



Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
MELCHIOR WATHELET
presentate il 5 dicembre 2013¹

Causa C-553/12 P

**Commissione europea
contro**

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)

«Impugnazione — Concorrenza — Articoli 82 CE e 86, paragrafo 1, CE — Mantenimento dei diritti privilegiati concessi dalla Grecia a favore di un'impresa pubblica per la prospezione e lo sfruttamento dei giacimenti di lignite — Vantaggio concorrenziale sul mercato della fornitura di lignite e sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica in virtù dell'esercizio di tali diritti — Estensione della posizione dominante dal primo al secondo di tali mercati — Obbligo per la Commissione di accertare un comportamento abusivo da parte dell'impresa pubblica»

1. Con la presente impugnazione la Commissione europea chiede l'annullamento della sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 20 settembre 2012², con la quale quest'ultimo ha annullato la decisione della Commissione³ relativa ai diritti di prospezione e sfruttamento di giacimenti di lignite che la Repubblica ellenica ha concesso alla Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (in prosieguito: la «DEI»)⁴ e mantenuto a suo favore.

2. Con la suddetta decisione, la Commissione aveva in particolare accertato che la concessione e il mantenimento di tali diritti erano contrari all'articolo 86, paragrafo 1, CE in combinato disposto con l'articolo 82 CE (divenuti articoli 106, paragrafo 1, TFUE e 102 TFUE⁵), poiché creavano una situazione di disparità di opportunità tra gli operatori economici nell'accesso ai combustibili primari per la produzione di energia elettrica e consentivano alla DEI di mantenere o di rafforzare la sua posizione dominante sul mercato greco all'ingrosso dell'energia elettrica, escludendo o ostacolando l'ingresso sul mercato di nuovi concorrenti.

I – Fatti

3. La DEI è stata costituita nel 1950 sotto forma di un'impresa pubblica appartenente allo Stato greco. Essa beneficiava del diritto esclusivo di produrre, trasportare e fornire energia elettrica in Grecia. Nel 1996 è stata trasformata in una società per azioni detenuta dallo Stato quale azionista unico.

1 — Lingua originale: il francese.

2 — Sentenza DEI/Commissione (T-169/08; in prosieguito: la «sentenza impugnata»).

3 — Decisione C(2008) 824 def. della Commissione, del 5 marzo 2008 (in prosieguito: la «decisione controversa»).

4 — Si tratta della società elettrica pubblica, il cui titolo inglese è The Public Power Corporation, talvolta denominata anche PPC.

5 — Nelle presenti conclusioni utilizzerò la vecchia numerazione, dal momento che la decisione controversa è stata adottata nella vigenza del Trattato CE.

4. Il 1° gennaio 2001 la DEI è stata trasformata in società per azioni in conformità, in particolare, della legge greca n. 2773/1999, relativa alla liberalizzazione del mercato dell'elettricità (FEK A' 286), che ha tra l'altro trasposto la direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 1996, concernente norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica (GU 1997, L 27, pag. 20). Secondo l'articolo 43, paragrafo 3, di tale legge, la partecipazione dello Stato al capitale della ricorrente non può in nessun caso essere inferiore al 51% delle azioni con diritto di voto, anche a seguito di un aumento di capitale. La Repubblica ellenica detiene attualmente il 51,12% delle azioni di tale impresa. A partire dal 12 dicembre 2001 le azioni della DEI sono quotate alla Borsa di Atene (Grecia) e alla Borsa di Londra (Regno Unito).

5. Tutte le centrali elettriche greche funzionanti a lignite appartengono alla DEI. Secondo l'Istituto greco di ricerche geologiche e minerarie, le riserve conosciute di tutti i giacimenti di lignite in Grecia erano stimate, al 1° gennaio 2005, a 4 415 milioni di tonnellate. Secondo la Commissione europea, esistono 4 590 milioni di tonnellate di riserve di lignite in Grecia.

6. La Repubblica ellenica ha attribuito alla DEI diritti di prospezione e sfruttamento della lignite per miniere le cui riserve ammontano a circa 2 200 milioni di tonnellate; 85 milioni di tonnellate di riserve appartengono a soggetti privati terzi, mentre sugli altri giacimenti pubblici, pari a circa 220 milioni di tonnellate di riserve, sono stati concessi diritti di prospezione e di sfruttamento a soggetti privati terzi che approvvigionano però in parte le centrali elettriche della DEI. Per circa 2 000 milioni di tonnellate di riserve di lignite in Grecia non è stato ad oggi attribuito alcun diritto di sfruttamento.

7. A seguito dell'entrata in vigore della direttiva 96/92, il mercato greco dell'energia elettrica è stato aperto alla concorrenza. Nel maggio 2005 è stato creato un mercato giornaliero obbligatorio per tutti i venditori e acquirenti di elettricità nella rete interconnessa greca che comprende la Grecia continentale e talune isole greche. Su tale mercato i produttori e gli importatori di elettricità immettono e vendono la loro produzione e le loro importazioni su base giornaliera⁶.

8. Nel 2003 la Commissione ha ricevuto un reclamo presentato da un privato che chiedeva che la sua identità restasse riservata. Secondo l'autore del reclamo, la decisione dello Stato greco di concedere alla DEI una licenza esclusiva di prospezione e sfruttamento della lignite in Grecia era in contrasto con l'articolo 86, paragrafo 1, CE, letto in combinato disposto con l'articolo 82 CE. A seguito di un lungo confronto con la Repubblica ellenica, che ha avuto luogo tra il 2003 e il 2008, la Commissione ha adottato la decisione controversa.

9. In tale decisione, la Commissione osserva che la Repubblica ellenica, fin dall'adozione della direttiva 96/92, la cui trasposizione era prevista al più tardi per il 19 febbraio 2001, era a conoscenza del fatto che il mercato dell'energia elettrica doveva essere liberalizzato. Essa aggiunge che la Repubblica ellenica ha adottato taluni provvedimenti statali relativi a due mercati distinti, quello della fornitura di lignite e quello all'ingrosso dell'elettricità, che riguarda la produzione e la fornitura di energia elettrica nelle centrali e la sua importazione tramite dispositivi di interconnessione.

10. Secondo la Commissione, la DEI deteneva sui suddetti due mercati una posizione dominante con una quota di mercato superiore, rispettivamente, al 97% e all'85%. Non vi sarebbero state, inoltre, prospettive per l'ingresso di nuovi concorrenti in grado di sottrarre alla DEI una quota significativa del mercato all'ingrosso dell'elettricità e le importazioni, pari al 7% del consumo totale, non costituivano un reale ostacolo concorrenziale su tale mercato.

6 — Per una descrizione del funzionamento del mercato giornaliero obbligatorio, v. punti da 12 a 14 della sentenza impugnata.

11. Per quanto attiene ai provvedimenti statali qui considerati, la Commissione evidenzia che alla DEI sono stati attribuiti⁷ diritti di sfruttamento per il 91% di tutti i giacimenti pubblici di lignite per i quali sono stati concessi diritti. Essa precisa che durante il periodo di applicazione di tali provvedimenti, malgrado le possibilità offerte dalla normativa nazionale, non sono stati concessi altri diritti su giacimenti significativi. Essa rileva inoltre che la DEI ha ottenuto diritti di prospezione senza gara d'appalto su taluni giacimenti sfruttabili per i quali non erano ancora stati concessi diritti di sfruttamento. La Commissione aggiunge infine che le centrali funzionanti a lignite, le meno costose in Grecia, sono le più utilizzate, con una produzione pari al 60% dell'elettricità destinata ad approvvigionare la rete interconnessa.

12. Grazie alla concessione alla DEI e al mantenimento a suo favore di diritti di sfruttamento della lignite quasi monopolistici che le garantiscono un accesso privilegiato al combustibile più attrattivo esistente in Grecia per la produzione di elettricità, la Repubblica ellenica avrebbe creato così una disparità di opportunità tra gli operatori economici sul mercato all'ingrosso dell'elettricità e quindi falsato la concorrenza e rafforzato in tal modo la posizione dominante della DEI, escludendo o ostacolando l'accesso al mercato di nuovi concorrenti, nonostante la liberalizzazione del mercato all'ingrosso dell'elettricità.

13. Con la decisione controversa, la Commissione chiedeva inoltre alla Repubblica ellenica di informarla, entro due mesi a partire dalla notifica di tale decisione, delle misure che essa intendeva adottare per correggere gli effetti anticoncorrenziali dei provvedimenti statali controversi, indicando che tali misure dovevano essere adottate e attuate entro otto mesi a decorrere dalla sua decisione.

II – Ricorso dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

14. Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 13 maggio 2008, la DEI ha proposto un ricorso diretto all'annullamento della decisione controversa. Nel corso del procedimento la Repubblica ellenica è intervenuta a sostegno della DEI, mentre l'Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA) e l'Energeiaki Thessalonikis AE, società per azioni attive nel settore della produzione di energia elettrica in Grecia, sono intervenute a sostegno delle conclusioni della Commissione dirette al rigetto del ricorso.

15. A sostegno del suo ricorso la DEI ha invocato quattro motivi, vertenti in primis su un errore di diritto nell'applicazione del combinato disposto dell'articolo 86, paragrafo 1, CE e dell'articolo 82 CE e su un errore manifesto di valutazione; in secondo luogo, sulla violazione dell'obbligo di motivazione previsto dall'articolo 253 CE; in terzo luogo, da un lato, sulla violazione dei principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento e di tutela della proprietà privata e, dall'altro, sull'esistenza di uno sviamento di potere, e, in quarto luogo, sulla violazione del principio di proporzionalità.

16. Il primo motivo si articolava in cinque capi, di cui il primo e il quarto mettevano in discussione la conclusione della Commissione a detta della quale l'esercizio del diritto di sfruttamento della lignite accordato alla DEI avrebbe comportato l'estensione della sua posizione dominante dal mercato della lignite al mercato all'ingrosso dell'energia elettrica, in violazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE. In sostanza, la DEI ha dedotto due censure avverso la suddetta conclusione della Commissione.

17. Con la seconda di tali censure, esaminata per prima dal Tribunale, la DEI ha contestato alla Commissione di non aver accertato l'esistenza di un abuso reale o potenziale della sua posizione dominante sui mercati di cui trattasi, mentre tale prova sarebbe una condizione preliminare per l'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE.

7 — In forza del decreto legislativo greco n. 4029/1959 del 12 e 13 novembre 1959 (FEK A' 250) e della legge greca n. 134/1975 del 23 e 29 agosto 1975 (FEK A' 180).

18. Al punto 85 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato che la controversia, nella specie, si focalizzava essenzialmente sulla questione se la Commissione dovesse individuare un abuso, reale o potenziale, della posizione dominante della DEI o se le fosse richiesto soltanto di accertare che i provvedimenti statali di cui trattasi alteravano la concorrenza creando una disparità di opportunità tra gli operatori economici a favore della DEI.

19. Per quanto attiene al mercato della fornitura di lignite, il Tribunale ha osservato, certo, ai punti da 87 a 89 della sentenza, che, con i provvedimenti statali di cui trattasi, la Repubblica ellenica aveva concesso alla DEI diritti di sfruttamento della lignite per miniere le cui riserve ammontano a circa 2 200 milioni di tonnellate, che tali provvedimenti, anteriori alla liberalizzazione del mercato dell'elettricità, erano stati mantenuti e continuavano a incidere su tale mercato e inoltre che, nonostante l'interesse che i concorrenti della DEI avevano manifestato, nessun operatore economico aveva potuto ottenere dalla Repubblica ellenica diritti di sfruttamento su altri giacimenti di lignite, per quanto la Grecia disponesse di circa 2 000 milioni di tonnellate di lignite non ancora sfruttate. Esso ha tuttavia ritenuto che l'impossibilità, per gli altri operatori economici, di accedere ai giacimenti di lignite ancora disponibili non poteva essere imputata alla DEI, dal momento che la concessione delle licenze di sfruttamento di lignite dipendeva esclusivamente dalla volontà della Repubblica ellenica. Il Tribunale ha aggiunto che il ruolo della DEI su detto mercato si era limitato allo sfruttamento dei giacimenti sui quali essa deteneva i diritti e che la Commissione non aveva sostenuto che essa aveva abusato, per quanto riguarda l'accesso alla lignite, della sua posizione dominante sul mercato della fornitura di tale materia prima.

20. Il Tribunale ha analizzato poi, ai punti da 90 a 93 della sua sentenza, l'osservazione della Commissione secondo cui l'impossibilità per i concorrenti della DEI di entrare sul mercato della fornitura di lignite si ripercuoteva sul mercato all'ingrosso dell'elettricità. La Commissione aveva sostenuto a tal proposito che, posto che la lignite era il combustibile più attrattivo in Grecia, il suo sfruttamento consentiva di produrre elettricità a un costo variabile contenuto e di immetterla sul mercato giornaliero obbligatorio con un margine di profitto più interessante rispetto all'elettricità prodotta a partire da altri combustibili. Secondo la Commissione, la DEI poteva così mantenere o rafforzare la sua posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità, escludendo o ostacolando l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato.

21. Dopo aver ricordato al punto 91 della sentenza impugnata che, a seguito della liberalizzazione del mercato all'ingrosso dell'elettricità, era stato creato in Grecia un mercato giornaliero obbligatorio le cui regole di funzionamento non erano state rimesse in discussione dalla decisione impugnata e dovevano essere rispettate tanto dalla DEI quanto dai suoi concorrenti e, inoltre, che la DEI era presente su tale mercato prima della sua liberalizzazione, il Tribunale ha osservato quanto segue:

«92 Orbene, la Commissione non ha dimostrato che l'accesso privilegiato alla lignite sarebbe stato tale da creare una situazione nella quale, con il semplice esercizio dei suoi diritti di sfruttamento, la [DEI] avrebbe potuto commettere abusi di posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità o sarebbe stata indotta a commettere siffatti abusi su tale mercato. Parimenti la Commissione non rimprovera alla [DEI] di avere esteso, senza obbiettiva giustificazione, la sua posizione dominante sul mercato della fornitura di lignite al mercato all'ingrosso dell'elettricità.

93 Nel constatare semplicemente che la [DEI], ex impresa monopolistica, continua a mantenere una posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità grazie al vantaggio che le conferisce l'accesso privilegiato alla lignite e che tale situazione pone in essere una disparità di opportunità su tale mercato tra la [DEI] e le altre imprese, la Commissione non ha né identificato né dimostrato a sufficienza dal punto di vista giuridico a quale abuso, ai sensi dell'articolo 82 CE, il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre la [DEI]».

22. Il Tribunale ha quindi esaminato, ai punti da 94 a 103 della sentenza, la giurisprudenza consolidata citata nella decisione controversa, secondo la quale uno Stato membro viola i divieti sanciti dagli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE quando l'impresa considerata è indotta, con il semplice esercizio dei diritti esclusivi o speciali conferitile, a sfruttare la sua posizione dominante in modo abusivo o quando questi diritti sono atti a creare una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere. Dopo aver esaminato le sentenze della Corte nelle cause Höfner ed Elser, Merci convenzionali porto di Genova, Job Centre, Raso e a., e MOTOE⁸, il Tribunale ha concluso come segue:

«103 Da tali sentenze (...) risulta che l'abuso di posizione dominante dell'impresa che gode di un diritto esclusivo o speciale può risultare sia dalla possibilità di esercitare tale diritto in modo abusivo, sia essere una conseguenza diretta di tale diritto. Tuttavia da tale giurisprudenza non risulta che il fatto che l'impresa di cui trattasi si trovi, a seguito di un provvedimento statale, in una situazione vantaggiosa rispetto ai propri concorrenti costituisca di per sé un abuso di posizione dominante».

23. Infine, ai punti da 104 a 118 della sentenza, il Tribunale ha replicato all'ultimo argomento della Commissione in base al quale la decisione controversa era conforme alla giurisprudenza secondo cui un sistema di concorrenza non falsata poteva essere garantito solo se veniva assicurata la parità di opportunità tra i vari operatori economici. La Commissione ha sostenuto a tal riguardo che, anche se la disparità di opportunità tra gli operatori economici, e quindi la concorrenza falsata, era dovuta a un provvedimento statale, un siffatto provvedimento costituiva una violazione dell'articolo 86, paragrafo 1, CE, letto in combinato disposto con l'articolo 82 CE.

24. Al punto 105 di tale sentenza, il Tribunale ne ha dedotto che dalle sentenze su cui si era fondata la Commissione, vale a dire le sentenze Francia/Commissione (detta «Terminali di telecomunicazione»), GB-Inno-BM e Connect Austria⁹, non conseguiva che, per ritenere che sia stata commessa un'infrazione dell'articolo 86, paragrafo 1, CE in combinato disposto con l'articolo 82 CE, sia sufficiente accertare che un provvedimento statale falsi la concorrenza dando origine ad una disparità di opportunità tra gli operatori economici, senza che si renda necessario identificare un abuso della posizione dominante dell'impresa.

25. Dopo aver analizzato tali sentenze, il Tribunale ha concluso al punto 113 della sentenza che, se era vero che la Corte aveva fatto uso delle formulazioni invocate dalla Commissione, quest'ultima non poteva avvalersene in modo isolato dal contesto. Ai punti da 114 a 117, il Tribunale ha inoltre constatato che la tesi della Commissione non trovava conferma neppure nella sentenza Dusseldorp e a.¹⁰, da essa invocata in udienza.

26. Il Tribunale ne ha concluso, al punto 118 della sentenza, che da tale giurisprudenza non poteva evincersi che la Commissione «non [fosse] tenuta a identificare e ad accertare l'abuso della posizione dominante al quale il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre la [DEI]». Orbene, secondo il Tribunale (punti da 87 a 93) tale prova non sarebbe stata data nella decisione controversa.

27. Di conseguenza, al punto 119, il Tribunale ha reputato fondata la seconda censura sollevata dalla DEI nell'ambito del secondo e del quarto capo del primo motivo e ha annullato la decisione controversa «senza che si renda necessario esaminare le altre censure, capi e motivi presentati».

8 — Sentenze del 23 aprile 1991, Höfner ed Elser (C-41/90, Racc. pag. I-1979); del 10 dicembre 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Racc. pag. I-5889); dell'11 dicembre 1997, Job Centre (C-55/96, Racc. pag. I-7119), del 12 febbraio 1998, Raso e a. (C-163/96, Racc. pag. I-533), e del 1° luglio 2008, MOTOE (C-49/07, Racc. pag. I-4863).

9 — Rispettivamente, sentenze del 19 marzo 1991 (C-202/88, Racc. pag. I-1223); del 13 dicembre 1991 (C-18/88, Racc. pag. I-5941), e del 22 maggio 2003 (C-462/99, Racc. pag. I-5197).

10 — Sentenza del 25 giugno 1998 (C-203/96, Racc. pag. I-4075).

III – Impugnazione

28. La Commissione, la DEI e la Repubblica ellenica hanno partecipato alla fase scritta del procedimento davanti alla Corte. In occasione dell'udienza tenutasi il 3 ottobre 2013, tutte le suddette parti, oltre alla Mytilinaios AE, alla Protergia AE e all'Alouminion AE (intervenienti a sostegno della Commissione), hanno presentato le loro osservazioni.

29. A sostegno della sua impugnazione la Commissione deduce due motivi.

A – *Sul primo motivo*

1. Sintesi degli argomenti delle parti

30. Con il suo primo motivo, diretto contro i punti da 94 a 118 della sentenza impugnata, la Commissione afferma che il Tribunale è incorso in un errore di diritto nell'interpretare e applicare il combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE, dichiarando che essa era tenuta a identificare e ad accertare il comportamento abusivo al quale il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre la DEI.

31. Secondo la Commissione, tale provvedimento statale integrerebbe di per sé una violazione degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE. Sarebbe quindi sufficiente provare che esso ha determinato effettivamente una disparità di opportunità favorendo l'impresa privata (già) privilegiata e che ha in tal modo inciso sulla struttura del mercato permettendo a tale impresa di mantenere, rafforzare o estendere la sua posizione dominante su un altro mercato, vicino o a valle, per esempio impedendo a nuovi concorrenti di accedervi.

32. La Commissione contesta di conseguenza al Tribunale di aver applicato in modo errato la giurisprudenza della Corte ai fatti di causa e di aver snaturato il fondamento della decisione controversa. Essa osserva a tal proposito che, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, detta decisione non si fondava sulla constatazione che il fatto stesso che la DEI si trovasse, in ragione dei provvedimenti statali di cui trattasi, in una situazione vantaggiosa rispetto ai propri concorrenti costituiva di per sé un abuso di posizione dominante. Al contrario, la suddetta decisione avrebbe descritto in dettaglio l'infrazione indicando che i provvedimenti statali di cui trattasi creavano una disparità di opportunità tra la DEI e i suoi concorrenti e che, con il semplice esercizio dei diritti ad essa conferiti, quest'ultima impresa era in grado di estendere la sua posizione dominante dal mercato (a monte) della lignite al mercato (a valle) all'ingrosso dell'elettricità. Una siffatta estensione al mercato a valle avrebbe avuto per effetto di ivi limitare la concorrenza impedendo a nuovi concorrenti di accedere a tale mercato anche dopo l'adozione delle misure volte alla sua liberalizzazione. Ai concorrenti della DEI non sarebbe peraltro stato concesso alcun diritto su alcun giacimento significativo di lignite, malgrado le richieste in tal senso.

33. La Commissione avrebbe soddisfatto tutti i criteri previsti dalla giurisprudenza della Corte in materia di applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE, dal momento che la decisione controversa avrebbe spiegato che il mantenimento in vigore dei provvedimenti statali controversi, da una parte, e il semplice esercizio dei diritti privilegiati riconosciuti alla DEI, nonché il comportamento di quest'ultima sul mercato a valle, dall'altra, hanno comportato un rischio di abuso della posizione dominante su tale mercato escludendo o impedendo l'entrata di nuovi concorrenti.

34. La DEI e la Repubblica ellenica ritengono che il suddetto motivo sia destituito di fondamento. Dalla giurisprudenza della Corte risulterebbe infatti che, ai fini dell'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE, la Commissione deve dimostrare a quale abuso il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre l'impresa interessata. Il fatto che il provvedimento statale sfoci in una situazione di disparità di opportunità è di certo una condizione necessaria, ma non è sufficiente per l'applicazione dei suddetti articoli. La Commissione tenterebbe in sostanza di trasformare l'articolo 86, paragrafo 1, CE in una norma autonoma e di rango superiore. Il Tribunale, invece, avrebbe applicato correttamente detta giurisprudenza al caso di specie.

2. Analisi

35. Suddividendo dal punto di vista formale il motivo di cui trattasi in tre capi tra loro collegati, la Commissione afferma essenzialmente che la giurisprudenza della Corte non impone di individuare, in capo all'impresa pubblica o privilegiata in posizione dominante, un concreto comportamento abusivo ai sensi dell'articolo 82 CE nei casi in cui un provvedimento statale crea, tra tale impresa e i suoi concorrenti, una disparità di opportunità atta a falsare la concorrenza.

36. Ripercorro anzitutto i passaggi rilevanti della sentenza impugnata su tale aspetto.

37. Al punto 86 della sentenza, il Tribunale osserva che «[s]i deve innanzitutto osservare che i divieti previsti dall'articolo 86, paragrafo 1, CE sono rivolti agli Stati membri, mentre l'articolo 82 CE si rivolge, da parte sua, alle imprese, vietando loro lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante. In caso di applicazione combinata di tali due disposizioni, la violazione dell'articolo 86, paragrafo 1, CE da parte di uno Stato membro può essere accertata solo se il provvedimento statale è in contrasto con l'articolo 82 CE. *Si pone pertanto la questione di sapere in quale misura debba essere identificato un abuso, foss'anche solo potenziale, della posizione dominante di un'impresa, quando tale abuso ha un nesso con un provvedimento statale*» (il corsivo è mio).

38. In seguito, al punto 93 della sentenza impugnata, il Tribunale dichiara che «la Commissione non ha né identificato né dimostrato a sufficienza dal punto di vista giuridico a quale abuso, ai sensi dell'articolo 82 CE, il provvedimento statale di cui trattasi ha indotto o poteva indurre la [DEI]».

39. Infine, al punto 118 della sentenza impugnata, il Tribunale constata che la giurisprudenza invocata dalla Commissione non consente «di ignorare la giurisprudenza citata (...) al punto 94 [di detta sentenza¹¹] e di fondarsi unicamente sulla questione se la disparità di opportunità tra gli operatori economici, in presenza di una concorrenza falsata, sia dovuta a un provvedimento statale».

40. A mio avviso la posizione del Tribunale, che esige l'identificazione e la prova di un abuso ai sensi dell'articolo 82 CE (punto 118, secondo periodo, e punto 105, in fine, della sentenza impugnata) quale condizione per l'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE, non corrisponde all'interpretazione imposta dalla giurisprudenza della Corte che vado ad analizzare nel prosieguo.

41. È interessante osservare che le cause vertenti sull'articolo 86 CE non sono affatto numerose e sono state avviate, per la maggior parte, mediante domande di pronuncia pregiudiziale. Non solo, se non erro, il Tribunale è stato chiamato qui per la prima volta a pronunciarsi su una decisione della Commissione fondata sull'applicazione di detto articolo letto in combinato disposto con l'articolo 82 CE.

11 — Vale a dire, sentenze citate Raso e a., punto 27; Höfner ed Elser, punto 29; Merci convenzionali porto di Genova, punto 17; Job Centre, punto 31, e MOTOE, punti 50 e 51.

42. La cosiddetta teoria dell'«estensione della posizione dominante» (o teoria degli «effetti») ¹² – così chiamata perché un provvedimento statale che provoca l'estensione di detta posizione da un mercato a un altro ha effetti simili a quelli prodotti da un abuso di tale posizione dominante – ha fatto la sua comparsa nella giurisprudenza della Corte con la citata sentenza GB-Inno-BM ¹³, che risale al 1991.

43. In tale causa, la Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) sosteneva che «sussisterebbe infrazione dell'articolo [86, paragrafo 1, CE], solo se lo Stato membro avesse favorito un abuso effettivamente da essa commesso, per esempio un'applicazione discriminatoria delle norme sull'omologazione». Ciononostante essa sottolineava che «nella ordinanza di rinvio *non [era] stato però rilevato alcun abuso effettivo* e che la semplice possibilità di un'applicazione discriminatoria di queste norme, per effetto della designazione della RTT come autorità competente per l'omologazione mentre è concorrente delle imprese che chiedono l'omologazione, non può, di per sé, costituire un abuso ai sensi dell'articolo [82 CE]» (il corsivo è mio) (punto 23 della suddetta sentenza).

44. La Corte non ha condiviso l'argomentazione della RTT, dichiarando che «*l'estensione senza obiettiva giustificazione del monopolio della creazione e dell'esercizio della rete telefonica al mercato degli apparecchi telefonici è vietata in quanto tale* dall'articolo [82 CE] o dal combinato disposto dell'articolo [86, paragrafo 1, CE] e dell'articolo [82 CE], qualora tale estensione sia *effetto* di un provvedimento statale» (il corsivo è mio) (punto 24 della suddetta sentenza).

45. Inoltre, la Corte ha spiegato al punto 20 della medesima sentenza che «l'articolo [86, paragrafo 1, CE] vieta agli Stati membri di porre, mediante provvedimenti di legge, di regolamento o amministrativi, le imprese pubbliche e le imprese cui concedono diritti speciali o esclusivi in una situazione nella quale dette imprese non potrebbero esse stesse collocarsi con comportamenti autonomi senza trasgredire l'articolo [82 CE]».

46. La Corte prosegue, al punto 25 della stessa sentenza, osservando che «un sistema di concorrenza non falsata, come quello previsto dal Trattato, può essere garantito solo se sono garantite pari opportunità tra vari operatori economici». Ricordo che, nella presente causa, la Commissione contestava alla Repubblica ellenica proprio di aver creato una disparità di opportunità tra gli operatori economici e di avere quindi falsato la concorrenza, rafforzando così la posizione dominante della DEI (v. paragrafo 12 delle presenti conclusioni).

47. Nella sentenza Spagna e a./Commissione (detta «servizi di telecomunicazioni» ¹⁴), la Corte ha stabilito che la stessa conclusione s'impone qualora il monopolio dell'installazione e dell'esercizio della rete telefonica si estenda al mercato dei servizi di telecomunicazioni.

48. Nella citata sentenza Raso e a. la Corte ha dichiarato che «una disciplina normativa come quella risultante dal [provvedimento statale] va considerata *di per sé* in contrasto con l'articolo [86, paragrafo 1, CE] in combinato disposto con l'articolo [82 CE]. In proposito, *ha scarsa rilevanza che il giudice nazionale non abbia rilevato alcun abuso effettivo* da parte dell'ex compagnia portuale trasformata» ¹⁵ (il corsivo è mio).

12 — V. punti da 180 a 183 e da 191 a 199 della decisione controversa (per gli argomenti vertenti sul contesto di analisi di tale teoria). V. altresì i suoi punti da 200 a 237 (in cui la Commissione ha esaminato e infine negato gli argomenti aggiuntivi relativi, tra l'altro, alla competitività della lignite).

13 — La Commissione aveva fatto ricorso a tale teoria in due decisioni fondate sull'articolo 86 CE e relative alla prestazione del servizio di corriere rapido in Spagna [decisione del 1° agosto 1990, 90/456/CEE, relativa alla prestazione del servizio internazionale di corriere rapido in Spagna (GU L 233, pag. 19)] e nei Paesi Bassi [decisione del 20 dicembre 1989, 90/16/CEE, relativa alla prestazione del servizio di corriere accelerato nei Paesi Bassi (GU L 10, pag. 47)].

14 — Sentenza del 17 novembre 1992 (C-271/90, C-281/90 e C-289/90, Racc. pag. I-5833, punto 36).

15 — V. punto 31 della sentenza. V. altresì sentenza GB-Inno-BM, cit., punti da 23 a 25.

49. Come risulta dalla suddetta sentenza (punto 27), sebbene il semplice fatto di creare una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi, ai sensi dell'articolo 86, paragrafo 1, CE, non sia di per sé incompatibile con l'articolo 82 CE, uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere.

50. La Corte aggiunge, al punto 28 della stessa sentenza, che «è giocoforza constatare che, in quanto il sistema stabilito dalla legge del 1994 non solo riserva all'ex compagnia portuale trasformata il diritto esclusivo di fornire lavoro temporaneo ai concessionari di terminali e alle altre imprese autorizzate ad operare nel porto, ma le consente inoltre, come risulta dal punto 17 della [suddetta] sentenza, di concorrere con le stesse sul mercato dei servizi portuali, tale ex compagnia portuale trasformata *si trova in situazione di conflitto di interessi*» (il corsivo è mio)¹⁶.

51. Infatti, con il mero esercizio del suo monopolio, la compagnia portuale oggetto della citata causa Raso e a. si trovava nella condizione di alterare a proprio vantaggio la parità di opportunità tra i vari operatori economici operanti sul mercato dei servizi portuali ed era indotta ad abusare del proprio monopolio imponendo ai propri concorrenti sul mercato delle operazioni portuali prezzi esorbitanti per la fornitura di forza lavoro o mettendo a loro disposizione una manodopera meno idonea ai compiti da svolgere (punti 29 e 30 della sentenza). Nella suddetta sentenza non si trova quindi traccia della necessità di accertare un comportamento abusivo concreto ai sensi dell'articolo 82 CE, benché la Corte identifichi le conseguenze eccessive che possono verosimilmente conseguire dal provvedimento statale (v. paragrafo 62 delle presenti conclusioni).

52. Nemmeno nella sentenza TNT Traco¹⁷ la Corte ha constatato uno specifico comportamento abusivo, reale o potenziale, di Poste Italiane ai sensi dell'articolo 82 CE.

53. Non posso che concordare con l'avvocato generale Alber, il quale ha precisato, al paragrafo 65 delle sue conclusioni in tale causa, che «[i]l combinato disposto degli articoli [82 CE] e [86 CE] porta alla conclusione che non tutti i criteri posti dall'articolo [82 CE] debbono essere riuniti nella persona dell'impresa in posizione dominante. Un abuso sussiste anche quando una misura statale – in particolare il conferimento di diritti esclusivi – porta ad una situazione di concorrenza che è abusiva sulla base della sua struttura».

54. Nella citata sentenza MOTOE, sempre con riferimento agli articoli 82 CE e 86, paragrafo 1, CE, la Corte ha statuito, ai punti da 49 a 51, che «uno Stato membro contravviene ai divieti posti da queste due disposizioni quando l'impresa di cui trattasi è indotta, con il mero esercizio dei diritti speciali o esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere [18]. Al riguardo, non è necessario che un abuso si verifichi effettivamente [19]. In ogni caso, la violazione degli articoli 82 CE e 86, [paragrafo] 1, CE sussiste dal momento che una misura imputabile ad uno Stato membro, segnatamente quella con cui lo Stato medesimo conferisce diritti speciali o

16 — Può essere tracciato un parallelo con la DEI la quale, grazie ai diritti quasi monopolistici di sfruttamento della lignite ad essa concessi dalla Repubblica ellenica, disponeva, riservando tale lignite alla propria produzione di energia elettrica, dei mezzi per impedire l'accesso di nuovi concorrenti al mercato all'ingrosso dell'elettricità.

17 — Sentenza del 17 maggio 2001 (C-340/99, Racc. pag. I-4109).

18 — V., a tal proposito, la giurisprudenza citata dalla Corte: sentenze Höfner ed Elser, cit., punto 29; del 18 giugno 1991, ERT (C-260/89, Racc. pag. I-2925, punto 37); Merci convenzionali porto di Genova, cit., punti 16 e 17; del 5 ottobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Racc. pag. I-5077, punto 18); Raso e a., cit., punti 27 e 28; del 21 settembre 1999, Albany (C-67/96, Racc. pag. I-5751, punto 93); del 12 settembre 2000, Pavlov e a. (da C-180/98 a C-184/98, Racc. pag. I-6451, punto 127); del 25 ottobre 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Racc. pag. I-8089, punto 39), e del 31 gennaio 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Racc. pag. I-349, punto 60). V. altresì, per analogia, sentenza Connect Austria, cit. (punto 80).

19 — A tal proposito la Corte indica che il punto 36 della sua sentenza Job Centre, cit., va nello stesso senso. Quest'ultima precisa infatti che «non è necessario che il comportamento abusivo di cui trattasi abbia effettivamente pregiudicato i detti scambi. È sufficiente dimostrare che tale comportamento è atto a produrre questo effetto».

esclusivi ai sensi di quest'ultima disposizione, *crei un rischio di abuso* di posizione dominante [20]. Infatti un sistema di concorrenza non falsata, come quello previsto dal Trattato²¹, *può essere garantito solo se sono garantite pari opportunità tra i vari operatori economici* [22]. Affidare ad una persona giuridica come l'ELPA [23], che, essa stessa, organizza e sfrutta commercialmente gare motociclistiche, il compito di fornire all'amministrazione competente un parere conforme sulle domande di autorizzazione presentate ai fini dell'organizzazione di tali gare, equivale de facto a conferirle il potere di designare i soggetti autorizzati ad organizzare le suddette gare nonché a fissare le condizioni in cui le stesse si svolgono, *concedendo in tal modo all'ente in questione un evidente vantaggio sui concorrenti* [24]. *Una prerogativa siffatta può indurre l'impresa che ne dispone a impedire l'accesso degli altri operatori sul mercato di cui trattasi.* Tale situazione di disparità tra le condizioni di concorrenza è inoltre sottolineata dal fatto, confermato all'udienza dinanzi alla Corte, che l'ELPA, quando organizza o partecipa all'organizzazione di gare motociclistiche, non è tenuta ad ottenere alcun parere conforme affinché l'amministrazione competente le conceda l'autorizzazione richiesta» (il corsivo è mio).

55. A mio parere, già da quanto precede si può dedurre che «a prescindere dalla sussistenza di un abuso effettivo» va ravvisata una violazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE quando un provvedimento statale crea un rischio di abuso.

56. Infine, nella citata sentenza *Connect Austria*, la Corte ha dichiarato, al punto 84, che «[s]e la disparità di opportunità tra gli operatori economici, e quindi la concorrenza falsata, è riconducibile a una misura statale, quest'ultima costituisce una violazione dell'articolo 86, paragrafo 1, CE, letto in combinato disposto con l'articolo 82 CE». Peraltro (punto 87), «una normativa nazionale come quella di cui trattasi nella causa principale, che consente di attribuire, senza imporre un canone distinto, ulteriori frequenze nella banda di frequenze riservata alla norma DCS 1800 a un'impresa pubblica in posizione dominante, mentre il nuovo concorrente sul mercato di cui trattasi ha dovuto versare un canone per la sua licenza DCS 1800, *può indurre* l'impresa pubblica in posizione dominante a violare l'articolo 82 CE, *estendendo o rafforzando la sua posizione dominante*, secondo la definizione del mercato di cui trattasi, mediante una concorrenza falsata. Poiché, in tal caso, quest'ultima sarebbe riconducibile a un provvedimento statale atto a originare una *situazione in cui non sarebbe garantita la parità di opportunità dei vari operatori economici interessati*, la suddetta concorrenza falsata può costituire una violazione dell'articolo 86, paragrafo 1, CE, letto in combinato disposto con l'articolo 82 CE». (il corsivo è mio).

57. Osservo peraltro che il Tribunale, pur citando, al punto 94 della sua sentenza, molte delle sentenze della Corte sopra richiamate, stranamente lo fa senza riprendere la precisazione ivi contenuta secondo cui «non è necessario che un abuso si verifichi effettivamente» o «ha scarsa rilevanza che il giudice nazionale non abbia rilevato alcun abuso effettivo»²⁵.

58. Sussiste quindi una differenza sostanziale tra, da una parte, l'obbligo di identificare e provare un concreto *comportamento* abusivo ai sensi dell'articolo 82 CE e, dall'altra, l'obbligo, ai fini dell'applicazione del combinato disposto degli articoli 82 CE e 86, paragrafo 1, CE, di identificare una *conseguenza* anticoncorrenziale potenziale o reale, che possa derivare da un provvedimento statale che accorda diritti privilegiati.

20 — V., in tal senso, la giurisprudenza citata sul punto dalla Corte: sentenze citate ERT, punto 37; *Merci convenzionali porto di Genova*, punto 17, e *Centro Europa 7*, punto 60.

21 — Oltre a essere espressamente menzionata all'articolo 3, paragrafo 1, lettera g), CE, l'esigenza di una concorrenza non falsata è altresì alla base delle regole di concorrenza di cui agli articoli da 81 CE a 89 CE.

22 — V., a tal proposito, la giurisprudenza citata dalla Corte al punto 51 della sentenza *MOTOE*, cit., e le sentenze citate «Terminali di telecomunicazioni», punto 51; *GB-Inno-BM*, punto 25, nonché, nello stesso senso, ERT, cit. punto 37, e *Raso e a.*, cit., punti da 29 a 31.

23 — *L'Elliniki Leschi Aftokinitou kai Perigiseon* (club automobilistico e turistico greco; in prosieguo: l'«ELPA»).

24 — V., per analogia, sentenze citate «Terminali di telecomunicazione», punto 51, e *GB-Inno-BM*, punto 25, richiamate dalla Corte.

25 — V. sentenze citate *Raso e a.*, punto 31; *MOTOE*, punto 49, nonché le sentenze citate nelle note da 18 a 20 e 22 delle presenti conclusioni.

59. Tale distinzione preserva peraltro l'«effetto utile»²⁶ di un'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE. Se infatti, nel caso dell'estensione di una posizione dominante che sia stata resa possibile da un provvedimento statale, fosse necessario dimostrare un concreto comportamento abusivo ai sensi dell'articolo 82 CE non sarebbe chiaro quale potrebbe essere il campo di applicazione del combinato disposto degli articoli 82 CE e 86, paragrafo 1, CE.

60. A mio avviso, da quanto precede consegue che, in base alla giurisprudenza della Corte, un provvedimento statale contravviene alle disposizioni dell'articolo 86, paragrafo 1, CE lette in combinato disposto con l'articolo 82 CE se l'impresa alla quale il suddetto provvedimento ha concesso diritti speciali o esclusivi è indotta, con il mero esercizio dei diritti privilegiati che essa detiene, ad abusare della sua posizione dominante o non può evitare di abusarne²⁷.

61. In altre parole, secondo la giurisprudenza della Corte sussiste una violazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE ogniqualvolta il provvedimento statale che conferisce diritti privilegiati (a un'impresa pubblica o un'impresa che detiene già diritti speciali o esclusivi) crea una *disparità di opportunità* tra gli operatori economici e permette all'impresa in posizione dominante di *falsare la concorrenza con il semplice esercizio di tali diritti*, ad esempio mantenendo o estendendo la sua posizione dominante a un mercato a valle, ostacolando così l'accesso di potenziali concorrenti, senza che sia necessario dimostrare un comportamento abusivo concreto ai sensi dell'articolo 82 CE²⁸.

62. In tale contesto, si deve osservare che quando, in talune cause, la Corte *menziona o individua* le probabili *conseguenze* abusive, è unicamente al fine di individuare gli effetti anticoncorrenziali che possono *derivare* dal provvedimento statale, nella misura in cui quest'ultimo non è stato ritenuto contrario al combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE²⁹.

63. Diversamente, in assenza di provvedimenti statali che attribuiscono diritti privilegiati, l'articolo 82 CE potrà trovare applicazione soltanto se un comportamento abusivo, volontario e autonomo, dell'impresa dominante le abbia permesso di estendere la sua posizione dominante a un mercato diverso dal proprio³⁰.

26 — La Corte ha già riconosciuto nell'ambito di numerose cause che, benché il solo fatto che uno Stato membro crei una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi non sia di per sé incompatibile con l'articolo 86 CE, nondimeno il Trattato CE impone agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore misure atte a eliminare l'effetto utile di tale disposizione. V., ad esempio, sentenze ERT, cit., punto 35, e del 10 febbraio 2000, Deutsche Post (C-147/97 e C-148/97, Racc. pag. I-825, punto 39). Come ha spiegato correttamente l'avvocato generale Cruz Vilaça al paragrafo 65 delle sue conclusioni nella causa Bodson (sentenza del 4 maggio 1988, 30/87, Racc. pag. 2497), la norma di cui all'articolo 86, paragrafo 1, CE «[mira a] evitare che i pubblici poteri si valgano dello speciale rapporto di subordinazione in cui si trovano determinati tipi di imprese per imporre loro comportamenti vietati dal trattato o per attribuire loro vantaggi incompatibili col mercato comune». Il motivo per il quale l'articolo 86 CE è stato inserito nel Trattato è appunto l'influenza che i poteri pubblici possono esercitare sulle decisioni commerciali di dette imprese. Perciò l'articolo 86 CE riguarda soltanto le imprese in ordine al comportamento delle quali gli Stati, essendo in grado di esercitare un'influenza sullo stesso, debbono assumere *responsabilità particolari*. Si tratta essenzialmente di garantire che l'intervento dello Stato presso dette imprese non abbia lo scopo o il risultato di restringere o alterare la concorrenza ovvero causare distorsioni nei rapporti fra queste imprese e quelle private.

27 — V., ad esempio, sentenza MOTOE, cit., punti da 49 a 51.

28 — V. sentenze citate Servizi di telecomunicazioni, punto 36, e Connect Austria, punti da 80 a 84. V., altresì, sentenze citate «Terminali di telecomunicazione», punto 51; Dusseldorp e a., punti 61 e segg., e GB-Inno-BM, punti 20 e 21. V. anche, Debegioti, S., «I paravasi ton arthron 106(1) kai 102 SynthLEE enopsei ton apofaseon tou Genikou Dikastiriou tis Enosis gia ton elliniko ligniti» (La violazione degli articoli 106, paragrafo 1, e 102 TFUE alla luce delle sentenze del Tribunale sulla lignite greca), *Dikaio Epicheiriseon & Etairion* (Diritto delle imprese e delle società), 2012, pag. da 900 a 914. Secondo detto autore la sentenza impugnata ha interpretato erroneamente la giurisprudenza della Corte.

29 — Nella sentenza Connect Austria, cit., la Corte ha descritto talune potenziali pratiche dell'impresa pubblica o privilegiata che non erano tuttavia necessariamente illegittime ai sensi dell'articolo 82 CE. Di conseguenza, l'affermazione del Tribunale al punto 111, in fine, della sentenza impugnata, secondo cui «[l]a Corte ha così egualmente preso in considerazione il comportamento dell'impresa pubblica sul mercato», costituisce un errore di diritto in quanto nella sentenza Connect Austria non era stato accertato alcun comportamento concreto.

30 — V., ad esempio, sentenze del 13 febbraio 1979, Hoffmann-La Roche/Commissione (85/76, Racc. pag. 461, punto 91), e del 10 luglio 1990, Tetra Pak/Commissione (T-51/89, Racc. pag. II-309, punti 23 e 24, in fine).

64. Il primo motivo della Commissione mi sembra pertanto fondato dal momento che il Tribunale è incorso in un errore di diritto dichiarando, nella causa in esame, che, per accertare la violazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE, era necessario *dimostrare* un *comportamento* abusivo concreto ai sensi dell'articolo 82 CE e che non era sufficiente individuare gli effetti anticoncorrenziali che potevano *derivare* dal provvedimento statale.

65. Propongo quindi alla Corte di annullare la sentenza impugnata.

66. Propongo altresì di riconoscere che, su questo punto, la controversia può essere decisa allo stato degli atti, poiché il fascicolo di causa contiene tutti gli elementi necessari a verificare se la Commissione abbia individuato gli effetti anticoncorrenziali che possono risultare dal provvedimento statale di cui trattasi, condizione per accertare una violazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE.

67. Senza affermare in questa fase che la Commissione ha, in realtà, accertato l'esistenza di un comportamento abusivo concreto della DEI, ritengo che essa abbia individuato gli effetti anticoncorrenziali che *potrebbero* derivare dal provvedimento statale considerato.

68. Si tratta degli effetti di esclusione di potenziali concorrenti provocati dall'estensione della posizione dominante della DEI dal mercato primario della fornitura di lignite al mercato secondario all'ingrosso dell'elettricità in Grecia. Tali effetti preesistenti sono continuati anche dopo l'adozione dei provvedimenti per la liberalizzazione del mercato della produzione e della fornitura di energia elettrica in Grecia, e anche dopo il maggio 2005³¹, data della creazione del mercato all'ingrosso dell'elettricità³². Tali effetti sono rimasti invariati, anche successivamente alla liberalizzazione del mercato, a tutti i livelli dei mercati considerati, cioè quello della fornitura di lignite, quello della produzione di energia elettrica, e quello (all'ingrosso) dell'elettricità in Grecia.

69. La DEI ha potuto infatti mantenere e rafforzare la sua posizione dominante sul mercato a valle di cui trattasi, in primo luogo, con il semplice esercizio dei diritti privilegiati sulla lignite (sia prima che dopo l'adozione dei provvedimenti di liberalizzazione del mercato); in secondo luogo, in ragione degli effetti del suo comportamento sul mercato a valle³³ e, in terzo luogo, per il rifiuto della Repubblica ellenica di concedere nuove licenze di prospezione o sfruttamento della lignite, benché (potenziali) concorrenti della DEI avessero manifestato il proprio interesse in tal senso (e avessero cercato di entrare sia sul mercato a monte che sul mercato a valle)³⁴ e benché la Grecia disponesse ancora di circa 2 000 milioni di tonnellate di lignite non ancora sfruttate³⁵.

70. In tale contesto, vorrei aggiungere che tanto la Repubblica ellenica quanto la DEI avrebbero potuto evitare o limitare gli effetti di esclusione dei nuovi concorrenti sul mercato secondario se – mediante il provvedimento statale o il comportamento della DEI³⁶ – esse avessero messo a disposizione dei nuovi concorrenti che si presentavano sul mercato a valle una *gamma diversificata di fonti* di energia (ivi compresi quantitativi rilevanti di lignite).

31 — La Repubblica ellenica era tenuta ad adottare misure di liberalizzazione del mercato dell'elettricità a partire dal febbraio 2001, ma aveva ommesso di farlo (v. punti 61 e 62, 85, 109, 136.3, 147, 150 e 235 della decisione controversa).

32 — Il Tribunale stesso riconosce, al punto 87 della sentenza impugnata, che i provvedimenti adottati dalla Repubblica ellenica, vale a dire i privilegi concessi alla DEI prima del 2001, hanno continuato a produrre effetti dopo il 2001.

33 — V., ad esempio, punti 164, 182, 188 e 189, 191, 193, da 195 a 197, 199, 214 e 215, note 237 e 255, e punti da 223 a 225, 228 e 229, 233 e 238 della decisione controversa.

34 — V., ad esempio, punti 185, 225 e 237 della decisione controversa.

35 — Il Tribunale menziona tale causa di intensificazione degli effetti anticoncorrenziali al punto 88 della sentenza impugnata.

36 — Infatti, una volta estratta dall'impresa titolare dei diritti privilegiati di sfruttamento, la lignite, come prodotto, può i) essere venduta o smerciata sul mercato locale (o essere esportata), oppure ii) essere utilizzata dalla suddetta impresa come combustibile per produrre energia elettrica. La DEI ha scelto la seconda opzione e utilizza la lignite soltanto per produrre in proprio elettricità. V., ad esempio, punti 126 e 127 della decisione controversa.

71. Tali effetti di esclusione sono stati rafforzati ulteriormente dalla politica seguita dalla DEI in materia di immissione e di definizione delle tariffe dell'energia elettrica sul mercato giornaliero obbligatorio.

72. Concordo con la Commissione nel ritenere che, dal punto di vista giuridico, tali effetti anticoncorrenziali sulla struttura del mercato non sono molto diversi da quelli che si sono manifestati nelle cause citate GB-Inno-BM, Connect Austria, «Servizi di telecomunicazioni» e MOTOE.

73. La DEI, con il semplice esercizio dei suoi diritti privilegiati sul mercato a monte della lignite, nel quale godeva di una posizione dominante, ha infatti esteso la sua posizione (senza un'obiettiva giustificazione³⁷) al mercato all'ingrosso dell'elettricità a valle e ha, in tal modo, *escluso o ostacolato l'ingresso di nuovi potenziali concorrenti sul mercato*. I diritti privilegiati concessi alla DEI, impresa pubblica, avevano già inciso sulla struttura del mercato creando una disparità di opportunità e falsando la concorrenza sul mercato a monte e la DEI ha sfruttato tale situazione utilizzando la sua posizione dominante sul mercato a monte della lignite come leva (*leverage*) per estendere o mantenere la sua posizione su un altro mercato strettamente legato al primo e posto verticalmente a valle, vale a dire quello della produzione di elettricità, *escludendo così l'ingresso di nuovi potenziali concorrenti su tale mercato a valle e limitando in tal modo la concorrenza*.

74. La Mytilinaios AE, interveniente nella causa, ha sostenuto in occasione dell'udienza dinanzi alla Corte di essere, attraverso la sua controllata Protergia AE, il più grande produttore privato di energia elettrica e il principale importatore privato di gas in Grecia e, attraverso la sua controllata Alouminion AE, il principale consumatore del carico di base pari al 6% del consumo di energia elettrica in Grecia, vale a dire, contemporaneamente, *il principale concorrente e il principale cliente della DEI*. Tali imprese hanno evidenziato che la decisione controversa rappresentava la pietra angolare dell'evoluzione e del normale funzionamento del mercato greco dell'energia elettrica che, *a oltre dieci anni dalla sua liberalizzazione, restava sotto il controllo della DEI* posto che, durante tale periodo e ancora oggi, la DEI controllava il 97% del mercato dell'estrazione della lignite, il 100% del mercato della produzione di elettricità mediante lignite e il 100% della vendita di elettricità al dettaglio³⁸.

75. Secondo le intervenienti, la DEI, mancando ogni pressione in termini di concorrenza, offre ai clienti industriali l'energia elettrica più costosa dell'Unione contribuendo così alla scarsa competitività dell'industria greca. Non solo, vi sarebbero almeno 17 decisioni della RAE, rese nel corso del 2012³⁹ a fronte di ricorsi presentati da concorrenti della DEI, che dimostrerebbero, secondo le intervenienti, come quanto previsto dalla Commissione nella decisione controversa in termini di abuso *potenziale* si

37 — Nel corso del procedimento amministrativo e dinanzi al Tribunale, la Repubblica ellenica non ha *mai* sostenuto che l'estensione della posizione dominante della DEI dal mercato primario della fornitura di lignite al mercato secondario (a valle) all'ingrosso dell'elettricità «*fosse obiettivamente giustificata*». V., ad esempio, punto 240 della decisione controversa.

38 — V. la decisione n. 822/2012 dell'autorità greca per la regolamentazione dell'energia (in prosieguo: la «RAE»), la quale sottolinea che «[n]on esiste un mercato dell'energia elettrica che funzioni in modo redditizio, posto che la DEI detiene tutte le centrali a gas e a lignite e più del 65% del mercato della produzione di energia elettrica, mentre i suoi concorrenti utilizzano unità di produzione più recenti a gas naturale»; la RAE afferma quindi che è semplicemente impossibile avere un mercato che funzioni in modo naturale dal punto di vista della produzione o della fornitura.

39 — V., in particolare, decisione n. 822/2012 della RAE, del 17 ottobre 2012, sul ricorso RAE I-153708/22.03.202 proposto dalla società «G.M.M.LARKO AE» contro la DEI, punto 23: «è evidente che non esiste un mercato dell'energia elettrica funzionante in maniera efficiente; ciò è dimostrato senza che occorra compiere una specifica analisi, posto che la [DEI] detiene, da sola, tutte le centrali a lignite e idroelettriche del paese e continua a controllare oltre il 65% del mercato dell'elettricità, mentre tutti i suoi concorrenti sfruttano nuove centrali a gas naturale, non ammortizzate, e si trovano di fronte a centrali datate – vale a dire ammortizzate – a lignite, a gas naturale o idroelettriche. *Non può quindi esistere un mercato funzionante nel settore della fornitura, poiché esso è controllato, nella sua totalità, di fatto ed essenzialmente dalla [DEI]*» (il corsivo è mio). V., altresì, a titolo indicativo, la decisione n. 831/2012 e le decisioni nn. 346/2012 e 822/2012 della RAE (queste ultime mettono in luce lo sfruttamento abusivo da parte della DEI della sua posizione dominante, soprattutto a danno dei suoi clienti industriali).

sia *verificato*. Sempre secondo le intervenienti, i concorrenti della DEI potrebbero porsi realmente in concorrenza con quest'ultima solo se avessero accesso alla produzione di lignite e alla produzione di energia elettrica da lignite, il che permetterebbe ai consumatori di beneficiare di prezzi concorrenziali⁴⁰.

76. Ritengo pertanto che la Commissione abbia dimostrato a sufficienza che il provvedimento statale di cui trattasi era idoneo a sviare la concorrenza poiché, riconoscendo alla DEI diritti privilegiati sui giacimenti di lignite e mantenendo tali diritti dopo la liberalizzazione del mercato dell'elettricità in Grecia, esso aveva messo tale impresa in una situazione in cui essa non solo controllava il mercato della fornitura di, ma era anche in grado di utilizzare tale controllo per escludere i concorrenti sul mercato all'ingrosso dell'elettricità dall'accesso alla lignite che, come risulta dalla documentazione presentata alla Corte, è necessaria per accedere al mercato all'ingrosso dell'elettricità e per essere ivi concorrenziali. Esercitando i suoi diritti privilegiati e scegliendo di riservare alla propria produzione di elettricità la lignite estratta grazie a tali diritti, la DEI ha potuto proteggere la sua posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità anche dopo la liberalizzazione di quest'ultimo.

77. In termini più generali, nell'ambito di cause come la presente, la Commissione non è tenuta, ai fini dell'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE, a dimostrare che l'impresa dominante ha tenuto, grazie al provvedimento statale, un concreto comportamento abusivo, ai sensi del solo articolo 82 CE. Essa è invece tenuta a individuare gli effetti anticoncorrenziali che possono derivare dal provvedimento statale di cui trattasi.

78. Propongo quindi alla Corte di respingere la seconda censura sollevata dalla DEI dinanzi al Tribunale nel quadro del secondo e del quarto capo del primo motivo e vertente su un errore di diritto all'atto dell'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE e di rinviare la causa al Tribunale affinché esso esamini gli altri motivi invocati dalla DEI.

B – *Sul secondo motivo (in via subordinata)*

79. Esamino il presente motivo soltanto nell'ipotesi in cui la Corte decida, respingendo il primo motivo della Commissione, che l'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE impone che venga identificato e provato un concreto comportamento abusivo dell'impresa dominante ai sensi del solo articolo 82 CE.

1. Sintesi degli argomenti delle parti

80. Con il suo secondo motivo, anch'esso formalmente composto di più capi tra loro collegati, la Commissione afferma che i punti da 85 a 93 della sentenza impugnata si fondano su una motivazione inesatta, incompleta e insufficiente, su una qualificazione errata e su uno snaturamento delle prove nonché su un'interpretazione errata del fondamento della decisione controversa.

81. Essa afferma in sostanza che quand'anche – contrariamente a quanto da essa affermato con il suo primo motivo – l'applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE imponesse di provare l'esistenza di un concreto comportamento abusivo dell'impresa in posizione dominante, la decisione controversa avrebbe dimostrato, nel caso di specie, la sussistenza di un comportamento siffatto.

40 — V. punti 255, 215 e 244 della decisione controversa che si riferiscono al funzionamento del mercato della fornitura di energia elettrica e alla situazione dei piccoli produttori.

82. La Commissione afferma che le valutazioni del Tribunale si fondano, ai punti da 79 a 93 della sentenza impugnata, su una motivazione scorretta, una qualificazione errata delle prove e uno snaturamento del fondamento della decisione della Commissione, avendo il Tribunale ommesso di esaminare, checché esso ne dica ai punti da 87 a 91, l'importanza fondamentale di taluni fattori, vale a dire, da una parte, il fatto che la Repubblica ellenica non si è limitata ad adottare i provvedimenti controversi prima della liberalizzazione del mercato dell'elettricità nel paese, ma li ha anche *mantenuti* dopo tale liberalizzazione e, dall'altra, che gli effetti anticoncorrenziali sul mercato secondario all'ingrosso dell'elettricità hanno continuato a prodursi anche successivamente al mese di maggio 2005.

83. La DEI e la Repubblica ellenica fanno valere, in via principale, l'irricevibilità del secondo motivo nel suo insieme dato che la Commissione cercherebbe per la prima volta in sede di impugnazione di dimostrare che la DEI ha tenuto un comportamento abusivo. La Commissione distorcerebbe inoltre le osservazioni del Tribunale e la sua valutazione degli elementi di prova.

84. In subordine, la DEI e la Repubblica ellenica affermano che il secondo motivo è destituito di fondamento in diritto e in fatto. In particolare, la facoltà per la DEI di presentare offerte più basse nel sistema del mercato giornaliero obbligatorio in ragione del costo variabile più contenuto della lignite non costituirebbe un comportamento abusivo sul mercato all'ingrosso dell'elettricità. La Commissione ometterebbe di menzionare che i concorrenti della DEI producono energia elettrica in modo redditizio mediante centrali a gas naturale e che sul suddetto mercato la quota di produzione da lignite, rispetto alla produzione globale, tenderebbe a ridursi, mentre la quota di produzione da gas naturale tenderebbe a crescere. Orbene, la facoltà della DEI di generare utili grazie al suo accesso alla lignite non potrebbe essere considerato né un comportamento abusivo, né un ostacolo all'ingresso effettivo sul mercato all'ingrosso dell'elettricità posto che anche i suoi concorrenti su tale mercato conseguono utili e aumentano continuamente la loro quota. Il ridotto costo variabile della lignite sarebbe inoltre compensato dai suoi costi di investimento più elevati.

2. Analisi

a) Sulla ricevibilità

85. Contrariamente a quanto affermato dalla DEI e dalla Repubblica ellenica, è evidente che il motivo di cui trattasi non può essere respinto nel suo complesso come irricevibile. La ragione è semplice: la Commissione critica la motivazione della sentenza impugnata e afferma che taluni fatti reali sono stati snaturati e qualificati giuridicamente in modo errato dal Tribunale.

b) Nel merito

86. Per quanto attiene anzitutto alle osservazioni svolte dal Tribunale al punto 91 della sentenza impugnata, occorre concordare con la Commissione nel ritenere che esse non tengono conto del fatto che poco importa che la DEI fosse stata presente sul mercato della produzione e della fornitura di energia elettrica prima della sua liberalizzazione e che essa rispetti le regole di funzionamento del mercato giornaliero obbligatorio.

87. Infatti, da una parte, gli *effetti* anticoncorrenziali che derivano dai provvedimenti statali di cui trattasi e dal comportamento tenuto dalla DEI prima della liberalizzazione hanno continuato a prodursi anche dopo il mese di maggio 2005 sul mercato secondario all'ingrosso dell'elettricità e, dall'altra, la questione pertinente non è quella di sapere se la DEI si conformi a tali regole, ma in che misura, pur rispettandole, essa possa utilizzare la sua posizione dominante e il suo vantaggio concorrenziale sul mercato a monte come leva per adottare un comportamento abusivo sul mercato a valle, in particolare attraverso le offerte che essa presenta sul mercato giornaliero obbligatorio.

88. La sentenza impugnata, cosa ancor più importante, si fonda sulla premessa che solo i provvedimenti statali di cui trattasi hanno potuto avere effetti anticoncorrenziali (ripercussioni e conseguenze sui concorrenti) effettivi o potenziali e che non è stato individuato alcun comportamento abusivo della DEI che avrebbe potuto contribuirvi.

89. Orbene, tanto la decisione controversa quanto la sentenza impugnata e il procedimento dinanzi alla Corte hanno messo in luce diversi comportamenti tenuti dalla DEI contemporaneamente sul mercato a monte e sul mercato a valle che oltrepassavano il semplice sfruttamento dei diritti ad essa conferiti dallo Stato. L'esclusione dei concorrenti dal mercato a valle dell'elettricità o gli ostacoli posti al loro ingresso su tale mercato non sono quindi conseguenza *soltanto* del provvedimento statale (come nella causa Dusseldorp e a., cit.), ma anche (almeno in parte) del comportamento della DEI.

90. Così, sul mercato a monte, la DEI ha scelto di riservare la lignite alla propria produzione di elettricità e ha potuto così proteggere la sua posizione dominante sul mercato all'ingrosso dell'elettricità (il mercato a valle) anche dopo la liberalizzazione di quest'ultimo. L'accesso al mercato a valle della produzione e della fornitura di elettricità dipende infatti segnatamente dall'accesso, sul mercato a monte, a quantitativi rilevanti di lignite che permettano a un nuovo operatore di concorrere con la DEI in condizioni di parità. Orbene, i potenziali concorrenti incontrano ostacoli su due fronti: da una parte, il rifiuto della Repubblica ellenica di concedere nuove licenze di sfruttamento sugli altri giacimenti di lignite e, dall'altra, il controllo esercitato dalla DEI sulla fornitura di lignite disponibile sul mercato greco. Decidendo di riservare la fornitura di lignite alla propria produzione di elettricità, invece di venderne almeno una parte sul suddetto mercato, la DEI ha effettivamente precluso ai potenziali concorrenti l'accesso alla lignite e quindi alla fonte di energia più economica presente in Grecia, necessaria per produrre energia elettrica in modo redditizio e quindi per entrare sul mercato a valle della produzione e della fornitura di energia elettrica.

91. Sul mercato a valle, nell'ambito del mercato giornaliero obbligatorio all'ingrosso dell'elettricità, la DEI immetteva nella rete interconnessa (meccanismo della vendita all'ingrosso o pool), a una tariffa che essa stessa fissava, i maggiori quantitativi di energia elettrica ai prezzi più bassi, il che le permetteva non soltanto di coprire i suoi costi fissi e i suoi costi variabili, ma anche di conseguire utili consistenti⁴¹ e, di conseguenza, di impedire o ostacolare l'ingresso di nuovi concorrenti sul mercato a valle di cui trattasi⁴².

92. Dal fascicolo presentato alla Corte risulta che, contrariamente a quanto indicato dal Tribunale al punto 89 della sua sentenza, la DEI non è stata quella parte passiva descritta nella sentenza impugnata, dal momento che essa poteva definire la sua linea di condotta in relazione sia allo sfruttamento dei suoi diritti privilegiati sulla lignite che all'immissione e alla definizione della tariffa dell'elettricità sul mercato giornaliero obbligatorio.

93. Inoltre, come indica la Commissione, il Tribunale ha completamente omesso di prendere in considerazione il nesso indissolubile e l'inevitabile «rischio» di «sfruttamento abusivo» che derivano dai provvedimenti statali di cui trattasi, per il solo fatto che la DEI esercita i suoi diritti privilegiati sul mercato a valle, mentre la DEI poteva prevedere il nesso di causalità tra la sua condotta, sia sul mercato a monte che sul mercato a valle, e gli inevitabili effetti negativi sui suoi concorrenti attuali e potenziali su quest'ultimo mercato.

41 — V. punti da 83 a 90 della decisione controversa, e punto 90 della sentenza impugnata.

42 — V. punti da 84 a 98, 199, 215 (nonché note 237 e 255), da 222 a 225, 228, 229 e 237 della decisione controversa. V., altresì, osservazioni scritte della Commissione del 7 marzo 2011, depositate dinanzi al Tribunale a fronte di una specifica richiesta di quest'ultimo menzionata al punto 49 della sentenza impugnata. Ciò risulta anche dalla risposta del 1° febbraio 2011 della Repubblica ellenica ai quesiti del Tribunale.

94. Oltre al fatto che il Tribunale non ha esaminato tutte le prove menzionate nella decisione controversa della Commissione, né le prove fornite dalle parti nel corso del procedimento dinanzi ad esso (la Commissione ha presentato un ampio numero di schede, statistiche e relazioni sulla condotta della DEI dopo il 1995), in particolare le prove specifiche fornite su sua richiesta e menzionate ai punti 49 e da 87 a 91 della sentenza impugnata, non rinvengo nella sentenza impugnata alcuna motivazione⁴³ che permetta di negare il carattere abusivo dei comportamenti sopra ricordati e ciò, a mio avviso, tanto più che un'impresa in posizione dominante è tenuta, *indipendentemente dalle cause di tale posizione*, in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato interno⁴⁴.

95. Ritengo, infatti, che la nozione di responsabilità particolare, benché sia stata sviluppata e applicata alle imprese che occupano una posizione dominante sulla base dell'articolo 82 CE, possa avere un ruolo anche nell'ambito dell'applicazione del combinato disposto degli articoli 82 CE e 86, paragrafo 1, CE, riguardo alle imprese pubbliche o privilegiate che detengono diritti speciali o esclusivi in forza di provvedimenti statali.

96. In tale contesto, in particolare per quanto attiene all'obbligo degli Stati membri, concordo con l'avvocato generale Cruz Vilaça⁴⁵, secondo il quale «l'articolo [86 CE] riguarda soltanto le imprese *in ordine al comportamento delle quali gli Stati*, essendo in grado di esercitare un'influenza sullo stesso, *debbono assumere responsabilità particolari*. Si tratta essenzialmente di garantire che l'intervento dello Stato (nel senso di “pubbliche autorità”, come la Corte ha inteso questa espressione) presso dette imprese non abbia lo scopo o il risultato di restringere o alterare la concorrenza ovvero causare distorsioni nei rapporti fra queste imprese e quelle private».

97. Dalle considerazioni che precedono risulta che, ai punti da 85 a 93 della sentenza impugnata, le valutazioni del Tribunale poggiano su una motivazione errata o insufficiente, in quanto, benché il Tribunale affermi il contrario, la Commissione ha correttamente contestato alla DEI e, a mio avviso, ha altresì dimostrato nella decisione controversa che la DEI aveva esteso, senza un'oggettiva giustificazione, la sua posizione dominante sul mercato della fornitura di lignite al mercato a valle all'ingrosso dell'elettricità in Grecia.

98. Propongo quindi alla Corte di accogliere il secondo motivo della Commissione, di annullare la sentenza del Tribunale in quanto motivata in modo errato o insufficiente e di rinviare la causa dinanzi ad esso per l'esame degli altri motivi.

43 — Un ricorso è ricevibile se la sentenza contiene una motivazione contraddittoria o insufficiente. V., in tal senso, sentenze del 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe/Commissione* (C-185/95 P, Racc. pag. I-8417, punto 25); del 25 gennaio 2007, *Sumitomo Metal Industries e Nippon Steel/Commissione* (C-403/04 P e C-405/04 P, Racc. pag. I-729, punto 77); del 9 settembre 2008, *FIAMM e a./Consiglio e Commissione* (C-120/06 P e C-121/06 P, Racc. pag. I-6513, punto 90), e del 16 luglio 2009, *Der grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commissione* (C-385/07 P, Racc. pag. I-6155, punto 71). Il Tribunale deve inoltre motivare le sue sentenze in modo tale da consentire alla Corte di esercitare un controllo su un eventuale snaturamento degli elementi di prova ad esso presentati. [V. altresì sentenze del 15 giugno 2000, *Dorsch Consult/Consiglio e Commissione* (C-237/98 P, Racc. pag. I-4549, punti 50 e 51), e del 12 luglio 2005, *Commissione/CEVA e Pfizer* (C-198/03 P, Racc. pag. I-6392, punto 50)].

44 — V., in particolare, sentenza del 9 novembre 1983, *Michelin/Commissione* (322/81, Racc. pag. 3461, punto 57). V. altresì sentenze del 16 marzo 2000, *Compagnie maritimes belges Transports e a./Commissione* (C-395/96 P e C-396/96 P, Racc. pag. I-1365, punto 34), ed *ERT*, cit., punto 35.

45 — V. le conclusioni nella causa sfociata nella sentenza *Bodson* (paragrafi 67 e 68).

IV – **Conclusione**

99. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di statuire come segue:

1. In via principale:

- annullare la sentenza del Tribunale del 20 settembre 2012 nella causa DEI/Commissione (T-169/08);
- respingere la seconda censura sollevata dalla Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) dinanzi al Tribunale nel quadro del secondo e del quarto capo del primo motivo, vertente su un errore di diritto in sede di applicazione del combinato disposto degli articoli 86, paragrafo 1, CE e 82 CE;
- rinviare la causa al Tribunale;
- e riservare le spese.

2. In via subordinata:

- annullare la sentenza del Tribunale del 20 settembre 2012 nella causa DEI/Commissione (T-169/08);
- rinviare la causa al Tribunale
- e riservare le spese.