



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
MELCHIORJA WATHELETA,
predstavljeni 5. decembra 2013¹

Zadeva C-553/12 P

**Evropska komisija
proti**

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)

„Pritožba — Konkurenca — Člena 82 ES in 86(1) ES — Ohranitev privilegiranih pravic, ki jih je Grčija podelila javnemu podjetju za raziskovanje in izkoriščanje nahajališč lignita — Konkurenčna prednost na trgu dobave lignita in grosističnem trgu z električno energijo zaradi izvajanja teh pravic — Razširitev prevladujočega položaja s prvega navedenega trga na drugega — Obveznost Komisije, da dokaže zlorabo s strani javnega podjetja“

1. Evropska komisija v tem pritožbenem postopku predlaga razveljavitev sodbe Splošnega sodišča Evropske unije z dne 20. septembra 2012², s katero je bila za nično razglašena odločba Komisije³ o pravicah za raziskovanje in izkoriščanje nahajališč lignita, ki jih je Helenska republika podelila družbi Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)⁴ in ohranila v njeno korist.

2. Komisija je v navedeni odločbi predvsem ugotovila, da je podelitev in ohranitev teh pravic v nasprotju s členom 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES (zdaj člena 106(1) PDEU in 102 PDEU⁵), ker ustvarja položaj neenakih možnosti za gospodarske subjekte glede dostopa do primarnih goriv za proizvodnjo električne energije ter družbi DEI omogoča ohranitev oziroma okrepitev prevladujočega položaja na grosističnem trgu z električno energijo v Grčiji, tako da je vsak vstop novih udeležencev na trg izključen ali oviran.

I – Dejansko stanje

3. Družba DEI je bila ustanovljena leta 1950 kot javno podjetje v lasti grške države. Imela je izključno pravico do proizvodnje, prenosa in dobave električne energije v Grčiji. Leta 1996 je bila preoblikovana v delniško družbo, katere lastnik je bila država kot edina delničarka.

4. V delniško družbo je bila preoblikovana 1. januarja 2001 zlasti v skladu z grškim zakonom št. 2773/1999 o liberalizaciji trga z električno energijo (FEK A' 286), s katerim je bila prenesena predvsem Direktiva 96/92/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. decembra 1996 o skupnih pravilih notranjega trga z električno energijo (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 12, zvezek 2,

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Sodba DEI proti Komisiji (T-169/08, v nadaljevanju: izpodbijana sodba).

3 — Odločba C(2008) 824 final z dne 5. marca 2008 (v nadaljevanju: sporna odločba).

4 — Gre za javno podjetje za električno energijo, katerega angleško ime je The Public Power Corporation, včasih imenovano tudi PPC.

5 — V teh sklepnih predlogih bom uporabljal staro številčenje, ker je bila sporna odločba sprejeta v okviru Pogodbe ES.

str. 3). V skladu s členom 43(3) tega zakona delež države v kapitalu družbe DEI nikakor ne more biti manjši od 51 % delnic z glasovalno pravico, tudi po povečanju kapitala. Helenska republika ima zdaj v lasti 51,12 % delnic tega podjetja. Od 12. decembra 2001 delnice družbe DEI kotirajo na atenski borzi (Grčija) in londonski borzi (Združeno kraljestvo).

5. Vse grške elektrarne na lignit so v lasti družbe DEI. Po navedbah grškega inštituta za geološke in rudarske raziskave so bile znane rezerve v vseh nahajališčih lignita v Grčiji 1. januarja 2005 ocenjene na 4415 milijonov ton. Po mnenju Komisije je v Grčiji 4590 milijonov ton rezerv lignita.

6. Helenska republika je družbi DEI podelila pravice za raziskovanje in izkoriščanje lignita za rudnike, katerih rezerv je približno 2200 milijonov ton. 85 milijonov ton rezerv pripada zasebnim tretjim osebam, za približno 220 milijonov ton rezerv so bile pravice za raziskovanje in izkoriščanje podeljene drugim zasebnim tretjim osebam, ta nahajališča pa deloma oskrbujejo elektrarne družbe DEI. Za približno 2000 milijonov ton rezerv lignita v Grčiji še ni bila podeljena nobena pravica za izkoriščanje.

7. Po začetku veljavnosti Direktive 96/92 se je grški trg z električno energijo odprl za konkurenco. Maja 2005 je bil vzpostavljen obvezni dnevni trg za vse prodajalce in kupce električne energije v povezanem grškem omrežju, ki obsega celinsko Grčijo in nekatere grške otoke. Na tem trgu proizvajalci in uvozniki električne energije vnesejo in prodajajo svojo proizvodnjo in uvoz na dnevni podlagi.⁶

8. Komisija je leta 2003 prejela pritožbo posameznika, ki je prosil, naj njegova identiteta ostane zaupna. Po navedbah pritožnika je odločitev grške države, da družbi DEI podeli izključno licenco za raziskovanje in izkoriščanje lignita v Grčiji, v nasprotju s členom 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES. Komisija je po več dopisih, ki sta si jih s Helensko republiko izmenjali v obdobju med 2003 in 2008, sprejela sporno odločbo.

9. Komisija v tej odločbi trdi, da je Helenska republika od sprejetja Direktive 96/92, ki jo je bilo treba prenesti do 19. februarja 2001, vedela, da je treba liberalizirati trg z električno energijo. Komisija dodaja, da je Helenska republika sprejela državne ukrepe, ki se nanašajo na ločena trga, in sicer je prvi trg dobave lignita, drugi pa grosistični trg z električno energijo, ki zajema proizvodnjo električne energije v elektrarnah in njeno dobavo iz njih ter uvoz električne energije po povezovalnih vodih.

10. Po navedbah Komisije je imela družba DEI na teh trgih prevladujoč položaj s tržnim deležem, večjim od 97 % oziroma 85 %. Poleg tega naj ne bi bilo mogoče pričakovati novega vstopa, ki bi lahko znatno zmanjšal delež družbe DEI na grosističnem trgu z električno energijo, saj uvoz, ki predstavlja 7 % skupne porabe, ni realen konkurenčni pritisk na tem trgu.

11. Komisija glede zadevnih državnih ukrepov ugotavlja, da so bile družbi DEI podeljene⁷ pravice za izkoriščanje za 91 % javnih nahajališč lignita, za katera so bile podeljene pravice. Pojasnjuje, da v obdobju uporabe teh ukrepov kljub možnostim, ki jih daje nacionalna zakonodaja, ni bila podeljena nobena pravica na pomembnem nahajališču. Poleg tega navaja, da je družba DEI pridobila pravice za raziskovanje brez javnih razpisov za nekatera nahajališča, ki jih je mogoče izkoriščati, za izkoriščanje katerih pravice še niso bile podeljene. Komisija na koncu dodaja, da se elektrarne na lignit, ki naj bi bile najcenejše v Grčiji, uporabljajo največ, saj proizvedejo 60 % električne energije za oskrbo povezanega omrežja.

6 — Glej opis delovanja obveznega dnevnega trga v točkah od 12 do 14 izpodbijane sodbje.

7 — Na podlagi grške zakonske uredbe št. 4029/1959 z dne 12. in 13. novembra 1959 (FEK A' 250) in grškega zakona št. 134/1975 z dne 23. in 29. avgusta 1975 (FEK A' 180).

12. Helenska republika je s tem, da je družbi DEI podelila in v njeno korist ohranila skoraj monopolistične pravice za izkoriščanje lignita, ki tej družbi zagotavljajo privilegiran dostop do najprivlačnejšega goriva v Grčiji za proizvodnjo električne energije, ustvarila neenake možnosti za gospodarske subjekte na grosističnem trgu z električno energijo in torej izkrivila konkurenco, tako da je okrepila prevladujoči položaj družbe DEI ter izključila ali ovirala vsak vstop novih udeležencev na trg, in to kljub liberalizaciji grosističnega trga z električno energijo.

13. Komisija je v sporni odločbi poleg tega Helensko republiko pozvala, naj jo v dveh mesecih od uradnega obvestila o navedeni odločbi obvesti o ukrepih, ki jih namerava sprejeti za odpravo protikonkurenčnih učinkov zadevnih državnih ukrepov, in navedla, da je treba te ukrepe sprejeti in izvesti v osmih mesecih od te odločbe.

II – Tožba pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba

14. Družba DEI je 13. maja 2008 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila tožbo za razglasitev ničnosti sporne odločbe. Helenska republika je v postopku intervenirala v podporo družbi DEI, medtem ko sta družbi Elliniki Energeia kai Anaptyxi AE (HE & DSA) in Energeiaki Thessalonikis AE, delniški družbi, ki delujeta na področju proizvodnje električne energije v Grčiji, intervenirali v podporo predlogu Komisije za zavrnitev tožbe.

15. Družba DEI je v utemeljitev tožbe navedla štiri tožbene razloge, ki se nanašajo, prvič, na napačno uporabo prava pri uporabi člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES ter na očitno napako pri presoji, drugič, na kršitev obveznosti obrazložitve iz člena 253 ES, tretjič, po eni strani na kršitev načel pravne varnosti, varstva legitimnih pričakovanj in varstva zasebne lastnine ter po drugi strani na zlorabo pooblastil, in četrtič, na kršitev načela sorazmernosti.

16. Prvi tožbeni razlog je imel pet delov, od katerih sta drugi in četrti izpodbijala ugotovitev Komisije, da se je zaradi izvajanja pravic za izkoriščanje lignita, podeljenih družbi DEI, njen prevladujoči položaj s trga lignita razširil na grosistični trg z električno energijo v nasprotju s členom 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES. Družba DEI je v bistvu uveljavljala dva očitka zoper to ugotovitev Komisije.

17. Družba DEI je z drugim očitkom, ki ga je Splošno sodišče najprej preučilo, trdila, da Komisija ni dokazala obstoja dejanske ali morebitne zlorabe njenega prevladujočega položaja na zadevnih trgih, čeprav bi to za uporabo člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES morala storiti.

18. Splošno sodišče je v točki 85 izpodbijane sodbe ugotovilo, da je v obravnavanem primeru spor osredotočen predvsem na vprašanje, ali je morala Komisija ugotoviti dejansko ali morebitno zlorabo prevladujočega položaja družbe DEI ali pa je zadostovala ugotovitev, da zadevni državni ukrepi izkrivljajo konkurenco z ustvarjanjem neenakih možnosti za gospodarske subjekte v korist te družbe.

19. Glede trga dobave lignita je Splošno sodišče v točkah od 87 do 89 sodbe ugotovilo, da je Helenska republika z zadevnimi državnimi ukrepi družbi DEI podelila pravice za izkoriščanje lignita za rudnike, katerih rezerv je približno 2200 milijonov ton, in da je bila veljavnost teh državnih ukrepov, sprejetih pred liberalizacijo trga z električno energijo, ohranjena in so še naprej vplivali na trg dobave lignita, ter da ne glede na interes, ki so ga pokazali konkurenti družbe DEI, ni mogel noben gospodarski subjekt od Helenske republike pridobiti pravic za izkoriščanje drugih nahajališč lignita, čeprav ima Grčija okoli 2000 milijonov ton še neizkoriščenega lignita. Vendar je menilo, da tega, da drugi gospodarski subjeki ne morejo imeti dostopa do še razpoložljivih nahajališč lignita, ni mogoče pripisati družbi DEI, ker je podelitev licenc za izkoriščanje lignita odvisna izključno od volje Helenske republike. Splošno sodišče je dodalo, da je bila vloga družbe DEI na navedenem trgu omejena na izkoriščanje nahajališč, za katera ima pravice, in da Komisija ni trdila, da je družba DEI zlorabila svoj prevladujoči položaj na trgu dobave te surovine, kar zadeva dostop do lignita.

20. Splošno sodišče je nato v točkah od 90 do 93 sodbe analiziralo ugotovitev Komisije, da je nemožnost konkurentov družbe DEI, da vstopijo na trg dobave lignita, vplivala na grosistični trg z električno energijo. Komisija je glede tega trdila, da ker je lignit najprivlačnejše gorivo v Grčiji, njegovo izkoriščanje omogoča proizvodnjo električne energije z nizkimi variabilnimi stroški in vnos tako proizvedene električne energije na obvezni dnevni trg s privlačnejšo stopnjo dobička kot pri vnosu električne energije, proizvedene iz drugih goriv. Po mnenju Komisije je lahko družba DEI zato ohranila ali krepila prevladujoči položaj na grosističnem trgu z električno energijo, zaradi česar je vsak vstop novih udeležencev na ta trg izključen ali oviran.

21. Potem ko je Splošno sodišče v točki 91 izpodbijane sodbe spomnilo, da je bil po liberalizaciji grosističnega trga z električno energijo v Grčiji vzpostavljen obvezni dnevni trg, katerega pravila delovanja v sporni odločbi niso bila vprašljiva, morali pa so jih spoštovati tako družba DEI kot njeni konkurenti, ter da je bila družba DEI na tem trgu navzoča že pred njegovo liberalizacijo, je opozorilo:

„92 Komisija pa ni dokazala, da bi lahko privilegiran dostop do lignita ustvaril položaj, v katerem bi lahko [družba DEI] zgolj z izvajanjem svojih pravic za izkoriščanje zlorabila prevladujoči položaj na grosističnem trgu z električno energijo ali bi jo to vodilo do take zlorabe na tem trgu. Poleg tega Komisija [družbi DEI] ne očita, da je brez objektivne utemeljitve razširila svoj prevladujoči položaj na trgu dobave lignita na grosistični trg z električno energijo.

93 Zgolj z ugotovitvijo, da ima [družba DEI], nekdanje monopolistično podjetje, še naprej prevladujoč položaj na grosističnem trgu z električno energijo zaradi prednosti, ki ji jo daje privilegiran dostop do lignita, in da ta položaj ustvarja neenake možnosti za [družbo DEI] in druga podjetja na tem trgu, Komisija ni pravno zadostno niti ugotovila niti dokazala, do kakšne zlorabe v smislu člena 82 ES je zadevni državni ukrep vodil ali bi lahko vodil [družbo DEI].“

22. Splošno sodišče je nato v točkah od 94 do 103 sodbe preučilo ustaljeno sodno prakso, navedeno v sporni odločbi, v skladu s katero država članica krši prepovedi, ki jih določata člena 86(1) ES in 82 ES, kadar samo izvrševanje izključnih ali posebnih pravic, ki so bile podeljene zadevnemu podjetju, vodi to podjetje do zlorabe prevladujočega položaja ali kadar lahko te pravice ustvarijo položaj, ki vodi to podjetje do take zlorabe. Splošno sodišče je po analizi sodb Sodišča v zadevah Höfner in Elser, Merci convenzionali porto di Genova, Job Centre, Raso in drugi ter MOTOE⁸ sklepalo tako:

„103 Iz teh sodb [...] je razvidno, da zloraba prevladujočega položaja podjetja, ki ima izključno ali posebno pravico, bodisi lahko izhaja iz možnosti izvajanja te pravice na način, ki pomeni zlorabo, bodisi je lahko neposredna posledica te pravice. Vendar ta sodna praksa ne kaže na to, da samo dejstvo, da ima zadevno podjetje zaradi državnega ukrepa prednost pred konkurenti, pomeni zlorabo prevladujočega položaja.“

23. Nazadnje, Splošno sodišče je v točkah od 104 do 118 sodbe odgovorilo na zadnjo trditev Komisije, ki je menila, da je sporna odločba skladna s sodno prakso, v skladu s katero je sistem neizkrivljene konkurence lahko zagotovljen, le če so različnim gospodarskim subjektom zagotovljene enake možnosti. Komisija je glede tega trdila, da če so neenake možnosti gospodarskih subjektov, in torej izkrivljena konkurenca, posledica državnega ukrepa, tak ukrep krši člen 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES.

8 — Sodbe z dne 23. aprila 1991 v zadevi Höfner in Elser (C-41/90, Recueil, str. I-1979); z dne 10. decembra 1991 v zadevi Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Recueil, str. I-5889); z dne 11. decembra 1997 v zadevi Job Centre (C-55/96, Recueil, str. I-7119); z dne 12. februarja 1998 v zadevi Raso in drugi (C-163/96, Recueil, str. I-533) in z dne 1. julija 2008 v zadevi MOTOE (C-49/07, ZOdL, str. I-4863).

24. Splošno sodišče je v točki 105 te sodbe razsodilo, da iz sodb, na katere se je oprla Komisija, in sicer iz sodb Francija proti Komisiji („Telekomunikcijska terminalska oprema“), GB-Inno-BM in Connect Austria⁹, ni razvidno, da za ugotovitev kršitve člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES zadostuje dokazati, da državni ukrep z ustvarjanjem neenakih možnosti za gospodarske subjekte izkrivlja konkurenco, ne da bi bilo treba ugotoviti zlorabo prevladujočega položaja podjetja.

25. Potem ko je Splošno sodišče analiziralo te sodbe, je v točki 113 sodbe sklepalo, da čeprav je res, da je Sodišče uporabilo formulacije, ki jih je navedla Komisija, pa jih ta ne more uporabiti brez upoštevanja sobesedila. Splošno sodišče je v točkah od 114 do 117 poleg tega ugotovilo, da trditve Komisije ne podpira niti sodba Dusseldorp in drugi¹⁰, na katero se je ta sklicevala na obravnavi.

26. Splošno sodišče je iz tega v točki 118 sodbe sklepalo, da iz te sodne prakse ni razvidno, da Komisiji „ni bilo treba ugotoviti in dokazati zlorabe prevladujočega položaja, do katere je zadevni državni ukrep vodil ali je lahko vodil [družbo DEI]“. Po mnenju Splošnega sodišča (točke od 87 do 93) takega dokazovanja v sporni odločbi ni.

27. Zato je Splošno sodišče v točki 119 razsodilo, da je drugi očitek, ki ga je družba DEI navedla v okviru drugega in četrtega dela prvega tožbenega razloga, utemeljen, ter sporno odločbo razglasilo za nično, „ne da bi bilo treba preučiti druge navedene očitke, dele in tožbene razloge“.

III – Pritožba

28. Komisija, družba DEI in Helenska republika so sodelovale v pisnem postopku pred Sodiščem. Na obravnavi 3. oktobra 2013 so stališča predstavile vse te stranke ter družbe Mytilinaios AE, Protergia AE in Alouminion AE (intervenientke v podporo Komisiji).

29. Komisija v podporo svoji pritožbi navaja dva pritožbena razloga.

A – Prvi pritožbeni razlog

1. Povzetek trditev strank

30. Komisija s prvim pritožbenim razlogom, s katerim izpodbija točke od 94 do 118 izpodbijane sodbe, trdi, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo pri razlagi in uporabi določb člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES, ko je odločilo, da bi morala ugotoviti in dokazati zlorabo, do katere je zadevni državni ukrep privedel ali je lahko vodil družbo DEI.

31. Po mnenju Komisije ta državni ukrep sam po sebi pomeni kršitev členov 86(1) ES in 82 ES. Torej naj bi bilo dovolj dokazati, da so bile z njim dejansko ustvarjene neenake možnosti z dajanjem prednosti (že) privilegiranemu javnemu podjetju ter da je s tem vplival na strukturo trga, ko je temu podjetju omogočal ohranitev, krepitev ali razširitev njegovega prevladujočega položaja na drug trg, ki je sosednji ali v prodajni verigi nižje, na primer s preprečevanjem vstopa novih konkurentov na ta trg.

32. Komisija zato Splošnemu sodišču očita, da je sodno prakso Sodišča napačno uporabilo za dejansko stanje v obravnavani zadevi in izkrivilo podlago sporne odločbe. Glede tega opozarja, da v nasprotju s tem, kar je upoštevalo Splošno sodišče, ta odločba ni temeljila na ugotovitvi, da je zloraba prevladujočega položaja že samo dejstvo, da je imela družba DEI zaradi zadevnih državnih ukrepov prednost pred konkurenti. Nasprotno, v navedeni odločbi naj bi bila podrobno predstavljena kršitev,

9 — Sodbe z dne 19. marca 1991 (C-202/88, Recueil, str. I-1223); z dne 13. decembra 1991 (C-18/88, Recueil, str. I-5941) in z dne 22. maja 2003 (C-462/99, Recueil, str. I-5197).

10 — Sodba z dne 25. junija 1998 (C-203/96, Recueil, str. I-4075).

saj je bilo navedeno, da so zadevni državni ukrepi ustvarili neenake možnosti za družbo DEI in njene konkurente ter da je lahko to podjetje samo z izvajanjem pravic, ki so mu bile podeljene s temi ukrepi, razširilo svoj prevladujoči položaj s trga lignita (ki je v prodajni verigi višje) na grosistični trg z električno energijo v Grčiji (ki je v prodajni verigi nižje). Ta razširitev na trg, ki je v prodajni verigi nižje, je povzročila omejitev konkurence z izključevanjem vstopa novih konkurentov na ta trg tudi po sprejetju ukrepov za liberalizacijo tega trga. Poleg tega konkurentom družbe DEI kljub ustreznim zahtevam ni bila podeljena nobena pravica za nobeno veliko nahajališče lignita.

33. Ker naj bi bilo v sporni odločbi pojasnjeno, kako so po eni strani ohranitev veljavnosti spornih državnih ukrepov in po drugi strani izvajanje privilegiranih pravic, podeljenih družbi DEI, ter ravnanje te družbe na trgu, ki je v prodajni verigi nižje, privedli do zlorabe njenega prevladujočega položaja na tem trgu z izključitvijo ali oviranjem vstopa novih konkurentov, naj bi Komisija izpolnila vsa merila, ki jih je Sodišče določilo v sodni praksi o uporabi člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES.

34. Družba DEI in Helenska republika menita, da je ta pritožbeni razlog neutemeljen. Iz sodne prakse Sodišča naj bi namreč izhajalo, da mora Komisija dokazati zlorabo, do katere je zadevni državni ukrep vodil ali bi lahko vodil zadevno podjetje, da bi lahko uporabila člen 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES. Dejstvo, da zadevni državni ukrep ustvarja neenake možnosti, naj bi bilo sicer pogoj, vendar ni zadosten za uporabo navedenih členov. Komisija naj bi člen 86(1) ES v bistvu poskušala spremeniti v samostojno in hierarhično višjo določbo. Splošno sodišče pa naj bi navedeno sodno prakso pravilno uporabilo za dejansko stanje v obravnavani zadevi.

2. Presoja

35. Čeprav Komisija ta pritožbeni razlog formalno deli v tri medsebojno povezane dele, v bistvu trdi, da sodna praksa Sodišča ne zahteva, da se ugotovi konkretna zloraba v smislu člena 82 ES, ki jo stori javno ali privilegirano podjetje s prevladujočim položajem, kadar državni ukrep za to podjetje in njegove konkurente ustvarja neenake možnosti, ki izkrivljajo konkurenco.

36. Najprej bom povzel upoštevne odlomke izpodbijane sodbe, ki se nanašajo na to vprašanje.

37. Splošno sodišče v točki 86 izpodbijane sodbe najprej opozarja, da je treba „[n]ajprej [...] navesti, da so prepovedi iz člena 86(1) ES naslovljene na države članice, člen 82 ES pa je naslovljen na podjetja in jim prepoveduje zlorabo prevladujočega položaja. V primeru uporabe obeh določb je mogoče kršitev člena 86(1) ES s strani države članice ugotoviti le, če je državni ukrep v nasprotju s členom 82 ES. *Tako se postavlja vprašanje, v kakšnem obsegu je treba ugotoviti zlorabo prevladujočega položaja podjetja, tudi če zgolj potencialno, kadar je povezana z državnim ukrepom*“ (moj poudarek).

38. Splošno sodišče je nato v točki 93 izpodbijane sodbe razsodilo, da „Komisija ni pravno zadostno niti ugotovila niti dokazala, do kakšne zlorabe v smislu člena 82 ES je zadevni državni ukrep vodil ali bi lahko vodil [družbo DEI]“.

39. Nazadnje, Splošno sodišče v točki 118 izpodbijane sodbe ugotavlja, da sodna praksa, ki jo je navedla Komisija, ne omogoča „prezreti sodno prakso, navedeno v točki 94 [te sodbe¹¹], in se opreti zgolj na vprašanje, ali so neenake možnosti gospodarskih subjektov, zaradi česar je torej konkurenca izkrivljena, posledica državnega ukrepa.“

11 — In sicer zgoraj navedene sodbe *Raso* in drugi (točka 27); *Höfner in Elser* (točka 29); *Merci convenzionali porto di Genova* (točka 17); *Job Centre* (točka 31) ter *MOTOE* (točki 50 in 51).

40. Po mojem mnenju stališče Splošnega sodišča, ki zahteva ugotovitev in dokaz zlorabe v smislu člena 82 ES (točki 118, drugi stavek, in 105, *in fine*, izpodbijane sodbe) kot pogoj za uporabo člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES, ne ustreza razlagi, ki jo nalaga sodna praksa Sodišča, ki jo bom analiziral v nadaljevanju.

41. Zanimivo je ugotoviti, da ni veliko zadev, ki se nanašajo na člen 86 ES, in da so se večinoma začele na podlagi vprašanj za predhodno odločanje. Poleg tega – razen če se motim – Splošno sodišče prvič odloča o odločbi Komisije, ki temelji na uporabi tega člena v povezavi s členom 82 ES.

42. Teorija „razširitve prevladujočega položaja“ (ali teorija „učinkov“)¹² – tako imenovana, ker ima državni ukrep, ki povzroči razširitev tega položaja z enega trga na drugega, podobne učinke kot zloraba tega prevladujočega položaja – se je pojavila v sodni praksi Sodišča z zgoraj navedeno sodbob GB-Inno-BM¹³ iz leta 1991.

43. V tej zadevi je Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) trdila, da je „kršitev člena [86(1) ES] mogoče ugotoviti le, če je država članica spodbujala zlorabo, ki jo je v resnici storila RTT, na primer, diskriminatorno uporabo pravil o odobritvi tipa“. Vendar je poudarila, da „v predložitveni sodbi *ni [bila] navedena nobena dejanska zloraba* in da zgolj možnost diskriminatorne uporabe teh pravil, ker je bila RTT imenovana za organ za odobritev tipa, čeprav je konkurentka podjetij, ki zaprosijo za odobritev tipa, ne more pomeniti zlorabe v smislu člena [82 ES]“ (moj poudarek) (točka 23 te sodbe).

44. Sodišče ni upoštevalo utemeljitve RTT in je razsodilo, da je „razširitev monopola postavljanja in obratovanja telefonskega omrežja na trg s telefoni brez objektivne utemeljitve [...] *prepovedana kot taka* s členom [82 ES] ali členom [86(1) ES] v povezavi s členom [82 ES], kadar je ta razširitev *posledica* državnega ukrepa“ (moj poudarek) (točka 24 navedene sodbe).

45. Sodišče poleg tega v točki 20 te sodbe pojasnjuje, da „člen [86(1) ES] državam članicam prepoveduje, da z zakoni ali drugimi predpisi javna podjetja in podjetja, katerim so odobrile posebne ali izključne pravice, postavijo v položaj, ki ga sama s samostojnim ravnanjem ne bi mogla doseči brez kršitve člena [82] ES“.

46. Sodišče nato v točki 25 iste sodbe nadaljuje, da „je sistem neizkrivljene konkurence, kot je ta, ki je predviden s Pogodbo, lahko zagotovljen, le če so različnim gospodarskim subjektom zagotovljene enake možnosti“. Spomniti moram, da je Komisija v tej zadevi Helenski republiki očitala prav to, da je ustvarila neenake možnosti za gospodarske subjekte in torej izkrivila konkurenco, tako da je okrepila prevladujoči položaj družbe DEI (glej točko 12 teh sklepnih predlogov).

47. Sodišče je v sodbi Španija in drugi proti Komisiji („Telekomunikacijske storitve“)¹⁴ razsodilo, da enaka ugotovitev velja tudi, kadar se monopol postavljanja in obratovanja telefonskega omrežja razširi na trg telekomunikacijskih storitev.

48. Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Raso in drugi izjavilo, da je treba za „pravni okvir, kot izhaja iz [državnega ukrepa], šteti, da je sam po sebi v nasprotju s členom [86(1) ES] v povezavi s členom [82 ES]. V zvezi s tem *ni pomembno, da predložitveno sodišče ni ugotovilo dejanske zlorabe* s strani preoblikovane nekdanje pristaniške družbe“¹⁵ (moj poudarek).

12 — Glej točke od 180 do 183 in od 191 do 199 obrazložitve sporne odločbe (kar zadeva trditve o okviru analize te teorije). Glej tudi točke od 200 do 237 obrazložitve navedene odločbe (v katerih je Komisija preučila in nazadnje zavrnila dodatne trditve, ki so se med drugim nanašale na konkurenčnost lignita).

13 — Komisija je to teorijo uporabila že v dveh odločbah, ki sta temeljili na členu 86 ES in sta se nanašali na sistem dejavnosti pospešene dostave v Španiji (odločba 90/456/EGS z dne 1. avgusta 1990 o zagotavljanju mednarodnih storitev hitre pošte v Španiji, UL L 233, str. 19) in na Nizozemskem (odločba 90/16/EGS z dne 20. decembra 1989 o zagotavljanju mednarodnih storitev hitre pošte na Nizozemskem, UL L 10, str. 47).

14 — Sodba z dne 17. novembra 1992 (C-271/90, C-281/90 in C-289/90, Recueil, str. I-5833, točka 36).

15 — Točka 31 sodbe. Glej tudi zgoraj navedeno sodbob GB-Inno-BM (točke od 23 do 25).

49. Kot je razvidno iz te sodbe (točka 27) – čeprav samo dejstvo ustvaritve prevladujočega položaja s podelitvijo izključnih pravic v smislu člena 86(1) ES kot tako ni nezdržljivo s členom 82 ES – država članica krši prepovedi, ki jih določata ta člena, kadar samo izvrševanje izključnih ali posebnih pravic, ki so bile podeljene zadevnemu podjetju, vodi to podjetje do zlorabe svojega prevladujočega položaja ali kadar lahko te pravice ustvarijo položaj, ki vodi to podjetje do take zlorabe.

50. Sodišče je v točki 28 iste sodbe dodalo še, da je treba „ugotoviti, da je preoblikovana nekdanja pristaniška družba, ker sistem, vzpostavljen z zakonom iz leta 1994, tej preoblikovani nekdanji pristaniški družbi ne podeljuje le izključne pravice za zagotavljanje začasne delovne sile koncesionarjem terminalov in drugim podjetjem, ki imajo dovoljenje za opravljanje dejavnosti v pristanišču, ampak ji poleg tega omogoča, kot je razvidno iz točke 17 [te] sodbe, da je njihova konkurentka na trgu pristaniških storitev, v *navzkrižju interesov*“ (moj poudarek).¹⁶

51. Pristaniška družba, ki je predmet zgoraj navedene zadeve Raso in drugi, je lahko namreč samo zaradi izvajanja monopola v svojo korist izkrivila enake možnosti za različne gospodarske subjekte, ki delujejo na trgu pristaniških storitev, kar jo je vodilo do zlorabe monopola, saj je konkurentom na trgu pristaniških storitev določala previsoke cene za zagotavljanje delovne sile ali jim je zagotavljala delovno silo, ki je bila manj prilagojena zahtevanim nalogam (točki 29 in 30 navedene sodbe). V tej sodbi torej ni sledu o zahtevi po ugotovitvi konkretne zlorabe v smislu člena 82 ES, tudi če Sodišče ugotovi verjetne učinke zlorabe, ki so lahko posledica državnega ukrepa (glej točko 62 teh sklepnih predlogov).

52. Sodišče tudi v sodbi TNT Traco¹⁷ ni ugotovilo dejanske, resnične ali morebitne zlorabe samo v smislu člena 82 ES, ki jo je storila družba Posta Italiana.

53. Lahko se samo strinjam z generalnim pravobranilcem S. Alberjem, ki je v točki 65 sklepnih predlogov v navedeni zadevi pojasnil, da „v primeru povezane razlage členov [82 ES] in [86 ES] ni več potrebno, da podjetje s prevladujočim položajem izpolnjuje vsa merila glede dejanskega stanja, določena v členu [82 ES]. Zlorabo pomeni tudi ukrep javnih organov, zlasti podelitev izključnih pravic, ki vodi do položaja, ki zaradi svoje strukture pomeni zlorabo“.

54. Sodišče je v točkah od 49 do 51 zgoraj navedene sodbe MOTOE, ki se je tudi nanašala na člena 82 ES in 86(1) ES, razsodilo, da „država članica krši prepovedi iz teh dveh določb, če začne zadevno podjetje zaradi izvrševanja posebnih ali izključnih pravic, ki so mu bile podeljene, zlorabljeni svoj prevladujoči položaj ali če bi zaradi teh pravic lahko nastal položaj, ki bi ga podjetje lahko zlorabljalo^[18]. S tega vidika ni nujno, da do zlorabe dejansko pride^[19]. V vsakem primeru gre za kršitev členov 82 ES in 86(1) ES, če ukrep države članice, predvsem tak, s katerim podeli posebne ali izključne pravice v smislu zadnje določbe, *pomeni tveganje za zlorabo* prevladujočega položaja^[20]. Sistem neizkrivljene konkurence, kot ga predvideva Pogodba^[21], je namreč *lahko zagotovljen le, če so*

16 — Mogoča je primerjava z družbo DEI, ki je imela zaradi skoraj monopolističnih pravic za izkoriščanje lignita, ki ji jih je podelila Helenska republika, sredstva za izključitev vsakega novega vstopa na grosistični trg z električno energijo, s tem da je ta lignit uporabljala samo za lastno proizvodnjo električne energije.

17 — Sodba z dne 17. maja 2001 (C-340/99, Recueil, str. I-4109).

18 — Tu glej sodno prakso, ki jo navaja Sodišče: zgoraj navedeno sodbo Höfner in Elser (točka 29); sodbo z dne 18. junija 1991 v zadevi ERT (C-260/89, Recueil, str. I-2925, točka 37); zgoraj navedeno sodbo Merci convenzionali porto di Genova (točki 16 in 17); z dne 5. oktobra 1994 v zadevi Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Recueil, str. I-5077, točka 18); zgoraj navedeno sodbo Raso in drugi (točki 27 in 28); z dne 21. septembra 1999 v zadevi Albany (C-67/96, Recueil, str. I-5751, točka 93); z dne 12. septembra 2000 v združenih zadevah Pavlov in drugi (od C-180/98 do C-184/98, Recueil, str. I-6451, točka 127); z dne 25. oktobra 2001 v zadevi Ambulanz Glöckner (C-475/99, Recueil, str. I-8089, točka 39) in z dne 31. januarja 2008 v zadevi Centro Europa 7 (C-380/05, ZOdl., str. I-349, točka 60). Glej v tem smislu tudi zgoraj navedeno sodbo Connect Austria (točka 80).

19 — Sodišče tu trdi, da temu sledi tudi točka 36 zgoraj navedene sodbe Job Centre. V njej namreč pojasnjuje, da „ni potrebno, da je zadevna zloraba dejansko vplivala na trgovino. Dovolj je dokazati, da ima to ravnanje lahko tak učinek.“

20 — Glej v tem smislu sodno prakso, ki jo tu navaja Sodišče: zgoraj navedene sodbe ERT (točka 37); Merci convenzionali porto di Genova (točka 17) in Centro Europa 7 (točka 60).

21 — Poleg tega, da je izrecno navedena v členu 3(1)(g) ES, je zahteva po neizkrivljeni konkurenci tudi podlaga pravil o konkurenci, določenih v členih od 81 ES do 89 ES.

različnim gospodarskim subjektom zagotovljene enake možnosti^[22]. Zaupati pravni osebi, kot je ELPA^[23], ki sama organizira in tržno izkorišča motociklistična tekmovanja, nalogo, da izda upravnemu organu soglasje k vlogi za dovoljenje za organizacijo takih tekmovanj, pomeni *de facto* podeliti ji pooblastilo, da določi osebe, pooblaščen za organizacijo navedenih tekmovanj, in pogoje, v katerih se ta organizirajo, ter *s tem podeliti tej organizaciji očitno prednost pred njenimi konkurenti* ^[24]. *Podjetje, ki ima tako pravico, lahko prepreči dostop drugih izvajalcev na zadevni trg.* Ta položaj neenakih konkurenčnih pogojev potrjuje tudi dejstvo, ugotovljeno na obravnavi na Sodišču, da se, ko ELPA organizira ali sodeluje pri organizaciji motociklističnih tekmovanj, od nje ne zahteva, naj pridobi soglasje, da ji pristojni organ podeli potrebno dovoljenje“ (moj poudarek).

55. Menim, da lahko iz zgoraj navedenega sklepamo, da „neodvisno od dejanskega obstoja zlorabe“ za domnevo kršitve člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES zadošča že to, da se z državnim ukrepom ustvari tveganje za zlorabo.

56. Nazadnje, Sodišče je v točki 84 zgoraj navedene sodbe Connect Austria razsodilo, da „državni ukrep pomeni kršitev člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES, če povzroči neenake možnosti za gospodarske subjekte in torej izkrivljeno konkurenco“. Sicer pa (točka 87) „nacionalna ureditev, kot se obravnava v postopku v glavni stvari, ki omogoča dodelitev dodatnih frekvenc na frekvenčnem pasu DCS 1800 javnemu podjetju s prevladujočim položajem brez plačila posebne pristojbine, medtem ko je moral nov konkurent na zadevnem trgu za licenco DCS 1800 plačati pristojbino, javno podjetje s prevladujočim položajem *lahko* vodi do kršitve določb člena 82 ES *z razširitvijo ali okrepitvijo prevladujočega položaja* – glede na opredelitev zadevnega trga – zaradi izkrivljene konkurence. Ker bi bila v tem primeru izkrivljena konkurenca posledica državnega ukrepa, *ki ustvarja položaj, v katerem niso zagotovljene enake možnosti za različne zadevne gospodarske subjekte*, to lahko pomeni kršitev člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES“ (moj poudarek).

57. Poleg tega ugotavljam, da čeprav Splošno sodišče v točki 94 sodbe navaja več zgoraj povzetih sodb Sodišča, pa za čuda ne povzema pojasnila iz teh sodb, da „ni nujno, da do zlorabe dejansko pride,“ ali da „ni pomembno, da predložitveno sodišče ni ugotovilo dejanske zlorabe“²⁵.

58. Torej obstaja bistvena razlika med, na eni strani, obveznostjo ugotovitve in dokaza konkretnega *ravnanja*, ki pomeni zlorabo samo v smislu člena 82 ES, in, na drugi strani, obveznostjo, da se za uporabo člena 82 ES v povezavi s členom 86(1) ES opredeli morebitna ali dejanska protikonkurenčna *posledica*, ki jo lahko povzroči državni ukrep, s katerim se podelijo privilegirane pravice.

22 — Tu glej sodno prakso, ki jo Sodišče navaja v točki 51 zgoraj navedene sodbe MOTOE ter v zgoraj navedenih sodbah „Telekomunikacijska terminalna oprema“ (točka 51) in GB-Inno-BM (točka 25), v istem smislu pa tudi v zgoraj navedenih sodbah ERT (točka 37) ter Raso in drugi (točke od 29 do 31).

23 — L'Elliniki Leschi Aftokinitou kai Perigiseon (grški avtomobilski in potovalni klub, v nadaljevanju: ELPA).

24 — Glej po analogiji zgoraj navedeni sodbi „Telekomunikacijska terminalna oprema“ (točka 51) in GB-Inno-BM (točka 25), ki ju navaja Sodišče.

25 — Glej zgoraj navedeni sodbi Raso in drugi (točka 31) in MOTOE (točka 49) ter sodbe, navedene v opombah od 18 do 20 in 22 teh sklepnih predlogov.

59. To razlikovanje sicer ohranja „polni učinek“²⁶ uporabe člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES. Namreč, če bi se zahteval dokaz konkretne zlorabe samo v smislu člena 82 ES v primeru razširitve prevladujočega položaja, ki bi bil mogoč zaradi državnega ukrepa, ni dobro znano, katero področje uporabe bi še lahko obstajalo za povezavo členov 82 ES in 86(1) ES.

60. Iz zgornjega je po mojem mnenju mogoče sklepati, da iz sodne prakse Sodišča izhaja, da državni ukrep krši določbe člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES, če samo izvajanje privilegiranih pravic, ki jih ima podjetje, kateremu so z državnim ukrepom podeljene posebne ali izključne pravice, vodi do izkoriščanja prevladujočega položaja ali če se temu zaradi tega ne more izogniti.²⁷

61. Povedano drugače, v skladu s sodno prakso Sodišča so določbe člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES kršene vsakič, ko državni ukrep, s katerim se (javnemu podjetju ali podjetju, ki že ima posebne ali izključne pravice) podelijo privilegirane pravice, ustvari *neenake možnosti* za gospodarske subjekte in podjetju s prevladujočim položajem omogoča *izkrivljanje konkurence samo zaradi izvajanja teh pravic*, na primer z ohranitvijo ali razširitvijo njegovega prevladujočega položaja na trg, ki je v prodajni verigi nižje, ker tako omeji vstop morebitnih konkurentov, ne da bi bilo treba dokazati konkretno zlorabo v smislu člena 82 ES.²⁸

62. V teh okoliščinah je treba spomniti, da Sodišče v nekaterih sodbah *omenja* ali *opredeljuje* verjetne *posledice* zlorabe samo zato, da opredeli protikonkurenčne učinke, ki so lahko *posledica* državnega ukrepa, če ta ni v nasprotju s členom 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES.²⁹

63. Nasprotno, če ni državnega ukrepa, s katerim se podeljujejo privilegirane pravice, se lahko člen 82 ES uporablja le, če je namerna in neodvisna zloraba s strani podjetja s prevladujočim položajem temu omogočila razširitev prevladujočega položaja na drug trg, ki ni njegov.³⁰

64. Ker je torej Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ko je v tej zadevi razsodilo, da je treba *dokazati* konkretno *ravnanje*, ki pomeni zlorabo v smislu člena 82 ES, in da ni dovolj opredeliti protikonkurenčne učinke, ki so lahko *posledica* državnega ukrepa, za sklepanje, da so bile določbe člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES kršene, se mi zdi prvi pritožbeni razlog Komisije utemeljen.

65. Sodišču torej predlagam, naj razveljavi sodbo Splošnega sodišča.

66. Sodišču predlagam še, naj ugotovi, da glede tega stanje postopka dovoljuje odločitev o sporu, saj spisovna dokumentacija, ki mu je predložena, vsebuje vse elemente za presojo, ali je Komisija opredelila protikonkurenčne učinke, ki so lahko posledica zadevnega državnega ukrepa, kar je pogoj za ugotovitev kršitve določb člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES.

26 — Sodišče je v več zadevah razsodilo, da čeprav dejstvo, da država članica s podelitvijo izključnih pravic ustvari prevladujoč položaj, samo po sebi ni nezdržljivo s členom 86 ES, to ne spremeni tega, da Pogodba ES države članice zavezuje, da ne sprejmejo ali ohranjajo veljavnosti ukrepov, ki bi lahko izničili polni učinek te določbe. Glej na primer zgoraj navedeno sodbo ERT (točka 35) in sodbo z dne 10. februarja 2000 v združenih zadevah Deutsche Post (C-147/97 in C-148/97, Recueil, str. I-825, točka 39). Kot je pravilno pojasnil generalni pravobranilec J. L. da Cruz Vilaça v točki 65 sklepnih predlogov v zadevi Bodson (sodba z dne 4. maja 1988, 30/87, Recueil, str. I-2497), je namen določbe člena 86(1) ES „preprečiti, da javni organi posebno prevlado, ki jih povezuje z nekaterimi vrstami podjetij, uporabijo za to, da jim nalagajo ravnanja, ki so prepovedana s Pogodbo, ali jim odobrijo ugodnosti, ki niso združljive s skupnim trgov“. Določbe člena 86 ES so bile vstavljene v Pogodbo prav zaradi vpliva, ki ga lahko imajo javni organi na poslovne odločitve teh podjetij. Zato člen 86 ES zadeva le podjetja, za katerih ravnanje morajo države prevzeti *posebno odgovornost* zaradi vpliva, ki ga lahko imajo na to ravnanje. Predvsem je treba zagotoviti, da cilj ali posledica posredovanja države v teh podjetjih ni omejiti ali izkrivljati konkurenco ali povzročati izkrivljanja v odnosih teh podjetij z zasebnimi podjetji.

27 — Glej na primer zgoraj navedeno sodbo MOTOE (točke od 49 do 51).

28 — Glej zgoraj navedeni sodbi „Telekomunikacijske storitve“ (točka 36) in Connect Austria (točke od 80 do 84). Glej tudi zgoraj navedene sodbe „Telekomunikacijska terminalska oprema“ (točka 51); Dusseldorf in drugi (točka 61 in naslednje) in GB-Inno-BM (točki 20 in 21).

29 — Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Connect Austria opisalo morebitne prakse javnega ali privilegirane podjetja, ki niso vedno nujno nezakonite v smislu člena 82 ES. Zato ugotovitev Splošnega sodišča v točki 111, *in fine*, izpodbijane sodbe, da je „[t]ako [...] Sodišče upoštevalo tudi vedenje javnega podjetja na trgu“, pomeni napačno uporabo prava, ker v sodbi Connect Austria ni bilo ugotovljeno nobeno konkretno ravnanje.

30 — Glej na primer sodbi z dne 13. februarja 1979 v zadevi Hoffmann-La Roche proti Komisiji (85/76, Recueil, str. I-461, točka 91) in z dne 10. julija 1990 v zadevi Tetra Pak proti Komisiji (T-51/89, Recueil, str. II-309, točki 23 in 24).

67. Ne da bi v tej fazi trdil, da je Komisija v resnici dokazala obstoj konkretne zlorabe s strani družbe DEI, menim, da je opredelila protikonkurenčne učinke, ki so *lahko* posledica zadevnega državnega ukrepa.

68. Gre za učinke izključitve morebitnih konkurentov zaradi razširitve prevladujočega položaja družbe DEI s primarnega trga dobave lignita na sekundarni grosistični trg z električno energijo v Grčiji. Ti učinki so obstajali pred ukrepi, sprejetimi za liberalizacijo trga proizvodnje in dobave električne energije v Grčiji, in so se nadaljevali tudi po tem sprejetju ter tudi po maju 2005³¹, ko je bil vzpostavljen grosistični trg z električno energijo.³² Ti učinki so na vseh ravneh zadevnih trgov, in sicer trga dobave lignita in trga proizvodnje električne energije ter (grosističnega) trga z električno energijo v Grčiji, ostali nespremenjeni po liberalizaciji trga.

69. Družba DEI je namreč lahko ohranila in okrepila prevladujoči položaj na zadevnem trgu, ki je v prodajni verigi nižje, prvič, zaradi izvajanja privilegiranih pravic do lignita (pred sprejetjem ukrepov za liberalizacijo trga in po njem), drugič, zaradi učinkov svojega ravnanja na trgu, ki je v prodajni verigi nižje,³³ in tretjič, zaradi zavrnitve Helenske republike, da podeli novo dovoljenje za raziskovanje ali izkoriščanje lignita, čeprav so (morebitni) konkurenti družbe DEI izrazili interes (in poskusili vstopiti na trg, ki je v prodajni verigi višje, in trg, ki je v prodajni verigi nižje)³⁴ in je imela Grčija še približno 2000 milijonov ton še neizkoriščenega lignita.³⁵

70. V teh okoliščinah bom dodal, da bi se Helenska republika in družba DEI lahko izognili učinkom izključitve vstopa novih konkurentov na sekundarni trg ali te učinke omilili, če bi – ali z državnim ukrepom ali ravnanjem družbe DEI³⁶ – novim konkurentom na trgu, ki je v prodajni verigi nižje, dali na voljo *raznoliko ponudbo virov* energije (ki bi vključevali velike količine lignita).

71. Te učinke izključitve je še okrepila politika družbe DEI na področju vnosa električne energije na obvezni dnevni trg in določanja njene cene.

72. Strinjam se s Komisijo, da se s pravnega vidika ti protikonkurenčni učinki na strukturo trga ne razlikujejo od učinkov, ki so se pokazali v zgoraj navedenih zadevah GB-Inno-BM, Connect Austria, „Telekomunikacijske storitve“ in MOTOE.

73. Namreč, družba DEI je samo z izvajanjem svojih privilegiranih pravic na trgu lignita, ki je v prodajni verigi višje, na katerem je imela prevladujoč položaj, razširila ta položaj (in to brez objektivne utemeljitve³⁷) na grosistični trg z električno energijo, ki je v prodajni verigi nižje, in s tem *izključila ali ovirala nov vstop morebitnih konkurentov na ta trg*. Privilegirane pravice, podeljene družbi DEI, ki je javno podjetje, so že vplivale na strukturo trga, ker so ustvarile neenake možnosti in izkrivile konkurenco na trgu, ki je v prodajni verigi višje, družba DEI pa je izkoristila ta položaj in uporabila

31 — Helenska republika je morala sprejeti ukrepe za liberalizacijo trga z električno energijo od februarja 2001, vendar tega ni storila (glej točke 61, 62, 85, 109, 136.3, 147, 150 in 235 obrazložitve sporne odločbe).

32 — Splošno sodišče v točki 87 izpodbijane sodbe samo priznava, da so ukrepi, ki jih je sprejela Helenska republika, in sicer privilegiji, podeljeni družbi DEI pred letom 2001, še naprej učinkovali po letu 2001.

33 — Glej na primer točke 164, 182, 188 in 189, 191, 193, od 195 do 197, 199, 214 in 215, opombi 237 in 255 ter točke od 223 do 225, 228 in 229, 233 in 238 obrazložitve sporne odločbe Komisije.

34 — Glej na primer točke 185, 225 in 237 obrazložitve sporne odločbe.

35 — Splošno sodišče omenja ta vzrok okrepitve protikonkurenčnih učinkov v točki 88 izpodbijane sodbe.

36 — Namreč, ko podjetje, ki ima privilegirane pravice za izkoriščanje, pridobi lignit, tega kot proizvod bodisi i) proda na lokalnem trgu (ali izvozi) bodisi ii) ga uporabi kot gorivo za proizvodnjo električne energije. Družba DEI se je odločila za drugo možnost in uporablja lignit le za lastno proizvodnjo električne energije. Glej na primer točki 126 in 127 obrazložitve sporne odločbe.

37 — Helenska republika ni v upravnem postopku in postopku pred Splošnim sodiščem *nikoli* trdila, da je razširitev prevladujočega položaja družbe DEI s primarnega trga dobave lignita na sekundarni grosistični trg z električno energijo (ki je v prodajni verigi nižje) „objektivno utemeljena“. Glej na primer točko 240 obrazložitve sporne odločbe.

prevladujoči položaj na trgu lignita, ki je v prodajni verigi višje, kot vzvod (*leverage*), da je razširila ali ohranila svoj položaj na drugem trgu, ki je tesno povezan s prvim in je v prodajni verigi neposredno nižje, to je na trgu proizvodnje električne energije, *s čimer je izključila vstop novih konkurentov na ta trg, ki je v prodajni verigi nižje, in tako omejila konkurenco.*

74. Družba Mytilinaios AE, intervenientka v postopku, je na obravnavi pred Sodiščem, kot bi bila v Grčiji, nastopila preko svojih hčerinskih družb Protergia AE, ki je največja zasebna proizvajalka električne energije in največja zasebna uvoznica plina, in Alouminion AE, ki je največja porabnica električne energije pri osnovni obremenitvi, kar predstavlja 6 % porabe električne energije v Grčiji, to pomeni, da je hkrati *največja konkurentka in največja stranka družbe DEI*. Ti podjetji sta poudarili, da je sporna odločba temeljni kamen razvoja in normalnega delovanja grškega trga z električno energijo, ki *več kot 10 let po njegovi liberalizaciji ostaja pod nadzorom družbe DEI*, ker je bil v zadevnem obdobju in je še vedno tržni delež družbe DEI pri pridobivanju lignita 97-odstoten, pri proizvodnji električne energije iz lignita stoddstoten in pri maloprodaji električne energije stoddstoten.³⁸

75. Po mnenju intervenientk družba DEI zaradi neobstoja konkurenčnega pritiska industrijskim odjemalcem ponuja najdražji električni tok v Uniji, s čimer prispeva k nekonkurenčnosti grške industrije. Poleg tega naj bi grški energetski regulator (RAE) leta 2012 izdal vsaj 17 odločb³⁹ v zvezi s pritožbami konkurentov družbe DEI, ki po mnenju intervenientk dokazujejo, da se je vse, kar je Komisija v sporni odločbi predvidela glede *morebitne* zlorabe, *uresničilo*. Intervenientki menita še, da bodo konkurenti družbe DEI pravi konkurenti, le če bodo imeli dostop do proizvodnje lignita in proizvodnje električne energije iz lignita, kar bi omogočilo, da bodo potrošniki deležni konkurenčnih cen.⁴⁰

76. Komisija je torej po mojem mnenju zadostno dokazala, da je lahko zadevni državni ukrep izkrivil konkurenco, saj je Grčija s podelitvijo privilegiranih pravic za nahajališča lignita družbi DEI in ohranitvijo teh pravic po liberalizaciji trga z električno energijo v Grčiji temu javnemu podjetju omogočila, ne le da nadzira trg dobave lignita, ampak tudi to, da lahko uporablja ta nadzor za izključitev konkurentov na grosističnem trgu z električno energijo iz dostopa do lignita, ki je – kot je razvidno iz spisa, predloženega Sodišču – potreben, da lahko gospodarski subjekt vstopi na grosistični trg z električno energijo in je na njem konkurenčen. Družba DEI je lahko z izvajanjem privilegiranih pravic in odločitvijo, da lignit, ki ga pridobi na podlagi navedenih pravic, uporabi samo za lastno proizvodnjo električne energije, zaščitila svoj prevladujoči položaj na grosističnem trgu z električno energijo tudi po njegovi liberalizaciji.

77. Splošneje, Komisiji v zadevah, kot se obravnava v tem primeru, za uporabo člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES ni treba dokazati konkretne zlorabe v smislu člena 82 ES s strani podjetja s prevladujočim položajem zaradi državnega ukrepa. Nasprotno, opredeliti mora protikonkurenčne učinke, ki so lahko posledica zadevnega državnega ukrepa.

38 — Glej odločbo št. 822/2012, v kateri grški energetski regulator (RAE) poudarja, da „[n]i trga z električno energijo, ki bi deloval donosno, saj ima družba DEI vse elektrarne na plin in lignit ter več kot 65-odstotni delež na trgu proizvodnje električne energije, medtem ko njeni konkurenti uporabljajo novejšo proizvodne obrate na zemeljski plin“, zato RAE trdi samo, da ni mogoče imeti trga, ki bi deloval normalno bodisi z vidika proizvodnje bodisi z vidika dobave.

39 — Glej zlasti odločbo RAE št. 822/2012 z dne 17. oktobra 2012 v zvezi s pritožbo RAE I-153708/22.03.202, ki jo je družba G.M.M.LARKO AE vložila proti družbi DEI, točka 23: „očitno je, da ni trga z električno energijo, ki bi deloval učinkovito; to je dokazano, ne da bi bila potrebna posebna analiza, ker ima [družba DEI] sama v lasti vse elektrarne na lignit in hidroelektrarne v državi ter ima še naprej več kot 65-odstotni delež na trgu z električno energijo, medtem ko vsi njeni konkurenti uporabljajo nove, neamortizirane elektrarne na zemeljski plin, njim nasproti pa stojijo dotrajane elektrarne – to je amortizirane – na lignit ali zemeljski plin ali hidroelektrarne. *Torej ne more obstajati delujoč trg v sektorju dobave, ker ves ta trg dejansko in predvsem nadzira [družba DEI]*“ (moj poudarek). Glej v vednost tudi odločbo RAE št. 831/2012 ter odločbi RAE št. 346/2012 in št. 822/2012 (v zadnjem navedenih je poudarjeno, da družba DEI zlorablja svoj prevladujoči položaj predvsem v škodo svojih industrijskih odjemalcev).

40 — Glej točke 255, 215 in 244 obrazložitve sporne odločbe, v katerih sta omenjena delovanje trga dobave električne energije in položaj malih proizvajalcev.

78. Sodišču torej predlagam, naj zavrne drugi očitak, ki ga je družba DEI navedla v okviru drugega in četrtega dela prvega tožbenega razloga pred Splošnim sodiščem, ki se nanaša na napačno uporabo prava pri uporabi člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES, in zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču, da preuči druge tožbene razloge, ki jih je navedla družba DEI.

B – *Drugi pritožbeni razlog (podredno)*

79. Ta pritožbeni razlog bom preučil le za primer, če bi se Sodišče z zavrnitvijo prvega pritožbenega razloga Komisije odločilo, da uporaba člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES zahteva ugotovitev in dokaz konkretne zlorabe s strani podjetja s prevladujočim položajem samo v smislu člena 82 ES.

1. Povzetek trditve strank

80. Komisija z drugim pritožbenim razlogom, ki je formalno sestavljen iz več medsebojno povezanih delov, trdi, da točke od 85 do 93 izpodbijane sodbe temeljijo na nepravilni, nepopolni in nezadostni obrazložitvi, napačni opredelitvi in izkrivljanju dokazov ter napačni razlagi podlage sporne odločbe.

81. Komisija v bistvu trdi, da tudi če bi – v nasprotju s tem, kar je trdila v prvem pritožbenem razlogu – uporaba člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES zahtevala dokaz obstoja konkretne zlorabe s strani podjetja s prevladujočim položajem, bi bil s sporno odločbo dokazan obstoj takega ravnanja v tej zadevi.

82. Komisija trdi, da presoje Splošnega sodišča v točkah od 79 do 93 izpodbijane sodbe temeljijo na nepravilni obrazložitvi, napačni opredelitvi dokazov in izkrivljanju podlage odločbe Komisije, ker Splošno sodišče ni – ne glede na trditve v točkah od 87 do 91 – preučilo ključnega pomena nekaterih dejavnikov, in sicer, prvič, da Helenska republika ni samo sprejela spornih ukrepov pred liberalizacijo trga z električno energijo v državi, ampak jih je *ohranila* tudi po tej liberalizaciji, in drugič, da so protikonkurenčni učinki na sekundarnem grosističnem trgu z električno energijo obstajali tudi po maju 2005.

83. Družba DEI in Helenska republika primarno trdita, da je drugi pritožbeni razlog v celoti nedopusten, ker je Komisija šele v pritožbenem postopku prvič poskušala dokazati zlorabo s strani družbe DEI. Komisija naj bi poleg tega izkrivila ugotovitve Splošnega sodišča in njegovo presojo dokazov.

84. Podredno, družba DEI in Helenska republika trdita, da je drugi pritožbeni razlog pravno in dejansko neutemeljen. Predvsem naj možnost družbe DEI, da daje nižje ponudbe v sistemu obveznega dnevnega trga zaradi nižjih variabilnih stroškov lignita, ne bi pomenila zlorabe na grosističnem trgu z električno energijo. Komisija naj ne bi omenila, da konkurenti družbe DEI proizvajajo električno energijo v elektrarnah na zemeljski plin z dobičkom ter da naj bi se navedeni trg razvijal v smeri zmanjševanja deleža lignita in povečevanja deleža zemeljskega plina v skupni proizvodnji električne energije. Možnosti družbe DEI, da ustvari dobiček zaradi dostopa do lignita, pa naj ne bi bilo mogoče šteti niti za zlorabo niti za oviranje dejanskega vstopa na grosistični trg z električno energijo, ker tudi njeni konkurenti ustvarjajo dobiček in na tem trgu stalno povečujejo svoj tržni delež. Poleg tega naj bi se nizki variabilni stroški lignita izravnavali z večjimi stroški naložb.

2. Presoja

a) Dopustnost

85. V nasprotju s trditvami družbe DEI in Helenske republike je jasno, da tega pritožbenega razloga ni mogoče v celoti zavreči kot nedopustnega. Razlog je preprost: Komisija kritizira obrazložitev izpodbijane sodbe in trdi, da je Splošno sodišče izkrivilo in pravno nepravilno opredelilo dejstva.

b) Utemeljenost

86. Najprej, glede ugotovitev Splošnega sodišča v točki 91 izpodbijane sodbe se lahko strinjam s Komisijo, da te ne upoštevajo, da ni pomembno, da je bila družba DEI na trgu proizvodnje in dobave električne energije navzoča pred njegovo liberalizacijo in da mora upoštevati pravila delovanja obveznega dnevnega trga.

87. Namreč, prvič, protikonkurenčni *učinki*, ki so posledica zadevnih državnih ukrepov in ravnanja družbe DEI iz časov pred liberalizacijo, so na sekundarnem grosističnem trgu z električno energijo obstajali tudi še po maju 2005, in drugič, pomembno vprašanje ni, ali družba DEI ravna v skladu s temi pravili, ampak koliko ob upoštevanju teh pravil lahko uporablja prevladujoči položaj in konkurenčno prednost na trgu, ki je v prodajni verigi višje, kot vzvod za zlorabo na trgu, ki je v prodajni verigi nižje, zlasti s ponudbami, ki jih daje na obveznem dnevnem trgu.

88. Bolj bistveno je, da izpodbijana sodba temelji na premisi, da so lahko samo zadevni državni ukrepi imeli obstoječe in morebitne protikonkurenčne učinke (vplive in posledice za konkurente) ter da ni bila ugotovljena nobena zloraba s strani družbe DEI, ki bi lahko k temu prispevala.

89. Sporna odločba in izpodbijana sodba ter postopek pred Sodiščem so razkrili različna ravnanja družbe DEI na trgu, ki je v prodajni verigi višje, in na trgu, ki je v prodajni verigi nižje, ki so presegala zgolj izkoriščanje pravic, ki ji jih je podelila država. Dejstvo, da je bil vstop morebitnih konkurentov na trg z električno energijo, ki je v prodajni verigi nižje, izključen ali oviran, torej ni *samo* posledica državnega ukrepa (kot v zgoraj navedeni zadevi Dusseldorp in drugi), ampak je (vsaj delno) tudi posledica ravnanja družbe DEI.

90. Družba DEI se je tako na trgu, ki je v prodajni verigi višje, odločila, da lignit uporabi samo za lastno proizvodnjo električne energije, s čimer je lahko zaščitila svoj prevladujoči položaj na grosističnem trgu z električno energijo (trgu, ki je v prodajni verigi nižje) tudi po njegovi liberalizaciji. Vstop na trg proizvodnje in dobave električne energije, ki je v prodajni verigi nižje, je namreč odvisen predvsem od dostopa na trgu, ki je v prodajni verigi višje, do velikih količin lignita, da lahko novi udeleženec na trgu konkurira družbi DEI pod enakimi pogoji. Vendar so se morebitni konkurenti srečevali z dvema ovirama: prvič, z zavrnitvijo Helenske republike, da podeli nove pravice za izkoriščanje drugih nahajališč lignita, in drugič, z nadzorom družbe DEI nad dobavo razpoložljivega lignita na grškem trgu. Družba DEI je z odločitvijo, da dobavo lignita uporabi samo za lastno proizvodnjo električne energije, namesto da ga vsaj del proda na navedenem trgu, dejansko izključila morebitne konkurente iz dostopa do lignita, torej iz dostopa do najcenejšega vira energije v Grčiji, ki je potreben za donosno proizvodnjo električne energije in posledično za vstop na trg proizvodnje in dobave električne energije, ki je v prodajni verigi nižje.

91. Družba DEI je na trg, ki je v prodajni verigi nižje, v okviru obveznega dnevnega grosističnega trga z električno energijo v povezanem omrežju (grosistični mehanizem ali pool) po ceni, ki jo je določila, vnašala največje količine električne energije po najnižjih cenah, s čimer je lahko pokrila ne le svoje fiksne in variabilne stroške, ampak je ustvarila tudi velik dobiček⁴¹ ter posledično izključila ali ovirala vstop vsakega novega konkurenta na zadevni trg, ki je v prodajni verigi nižje.⁴²

92. Iz spisa, predloženega Sodišču, je razvidno, da družba DEI v nasprotju z navedbami Splošnega sodišča v točki 89 sodbe ni bila pasivna udeleženka, kot je predstavljena v izpodbijani sodbi, saj je lahko določila svoje delovanje tako pri izvajanju privilegiranih pravic do lignita kot pri vnosu električne energije na obvezni dnevni trg in določanju njene cene.

93. Še več, kot navaja Komisija, Splošno sodišče sploh ni upoštevalo neločljive povezave in neizogibnega „tveganja zlorabe“, ki sta posledica zadevnih državnih ukrepov, zgolj zato ker družba DEI izvaja privilegirane pravice na trgu, ki je v prodajni verigi nižje, čeprav je lahko predvidela vzročno zvezo med svojim ravnanjem na trgu, ki je v prodajni verigi višje, in na trgu, ki je v prodajni verigi nižje, ter neizogibno negativnimi učinki za njene obstoječe in morebitne konkurente na zadnjemnavedenem trgu.

94. Poleg tega, da Splošno sodišče ni preučilo vseh dokazov, omenjenih v sporni odločbi Komisije, niti dokazov, ki so jih stranke predložile v postopku pred njim (Komisija je predložila številne dokumente, statistične podatke in poročila o ravnanju družbe DEI po letu 1995), zlasti posebnih dokazov, ki so bili predloženi na njegovo zahtevo in omenjeni v točkah 49 in od 87 do 91 izpodbijane sodbe, v izpodbijani sodbi ne vidim obrazložitve,⁴³ na podlagi katere je mogoče sklepati, da zgoraj ugotovljena ravnanja niso pomenila zlorabe, in to še toliko bolj, ker ima po mojem mnenju podjetje s prevladujočim položajem *ne glede na razloge za tak položaj* posebno odgovornost, da s svojim ravnanjem ne škodi dejanski in neizkrivljeni konkurenci na skupnem trgu.⁴⁴

95. Menim namreč, da ima lahko pojem posebne odgovornosti, čeprav se je razvil in uporabljal za podjetja s prevladujočim položajem na podlagi člena 82 ES, v okviru uporabe člena 82 ES v povezavi s členom 86(1) ES določen pomen za javna ali privilegirana podjetja, ki imajo posebne ali izključne pravice na podlagi državnih ukrepov.

96. V teh okoliščinah in zlasti glede obveznosti držav članic se strinjam z generalnim pravobranilcem J. L. da Cruzom Vilaço⁴⁵, da: „člen [86 ES] zadeva le podjetja, za katerih ravnanje morajo države prevzeti posebno odgovornost zaradi vpliva, ki ga lahko imajo na to ravnanje. Predvsem je treba zagotoviti, da cilj ali posledica posredovanja države (v smislu ‚javnih organov‘, kot Sodišče razlaga ta izraz) v teh podjetjih ni omejiti ali izkrivljati konkurenco ali povzročati izkrivljanja v odnosih teh podjetij z zasebnimi podjetji.“

41 — Glej točke od 83 do 90 obrazložitve sporne odločbe ter točko 90 izpodbijane sodbe.

42 — Glej točke od 84 do 98, 199 in 215 (tudi opombi 237 in 255) ter točke od 222 do 225, 228, 229 in 237 obrazložitve sporne odločbe. Glej tudi pisna stališča Komisije z dne 7. marca 2011, vložena pri Splošnem sodišču na njegovo posebno zahtevo, omenjeno v točki 49 izpodbijane sodbe. To je razvidno tudi iz odgovora Helenske republike z dne 1. februarja 2011 na vprašanja Splošnega sodišča.

43 — Pritožba je dopustna, če sodba vsebuje protislovno ali nezadostno obrazložitev. Glej v tem smislu sodbe z dne 17. decembra 1998 v zadevi Baustahlgewebe proti Komisiji (C-185/95 P, Recueil, str. I-8417, točka 25); z dne 25. januarja 2007 v združenih zadevah Sumitomo Metal Industries in Nippon Steel proti Komisiji (C-403/04 P in C-405/04 P, ZOdl., str. I-729, točka 77) in z dne 9. septembra 2008 v združenih zadevah FIAMM in drugi proti Svetu in Komisiji (C-120/06 P in C-121/06 P, ZOdl., str. I-6513, točka 90) ter sodbo z dne 16. julija 2009 v zadevi Der grüne Punkt – Duales System Deutschland proti Komisiji (C-385/07 P, ZOdl., str. I-6155, točka 71). Splošno sodišče mora poleg tega sodbe obrazložiti tako, da lahko Sodišče preizkusi morebitno izkrivljanje vsebine dokazov, ki so bili predloženi Splošnemu sodišču (glej sodbi z dne 15. junija 2000 v zadevi Dorsch Consult proti Svetu in Komisiji (C-237/98 P, Recueil, str. I-4549, točki 50 in 51) in z dne 12. julija 2005 v zadevi Komisija proti CEVA in Pfizer (C-198/03 P, ZOdl., str. I-6392, točka 50).

44 — Glej zlasti sodbo z dne 9. novembra 1983 v zadevi Michelin proti Komisiji (322/81, Recueil, str. 3461, točka 57). Glej tudi sodbo z dne 16. marca 2000 v združenih zadevah Compagnie maritime belge Transports in drugi proti Komisiji (C-395/96 P in C-396/96 P, Recueil, str. I-1365, točka 34) in zgoraj navedeno sodbo ERT (točka 35).

45 — Glej sklepne predloge k zgoraj navedeni sodbi Bodson (točki 67 in 68).

97. Iz zgornjih ugotovitev izhaja, da presoje Splošnega sodišča v točkah od 85 do 93 izpodbijane sodbe temeljijo na nepravilni ali nezadostni obrazložitvi. In to zato, ker je Komisija – tudi če Splošno sodišče trdi nasprotno – družbi DEI očitala in po mojem mnenju v sporni odločbi celo dokazala, da je ta družba brez objektivne utemeljitve razširila svoj prevladujoči položaj s trga dobave lignita na grosistični trg z električno energijo v Grčiji, ki je v prodajni verigi nižje.

98. Sodišču torej predlagam, naj sprejme drugi pritožbeni razlog Komisije, razveljavi sodbo Splošnega sodišča zaradi nepravilne ali nezadostne obrazložitve in mu zadevo vrne v razsojanje, da preizkusi druge tožbene razloge.

IV – Predlog

99. Ob upoštevanju zgornjih ugotovitev Sodišču predlagam, naj odloči:

1. Primarno:

- razveljavi sodbo Splošnega sodišča z dne 20. septembra 2012 v zadevi DEI proti Komisiji (T-169/08);
- zavrne drugi očitek, ki ga je družba Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) navedla v okviru drugega in četrtega dela prvega tožbenega razloga pred Splošnim sodiščem, ki se nanaša na napačno uporabo prava pri uporabi člena 86(1) ES v povezavi s členom 82 ES;
- zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču;
- pridrži odločitev o stroških.

2. Podredno:

- razveljavi sodbo Splošnega sodišča z dne 20. septembra 2012 v zadevi DEI proti Komisiji (T-169/08);
- zadevo vrne v razsojanje Splošnemu sodišču;
- pridrži odločitev o stroških.