SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA ANTONIA TIZZANA,

predstavljeni dne 22. januarja 2004[1]

1. Ti postopki zadevajo tožbo Portugalske republike, vložene v skladu s členom 230 ES, za razglasitev ničnosti Odločbe K(2000) 3543 konč., z dne 22. novembra 2000, ki jo je sprejela Komisija na podlagi člena 21 Uredbe št. 4064/89 (Uredba Sveta (EGS) št. 4064/89 z dne 21. decembra 1989 o nadzoru koncentracij podjetij[2], v nadaljevanju: Uredba o združitvi). Z izpodbijano odločbo je Komisija ugotovila, da so interesi, zaščiteni predvsem z dvema ukrepoma, ki jih je sprejel portugalski minister za finance, s katerima je zavrnil odobritev, potrebno za pridobitev delnic v družbi v postopku privatizacije, v nasprotju s pravom Skupnosti, in od portugalskih oblasti zahtevala umik teh ukrepov.

I – Pravni okvir

Skupnostna ureditev

2. Z namenom, da bi pripomogla, da bi nastal „sistem, ki zagotavlja, da na notranjem trgu ni izkrivljanja konkurence" (člen 3(g) ES), je Uredba št. 4064/89 vzpostavila sistem izboljšanega nadzora koncentracij na ravni Skupnosti.[3] S tem ciljem je Uredba o združitvi določala predvsem to, da morajo biti taka dejanja pravočasno priglašena Komisiji in se ne smejo izvajati brez izrecne

1 — Izvirni jezik: italijanščina.

2 — UL 1989 L 395, str. 1 (popravljena verzija je bila objavljena v UL 1990 L 257, str. 13). Uredba št. 4064/98 je bila pozneje spremenjena z Uredbo Sveta (ES) št. 1310/97 z dne 30. junija 1997 (UL L 180, str.1).

3 — Opredelitev „koncentracije" je podana v členu 3 Uredbe o združitvi, člen 1(2) in (3) pa pojasni, kaj je mišljeno s koncentracijo „na ravni Skupnosti".

ali implicirane odobritve[4] Komisije. Posledično so določeni kratki in zavezujoči roki, v katerih mora Komisija odločiti, ali so zadevna dejanja „združljiva s skupnim trgom", združljiva pa bodo, če dejanje ne „ustvari ali krepi prevladujočega položaja, katerega posledica bi bila resno oviranje učinkovite konkurence na skupnem trgu ali na njegovem znatnem delu."[5]

3. V zvezi s tem del člena 21, ki je pomemben v tej zadevi, določa naslednje:

„1. Komisija ima izključno pristojnost za sprejemanje odločb, predvidenih s to uredbo, ki jih lahko pregleda Sodišče Evropskih skupnosti.

2. Nobena država članica ne uporabi svojega nacionalnega prava o konkurenci za katero koli koncentracijo na ravni Skupnosti.

[...]

3. Ne glede na odstavka 1 in 2 lahko države članice izvedejo ustrezne ukrepe za zaščito upravičenih interesov, razen tistih, ki so upoštevani s to uredbo in so združljivi s splošnimi načeli in drugimi določbami prava Skupnosti.

Javna varnost, pluralizem medijev in pravila nadzora se razumejo kot upravičeni interesi v smislu prvega pododstavka.

Zadevna država članica mora Komisiji sporočiti kakršen koli drug javni interes, ki ga Komisija prizna po presoji njegove združljivosti s splošnimi načeli in drugimi določbami prava Skupnosti, preden se lahko sprejmejo zgoraj navedeni ukrepi. Komisija obvesti zadevno državo članico o svoji odločitvi v enem mesecu po prejemu zgoraj navedenega sporočila."

Nacionalna zakonodaja

4. Glede upoštevne nacionalne zakonodaje je treba omeniti Zakonodajno uredbo št. 380

4 — Člen 7.

5 — Člen 2(2). Nasprotno člen 2(3) določa, kdaj je koncentracija „nezdružljiva s skupnim trgom".

z dne 15. novembra 1993 (v nadaljevanju: Zakonodajna uredba št. 380/93)[6], sprejeto za izvajanje Okvirnega zakona št. 11 o privatizaciji z dne 5. aprila 1990 (v nadaljevanju: Okvirni zakon o privatizaciji ali Zakon št. 11/90)[7]. Za trenutni namen je pomemben člen 1, ki določa:

„1. Za pridobitev *inter vivos*, s palčilom ali brez njega, s strani posamezne fizične ali pravne osebe, delnic, ki so 10 % kapitala, z glasovalno pravico in pridobitev delnic, ki skupaj s tistimi, ki so že v lasti, presegajo ta prag, v družbah, ki bodo ponovno privatizirane, je potrebna predhodna odobritev ministra za finance.

2. V skladu s pogoji, določenimi za vsak postopek privatizacije, se določbe prvega odstavka uporabljajo le pri pridobitvah po privatizaciji."

6 — *Diário da República*, I, Zbirka A, št. 267, z dne 15. novembra 1993, str. 6362.

7 — *Diário da República* I, Zbirka A, št. 80, z dne 5. aprila 1990, str. 1664.

II – Dejansko stanje in postopek

Dejanje, ki se nanaša na pridobitev Cimporja

5. Ta zadeva izhaja iz nameravane pridobitve portugalske družbe Cimpor-Cimentos de Portugal SGPS (v nadaljevanju: Cimpor) s strani portugalske družbe Secil-Companhia Geral de Cal e Cimento SA (v nadaljevanju: Secil) in švicarske družbe Holderbank Financière Glaris SA (v nadaljevanju: Holderbank). Nameravana pridobitev naj bi potekala prek španske družbe Secilpar SL (v nadaljevanju: Secilpar), podružnice v popolni lasti družbe Secil, in naj bi vodila k razdelitvi dejavnosti Cimporja med družbi Secil in Holderbank: prva naj bi dobila dejavnosti v Španiji in Egiptu, skupaj z delom dejavnosti v Braziliji, druga pa naj bi dobila dejavnosti na Portugalskem, v Maroku, Tuniziji in Mozambiku, skupaj z drugim delom dejavnosti v Braziliji.

6. V času nameravanega nakupa je bil Cimpor – ki je bil dolgo časa v popolni lasti države – predmet postopka privatizacije, začetega leta 1994, s katerim so portugalske oblasti postopoma zmanjševale njihov delež (zmanjšan je bil na 12,7 % kapitala v zadevnem času) in dosegle uvrstitev na lizbonski borzi vrednostnih papirjev. Ne glede na postopek privatizacije je člen 22 statuta družbe podeljeval posebne pravice

delnicam v lasti države (tako imenovana „zlata delnica") s tem, da je podeljeval portugalski vladi pravico veta glede strateških odločitev in sprememb statuta. Glede na člen 7 statuta noben delničar, razen države ali drugega javnega organa, ni smel glasovati z več kot 10 % vseh glasov.

7. Dne 15. junija 2000 je Secilpar objavil javno ponudbo za odkup delnic Cimporja („ponudba za prevzem"), z, med drugim, naslednjimi pogoji: (i) sprejem ponudbe delničarjev, ki imajo v lasti vsaj 67 % kapitala; (ii) odpravo posebnih pravic portugalske vlade, po možnosti s tem, da se ta strinja s ponudbo za prevzem; (iii) skupščina delničarjev odpravi omejitev uresničevanja glasovalnih pravic, določeno v členu 7 statuta.

Ravnanje portugalskih oblasti

8. Preden je bilo dejanje dne 16. junija 2000 sploh priglašeno Komisiji v skladu z Uredbo o združitvi (kot bomo kmalu spoznali), je bilo priglašeno portugalskemu ministru za finance z namenom pridobiti odobritev iz člena 1 Zakonodajne uredbe št. 380/93.[8]

8 — Kot je prikazano v točki 4, je v skladu s to določbo za pridobitev več kot 10 % kapitala z glasovalno pravico v družbi v postopku privatizacije potrebna posebna odobritev ministra za finance.

9. Vendar je minister za finance z odločbo z dne 5. julija 2000 odobritev zavrnil s pojasnilom, da se portugalska vlada ne namerava odpovedati posebnim pravicam, podeljenim s statutom družbe, in da nasprotuje odpravi omejitev glasovalnih pravic, določenih v statutih.

10. Dne 7. julija 2000 sta Secilpar in Holderbank pri ministru za finance vložila novo prošnjo za odobritev, v kateri sta navedla, da ponudbe za prevzem ne pogojujeta več: (i) z odpravo posebnih pravic portugalske vlade v Cimporju; ali (ii) s prodajo državnega deleža drugače, kot po postopku, določenem v okvirnem zakonu o privatizaciji.

11. Minister je svojo odločbo, v odgovor na to prošnjo, izdal dne 11. avgusta 2000.

12. V svoji odločbi je navedel predvsem to, da je skupščina delničarjev Cimporja zavrnila predlagano odpravo omejitve uresničevanja glasovalnih pravic, s čimer je, kot kaže, ponudba za prevzem postala brezpredmetna. Iz vsebinskega vidika je minister ne glede na vse zavrnil zahtevano odobritev, zatrjujoč, da so cilji, ki jih zasleduje vlagatelj, v nasprotju z nameni privatizacije. Razlogi, navedeni za to

nasprotovanje, so bili predvsem ti: (i) da bi pridobitev odstranila Cimpor s portugalskega kapitalskega trga; (ii) industrijski projekt vlagateljev je bil nezdružljiv s strategijami portugalske vlade glede prestrukturiranja sektorja; (iii) pridobitev bi preprečila prenos državnega deleža v Cimporju pod optimalnimi ekonomskimi in finančnimi pogoji; in (iv) pridobitev bi v zadnji fazi postopka privatizacije kršila načelo enakega obravnavanja.

13. Po negativni odločbi ministra za finance je istega dne, 11. avgusta 2000, Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Komisija za trg vrednostnih papirjev) obvestila Secilpar o svoji odločitvi, da naloži umik ponudbe za prevzem.

Priglasitev dejanja Komisiji in pripombe Komisije glede portugalskih ukrepov

14. Nameravana pridobitev Cimporja v skladu z Uredbo o združitvi je bila po tem, ko je bila priglašena ministru za finance, priglašena Komisiji. Priglasitev dne 4. julija 2000 je Komisija štela za nepopolno in je zato povabila stranke, da jo do 28. avgusta 2000 dopolnijo – v časovnem roku, ki je bil pozneje podaljšan do 15. septembra. Vendar se je Komisija, ker do tega datuma ni dobila zahtevanih podatkov, odločila, da prekine preizkus dejanja. Dne 11. januarja 2001 je bila priglasitev dejanja koncentracije dokončno umaknjena.

15. Medtem je dne 16. avgusta na „zasebni podlagi" vodja kabineta portugalskega ministra za finance vodji kabineta člana Komisije, odgovornega za politiko konkurence, razkril ukrep z dne 11. avgusta, s katerim je bila Secilparju in družbi Holderbank drugič zavrnjena odobritev za pridobitev deleža v Cimporju prek 10 % njegovega kapitala.

16. Član Komisije, odgovoren za politiko konkurence, je potem z dopisom z dne 21. septembra 2000 obvestil portugalskega ministra, da je bilo dejanje pravilno priglašeno, in mu predstavil dvome Komisije o združljivosti njegovih odločb z dne 5. julija in 11. avgusta s členom 21 Uredbe o združitvi.

17. V tem dopisu je bilo navedeno predvsem to, da te odločbe ne kažejo, da bi bile sprejete za zaščito kakršnih koli interesov, ki bi jih lahko šteli za „upravičene" na podlagi člena 21(3), drugi pododstavek, Uredbe o združitvi (javna varnost, pluralizem medijev in pravila nadzora, v nadaljevanju: interesi, ki so

upravičeni sami po sebi). Komisija je tako ugotovila, da portugalska vlada ni izpolnila obveznosti iz člena 21(3), tretji pododstavek, Uredbe o združitvi, na podlagi katerega je bila zavezana sporočiti različne zaščitene interese, da bi omogočila Komisiji presojo njihove združljivosti s pravom Skupnosti, in počakati na odobritev le-te.

18. Komisija je prav tako navedla, da bi sprejela ustrezne ukrepe, če bi prišla do sklepa, da interesi, zaščiteni z odločbama z dne 5. julija in 11. avgusta 2000 dejansko niso interesi, ki so upravičeni sami po sebi. Dodala je, da bi sprejela ustrezne ukrepe tudi v primeru, da dejansko zaščiteni interesi (razen interesov, ki so upravičeni sami po sebi) ne bi bili združljivi s pravom Skupnosti. Končno je Komisija dne 5. oktobra 2000 pozvala portugalsko vlado, naj predloži svoje pripombe o teh zadevah.

19. Portugalski minister je dne 3. oktobra 2000 z dopisom odgovoril na očitke Komisije. V njem je primarno navedel, da v tem primeru ni uporabil nacionalnega prava konkurence, ampak le privatizacijske določbe Zakonodajne uredbe št. 380/93. Minister je dodal, da se približuje zadnja faza privatizacije Cimporja in da bodo, ko bo enkrat končana, umaknjene posebne pravice, ki so dodeljene portugalski državi, Zakonodajna uredba št. 380/93 pa se ne bo več uporabljala.

Izpodbijana odločba

20. Komisija je, nezadovoljna z odgovorom, dne 22. novembra 2000 sprejela izpodbijano odločbo, s katero je razglasila, da „so interesi, na katerih temelji odločba portugalskega ministra za finance z dne 6. julija 2000 (dejansko 5. julija 2000), kot je bila spremenjena dne 11. avgusta 2000, ki v nasprotju s členom 21(3) Uredbe št. 4064/89 niso bili sporočeni Komisiji, nezdružljivi s pravom Skupnosti." (člen 1).[9]

21. Ob tem sklepu je Komisija ugotovila predvsem to, da bi priglašeno dejanje, kot posledica pridobitve Cimporjevih dejavnosti, za družbi Secil in Holderbank, za vsako posebej, povzročilo dve koncentraciji (glej točko 5).[10] Komisija se je potem odločila, da je bilo dejanje na ravni Skupnosti in da

9 — Prevod izpodbijanih odločb je neuraden, verodostojna je le portugalska različica.

10 — Točka 11.

pridobitev Cimporjevih dejavnosti s strani Holderbank v zvezi s tem izpolnjuje določene pogoje iz člena 1(2) Uredbe št. 4064/89.[11]

22. Po tem, ko je ugotovila, da dejanje spada v okvir Uredbe št. 4064/89, je Komisija preučevala, ali sta bili portugalski odločbi z dne 5. julija in 11. avgusta, ki sta onemogočili združitev, v skladu s členom 21 Uredbe o združitvi.

23. V zvezi s tem je navedeno predvsem to, da sta odločbi glede na besedilo nameravali zaščititi interese „razvoja delniških struktur v družbah, ki so v postopku privatizacije, z namenom okrepiti podjetniško zmogljivost in učinkovitost nacionalnega proizvodnega aparata na način, ki je združljiv s smernicami ekonomske politike na Portugalskem".[12]

24. Ko je bil z odločbama zaščiten javni interes ugotovljen, je Komisija pojasnila, da ni mogoče šteti, da spada v okvir katerih koli interesov, ki so upravičeni sami po sebi (javna varnost, pluralizem medijev in pravila nadzora).[13] Po mnenju Komisije sledi, da portugalske oblasti niso bile pooblaščene zavirati transakcije, ne da bi ji sporočile, kateri drug javni interes so nameravale zaščititi, in počakati na odločitev v tej zadevi. Na tej podlagi je potem sklenila, da „portugalska vlada s tem, da ji tega ni sporočila [...] ni izpolnila obveznosti iz člena 21 Uredbe št. 4064/98".[14]

25. Čeprav ni prejela sporočila in kljub dejstvu, da portugalske oblasti v odgovoru na njen dopis 21. septembra niso navedle javnega interesa, ki so ga nameravale zaščititi, je Komisija ugotovila, da je bila iz besedila odločb upravičena ugotoviti, kateri interes je to (kot je že bilo storjeno, da bi se ugotovilo, ali bi utegnil spadati v okvir enega od interesov, ki so upravičeni sami po sebi), in presoditi združljivost tega s pravom Skupnosti.[15]

26. Po tem, ko je ugotovila, da je bil interes, na katerem temeljita odločbi, tisti, ki je zaščitil „razvoj delniških struktur v družbah, ki so v postopku privatizacije, z namenom

11 — Točka 12.
12 — Točka 50.
13 — Točke 52–54.
14 — Točka 56.
15 — Točke 57–62.

okrepiti podjetniško zmogljivost in učinkovitost nacionalnega proizvodnega aparata na način, ki je združljiv z smernicami ekonomske politike", je Komisija presodila združljivost tega interesa s pravom Skupnosti in navedla naslednje:

„Obe odločbi ovirata pravico do ustanavljanja in prostega pretoka kapitala, določenih v Pogodbi, in nista upravičeni z nobenim od razlogov javnega interesa, ki jih priznava sodna praksa Sodišča; v vsakem primeru portugalska vlada takih razlogov ni sporočila. Še več, splošno načelo enakega obravnavanja, na katerega se sklicuje portugalska vlada v prvi odločbi, ne doda nič vsebinskega zgoraj navedenim razlogom.

Posledično mora, ne glede na to, da portugalska vlada ni sporočila Komisiji razlogov za svoji odločbi v skladu s členom 21(3) Uredbe, Komisija zavrniti, da bi jih priznala kot upravičene."[16]

27. V zadnjih točkah odločbe, v katerih so predstavljeni njeni sklepi, Komisija navaja:

„Ugotoviti je treba, da ukrepov, ki so jih sprejele portugalske oblasti glede priglašenega dejanja in predvsem glede odločbe portugalskega ministra za finance z dne 6. julija 2000, kot je bila spremenjena dne 11. avgusta 2000, ni mogoče šteti za ukrepe, sprejete za zaščito upravičenih interesov, ki so združljivi s splošnimi načeli in drugimi določbami prava Skupnosti. Ti ukrepi so posledično v nasprotju s pravom Skupnosti, zlasti s členom 21 Uredbe 4064/89.

Portugalska republika mora tako sprejeti potrebne ukrepe za uskladitev s pravom Skupnosti in odpraviti zgoraj omenjeni odločbi."[17]

Postopek pred Sodiščem

28. Z vlogo, prejeto v sodnem tajništvu dne 1. februarja 2001, je Portugalska vlada na podlagi člena 230 ES vložila tožbo za

16 — Točki 58 in 59.

17 — Točki 64 in 65.

razglasitev ničnosti odločbe Komisije. Komisija je seveda nasprotovala tožbi in je vložila odgovor na tožbo, ki sta mu sledili replika in duplika. Po zaključku pisnega postopka so stranke podale ustne trditve na obravnavi dne 9. septembra 2003.

III – Pravna presoja

Uvod

29. Portugalska vlada po tem, ko je v svoji tožbi kot predhodno točko omenila, da je izpodbijana odločba po umiku priglasitve s strani Secil in Holderbank „nehala veljati", kritizira odločbo v šestih pogledih. Očita predvsem:

(i) kršitev člena 253 ES: pomanjkanje kakršne koli ali nezadostna navedba določitev pravne podlage za ukrep;

(ii) kršitev člena 253 ES: nezadostna obrazložitev, zakaj so bili nacionalni ukrepi nezdružljivi s pravom Skupnosti;

(iii) kršitev člena 7 ES in člena 21(1) in (3) Uredbe o združitvi: Komisija ni bila pristojna sprejeti izpodbijani odločbi ob odsotnosti kakršnega koli sporočila Portugalske glede interesov, zaščitenih z njenimi ukrepi;

(iv) kršitev člena 220 ES in člena 21(1) Uredbe o združitvi; Komisija se je po tem, ko je ob odsotnosti zgoraj omenjenega sporočila sprejela izpodbijano odločbo, postavila v vlogo Sodišča glede ugotavljanja zakonitosti portugalskih ukrepov;

(v) kršitev načela sorazmernosti: Komisija, prvič, svoje presoje ni omejila na koncentracijo na ravni Skupnosti (Holderbank-Cimpor) in, drugič, ni ustavila postopka kljub dejstvu, da nobena od strank ni imela nadaljnjega interesa v njem;

(vi) zloraba postopka in kršitev člena 226 ES: ne glede na odsotnost zgoraj omenjenega sporočila portugalskih oblasti je Komisija sprejela izpodbijano odločbo, namesto, da bi začela postopek za ugotavljanje kršitev.

30. Očitno je, da se v bistvu trije od tožbenih razlogov (tretji, četrti in šesti) ukvarjajo s pristojnostjo Komisije, da sprejme izpodbijano odločbo v odsotnosti sporočila Portugalske glede zaščitenih interesov, medtem ko se drugi tožbeni razlogi nanašajo na formalne ali vsebinske pomanjkljivosti odločbe. Zaradi jasnosti in urejene predstavitve bo po krajši obravnavi domnevnega „prenehanja veljavnosti" primerno začeti preučevati očitke, ki Komisiji očitajo nepristojnost, in nato pregledati tiste o domnevnih formalnih in vsebinskih pomanjkljivostih odločbe.

Predhodno vprašanje glede „prenehanja veljavnosti" izpodbijane odločbe

31. Portugalska vlada v začetku navaja, da je bila izpodbijana odločba sprejeta v skladu s postopkom, sproženim s priglasitvijo nameravane koncentracije Secil/Holderbank/Cimpor Komisiji. Glede na dejstvo, da je bila po sprejetju izpodbijane odločbe priglasitev umaknjena (glej točko 14 zgoraj), je portugalska vlada presodila, da je odločba nekako „nehala veljati". Vendar ni jasno, s kakšnim namenom je bilo postavljeno predhodno vprašanje, saj ta v tožbenih razlogih ni naveden, Sodišče pa je zgolj pozvano, da razglasi odločbo za ničnо in Komisiji naloži plačilo stroškov.

32. Menim, da se ni treba dalje zadrževati pri tej točki. Zgolj omenil bom, da je stališče portugalske vlade očitno nepomembno, čeprav je bilo dano v podporo zahtevku, da bi morala biti odločba razglašena za ničnо. Kot pravilno poudarja Komisija, je ustaljena sodna praksa taka, da „je treba v okviru tožbe za razglasitev ničnosti iz člena 173 Pogodbe (zdaj člen 230 ES) zakonitost ukrepa Skupnosti presoditi na podlagi dejstev in prava, ki je veljalo med tem, ko je bil ukrep sprejet".[18] Umik priglasitve po sprejetju izpodbijane odločbe tako ne vpliva na zakonitost odločbe.

33. Dodal bi rad, da zadevno stališče ne bi bilo obravnavano drugače, četudi bi z njim portugalska vlada želela predlagati, da bi moralo Sodišče razglasiti, da je zadevna tožba brezpredmetna, še preden je bila vložena, ker je izpodbijana odločba „nehala veljati". Jasno je, da umik priglasitve s strani Secil in Holderbank ne more povzročiti, da bi bila izpodbijana odločba nična ali razveljavljena, tako da odločba še naprej obstaja in pomeni predmet tožbe, ki jo je vložila portugalska vlada.

18 — Sodba z dne 17. maja 2001 v zadevi IECC proti Komisiji, C-449/98, Recueil, str. I-3875, točka 87.

Tožbeni razlogi glede pristojnosti Komisije, da izpodbijano odločbo sprejme brez predhodnega sporočila

Trditve strank

34. Kot je bilo omenjeno, portugalska vlada s svojim tretjim, četrtim in šestim tožbenim razlogom, ki jih bom preučil skupaj, v bistvu nasprotuje predvsem temu, da v odsotnosti kakršnega koli sporočila portugalskih oblasti o interesih, zaščitenih z ukrepoma z dne 5. julija in 11. avgusta 2000, Komisija ni imela pristojnosti sprejeti izpodbijano odločbo.

35. Portugalska vlada v zvezi s tem priznava, da ti ukrepi niso bili oblikovani za zaščito interesov, ki so upravičeni sami po sebi, in da bi zato, glede na člen 21(3), tretji pododstavek, Uredbe o združitvi, morala sporočiti Komisiji različne zaščitene javne interese in počakati njeno odobritev. Vendar nasprotuje temu, da bi v odsotnosti tega sporočila zgoraj omenjena določba Uredbe dajala Komisiji pristojnost, da odloči, ali so zaščiteni interesi združljivi s pravom Skupnosti.

36. Portugalska vlada dalje trdi, da ima dobesedni pomen določbe tak učinek in da je njeno mnenje podprto z dejstvom, da v tej okoliščini Komisija ne bi imela nobene gotovosti glede interesa, dejansko zaščitenega s strani zadevne države članice, in bi tako utegnila odločati o interesih, ki v resničnosti niso podlaga zadevnim nacionalnim ukrepom.

37. Dejstvo, da je treba zagotoviti dejanski učinek člena 21(3), tretji pododstavek, Uredbe o združitvi, po njenem mnenju, v nasprotju z navedbami Komisije, ne spremeni ničesar. Po mnenju portugalske vlade ni nujno, da bi za zagotovitev nadzora Komisije nad zakonitostjo nacionalnih ukrepov širili pomen zadevne določbe, ker bi bilo isto doseženo z uporabo navadnega postopka za ugotavljanje kršitev v Pogodbi iz člena 226 ES.

38. Ravno ta postopek bi morala, po mnenju portugalske vlade, uporabiti Komisija, da bi zadevo predložila Sodišču, namesto da je sprejela odločbo, ko pogoji za izvajanje njenih pristojnosti niso bili izpolnjeni. S tem, ko ni izbrala te pravilnejše procesne poti, je tožena institucija, navaja, posegla v pristojnost Sodišča, dano s členom 220 ES in

členom 21(1) Uredbe o združitvi[19]; in drugič, kršila člen 226 ES ter zlorabila postopek.

39. Glede prvega očitka portugalska vlada dodaja, da je s tem, da je sprejela odločbo o združljivosti ciljev Zakonodajne uredbe št. 380/93 s pravom Skupnosti, v bistvu izpodbijana odločba napovedala sodbo Sodišča, ki je že bilo pozvano, naj jo sprejme v skladu s členom 226 ES glede portugalske zakonodaje o privatizaciji (zadeva C-367/98).[20] Glede zlorabe postopka portugalska vlada postavlja vprašanje, ali bi Komisija dejansko lahko sprejela izpodbijano odločbo zgolj z namenom, da prevlada njen pogled glede obsega pristojnosti, ki izhajajo iz člena 21 Uredbe št. 4064/89.

40. Komisija v predhodnem preizkusu po drugi strani navaja, da (i) kot izrecno priznava tožeča vlada, ukrepi z dne 5. julija in 11. avgusta 2000 niso nameravali zaščititi katerega od interesov, ki so upravičeni sami po sebi; in (ii) da vlada ni sporočila Komisiji katerih koli drugih javnih interesov, ki jih je nameravala zaščititi, niti po tem, ko jo je Komisija pozvala, naj poda svoja stališča o tej zadevi.

41. Komisija meni tudi to, da ji v primerih, kjer nacionalni ukrepi zaščitijo druge interese kot interese, ki so upravičeni sami po sebi, člen 21(1), tretji pododstavek, Uredbe o združitvi daje pristojnost, da sprejme odločitev glede združljivosti teh interesov s pravom Skupnosti, ne glede na to, ali ji jih je zadevna država članica sporočila.

42. Komisija dodaja, da bi bil tej določbi drugače odvzet kakršen koli dejanski učinek in bi, če bi bila njena pristojnost zanikana zgolj zato, ker zadevna država članica ni dala sporočila, dajala nepošteno prednost državam članicam, ki niso izpolnile svoje obveznosti. Taka odločitev bi bila očitno v nasprotju s ciljem Uredbe št. 4064/89, da bi na ravni Skupnosti vzpostavila „enotni sistem" za nadzorovanje koncentracij.

19 — Portugalska vlada v zvezi s tem navaja, da ima glede na zgoraj omenjeno določbo Uredbe o združitvi „Komisija izključno pristojnost za sprejemanje odločb, predvidenih s to uredbo, *ki jih lahko pregleda Sodišče Evropskih skupnosti*" (poudarek je dodan).

20 — V zadevi C-367/98, o kateri sodišče ob sprejetju izpodbijane odločbe še ni razsodilo, je bila zahtevana ugotovitev, da je s sprejetjem in ohranjanjem v veljavi Zakona št. 11/90 z dne 5. aprila 1990, ki je okvirni zakon o privatizacijah [...], zakonodajnih uredb o privatizaciji podjetij, pozneje sprejetih za uporabo tega zakona in tudi Zakonodajnih uredb št. 380/93 z dne 15. novembra 1993 in 65/94 z dne 28. februarja 1994 [...], portugalska vlada ni izpolnila obveznosti iz Pogodbe ES, predvsem členov 52 (po spremembi člen 43 ES), 56 (po spremembi člen 46 ES), 58 (zdaj člen 48 ES), 73(b) (zdaj člen 56 ES) in nadaljnji in 221 (po spremembi člen 294 ES) in člen 221 in 231 Akta o pogojih pristopa Kraljevine Španije in Portugalske republike in prilagoditvah Pogodb. V tej zadevi je Sodišče razglasilo sodbo z dne 4. julija 2002, Recueil, str. I-4731, in potrdilo tožbo Komisije glede domnevne kršitve člena 73(b) Pogodbe (zdaj člen 56 ES).

43. Komisija glede obtožb, da je predvidela sodbo Sodišča v zadevi C-367/98, navaja, da izpodbijana odločba ne oporeka združljivosti portugalske zakonodaje o privatizaciji, natančneje Zakona št. 11/90 in Zakonodajne uredbe št. 380/93, s pravom Skupnosti, temveč interesom, ki so temelj ukrepov, s katerimi je portugalski minister za finance zavrnil odobritev pridobitve deleža v Cimporju.

Presoja

44. Glede očitkov v tej zadevi moramo vedeti predvsem to, kot je pred časom poudarilo Sodišče, da „Uredba o združitvi temelji na načelu jasne delitve pristojnosti med nadzornimi organi države članice in tistimi od Skupnosti." Glede na to načelo „koncentracije, ki niso navedene v [Uredbi o združitvi], načelno sodijo pod pristojnost držav članic", medtem ko „ima Komisija izključno pristojnost, da sprejme vse odločitve, ki se nanašajo na koncentracije na ravni Skupnosti".[21]

45. Jasen izraz načela deljene pristojnosti je v členu 21(1) in (2) Uredbe št. 4064/89, ki določa, da ima Komisija izključno pristojnost za sprejemanje odločb, predvidenih s to uredbo (odstavek 1), in jasno določa, da nobena država članica ne sme uporabiti svojega nacionalnega prava konkurence za katero koli koncentracijo na ravni Skupnosti (odstavek 2).

46. Ne glede na te določbe člen 21(3) določa, da, kot je bilo predstavljeno, lahko države članice izvedejo ustrezne ukrepe za zaščito upravičenih interesov, razen tistih, ki so upoštevani s to uredbo in so združljivi s pravom Skupnosti (prvi pododstavek), posebej določa, kateri so interesi, ki so upravičeni sami po sebi (drugi pododstavek), in zahteva, da država članica sporoči kakršen koli drug javni interes v presojo Komisiji, ki mora obvestiti državo članico o svoji odločitvi v enem mesecu po prejemu zgoraj navedenega sporočila (tretji pododstavek).

47. Očitek, ki ga preučujemo, kot sem že dejal, temelji na zadnjem odstavku. Po mnenju portugalske vlade je iz te določbe jasno, da v odsotnosti kakršnega koli sporočila interesov, zaščitenih z ukrepi z dne

21 — Sodba Sodišča z dne 25. septembra 2003 v zadevi P, Schlüsselverlag J. S. Moser in drugi proti Komisiji, C-170/02 P, Recueil, str. I-9889, točka 32, kjer je jasno odločilo, da ima Komisija, na podlagi člena 9 Uredbe o združitvi, izključno pristojnost „da odloči, da pristojnim organom držav članic napoti spis o določenih transakcijah, ki še posebej vplivajo ‚na trg v državi članici, ki ima vse lastnosti samostojnega trga'".

5. julija in 11. avgusta 2000, Komisija ni bila pristojna, da odloči o združljivosti teh interesov s pravom Skupnosti.

48. Vendar se mi zdi, da očitek temelji bolj na formalističnem branju zadevne odločbe kot pa na njenih vsebini, namenu in smislu.

49. Vedeti moramo, da je namen te določbe, da zaradi „razlogov pravne varnosti in v interesu udeleženih podjetij“[22] zagotovi hiter in učinkovit nadzor Komisije glede združljivosti s pravom Skupnosti interesov (drugih kot interesov, ki so upravičeni sami po sebi[23]), ki so zaščiteni z nacionalnimi ukrepi, ki se nanašajo na koncentracije na ravni Skupnosti.

50. To je razlog, zakaj ta določba, prvič, zahteva od držav članic, da predhodno sporočijo Komisiji interese (druge kot interesi, ki so upravičeni sami po sebi), ki jih nameravajo zaščititi, in drugič, daje Komisiji kratek rok (en mesec), da sprejme odločitev o združljivosti s pravom Skupnosti. To je skladno s ciljem Uredbe št. 4064/89 glede zagotavljanja „skrbne presoje koncentracij v obdobjih, ki ustrezajo tako zahtevam dobrega upravljanja kot tistim poslovnega sveta“.[24]

51. Vendar se jasna želja zakonodajalca, da zagotovi hitro in učinkovito skrbno presojo Komisije, ne pokriva povsem z navedbami tožeče vlade, da v odsotnosti kakršnega koli sporočila zadevne države članice ta institucija nima pravice odločiti o združljivosti s pravom Skupnosti interesov, zaščitenih od države članice, vendar je zgolj upravičena začeti postopek za ugotavljanje kršitev v skladu s členom 226 ES. V takih okoliščinah, glede na proceduralne roke, ki jih je treba upoštevati v teh primerih, bi bilo nemogoče, da bi bila odločitev Skupnosti dana v kratkem roku, določenem z Uredbo št. 4064/89, zaradi „razlogov pravne varnosti in v interesu udeleženih podjetij“, s povezano nevarnostjo, da bi bila sodba sodišča razglašena po tem, ko bi nacionalni ukrepi nepovratno oškodovali transakcijo, ki zadeva koncentracijo na ravni Skupnosti.

22 — Citat iz sodbe Schlüsselverlag J. S. Moser in drugi proti Komisiji, citirana zgoraj, v katerem je poudarjeno, da „uredba o združitvi [...] vsebuje določbe, katerih namen je omejiti, iz razlogov pravne varnosti in v interesu udeleženih podjetij, dolžino postopkov za preiskavo transakcij, ki so odgovornost Komisije“ (točka 33).

23 — Pregled Komisije glede takih interesov je izključen, ker je zakonodajalec Skupnosti že izrecno izrazil svoje mnenje.

24 — Sodba Schlüsselverlag J. S. Moser in drugi proti Komisiji, točka 34.

52. Dalje, kot je Komisija pravilno poudarila, bi teza portugalske vlade v praksi odvzela odločbi v pregledu vsakršno učinkovitost, ker bi se države članice zgolj s tem, da ne bi sporočile interesov, zaščitenih z njihovimi ukrepi, zlahka izognile nadzoru. Nadaljnja in paradoksalna posledica bi bila, da bi Komisija lahko hitro in učinkovito ukrepala proti državam članicam, ki se ravnajo v skladu s svojo obveznostjo sporočanja do te mere, da bi lahko zaustavila zadevne ukrepe, medtem ko ne bi imela možnosti izvajati podobna ostra pooblastila proti državi članici kršiteljici. Z drugimi besedami bi v očitnem nasprotju z maksimo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[25] ta imela koristi zaradi lastnega protipravnega dejanja.

53. Razlaga, ki jo zagovarja Komisija, po kateri lahko sprejme odločitev o združljivosti interesov (drugih kot interesov, ki so upravičeni sami po sebi), zaščitenih od države članice s pravom Skupnosti, čeprav ji ti interesi niso bili sporočeni, se mi zdi skladnejša s posebnim sistemom nadzora koncentracij, vzpostavljenim z Uredbo št. 4064/89, in s pomenom določbe v pregledu.

54. Glede na to bi bilo primerneje sklepati, da se zadevna določba nanaša na odločitve, sprejete po „sporočilu" države članice preprosto zato, ker se domneva, da bodo države članice izpolnile obveznosti sporočanja, ki jim jih nalaga ta določba. Manj verjetno, po drugi strani, bi bilo mnenje, da želi Uredba o združitvi pristojnost Komisije pogojevati z dobro voljo države članice, in še manj, da želi nagraditi tiste, ki se želijo izogniti obveznosti sporočanja.

55. Res je, kot je navedla portugalska vlada, da utegne odsotnost sporočila države članice nalogo Komisije narediti manj jasno in zahtevnejšo, kolikor lahko naleti na težave pri ugotavljanju interesov, ki so zaščiteni z nacionalnimi ukrepi. Vendar je treba upoštevati, da lahko Komisija vedno, za premostitev mogočih takih težav, izkoristi možnost, da zahteva dodatne podatke od zadevne države članice, kar je storila v tej zadevi. Če država članica še naprej vztraja, da ji ne posreduje zahtevanega podatka, se mora Komisija takoj čutiti upravičeno – po analogiji s položajem, ki nastane npr. v zvezi z

25 — V zvezi s tem glej sklepne predloge generalnega pravobranilca Mischa v zadevi Courage in Crehan, sodba z dne 20. septembra 2001 (C-453/99, Recueil str. I-6297, točki 39 in 68 sklepnih predlogov).

državnimi pomočmi[26] – da zgolj na podlagi razpoložljivih podatkov sprejme odločitev.

56. S tem, ko je pojasnjeno, da sme Komisija sprejeti odločitev o združljivosti interesov, zaščitenih s strani držav članic (drugih kot interesov, ki so upravičeni sami po sebi) s pravom Skupnosti, tudi kjer ji interesi niso bili sporočeni, sledi, da sprejetje take odločitve ne vsebuje ne poseganja v pristojnost, dano Sodišču s členom 226 ES, niti ne zlorabi postopka.

57. Glede na predhodna opažanja menim, da je treba preučene očitke zavrniti.

Kršitev člena 253 ES: pomanjkanje kakršne koli ali nezadostna navedba določitev pravne podlage za ukrep

58. S prvim tožbenim razlogom portugalska vlada očita napačno obrazložitve izpodbijane odločbe zaradi nezadostne določitve, če sploh, pravne podlage. Natančneje navaja, da se je v naslovu in preambuli odločbe Komisija omejila na navajanje splošnih izrazov o členu 21 Uredbe o združitvi, ne da bi, kot bi morala jasno določiti, da je svojo pristojnost temeljila na členu 21(3), tretji pododstavek.

59. Vendar se strinjam s Komisijo, da je iz besedila odločbe jasno, da je bila sprejeta na podlagi člena 21(3), tretji pododstavek, Uredbe o združitvi. Tako se mi zdi, da s tega stališča obrazložitev, na kateri temelji odločba, doseže, kot to zahteva sodna praksa, „namen [...] [omogočiti] Sodišču pregled zakonitosti odločbe in [ponuditi] udeleženi osebi zadostne podatke, da lahko ugotovi, ali je bila odločba dobro obrazložena in ali jo bremeni napaka, katere zakonitosti lahko oporeka".[27]

60. Dodal bi, da je v tej zadevi obrazložitev izpodbijane odločbe nedvomno omogočala portugalski vladi ugotoviti določbo, na kateri je Komisija utemeljila svojo pristojnost, in da je, kot smo spoznali, izpodbijala izvajanje tega pooblastila pred Sodiščem.

26 — Po analogiji se lahko sklicuje na sodno prakso Sodišča glede državnih pomoči, po kateri, kjer „država članica, ne glede na zahtevo Komisije, ne predloži zahtevanih podatkov, je Komisija pooblaščena, da zaključi postopek in sprejme odločitev na podlagi razpoložljivih podatkov, glede vprašanja, ali je pomoč združljiva s skupnim trgom" (sodba z dne 14. februarja 1990 v zadevi Francija proti Komisiji, C-301/87, Recueil, str. I-307, točka 22).

27 — Sodba Sodišča z dne 2. oktobra 2003 v zadevi Salzgitter proti Komisiji, C-182/99 P, Recueil, str. I-10761, točka 71.

61. Zato menim, da je treba ta tožbeni razlog zavrniti.

Kršitev člena 253 ES: nezadostna obrazložitev glede nezdružljivosti nacionalnih ukrepov s pravom Skupnosti

62. Z drugim tožbenim razlogom portugalska vlada očita napačno obrazložitev izpodbijane odločbe, ker ne poda zadostne obrazložitve glede nezdružljivosti nacionalnih ukrepov s pravom Skupnosti.

63. Portugalska vlada natančneje navaja, da se je izpodbijana odločba Komisije omejila na ugotavljanje interesov, zaščitenih z ukrepi z dne 5. julija in 11. avgusta 2000, in se odločila, da ta interes ne spada v okvir katerih koli od drugih interesov, ki so upravičeni sami po sebi, in lakonično presodila, da ta ukrepa pomenita oviro za pravico do ustanavljanja in prosti pretok kapitala. Obrazložitev je po njenem mnenju popolnoma nezadostna, saj ne vsebuje nobene posebne ali vsebinske persoje, temelječe na pravnih in dejanskih elementih, interesov, zaščitenih z nacionalnimi ukrepi v luči upoštevnega okvira Skupnosti.

64. Za oris nezadostne obrazložitve portugalska vlada na dolgo analizira svoja nacionalna pravila o privatizaciji in predvsem sistem predhodne odobritve, določen v členu 1 Zakonodajne uredbe št. 380/93, razlagajoč, zakaj sistem po njenem mnenju ni nezdružljiv z določbami prava Skupnosti glede pravice do ustanavljanja in prostega pretoka kapitala.

65. Komisija v odgovor na te navedbe kratko navaja, da odločba analizira interese, na katerih temeljijo zadevni nacionalni ukrepi, in navede razloge, zaradi katerih ne spadajo v okvir interesov, ki so upravičeni sami po sebi, in se ne more šteti, da so združljivi s pravom Skupnosti.

66. Osebno moram ugotoviti, da je po ugotovitvi interesa, zaščitenega z nacionalnimi ukrepi, in odpisom možnosti, da bi utegnil spadati pod kateri koli interes, ki je upravičen sam po sebi, Komisija podala izjemno kratko obrazložitev o nezdružljivosti tega interesa s pravom Skupnosti. Glede na občutljivost te teme bi bila na tej točki po

mojem mnenju primerna jasnejša in določnejša obrazložitev.

67. Čeprav je obrazložitev izjemno kratka, ne glede na vse omogoča razumevanje elementov, na katerih temelji odločba Komisije. Iz točke 58 izpodbijane odločbe je jasno, da je Komisija menila, da „obe odločbi (portugalskega ministra za finance) pomenita oviro za pravico do ustanavljanja in prosti pretok kapitala", da nista bili „upravičeni na podlagi katerih koli nujnih razlogov javnega interesa, kot so priznani v sodni praksi Sodišča", da „v nobenem primeru portugalska vlada ni sporočila teh razlogov" in da „splošno načelo enakega obravnavanja, na katerega se zanaša portugalska vlada v prvi odločbi, ne doda nič vsebinskega zgoraj navedenim razlogom".[28]

68. Tako menim, da dani razlogi dosegajo minimalno stopnjo, ki jo zahteva sodna praksa (glej točko 59 zgoraj), predvsem če poudarim, da prvič, portugalske oblasti Komisiji niso dale podatkov glede združljivosti interesa, zaščitenega z njihovimi ukrepi s pravom Skupnosti, celo ne v odgovoru na dopis z dne 21. septembra 2000, drugič, da je bila izpodbijana odločba v okoliščinah dobro znana portugalski vladi, saj je v postopku za ugotavljanje kršitev v zgoraj omenjeni zadevi C-387/98 Komisija že obvestila to vlado v obširni obrazložitvi, da sistem predhodne odobritve, ki ga določa člen 1 Zakonodajne uredbe št. 380/93, ni združljiv s pravili Skupnosti o pravici do ustanavljanja in prostega pretoka kapitala.[29]

69. Zato menim, da je tudi ta tožbeni razlog treba zavrniti.

Kršitev načela sorazmernosti

70. S petim tožbenim razlogom portugalska vlada, končno, predstavi dva očitka, ki očitata

28 — Točka 58 izpodbijane odločbe.

29 — Glede zadnjega stališča bi rad poudaril, da je imelo Sodišče že priložnost, da je jasno pojasnilo, da „mora biti vprašanje, ali obrazložitev zadostuje pogojem člena 190 ES, presojano ne glede na njeno besedilo, ampak tudi na njen kontekst" (sodba z dne 30. septembra 2003 v zadevi Nemčija proti Komisiji, Recueil, str. I-9919, točka 87). V tej zadevi je Sodišče razsodilo predvsem to, da ker je bila „izpodbijana odločba sprejeta v okoliščinah, ki so bile nemški vladi znane [...], je bila lahko obrazložena v skrajšani obliki" (točki 89 in 92).

kršitev načela sorazmernosti, obtožujoč Komisijo:

i) da ni omejila svoje ocene na koncentracijo na ravni Skupnosti in

ii) ni ustavila postopka, kljub dejstvu, da nobena od strank ni imela nadaljnjega interesa v njem.

71. Glede prve točke portugalska vlada navaja, da iz izpodbijane odločbe jasno sledi, da bi moralo priglašeno dejanje povzročiti dve koncentraciji (Secil/Cimpor in Holderbank/Cimpor) in da bi bila le druga na ravni Skupnosti in bi kot taka spadala v okvir Uredbe št. 4064/89 (glej točko 21 zgoraj). Zato je z naložitvijo umika obeh portugalskih ukrepov v celoti, namesto da bi se osredotočila zgolj na del, ki zadeva koncentracijo Holderbank/Cimpor, šla Komisija dlje, kot je bilo potrebno, da bi zagotovila ravnanje v skladu s pravom Skupnosti in posledično kršila načelo sorazmernosti.

72. Vendar se strinjam z mnenjem Komisije, da ni bila pristojna omejiti svojega posredovanja na pridobitev določenih dejavnosti Cimporja s strani družbe Holderbank (koncentracije na ravni Skupnosti), saj so zadevni nacionalni ukrepi zadevali obe koncentraciji skupno in nerazdružljivo. Kot smo videli, ti ukrepi niso vplivali na obe koncentraciji posebej, vendar so zaustavili ponudbo za prevzem, objavljeno s strani Secilbara za delnice Cimporja, ki je pridobitev družbe in poznejšo delitev dejavnosti med Secilom in Holderbank preprečevala od začetka. Le odločba, da se ukrepa razveljavita v celoti, je tako lahko odpravila nezakonito nasprotovanje portugalske vlade koncentraciji na ravni Skupnosti.

73. Glede druge točke portugalska vlada po drugi strani navaja, da je Komisija malo pred sprejemom izpodbijane odločbe ustavila postopek glede priglašenega dejanja, ker udeležena podjetja niso predložila zadostnih podatkov, zahtevanih od njih, da dopolnijo priglasitev, ki je bila ocenjena za nepopolno (glej točko 14). Ob domnevi, da počasna reakcija priglasitvenih strank utegne pomeniti, da se je postopek končal, portugalska vlada Komisiji očita, da bi morala pokazati več preudarnosti in ne bi smela zahtevati končnega in nepovratnega dejanja, kot je umik zadevnih nacionalnih ukrepov.

74. Na tej točki me bolj prepriča obramba Komisije, ki ponavlja, da portugalska vlada ni obrazložila, zakaj bi, v posebnih okoliščinah te zadeve, morala počasna reakcija strank pomeniti, da se je postopek končal. Nasprotno menim, da je bila Komisija upravičena skleniti, da je bila počasna reak-

cija strank po vsej verjetnosti povezana s sprejemom zadevnih ukrepov, in zato meniti, da je njeno posredovanje še zlasti pomembno in nujno.

75. Zato menim, da bi moral biti ta tožbeni razlog zavrnjen.

Stroški

76. V skladu s členom 69(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili le-ti priglašeni. Ker je Komisija priglasila stroške, v luči mojih sklepov glede izida postopkov menim, da bi bilo treba tej priglasitvi ugoditi.

IV – Predlog

77. V luči predhodnih razmišljanj Sodišču predlagam, naj:

1) Tožbo zavrne.

2) Portugalski republiki naloži plačilo stroškov.