P

Europska komisija
protiv

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)

„Žalba – Tržišno natjecanje – Članak 82. i članak 86. stavak 1. UEZ-a – Zadržavanje privilegiranih prava koja je Grčka dodijelila u korist javnog poduzetnika za traženje i vađenje lignita – Konkurentska prednost na tržištima opskrbe lignitom i trgovine na veliko električnom energijom zbog korištenja tim pravima – Proširivanje vladajućeg položaja s primarnog na sekundarno tržište – Obveza Komisije da dokaže da je javni poduzetnik počinio zlouporabu“

1. Ovom žalbom Europska komisija zahtijeva ukidanje presude Općeg suda Europske unije od 20. rujna 2012.[2], kojom je Opći sud poništio Odluku Komisije[3] o pravima na traženje i vađenje lignita koja je Helenska Republika dodijelila te ih zadržala u korist društva Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)[4].

2. Spomenutom odlukom Komisija je osobito zaključila da su dodjeljivanje i zadržavanje tih prava protivni članku 86. stavku 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a (odsad članak 106. stavak 1. UFEU-a i članak 102. UFEU-a[5]), zbog toga što među gospodarskim subjektima stvaraju situaciju nejednakih mogućnosti kod pristupanja sirovinama radi proizvodnje električne energije te omogućuju društvu DEI da u Grčkoj održi ili ojača svoj vladajući položaj na tržištu trgovine na veliko električnom energijom, isključujući ili stvarajući prepreku bilo kakvom novom ulasku na tržište.

I – **Okolnosti spora**

3. Društvo DEI osnovano je 1950. kao grčko državno javno poduzeće. Imalo je isključivo pravo proizvodnje, prijenosa i isporuke električne energije u Grčkoj. Godine 1996. preoblikovano je u dioničko društvo, čiji je vlasnik bila država kao jedini dioničar.

4. Društvo DEI je 1. siječnja 2001. preoblikovano u posebno dioničko društvo, u skladu s grčkim Zakonom br. 2773/1999 o liberalizaciji tržišta električne energije (FEK A’ 286), koji je osobito prenio Direktivu 96/92/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. prosinca 1996. o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije (SL 1997., L 27, str. 20.) (neslužbeni prijevod). Prema članku 43.

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — Presuda DEI/Komisija (T-169/08, u daljnjem tekstu: pobijana presuda)

3 — Odluka Komisije C(2008) 824 *final* od 5. ožujka 2008. (u daljnjem tekstu: sporna odluka)

4 — Radi se o javnom poduzeću za električnu energiju, čiji je engleski naziv *The Public Power Corporation*, a katkad se također naziva PPC.

5 — U ovom mišljenju koristit ću stari način citiranja jer je pobijana odluka donesena kad je na snazi bio Ugovor o EZ-u.

stavku 3. tog zakona, udjel države u kapitalu društva DEI ne može ni u kojem slučaju biti manji od 51% dionica s pravom glasa, čak ni nakon povećanja kapitala. Helenska Republika, kad je sporna odluka usvojena, imala je 51,12% dionica tog poduzeća. Od 12. prosinca 2001. dionice društva DEI kotiraju na Atenskoj burzi (Grčka) kao i na Londonskoj burzi (Ujedinjena Kraljevina).

5. Sve grčke elektrane na lignit pripadaju društvu DEI. Prema Grčkom institutu za rudarsko-geološka istraživanja, poznate rezerve svih ležišta lignita u Grčkoj 1. siječnja 2005. procijenjene su na 4415 milijuna tona. Prema Komisiji, u Grčkoj postoji još 4590 milijuna tona rezervi lignita.

6. Helenska Republika dodijelila je društvu DEI prava na traženje i vađenje lignita za rudnike čije rezerve iznose oko 2200 milijuna tona. Privatnim osobama pripada 85 milijuna tona rezervi, a na drugim javnim ležištima, za oko 220 milijuna tona, prava na traženje i vađenje dodijeljena su drugim privatnim osobama, pri čemu ta ležišta djelomično opskrbljuju DEI-jeve elektrane. Za oko 2000 milijuna tona rezerva lignita u Grčkoj još nije dodijeljeno nikakvo pravo na vađenje.

7. Nakon što je Direktiva 96/92 stupila na snagu, grčko tržište električne energije postalo je konkurentno. U svibnju 2005. stvoreno je obvezno dnevno tržište za sve kupce i prodavatelje električne energije u međusobno povezanoj grčkoj mreži, koja obuhvaća kontinentalnu Grčku i određene otoke. Proizvođači i uvoznici električne energije na to tržište svakodnevno stavljaju i prodaju svoju proizvodnju i svoj uvoz[6].

8. Tijekom 2003. godine Komisija je primila pritužbu od pojedinca koji je zatražio da njegov identitet ostane tajan. Prema podnositelju pritužbe, odluka Grčke da društvu DEI dodijeli isključivu licenciju za traženje i vađenje lignita u Grčkoj protivna je članku 86. stavku 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a. Nakon što je razmijenila nekoliko dopisa s Helenskom Republikom između 2003. i 2008. godine, Komisija je usvojila spornu odluku.

9. U spornoj odluci Komisija ističe da je Helenska Republika od usvajanja Direktive 96/92, koja je trebala biti prenesena najkasnije 19. veljače 2001., znala da mora liberalizirati tržište električnom energijom. Dodaje da je Helenska Republika usvojila državne mjere koje se tiču dvaju različitih tržišta, s tim da je prvo tržište opskrbe lignitom, a drugo tržište trgovine na veliko električnom energijom, koje obuhvaća proizvodnju i opskrbu elektrana električnom energijom kao i njezin uvoz pomoću povezujućih elektroenergetskih vodova.

10. Prema Komisiji, društvo DEI je na tim dvama tržištima imalo vladajući položaj, s udjelom većim od 97% odnosno 85%. Osim toga, nije bio izgledan novi ulazak koji bi mogao znatno smanjiti DEI-jev udjel u tržištu trgovine na veliko električnom energijom, s obzirom na to da uvoz, koji čini 7% ukupne potrošnje, nije stvarno ograničenje tržišnog natjecanja na tom tržištu.

11. Kada je riječ o predmetnim državnim mjerama, Komisija primjećuje da su društvu DEI dodijeljena[7] prava vađenja za 91% javnih ležišta lignita za koja su dodijeljena prava. Pojašnjava da tijekom razdoblja primjene tih mjera, unatoč mogućnostima koje je nudilo nacionalno zakonodavstvo, za znatan broj ležišta nije dodijeljeno nijedno drugo pravo. Osim toga, navodi da je DEI nad određenim ležištima pogodnima za vađenje dobio prava na traženje bez javne nabave a da za ta ležišta još nisu bila dodijeljena prava na vađenje. Komisija naposljetku dodaje da se najviše koriste elektrane na lignit, koje su u Grčkoj najjeftinije, s obzirom na to da proizvode 60% električne energije kojom je moguće opskrbiti međupovezanu mrežu.

6 — Glede opisa funkcioniranja obveznog dnevnog tržišta, vidjeti točke 12. do 14. pobijane presude.

7 — Na temelju Zakonodavnog dekreta br. 4029/1959 od 12. i 13. studenoga 1959. (FEK A’ 250) i grčkog Zakona br. 134/1975 od 23. i 29. kolovoza 1975. (FEK A’ 180)

12. Helenska Republika je, time što je DEI-ju dodijelila i njemu u korist zadržala kvazimonopolistička prava na traženje lignita koja mu jamče privilegiran pristup gorivu koje je najtraženije u Grčkoj radi proizvodnje električne energije, među gospodarskim subjektima na tržištu trgovine na veliko električnom energijom stvorila nejednake mogućnosti i stoga narušila tržišno natjecanje, ojačavajući tako vladajući položaj društva DEI i isključujući ili stvarajući prepreku bilo kakvom novom ulasku na tržište, i to unatoč liberalizaciji tržišta trgovine na veliko električnom energijom.

13. Komisija je osim toga spornom odlukom zatražila od Helenske Republike da u roku od dva mjeseca od dostave te odluke obavijesti o mjerama koje namjerava poduzeti kako bi ispravila učinke predmetnih državnih mjera koji se protive pravilima tržišnog natjecanja, navodeći da se te mjere moraju usvojiti i provesti u roku od osam mjeseci od njezine odluke.

II – **Tužba pred Općim sudom i pobijana presuda**

14. DEI je tajništvu Općeg suda 13. svibnja 2008. podnio tužbu za poništenje sporne odluke. Helenska Republika tijekom postupka intervenirala je u potporu DEI-ju, dok su Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA) i Energeiaki Thessalonikis AE, dionička društva koja se bave proizvodnjom električne energije u Grčkoj, intervenirala u potporu zahtjevu Komisije čiji je cilj odbijanje tužbe.

15. U prilog svojoj tužbi DEI je istaknuo četiri tužbena razloga koji se, kao prvo, temelje na pogreškama koje se tiču prava u primjeni odredaba članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a kao i na očitoj pogrešci u ocjeni; kao drugo, na povredi obveze obrazloženja predviđene u članku 253. UEZ-a; kao treće, s jedne strane, na povredi načelâ pravne sigurnosti, zaštite legitimnih očekivanja i zaštite privatnog vlasništva kao i, s druge strane, na postojanju zlouporabe ovlasti te, kao četvrto, na povredi načela proporcionalnosti.

16. Prvi tužbeni razlog sastoji se od pet dijelova, od kojih drugi i četvrti dovode u pitanje Komisijin zaključak prema kojemu korištenje pravima na vađenje lignita koja su dodijeljena DEI-ju za posljedicu ima proširivanje njegova vladajućeg položaja s tržišta opskrbe lignitom na tržište trgovinom na veliko električnom energijom, čime se krše odredbe članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a. Društvo DEI u bitnome protiv tog zahtjeva Komisije ističe dva argumenta.

17. Drugim od tih prigovora, koji je Opći sud ispitao na prvome mjestu, DEI prigovara Komisiji da nije utvrdila postojanje stvarne ili potencijalne zlouporabe njegova vladajućeg položaja na odnosnim tržištima, iako je taj dokaz prethodna pretpostavka za primjenu članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a.

18. U točki 85. pobijane presude Opći je sud zaključio da je u središtu predmetnog spora ponajprije pitanje je li Komisija trebala dokazati DEI-jevu stvarnu ili potencijalnu zlouporabu vladajućeg položaja ili je bilo dovoljno da utvrdi da predmetne državne mjere stvarajući nejednake mogućnosti u DEI-jevu korist narušavaju tržišno natjecanje među gospodarskim subjektima.

19. Kada je riječ o tržištu opskrbe lignita, Opći je sud u točkama 87. do 89. pobijane presude istaknuo da je Helenska Republika predmetnim državnim mjerama DEI-ju dodijelila prava na vađenje lignita za rudnike čije rezerve iznose do oko 2200 milijuna tona, da su se te mjere koje su prethodile liberalizaciji tržišta električne energije održale i da su nastavile utjecati na to tržište te nadalje da, unatoč interesu koji su izrazili DEI-jevi konkurenti, nijedan gospodarski subjekt nije mogao od Helenske Republike dobiti prava na vađenje za druga ležišta lignita, premda je Grčka raspolagala s još oko 2000 milijuna tona rezerva lignita koji nije bio izvađen. Opći je sud, međutim, ocijenio da se nemogućnost pristupa gospodarskih subjekata još uvijek dostupnim ležištima lignita ne može pripisati DEI-ju, s obzirom na

to da je dodjeljivanje licencija za vađenje lignita isključivo ovisilo o volji Helenske Republike. Opći je sud dodao da je DEI-jeva uloga na spomenutom tržištu bila ograničena na vađenje lignita iz ležišta na koja je polagao prava, s obzirom na to da Komisija u pogledu pristupa lignitu nije tvrdila da je DEI zlouporabio svoj vladajući položaj na tržištu opskrbe tom sirovinom.

20. Opći je sud zatim u točkama 90. do 93. pobijane presude analizirao Komisijin zaključak prema kojem se nemogućnost DEI-jevih konkurenata da uđu na tržište opskrbe lignitom odrazila na trgovinu na veliko električnom energijom. Komisija je u tom pogledu istaknula da je činjenica da je lignit bio najtraženije gorivo u Grčkoj omogućila DEI-ju da njegovim vađenjem uz relativno nizak trošak proizvede električnu energiju i da je stavi na obvezno dnevno tržište uz privlačniju profitnu maržu od električne energije proizvedene iz drugih goriva. Komisija smatra da je DEI tako mogao održati ili ojačati svoj vladajući položaj na tržištu trgovine na veliko električnom energijom isključujući ili stvarajući prepreku bilo kakvom novom ulasku na to tržište.

21. Podsjetivši u točki 91. pobijane presude da je u Grčkoj nakon liberalizacije tržišta trgovine na veliko električnom energijom stvoreno obvezno dnevno tržište, mehanizam čija pravila funkcioniranja spornom odlukom nisu dovedena u pitanje, a koja su DEI kao i njegovi konkurentni morali poštovati, i da je, osim toga, DEI bio prisutan na tom tržištu i prije njegove liberalizacije, Opći je sud istaknuo sljedeće:

„92 Komisija nije utvrdila da je privilegirani pristup lignitu mogao stvoriti situaciju u kojoj bi [DEI] mogao jednostavnim korištenjem pravima na vađenje zlouporabiti vladajući položaj na tržištu trgovine na veliko električnom energijom ili bi ga se navelo da na tom tržištu počini takve zlouporabe. Isto tako Komisija ne zamjera [DEI-ju] što je bez objektivnog opravdanja proširio svoj vladajući položaj s tržišta opskrbe lignitom na tržište trgovine na veliko električnom energijom.

93 Jednostavno zaključivši da [DEI], nekoć monopolističko poduzeće, na tržištu trgovine na veliko električnom energijom nastavlja održavati vladajući položaj zbog prednosti koju mu pruža privilegiran pristup lignitu i da ta situacija na tom tržištu stvara nejednake mogućnosti [DEI-ja] u odnosu na druga poduzeća, Komisija nije ni dokazala ni dovoljno pravno utvrdila na kakvu bi zlouporabu u smislu članka 82. UEZ-a predmetna državna mjera navela ili mogla navesti [DEI].“

22. Opći je sud nadalje u točkama 94. do 103. pobijane presude ispitao ustaljenu sudsku praksu navedenu u spornoj odluci, prema kojoj država članica krši zabrane nabrojene u članku 86. stavku 1. UEZ-a i članku 82. UEZ-a kada je dotični poduzetnik naveden da samim korištenjem isključivim ili posebnim pravima koja su mu dodijeljena zlouporabljuje svoj vladajući položaj ili kada ta prava mogu stvoriti situaciju u kojoj je naveden da počini takvu zlouporabu. Nakon analize presuda Suda Höfner i Elser, Merci convenzionali porto di Genova, Job Centre, Raso i dr. i MOTOE[8], Opći je sud tako zaključio:

„103 Iz presuda [...] proizlazi da zlouporaba vladajućeg položaja poduzetnika koji ima neko isključivo ili posebno pravo može ili proizaći iz mogućnosti zlouporabe tog prava ili biti izravna posljedica tog prava. Međutim, iz te sudske prakse ne proizlazi da je činjenica da se dotični poduzetnik zbog neke državne mjere nalazi u pogodnijoj situaciji u odnosu na svoje konkurente sama po sebi zlouporaba vladajućeg položaja.“

8 — Presude od 23. travnja 1991., Höfner i Elser (C-41/90, Zb. str. I-1979.); od 10. prosinca 1991., Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Zb. str. I-5889.); od 11. prosinca 1997., Job Centre (C-55/96, Zb. str. I-7119.); od 12. veljače 1998., Raso i dr. (C-163/96, Zb. str. I-533.) te od 1.. srpnja 2008., MOTOE (C-49/07, Zb. str. I-4863.)

23. Naposljetku, Opći je sud u točkama 104. do 118. pobijane presude odgovorio na posljednji Komisijin argument, koja je smatrala da je sporna odluka u skladu sa sudskom praksom prema kojoj se nenarušeni sustav tržišnog natjecanja može jamčiti samo ako se različitim gospodarskim subjektima osiguraju jednake mogućnosti. Komisija je u tom pogledu istaknula da, ako su nejednake mogućnosti među gospodarskim subjektima – i stoga narušavanje tržišnog natjecanja – posljedica državne mjere, takva je mjera povreda članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a.

24. Opći je sud u točki 105. te presude presudio da iz presuda na koje se Komisija poziva, odnosno Francuska/Komisija (tj. „Terminaux de télécommunication"), GB-Inno-BM i Connect Austria[9], ne proizlazi da je, kako bi se smatralo da je došlo do povrede članka 86. stavka 1. UEZ-a, primijenjenog u vezi s člankom 82. UEZ-a, dovoljno utvrditi da neka državna mjera narušava tržišno natjecanje stvarajući nejednake mogućnosti među gospodarskim subjektima a da nije potrebno dokazati poduzetnikovu zlouporabu vladajućeg položaja.

25. Analiziravši te presude, Opći je sud u točki 113. pobijane presude zaključio da, iako je točno da se Sud u svojim presudama koristio formulacijama na koje se pozvala Komisija, potonja ne može upotrebljavati te izraze ne uzimajući u obzir njihov kontekst. Opći je sud usto u točkama 114. do 117. zaključio da Komisijinu tezu ne podupire ni presuda Dusseldorp i dr.[10], na koju se pozvala na raspravi.

26. Opći je sud u točki 118. pobijane presude zaključio da iz te sudske prakse ne proizlazi da Komisija „nije bila dužna dokazati i utvrditi zlouporabu vladajućeg položaja na koju je predmetna državna mjera navela ili mogla navesti [DEI]". Prema mišljenju Općeg suda (t. 87. do 93.) takvo dokazivanje nedostaje u spornoj odluci.

27. Posljedično, Opći sud je u točki 119. spomenute presude presudio da je drugi prigovor koji je u okviru drugog i četvrtog dijela prvog tužbenog razloga istaknuo DEI utemeljen te je poništio spornu odluku „a da nije potrebno ispitati druge preliminarno utvrđene činjenice, dijelove tužbenih razloga i istaknute tužbene razloge".

III – **Žalba**

28. Komisija, DEI i Helenska Republika sudjelovali su u pisanom postupku pred Sudom. Tijekom rasprave koja je održana 3. listopada 2013. sve te stranke kao i Mytilinaios AE, Protergia AE te Alouminion AE (intervenijenti u potporu Komisiji) podnijeli su svoja očitovanja.

29. U prilog svojoj žalbi Komisija ističe dva žalbena razloga.

A – *O prvom žalbenom razlogu*

1. Sinteza argumenata stranaka

30. Svojim prvim žalbenim razlogom koji je usmjeren protiv točaka 94. do 118. pobijane presude, Komisija ističe da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava, a odnosi se na tumačenje i zajedničku primjenu odredaba članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a, presudivši da je Komisija trebala dokazati i utvrditi zlouporabu na koju je predmetna državna mjera navela ili mogla navesti DEI.

9 — Presude od 19. ožujka 1991. (C-202/88, Zb. str. I-1223.), od 13. prosinca 1991. (C-18/88, Zb. str. I-5941.) te od 22. svibnja 2003. (C-462/99, Zb. str. I-5197.)

10 — Presuda od 25. lipnja 1998. (C-203/96, Zb. str. I-4075.)

31. Prema mišljenju Komisije, ta državna mjera sama po sebi krši članak 86. stavak 1. UEZ-a te članak 82. UEZ-a. Dakle, bilo bi dovoljno dokazati da je ta mjera uistinu (već) stvorila nejednake mogućnosti dajući prednost privilegiranom javnom poduzeću i da je zbog toga utjecala na strukturu tržišta omogućujući tom poduzeću da održi, ojača ili proširi svoj vladajući položaj na drugo susjedno ili silazno tržište sprečavajući, primjerice, ulazak novih konkurenata na to tržište.

32. Posljedica je toga Komisijin prigovor Općem sudu da je na činjenice u predmetu pogrešno primijenio sudsku praksu Suda i da je iskrivio temelj sporne odluke. U tom pogledu ističe da se, suprotno onomu što je smatrao Opći sud, ta odluka nije temeljila na utvrđenju da je činjenica da se DEI zbog predmetnih državnih mjera našao u pogodnijem položaju od svojih konkurenata sama po sebi zlouporaba vladajućeg položaja. Naprotiv, spomenuta odluka pojasnila je povredu izlažući da su predmetne državne mjere stvorile nejednake mogućnosti između DEI-ja i njegovih konkurenata i da je DEI samim korištenjem pravima koja su mu dodijeljena bio u mogućnosti proširiti svoj vladajući položaj s tržišta (uzlazno) opskrbe lignitom na tržište (silazno) trgovine na veliko električnom energijom u Grčkoj. To proširenje na silazno tržište imalo je za posljedicu ograničenje tržišnog natjecanja na potonjem time što se isključio ulazak novih konkurenata, čak i nakon usvajanja mjera liberalizacije tog tržišta. Usto, DEI-jevim konkurentima nije dodijeljeno nikakvo pravo nad nijednim važnim ležištem lignita, unatoč zahtjevima u tom smislu.

33. Budući da se u spornoj odluci pojasnilo kako su, s jedne strane, održavanje na snazi spornih državnih mjera i, s druge strane, samo korištenje privilegiranim pravima dodijeljenima DEI-ju kao i njegovo ponašanje na silaznom tržištu, doveli do opasnosti od zlouporabe njegova vladajućeg položaja na tom tržištu isključujući ili sprečavajući ulazak novih konkurenata, Komisija je zadovoljila sve kriterije koje je sudska praksa Suda utvrdila u odnosu na primjenu članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a.

34. DEI i Helenska Republika smatraju da taj žalbeni razlog nije utemeljen. Iz sudske prakse Suda u biti proizlazi da, kako bi mogla primijeniti članak 86. stavak 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a, Komisija treba utvrditi zlouporabu na koju je državna mjera o kojoj je riječ navela ili je mogla navesti dotičnog poduzetnika. Činjenica da predmetna državna mjera dovodi do situacije nejednakih mogućnosti doista jest nužan, ali ne i dovoljan uvjet da bi se opravdala primjena spomenutih članaka. Komisija je zapravo pokušala pretvoriti članak 86. stavak 1. UEZ-a u samostalnu i višu odredbu. Opći je sud pak ispravno primijenio spomenutu sudsku praksu na činjenice u ovom predmetu.

2. Analiza

35. Formalno podijelivši taj žalbeni razlog u tri međusobno povezana dijela, Komisija u biti ističe da praksa Suda ne zahtijeva dokazivanje konkretne zlouporabe, u smislu članka 82. UEZ-a, na strani javnog ili privilegiranog poduzetnika kada državna mjera između tog poduzetnika i njegovih konkurenata stvara nejednake mogućnosti koje narušavaju tržišno natjecanje.

36. Najprije ću se, glede tog pitanja, vratiti relevantnim dijelovima pobijane presude.

37. U točki 86. svoje presude Opći sud ističe: „najprije je potrebno primijetiti da su zabrane predviđene člankom 86. stavkom 1. UEZ-a namijenjene državama članicama, dok je članak 82. UEZ-a namijenjen poduzetnicima te im zabranjuje zlouporabu vladajućeg položaja. U slučaju zajedničke primjene tih dviju odredaba, moguće je utvrditi da je država članica prekršila članak 86. stavak 1. UEZ-a samo ako je državna mjera u suprotnosti s člankom 82. UEZ-a. *Stoga se postavlja pitanje u kojem opsegu bi bilo potrebno dokazati poduzetnikovu zlouporabu vladajućeg položaja, makar samo kao potencijalnu, kada je ta zlouporaba povezana s državnom mjerom*“ (moje isticanje).

38. Nadalje, u točki 93. pobijane presude Opći je sud presudio da „Komisija nije dokazala niti dovoljno pravno utvrdila na koju je zlouporabu u smislu članka 82. UEZ-a predmetna državna mjera navela ili mogla navesti [DEI]“.

39. Konačno, u točki 118. pobijane presude, Opći sud je istaknuo da sudska praksa na koju se poziva Komisija ne dopušta „da se ne uzme u obzir sudska praksa navedena u točki 94. [te presude [11]] te da se utemelji jedino na pitanju jesu li nejednake mogućnosti među gospodarskim subjektima te dakle narušeno tržišno natjecanje posljedica državne mjere?“.

40. Mislim da stajalište Općeg suda koje kao uvjet zajedničke primjene članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a zahtijeva utvrđenje i dokaz zlouporabe u smislu članka 82. UEZ-a (t. 118. druga rečenica i t. 105. na kraju pobijane presude) ne odgovara tumačenju koje nameće praksa Suda koju ću u nastavku analizirati.

41. Zanimljivo je navesti da nema mnogo predmeta koji se odnose na članak 86. UEZ-a i da su većinom vezani za prethodna pitanja. Štoviše, ako ne griješim, ovo je prvi put da se navelo Opći sud da donese odluku o Komisijinoj odluci koja se temelji na primjeni tog članka u vezi s člankom 82. UEZ-a.

42. Teorija o „proširenju vladajućeg položaja“(ili teorija „učinaka“) [12] – tako nazvana zato što državna mjera koja uzrokuje proširenje tog položaja s jednoga tržišta na drugo tržište ima učinke slične onima koji proizlaze iz zlouporabe tog vladajućeg položaja – pojavila se u praksi Suda s gore navedenom presudom GB-Inno-BM [13] iz 1991.

43. U tom predmetu Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) tvrdio je da „povreda članka 86. stavka 1. UEZ-a može biti utvrđena samo ako je država članica potaknula zlouporabu koju je zapravo počinio RTT, primjenjujući, primjerice, na diskriminirajući način pravila o odobrenju“. RTT je, međutim, istaknuo da „u zahtjevu za prethodnu odluku *nije [utvrđena] nikakva stvarna zlouporaba* te da sama mogućnost primjene tih pravila na diskriminirajući način zbog činjenice da je RTT imenovan tijelom nadležnim za odobrenje, iako je RTT konkurent poduzetnikâ koji zahtijevaju odobrenje, ne znači sama po sebi zlouporabu u smislu članka [82. UEZ-a]“ (moje isticanje) (t. 23. te presude).

44. Sud nije prihvatio argumentaciju RTT-a, presudivši da „je *proširenje monopola* glede postavljanja i korištenja telefonske mreže na tržištu telefonima bez objektivnog opravdanja *kao takvo zabranjeno* člankom [82. UEZ-a] ili člankom [86. stavkom 1. UEZ-a] u vezi s člankom [82. UEZ-a], kada je to proširenje *posljedica* državne mjere“ (moje isticanje) (t. 24. navedene presude).

45. Štoviše, Sud u točki 20. te presude objašnjava da „članak [86. stavak 1. UEZ-a] zabranjuje državama članicama da putem zakonodavnih, upravnih ili regulatornih mjera javne poduzetnike ili poduzetnike kojima dodjeljuju posebna ili isključiva prava stave u situaciju u koju ti poduzetnici ne bi mogli biti dovedeni svojim samostalnim djelovanjem a da pritom ne prekrše odredbe članka [82.] UEZ-a“.

11 — To jest gore navedene presude Raso i dr. (t. 27.); Höfner i Elser (t. 29.); Merci convenzionali porto di Genova (t. 17.); Job Centre (t. 31.) te MOTOE (t. 50. i 51.)

12 — Vidjeti uvodne izjave 180. do 183. te 191. do 199. sporne odluke (za argumente koji se odnose na analizu te teorije). Također vidjeti uvodne izjave 200. do 237. (gdje je Komisija preispitala te u konačnici odbila dodatne argumente koji se između ostaloga odnose na konkurentnost lignita).

13 — Komisija je tu teoriju već upotrijebila u dvije odluke koje se temelje na članku 86. UEZ-a u vezi sa sustavom djelatnosti ubrzane dostave u Španjolskoj (Odluka 90/456/EEZ od 1. kolovoza 1990., koja se odnosi na pružanje usluga međunarodne brze dostave u Španjolskoj (SL L 233, str. 19.) (neslužbeni prijevod)), te u Nizozemskoj (Odluka 90/16/EEZ od 20. prosinca 1989., koja se odnosi na pružanje usluga međunarodne brze dostave u Nizozemskoj (SL 1990., L 10, str. 47.) (neslužbeni prijevod)).

46. Nastavno na to, Sud u točki 25. iste presude smatra da „nenarušeni sustav tržišnog natjecanja, kako je predviđen Ugovorom, može biti zajamčen samo ako se različitim gospodarskim subjektima osiguraju jednake mogućnosti“. Podsjećam da je Komisija u ovom predmetu prigovorila Helenskoj Republici upravo to da je stvorila nejednake mogućnosti među gospodarskim subjektima i stoga narušila tržišno natjecanje, ojačavši tako vladajući položaj društva DEI (vidjeti t. 12. ovog mišljenja).

47. U presudi Španjolska i dr./Komisija (tj. „Telekomunikacijske usluge“) [14] Sud je presudio da se isti zaključak nameće kada se monopol uspostavljanja i korištenja mreže širi i na tržište telekomunikacijskih usluga.

48. U gore navedenoj presudi Raso i dr. Sud je presudio da se „za pravni okvir poput onoga koji proizlazi iz [državne mjere] treba smatrati kao da je *sam po sebi* suprotan članku [86. stavku 1. UEZ-a] u vezi s člankom [82. UEZ-a]. U tom pogledu, *nevažno je što sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku nije utvrdio stvarnu zlouporabu od strane bivšeg društva za lučke usluge koje je preoblikovano* [neslužbeni prijevod]“ [15] (moje isticanje).

49. Kao što proizlazi iz te presude (t. 27.), iako sama činjenica da dodjelom isključivih prava dolazi do stvaranja vladajućeg položaja u smislu članka 86. stavka 1. UEZ-a nije kao takva nespojiva s člankom 82. UEZ-a, država članica krši zabrane određene tim dvjema odredbama kada se poduzetnika o kojemu je riječ navodi da jednostavnim korištenjem isključivim ili posebnim pravima koja su mu dodijeljena zlouporabljuje svoj vladajući položaj ili kada ta prava mogu stvoriti situaciju u kojoj ga se navodi da počini takvu zlouporabu.

50. Sud je u točki 28. iste presude dodao da „valja utvrditi da ako sustav utvrđen Zakonom iz 1994. bivšem društvu za lučke usluge koje je preoblikovano ne dodjeljuje samo isključivo pravo da koncesionarima terminala i drugim poduzetnicima koji imaju dozvolu za obavljanje djelatnosti u luci osigura privremenu radnu snagu već mu usto omogućava, kako to proizlazi iz točke 17. [te] presude, da tim poduzetnicima konkurira na tržištu lučkih usluga, tada se to bivše društvo za lučke usluge koje je preoblikovano *nalazi u sukobu interesa*“ (moje isticanje) [16].

51. Naime, društvo za lučke usluge o kojemu je riječ u gore navedenom predmetu Raso i dr. samim se provođenjem svojeg monopola nalazilo u mogućnosti da u svoju korist naruši situaciju jednakih mogućnosti među različitim gospodarskim subjektima koji djeluju na tržištu lučkih usluga te ga se navelo da zlouporabi svoj monopol namećući svojim konkurentima na tržištu lučkih usluga previsoke cijene radne snage ili stavljajući im na raspolaganje radnu snagu koja je manje prikladna za radne zadatke koje valja izvršiti (t. 29. i 30. te presude). Stoga, u toj presudi nema traga nikakvom zahtjevu za dokazivanje konkretne zlouporabe u smislu članka 82. UEZ-a, iako Sud utvrđuje da su posljedice zlouporabe vjerojatno uzrokovane državnom mjerom (vidjeti t. 62. ovog mišljenja).

52. Sud niti u presudi TNT Traco [17] nije utvrdio da su Poste Italiane počinile konkretnu zlouporabu, stvarnu ili potencijalnu, u smislu samostalne primjene članka 82. UEZ-a.

53. Slažem se s mišljenjem nezavisnog odvjetnika Albera, koji u točki 65. svojeg mišljenja u tom predmetu jasno navodi da „u slučaju zajedničkog tumačenja članaka [82.] i [86. UEZ-a] nije nužno da svi kriteriji propisani u članku [82. UEZ-a] budu koncentrirani u osobi poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju. Zlouporaba je i ako mjera javnih tijela, a posebice dodjela isključivih prava, dovodi do situacije koja zbog svoje strukture predstavlja zlouporabu“.

14 — *Presuda od 17. rujna 1992. (C-271/90, C-281/90 i C-289/90, Zb. str. I-5833., t. 36.)*

15 — Vidjeti točku 31 presude. Vidjeti također gore navedenu presudu GB-Inno-BM (t. 23. od 25.).

16 — Može se usporediti s DEI-jem, koji je zbog kvazimonopolističkih prava na vađenje lignita koja mu je dodijelila Helenska Republika koristeći lignit samo za vlastitu proizvodnju električne energije mogao isključiti svaki novi ulazak na tržište trgovine na veliko električnom energijom.

17 — Presuda od 17. svibnja 2001. (C-340/99, Zb., str. I-4109.)

54. U gore navedenoj presudi MOTOE, ponovno glede članka 82. i članka 86. stavka 1. UEZ-a, Sud je u točkama 49. do 51. presudio da „država članica krši zabrane navedene u tim dvjema odredbama kada je poduzetnik o kojemu je riječ naveden da jednostavnim korištenjem isključivim ili posebnim pravima koja su mu dodijeljena zlouporabljuje svoj vladajući položaj ili kada ta prava mogu stvoriti situaciju u kojoj je naveden da počini takvu zlouporabu[18]. U tom pogledu, nije nužno da zlouporaba stvarno postoji[19]. U svakom slučaju, postoji povreda članka 82. i članka 86. stavka 1. UEZ-a kada neka mjera pripisiva državi članici te osobito ona kojom ta država dodjeljuje posebna ili isključiva prava u smislu potonje odredbe *stvara opasnost od zlouporabe* vladajućeg položaja[20]. Naime, nenarušeni sustav tržišnog natjecanja, kako je predviđen Ugovorom[21], *može biti zajamčen samo ako se različitim gospodarskim subjektima osiguraju jednake mogućnosti*[22]. Povjeriti zadatak pravnoj osobi poput ELPE [23], koja sama po sebi organizira i u komercijalnu svrhu koristi motociklistička natjecanja, da nadležnom tijelu da svoju suglasnost u vezi s prijavama za organiziranje takvih natjecanja, znači njoj *de facto* dodijeliti ovlast da odredi osobe koje su ovlaštene organizirati navedena natjecanja kao i da odredi uvjete pod kojima se potonja organiziraju te *stoga toj osobi dodijeliti očiglednu prednost u odnosu na njezine konkurente*[24]. *Takvo pravo, dakle, može navesti poduzetnika koji njime raspolaže da drugim subjektima uskrati pristup tržištu o kojemu je riječ.* Ta situacija nejednakih uvjeta tržišnog natjecanja dodatno je naglašena zbog činjenice, koja je potvrđena na raspravi pred Sudom, da kada ELPA organizira ili sudjeluje na motociklističkim natjecanjima, nije dužna pribaviti nikakvu suglasnost da bi joj nadležno tijelo dodijelilo traženu dozvolu“ (moje isticanje).

55. Vjerujem da se iz prethodnoga već može zaključiti sljedeće: „neovisno o svakoj stvarnoj zlouporabi“ postoji povreda odredaba članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a zbog toga što državna mjera stvara opasnost od zlouporabe.

56. Naposljetku, u gore navedenoj presudi Connect Austria Sud je u točki 84. presudio da „ako su nejednake mogućnosti među gospodarskim subjektima i stoga narušavanje tržišnog natjecanja posljedica državne mjere, takva je mjera povreda članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a“. Usto (t. 87.), „nacionalni propis poput onoga u glavnom postupku, koji omogućuje dodjelu dodatnih frekvencija u frekvencijskom pojasu ograničenom na DCS 1800 javnom poduzetniku koji se nalazi u vladajućem položaju, bez plaćanja posebne pristojbe, dok je novi konkurent na dotičnom tržištu morao plaćati pristojbu za svoju licenciju DCS 1800, *može* navesti javnog poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju da narušavanjem tržišnog natjecanja prekrši odredbe članka 82. UEZ-a, *šireći ili jačajući svoj vladajući položaj*, ovisno o tržištu o kojemu je riječ. Budući da je u ovom slučaju narušeno tržišno natjecanje posljedica državne mjere koja stvara situaciju u kojoj nisu osigurane jednake mogućnosti za različite gospodarske subjekte o kojima je riječ, moguće je da to čini povredu članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a“ (moje isticanje).

18 — Za tu točku vidjeti gore navedenu sudsku praksu: gore navedena presuda Höfner i Elser (t. 29.); od 18. lipnja 1991., ERT (C-260/89, Zb. str. I-2925., t. 37.); gore navedena presuda Merci convenzionali porto di Genova (t. 16. i 17.); od 5. listopada 1994., Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Zb. str. I-5077., t. 18.); gore navedena presuda Raso i dr., (t. 27. i 28.); od 21. rujna 1999., Albany (C-67/96, Zb. str. I-5751., t. 93.); od 12. rujna 2000., Pavlov i dr. (C-180/98 do C-184/98, Zb. str. I-6451., t. 127.); od 25. listopada 2001., Ambulanz Glöckner (C-475/99, Zb. str. I-8089., t. 39.) te od 31. siječnja 2008., Centro Europa 7 (C-380/05, Zb. str. I-349., t. 60.). Osobito vidjeti u smislu analogije gore navedenu presudu Connect Austria (t. 80.).

19 — Za tu točku Sud navodi da se točka 36. njegove gore navedene presude odnosi na isti smisao. U biti, potonja precizira da „nije nužno da je zlouporaba o kojoj se radi zaista utjecala na tu trgovinu. Dostatno je utvrditi da je takav učinak svojstven tom postupanju“.

20 — U tom smislu vidjeti gore navedenu sudsku praksu na koju se Sud poziva u toj točki: presude ERT (t. 37.); Merci convenzionali porto di Genova (t. 17.) i Centro Europa 7 (t. 60.).

21 — Uz to što se izrijekom ističe u članku 3. stavku 1. točki (g) UEZ-a, zahtjev za nenarušeno tržišno natjecanje se navodi i u člancima 81. i 89. UEZ-a kao temelj pravila o tržišnom natjecanju.

22 — Za tu točku vidjeti gore navedenu sudsku praksu koju Sud navodi u točki 51. gore navedene presude MOTOE, gore navedene presude Terminaux de télécommunication (t. 51.), GB-Inno-BM (t. 25.) i u istom smislu gore navedene ERT (t. 37.) te Raso i dr. (t. 29. do 31.).

23 — Elliniki Leschi Aftokinitou kai Perigiseon (Helenski klub automobilizma i turizma, u daljnjem tekstu: ELPA)

24 — Po analogiji vidjeti gore navedene presude Terminaux de télécommunication (t. 51.) i GB-Inno-BM (t. 25.), koje navodi Sud.

57. Osim toga napominjem, unatoč tomu što Opći sud u točki 94. svoje presude navodi nekoliko gore navedenih presuda, neobično je da ne slijedi pojašnjenje u tim presudama prema kojem „nije nužno da je do zlouporabe stvarno došlo“ili „da je nevažno što sud koji je uputio prethodno pitanje nije utvrdio stvarnu zlouporabu“ [25].

58. Postoji dakle suštinsko razlikovanje između, s jedne strane, obveze utvrđivanja i dokazivanja stvarnog *postupanja* s ciljem zlouporabe u smislu samostalne primjene članka 82. UEZ-a te, s druge strane, obveze iz zajedničke primjene članka 82. UEZ-a u vezi s člankom 86. stavkom 1. UEZ-a utvrđivanja *posljedice* koja je protivna pravilima tržišnog natjecanja, potencijalne ili stvarne, koja bi mogla proizaći iz predmetne državne mjere koja dodjeljuje privilegirana prava.

59. To razlikovanje između ostaloga može očuvati „koristan učinak“ [26] zajedničke primjene članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a. Naime, ako se zahtijevalo da se utvrdi konkretna zlouporaba u smislu samostalne primjene članka 82. UEZ-a u slučaju proširenja vladajućeg položaja koje je omogućila državna mjera, nije baš jasno koje bi područje primjene moglo zamijeniti zajedničku primjenu članka 82. i članka 86. stavka 1. UEZ-a.

60. Nastavno na prethodno navedeno, mislim da iz prakse Suda proizlazi da državna mjera krši odredbe članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s odredbama članka 82. UEZ-a ako poduzetnik kojemu je državna mjera dodijelila posebna ili isključiva prava, samim korištenjem privilegiranim pravima koje ima, biva naveden ili ne može izbjeći zlouporabu svojeg vladajućeg položaja [27].

61. Drugim riječima, prema praksi Suda, postoji povreda zajedničke primjene odredaba članka 86. stavka 1. i članka 82. UEZ-a a da nije potrebno dokazati postojanje konkretne zlouporabe u smislu članka 82. UEZ-a [28], svaki put kad državna mjera dodjeljujući privilegirana prava (javnom poduzetniku ili poduzetniku koji već ima posebna ili isključiva prava) stvara *nejednake mogućnosti* među gospodarskim subjektima te omogućava poduzetniku koji se nalazi u vladajućem položaju da *narušava tržišno natjecanje samim korištenjem tim pravima*, na primjer, održavajući ili šireći svoj vladajući položaj na silazno tržište ograničavajući tako ulazak potencijalnih konkurenata.

62. U tom smislu potrebno je istaknuti da, kada u određenim predmetima Sud *spominje* ili *utvrđuje* moguće *posljedice* zlouporabe, to čini jedino s ciljem utvrđivanja učinaka protivnih pravilima o tržišnom natjecanju koji bi mogli *proizaći* iz državne mjere, pod uvjetom da ta mjera nije ocjenjena suprotnom zajedničkoj primjeni odredaba članka 86. stavka 1. i članka 82. UEZ-a [29].

25 — Vidjeti gore navedene presude Raso i dr. (t. 31.), MOTOE (t. 49.) kao i presude navedene u bilješkama ovog mišljenja, od 18. do 20. te 22.

26 — Sud je presudio u više predmeta da iako sama činjenica da je neka država dodjeljivanjem isključivih prava stvorila vladajući položaj nije kao takva nespojiva s člankom 86 UEZ-a, Ugovor o EZ-u ipak obvezuje države članice da ne smiju propisivati ili održavati na snazi mjere koje bi mogle poništiti koristan učinak te odredbe. Vidjeti na primjer gore navedene presude ERT (t. 35.) te od 10. veljače 2000., Deutsche Post (C-147/97 i C-148/97, Zb. str. I-825., t. 39.). Kao što je to nezavisni odvjetnik Cruz Vilaça ispravno pojasnio u točki 65. svojeg mišljenja u predmetu Bodson (presuda od 4. svibnja 1988., 30/87, Zb. str. I-2497.), odredba članka 86. stavka 1. UEZ-a „ima za cilj spriječiti da javna tijela koriste posebni odnos nadređenosti koji ih povezuje s određenim skupinama poduzetnika namećući im postupanja koja su zabranjena u Ugovorima ili im dodjeljuje prednosti koje su nespojive sa zajedničkim tržištem“. Odredbe članka 86. UEZ-a unesene su u Ugovor upravo zbog utjecaja koji javna tijela mogu imati u poslovnim odlukama tih poduzetnika. Stoga se članak 86. UEZ-a odnosi samo na poduzetnike za čije postupanje države članice moraju preuzeti *posebnu odgovornost* zbog utjecaja koji mogu imati na to postupanje. Prije svega, potrebno je osigurati da državne intervencije u vezi s tim poduzetnicima nemaju za cilj ili posljedicu ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje ili prouzrokovati nepravilnosti u odnosima tih poduzetnika s privatnim poduzetnicima.

27 — Vidjeti na primjer gore navedenu presudu MOTOE (t. 49. do 51.).

28 — Vidjeti gore navedene presude Telekomunikacijske usluge (t. 36.) i Connect Austria (t. 80. do 84.). Također vidjeti gore navedene presude Terminaux de télécommunication (t. 51.); Dusseldorp i dr. (t. 61. i sljedeće) kao i GB-Inno-BM (t. 20. i 21.). Usto vidjeti Debegioti, S., *„I paravasi ton arthron 106(1) kai 102 SynthLEE enopsei ton apofaseon tou Genikou Dikastiriou tis Enosis gia ton elliniko ligniti“* (Povreda članka 106. stavka 1. i članka 102. UFEU-a u skladu s presudama Općeg suda o grčkom lignitu), Dikaio Epicheiriseon & Etairion (Pravo društava), 2012., str. 900. do 914. Prema mišljenju tog autora, u pobijanoj presudi krivo je protumačena praksa Suda.

29 — U gore navedenoj presudi *Connect Austria* Sud je opisao potencijalnu praksu javnih ili privilegiranih poduzetnika koja nije nužno protuzakonita u smislu članka 82. UEZ-a. Prema tomu, utvrđenje Općeg suda u točki 111. *in fine* pobijane presude, prema kojemu „je Sud time također uzeo u obzir postupanje javnog poduzetnika na tržištu“ čini pogrešku koja se tiče prava, s obzirom na to da u presudi *Connect Austria* nije utvrđeno nikakvo konkretno postupanje.

63. Nasuprot tomu, ako ne postoji državna mjera koja dodjeljuje privilegirana prava, članak 82. UEZ-a mogao bi se primijeniti samo ako je namjerna i samostalna zlouporaba poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju njemu omogućila da proširi svoj vladajući položaj na neko drugo tržište različito od njegovoga [30].

64. Kako je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava presudivši u ovom predmetu da je nužno *utvrditi postupanje* s ciljem konkretne zlouporabe u smislu članka 82. UEZ-a te da nije dovoljno dokazati da učinci koji se protive pravilima o tržišnom natjecanju mogu *proizaći* iz državne mjere kako bi zaključio da postoji povreda zajedničke primjene odredaba članka 86. stavka 1. i članka 82. UEZ-a, prvi žalbeni razlog Komisije čini mi se osnovanim.

65. Stoga, predlažem Sudu da ukine pobijanu presudu.

66. Također predlažem Sudu da u vezi s time ocijeni da stanje postupka dopušta odlučivanje o sporu, s obzirom na to da spis koji mu je predočen sadrži sve elemente koji omogućuju ocijeniti je li Komisija dokazala učinke protivne tržišnom natjecanju koji mogu proizaći iz državne mjere o kojoj je riječ, što je uvjet za zaključak da postoji povreda zajedničke primjene odredaba članka 86. stavka 1. i članka 82. UEZ-a.

67. Iako ne mislim u ovom stadiju da je Komisija zaista utvrdila postojanje konkretne zlouporabe na strani društva DEI, smatram da je dokazala učinke protivne pravilima o tržišnom natjecanju *koji mogu* proizaći iz predmetne državne mjere.

68. Radi se o učincima isključivanja potencijalnih konkurenata radi proširivanja vladajućeg položaja društva DEI s primarnog tržišta opskrbe lignitom na sekundarno tržište trgovine na veliko električnom energijom u Grčkoj. Ti učinci su postojali prije te su se nastavili čak i nakon mjera poduzetih radi liberalizacije tržišta proizvodnje i opskrbe električnom energijom u Grčkoj kao i nakon svibnja 2005. [31], kada je osnovano tržište trgovine na veliko električnom energijom [32]. Ti su učinci na svim razinama odnosnih tržišta, tj. na tržištu opskrbe lignitom i na tržištu proizvodnje električne energije kao i na tržištu (trgovine na veliko) električnom energijom u Grčkoj, ostali nepromijenjeni nakon liberalizacije tržišta.

69. Naime, DEI je bio u mogućnosti održati ili ojačati svoj vladajući položaj na silaznom tržištu o kojemu je riječ, prvo, samim korištenjem svojih privilegiranih prava na lignit (kako prije tako i poslije usvajanja mjera za liberalizaciju tržišta), drugo, zbog učinaka svojeg vlastitog postupanja na silaznom tržištu [33] te, treće, zato što je Helenska Republika odbila dodijeliti novo odobrenje za traženje ili vađenje lignita, premda su (potencijalni) konkurenti DEI-ja pokazali interes (i pokušali ući kako na uzlazno tržište tako i na silazno tržište) [34] i premda je Grčka raspolagala s otprilike 2000 milijuna tona lignita koji još nije bio izvađen [35].

30 — Vidjeti na primjer presude od 13. veljače 1979., Hoffmann-La Roche/Komisija (85/76, Zb. str. 461., t. 91.) te od 10. srpnja 1990., Tetra Pak/Komisija (T-51/89, Zb. str. II-309., t. 23. i 24.).

31 — Od Helenske Republike se tražilo da poduzme mjere liberalizacije tržišta električne energije od veljače 2001., što je propustila učiniti (vidjeti uvodne izjave 61. i 62., 85., 109., 136.3, 147., 150. i 235. sporne odluke).

32 — Opći sud u točki 87. pobijane presude sam priznaje da su mjere koje je poduzela Helenska Republika odnosno privilegije dodijeljene DEI-ju prije 2001. nastavile proizvoditi učinke i nakon 2001.

33 — Vidjeti na primjer uvodne izjave 164., 182., 188. i 189., 191., 193., 195. do 197., 199., 214. i 215., bilješke 237. i 255. te uvodne izjave 223. do 225., 228. i 229., 233. i 238. sporne odluke.

34 — Vidjeti na primjer uvodne izjave 185., 225. i 237. sporne odluke.

35 — Opći sud taj razlog jačanja učinaka koji se protive pravilima o tržišnom natjecanju spominje u točki 88. pobijane presude.

70. U tom kontekstu, želio bih dodati da su Helenska Republika i DEI mogli izbjeći ili ublažiti učinke isključivanja novih konkurenata iz ulaska na sekundarno tržište da su – bilo državnom mjerom bilo postupanjem DEI-ja [36] – novim konkurentima koji se pojavljuju na silaznom tržištu ostavili na raspolaganje *raznovrsnu ponudu izvora energije* (uključujući značajnu količinu lignita).

71. Politika društva DEI u području unosa i određivanja cijena električne energije na obveznom dnevnom tržištu dodatno je ojačala te učinke isključivanja.

72. Slažem se s Komisijom da se, u pravnom smislu, ti učinci koji se protive pravilima tržišnog natjecanja na strukturu tržišta ne razlikuju mnogo od onih učinaka koji su se pokazali u gore navedenim predmetima GB-Inno-BM, Connect Austria, „Telekomunikacijske usluge“ i MOTOE.

73. Zapravo, društvo DEI je samim korištenjem tim privilegiranim pravima na uzlaznom tržištu lignita na kojemu se nalazilo u vladajućem položaju proširilo svoj položaj (i to bez objektivnog opravdanja [37]) na silazno tržište trgovine na veliko električnom energijom te je zbog te činjenice *isključilo ili onemogućilo novi ulazak potencijalnih konkurenata na to tržište*. Privilegirana prava koja su dodijeljena društvu DEI, javnom poduzetniku, već su utjecala na strukturu tržišta stvarajući nejednake mogućnosti i narušavajući tržišno natjecanje na uzlaznom tržištu te je društvo DEI iskoristilo tu situaciju upotrijebivši svoj vladajući položaj na uzlaznom tržištu lignita kao polugu („*leverage*“) kako bi proširilo ili održalo svoj položaj na drugom tržištu koje je usko povezano s primarnim tržištem koje je vertikalno silazno – tržištem proizvodnje električne energije, *čime je isključilo ulazak novih konkurenata na silazno tržište te tako ograničilo tržišno natjecanje*.

74. Mytilinaios AE, intervenijent u predmetu, na raspravi pred Sudom predstavio se, putem svoje podružnice Protergia AE, kao najveći privatni proizvođač električne energije u Grčkoj, kao najveći privatni uvoznik plina u Grčkoj i, putem svoje podružnice Alouminion AE, kao najveći potrošač bazne energije koja predstavlja 6% potrošnje električne energije u Grčkoj, to jest kao istodobno *najveći konkurent i najveći klijent DEI-ja*. Ti poduzetnici naglasili su da sporna odluka čini kamen temeljac razvoja i normalnoga funkcioniranja grčkog tržišta električnom energijom koje *je više od deset godina nakon svoje liberalizacije ostalo pod nadzorom DEI-ja*, s obzirom na to da je tijekom predmetnog razdoblja kao i danas tržišni udjel društva DEI na tržištu vađenja lignita bio 97%, na tržištu proizvodnje električne energije 100% te na tržištu trgovine na malo električnom energijom 100% [38].

75. Prema mišljenju intervenijenata, DEI zbog nepostojanja pritiska konkurencije industrijskim korisnicima nudi najskuplju električnu energiju u Uniji, čime doprinosi nekonkurentnosti grčke industrije. Usto, postoji najmanje 17 odluka RAE-a koje su tijekom 2012. [39] donesene u vezi s pritužbama konkurenata društva DEI koje prema mišljenju intervenijenata dokazuju da se sve što je u

36 — Naime, jednom kada poduzetnik koji ima privilegirana prava na vađenje izvadi lignit, on ga kao proizvod ili i) prodaje na lokalnom tržištu (ili izvozi) ili ii) ga taj poduzetnik koristi kao gorivo za proizvodnju električne energije. Društvo DEI izabralo je drugu opciju te lignit koristi samo za vlastitu proizvodnju električne energije. Vidjeti na primjer uvodne izjave 126. i 127. sporne odluke.

37 — Tijekom upravnog postupka te postupka pred Općim sudom Helenska Republika *ni u jednom trenutku* nije zauzela stajalište da je proširenje vladajućeg položaja DEI-ja s primarnog tržišta opskrbe lignitom na sekundarno (silazno) tržište trgovine na veliko električnom energijom „*objektivno opravdano*“. Vidjeti na primjer uvodnu izjavu 240. sporne odluke.

38 — Vidjeti Odluku br. 822/2012 grčke energetske regulatorne agencije (RAE), koja ističe da „ne postoji tržište električnom energijom koje je rentabilno, s obzirom na to da DEI posjeduje sve elektrane plina i lignita te više od 65% tržišta proizvodnje električne energije, dok njegovi konkurenti koriste novije proizvodne jedinice prirodnog plina“ te, prema tomu, RAE na jednostavan način ističe da nije moguće imati tržište koje normalno funkcionira ni glede proizvodnje ni glede opskrbe.

39 — Osobito vidjeti Odluku br. 822/2012 RAE-a od 17. listopada 2012. o pritužbi RAE-u I-153708/22.03.202 koju je podnijelo društvo G. M. M.LARKO AE protiv DEI-ja, t. 23.: „jasno je da ne postoji tržište električnom energijom koje učinkovito funkcionira; to proizlazi iz toga, bez potrebe za posebnom analizom, što samo [društvo DEI] posjeduje sve termoelektrane na lignit i hidroelektrane u zemlji te što drži više od 65% udjela u tržištu električnom energijom, dok svi njegovi konkurenti crpe prirodni plin iz novih neamortiziranih elektrana i za razliku od njih imaju dotrajale – tj. amortizirane – elektrane na lignit, na prirodni plin ili hidroelektrane. *„Stoga ne može postojati funkcionalno tržište u sektoru opskrbe, s obzirom na to da zapravo i prije svega ukupnost tog tržišta kontrolira DEI.*“ (moje isticanje). Također vidjeti primjera radi Odluku br. 831/2012 kao i Odluku br. 346/2012 te br. 822/2012 RAE-a (potonje naglašavaju zlouporabu vladajućeg položaja od strane DEI-ja, uglavnom na štetu svojih industrijskih korisnika).

spornoj odluci Komisija predvidjela u smislu *potencijalne* zlouporabe *obistinilo*. Također prema mišljenju intervenijenata oni bi zaista bili konkurenti samo ako bi se konkurentima društva DEI omogućio pristup proizvodnji lignita, čime bi se potrošačima omogućilo da plaćaju cijene u skladu s pravilima tržišnog natjecanja [40].

76. Smatram da je Komisija dostatno dokazala da je predmetna državna mjera mogla iskriviti tržišno natjecanje jer je, dodjeljujući privilegirana prava za ležišta lignita te zadržavajući ta prava nakon liberalizacije tržišta električnom energijom u Grčkoj, državna mjera tog javnog poduzetnika stavila ne samo u situaciju u kojoj je on kontrolirao tržište opskrbe lignitom već je bio u mogućnosti koristiti tu kontrolu kako bi isključio svoje konkurente s tržišta trgovine na veliko električnom energijom. Koristeći se svojim privilegiranim pravima te izabravši da na temelju navedenih prava crpi lignit samo za vlastitu proizvodnju električne energije, društvo DEI je bilo u mogućnosti štititi svoj vladajući položaj na tržištu trgovine na veliko električnom energijom i nakon njegove liberalizacije.

77. Općenito govoreći, u predmetima poput ovoga Komisija prilikom zajedničke primjene članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a nije dužna zbog državne mjere podnijeti dokaz konkretne zlouporabe poduzetnika koji se nalazi u vladajućem položaju, u smislu samostalne primjene članka 82. UEZ-a. Nasuprot tomu, Komisija je dužna odrediti učinke koji se protive pravilima tržišnog natjecanja koji bi mogli proizaći iz predmetne državne mjere.

78. Stoga predlažem Sudu da odbije drugi prigovor koji je podnijelo društvo DEI u okviru drugog i četvrtog dijela prvog tužbenog razloga pred Općim sudom, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava kada se primjenjuju odredbe članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a te da predmet vrati Općem sudu kako bi ispitao ostale tužbene razloge koje je podnijelo društvo DEI.

B – *Drugi žalbeni razlog (podredno)*

79. Ispitat ću taj žalbeni razlog samo u slučaju da Sud, odbivši prvi žalbeni razlog Komisije, odluči da zajednička primjena članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a zahtijeva utvrđivanje i dokaz konkretne zlouporabe koju je počinio poduzetnik koji se nalazi u vladajućem položaju u smislu samostalnog članka 82. UEZ-a.

1. Sinteza argumenata stranaka

80. Svojim drugim žalbenim razlogom, koji je također formalno sastavljen od više međusobno povezanih dijelova, Komisija tvrdi da se točke 85. do 93. pobijane presude temelje na nepreciznom, manjkavom i nedostatnom obrazloženju, na pogrešnoj kvalifikaciji i iskrivljavanju dokaza kao i pogrešnom tumačenju osnove sporne odluke.

81. U osnovi ona ističe – suprotno onome što je tvrdila u prvom žalbenom razlogu – da iako zajednička primjena članka 86. stavka 1. u vezi s člankom 82. UEZ-a zahtijeva dokaz o postojanju konkretne zlouporabe koju je počinio poduzetnik koji se nalazi u vladajućem položaju, sporna bi odluka utvrdila postojanje takvog postupanja u predmetnom slučaju.

40 — Vidjeti uvodne izjave 255., 215. i 244. sporne odluke, koje se pozivaju na funkcioniranje tržišta opskrbe električnom energijom i slučajeve malih proizvođača.

82. Komisija ističe da se, u točkama 79. do 93. pobijane presude, ocjena Općeg suda temelji na netočnom obrazloženju, pogrešnoj kvalifikaciji dokaza te iskrivljavanju osnove odluke Komisije, s obzirom na to da je Opći sud propustio ispitati, unatoč tome što tvrdi u točkama 87. do 91., suštinsku važnost određenih čimbenika, a to je, s jedne strane, da je Helenska Republika ne samo usvojila sporne mjere prije liberalizacije tržišta električnom energijom u zemlji već ih je i *zadržala* nakon te liberalizacije te, s druge strane, da su učinci koji se protive pravilima o tržišnom natjecanju i nakon svibnja 2005. nastavili nastajati na sekundarnom tržištu trgovine na veliko električnom energijom.

83. Društvo DEI i Helenska Republika najprije tvrde da je drugi žalbeni razlog potpuno nedopušten zbog toga što Komisija tek tijekom žalbenog postupka prvi put zahtijeva da se utvrdi zlouporaba od strane društva DEI. Štoviše, Komisija iskrivljuje utvrđenja Općeg suda i njegovu ocjenu dokaza.

84. Podredno, DEI i Helenska Republika ističu da je drugi žalbeni razlog pravno i činjenično neutemeljen. Točnije, mogućnost društva DEI da u sustavu obveznoga dnevnog tržišta daje niže ponude zbog nižih varijabilnih troškova lignita nije zlouporaba na tržištu trgovine na veliko električnom energijom. Komisija propušta spomenuti da konkurenti društva DEI s dobiti proizvode električnu energiju u elektranama na prirodni plin te da se navedeno tržište razvija u smjeru smanjenja udjela lignita i povećanja udjela prirodnog plina u ukupnoj proizvodnji električne energije. Mogućnost poduzetnika DEI-ja da ostvaruje dobit na osnovi svojeg pristupa lignitu ne može se smatrati zlouporabom ni preprekom stvarnom ulasku na tržište trgovine na veliko električnom energijom kada njegovi konkurenti također ostvaruju dobit i neprekidno povećavaju svoj udio na tom tržištu. Osim toga, relativno nizak trošak lignita nadoknađuju veći investicijski troškovi.

2. Analiza

a) Dopuštenost

85. Suprotno onomu što tvrde DEI i Helenska Republika, jasno je da se ovaj žalbeni razlog ne može u cijelosti odbiti kao nedopušten. Razlog za to je jednostavan: Komisija kritizira obrazloženje pobijane presude i navodi da je Opći sud iskrivio i pogrešno pravno utvrdio stvarne činjenice.

b) Meritum

86. Najprije, glede utvrđenjâ koja je Opći sud iznio u točki 91. pobijane presude, mogu se složiti s Komisijom da ona ne uzimaju u obzir činjenicu da je nevažno to što je DEI bio prisutan na tržištu proizvodnje i opskrbe električnom energijom prije njegove liberalizacije te da mora poštovati pravila funkcioniranja obveznog dnevnog tržišta.

87. Naime, s jedne strane, *učinci* koji se protive pravilima tržišnog natjecanja, a posljedica su predmetnih državnih mjera kao i postupanja društva DEI prije liberalizacije, nastavili su nastajati na sekundarnom tržištu trgovine na veliko električnom energijom i nakon svibnja 2005., dok s druge strane relevantno pitanje nije postupa li DEI u skladu s tim pravilima, već u kojoj mjeri, poštujući ta pravila, ima mogućnost koristiti svoj vladajući položaj i svoju konkurentsku prednost na uzlaznom tržištu kao polugu za usvajanje na silaznom tržištu ponašanja kojemu je cilj zlouporaba, posebice pomoću ponuda koje DEI podnosi na obveznom dnevnom tržištu.

88. Još važnije, pobijana presuda se temelji na premisi da su samo predmetne državne mjere mogle proizvesti postojeće ili potencijalne učinke koji se protive pravilima tržišnog natjecanja (utjecaj i posljedice na konkurente) i da nije dokazana nikakva zlouporaba koju je počinilo društvo DEI, a koja bi mogla tome doprinijeti.

89. Sporna odluka i pobijana presuda te postupak pred Sudom naglasili su različita postupanja društva DEI i na uzlaznom i na silaznom tržištu, koja su prešla jednostavno korištenje pravima koja im je država dodijelila. Činjenica da je ulazak potencijalnih konkurenata na silazno tržište električnom energijom bio isključen ili zapriječen nije dakle posljedica *jedino* državne mjere (kao u gore navedenom predmetu Dusseldorp i dr.), već je (barem djelomično) i posljedica postupanja društva DEI.

90. DEI je tako na uzlaznom tržištu odlučio rezervirati lignit samo za vlastitu proizvodnju električne energije, čime je mogao zaštititi svoj vladajući položaj na tržištu trgovine na veliko električnom energijom (silaznom tržištu) čak i poslije njegove liberalizacije. Naime, ulazak na silazno tržište proizvodnje i opskrbe električnom energijom, između ostaloga, ovisi o pristupu značajnoj količini lignita na uzlaznom tržištu kako bi novi konkurent naposljetku mogao konkurirati društvu DEI pod jednakim uvjetima. No, potencijalni konkurenti su se suočili s dva ograničenja: s jedne strane, odbijanjem Helenske Republike da dodijeli nova prava na vađenje lignita na drugim ležištima te, s druge strane, nadzorom društva DEI nad opskrbom lignitom raspoloživim na grčkom tržištu. Odlučivši rezervirati lignit samo za vlastitu proizvodnju električne energije, umjesto da barem dio proda na navedenom tržištu, DEI je doista isključio potencijalne konkurente iz pristupa lignitu te tako i iz pristupa izvoru najjeftinije energije u Grčkoj, koja je potrebna za isplativu proizvodnju električne energije, a time i za ulazak na silazno tržište proizvodnje i opskrbe električnom energijom.

91. Društvo DEI je na silaznom tržištu u okviru obveznog dnevnog tržišta trgovine na veliko električnom energijom u međupovezanu mrežu (mehanizam trgovine na veliko ili *pool*), po cijeni koju je ono odredilo, unijelo najveće količine električne energije po najnižim cijenama, što mu je omogućilo ne samo da pokrije svoje fiksne i varijabilne troškove već i da ostvari značajne dobiti [41] te, prema tomu, da isključi ili spriječi ulazak posve novoga konkurenta na silazno tržište o kojemu je riječ [42].

92. Iz spisa podnesenog Sudu proizlazi da, suprotno onomu što je Opći sud istaknuo u točki 89. svoje presude, DEI nije bio pasivni sudionik kako je prikazano u pobijanoj presudi, s obzirom na to da je mogao odrediti granice svojega postupanja kako glede korištenja svojih privilegiranih prava na lignit tako i glede unosa električne energije na obvezno dnevno tržište te određivanja njezine cijene.

93. Štoviše, kako to ističe Komisija, Opći sud je u cijelosti propustio uzeti u obzir neraskidivu povezanost i neizbježnu „opasnost“od „zlouporabe“ koja proizlazi iz predmetnih državnih mjera, uglavnom zbog toga što se društvo DEI koristilo svojim privilegiranim pravima na silaznom tržištu iako je bilo u mogućnosti predvidjeti uzročno-posljedičnu vezu između svojeg postupanja kako na uzlaznom tako i na silaznom tržištu te neminovno negativne učinke na svoje postojeće i potencijalne konkurente na potonjem tržištu.

94. Osim što Opći sud nije ispitao sve dokaze koji su spomenuti u spornoj odluci Komisije ni dokaze koje su stranke podnijele u postupku pred Općim sudom (Komisija je podnijela niz datoteka, statističkih podataka i izvješća o postupanju društva DEI nakon 1995.), osobito posebne dokaze koji su podneseni na njegov zahtjev i spomenuti u točkama 49. i 87. do 91. pobijane presude, u pobijanoj

41 — Vidjeti uvodne izjave 83. do 90. sporne odluke i točku 90. pobijane presude.

42 — Vidjeti uvodne izjave 84. do 98., 199., 215. (kao i bilješke 237. i 255.), 222. do 225., 228. i 229. te 237. sporne odluke. Također vidjeti pisana očitovanja Komisije od 7. ožujka 2011., koja su podnesena Općem sudu na njegov poseban zahtjev kako se navodi u točki 49. pobijane presude. To proizlazi i iz odgovora Helenske Republike na pitanja Općeg suda, od 1.. veljače 2011.

presudi ne nalazim obrazloženje [43] koje upućuje na zaključak da gore navedena postupanja nisu zlouporaba, tim više što smatram da je na poduzetniku koji se nalazi u vladajućem položaju, *neovisno o razlozima takvoga položaja*, posebna odgovornost da svojim postupanjem ne šteti i ne narušava stvarno tržišno natjecanje na zajedničkom tržištu [44].

95. Naime, smatram da, iako se pojam posebne odgovornosti razvijao i primjenjivao na poduzetnike koji se nalaze u vladajućem položaju na temelju članka 82. UEZ-a, taj pojam, u okviru zajedničke primjene članka 82. UEZ-a u vezi s člankom 86. stavkom 1. UEZ-a, također može biti važan za javne ili privilegirane poduzetnike koji imaju posebna ili isključiva prava na temelju državnih mjera.

96. U tim okolnostima i posebice u odnosu na obveze država članica, slažem se s nezavisnim odvjetnikom da Cruzom Vilaçom [45] da: „se članak 86. UEZ-a odnosi samo na poduzetnike *za čije postupanje države članice moraju preuzeti posebnu odgovornost* s obzirom na utjecaj koji mogu imati na takvo postupanje. Prije svega, potrebno je osigurati da intervencija države (u smislu ‚javnih tijela', kako je Sud protumačio taj pojam) u vezi s tim poduzetnicima nema za cilj ili posljedicu ograničiti ili narušiti tržišno natjecanje ili prouzrokovati nepravilnosti u odnosima tih poduzetnika s privatnim poduzetnicima".

97. Iz prethodno navedenih razmatranja proizlazi da se ocjene Općeg suda u točkama 85. do 93. pobijane presude temelje na netočnom ili nedostatnom obrazloženju. Stoga je Komisija, iako Opći sud tvrdi suprotno, s pravom prigovorila društvu DEI te smatram da je u spornoj odluci čak i dokazala da je DEI, bez objektivnog opravdanja, proširio svoj vladajući položaj s tržišta opskrbe lignitom na silazno tržište trgovine na veliko električnom energijom u Grčkoj.

98. Stoga predlažem Sudu da prihvati drugi žalbeni razlog Komisije, poništi presudu Općeg suda zbog netočnog ili nedostatnog obrazloženja te predmet vrati Općem sudu kako bi ispitao druge tužbene razloge.

IV – **Zaključak**

99. Uzimajući u obzir prethodna razmatranja, predlažem Sudu da odluči na sljedeći način:

1. Primarno:

   — ukinuti presudu Općeg suda Europske unije DEI/Komisija (T-169/08);

   — odbiti drugi prigovor koji je društvo Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) istaknulo pred Općim sudom u okviru drugog i četvrtog dijela prvog tužbenog razloga, koji se temelji na pogrešci koja se tiče prava prilikom zajedničke primjene odredaba članka 86. stavka 1. UEZ-a u vezi s člankom 82. UEZ-a;

   — predmet vratiti Općem sudu Europske unije;

   — o troškovima odlučiti naknadno.

43 — Žalba je dopuštena ako presuda sadrži proturječno ili nedostatno obrazloženje. U tom smislu vidjeti presude od 17. prosinca 1998., Baustahlgewebe/Komisija (C-185/95 P, Zb., str. I-8417., t. 25.); od 25. siječnja 2007., Sumitomo Metal Industries i Nippon Steel/Komisija (C-403/04 P i C-405/04 P, Zb. str. I-729., t. 77.) i od 9. rujna 2008., FIAMM i dr./Vijeće i Komisija (C-120/06 P i C-121/06 P, Zb. str. I-6513., t. 90.) kao i od 16. srpnja 2009., Der grüne Punkt – Duales System Deutschland/Komisija (C-385/07 P, Zb. str. I-6155., t. 71.). Osim toga, Opći sud mora obrazložiti svoje presude na način koji će Sudu omogućiti da provede nadzor nad mogućim iskrivljavanjem sadržaja dokaza koji su izneseni pred njega (vidjeti presude od 15. lipnja 2000., Dorsch Consult/Vijeće i Komisija (C-237/98 P, Zb. str. I-4549., t. 50. i 51.) i od 12. srpnja 2005., Komisija/CEVA i Pfizer (C-198/03 P, Zb. str. I-6357., t.50.)).

44 — Vidjeti osobito presude od 9. studenoga 1983., Michelin/Komisija (322/81, Zb. str. 3461., t. 57.). Vidjeti također presude od 16. ožujka 2000., Compagnie maritime belge transports i dr./Komisija (C-395/96 P i C-396/96 P, Zb. str. I-1365., t. 34.) i gore navedenu ERT (t. 35.).

45 — Vidjeti njegova mišljenja koja je donio povodom gore navedene presude Bodson (t. 67. i 68.).

2. Podredno:

— ukinuti presudu Općeg suda Europske unije DEI/Komisija (T-169/08);

— predmet vratiti Općem sudu Europske unije;

— o troškovima odlučiti naknadno.