



Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

20 de setembro de 2012*

«Concorrência — Abuso de posição dominante — Mercados gregos de fornecimento de lenhite e grossista de eletricidade — Decisão que declara verificada uma infração ao artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE — Concessão ou manutenção dos direitos atribuídos pela República Helénica a favor de uma empresa pública para a extração de lenhite»

No processo T-169/08,

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), com sede em Atenas (Grécia), representada por P. Anestis, advogado,

recorrente,

apoiada por:

República Helénica, representada por K. Boskovits e P. Mylonopoulos, na qualidade de agentes, assistidos inicialmente por A. Komninos e M. Marinos, e em seguida por M. Marinos, advogados,

interveniente,

contra

Comissão Europeia, representada por T. Christoforou, A. Bouquet e A. Antoniadis, na qualidade de agentes, assistidos por A. Oikonomou, advogado,

recorrida,

apoiada por:

Energeiaki Thessalonikis AE, com sede em Echedoros (Grécia), representada por P. Skouris e E. Trova, advogados,

e

Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA), com sede em Kifissia (Grécia), representada por P. Skouris e E. Trova,

intervenientes,

que tem por objeto um pedido de anulação da Decisão C(2008) 824 final da Comissão, de 5 de março de 2008, relativa à concessão ou à manutenção em vigor por parte da República Helénica dos direitos a favor da DEI para a extração de lenhite,

* Língua do processo: grego.

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção),

composto por: H. Kanninen (relator), presidente, N. Wahl e S. Soldevila Fragoso, juízes,

secretário: S. Spyropoulos, administradora,

vistos os autos e após as audiências de 6 de abril de 2011 e 2 de fevereiro de 2012,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

- 1 A recorrente, Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI), foi criada pela Lei grega n.º 1468, de 2/7 de agosto de 1950 (FEK A' 169) sob a forma de uma empresa pública pertencente à República Helénica e beneficiava do direito exclusivo de produzir, transportar e fornecer eletricidade na Grécia.
- 2 Em 1996, a Lei grega n.º 2414/1996, relativa à modernização das empresas públicas (FEK A' 135), permitiu a transformação da DEI em sociedade anónima, continuando a ser detida pelo Estado como acionista único.
- 3 A DEI foi transformada em sociedade anónima em 1 de janeiro de 2001, em conformidade, por um lado, com a Lei grega n.º 2773/1999, relativa à liberalização do mercado de eletricidade (FEK A' 286), que transpõe designadamente a Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO 1997, L 27, p. 20), e, por outro, com o Decreto Presidencial grego n.º 333/2000 (FEK A' 278).
- 4 A República Helénica detém 51,12% das ações da recorrente. Nos termos do artigo 43.º, n.º 3, da Lei n.º 2773/1999, a participação do Estado no capital da recorrente não pode, em caso algum, ser inferior a 51% das ações com direito de voto, mesmo após um aumento de capital. Desde 12 de dezembro de 2001, as ações da DEI são cotadas na Bolsa de Atenas (Grécia), e na Bolsa de Londres (Reino Unido).
- 5 A lenhite é um minério de carvão. Este combustível sólido é essencialmente utilizado para a produção de eletricidade.
- 6 A Grécia é o quinto produtor mundial de lenhite e o segundo produtor da União Europeia, a seguir à Alemanha. De acordo com o Instituto geologikon kai metallourgikon erevnon (Instituto de Investigação Geológica e das Minas grego), as reservas conhecidas do total de jazidas de lenhite na Grécia estavam estimadas, até 1 de janeiro de 2005, em 4 415 milhões de toneladas. Segundo a Comissão Europeia, existem 4 590 milhões de toneladas de reservas de lenhite na Grécia.
- 7 A República Helénica concedeu à recorrente direitos de extração e de exploração de lenhite para minas cujas reservas se elevam aproximadamente a 2 200 milhões de toneladas; 85 milhões de toneladas de reservas pertencem a particulares e, cerca de 220 milhões de toneladas de reservas são jazidas públicas objeto de extração e exploração por particulares, mas que abastecem parcialmente as centrais elétricas da recorrente. Não foi ainda concedido nenhum direito de exploração relativamente a cerca de 2 000 milhões de toneladas de reservas de lenhite na Grécia.
- 8 As centrais elétricas gregas que funcionam a lenhite pertencem todas à DEI.
- 9 Após a entrada em vigor da Diretiva 96/92, o mercado grego de eletricidade foi aberto à concorrência.

- 10 A concessão de licenças de produção de eletricidade e de construção de centrais elétricas rege-se pela Lei n.º 2773/1999, conforme alterada.
- 11 A Lei grega n.º 3175/2003 (FEK A' 207) previa a criação de um mercado diário obrigatório para todos os vendedores e compradores de eletricidade na rede de interconexão grega que abrange a Grécia continental e algumas ilhas gregas. Este mercado data de maio de 2005.
- 12 No mercado diário obrigatório, os produtores e os importadores de eletricidade injetam na rede e vendem a sua produção e as suas importações numa base diária. Mais exatamente, na véspera submetem propostas (com indicação do preço e da quantidade de eletricidade), enquanto os fornecedores e os clientes submetem as previsões de carga. Tendo em conta estes elementos, os preços propostos, as quantidades e as horas de atividade de cada central, a entidade que gere a rede de transporte de eletricidade, denominada Hellenic Transmission System Operator SA (HTSO) elabora o programa horário de carregamento das centrais para o dia seguinte.
- 13 Para elaborar esse programa, a HTSO atende previamente à previsão de determinadas injeções obrigatórias de eletricidade na rede (como a injeção de eletricidade pelas centrais que produzem a partir de energias renováveis, as centrais de produção conjunta de energia e calor, as centrais hidroelétricas obrigatórias, as importações e as exportações). A prioridade é, assim, atribuída a esses vendedores no mercado grossista de eletricidade; em seguida, vêm os outros vendedores (todas as centrais térmicas, entre as quais as centrais alimentadas a lenhite, a gás e a petróleo).
- 14 Para determinar o preço do mercado, atende-se à mais cara das propostas selecionadas. O sistema é o seguinte: o princípio de base é que as tarifas horárias praticadas pelos produtores devem ser pelo menos iguais ao custo variável da central; as propostas das centrais elétricas que tenham o custo variável mais baixo são as primeiras a integrar a rede, com exceção das centrais que funcionam com energias renováveis que são integradas prioritariamente; o preço a que a eletricidade é comprada e vendida é determinado em cada caso pela última central de produção (a mais cara) que foi integrada no programa de distribuição com vista a satisfazer a procura em causa — a chamada Central Marginal da Rede (System Marginal Unit); no ponto de equilíbrio entre a oferta e a procura, o preço proposto é o preço formado no mercado, designado «preço máximo do sistema».
- 15 Em 2003, a Comissão recebeu uma queixa apresentada por um particular que pediu que a sua identidade permanecesse confidencial, que a informou do facto de que, por força do Decreto Legislativo grego n.º 4029/1959, de 12 e 13 de novembro de 1959 (FEK A' 250), e da Lei grega n.º 134/1975, de 23 e 29 de agosto de 1975 (FEK A' 180), a República Helénica concedeu à DEI uma licença exclusiva de extração e de exploração de lenhite na Grécia. De acordo com a queixa, essas medidas estatais são contrárias ao artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE.
- 16 A Comissão apreciou a matéria de facto e pediu informações à recorrente e à Rythmistiki Archi Energias (RAE, Autoridade Reguladora da Energia). A primeira respondeu por cartas de 23 e 30 de maio e de 11 de julho de 2003, e a segunda por carta de 25 de junho de 2003.
- 17 Em 1 de abril de 2004, a Comissão enviou à República Helénica uma notificação para cumprir, informando-a das acusações preliminares admitidas. Em especial, a Comissão referia-se às medidas tomadas nos termos do Decreto Legislativo n.º 4029/1959 e da Lei n.º 134/1975, que concedem à recorrente direitos de extração e de exploração em jazidas de lenhite na Megalopolis, na região de Ptolemais, nas bacias de Amynteon e na de Flórina, expirando esses direitos, respetivamente, em 2026, em 2024 e em 2018. A Comissão referiu também que esses direitos foram concedidos para as jazidas de Dráma e de Elassona. Acrescentou que tais medidas tinham sido tomadas a favor da recorrente sem qualquer contrapartida financeira, enquanto as outras entidades que beneficiavam de tais direitos ficavam obrigadas a essa contrapartida. Por causa destas medidas que davam um acesso privilegiado à recorrente ao combustível mais atrativo para a produção de eletricidade, a Comissão considerou que a República Helénica permitiu a esta manter ou alargar a sua posição dominante existente no mercado

do fornecimento de lenhite para o mercado grossista de eletricidade, em violação do artigo 86.º CE, conjugado com o artigo 82.º CE. A Comissão concluía indicando que a violação das referidas disposições se verificava pelo menos desde fevereiro de 2001, isto é, a data em que o Estado grego deveria ter liberalizado o mercado da eletricidade por força da Diretiva 96/92.

- 18 Em 3 de maio de 2004, a Comissão enviou uma cópia desta carta à recorrente, dando-lhe a possibilidade de apresentar as suas observações a esse propósito. A República Helénica e a recorrente responderam por cartas de 2 de julho de 2004. Nas suas respostas, referiam-se estas designadamente a alterações legislativas recentes, relativas à adoção da Lei n.º 3175/2003, a alterações no mercado da eletricidade, com a concessão de licenças a outras entidades além da recorrente para a construção de novas centrais elétricas, e sustentavam que a legislação grega não concedia qualquer direito de exclusividade à recorrente, quer no tocante à exploração de lenhite quer à produção de eletricidade a partir desse combustível.
- 19 Por carta de 21 de setembro de 2005, a Comissão pediu determinados esclarecimentos à República Helénica, que respondeu por cartas de 22 e 28 de novembro de 2005 e de 19 de junho de 2006. Nessas cartas, esta apresentava uma série de informações e novos elementos quanto à matéria de facto. Mencionava a adoção da Lei grega n.º 3426/2005 (FEK A' 309) e, pela primeira vez, as sete jazidas de lenhite de pequena dimensão para as quais foram concedidos direitos de extração e de exploração a pessoas coletivas de direito privado e a pessoas singulares depois de 1985, facultava uma lista das licenças concedidas ou recusadas para a construção de novas centrais elétricas e referia a sua intenção, em primeiro lugar, de alterar o Decreto Legislativo n.º 4029/1959 e a Lei n.º 134/1975, em segundo lugar, de adjudicar de novo, por concurso, as jazidas de Vevi, depois as de Vegora e, em terceiro lugar, de conceder direitos de exploração para as jazidas de Dráma e de Elassona.
- 20 Em 18 de outubro de 2006, a Comissão remeteu à República Helénica uma notificação para cumprir complementar na qual explicitava as conclusões que inferira dos novos elementos de informação que lhe tinham sido comunicados. Em especial, indicava que esses novos elementos não alteraram as acusações que tinha referido na sua primeira notificação para cumprir, de 1 de abril de 2004. A Comissão reiterava a sua posição de acordo com a qual, ao manter e conceder direitos de quase monopólio que permitiam à recorrente um acesso privilegiado à lenhite, a República Helénica tinha dado a esta a possibilidade de manter uma posição dominante no mercado da produção de eletricidade em situação de quase monopólio, excluindo ou entravando novas entradas no mercado.
- 21 Em carta datada de 19 de janeiro de 2007, a recorrente transmitiu as suas observações à Comissão quanto à notificação para cumprir complementar, comunicando ao mesmo tempo determinadas informações, designadamente quanto aos direitos de exploração de algumas jazidas de lenhite, quanto aos custos de produção das centrais elétricas que funcionam a lenhite ou a gás, quanto ao mercado do fornecimento de lenhite que se alarga para além do território nacional, e quanto à eventual revogação das disposições do Decreto Legislativo n.º 4029/1959 e da Lei n.º 134/1975. Expressou aí também as suas objeções quanto ao raciocínio seguido pela Comissão e contestou qualquer infração ao direito da União. A recorrente enviou nova carta à Comissão, em 4 de abril de 2007, na qual lhe apresentava outros elementos, relativos designadamente à extração e às importações potenciais de lenhite.
- 22 A República Helénica respondeu à notificação para cumprir complementar por carta de 24 de janeiro de 2007. Nesta, referia-se à situação atual das jazidas de lenhite exploradas pela recorrente e por outras entidades. Quanto ao mérito, refutava a análise jurídica da Comissão quanto à aplicação ao caso da «teoria da extensão da posição dominante».
- 23 Em 8 de fevereiro de 2008, a recorrente apresentou à Comissão dados sobre o mercado grego de eletricidade atualizados para o período de 2006-2007.

- 24 Em 5 de março de 2008, a Comissão adotou a Decisão C(2008) 824 final, relativa à concessão ou manutenção pela República Helénica de direitos a favor da recorrente para a extração de lenhite (a seguir «decisão impugnada»).
- 25 Nesta decisão, a Comissão afirma que a República Helénica sabia desde a adoção da Diretiva 96/92, cuja transposição estava prevista, o mais tardar, até 19 de fevereiro de 2001, que o mercado de eletricidade devia ser liberalizado (considerandos 61 e 150).
- 26 A Comissão considera que a República Helénica adotou determinadas medidas estatais relativas a dois mercados de produtos distintos, sendo o primeiro o do fornecimento de lenhite e o segundo o grossista de eletricidade, que se refere à produção e ao fornecimento de eletricidade nas centrais e à importação de eletricidade através de dispositivos de interconexão. A Comissão indica que até maio de 2005, data da criação do mercado diário obrigatório, o segundo destes mercados era o do fornecimento aos clientes elegíveis da eletricidade produzida a nível nacional e importada, e que a análise deste mercado no período até maio de 2004 conduziu às mesmas conclusões que a análise realizada relativamente ao mercado grossista de eletricidade, mercado potencial nessa data. Assim, e tendo em conta esta evolução do mercado grego assinalada pela República Helénica na sua carta de 24 de janeiro de 2007, a Comissão salienta que, se há que considerar o segundo mercado como o mercado grossista de eletricidade, importa no entanto encarar os argumentos apresentados pela República Helénica tendo por base a definição inicial de mercado (considerandos 158 e segs.). Quanto aos mercados geográficos em causa, o mercado de fornecimento de lenhite é de dimensão nacional, ao passo que o mercado grossista de eletricidade se alarga ao «território da rede interconectada» (considerandos 167 a 172).
- 27 A Comissão adianta ainda que a recorrente detém uma posição dominante no mercado do fornecimento de lenhite. Desde 2000, do total de lenhite extraída na Grécia, a parte da recorrente foi sempre superior a 97%. A recorrente detém também uma posição dominante no mercado grossista de eletricidade, uma vez que a sua quota neste mercado é superior a 85%. Não havendo perspectiva de nova entrada suscetível de retirar uma parte significativa do mercado grossista de eletricidade à recorrente e representando as importações 7% do consumo total, estas não constituem um obstáculo real de concorrência neste mercado (considerando 177). Além disso, o mercado grossista de eletricidade na rede interconectada grega, que representa mais de 90% do consumo total de eletricidade da Grécia, constitui uma parte substancial do mercado comum (considerando 179).
- 28 Relativamente às medidas estatais em causa, a Comissão observou que, por força do Decreto Legislativo n.º 4029/1959 e da Lei n.º 134/1975, 91% dos direitos de exploração das jazidas públicas de lenhite foram concedidos à recorrente. A Comissão especifica que essas medidas foram mantidas quando, não obstante as possibilidades permitidas pela legislação mineira, introduzida na Grécia pelo Decreto Legislativo n.º 210/1973 (FEK A' 277), posteriormente alterado pela Lei n.º 274/1976 (FEK A' 50), não foi concedido nenhum direito sobre uma jazida importante. Além disso, indica que a recorrente obteve direitos de exploração sem concurso sobre jazidas exploráveis, Dráma e Elassona essencialmente, para as quais não tinham ainda sido concedidos quaisquer direitos de exploração. A Comissão acrescenta, por fim, que as centrais que funcionam a lenhite, que têm menos custos na Grécia, são as mais utilizadas, uma vez que produzem 60% da eletricidade que permite abastecer a rede interconectada (considerandos 185 a 187).
- 29 Por conseguinte, graças à concessão e à manutenção dos direitos de extração da lenhite de quase monopólio a favor da recorrente, a República Helénica criou uma desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos no mercado grossista de eletricidade, e falseou a concorrência, reforçando, assim, a posição dominante da recorrente (considerando 190).
- 30 A Comissão conclui que, ao conceder e ao manter direitos de quase monopólio sobre a exploração de lenhite à empresa pública que é a recorrente, a República Helénica garantiu-lhe o acesso privilegiado ao combustível mais atrativo que existe na Grécia para a produção de eletricidade. A República Helénica deu, assim, a esta empresa a possibilidade de manter uma posição dominante no mercado

grossista de eletricidade em situação de quase monopólio, ao excluir qualquer nova entrada nesse mercado ou ao criar entraves a essa entrada. Por conseguinte, a República Helénica permitiu à recorrente proteger a sua posição de quase monopólio no mercado, não obstante a liberalização do mercado grossista de eletricidade, ao manter e reforçar, assim, a sua posição dominante nesse mercado (considerando 238).

- 31 Por fim, a Comissão constata que a República Helénica não invocou as disposições do artigo 86, n.º 2, CE, para justificar a adoção de medidas que concedem à recorrente direitos de extração de lenhite (considerandos 239 e 240). A Comissão considera também que as medidas estatais afetam as trocas comerciais entre Estados, pois desencorajam qualquer potencial concorrente a investir na produção e no fornecimento de eletricidade na Grécia (considerandos 241 a 244).
- 32 Por força do artigo 1.º da decisão impugnada, o artigo 22.º, n.º 1, do Decreto Legislativo, n.º 4029/1959, o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 134/1975 e as decisões do Ministro grego da Indústria, da Energia e das Tecnologias de 1976 (FEK B' 282), de 1988 (FEK B' 596) e de 1994 (FEK B' 633), são contrárias ao artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE, na medida em que concedem e mantêm direitos privilegiados a favor da recorrente para a exploração de lenhite na Grécia, criando assim uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos no que se refere ao acesso a combustíveis primários para efeitos da produção de eletricidade, permitindo à recorrente manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado grossista de eletricidade da Grécia, excluindo qualquer nova entrada no mercado ou criando entraves à mesma.
- 33 É de referir que o artigo 1.º da decisão impugnada contém um erro material, na medida em que se refere ao artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 134/1975. Com efeito, resulta dos autos que a disposição visada pela decisão impugnada é o n.º 3 do dito artigo.
- 34 No artigo 2.º da decisão impugnada, a Comissão pede à República Helénica que a informe, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, das medidas que pretende adotar para corrigir os efeitos anticoncorrenciais das medidas estatais visadas no artigo 1.º Além disso, a Comissão refere que essas medidas deverão ser adotadas e aplicadas no prazo de oito meses a contar desta decisão.

Tramitação processual e pedidos das partes

- 35 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 13 de maio de 2008, a recorrente interpôs o presente recurso.
- 36 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal Geral em 5 de setembro de 2008, a República Helénica pediu que fosse admitida a sua intervenção em apoio dos pedidos da recorrente.
- 37 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal Geral, em 9 de setembro de 2008, a Elliniki Energeia kai Anaptyxi A.E. (HE & DSA) e a Energeiaki Thessalonikis A.E., sociedades anónimas que operam na área da produção de energia elétrica na Grécia (a seguir «empresas intervenientes»), pediram que fosse admitida a sua intervenção em apoio dos pedidos da Comissão. Em conformidade com o artigo 116.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, estes pedidos foram notificados às partes. A Comissão apresentou as suas observações em 23 de outubro de 2008. Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal Geral respetivamente em 7 e em 10 de novembro de 2008, a recorrente formulou objeções a cada um dos dois pedidos de intervenção.
- 38 Por despacho do presidente da Sétima Secção do Tribunal Geral, de 3 de dezembro de 2008, foi admitida a intervenção da República Helénica no presente litígio em apoio dos pedidos da recorrente.

- 39 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal Geral em 19 de dezembro de 2008, a recorrente pediu, no quadro das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do Regulamento de Processo, que, na hipótese de a Comissão não aceitar voluntariamente alterar a contestação, o Tribunal ordene a substituição de determinada formulação que aí consta.
- 40 Nas observações apresentadas na Secretaria do Tribunal Geral em 23 de janeiro de 2009 sobre o pedido de medidas de organização do processo, a Comissão aceitou, seguindo o proposto pela recorrente, alterar determinada formulação da contestação.
- 41 A República Helénica apresentou o seu pedido de intervenção na Secretaria do Tribunal Geral em 18 de fevereiro de 2009. Nesse requerimento, referiu, designadamente, que o artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 134/1975, posto em causa no artigo 1.º da decisão impugnada, foi revogado pelo artigo 36.º, n.º 3, da Lei grega n.º 3734/2009 (FEK A' 8).
- 42 Por despachos do presidente da Sétima Secção do Tribunal Geral, de 18 de setembro de 2009, foi admitida a intervenção das empresas intervenientes no litígio em apoio dos pedidos da Comissão.
- 43 As empresas intervenientes apresentaram alegações de intervenção na Secretaria do Tribunal Geral em 13 de novembro de 2009.
- 44 A Comissão, por cartas de 23 de outubro de 2008, de 19 de fevereiro e de 16 de março de 2009, e a recorrente, por cartas de 7 e 10 de novembro de 2008, de 8 de janeiro e de 23 de junho de 2009 e de 28 de janeiro de 2010, pediram que determinados elementos confidenciais que constavam da petição, da contestação, da réplica, da tréplica, bem como as observações sobre os pedidos de intervenção da República Helénica e as observações sobre o pedido de intervenção das empresas intervenientes, fossem excluídos da comunicação a estas. A comunicação às empresas intervenientes dos referidos dados do processo limitou-se à versão não confidencial, o que estas não contestaram.
- 45 A recorrente, apoiada pela República Helénica, conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- anular a decisão recorrida;
 - condenar a Comissão nas despesas.
- 46 A Comissão, apoiada pelas empresas intervenientes, conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- negar provimento ao recurso;
 - condenar a recorrente nas despesas.
- 47 Tendo a composição das secções do Tribunal Geral sido modificada, o juiz-relator foi designado presidente da Sexta Secção, à qual o presente processo foi, por consequência, atribuído.
- 48 Visto o relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Sexta Secção), decidiu iniciar a fase oral do processo.
- 49 No âmbito de uma medida de organização do processo, decidida nos termos do artigo 64.º do Regulamento de Processo, o Tribunal Geral convidou as partes principais e a República Helénica, por cartas de 14 de dezembro de 2010, a apresentarem estatísticas e quadros relativos ao mercado diário obrigatório, para o período entre 2005 e a adoção da decisão recorrida. A recorrente e a República Helénica deram cumprimento a esta medida, por cartas apresentadas na Secretaria do Tribunal Geral em 1 de fevereiro de 2011. Por carta apresentada na Secretaria do Tribunal Geral em 7 de março de 2011, a Comissão deu cumprimento ao pedido do Tribunal Geral, enviando duas versões, uma

confidencial para a recorrente e a República Helénica, outra não confidencial para as empresas intervenientes. As partes foram convidadas a apresentar as suas observações quanto ao conteúdo dessas respostas na audiência.

- 50 Na audiência de 6 de abril de 2011 foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal Geral.
- 51 Por impedimento do juiz-relator, o presidente do Tribunal Geral nomeou-se a si mesmo, nos termos do artigo 32.º, n.º 3, do Regulamento de Processo, para completar a Sexta Secção na qualidade de juiz-relator.
- 52 Por despacho de 18 de novembro de 2011, o Tribunal Geral (Sexta Secção), na sua nova composição, reabriu a fase oral do processo e as partes foram informadas de que seriam ouvidas em nova audiência.
- 53 Em seguida, o presidente do Tribunal Geral reatribuiu o processo ao novo presidente da Sexta Secção e designou-o juiz-relator.
- 54 As partes foram ouvidas em nova audiência em 2 de fevereiro de 2012.

Questão de direito

- 55 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca quatro fundamentos, baseados, em primeiro lugar, no erro de direito no momento da aplicação das disposições conjugadas do artigo 86.º, n.º 1, CE e do artigo 82.º CE, e num erro manifesto de apreciação, em segundo lugar, na violação do dever de fundamentação previsto no 253.º CE, em terceiro lugar, por um lado, na violação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da proteção da propriedade privada e, por outro, em desvio de poder e, em quarto lugar, na violação do princípio da proporcionalidade.
- 56 O primeiro fundamento articula-se em cinco partes, assentes, em primeiro lugar, em erro manifesto de apreciação na definição dos mercados relevantes, em segundo lugar, na não extensão da posição dominante do mercado do fornecimento de lenhite ao mercado grossista de eletricidade quanto à interpretação da condição relativa à existência de direitos exclusivos ou especiais para a violação conjugada dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE, em terceiro lugar, na inexistência de uma situação de desigualdade de oportunidades em prejuízo dos novos concorrentes devido à legislação grega que atribui à recorrente direitos de exploração da lenhite, em quarto lugar, na não extensão da posição dominante do mercado do fornecimento de lenhite ao mercado grossista de eletricidade no que se refere ao alegado acesso privilegiado a um combustível primário e, em quinto lugar, em erro manifesto de apreciação na tomada em consideração das evoluções no mercado grego de eletricidade.
- 57 Na decisão recorrida, a Comissão concluiu que as medidas estatais em causa se referiam a dois mercados: um mercado a montante, o do fornecimento de lenhite, com exclusão de outros combustíveis; e um mercado a jusante, que é o mercado grossista de eletricidade, a saber, o mercado da produção e do fornecimento grossista de eletricidade, com exclusão dos mercados de transporte e de distribuição de eletricidade (considerandos 158 a 166). Quanto aos mercados geográficos relevantes, o mercado de fornecimento de lenhite tem dimensão nacional e o mercado grossista de eletricidade estende-se ao território da rede interconectada grega (considerandos 167 a 171).
- 58 No entender da Comissão, as medidas tomadas pela República Helénica, ao conceder o direito de exploração da lenhite à recorrente e ao excluir ou ao criar obstáculos à entrada de novos concorrentes neste mercado, permitem à recorrente manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado a montante, ou seja, no mercado grossista de eletricidade.

59 O Tribunal Geral considera que importa examinar, antes de mais, a segunda e a quarta partes do primeiro fundamento, sem que tenha de se pronunciar nesta fase sobre a justeza da definição de mercados relevantes adotada pela Comissão na decisão impugnada e, assim, sobre a premissa de que a dita definição, contrariamente ao alegado pela recorrente, não está inquinada de erro manifesto de apreciação.

Argumentos das partes

60 A recorrente contesta, em substância, a conclusão da Comissão segundo a qual o exercício dos direitos de exploração da lenhite, de que a recorrente é titular, teria por efeito a extensão da sua posição dominante no mercado da lenhite ao mercado grossista de eletricidade, em violação das disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE.

61 Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que, embora, no que se refere ao âmbito de aplicação geral do artigo 86.º, n.º 1, CE, seja suficiente que a empresa seja pública, a existência de direitos exclusivos ou especiais é uma condição necessária para fundamentar uma violação das disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE em razão de uma extensão da posição dominante de uma empresa pública de um mercado para outro, próximo, mas diferente. Com efeito, em todos os acórdãos em que o Tribunal de Justiça identificou uma violação conjugada dessas disposições através da extensão de uma posição dominante, a empresa em causa baseou o seu comportamento num direito especial ou exclusivo cuja existência foi determinante.

62 A recorrente observa que não é titular de um direito exclusivo, porque não tem exclusividade para o exercício da atividade de extração de lenhite, nem de um direito especial, pois nenhuma decisão estatal determina o número dos beneficiários, embora esse número não possa necessariamente ultrapassar o número de jazidas existentes no território grego.

63 Em segundo lugar, a recorrente indica não possuir a competência regulamentar que lhe permita determinar à sua vontade a atividade dos seus concorrentes colocando-os na sua dependência. Também não há violação da concorrência, uma vez que a recorrente não impõe, por exemplo, custos elevados aos seus concorrentes e também não lhes fornece uma matéria-prima menos adequada para a respetiva atividade. Foi erradamente que a Comissão não especificou a natureza do comportamento abusivo a que a recorrente alegadamente foi levada pela pretensa desigualdade de oportunidades.

64 Em terceiro lugar, a Comissão devia ter explicado ou, no mínimo examinado, em que medida a alegada violação do artigo 82.º CE lesa os interesses dos consumidores. O Tribunal de Justiça examinou, em acórdãos que se referem à violação do artigo 86.º, n.º 1, CE e do artigo 82.º CE, em que medida o quadro jurídico nacional conduzia a uma situação prejudicial para os interesses dos consumidores na aceção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE. No caso presente, não existe prejuízo atual ou potencial para os interesses dos consumidores, dado que os preços de retalho são fixados pelo Estado a um nível baixo por razões sociais.

65 Em quarto lugar, no entender da recorrente, a Comissão define a lenhite como um fator de produção absolutamente necessário (*essential facility*), sem ter demonstrado que a lenhite é absolutamente necessária para poder operar no mercado grossista da eletricidade.

66 A Comissão deveria, pelo menos, ter demonstrado que a lenhite era muito mais barata que todos os outros combustíveis a ponto de, sem acesso à lenhite, estar excluída a possibilidade de aceder ao mercado grossista de eletricidade.

67 Tomando por base o acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 1991, Höfner e Elser (C-41/90, Colet., p. I-1979) e a jurisprudência subsequente, a República Helénica alega que a Comissão não refere qualquer tipo de abuso de posição dominante existente ou sequer potencial por parte da recorrente.

Ora, no presente litígio, a existência de tal abuso seria uma condição necessária e prévia para efeitos da aplicação conjugada dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE. Não basta à Comissão demonstrar que uma medida estatal cria uma desigualdade de oportunidades no mercado. Além disso, a Comissão não demonstrou a existência de umnexo de causalidade forte entre a posição da recorrente no mercado a montante e a alegada infração no mercado a jusante.

- 68 A Comissão contesta as alegações adiantadas pela recorrente e pela República Helénica.
- 69 No entender da Comissão, carece de fundamento jurídico o argumento da recorrente segundo o qual, por um lado, a empresa dominante deve também gozar de direitos especiais ou exclusivos para que seja demonstrada a violação das disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE, e, por outro, no caso presente não lhe foram concedidos tais direitos especiais ou exclusivos. Por um lado, o âmbito de aplicação destas disposições não se limita às medidas estatais que concedem direitos especiais ou exclusivos e, por outro, tais direitos exclusivos foram concedidos à recorrente pelo próprio efeito da concessão da licença de exploração de uma jazida de lenhite.
- 70 A Comissão acrescenta que, embora nos acórdãos referidos pela recorrente a concessão de direitos especiais ou exclusivos tenha sido relevante para a apreciação da infração, tal não impede que se considere que, no caso de uma empresa pública, uma ou várias medidas estatais violam as disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE, e 82.º CE, sem necessidade da existência de um direito especial ou exclusivo. O Tribunal de Justiça declarou-o, aliás, no acórdão de 22 de maio de 2003, *Connect Austria* (C-462/99, Colet., p. I-5197). A Comissão nota também que as características dos processos invocados pela recorrente não eram as mesmas do processo vertente.
- 71 A Comissão reitera que os direitos de exploração das reservas de lenhite de uma dada região, obtidos por força das disposições legislativas e dos decretos ministeriais controvertidos, conferem à recorrente o direito de explorar essas reservas em exclusividade. Embora o facto de conceder à recorrente o direito exclusivo para a exploração de lenhite não constitua, individualmente considerado, uma violação das disposições dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE, esses direitos — considerados globalmente — permitem à recorrente um acesso privilegiado e exclusivo que abrange a quase totalidade das reservas públicas exploráveis de lenhite na Grécia. É este o resultado que a Comissão qualifica de «acesso privilegiado» e de «direitos de quase monopólio» na decisão impugnada para descrever a situação da recorrente que tem no mercado relevante uma posição dominante.
- 72 Na audiência de 2 de fevereiro de 2012, a Comissão afirmou, em resposta a uma pergunta do Tribunal Geral, que a aplicação do artigo 86.º, n.º 1, CE é feita no caso presente com base no critério da «empresa pública».
- 73 Tomando por base o acórdão *Connect Austria*, já referido, a Comissão alega que, para aplicar a teoria da extensão da posição dominante, não é necessário que a empresa dominante exerça uma função reguladora num mercado vizinho.
- 74 Carece de fundamento a alegação da recorrente de acordo com a qual a Comissão deveria ter examinado o prejuízo potencial causado aos consumidores pela infração às disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE. Uma prática que afete a estrutura da concorrência no mercado grossista de eletricidade na Grécia é considerada indiretamente prejudicial para os consumidores.
- 75 A Comissão lembra que baseou a sua conclusão de que se verifica a infração às disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE nos acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de março de 1991, *França/Comissão* (C-202/88, Colet., p. I-1223), de 13 de dezembro de 1991, *GB-Inno-BM* (C-18/88, Colet., p. I-5941), de 12 de fevereiro de 1998, *Raso e o.* (C-163/96, Colet., p. I-533), e *Connect Austria*, já referido. Esta jurisprudência reconhece a existência de uma violação do artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE, quando as medidas estatais falseiam a concorrência ao criarem uma desigualdade de oportunidades entre os operadores, sem exigir ao mesmo tempo a definição de

uma prática abusiva concreta — real ou potencial. Por conseguinte, a Comissão refuta a alegação segundo a qual deveria também ter demonstrado, para além da desigualdade de oportunidades, uma prática abusiva concreta da recorrente.

- 76 Contrariamente à argumentação da República Helénica, a Comissão entende que a referência no acórdão *Connect Austria*, já referido, à desigualdade de oportunidades e os critérios elaborados pelo Tribunal de Justiça no processo *Höfner e Elser*, já referido, não são requisitos cumulativos.
- 77 A Comissão contesta a alegação da recorrente segundo a qual considerou o seu acesso de quase monopólio à lenhite uma forma de «essential facility», uma vez que não recorreu a esse conceito.
- 78 No que toca ao alegado carácter não atrativo da lenhite como meio de produção de eletricidade, por um lado, a Comissão lembra que determinadas empresas apresentaram pedidos no âmbito do concurso relativo aos direitos de exploração da mina de lenhite de Vevi. Por outro, a recorrente demonstrou um interesse constante pela construção de novas centrais elétricas de lenhite ou pela substituição das existentes. É o bastante para refutar a argumentação da recorrente neste ponto.

Apreciação do Tribunal Geral

- 79 Por força do artigo 86.º, n.º 1, CE, no que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária às regras do Tratado CE, designadamente às previstas em matéria de concorrência, sem prejuízo do artigo 86.º, n.º 2, CE. Este artigo não tem uma aplicação autónoma e apenas se aplica em conjugação com outras disposições do Tratado.
- 80 No caso presente, a Comissão aplicou o artigo 86.º, n.º 1, CE em conjugação com o artigo 82.º CE. Esta última disposição proíbe a exploração abusiva, por uma empresa, de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros.
- 81 No artigo 1.º da decisão impugnada, a Comissão considerou que as medidas estatais em causa eram contrárias a essas disposições conjugadas na medida em que concediam e mantinham direitos privilegiados a favor da recorrente para a exploração de lenhite na Grécia. Tal criava uma situação de desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos no que concerne ao acesso aos combustíveis primários com o objetivo de produção de eletricidade, permitindo à recorrente manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado grossista de eletricidade ao excluir qualquer nova entrada no mercado ou ao criar entraves à mesma.
- 82 No essencial, a recorrente formula duas críticas a esta conclusão da Comissão.
- 83 Na primeira, a recorrente alega que, mesmo que o artigo 86.º, n.º 1, CE seja em princípio aplicável às empresas públicas às quais os Estados-Membros não concederam direitos especiais ou exclusivos, resulta da jurisprudência que, para demonstrar uma infração a esta disposição aplicada em conjugação com o artigo 82.º CE em razão de uma extensão da posição dominante, é necessário que a empresa em causa goze de um direito exclusivo ou especial na aceção do artigo 86.º, n.º 1, CE. Ora, os direitos de exploração de lenhite que lhe foram concedidos não constituem direito desse tipo.
- 84 Na segunda crítica, a recorrente alega que a Comissão não demonstrou na decisão impugnada a existência de um abuso real ou potencial da posição dominante da recorrente nos mercados relevantes, quando era obrigada a fazê-lo para aplicar o artigo 86.º, n.º 1, CE em conjugação com o artigo 82.º CE. Importa examinar, antes de mais, esta acusação.

- 85 A este respeito, o litígio, no caso vertente, centra-se principalmente em saber se a Comissão devia identificar um abuso da posição dominante, real ou potencial, da recorrente ou se era suficiente provar que as medidas estatais em causa falseiam a concorrência ao criarem uma desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos, a favor da recorrente. As partes deduzem neste ponto conclusões diferentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça que interpreta o artigo 86.º, n.º 1, CE aplicado em conjugação com o artigo 82 CE.
- 86 Importa antes de mais observar que as proibições previstas no artigo 86.º, n.º 1, CE têm como destinatários os Estados-Membros, ao passo que o artigo 82.º CE, por seu turno, tem como destinatárias as empresas, proibindo-lhes a exploração abusiva de uma posição dominante. No caso da aplicação conjugada destas duas disposições, a violação do artigo 86.º, n.º 1, CE por um Estado-Membro apenas pode ser demonstrada se a medida estatal for contrária ao artigo 82.º CE. Coloca-se assim a questão de saber em que medida deve ser identificado um abuso, ainda que potencial, da posição dominante de uma empresa, quando esse abuso tem umnexo com a medida estatal.
- 87 No que toca ao mercado do fornecimento de lenhite, decorre dos autos que, nos termos do artigo 22.º do Decreto Legislativo n.º 4029/1959 e do artigo 3.º, n.º 3, da Lei n.º 134/1975, de aproximadamente 4 500 milhões de toneladas de reservas totais de lenhite na Grécia, a República Helénica concedeu à recorrente direitos de exploração de lenhite para minas com reservas até aproximadamente 2 200 milhões de toneladas. Estas medidas estatais, anteriores à liberalização do mercado de eletricidade foram mantidas e continuam a afetar o mercado de fornecimento de lenhite.
- 88 Resulta também dos autos que, apesar do interesse manifestado pelos concorrentes da recorrente, nenhum operador económico pôde obter da República Helénica direitos de exploração de jazidas de lenhite, muito embora a Grécia disponha de cerca de 2 000 milhões de toneladas de lenhite ainda não exploradas.
- 89 Contudo, a impossibilidade de os outros operadores económicos acederem às jazidas de lenhite ainda disponíveis não pode ser imputada à recorrente. Como esta indicou, com razão, na audiência de 2 de fevereiro de 2012, o facto de não ter concedido licenças de exploração de lenhite depende exclusivamente da vontade da República Helénica. No mercado do fornecimento de lenhite, a recorrente limitou-se a explorar as jazidas sobre as quais tem direitos e a Comissão não afirmou que ela tivesse abusado da sua posição dominante nesse mercado no que se refere ao acesso à lenhite.
- 90 No entender da Comissão, a impossibilidade de os concorrentes da recorrente entrarem no mercado de fornecimento de lenhite tem repercussões no mercado grossista de eletricidade. Dado a lenhite ser o combustível mais atrativo na Grécia, a sua exploração permite produzir eletricidade com um custo variável baixo, o que, no dizer da Comissão, garante que a eletricidade assim produzida possa entrar no mercado diário obrigatório com uma margem de lucro mais interessante do que a eletricidade produzida a partir de outros combustíveis. No entender da Comissão, a consequência é que a recorrente pode manter ou reforçar a sua posição dominante no mercado grossista de eletricidade, excluindo qualquer nova entrada nesse mercado ou criando entraves à mesma.
- 91 A este respeito, importa lembrar que, após a liberalização do mercado grossista de eletricidade, foi criado um mercado diário obrigatório e que as regras de funcionamento deste não são postas em causa pela decisão impugnada. Como decorre dos n.ºs 11 a 14 *supra*, os vendedores no mercado grossista de eletricidade, a saber, a recorrente e os seus concorrentes, tem de respeitar este sistema. Além disso, a recorrente estava presente neste mercado antes da sua liberalização.
- 92 Ora, a Comissão não provou que o acesso privilegiado à lenhite poderia criar uma situação em que, pelo mero exercício dos seus direitos de exploração, a recorrente poderia cometer abusos de posição dominante no mercado grossista de eletricidade ou teria sido levada a cometer tais abusos nesse

mercado. Do mesmo modo, a Comissão não acusa a recorrente de ter estendido, sem justificação objetiva, a sua posição dominante no mercado do fornecimento de lenhite ao mercado grossista de eletricidade.

- 93 Ao referir simplesmente que a recorrente, antiga empresa monopolista, continua a manter uma posição dominante no mercado grossista de eletricidade graças à vantagem que lhe dá o acesso privilegiado à lenhite e que esta situação cria uma desigualdade de oportunidades neste mercado entre a recorrente e as outras empresas, a Comissão não identificou nem demonstrou com força jurídica bastante a que abuso, na aceção do 82.º CE, a medida estatal em causa levou ou podia levar a recorrente.
- 94 Cabe acrescentar que na decisão impugnada a Comissão mencionou, antes de mais, ao referir-se ao acórdão Raso e o., já referido (n.º 27), a jurisprudência do Tribunal de Justiça de acordo com a qual um Estado-Membro viola as proibições previstas pelos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE quando a empresa em causa é levada, pelo simples exercício dos direitos exclusivos ou especiais que lhe foram conferidos, a explorar a sua posição dominante de modo abusivo ou quando esses direitos são suscetíveis de criar uma situação em que esta empresa seja levada a cometer tais abusos. Esta jurisprudência é assente e recordada designadamente nos acórdãos do Tribunal de Justiça Höfner e Elser, já referido (n.º 29), de 10 de dezembro de 1991, *Merci convenzionali porto di Genova* (C-179/90, Colet., p. I-5889, n.º 17), de 11 de dezembro de 1997, *Job Centre* (C-55/96, Colet., p. I-7119, n.º 31) e de 1 de julho de 2008, *MOTOE* (C-49/07, Colet., p. I-4863, n.ºs 50 e 51).
- 95 Ora decorre destes acórdãos, objeto de debate no Tribunal Geral, que o Tribunal de Justiça, após recordar que o simples facto de criar ou de reforçar uma posição dominante, através de uma medida estatal na aceção do artigo 86.º, n.º 1, CE, não é enquanto tal incompatível com o artigo 82.º CE, verificou em cada caso concreto se a empresa em causa podia ser levada, pelo simples exercício do direito exclusivo ou especial conferido pela medida estatal, a explorar abusivamente a sua posição dominante.
- 96 Há que realçar que, no acórdão Raso e o., já referido, o Tribunal de Justiça reconheceu que, na medida em que a disposição nacional em causa não só concedia a uma companhia portuária o direito exclusivo de fornecer mão-de-obra às empresas autorizadas a operar no porto, mas também lhe permitia concorrer com aquelas no mercado dos serviços portuários, esta companhia portuária se encontrava numa situação de conflito de interesses. A companhia em causa era levada a abusar do seu direito exclusivo ao impor aos seus concorrentes no mercado das operações portuárias preços excessivos para o fornecimento de mão-de-obra ou ao colocar à disposição daqueles uma mão-de-obra menos adaptada às tarefas a executar (acórdão Raso e o., já referido, n.ºs 28 e 30).
- 97 No acórdão MOTOE, já referido, tratava-se de saber se os artigos 82.º CE e 86, n.º 1, CE se opunham a uma legislação nacional que dava a uma pessoa coletiva, que podia organizar e explorar comercialmente ela própria competições de motociclismo, o poder de dar parecer favorável sobre os pedidos de autorização apresentados com vista à organização de tais competições, sem que esse poder estivesse sujeito a limites, obrigações e a uma fiscalização. O Tribunal de Justiça reconheceu que conferir por uma medida estatal os direitos em causa a essa entidade significava *de facto* conferir-lhe o poder de designar as pessoas autorizadas a organizar as referidas competições e de fixar as condições em que estas últimas eram organizadas, atribuindo assim a esta entidade uma vantagem evidente sobre os seus concorrentes, que a podia levar a impedir o acesso dos outros operadores ao mercado em questão (acórdão MOTOE, já referido, n.º 51).
- 98 No acórdão Höfner e Elser, já referido, o Tribunal de Justiça foi chamado a verificar se a manutenção de um monopólio de colocação de quadros e dirigentes de empresas, que consistia essencialmente em pôr quem procurava emprego em contacto com entidades patronais, atividade exercida por um serviço público de emprego a título de um direito exclusivo, constituía uma violação das disposições conjugadas do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado CE (atual artigo 86.º, n.º 1, CE) e do artigo 86.º do Tratado CE (atual artigo 82.º CE). O Tribunal de Justiça reconheceu existir uma violação do artigo 86.

- °, n.º 1, CE se o serviço público for necessariamente levado, pelo simples exercício do direito exclusivo que lhe foi conferido, a explorar abusivamente a sua posição dominante, o que era o caso quando o serviço público não se encontrava manifestamente em condições de satisfazer a procura existente no mercado para este género de atividades e quando o exercício efetivo dessas atividades por sociedades privadas se tornava impossível devido à manutenção em vigor de uma disposição legal que proibia tais atividades sob pena de nulidade dos contratos correspondentes (acórdão Höfner e Elser, já referido, n.ºs 30, 31 e 34).
- 99 Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça identificou uma medida estatal que conduzia o serviço público a um comportamento abusivo, na aceção do artigo 86.º, segundo parágrafo, alínea b), do Tratado CE [que passou a artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE], na medida em que a atividade do serviço público podia consistir numa limitação da prestação oferecida, em prejuízo de quem recorria ao serviço em causa.
- 100 No acórdão Job Centre, já referido, o Tribunal de Justiça entendeu também que a medida nacional podia criar uma situação em que a prestação era limitada, na aceção do artigo 82.º, segundo parágrafo alínea b), CE. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, ao proibir, sob pena de sanções penais e administrativas, qualquer atividade de mediação e de interposição entre a procura e a oferta de colocação, caso não seja exercida por serviços públicos de emprego, um Estado-Membro cria uma situação em que a prestação é limitada, na aceção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE, quando esses serviços não estejam manifestamente em condições de satisfazer, para todos os géneros de atividades, a procura existente no mercado de trabalho (acórdão Job Centre, já referido, n.ºs 32 e 35).
- 101 O acórdão *Merci convenzionali porto di Genova*, já referido, visa uma legislação nacional por força da qual uma empresa beneficiava de um direito exclusivo em relação às operações portuárias, designadamente de embarque, desembarque e de movimentação em geral de mercadorias no porto.
- 102 Neste acórdão, o Tribunal de Justiça entendeu que um Estado-Membro violava o artigo 86.º, n.º 1, CE quando criava uma situação em que a empresa a quem foi concedido o direito exclusivo era, por esse facto, levada tanto a exigir o pagamento de serviços não solicitados, como a faturar preços desproporcionados, ou a evitar o recurso à tecnologia moderna, ou a conceder descontos a determinados utilizadores com a concomitante compensação desses descontos através do aumento dos preços faturados a outros utilizadores (n.ºs 19 e 20). Ora, a este respeito, o Tribunal de Justiça referiu-se expressamente ao artigo 86.º, segundo parágrafo, alíneas a) a c), do Tratado CE [que passou a artigo 82.º, segundo parágrafo, alíneas a) a c), CE].
- 103 Decorre destes acórdãos, lembrados nos n.ºs 96 a 102 *supra*, que o abuso de posição dominante da empresa que goza de um direito exclusivo ou especial pode resultar da possibilidade de exercer esse direito de forma abusiva ou ser uma consequência direta desse direito. Todavia não se infere dessa jurisprudência que o simples facto de a empresa em causa se encontrar numa situação vantajosa relativamente aos seus concorrentes, em razão de uma medida estatal, constitui só por si um abuso de posição dominante.
- 104 Baseando-se designadamente nos acórdãos França/Comissão, GB-Inno-BM e Connect Austria, já referidos, a Comissão alega, contudo, que fundamentou a sua conclusão quanto à violação das disposições conjugadas dos artigos 86.º, n.º 1, CE e 82.º CE mais precisamente na jurisprudência segundo a qual um sistema de concorrência não falseada como o previsto pelo Tratado só pode ser garantido se for assegurada a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos. Se a desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos e, em consequência, a concorrência falseada, se dever a uma medida estatal, essa medida constitui uma violação do artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE.

- 105 Ora, não decorre desses acórdãos que, para considerar que foi cometida uma violação do artigo 86.º, n.º 1, CE aplicado em conjugação com o artigo 82.º CE, basta demonstrar que uma medida estatal falseia a concorrência ao criar uma desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos, sem que seja necessário identificar um abuso de posição dominante da empresa.
- 106 Com efeito, no acórdão GB-Inno-BM, já referido, a Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) detinha, por força da lei belga, o monopólio do estabelecimento e da exploração da rede pública de telecomunicações e acumulava também, por força da lei, os poderes de autorizar ou de recusar a ligação dos aparelhos telefónicos à rede, de especificar as normas técnicas que deviam ser satisfeitas por esses equipamentos e de verificar se os aparelhos não produzidos por ela estavam em conformidade com as especificações que tinha adotado. O Tribunal de Justiça referiu desde logo que o facto de uma empresa, que detém o monopólio do mercado do estabelecimento e da exploração da rede, reservar para si própria, sem necessidade objetiva, um mercado vizinho, mas distinto, no caso concreto o da importação, comercialização, ligação, colocação em funcionamento e manutenção dos aparelhos destinados a serem ligados a essa rede, eliminando assim qualquer ocorrência por parte de outras empresas, constituía uma violação do artigo 82.º CE (acórdão GB-Inno-BM, já referido, n.ºs 15 e 19).
- 107 Em seguida, após ter lembrado que o artigo 82.º CE visava apenas comportamentos anticoncorrenciais adotados pelas empresas por sua própria iniciativa e não medidas estatais, o Tribunal de Justiça considerou que, se a extensão da posição dominante da empresa pública ou da empresa à qual o Estado concedeu direitos especiais ou exclusivos era o resultado de uma medida estatal, tal medida constituía uma violação do disposto no artigo 90.º do Tratado CE (atual artigo 86.º CE) conjugado com o artigo 82.º CE. Com efeito, de acordo com o Tribunal de Justiça o artigo 86.º CE proíbe os Estados-Membros de colocarem, através de medidas legislativas, regulamentares ou administrativas, essas empresas numa situação em que não poderiam colocar-se elas mesmas por comportamentos autónomos sem violar as disposições do artigo 82.º CE (n.º 20).
- 108 Na audiência de 2 de fevereiro de 2012, a Comissão defendeu que, no dito acórdão, o Tribunal de Justiça decidiu, no n.º 24, em resposta a um argumento da RTT, que não era necessário apurar um comportamento abusivo da empresa.
- 109 Contudo, o Tribunal de Justiça teve o cuidado de referir que confiar a uma empresa que comercializa aparelhos terminais a tarefa de formalizar especificações às quais deverão corresponder os aparelhos terminais, controlar a sua aplicação e aprovar esses aparelhos se traduz em conferir-lhe o poder de determinar, *ad libitum*, quais os aparelhos terminais suscetíveis de serem ligados à rede pública e em conceder-lhe, assim, uma vantagem evidente sobre os seus concorrentes. (n.º 25). Foi a extensão do monopólio do estabelecimento e da exploração da rede telefónica no mercado dos aparelhos telefónicos, sem justificação objetiva, que o Tribunal de Justiça considerou proibida como tal pelo artigo 86.º, n.º 1, CE, em relação ao artigo 82.º CE, sempre que essa extensão seja o resultado de uma medida estatal (acórdão GB-Inno-BM, já referido, n.ºs 23 a 25).
- 110 No acórdão Connect Austria, já referido, à empresa pública, que gozava de um direito exclusivo de explorar a rede de telecomunicações móveis analógicas, tinham sido atribuídas a título gratuito frequências DCS 1 800, o que lhe permitia ser o único operador que podia oferecer a gama completa dos serviços de telecomunicações móveis tecnicamente disponíveis, quando a um dos seus concorrentes, a Connect Austria, foi atribuída uma licença para a prestação de serviços de telecomunicações móveis na frequência DCS 1 800 mediante uma taxa (n.ºs 43 a 45).
- 111 O Tribunal de Justiça referiu que uma regulamentação nacional que permite atribuir, sem impor uma taxa específica, frequências suplementares na banda de frequências reservada à norma DCS 1 800 a uma empresa pública em posição dominante, quando uma nova empresa que entra no mercado em causa teve de pagar uma taxa pela sua licença DCS 1 800, era suscetível de levar a empresa pública em posição dominante a violar as disposições do artigo 82.º CE, ao alargar ou reforçar a sua posição

dominante. Dado que, nesse caso, a concorrência falseada seria a consequência de uma medida estatal criadora de uma situação na qual a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos em causa não estaria garantida, tal medida era suscetível de constituir uma violação do artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE (acórdão Connect Austria, já referido, n.º 87). A este respeito, o Tribunal de Justiça precisou que a empresa pública poderia encontrar-se numa situação em que seria nomeadamente levada a oferecer tarifas reduzidas, em especial aos assinantes potenciais do sistema DCS 1 800, e a lançar campanhas publicitárias intensivas em condições tais que a Connect Austria teria dificuldades para concorrer com ela (n.º 86). Assim, o Tribunal de Justiça também teve em conta o comportamento da empresa pública no mercado.

- 112 Na mesma linha, no acórdão França/Comissão, já referido (n.º 51), o Tribunal de Justiça, após ter sublinhado que um sistema de concorrência não falseada, como o que está previsto no Tratado, só podia ser garantido se estivesse assegurada a igualdade de oportunidades entre os diferentes operadores económicos, observou que confiar a uma empresa que comercializa aparelhos terminais a tarefa de elaborar as especificações a que deverão responder os aparelhos terminais, controlar a sua aplicação e de aprovar esses aparelhos se traduz em conferir-lhe o poder de determinar, *ad libitum*, quais os aparelhos terminais suscetíveis de serem ligados à rede pública e em conceder-lhe, assim, uma vantagem evidente sobre os seus concorrentes.
- 113 Deste modo, embora seja verdade que o Tribunal de Justiça usou as formulações lembradas no n.º 104 *supra*, invocadas pela Comissão, esta não pode basear-se unicamente nessas formulações extraídas isoladamente dos acórdãos sem atender ao seu contexto.
- 114 Na audiência de 2 de fevereiro de 2012, a Comissão invocou também o acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de junho de 1998, Dusseldorp e o. (C-203/96, Colet., p. I-4075), para fundamentar a sua tese.
- 115 No processo que deu origem a este acórdão, as autoridades neerlandesas tinham designado a sociedade AVR Chemie CV como o único operador final para a incineração de resíduos perigosos num forno rotativo de alta eficácia. À sociedade Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV foi recusada a autorização para exportar para a Alemanha os seus filtros de óleo, ou seja resíduos perigosos, em razão de, nos termos das disposições nacionais, o tratamento desses resíduos caber à AVR Chemie. O Tribunal de Justiça entendeu que o facto de proibir a Chemische Afvalstoffen Dusseldorp de exportar os seus filtros de óleo significava, na prática, impor-lhe a obrigação de confiar os seus resíduos destinados a ser valorizados à empresa nacional, detentora do direito exclusivo de incinerar os resíduos perigosos, quando a qualidade de tratamento proporcionado noutro Estado-Membro era comparável à do da empresa nacional.
- 116 O Tribunal de Justiça entendeu que tal obrigação, que tinha por efeito favorecer a empresa nacional permitindo-lhe tratar resíduos que se destinavam a ser tratados por uma empresa terceira, tinha por consequência limitar os mercados de forma contrária ao artigo 86.º, n.º 1, CE, conjugado com o artigo 82.º CE (acórdão Dusseldorp e o., já referido, n.º 63).
- 117 É certo que, como salienta a Comissão, a limitação dos mercados que se verificava neste processo decorria da concessão pela lei neerlandesa de um direito exclusivo de tratamento dos resíduos perigosos a favor da empresa AVR Chemie, o que impedia qualquer outro meio de assegurar o tratamento do produto em causa, e não do modo como esta empresa usava esse direito exclusivo. Não é menos verdade que o Tribunal de Justiça identificou o abuso a que a lei neerlandesa conduzia a empresa em situação de posição dominante, a saber a limitação dos mercados em prejuízo dos consumidores na aceção do artigo 82.º, segundo parágrafo, alínea b), CE. Por outro lado, há que realçar que, neste acórdão, o Tribunal de Justiça referiu que baseava a sua interpretação na jurisprudência de acordo com a qual um Estado-Membro viola as proibições previstas no artigo 86.º CE, conjugado com o artigo 82.º CE, se adotar uma medida que conduza uma empresa à qual concedeu direitos exclusivos a abusar da sua posição dominante (n.º 61).

- 118 Por conseguinte, não se afigura que a jurisprudência invocada pela Comissão permita ignorar a jurisprudência referida no n.º 94 *supra* e que se atenda unicamente à questão de saber se a desigualdade de oportunidades entre os operadores económicos, sendo então falseada a concorrência, é o resultado de uma medida estatal. Assim, a Comissão não pode sustentar que não é obrigada a identificar e a demonstrar o abuso de posição dominante a que a medida estatal em causa conduziu ou podia conduzir a recorrente. Ora, como se verificou nos n.ºs 87 a 93 *supra*, na decisão impugnada não está demonstrado esse aspeto.
- 119 Daí decorre que é procedente a crítica mencionada no n.º 84 *supra*, formulada pela recorrente na segunda e na quarta partes do primeiro fundamento. Por conseguinte, a decisão impugnada deve ser anulada sem que seja necessário examinar as outras alegações, partes e fundamentos aduzidos.

Quanto às despesas

- 120 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão sido vencida, há que condená-la a suportar, para além das suas próprias despesas, as efetuadas pela recorrente.
- 121 Nos termos do artigo 87.º, n.º 4, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, os Estados-Membros que intervenham no processo devem suportar as respetivas despesas. Assim sendo, a República Helénica suportará as suas próprias despesas. Além disso, nos termos do artigo 87.º, n.º 4, último parágrafo, do mesmo regulamento de processo, há que condenar as empresas intervenientes a suportar as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Sexta Secção)

decide:

- 1) **A Decisão C(2008) 824 final da Comissão, de 5 de março de 2008, relativa à concessão ou à manutenção em vigor por parte da República Helénica dos direitos a favor da Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) para a extração de lenhite, é anulada.**
- 2) **A Comissão Europeia é condenada a suportar, além das suas próprias despesas, as efetuadas pela DEI.**
- 3) **A República Helénica, a Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA) e a Energeiaki Thessalonikis AE suportarão as suas próprias despesas.**

Kanninen

Wahl

Soldevila Frago

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 20 de setembro de 2012.

Assinaturas