Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
MELCHIOR WATHELET
1 päivänä heinäkuuta 2015 [1]

Asia C-357/14 P

Electrabel SA ja
Dunamenti Erőmű Zrt
vastaan

Euroopan komissio

Muutoksenhaku — Unkarin viranomaisten tietyille sähköntuottajille myöntämät tuet — Julkisen yrityksen MVM:n ja tiettyjen sähköntuottajien välillä tehdyt sähkönhankintasopimukset — Ehdot, joiden perusteella nämä tuottajat asetetaan taloudellisesti edulliseen asemaan — Päätös, jossa tuki todetaan yhteismarkkinoille soveltumattomaksi

I **Johdanto**

1. Electrabel SA (jäljempänä Electrabel) ja Dunamenti Erőmű Zrt (jäljempänä Dunamenti Erőmű) ovat tehneet esillä olevan valituksen tuomiosta Dunamenti Erőmű v. komissio (T-179/09, EU:T:2014:236, jäljempänä valituksenalainen tuomio) siltä osin kuin sillä hylättiin Dunamenti Erőműn nostama kumoamiskanne Unkarin pitkäaikaisten sähkönhankintasopimusten yhteydessä myöntämästä valtiontuesta C 41/05 4.6.2008 tehdystä komission päätöksestä 2009/609/EY (jäljempänä riidanalainen päätös). [2]

2. Esillä olevalla asialla on suuri merkitys, koska siinä tulee esille kolme hankalaa kysymystä. Ensinnäkin unionin tuomioistuimella on tilaisuus täsmentää, onko tapauksessa, jossa tällaista tukea mahdollisesti merkitsevä toimenpide on otettu käyttöön ennen kyseisen jäsenvaltion liittymistä Euroopan unioniin, viiteajankohtana valtiontuen olemassaolon tutkimiseksi pidettävä tuen myöntämispäivää vai tämän jäsenvaltion unioniin liittymispäivää. Toiseksi unionin tuomioistuimen on otettava kantaa siihen, onko tapauksessa, jossa liittymispäivä hyväksytään viiteajankohdaksi, kaikki tätä päivämäärää edeltävät tosiseikat jätettävä valtiontuen olemassaoloa koskevan tarkastelun ulkopuolelle. Kolmanneksi unionin tuomioistuimella on tilaisuus täsmentää tuomionsa Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) ja tuomionsa Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) välistä rajanvetoa.

1 — Alkuperäinen kieli: ranska.
2 — EUVL L 225, s. 53.

II **Asian tausta ja nykyinen viitekehys**

3. Dunamenti Erőmű on Unkarin markkinoilla toimiva sähköntuottaja, jolla on noin 30 kilometriä Budapestistä (Unkari) etelään sijaitseva voimalaitos. Kyse on entisestä julkisesta yrityksestä, joka yksityistettiin joulukuussa 1995. Tosiseikkojen tapahtuma-aikaan siitä omisti 74,82 prosenttia Electrabel, ja se kuuluu nykyisin konserniin, jonka emoyhtiönä on GDF Suez SA, ja noin 25 prosenttia Magyar Villamos Művek Zrt (jäljempänä MVM), joka on Unkarin oikeuden mukaan perustettu julkinen yritys, joka harjoittaa sekä sähköntuotantoa että sähkön tukkumyyntiä, välitystä ja jälleenmyyntiä Unkarin markkinoilla.

4. Maalis- ja kesäkuussa 2014 GDF Suez -konserni myi osuutensa Dunamenti Erőműlle, joka kuuluu nykyisin MET-konserniin.

5. Unkarin energia-alalla oli 1990-luvun puolivälissä asetettu seuraavat kiireellisimmät tavoitteet: toimitusvarmuuden turvaaminen mahdollisimman pienin kustannuksin, infrastruktuurin nykyaikaistaminen ottaen huomioon erityisesti voimassa olleet ympäristönsuojelunormit sekä energia-alan välttämätön rakenneuudistus. Koska voimalaitokset olivat pääosin entisiä neuvostoaikaisia laitoksia, näitä tavoitteita ei voitu saavuttaa ilman ulkomaisten sijoittajien tukea.

6. Näin ollen pitkäaikaisia sähkönhankintasopimuksia (jäljempänä sähkönhankintasopimukset) ehdotettiin sellaisille ulkomaisille sijoittajille, jotka sitoutuisivat investoimaan Unkarin voimalaitosten rakentamiseen ja modernisoimiseen, jolloin MVM ostaisi sähkön.

7. Sähkönhankintasopimuksilla MVM pystyi luomaan tasapainoisen tuotevalikoiman ja täyttämään täten energian toimitusvarmuutta koskevan velvoitteensa. Niiden avulla se kykeni myös vastaamaan kysyntään sekä peruskuormituksen aikana (ruskohiilivoimaloiden ja ydinvoimaloiden avulla) että huippukuormituksen aikana (kaasulla toimivien voimalaitosten avulla).

8. Sähkönhankintasopimusten nojalla sähköntuottajien oli pidettävä tuotantolaitokset asianmukaisesti kunnossa ja toiminnassa. Lisäksi sopimusten perusteella tuotantolaitosten kapasiteetti (MW) oli varattu joko kokonaan tai lähes kokonaan MVM:lle. Kapasiteetin varaus ei riippunut voimalaitoksen todellisesta käytöstä. Varatun kapasiteetin lisäksi MVM oli sähkönhankintasopimusten puitteissa velvollinen ostamaan kultakin voimalaitokselta tietyn vähimmäismäärän sähköä (MWh).

9. Sähkönhankintasopimukset liittyivät voimalaitosten yksityistämiseen, ja niiden pohjana oli sama mallisopimus, jonka eräs kansainvälinen asianajotoimisto oli laatinut Unkarin hallituksen pyynnöstä. Toisin kuin voimalaitosten yksityistämistä varten, sähkönhankintasopimuksista ei järjestetty tarjouskilpailua, mutta on riidatonta, että sähkönhankintasopimukset, jotka allekirjoitettiin ennen yksityistämistä, olivat osa yksityistämispakettia.

10. Juuri ennen yksityistämistään Dunamenti Erőmű teki 10.10.1995 MVM:n kanssa sähkönhankintasopimuksen, joka koski sen voimalaitoksen ”F-lohkoja” ja ”G2-lohkoa”. Tämän vuonna 1996 voimaan tulleen sopimuksen oli määrä olla voimassa vuoteen 2010 asti kaasulla toimivien ”F-lohkojen” osalta ja vuoteen 2015 asti yhdistetyn syklin kaasuturbiinilla varustettujen ”G2-lohkojen” osalta.

11. Kaksi kuukautta sähkönhankintasopimuksen tekemisen jälkeen, joulukuussa 1995, Electrabel osti Dunamenti Erőműn Unkarin valtiolta avoimen ja kilpailuperiaatteen mukaisen tarjouskilpailun päätteeksi.

12. On paikallaan todeta, että sähkönhankintasopimusten allekirjoittamisen aikaan Unkarin sähkömarkkinoita ei ollut vielä vapautettu ja että ne keskittyivät yhteen ostajaan eli MVM:ään. Sähköntuottajat saattoivat myydä energiaa suoraan ainoastaan MVM:lle, ja vain sillä oli oikeus toimittaa sähköä alueellisille sähköyhtiöille. Tämä järjestely oli voimassa 31.12.1991–31.12.2002.

13. Unkarin liittyessä 1.5.2004 Euroopan unioniin Unkarin sähkömarkkinat muodostuivat julkisen palvelun sektorista, joka vastasi noin 70:ä prosenttia sähköntuotannosta, ja kilpailusektorista, joka vastasi noin 30:tä prosenttia tästä tuotannosta. Ensin mainitulla sektorilla MVM oli ainoa tukkumyyjä, kun taas jälkimmäisillä toimi myös muita yrityksiä ja MVM ainoastaan luopui sähkönhankintasopimusten puitteissa ostetusta ja julkisen palvelun sektorilta käyttämättä jääneestä ylimäärästä. Tämä uusi järjestely tuli voimaan 1.1.2003, ja se kumottiin vuoden 2007 lailla nro LXXXVI 1.1.2008 alkaen.

14. Komissio kirjasi 4.5.2005 [SEUT 208] artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä 22.3.1999 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 659/1999 [3] mukaisesti omasta aloitteestaan asianumerolla NN 49/05 valtiontukiasian, joka koskee sähkönhankintasopimuksia.

15. Komissio teki 4.6.2008 riidanalaisen päätöksen, jossa se piti Unkarin unioniin liittymispäivää 1.5.2004 viiteajankohtana tutkittaessa, merkitsivätkö sähkönhankintasopimukset valtiontukea.

16. Riidanalaisen päätöksen 1 artiklassa komissio luokitteli sähkönhankintasopimuksissa määritellyn ostovelvollisuuden SEUT 107 artiklassa tarkoitetuksi valtiontueksi sähköntuottajille, totesi sen yhteismarkkinoille soveltumattomaksi ja määräsi Unkarin lopettamaan sen kuuden kuukauden kuluessa. Päätöksen 2 artiklassa Unkari velvoitettiin perimään takaisin tuensaajilta tuet, jotka nämä olivat saaneet 1.5.2004 alkaen.

17. Unkarin parlamentti antoi 10.11.2008 vuoden 2008 lain nro LXX, jolla sähkönhankintasopimukset lakkautettiin 31.12.2008 lähtien.

18. Laskeakseen ja periäkseen takaisin tuen määrän tuensaajilta Unkarin hallitus päätti ottaa käyttöön sähkönhankintasopimusten kolmea tuensaajaa ja niiden joukossa Dunamenti Erőműä varten hukkakustannusten korvaamista koskevan järjestelmän, joka oli hukkakustannuksiin liittyvistä valtiontukien analyysimenetelmistä annetun komission tiedonannon (jäljempänä analyysimenetelmät) mukainen. [4]

19. Tämän komissiolle ilmoitetun ja komission hyväksymän [5] järjestelmän mukaan hukkakustannukset muodostuvat kunkin tuensaajan investointikustannusten ja niiden aikaisemmasta toiminnasta (sähkönhankintasopimuksen voimaantulosta sen ennenaikaiseen purkamiseen saakka) saatujen ja suunnitellusta toiminnasta (ennenaikaisen purkamisen päivämäärän ja sen päivämäärän välillä, jona sopimuksen oli määrä päättyä sähkönhankintasopimuksen sanamuodon perusteella) saatavien tuottojen välisestä erotuksesta. [6]

3 — EYVL L 83, s. 1.

4 — Analyysimenetelmien teksti on saatavilla komission internetsivulla osoitteessa http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fi.pdf. Sähkön sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä 19.12.1996 annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 96/92/EY (EYVL L 27, s. 20) vahvistettiin Euroopan sähkömarkkinoiden kilpailulle avaamista koskevat periaatteet. Sen 24 artiklan 1 kohdan mukaan ”jäsenvaltiot, joissa ennen tämän direktiivin voimaantuloa annettuja sitoumuksia tai toimintaa koskevia takeita ei [voitu] täyttää tämän direktiivin säännösten vuoksi, voivat hakea siirtymäkausijärjestelyitä”. Komission mukaan ”tällaisia sitoumuksia tai takeita nimitetään yleisesti ’hukkakustannuksiksi’ (*stranded costs*). Nämä sitoumukset tai toimintatakeet voivat tosiasiallisesti kattaa eri muotoja: pitkäaikaisia ostosopimuksia, investointeja, jotka on toteutettu markkinoita koskevien epäsuorien tai suorien takeiden turvin, muuhun kuin tavanomaiseen toimintaan kohdistettuja investointeja jne.” (ks. analyysimenetelmät, s. 3). Jäsenvaltion perustama järjestelmä, jossa maksut kulkevat rahaston kautta hukkakustannusten korvaamiseksi, voi olla valtiontukea, ja sen on siten täytettävä komission tässä analyysimenetelmässä vahvistamat kriteerit, se on ilmoitettava komissiolle ja komission on hyväksyttävä se ennen sen käyttöön ottamista.

5 — Ks. komission varapuheenjohtajan Almunian 27.4.2010 päivätty kirje Unkarin ulkoasiainministerille K(2010) 2532 lopullinen, saatavilla ainoastaan englannin kielellä komission internetsivulla osoitteessa http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf

6 — Ibidem, 8 kohta.

20. Tällä järjestelmällä otettiin käyttöön kaksivaiheinen korvaaminen.[7] Ensimmäisessä vaiheessa kunkin tuensaajan hukkakustannukset oli vähennettävä Unkarin valtiolle palautettavasta tukimäärästä. Jos palautettavan tuen ja hukkakustannusten välinen erotus oli positiivinen, tuensaajan oli palautettava tämä erotus valtiolle. Päinvastaisessa tapauksessa Unkarin valtio ei maksanut erotusta tuensaajalle.[8]

21. Toiseen vaiheeseen oli siirryttävä sähkönhankintasopimuksen voimassaolon päättyessä kunkin tuensaajan osalta (Dunamenti Erőmű:n tapauksessa 31.12.2015), jolloin Unkarin viranomaisten tarkoitus oli laskea hukkakustannukset uudelleen senhetkisten kustannusten ja tulojen perusteella. Tilanteessa, jossa todelliset hukkakustannukset alittivat takaisin perittävän tuen määrän, tuensaajan oli korvattava erotus Unkarin valtiolle. Päinvastaisessa tilanteessa Unkarin valtio ei maksanut sähkönhankintasopimuksen saajalle lopulliset hukkakustannukset ylittävää määrää.

22. Tällä hetkellä Dunamenti Erőmű:n hukkakustannusten määräksi on arvioitu 22 171 991 000 Unkarin forinttia (HUF) (noin 73 miljoonaa euroa).

23. Electrabel aloitti 13.6.2007 Unkaria vastaan sijoituksia koskevien riitaisuuksien kansainvälisessä ratkaisu- ja sovittelukeskuksessa (ICSID) välimiesmenettelyn, johon komissio osallistui muuna osapuolena kuin asianosaisena. Electrabel vetosi muun muassa siihen, että lopettaessaan sähkönhankintasopimukset korvaamatta täysin hukkakustannuksia Unkari on rikkonut energiaperuskirjasta 17.12.1994 tehdyn sopimuksen, johon Belgian kuningaskunta, Unkari ja unioni ovat liittyneet, 10 artiklaan sisältyviä takeita investointien oikeudenmukaisesta ja tasapuolisesta kohtelusta.[9]

24. Electrabel ja Unkari pääsivät yhteisymmärrykseen menettelyn erottelemisesta (”jakaminen”) ”toimivaltaa ja vastuuta” koskevaan vaiheeseen ja määrän arviointia (”quantum”) koskevaan vaiheeseen.

25. Koska Dunamenti Erőmű:n ja Electrabelin hukkakustannusten lopullinen määrä voitaisiin laskea vasta 31.12.2015 jälkeen, välimiesoikeus päätti lykätä ratkaisun antamista siitä, oliko Unkarissa käyttöön otettu hukkakustannusten korvaamista koskeva järjestelmä energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 10 artiklan vastainen quantum-menettelyvaiheessa.[10] Välimiesoikeus kuitenkin katsoi, että sen ”tämänhetkisen alustavan ja väliaikaisen kannan mukaan se, että Unkarin lainsäädäntöuudistuksen lopussa on jätetty maksamatta [22 171 991 000 HUF] tai sitä pienempi summa, ei välttämättä merkitse [oikeudenmukaisen ja tasapuolisen kohtelun] periaatteen loukkaamista, mutta selvästi suuremman hukkakustannusten määrän maksamatta jättäminen (käteisenä tai muulla tavoin) mitä ilmeisimmin voisi merkitä sitä”.[11]

26. Tämä ei näytä olleen välimiesoikeuden kanta sen käsitellessä Budapesti Erőmű:n osakkeenomistajan Électricité de Francen (EDF) vireille saattamaa asiaa sähkönhankintasopimuksen purkamisesta, ja se velvoitti Unkarin maksamaan 107 miljoonaa euroa EDF:lle.[12]

7 — Ks. yksityiskohtaisempaa kuvausta varten ibidem, 10–24 kohta.

8 — Ks. vuoden 2008 lain nro LXX 5 §:n 1 ja 3 momentti.

9 — On syytä huomata, että koska Electrabel päätti aloittaa tämän välimiesmenettelyn ainoastaan Unkaria vastaan ja yksinomaan sen omista toimista ja laiminlyönneistä, riidanalaisen päätöksen yhteensopivuutta energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen kanssa ei ole käsitelty tässä välimiesmenettelyssä. Ks. *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, points 3.21, 4.11 et 6.76 (saatavilla Investment Treaty Arbitrationin internetsivulla osoitteessa http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Unionin yleisessä tuomioistuimessa nostamassaan kumoamiskanteessa Dunamenti Erőmű ei myöskään ole riitauttanut riidanalaisen päätöksen pätevyyttä tämän sopimuksen kannalta. Tästä seuraa, että Electrabelin ja Dunamenti Erőmű:n tekemien valintojen seurauksena riidanalaisen päätöksen laillisuutta ei ole lainkaan tutkittu tämän sopimuksen kannalta.

10 — Ibidem, 6.118 kohta.

11 — Ibidem: ”It is therefore best, in all the circumstances, for the Tribunal to say little more here, save to express the Tribunal's current, provisional and tentative view that the non-payment of HUF 22,171,991[,000] or a lesser sum at the end of Hungary's legislative scheme does not strike the Tribunal as necessarily amounting to a breach of the FET standard; but that non-payment (in cash or otherwise) of a significantly higher sum for Net Stranded Costs most probably could.”

12 — Välimiestuomio ei ole julkinen. Ks. 11.12.2014 Global Arbitration Review'n internetsivulla julkaistu artikkeli Thomson, D., ”EDF wins claim against Hungary” (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

27. Riippumatta Dunamenti Erőműn ja Electrabelin riidanalaisesta päätöksestä nostamasta kumoamiskanteesta (jonka hylkäämisestä unionin yleisessä tuomioistuimessa on nyt valitettu) Dunamenti Erőmű ja Electrabel ovat nostaneet unionin yleisessä tuomioistuimessa 10.1.2014 SEUT 340 artiklan toiseen kohtaan perustuvan vahingonkorvauskanteen, jossa ne vaativat korvausta riidanalaisen päätöksen vuoksi aiheutuneesta vahingosta.

28. Unionin yleinen tuomioistuin jätti 13.11.2014 tämän vahingonkorvauskanteen tutkimatta sen vuoksi, että se oli vanhentunut. [13] Unionin yleisen tuomioistuimen määräyksestä on valitettu unionin tuomioistuimeen. [14]

III **Unionin yleisessä tuomioistuimessa nostettu kanne ja valituksenalainen tuomio**

29. Kukin sähkönhankintasopimusten perusteella tukea saaneista on nostanut riidanalaisesta päätöksestä kumoamiskanteen unionin yleisessä tuomioistuimessa. [15]

30. Dunamenti Erőmű vaati unionin yleisessä tuomioistuimessa nostamallaan kanteella riidanalaisen päätöksen kumoamista.

31. Ensimmäisessä kanneperusteessaan, joka koski SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun valtiontuen käsitteen virheellistä soveltamista, ja toisessa kanneperusteessaan, jonka mukaan komission olisi pitänyt luokitella kyseessä olevat toimenpiteet SEUT 108 artiklan 1 kohdassa tarkoitetuksi ”voimassa olevaksi tueksi”, Dunamenti Erőmű kiisti komission toteamuksen valtiontuen olemassaolosta, tämän tuen luokittelun ”uudeksi tueksi” sekä kyseiseen sähkönhankintasopimukseen sisältyvän tuen arvioinnin kannalta merkityksellisenä pidetyn päivämäärän. Dunamenti Erőmű kiisti markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä toimijaa koskevan arviointiperusteen soveltamisen ja MVM:n aseman markkinoiden toimijana Unkarin liittyessä unioniin. Dunamenti Erőmű vetosi myös luottamuksensuojan periaatteen ja oikeusvarmuuden periaatteen loukkaamiseen sekä komission virheelliseen arviointiin kyseessä olevan sähkönhankintasopimuksen erityispiirteistä.

32. Kolmannessa kanneperusteessaan Dunamenti Erőmű väitti, että komissio oli virheellisesti pitänyt asianomaiseen sähkönhankintasopimukseen sisältyvää tukea toimintatukena eikä investointitukena, ja riitautti Unkarin viranomaisten käyttöön ottaman hukkakustannusten korvaamista koskevan järjestelmän.

33. Neljännessä kanneperusteessaan Dunamenti Erőmű kiisti tuen takaisinperintää koskevan määräyksen laillisuuden.

34. Valituksenalaisella tuomiolla unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi tämän kanteen kokonaisuudessaan. [16]

13 — Ks. määräys Electrabel ja Dunamenti Erőmű v. komisssio (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Ks. asia Electrabel ja Dunamenti Erőmű v. komissio (C-32/15 P), vireillä unionin tuomioistuimessa.

15 — Ks. määräys Alpiq Csepel v. komissio (T-370/08, EU:T:2011:116); tuomio Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65); määräys Pannon Hőerőmű v. komissio (T-352/08, EU:T:2013:379); tuomio Tisza Erőmű v. komissio (T-468/08, EU:T:2014:235) ja tuomio Dunamenti Erőmű v. komissio (T-179/09, EU:T:2014:236).

16 — Myös muiden tuensaajien nostamat kumoamiskanteet on hylätty. Ks. tuomio Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65) ja tuomio Tisza Erőmű v. komissio (T-468/08, EU:T:2014:235). Ainoastaan tuomiosta Dunamenti Erőmű v. komissio (T-179/09, EU:T:2014:236) on valitettu.

IV **Asian käsittely unionin tuomioistuimessa**

35. Unionin tuomioistuimeen 21.7.2014 toimittamassaan valituksessa Electrabel ja Dunamenti Erőmű vaativat unionin tuomioistuinta kumoamaan valituksenalaisen tuomion, ratkaisemaan asian lopullisesti ja kumoamaan riidanalaisen päätöksen tai toissijaisesti palauttamaan asian unionin yleiseen tuomioistuimeen, sekä velvoittamaan komission korvaamaan menettelystä unionin yleisessä tuomioistuimessa ja unionin tuomioistuimessa aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

36. Komissio vaatii 4.9.2014 toimittamassaan vastauksessa unionin tuomioistuinta jättämään valituksen tutkimatta siltä osin kuin sen on tehnyt Electrabel, hylkäämään valituksen siltä osin kuin sen on tehnyt Dunamenti Erőmű ja velvoittamaan viimeksi mainitun korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

37. Electrabel ja Dunamenti Erőmű toimittivat 20.11.2014 vastauskirjelmänsä, johon komissio vastasi 25.11.2014 toimittamallaan vastauskirjelmällä.

38. Unionin tuomioistuin osoitti 26.3.2015 asianosaisille unionin tuomioistuimen työjärjestyksen 61 artiklan 2 kohdan mukaisen pyynnön, jossa se kehotti näitä keskittämään istunnossa lausumansa toiseen ja kolmanteen valitusperusteeseen, ja esitti tämän työjärjestyksen 62 artiklan 2 kohdan mukaisesti kaksi kysymystä vastattavaksi istunnossa.

39. Istunto pidettiin 20.4.2015, ja Electrabel, Dunamenti Erőmű ja komissio esittivät sen kuluessa suulliset huomautuksensa.

V **Valitus**

40. Aloitan tarkasteluni komission esittämästä oikeudenkäyntiväitteestä, jonka mukaan valitus on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin sen on tehnyt Electrabel. Tämän jälkeen käsittelen ensin neljättä, viidettä ja ensimmäistä valitusperustetta, jotka voidaan mielestäni hylätä ilman erityisiä vaikeuksia. Lopuksi keskityn toiseen ja kolmanteen valitusperusteeseen, jotka voisivat mielestäni johtaa siihen, että unionin tuomioistuin kumoaa valituksenalaisen tuomion.

A *Valituksen tutkittavaksi ottaminen siltä osin kuin sen on tehnyt Electrabel*

41. Komissio kiistää vastauskirjelmässään valituksen tutkittavaksi ottamisen edellytykset siltä osin kuin sen on tehnyt Electrabel, koska ainoastaan Dunamenti Erőmű on nostanut kanteen ensimmäisessä oikeusasteessa.

42. Vastauskirjelmässään Electrabel ja Dunamenti Erőmű kiistävät tämän oikeudenkäyntiväitteen ja selittävät, että kumoamiskanteen nostamisen aikaan ne kuuluivat samaan yrityskonserniin ja että toinen niistä saattoi puolustaa niiden taloudellista ja oikeudellista etua. Sen jälkeen, kun Electrabelin osuus Dunamenti Erőműssä oli myyty, Electrabel oli hyväksyttävä muutoksenhakumenettelyyn unionin tuomioistuimessa, jotta se voisi puolustaa omia etujaan.

43. Mielestäni valitus on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin sen on tehnyt Electrabel.

44. Kuten komissio toteaa, ensinnäkin Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 56 artiklan toisen kohdan mukaan muutosta unionin yleisen tuomioistuimen tuomioon ”voivat hakea kaikki asianosaiset, joiden vaatimukset on kokonaan tai osittain hylätty”, mikä ei koske Electrabelia, joka ei ollut asianosaisena unionin yleisessä tuomioistuimessa.

45. Toiseksi Electrabel ei kuulu myöskään niihin etuoikeutettuihin osapuoliin, jotka voivat kyseisen artiklan kolmannen kohdan mukaan hakea muutosta unionin yleisen tuomioistuimen tuomioon ilman, että ne olisivat olleet väliintulijana asiassa unionin yleisessä tuomioistuimessa. Tässä määräyksessä tämä etuoikeus varataan ”jäsenvaltioille ja unionin toimielimille”, joihin Electrabel ei kuulu.

46. Esillä oleva valitus on näin ollen tutkittava aivan kuin se olisi pelkästään Dunamenti Erőműn tekemä.

B *Neljäs valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan rakenteellista riskiä osoittamatta, että MVM:ää sitova vähimmäismyyntimäärää koskeva velvollisuus merkitsi etua*

47. Neljännessä valitusperusteessaan Dunamenti Erőmű väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen oikeudellisen virheen ja laiminlyöneen tuomioistuinvalvontaa koskevan velvollisuutensa, kun se on osoittamatta todellisen rakenteellisen riskin olemassaoloa katsonut, että MVM:ää sitova vähimmäismyyntimäärää koskeva velvollisuus merkitsi etua, sillä unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 112 kohdassa katsonut MVM:n ostaneen säännönmukaisesti suurempia määriä kuin ne, jotka sen oli ostettava tämän velvollisuuden nojalla.

1. Tutkittavaksi ottaminen

48. Komission mukaan tämä valitusperuste on jätettävä tutkimatta, sillä Dunamenti Erőmű ei ole ilmoittanut, mihin valituksenalaisen tuomion kohtaan liittyisi oikeudellinen virhe.

49. Mielestäni tämä väite on hylättävä, sillä koska Dunamenti Erőmű väittää, että unionin yleinen tuomioistuin ei ole osoittanut rakenteellisen riskin olemassaoloa, sen ei voida katsoa jättäneen yksilöimättä valituksenalaisen tuomion erityisiä osia, joihin oikeudellinen virhe sisältyisi.

2. Asiakysymys

50. Komission mukaan unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 112, 113 ja 114 kohdassa esittänyt kussakin itsenäisen perusteen hylätäkseen väitteen, jonka mukaan se, että MVM oli vuodesta 2004 ostanut säännönmukaisesti Dunamenti Erőműltä enemmän sähköä kuin mihin se oli velvollinen, osoittaisi, ettei Dunamenti Erőmű ollut voinut saada etua tästä velvollisuudesta.

51. Koska Dunamenti Erőmű ei kiistä valituksenalaisen tuomion 113 ja 114 kohtaa, komissio toteaa, että Dunamenti Erőmű ei kyseenalaista myöskään tässä samassa 112 kohdassa olevaa toteamusta, jonka mukaan vähimmäismyyntiä koskeva velvollisuus ylitti Euroopan energiamarkkinoiden tavanomaiset kaupalliset käytännöt, mitä on itsessään pidetty perusteena sille, että se sai sähkönhankintasopimuksesta etua.

52. Dunamenti Erőmű ei ole vastauksessaan eikä liioin istunnossa kiistänyt komission tarkastelua, jota pidän perusteltuna.

53. Neljäs valitusperuste on siten hylättävä.

C Viides valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, kun se on vahvistanut komission omaksuman menetelmän tuen määrän laskemiseksi

54. Viidennessä valitusperusteessaan, joka koskee tuen määrän laskentamenetelmää, Dunamenti Erőmű väittää, että koska valituksenalaisen tuomion 185–192 kohdassa on tutkittu sen tuloja eikä voittoa, sähkönhankintasopimuksista seuraavaksi väitetystä edusta ei ole mahdollista saada täsmällistä kuvaa, sillä tulot ylimääräisten polttoainekulujen kattamiseksi luokiteltaisiin eduksi, joka on palautettava.

55. Näin ollen on tutkittava, onko unionin yleinen tuomioistuin perustellusti vahvistanut komission kannan, jonka mukaan takaisin perittävän tuen määrä lasketaan tulojen eikä voiton perusteella.

56. Mielestäni tämä valitusperuste on hylättävä unionin yleisen tuomioistuimen valituksenalaisen tuomion 187 ja 188 kohdassa esittämillä perusteilla. Dunamenti Erőmű ei kiistä, että tuen takaisin perimisen tarkoituksena on se, että tuensaaja menettää edun, joka hänellä oli markkinoilla ollut kilpailijoihinsa verrattuna.[17] Takaisin perittävän edun suuruus on siten määritettävä suhteessa tuensaajalle maksettuihin summiin. Kuten komissio toteaa, unionin yleinen tuomioistuin on perustellusti omaksunut lähestymistavan, joka perustuu pikemminkin siihen, mitä MVM on maksanut Dunamenti Erőműlle (eli viimeksi mainitun tuloihin), kuin sen saamaan voittoon.

57. Joka tapauksessa on niin, kuten komissio toteaa, että voittoon perustuva takaisinperintämenetelmä johtaisi tuloihin perustuvaan menetelmään verrattuna absurdiin lopputulokseen, joka veisi valtiontukilainsäädännöltä kokonaan tehokkaan vaikutuksen. Jos Dunamenti Erőműn logiikka viedään äärimmilleen, joka kerta kun yritys myy tavaroitaan tai palvelujaan lyömättömään hintaan valtion avustusten vuoksi, kyse ei kuitenkaan olisi valtiontuesta, sillä yritys olisi kasvattanut ainoastaan tulojaan eikä voittoaan. Valtiontukisääntöjen tarkoituksena on kuitenkin valvoa juuri tämänkaltaisia kilpailunvääristymiä.

58. Lisäksi on hylättävä Dunamenti Erőműn tuomion Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627) perusteella esittämä väite, jonka mukaan kyseisen tuomion 30–33 kohdassa vahvistetun periaatteen nojalla silloin, kun tukitoimenpiteestä sekä saadaan ylimääräistä voittoa että aiheutuu lisäkustannuksia, takaisin on perittävä tämän ylimääräisen voiton ja näiden lisäkustannusten välinen erotus.

59. Kyseisessä tuomiossa, joka koski tukkukauppias-jakelijoiden saamaa etua siitä, ettei niillä ollut velvollisuutta maksaa lääkkeiden suoramyyntiveroa, kun tämä etu oli suurempi kuin lisäkustannukset, joita niille aiheutui julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä, todettiin seuraavaa:

”32. Jos ilmenee, että tukkukauppias-jakelijoiden saama etu siitä, ettei niillä ole velvollisuutta maksaa lääkkeiden suoramyyntiveroa, on suurempi kuin lisäkustannukset, joita niille aiheutuu niille kansallisessa lainsäädännössä asetettujen julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä, edun ei voida, siltä osin kuin se ylittää edellä mainitut lisäkustannukset, katsoa olevan tarpeen, jotta kyseiset toimijat voisivat hoitaa niille uskotut erityistehtävät.

33. Kansallisen tuomioistuimen kysymykseen on näin ollen on vastattava, että [SEU 106] artiklan 2 kohtaa on tulkittava siten, että sitä ei voida soveltaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisille julkisen palvelun velvoitteista huolehtiville yrityksille annettuun verotukselliseen etuun, jos kyseinen etu ylittää julkisen palvelun velvoitteista aiheutuvat lisäkustannukset.”

17 — Ks. mm. tuomio Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, 113 kohta).

60. Näin ollen on selvää, että vaikka valtion avustuksen määrä, joka ylittää julkisen palvelun velvoitteista aiheutuvat lisäkustannukset, on SEUT 107 artiklan vastaista tukea, joka on perittävä takaisin, tätä periaatetta sovelletaan ainoastaan siinä tapauksessa, että tuensaaja kuuluu SEUT 106 artiklan 2 kohdan soveltamisalaan eli tuottaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tai sillä on fiskaalinen monopoli, mistä ei ole kyse Dunamenti Erőmű:n tapauksessa.

61. Näistä syistä viides valitusperuste on hylättävä.

D *Ensimmäinen valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen, kun se on luokitellut kyseessä olevan sähkönhankintasopimuksen uudeksi tueksi määrittämättä sitä ennen, merkitsikö tämä sähkönhankintasopimus valtiontukea*

62. Ensimmäisessä valitusperusteessaan Dunamenti Erőmű väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt valituksenalaisen tuomion 60 kohdassa oikeudellisen virheen, kun se on luokitellut kyseessä olevan sähkönhankintasopimuksen Unkarin liittymisasiakirjan liitteessä IV tarkoitetuksi ”uudeksi valtiontueksi” tarkistamatta sitä ennen valtiontuelle asetettujen neljän edellytyksen täyttymistä. Dunamenti Erőmű väittää unionin yleisen tuomioistuimen esittäneen tältä osin riittämättömät perustelut, jotka muodostavat kehäpäätelmän.

63. Mielestäni ensimmäinen valitusperuste ei voi menestyä.

64. Kuten unionin tuomioistuin on jo todennut, ”unionin yleinen tuomioistuin voi vapaasti rakentaa ja esittää päättelynsä tavalla, jota sille esitettyihin perusteisiin vastaaminen sen mielestä edellyttää. Unionin yleisen tuomioistuimen valitsemia vastauksen rakennetta ja esittämistapaa ei näin ollen voida kyseenalaistaa muutoksenhaun yhteydessä väitteillä, joilla pyritään osoittamaan, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt suorittaa päättelynsä kantajan odotusten mukaisesti”. [18]

65. Vaikka unionin yleinen tuomioistuin on tässä tapauksessa tosiaan ensin lausunut siitä, onko kyseessä oleva tuki voimassa oleva tai uusi (valituksenalaisen tuomion 49–60 kohta), ennen kuin se on arvioinut, oliko sähkönhankintasopimus valtiontukea (valituksenalaisen tuomion 74–98 ja 110–121 kohta), mielestäni tällä perustelujen rakenteella ei ole ollut vaikutusta unionin yleisen tuomioistuimen päättelyyn.

66. Kuten komissio toteaa, unionin yleinen tuomioistuin on joka tapauksessa tutkinut ja hylännyt kaikki Dunamenti Erőmű:n ensimmäisen ja toisen perusteensa yhteydessä esittämät väitteet.

67. Yhdyn myös komission toteamukseen, jonka mukaan unionin yleisen tuomioistuimen johtopäätös siitä, että kyseinen sähkönhankintasopimus merkitsi valtiontukea, ei riippunut sen sitä ennen tekemästä tuen uutuutta koskevasta johtopäätöksestä. Näin ollen unionin yleinen tuomioistuin ei ole tehnyt minkäänlaista kehäpäätelmää.

68. Näistä syistä ensimmäinen valitusperuste on hylättävä.

18 — Tuomio British Telecommunications v. komissio (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, 29 kohta).

E *Toinen valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen katsoessaan, että valtiontueksi luokittelun edellytyksenä olevat neljä kriteeriä oli tutkittava Unkarin unioniin liittymispäivän kannalta*

69. Toisessa valitusperusteessaan Dunamenti Erőmű väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen oikeudellisen virheen, kun se on pitänyt Unkarin unioniin liittymispäivää 1.5.2004 viiteajankohtana sen määrittämiseksi, oliko kyseessä oleva sähkönhankintasopimus valtiontukea, kuten komissio väittää riidanalaisen päätöksen 156–173 perustelukappaleessa.

70. Tämän valitusperusteen ensimmäisessä osassa Dunamenti Erőmű väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt valituksenalaisen tuomion 55 ja 65 kohdassa oikeudellisen virheen, koska vastoin näissä kohdissa esitettyjä päätelmiä yhdenkään liittymisasiakirjan liitteessä IV olevan määräyksen perusteella ei voida määrittää suoraan tai johtamalla päivämäärää, jonka kannalta valtion toimenpidettä on arvioitava valtiontukena.

71. Tämän valitusperusteen toisessa osassa Dunamenti Erőmű väittää, että unionin yleisen tuomioistuimen päättely, jolla se on perustellut tuen olemassaolon (ja muun muassa markkinatalouden ehdoin toimivaa yksityistä sijoittajaa koskevan arviointiperusteen valossa tuensaajan saaman edun) toteamiseksi valitsemaansa viiteajankohtaa, on ristiriidassa ”oikeudellisen käytännön” kanssa, eli suuntaviivojen ja komission päätöksentekokäytännön sekä unionin tuomioistuinten oikeuskäytännön kanssa.

1. Ensimmäinen osa

72. Kuten todettiin tuomion Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65) 50 kohdassa, ”valtion toimenpiteisiin, jotka pannaan täytäntöön ennen liittymispäivää ja joita yhtäältä sovelletaan edelleen kyseisen ajankohdan jälkeen ja jotka toisaalta täyttävät liittymispäivänä [SEUT 107] artiklan 1 kohdan mukaiset neljä kumulatiivista kriteeriä, sovelletaan liittymisasiakirjan liitteessä IV vahvistettuja erityissääntöjä joko [SEUT 108] artiklan 1 kohdassa tarkoitettuina voimassa olevina tukina, jos ne kuuluvat johonkin kyseisessä liitteessä mainituista kolmesta luokasta, tai [SEUT 108] artiklan 3 kohdan mukaisina uusina tukina, jos ne eivät kuulu mihinkään näistä kolmesta luokasta”.

73. Liittymisasiakirjan liitteessä IV olevan III luvun 1 artikla, jonka otsikkona on ”Kilpailupolitiikka”, kuuluu seuraavasti:

”1. Seuraavia tukijärjestelmiä ja yksittäisiä tukia, joita pannaan täytäntöön uudessa jäsenvaltiossa ennen liittymispäivää ja joita sovelletaan edelleen kyseisen ajankohdan jälkeen, pidetään liittymisestä alkaen [SEUT 108] artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna voimassa olevana tukena:

a) ennen 10 päivää joulukuuta 1994 täytäntöönpannut tukitoimenpiteet;

b) tämän liitteen lisäyksessä luetellut tukitoimenpiteet;

c) tukitoimenpiteet, joita uuden jäsenvaltion valtiontuen valvontaviranomainen on arvioinut ennen liittymispäivää ja jotka on todettu yhteisön säännöstön mukaisiksi ja joita komissio ei ole vastustanut sillä perusteella, että toimenpiteen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille olisi vakavia epäilyksiä, 2 kohdassa esitetyn menettelyn mukaisesti.

Kaikkia vielä liittymispäivän jälkeen sovellettavia toimenpiteitä, jotka ovat valtion tukea ja jotka eivät täytä edellä esitettyjä edellytyksiä, pidetään uutena tukena liittymisestä alkaen [SEUT 108] artiklan 3 kohdan soveltamisessa.

_ _”

74. Dunamenti Erőműn mukaan tässä määräyksessä ei mainita päivää, jonka kannalta valtion toimenpidettä on arvioitava valtiontukisääntöjen kannalta. Se koskee ainoastaan sitä, onko liittymisajankohtana edelleen sovellettavaa tukea (joka on yleisessä merkityksessä ”voimassa” tuona ajankohtana), pidettävä liittymisasiakirjan kannalta voimassa olevana vai uutena tukena. Dunamenti Erőműn mukaan toimenpide, joka ei ole tukea sen myöntämisajankohtana, ei kuulu tämän määräyksen soveltamisalaan. Näin ollen se katsoo, että unionin yleisen tuomioistuimen olisi pitänyt hyväksyä viiteajankohdaksi sähkönhankintasopimuksen antamisajankohta joulukuussa 1995.

75. En yhdy tähän arviointiin, jossa nähdäkseni sekoitetaan liittymisasiakirjassa käsitteelle ”voimassa oleva” annettu määritelmä ja tämän käsitteen tavanomainen merkitys. Tuki, joka on voimassa viimeksi mainitussa merkityksessä, kuten sähkönhankintasopimus, joka oli jo myönnetty komission tutkiessa sitä, voi olla liittymisasiakirjassa tarkoitettua uutta tukea pelkästään sen vuoksi, ettei se kuulu liittymisasiakirjassa ”voimassa olevalle tuelle” annetun määritelmän piiriin.

76. Viittaan tuomion OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), joka koski tämän liittymisasiakirjan samaa määräystä, jota sovellettiin Unkarin valtion vuonna 2001 eli kolme vuotta ennen sen liittymistä unioniin myöntämään takaukseen, 60–64 kohtaan. Koska kyseinen takaus ei täyttänyt yhtään liitteessä IV olevassa 3 kohdassa luetelluista kolmesta edellytyksestä, unionin tuomioistuin katsoi, että se ”[oli] tässä tapauksessa katsottava uudeksi tueksi”. [19]

77. Kuten unionin yleinen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 59 kohdassa, myöskään esillä olevassa tapauksessa kyseessä oleva sähkönhankintasopimus ei kuulu yhteenkään niistä kolmesta tukiluokasta, joita pidetään liittymisasiakirjan liitteessä IV olevan 3 luvun 1 artiklan 1 kohdassa voimassa olevina tukina. Sähkönhankintasopimusta ei ole pantu täytäntöön ennen 10 päivää joulukuuta 1994, sitä ei mainita kyseisen liitteen lisäyksessä eikä Unkarin valtiontuen valvontaviranomainen ole arvioinut sitä ennen liittymispäivää ja todennut sitä yhteisön säännöstön mukaiseksi komission sitä vastustamatta.

78. Lisäksi silloin, jos huomioon otettaisiin aikaisempi päivämäärä, kuten kyseessä olevan sähkönhankintasopimuksen antamispäivä, ei noudatettaisi liittymisasiakirjan laatijoiden tahtoa, sillä – kuten unionin yleinen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 60 kohdassa [20] – ne pyrkivät poikkeamaan unionin tuomioistuinten aikaisemmasta oikeuskäytännöstä, jonka mukaan ”voimassa olevina tukina on pidettävä tukia, jotka olivat voimassa ennen perustamissopimuksen voimaantuloa tai jäsenvaltion liittymistä [unioniin]”. [21]

79. Kuten unionin yleinen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 65 kohdassa, ”liittymisasiakirjan liitteen IV sanamuoto sinänsä viittaa selvästi siihen, että toimenpide, jota ei pidetty valtiontukena, kun se otettiin käyttöön, voi myöhemmin muuttua valtiontueksi”. [22]

19 — Tuomio OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, 64 kohta). Tältä osin on pantava merkille välimiesoikeuden johtopäätös, jonka mukaan Electrabel ei ollut esittänyt tarvittavaa näyttöä tukeakseen väitettään, jonka mukaan Unkari oli laiminlyönyt energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen 10 artiklaan perustuvat velvoitteensa, kun se ei ollut ryhtynyt tarvittaviin toimenpiteisiin sisällyttääkseen sähkönhankintasopimukset liitteessä IV olevaan voimassa olevan tuen määritelmään. Ks. vastaavasti *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 6.66 kohta.

20 — Ks. vastaavasti myös tuomio Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65, 60 kohta).

21 — Tuomio Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, 19 kohta). Ks. vastaavasti myös tuomio Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, 48 kohta) ja tuomio Alzetta ym. v. komissio (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–T-607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 ja T-23/98, EU:T:2000:151, 142 kohta).

22 — Ks. vastaavasti myös tuomio Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65, 54 kohta).

80. Kuten komissio toteaa riidanalaisen päätöksen 165 perustelukappaleessa, ”sähkönhankintasopimukset, jotka tehtiin hyvin erilaisissa taloudellisissa olosuhteissa (minkä myös asianomaiset myöntävät) ennen Unkarin liittymistä vapautetuille energian sisämarkkinoille, voivat muuttua valtiontueksi uusissa taloudellisissa ja oikeudellisissa olosuhteissa [unioniin liittymisen seurauksena]”.

81. Kuten unionin yleinen tuomioistuin katsoi tuomion Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65) 58 kohdassa, ”sähkönhankintasopimusten voimaantulon jälkeen Unkari, joka toimi ensin omasta aloitteestaan ja sen jälkeen saattamalla sähkön sisämarkkinoilla sovellettavan unionin lainsäädännön osaksi kansallista oikeusjärjestystä, muutti huomattavasti oikeudellista sääntelyä, jonka puitteissa sähköntuottajat harjoittivat toimintaansa”.

82. Näin ollen komission ja kumoamiskanteen yhteydessä unionin yleisen tuomioistuimen oli tutkittava, merkitsivätkö sähkönhankintasopimukset Unkarin liittyessä unioniin ja vapautetuilla sähkömarkkinoilla valtiontukea, ja tarvittaessa, oliko kyse liittymisasiakirjan liitteessä IV tarkoitetusta uudesta vai voimassa olevasta tuesta.

83. Sikäli kuin sähkönhankintasopimus on tukea, ei näin ollen ole epäilystäkään siitä, että se merkitsee siinä tapauksessa liittymisasiakirjassa tarkoitettua uutta tukea.

2. Toinen osa

84. Tarkasteltaessa Dunamenti Erőműn väitteitä komission ja unionin tuomioistuinten ”oikeudellisesta käytännöstä” on huomattava, että – kuten komissio toteaa – unionin tuomioistuin on jo puoltanut liittymispäivän pitämistä viiteajankohtana.

85. Kuten unionin tuomioistuin totesi Bulgarian liittymisasiakirjan liitteessä V olevasta määräyksestä (joka vastaa Unkarin liittymisasiakirjan liitteessä IV olevan III luvun 1 artiklaa), ”toimenpiteisiin, jotka pannaan täytäntöön ennen liittymispäivää ja joita yhtäältä sovelletaan edelleen kyseisen ajankohdan jälkeen ja jotka toisaalta täyttävät *liittymispäivänä* [SEUT 107] artiklan 1 kohdan mukaiset kumulatiiviset kriteerit, sovelletaan liittymisasiakirjan liitteessä V vahvistettuja erityissääntöjä joko [SEUT 108] artiklan 1 kohdassa tarkoitettuina voimassa olevina tukina, jos ne kuuluvat johonkin kyseisessä liitteessä mainituista kolmesta luokasta, tai [SEUT 108] artiklan 3 kohdan mukaisina liittymispäivänä uusina tukina, jos ne eivät kuulu johonkin näistä kolmesta luokasta”. [23]

86. Mielestäni tästä oikeuskäytännöstä seuraa, että komissio ja unionin yleinen tuomioistuin ovat soveltaneet tässä tapauksessa oikein Unkarin liittymisasiakirjan liitteessä vahvistettuja sääntöjä.

87. Kuten komissio korostaa, yksikään Dunamenti Erőműn mainitsemista unionin yleisen tuomioistuimen ja unionin tuomioistuimen tuomioista [24] ei kuitenkaan koske toimenpiteitä, jotka jäsenvaltio on toteuttanut ennen liittymistään unioniin ja joita sovelletaan edelleen tämän liittymisen jälkeen. Koska näissä asioissa ei ollut kyse unionin toimivaltuuksien ajallisten rajoitusten noudattamisesta, ei ole mitenkään yllättävää, että unionin tuomioistuimet katsoivat, että tuen olemassaoloa oli arvioitava sen myöntämisajankohdan kannalta.

23 — Ks. tuomio Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, 52 kohta). Kursivointi tässä. Ks. vastaavasti myös tuomio Rousse Industry v. komissio (T-489/11, EU:T:2013:144, 61–64, 66 ja 67 kohta).

24 — Ks. tuomio Ranska v. komissio (C-482/99, EU:C:2002:294, 71 ja 76–83 kohta); tuomio komissio v. EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, 104 kohta); tuomio Cityflyer Express v. komissio (T-16/96, EU:T:1998:78, 76 kohta); tuomio Westdeutsche Landesbank Girozentrale ja Land Nordrhein-Westfalen v. komissio (T-228/99 ja T-233/99, EU:T:2003:57, 246 kohta) ja tuomio Alankomaat v. komissio (T-29/10 ja T-33/10, EU:T:2012:98, 78 kohta).

88. Komission käytännöstä, joka muodostui [25] ennen jäsenvaltion liittymistä myönnetyn tukitoimenpiteen tarkastelusta ja jossa otettiin huomioon myös liittymistä edeltäviä seikkoja, totean, että Dunamenti Erőműn mainitsemat komission päätökset [26] eivät tue Dunamenti Erőműn väitettä, jonka mukaan viiteajankohtana olisi pidettävä kyseessä olevan tuen myöntämispäivää.

89. Ensinnäkin komission asiassa GE Capital Bank tekemässä päätöksessä 2008/214 kyseessä ollut tukitoimenpide muodostui takaussitoumuksista ja korvauksista sekä myyntioptiosta, jotka Tšekin valtio oli myöntänyt AGB-pankin rakenneuudistuksen ja yksityistämisen yhteydessä.

90. Vaikka nämä toimenpiteet oli myönnetty ennen Tšekin tasavallan liittymistä unioniin, ne olivat ”liittymisen jälkeen sovellettavia toimenpiteitä” [27] siinä mielessä, että tuensaajat saattoivat hyötyä niistä vielä liittymisen jälkeen. Komissio on näin ollen pitänyt viiteajankohtana liittymispäivää.

91. Asiaa Postabank koskeneessa komission päätöksessä 2009/174 kyseessä ollut tukitoimenpide muodostui siitä, että Unkarin valtio oli sitoutunut korvaamaan ennakoimattomia vaateita Postabankin rakenneuudistuksen ja yksityistämisen yhteydessä Erste Bankille, jolle se oli siirtynyt.

92. Kuten komissio katsoi päätöksensä 47 kohdassa, kyse oli liittymisen jälkeen edelleen voimassa olleesta toimenpiteestä, jota oli esillä olevan tapauksen tavoin pidettävä samassa liittymisasiakirjassa tarkoitettuna uutena tukena.

93. Sama koskee komission asiassa PZL Hydral antamaa päätöstä 2010/690, joka koski tämän yrityksen pelastamissuunnitelman yhteydessä muiden tukitoimenpiteiden ohella PZL Hydralin julkisten velkojien saatavien pakkotäytäntöönpanosta luopumista ajanjaksona 1998–2007.

94. Huolimatta siitä, että saatavat, joiden pakkotäytäntöönpanosta oli luovuttu, olivat erääntyneet ennen Puolan tasavallan liittymistä unioniin mutta olivat edelleen erääntyneitä sen liittymisen jälkeen, tämä toimenpide kuului vuonna 2007 eli kolme vuotta liittymisen jälkeen käyttöön otettuun pelastamissuunnitelmaan. Tästä seuraa, että viiteajankohtana kyseisessä asiassa oli niin ikään Puolan tasavallan unioniin liittymispäivä eikä kyseisen tuen myöntämispäivä.

95. On huomattava, että kaikissa näissä päätöksissä komissio on ottanut huomioon liittymistä edeltäviä seikkoja, ja Dunamenti Erőmű moittii komissiota siitä, ettei näin ole tehty sen tapauksessa. Tämä koskee kuitenkin kysymystä siitä, onko komission esillä olevan kaltaisessa tapauksessa yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta soveltaessaan otettava huomioon liittymistä edeltäviä tosiseikkoja, kuten yksityistämistä ja sen tavoitteita sekä yksityistämisen ja sähkönhankintasopimuksen välistä luontaista yhteyttä. Tämä kysymys (johon palaan kolmannen valitusperusteen yhteydessä) eroaa kysymyksestä, joka koskee viiteajankohdan määrittämistä sen arvioimiseksi, onko valtion toimenpidettä pidettävä valtiontukena.

96. Toinen valitusperuste on näistä syistä hylättävä.

25 — Tämä on jokseenkin paradoksaalista, kun luetaan komission väite tässä asiassa (ks. kolmannen valitusperusteen kolmannen osan tarkastelu tämän ratkaisuehdotuksen 125–127 kohdassa).

26 — Kyseesssä ovat valtiontuesta C 27/2004, jonka Tšekin tasavalta on myöntänyt yhtiöille GE Capital Bank a.s. ja GE Capital International Holdings Corporation, USA, 18.7.2007 tehty päätös 2008/214/EY (EUVL L 67, s. 3); Unkarin tasavallan Postabank és Takarékpénztár Rt:n / Erste Bank Hungary Nyrt:n hyväksi toteuttamasta toimenpiteestä C 35/04 21.10.2008 tehty päätös 2009/174/EY (EUVL L 62, ps. 14) ja valtiontuesta C 40/08 (ex N 163/08), jonka Puola on toteuttanut PZL Hydral S.A:n hyväksi, 4.8.2010 annettu päätös 2010/690/EU (EUVL L 298, s. 51).

27 — Päätös 2008/214, 58 kohta.

F *Kolmas valitusperuste, jonka mukaan unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisia virheitä katsoessaan, että kyseessä oleva sähkönhankintasopimus merkitsi SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua etua Dunamenti Erőműlle*

97. Kolmannessa valitusperusteessaan Dunamenti Erőmű väittää unionin yleisen tuomioistuimen tehneen oikeudellisen virheen valituksenalaisen tuomion 67–70 kohdassa, kun se on jättänyt tuen olemassaoloa koskevan arviointinsa ulkopuolelle Dunamenti Erőműn yksityistämisen valitessaan viiteajankohdaksi 1.5.2004. Dunamenti Erőműn mukaan arviointia sen määrittämiseksi, oliko kyseessä oleva sähkönhankintasopimus valtiontukea, ei voitu suorittaa lainmukaisesti ottamatta huomioon yksityistämistä ja sen asiayhteyttä, sillä sähkönhankintasopimus oli yksityistämistä edeltävä toimenpide ja tällä perusteella osa yksityistämispakettia.

98. Valituksen 49–66 kohdassa Dunamenti Erőmű esittää kolme perustelua osoittaakseen, että jos unionin yleinen tuomioistuin olisi ottanut huomioon yksityistämiseen liittyneet olosuhteet, se olisi katsonut, että sähkönhankintasopimus ei merkinnyt etua tai ainakaan tämä etu ei ollut jäänyt Dunamenti Erőműlle.

99. Ensinnäkin MVM oli toiminut kuten yksityinen sijoittaja, joka pyrkii saamaan mahdollisimman suuren voiton Dunamenti Erőműn myynnistä (valituksen 49–54 kohta).

100. Toiseksi on niin, että vaikka sähkönhankintasopimus olisi käsittänyt edun, se, että Electrabel hankki Dunamenti Erőműn tarjouspyyntömenettelyn perusteella, kompensoi väitetyn edun (valituksen 55–62 kohta).

101. Kolmanneksi Unkarin liittyminen unioniin ei ole muuttanut sähkönhankintasopimuksen ja Dunamenti Erőműn yksityistämisen välisiä yhteyksiä eikä vaikuttanut mitenkään siihen, että sähkönhankintasopimuksesta ei koitunut mitään etua Dunamenti Erőműlle (valituksen 63–67 kohta luettuna yhdessä tämän valituksen 41–62 kohdan kanssa).

1. Tutkittavaksi ottaminen

102. Komission mukaan kolmas valitusperuste koskee tosiseikkoja koskevaa kysymystä ja on siten jätettävä tutkimatta. Pitäessään aivan oikein Unkarin unioniin liittymispäivää viiteajankohtana tuen olemassaolon toteamiseksi unionin yleinen tuomioistuin on aivan oikein katsonut valituksenalaisen tuomion 68–70 kohdassa, että Dunamenti Erőműn sähkönhankintasopimuksesta saaman edun olemassaolon määrittäminen oli liitettävä vain tähän ajankohtaan ja tänä samana ajankohtana vallinneisiin kehitysnäkymiin.

103. En yhdy tähän komission kantaan, joka perustuu mielestäni valituksen virheelliseen tulkintaan. Tämä valitusperuste ei nimittäin koske sitä, mitkä seikat voidaan liittää 1.5.2004 alkavaan ajanjaksoon, vaan sitä, saattoiko unionin yleinen tuomioistuin siinäkin tapauksessa, että viiteajankohta olisi 1.5.2004, perustellusti jättää arviointinsa ulkopuolelle tiettyjä seikkoja, kuten erityisesti yksityistämisen ja kyseessä olevan sähkönhankintasopimuksen luontaisen yhteyden pelkästään sillä perusteella, että ne edelsivät kyseistä päivämäärää.

2. Asiakysymys

a) Kolmas osa, joka koskee sitä, että tutkiessaan riidanalaista päätöstä tuen olemassaoloa koskevan kysymyksen osalta unionin yleinen tuomioistuin on kieltäytynyt ottamasta huomioon Dunamenti Erőműn yksityistämiseen liittyviä olosuhteita sillä perusteella, että ne edeltävät unioniin liittymistä.

104. Kolmannessa valitusperusteessaan Dunamenti Erőmű väittää, että unionin yleinen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomion 68–70 kohdassa virheellisesti katsonut, että sen valituksenalaisen tuomion 67 kohdassa esittämät väitteet, ”jotka perustuvat olennaisesti 1990-luvun puolivälisessä toteutettuun yksityistämiseen liittyneisiin olosuhteisiin, oli hylättävä sähkönhankintasopimusten kehityksen kannalta merkityksellisen, 1.5.2004 alkaneen ajanjakson osalta”. [28]

105. On syytä todeta heti alkuun, että komissio tai unionin yleinen tuomioistuin eivät ole kumpikaan kiistäneet sähkönhankintasopimuksen Dunamenti Erőműlle antamisen ja sen yksityistämisen välistä luontaista yhteyttä. Komissio toteaa riidanalaisen päätöksen 174 perustelukappaleessa, että ”useimmat sähköntuottajat myönsivät – –, että ilman sähkönhankintasopimuksiin perustuvia takuita ne eivät olisi voineet investoida kyseisiin voimalaitoksiin”, ja yksi näistä tuottajista väitti, että ”sähkönhankintasopimukset [olivat] pankeille tärkeä tekijä, jonka pohjalta ne suostuvat rahoittamaan sijoitusta ja antamaan jatkuvaa ennakkorahoitusta toimintakustannuksiin”.

106. Komissio toteaa riidanalaisen päätöksen 186 kohdassa, että ”1990-luvulla Unkarin markkinaolosuhteissa sähkönhankintasopimusten perusperiaate eli sijoituksille saatavan tuoton takaaminen oli olennainen edellytys sille, että tarpeelliset sijoitukset voitiin toteuttaa”.

107. Kuten olen selittänyt tämän ratkaisuehdotuksen 5–11 kohdassa, on selvää, että sähkönhankintasopimusten antaminen voimalaitoksille ja yksityistäminen olivat osa samaa operaatiota ja ettei toista niistä ole mahdollista tarkastella ottamatta myös toista huomioon.

108. Dunamenti Erőmű moittii siten unionin yleistä tuomioistuinta siitä, että se on hyväksynyt komission lähestymistavan, jossa yhtäältä sähkönhankintasopimuksen katsotaan olleen yksityistämisen yhteydessä Dunamenti Erőműn kannattavan tai ”markkinaehtoisen” myynnin ”olennainen edellytys” ja toisaalta tämä ”olennainen edellytys” sivuutetaan täysin arvioitaessa sähkönhankintasopimusta valtiontukisääntöjen kannalta, ja että se on siten soveltanut virheellisesti yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta.

109. Komission mukaan nämä perustelut on hylättävä, jos unionin yleinen tuomioistuin saattoi perustellusti todeta, että merkityksellisenä viiteajankohtana oli Unkarin unioniin liittymispäivä, missä tapauksessa ei olisi syytä ottaa huomioon lähes vuosikymmen ennen tätä päivämäärää toteutettuja operaatioita.

110. Komission istunnossa esittämien lausumien mukaan ”se, mitä jäsenvaltiossa tapahtuu ennen sen liittymistä unioniin on karkeasti ilmaistuna valtiontukien kannalta merkityksetöntä, elleivät sen vaikutukset ulotu sisämarkkinoille liittymisen jälkeen”. [29] Komission mukaan se, että kaikki liittymispäivää edeltävät tosiseikat jätetään huomiotta, etenkin jos ne koskevat MVM:n tavoitteita vuonna 1995 toteutuneen yksityistämisen yhteydessä, on liittymisasiakirjaan ja sen laatijoiden tahtoon, joita on noudatettava, perustuva valinta.

111. En yhdy tähän komission näkemykseen.

28 — 68 kohta.

29 — ”It is a matter of indifference, to be quite brutal, as to what happens in the acceding Member State in the period prior to accession from the point of view of the State aid discipline, unless it spills over into the internal market after the accession has taken place.”

112. Mielestäni liittymispäivän pitämisestä viiteajankohtana on ensinnäkin hyötyä sen ajankohdan yksilöimiseksi, jonka osalta on tarkistettava, sovelletaanko valtiontueksi mahdollisesti katsottavaa toimenpidettä edelleen vai ei. Jos sitä ei enää sovelleta, komissio ei voi enää arvioida sitä valtiontukisääntöjen perusteella. [30]

113. Esillä olevan kaltaisessa tapauksessa, jossa kyseessä olevaa toimenpidettä sovelletaan edelleen liittymisajankohtana, viiteajankohdan avulla voidaan myös yksilöidä ajankohta, jonka osalta on arvioitava, merkitseekö se valtiontukea, jolloin on huomattava, että toimenpide, joka ei ole valtiontukea sen myöntämisajankohtana, voi myöhemmin muuttua valtiontueksi kyseisten markkinoiden rakenteen muuttuessa. [31]

114. Liittymispäivän hyväksyminen viiteajankohdaksi ei sitä vastoin itsessään ja automaattisesti estä, kuten unionin yleinen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 68–70 kohdassa, ottamasta huomioon tätä ajankohtaa edeltäviä seikkoja, joilla olisi merkitystä sovellettaessa asianmukaisesti yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta.

115. Unionin tuomioistuin on korostanut – tosin muussa kuin liittymistä koskevassa erityisessä asiayhteydessä – kaikkien asian kannalta merkityksellisten seikkojen kokonaisarviointia yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovellettaessa. Tuomion komissio v. EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) 86 kohdassa unionin tuomioistuin totesi, että ”komission on suoritettava *kokonaisarviointi*, jossa se kyseisen jäsenvaltion esittämien seikkojen lisäksi ottaa huomioon kaikki tilanteessa merkitykselliset seikat, joiden perusteella se voi määrittää, onko kyseessä oleva toimenpide tehty jäsenvaltion osakkeenomistajan vai julkisen vallan käyttäjän ominaisuudessa. *Tältä osin merkityksellisiä voivat olla* erityisesti – – toimenpiteen luonne, kohde, *asiayhteys ja tavoite* sekä siihen sovellettavat säännöt”. [32]

116. Unionin tuomioistuin totesi lisäksi kyseisen tuomion 104 ja 105 kohdassa, että ”komissio voi kieltäytyä tutkimasta näitä tietoja vain, jos esitetyt todisteet on laadittu sen *jälkeen*, kun päätös kyseessä olevan sijoituksen tekemisestä tehtiin”, ja että ”yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamiseksi merkityksellisiä ovat ainoastaan sijoituspäätöksen tekemishetkellä käytettävissä olleet seikat ja vallinneet kehitysnäkymät[, *vaikka] – kuten esillä olevassa asiassa – komissio tutkii, onko sellainen sijoitus valtiontukea, jota ei ole sille ilmoitettu ja jonka jäsenvaltio on jo tehnyt siihen mennessä, kun komissio suorittaa tutkimuksensa*”. [33]

117. Tuomion Italia ja SIM 2 Multimedia v. komissio (C-328/99 ja C-399/00, EU:C:2003:252) 41 kohdassa arvioidessaan yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta pääomarakenteen vahvistamiseksi vuonna 1994 toteutetun toimenpiteen osalta yhteisöjen tuomioistuin otti huomioon tilikauden 1993 nettotuloksen ja sen, että ”tämä tulos on saatu taloudellisessa taantumassa, joka hidasti kasvua, kiristi kilpailua ja laski hintoja tuntuvasti eurooppalaisilla kulutuselektroniikkamarkkinoilla, joiden taantuma alkoi vuonna 1992”, päätelläkseen, että yksityinen sijoittaja ei olisi tehnyt kyseessä olleita pääomasijoituksia.

118. Niin ikään muussa kuin liittymistä koskevassa asiayhteydessä yhteisöjen tuomioistuin kumosi komission päätöksen erityisesti sen vuoksi, että ”komissio [oli soveltanut] virheellisesti yksityistä markkinataloussijoittajaa koskevaa periaatetta, koska se ei [ollut] arvioinut Stardustille myönnettyjä lainoja ja takauksia ottaen huomioon niiden myöntämishetkellä vallinneet olosuhteet”. [34]

30 — Ks. vastakkaispäätelmänä päätökset 2008/214, 2009/174 ja 2010/690.

31 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 79–82 kohta.

32 — Kursivointi tässä. Ks. vastaavasti myös tuomio Italia ja SIM 2 Multimedia v. komissio (C-328/99 ja C-399/00, EU:C:2003:252, 41 kohta).

33 — Kursivointi tässä.

34 — Tuomio Ranska v. komissio (C-482/99, EU:C:2002:294, 81 kohta).

119. Näitä perusteluja voidaan soveltaa myös esillä olevan kaltaisessa tapauksessa, jossa kyseessä oleva toimenpide on myönnetty ennen asianomaisen valtion liittymistä unioniin. Se, että komissio on soveltanut yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta ja unionin yleinen tuomioistuin hyväksynyt sen, ja siitä seuraava tarkastelu valtiontuen olemassaolosta ovat vaarassa muuttua keinotekoisiksi, jos ulkopuolelle jätettäisiin olennaisia seikkoja, kuten unionin yleinen tuomioistuin totesi valituksenalaisen tuomion 68–70 kohdassa, pelkästään sillä perusteella, että ne kuuluvat liittymistä edeltävään ajanjaksoon.

120. Tämä keinotekoisuus muodostuu siitä, että yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovellettaessa pohditaan, ”olisiko markkinatoimija antanut Unkarin EU:hun liittymisen ajankohtana vallinneissa olosuhteissa sähkönhankintasopimuksissa asetettujen kaltaisia takuita tuottajille”,[35] ottamatta huomioon hypoteettista markkinatoimijaa, joka haluaisi, kuten Unkarin valtio vuonna 1995, myydä voimalaitoksen, joka oli sellaisessa fyysisessä ja rahoituksellisessa tilassa, ettei yhdelläkään sijoittajalla voinut olla riittäviä takeita siitä, että se voi jatkaa toimintaansa, ja investointiensa pitkän aikavälin näkymistä, ja pyrkiä samalla tämän ratkaisuehdotuksen 5 kohdassa esitettyihin yksityistämisen tavoitteisiin.

121. Vaikka yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovellettaessa on pohdittava, olisiko hypoteettinen markkinatoimija toiminut liittymisajankohtana samalla tavoin kuin valtio teki, kyseisen tuen myöntämisen kannalta määräämiä merkityksellisiä tosiseikkoja ei ole mahdollista jättää huomiotta pelkästään sillä perusteella, että ne edeltävät liittymispäivää, sillä tämä asettaisi valtion ja hypoteettisen markkinatoimijan vertailukelvottomiin tilanteisiin, mikä voisi väistämättä saada kummankin tekemään erilaisia valintoja.

122. Tämä merkitsee sitä, että yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen oikea soveltaminen edellyttää sen pohtimista, mitä hypoteettinen markkinatoimija, jonka on toimittava vuoden 1995 taloudellisissa olosuhteissa vapautumassa olevilla markkinoilla,[36] olisi tehnyt 1.5.2004 myydäkseen Dunamenti Erőmű:n parhaaseen mahdolliseen hintaan ja kuitenkin pyrkien saavuttamaan samat taloudelliset ja kaupalliset tavoitteet kuin Unkarin valtio vuonna 1995, eli toimitusvarmuuden turvaamisen mahdollisimman pienin kustannuksin, infrastruktuurin nykyaikaistamisen ottaen huomioon erityisesti voimassa olleet ympäristönsuojelunormit sekä energia-alan välttämättömän rakenneuudistuksen.

123. Toisin kuin komissio väitti istunnossa, mielestäni tämä yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltaminen ei ole ristiriidassa liittymisasiakirjan tai sen laatijoiden tahdon kanssa. Jos sähkönhankintasopimusta on pidettävä tässä asiakirjassa tarkoitettuna uutena tukena, eli ensimmäisen kerran 1.5.2004 myönnettynä tukena, mikään tässä asiakirjassa ei estä komissiota ottamasta huomioon taloudellisia ja kaupallisia tavoitteita, joihin MVM pyrki antamalla sähkönhankintasopimuksen, kun se soveltaa kyseistä arviointiperustetta.

124. Näin ollen katson, että liittymistä edeltäviä merkityksellisiä seikkoja voidaan ottaa huomioon, kun yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovelletaan liittymisajankohdan kannalta.

35 — Riidanalaisen päätöksen 177 kohta.

36 — Euroopan sähkömarkkinoiden vapauttamiseen tähtäävä prosessi alkoi direktiivillä 96/92, jolla oli tarkoitus avata sähkömarkkinat kilpailulle. Sähkömarkkinoiden vapauttamista koskevat määräajat vahvistettiin sähkön sisämarkkinoita koskevista yhteisistä säännöistä ja direktiivin 96/92/EY kumoamisesta 26.6.2003 annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivillä 2003/54/EY (EUVL L 176, s. 37), joka oli pantava täytäntöön viimeistään 1.7.2004 muiden kuin kotitalousasiakkaiden osalta ja 1.7.2007 kotitalousasiakkaiden osalta. Unkarin sähkömarkkinat olivat siten vapautumassa viiteajankohtana.

125. Paradoksaalisesti ja kuten olen jo todennut,[37] samoin kuin Dunamenti Erőmű toisessa valitusperusteessaan, tämä kanta vastaisi komission käytäntöä, joka ilmenee muun muassa sen päätöksistä GE Capital Bank, Postabank ja PZL Hydral, joissa komissio on systemaattisesti ottanut huomioon tuen olemassaoloa arvioidessaan viiteajankohtaa[38] eli kyseisten jäsenvaltioiden liittymispäivää edeltäviä tosiseikkoja.

126. Viittaan erityisesti asiassa Postabank tehtyyn päätökseen 2009/174, joka koski niin ikään Unkarin ennen liittymistään täytäntöön panemaa tukitoimenpidettä. Tämän päätöksen 55 ja 56 kohdassa komissio katsoi mielestäni täysin oikein, että ”arvioitaessa Unkarin viranomaisten toimintaa vuonna 2003 markkinataloussijoittajan periaatteen mukaisesti on todettava, että komissio ei aseta kyseenalaiseksi Postabankin yksityistämisprosessia ja myöntää, että Postabank myytiin korkeimman tarjouksen tekijälle avoimessa tarjouskilpailussa” ja että ”tämä tosiseikka ei kuitenkaan riitä osoittamaan, että käsiteltävänä olevaan tapaukseen ei liity etua”.[39]

127. Mielestäni tähän otteeseen sisältyy oikea näkemys, jonka mukaan esillä olevan kaltaisessa tapauksessa liittymistä edeltävät merkitykselliset olosuhteet on otettava huomioon yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovellettaessa ilman, että tämä olisi itsessään riittävä peruste sivuuttaa edun olemassaolo.

128. Edellä esitetystä seuraa, että kun unionin yleinen tuomioistuin on yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamista valvoessaan hylännyt Dunamenti Erőműn väitteet, jotka perustuvat siihen, että komissio ei ole ottanut huomioon sähkönhankintasopimuksen ja yksityistämisen välistä luontaista yhteyttä, pelkästään sillä perusteella, että tämä seikka edeltää Unkarin liittymispäivää, se on tehnyt oikeudellisen virheen ja sen tuomio on tältä osin kumottava.

b) Ensimmäinen osa, joka koskee Dunamenti Erőműn saamaa etuutta siitä, että MVM oli antanut sille sähkönhankintasopimuksen ja että MVM oli näin tehdessään toiminut kuten yksityinen sijoittaja, joka pyrkii saamaan mahdollisimman suuren voiton Dunamenti Erőműn myynnistä

129. Dunamenti Erőműn mukaan se itse ja Electrabel eivät ole saaneet mitään etua sähkönhankintasopimuksesta, koska tehdessään sähkönhankintasopimuksen Dunamenti Erőműn kanssa 10.10.1995 MVM oli pelkästään yrittänyt saada mahdollisimman suuren voiton Dunamenti Erőműn myynnistä, kuten yksityinen sijoittaja tekisi.

130. Tämä väite ei voi menestyä, koska Dunamenti Erőműn yksityistämisellä avoimen ja kilpailuperiaatteen mukaisen tarjouspyyntömenettelyn perusteella ja korkeimman tarjouksen (eli Electrabelin tarjouksen) hyväksymisellä on merkitystä ainoastaan tilanteessa, jossa toimenpide, jonka katsotaan voivat merkitä valtiontukea, oli Dunamenti Erőműn myynti itsessään. Näin ei ole tässä tapauksessa, sillä kyseessä oleva toimenpide oli MVM:n Dunamenti Erőműlle antama sähkönhankintasopimus.

131. Kuten komissio toteaa, lisäksi Dunamenti Erőmű sekoittaa Electrabelin saaman edun Dunamenti Erőműn ostajana ja Electrabelin oman edun. Se, ettei Electrabel ole saanut etua, ei sulje pois Dunamenti Erőműn saamaa etua.

37 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 89–94 kohta.

38 — Ks. mm. päätöksen 2008/214 81 ja 82 kohta; päätöksen 2009/174 57 kohta ja päätöksen 2010/690/EU 169 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

39 — En ymmärrä, millä tavoin, kuten unionin yleinen tuomioistuin katsoo, komission asiassa Postabank tekemä päätös olisi tässä yhteydessä hyödytön pelkästään sillä perusteella, että se koskisi vain yhtä erityistapausta eikä liittyisi mitenkään riidanalaiseen päätökseen (ks. tuomio Tisza Erőmű v. komissio, T-468/08, EU:T:2014:235, 89 kohta).

132. Katson näin ollen, että Dunamenti Erőműn väitteet, jotka perustuvat tuomioon AceaElectrabel v. komissio (T-303/05, EU:T:2009:312) ja joilla se pyrkii osoittamaan, että Electrabel ja Dunamenti Erőmű muodostivat yhden ainoan taloudellisen yksikön, eivät muuta mitenkään edellä esitettyä arviointia. Vaikka Electrabelia ja Dunamenti Erőműä pidettäisiin yhtenä ainoana taloudellisena yksikkönä, tämä ei estäisi sitä, että tämä yksikkö, joka on hyötynyt sähkönhankintasopimuksesta, on voinut saada etua.

133. Näin ollen unionin yleinen tuomioistuin ei ole tehnyt oikeudellista virhettä hylätessään Dunamenti Erőműn väitteen, joka perustuu siihen, että antaessaan kyseessä olevan sähkönhankintasopimuksen Dunamenti Erőműlle MVM on toiminut kuten yksityinen sijoittaja, joka pyrkii saamaan mahdollisimman suuren voiton sen myynnistä.

c) Toinen osa, joka koskee sitä, onko tuki perittävä takaisin myydyltä yritykseltä vai myyjältä, kun yksityistämishinta sisältää tuen arvon

i) Asianosaisten esittämät perustelut

134. Dunamenti Erőmű väittää, että vaikka sille olisi myönnetty etu ennen sen yksityistämistä, sen ostaja on palauttanut tämän edun Unkarin valtiolle, sillä sähkönhankintasopimus sisältyi ostajan valtiolle maksamaan hintaan, kun Dunamenti Erőmű yksityistettiin tarjouspyyntömenettelyn perusteella.

135. Dunamenti Erőmű vetoaa tuomion Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) 78 kohtaan, jossa todetaan, että ”periaatteessa – – silloin, kun tukea saanut yhtiö on myyty markkinahintaan, aiemmin maksetun tuen vaikutukset näkyvät kauppahinnassa, ja tuesta saatu etu jää kyseisen yhtiön myyjälle. Tällaisessa tapauksessa tukea edeltäneen tilanteen palauttaminen edellyttää ensisijaisesti, että myyjä maksaa tuen takaisin”.

136. Tällä perusteella Dunamenti Erőmű päättelee, että koska sähkönhankintasopimus on otettu huomioon Unkarin valtiolle maksetussa yksityistämishinnassa, etu on jäänyt Unkarin valtiolle, eikä sitä itseään voida näin ollen pitää SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun valtion varoista peräisin olevan edun saajana.

137. Komissio sitä vastoin katsoo, että Dunamenti Erőmű sekoittaa jälleen ostetulle yksikölle (tuensaajalle) myönnetyn tuen ja tämän yksikön ostajalle myönnetyn tuen.

138. Komissio katsoo tuomion Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) 78 kohdan ”ylimääräiseksi huomautukseksi” ja tukeutuu päinvastoin tuomion Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) 81 kohtaan, jossa todetaan, että ”käsillä olevassa asiassa yritys, jolle sääntöjenvastaiset valtiontuet on myönnetty, säilyttää oikeussubjektiutensa ja jatkaa omaan lukuunsa valtiontuilla tuettua toimintaa”, ja katsotaan, että näin ollen ”tämä yritys on yleisesti ottaen se, jolle mainittuihin tukiin liittyvä kilpailuetu jää, ja siis tämä yritys on velvoitettava maksamaan takaisin näitä tukia vastaava määrä. Ostajaa ei siis voida vaatia maksamaan näitä tukia takaisin”.

139. Komission mukaan tuomiossa Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) on tehty selvä ero tuomioon Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) nähden.

ii) Asian arviointi

– Alustavat toteamukset

140. Totean aluksi, että tuomio Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) ja tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) koskevat molemmat sen henkilön yksilöintiä, jolta tuki on perittävä takaisin, eikä tuen olemassaoloa.

141. Vaikka Dunamenti Erőmű esittää väitteensä tuen olemassaoloa koskevan kolmannen valitusperusteensa yhteydessä, ne muodostavat näin ollen todellisuudessa itsenäisen perusteen, joka unionin tuomioistuimen on käsiteltävä, vaikka se katsoisi vastoin tämän ratkaisuehdotuksen 128 kohdassa esittämääni kantaa, että unionin yleinen tuomioistuin hylkäsi perustellusti väitteet, jotka perustuvat sähkönhankintasopimuksen ja Dunamenti Erőműn yksityistämisen välisen luontaisen yhteyden huomiotta jättämiseen yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta sovellettaessa.

142. Jos unionin tuomioistuin ei noudata ehdotustani, on nimittäin välttämättä olemassa tuki, joka Unkarin on poistettava ja perittävä takaisin. Jos unionin tuomioistuin sitä vastoin noudattaa ehdotustani, ei ole mitenkään poissuljettua, että soveltamalla oikein yksityinen sijoittaja -arviointiperustetta voidaan päätyä toteamukseen samansuuruisen tai erisuuruisen tuen olemassaolosta.

143. Molemmissa tapauksissa on siis määritettävä, onko kyseessä oleva tuki perittävä takaisin myydyltä yritykseltä, mikä on komission kanta, vai ostajalta, mikä on Dunamenti Erőműn kanta, kun otetaan huomioon, että ”ostajaa ei – – voida vaatia maksamaan näitä tukia takaisin” [40] tilanteessa, jossa tuensaajayritys on myyty markkinaehtojen mukaisesti.

– Velvollisuus tuen palauttamiseen on sillä, jolla säilyy tuen perusteella saatu kilpailuetu

144. On selvää, että tuomiossa Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) ja tuomiossa Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) puolletaan näennäisesti ristiriitaisia kantoja. Ainoa seikka, jonka osalta niissä esitetään samanlainen kanta, on se, että ostajalla ei voi olla velvollisuutta tuen palauttamiseen. [41]

145. Vaikka tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) annettiin tuomion Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) jälkeen, sen julisti viiden tuomarin kokoonpanossa toiminut jaosto eli kuudes jaosto, kun taas tuomio Banks julistettiin 11 tuomarin kokoonpanossa (silloinen ”suuri jaosto”), ja siihen on sittemmin viitattu useissa yhteyksissä. [42]

146. Kuten julkisasiamies Tizzano toteaa ratkaisuehdotuksensa Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2003:354) 82 kohdassa, ”yhteisöjen tuomioistuin tasapainoilee kahden kannan välillä: ensimmäisen mukaan tukien maksaminen takaisin kuuluu joka tapauksessa tuensaajayhtiölle ja toisen mukaan on niin, että jos osakkeita myydään hintaan, joka kuvastaa yhtiön markkina-arvoa tukien myöntämisen jälkeen, myyjän on maksettava tuet takaisin”.

147. Tuomion Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) jälkeen oikeuskäytännössä on edelleen tasapainoiltu näiden saman kahden kannan välillä. Todettuaan tuomion komissio v. Ranska (C-214/07, EU:C:2008:619) 58 kohdassa, että ”[tapauksessa, jossa tuensaajan lopetettua toimintansa ja luovutettua omaisuutensa] tuki on arvostettu markkinahintaan ja otettu huomioon kauppahinnassa, – – ostajan ei voida katsoa saaneen etua verrattuna muihin markkinoilla toimiviin yrityksiin verrattuna ([tuomio]

40 — Tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238, 81 kohta). Ks. myös tuomio komissio v. Ranska (C-214/07, EU:C:2008:619, 16 kohta).

41 — Ks. tuomio Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, 77 kohta) ja tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238, 80 kohta).

42 — Ks. tuomio Falck ja Acciaierie di Bolzano v. komissio (C-74/00 P ja C-75/00 P, EU:C:2002:524, 180 kohta); tuomio Italia ja SIM 2 Multimedia v. komissio (C-328/99 ja C-399/00, EU:C:2003:252, 83 kohta) ja tuomio komissio v. Ranska (C-37/14, EU:C:2015:90, 83 kohta).

Saksa v. komissio, – – 80 kohta)”, unionin tuomioistuin katsoi tuomion komissio v. Ranska (C-37/14, EU:C:2015:90) 83 kohdassa, että tuensaajan myynti markkinaehdoin, ”vaikka se näytettäisiin toteen, ei sellaisenaan vaikuta takaisinperintävelvollisuuteen, sillä kyseisellä jäsenvaltiolla on edelleen velvollisuus periä tuki takaisin *tapauksen mukaan* myydyltä yritykseltä (tuomio Saksa v. komissio, C-277/00, EU:C:2004:238, 81 kohta) tai myyjältä (tuomio Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, 78 kohta ja tuomio Falck ja Acciaierie di Bolzano v. komissio, C-74/00 P ja C-75/00 P, EU:C:2002:524, 180 kohta)”,[43] ja jätti jälleen kerran avoimeksi mahdollisuuden periä tuki takaisin joko myyjältä tai myydyltä yritykseltä esittämättä minkäänlaista erotteluperustetta ilmaisunsa ”tapauksen mukaan” soveltamiseksi.

148. Jotta asiat olisivat vielä monimutkaisempia, se, että tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) koski kahta tukea, joista toinen oli myönnetty yhtiölle, jonka osakkeet oli myyty (”share deal”), ja toinen yhtiölle, jonka omaisuus oli myyty (”asset deal”),[44] antoi vaikutelman, että nämä kaksi myyntitapausta oli erotettava toisistaan.

149. Julkisasiamies Sharpston yritti ratkaisuehdotuksensa komissio v. Ranska (C-214/07, EU:C:2008:343) 57 kohdassa selittää tuomion Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) ja tuomion Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) eroa siten, että ”asia [Banks] koski – – osakkeiden myyntiä. Nyt käsiteltävä asia koskee omaisuutta, ja asianmukainen testi on asiassa Saksa vastaan komissio annetussa tuomiossa esitetty testi. Yhteisöjen tuomioistuin omaksui kyseisessä tuomiossaan asiassa Banks omaksutun lähestymistavan, muutti tätä lähestymistapaa sen erityispiirteen mukaan, että kyseessä oli omaisuuden eikä osakkeiden osto, ja sovelsi muunnettua lähestymistapaa omaisuuden myyntiin. En näe mitään syytä poiketa asiassa Saksa vastaan komissio annetussa tuomiossa omaksutusta lähestymistavasta.”

150. Tilanne on entistäkin epävarmempi, kun tarkastellaan komission näissä eri asioissa omaksumia erilaisia ja jopa ristiriitaisia kantoja.

151. Asiassa komissio v. Ranska (C-214/07, EU:C:2008:619) toimittamansa vastauskirjelmän 38 kohdassa komissio piti ”tarpeellisena huomauttaa, että kun kyse on omaisuuden siirrosta (Asset deal) eikä osakkeiden siirrosta (Share deal), on tarkasteltava näihin toimiin liittyviä taloudellisia olosuhteita. Kun omaisuuden siirto on toteutettu tavanomaisin markkinaehdoin, yhteisöjen tuomioistuin katsoo, että tuki on arvostettu markkinahintaan ja otettu huomioon kauppahinnassa, joten ostajan ei voida katsoa saaneen etua, vaan myyjä säilyttää tuesta koituvan edun”.

152. Asiassa komissio v. Ranska (C-37/14, EU:C:2015:90) toimittamansa kannekirjelmän 87–89 kohdassa komissio väitti tarkastellessaan ”tuensaajayhtiön osakkeiden myyntiä kokonaisuudessaan tai osittain”,[45] että ”kun tuensaajayritys on myyty markkinahintaan, on määritettävä todellinen tuensaaja, jonka on palautettava tuki. Esillä olevan asian olosuhteissa tämä voi olla joko myyjä tai myyty yritys. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella tuki on lähtökohtaisesti perittävä myydyltä yritykseltä – – Kuitenkin *unionin tuomioistuin on katsonut, että myyjän on palautettava tuen määrä* tilanteessa, jossa se on säilyttänyt tuesta koituneen edun, joka on sisällytetty kauppahintaan. *Näin on erityisesti tilanteessa, jossa on selvästi osoitettu, että mahdollisesti palautettavaksi tuleva lainvastainen tuki on otettu huomioon kauppahinnassa*, tai jossa tuensaajayhtiön myyntisopimuksessa määrätään nimenomaisesti, että myyjän on palautettava myydyn yksikön saamat tuet, jos ne todetaan sääntöjenvastaisiksi ja sisämarkkinoille soveltumattomiksi”.[46]

43 — Kursivointi tässä.

44 — Ks. kyseisen tuomion 78 ja 84 kohta.

45 — Ks. 85 kohta.

46 — Kursivointi tässä.

153. Komissio totesi lisäksi, että ”ilman tämänkaltaista ehtoa useimmissa myyntisopimuksissa määrätään, että myyjä takaa myydyn yrityksen velat. Tällöin myydyn yrityksen on palautettava sääntöjenvastainen tuki, ja ostaja voi velkojen takaamista koskevan ehdon perusteella kääntyä myyjän puoleen. Tämä kysymys riippuu siten sovellettavista sopimusmääräyksistä eikä kuulu varsinaisesti perintämenettelyyn”.

154. Nyt käsiteltävässä asiassa komissio väittää,[47] että tuomiossa Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) on muutettu tuomion Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) 78 kohdassa esitettyä periaatetta siltä osin että tuki on perittävä tuensaajalta, vaikka tämä tuensaaja olisi myyty markkinaehdoin ja tuen arvo olisi otettu huomioon kauppahinnassa.

155. Esillä olevassa asiassa on mielestäni käytettävä tilaisuutta vahvistaa selvästi tuen perintään sovellettavat periaatteet tilanteessa, jossa – kuten esillä olevassa asiassa samoin kuin tuomiossa Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), tuomiossa Italia ja SIM 2 Multimedia v. komissio (C-328/99 ja C-399/00, EU:C:2003:252), tuomiossa Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) ja tuomiossa komissio v. Ranska (C-37/14, EU:C:2015:90) – tuensaaja on myyty markkinaehdoin ja tuen arvo on otettu huomioon kauppahinnassa.

156. Kuten tuomion Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) 81 kohdassa todetaan, mielestäni ”yritys – –, jolle – – [tukeen] liittyvä kilpailuetu jää, – – on velvoitettava maksamaan takaisin [tukea] vastaava määrä”. Tuen perimisen on siten seurattava etua siinä mielessä, että edun saaneen tai etua edelleen saavan yksikön on palautettava se, olipa kyse sitten omaisuuden myynnistä tai osakkeiden myynnistä, ja tämä johtuu seuraavista syistä.

157. Ensinnäkin esillä olevan asian tosiseikat eli tuen myöntäminen yhtiölle ja sitä välittömästi seurannut kyseisen yhtiön yksityistäminen osoittavat, että tuomion Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) 78 kohdassa esitetty periaate, jonka mukaan tuki on perittävä myyjältä, mahdollistaa sen, että valtiontukioikeuden väärinkäytöstä ei määrätä seuraamuksia, sillä jäsenvaltiot voivat kyseisen periaatteen nojalla myöntää tukia valtionyrityksille tietoisina siitä, että vaikka tuki olisi tulevaisuudessa mahdollisesti poistettava, yksityistämisen avulla näillä yrityksillä säilyisi tuen poistamiseen saakka kumuloitunut etu.

158. Toiseksi on niin, että ”jos tukea saanutta yhtiötä ei pureta, vaan se jatkaa edelleen toimintaansa markkinoilla, tuesta aiheutuva kilpailun vääristyminen voidaan poistaa (tai sitä voidaan ainakin vähentää) ainoastaan määräämällä takaisinmaksuvelvolliseksi kyseinen yhtiö: ainoastaan siten tällainen yhtiö ’menettää – – markkinoilla saamansa edun kilpailijoihin verrattuna, ja valtion tuen suorittamista edeltänyt tilanne palautuu’ [tuomio komissio v. Italia (C-348/93, EU:C:1995:95, 27 kohta). Ks. vastaavasti myös tuomio Espanja v. komissio (C-480/98, EU:C:2000:559, 35 kohta)]”.[48]

159. Kolmanneksi on niin, että ”vaikka se, joka myy tuensaajayhtiön osakkeita hintaan, joka kuvastaa niiden markkina-arvoa tukien myöntämisen jälkeen, hyötyy yhtiön arvonnoususta, on kuitenkin ilmeistä, että tällainen mahdollinen etu ei poista sitä etua, jonka tuensaajayhtiö on saanut kilpailijoihinsa nähden. Kilpailun vääristyminen aiheutuu juuri tästä jälkimmäisestä edusta, ja se on siis tukien takaisinperinnällä poistettava, kun taas osakkeiden myynnistä johtuva taloudellinen etu voi myös olla vaikuttamatta kilpailuun markkinoilla, koska ei ole sanottu, että osakkeiden myyjä on taloudellinen toimija”.[49]

47 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 137–139 kohta.

48 — Ks. julkisasiamies Tizzanon ratkaisuehdotus Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2003:354, 83 kohta).

49 — Ibidem, tuomion 84 kohta.

160. Lisäksi on niin, että ”päinvastainen kanta, jonka mukaan erityisissä olosuhteissa tuet on perittävä takaisin myyjältä, luo huomattavaa epävarmuutta, koska usein on vaikeaa arvioida, kuvastaako myyntihinta täysin tuensaajayhtiön markkina-arvoa tukien myöntämisen jälkeen, eikä se vähennä lainkaan riskiä kyseisen yhtiön vaatimisesta maksamaan takaisin ainakin osa tuista”. [50]

161. Näistä syistä silloin kun ”yritys, jolle sääntöjenvastaiset valtiontuet on myönnetty, säilyttää oikeussubjektiutensa ja jatkaa omaan lukuunsa valtiontuilla tuettua toimintaa, – – tämä yritys on yleisesti ottaen se, jolle mainittuihin tukiin liittyvä kilpailuetu jää, ja siis tämä yritys on velvoitettava maksamaan takaisin näitä tukia vastaava määrä”. [51]

162. Periaatteena on siis se, että tuki on perittävä takaisin myydyltä yritykseltä, eli tässä tapauksessa Dunamenti Erőműltä, eikä myyjältä, eli tässä tapauksessa MVM:ltä tai Unkarin valtiolta.

163. Kuten tuomion Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) 84–97 kohdassa todetaan, lisäksi sääntöä, jonka mukaan sen, jolle tukeen liittyvä kilpailuetu on jäänyt, on palautettava tuki, sovelletaan myös tilanteessa, jossa tuensaaja on omaisuuden myynnin tai muun liiketoimen vuoksi tyhjennetty kaikista varoista siinä tarkoituksessa tai sillä seurauksella, että tuen takaisinperinnästä tulee mahdotonta (mistä ei ole kyse esillä olevassa asiassa), mutta tämän tuensaajan toimintaa jatkaa toinen yritys, jonka on tällöin palautettava tuki, koska sille on jäänyt kilpailuetu. [52] Päinvastaisessa tapauksessa, jossa tuensaaja on lopettanut toimintansa ilman, että jokin toinen yritys jatkaisi sitä, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan periminen on täydellisen mahdotonta. [53]

164. Vaikka tuomion Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238) 81 kohdassa näytetään tehtävän ero sen mukaan, ovatko tuensaajat säilyttäneet oikeussubjektiutensa vai eivät, [54] SEUT 107 artiklassa samoin kuin perussopimuksen kilpailusäännöissä puhutaan yrityksistä (”undertakings”) eikä yhtiöistä, jotka ovat oikeussubjekteja.

165. Kuten tuomion ETI ym. (C-280/06, EU:C:2007:775) 43 kohdassa todetaan kilpailuoikeuden rikkomista käsiteltäessä, ”rikkomiseen syyllistyneen yksikön ja sen seuraajayksikön oikeudellisella muodolla ei ole merkitystä asian kannalta. Rikkomisen perusteella määrättävän seuraamuksen määräämistä kyseiselle seuraajayksikölle ei näin ollen voida sulkea pois yksinomaan sillä perusteella, että tällä on – kuten pääasioissa – muu oikeudellinen asema kuin sillä yksiköllä, jonka tilalle se on tullut, ja että se toimii muilla tavoin kuin kyseinen yksikkö”.

166. Näin ollen periaate, jonka mukaan tuen palauttamista koskeva velvollisuus on *yrityksellä*, jolle siihen liittyvä kilpailuetu jää, mahdollistaa tuen takaisin perimisen yritykseltä, joka jatkaa valtion tuella rahoitettua toimintaa.

– Soveltaminen esillä olevaan asiaan

167. Koska esillä olevassa asiassa kyseessä olevana etuna on sähkönhankintasopimus, tästä sähkönhankintasopimuksesta saatu kilpailuetu eli pitkällä aikavälillä taatut sähkön myyntihinnat, on koitunut ja jäänyt Dunamenti Erőműlle. Näin ollen Dunamenti Erőmű:n on palautettava tuki valtiolle.

50 — Ibidem, tuomion 85 kohta.

51 — Tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238, 80 kohta).

52 — Ks. vastaavasti tuomio Saksa v. komissio (C-277/00, EU:C:2004:238, 86–97 kohta); tuomio komissio v. Ranska (C-214/07, EU:C:2008:619, 58 kohta) ja tuomio komissio v. Espanja (C-610/10, EU:C:2012:781, 104 kohta).

53 — Ks. tuomio komissio v. Italia (C-454/09, EU:C:2011:650, 36 kohta) ja tuomio komissio v. Espanja (C-610/10, EU:C:2012:781, 104 kohta).

54 — Tämä erottelu on tehty myös tuomiossa komissio v. Ranska (C-214/07, EU:C:2008:619, 48 ja 55 kohta).

168. Olisi absurdia olettaa yhtäältä, että edun on saanut Dunamenti Erőmű, sillä sähkönhankintasopimus on osa sen omaisuutta, mutta toisaalta katsoa, että myyjävaltio olisi hyötynyt tuesta. On selvästi mahdotonta poistaa etu yritykseltä ja uskoa, että kilpailuetu jää toisaalle, etenkin kun tässä tapauksessa juuri sähkönhankintasopimus vääristi kilpailua ja teki Unkarin sähkömarkkinoiden vapauttamisesta lähes mahdotonta tekemällä uusille osallistujille markkinoille tulosta kalliimpaa.

169. Tämä johtopäätös voi tosin johtaa tilanteeseen, jossa Unkarin on, kuten se on jo tehnytkin, poistettava sähkönhankintasopimus samalla kun se pitää ostajan maksaman hinnan, jossa tuen arvo on otettu huomioon, vaikka Dunamenti Erőműn on palautettava tämän tuen arvo valtiolle.

170. On kuitenkin niin, kuten komissio toteaa asiassa komissio v. Ranska (C-37/14, EU:C:2015:90) toimittamassaan kannekirjelmässä, ”tämä kysymys riippuu – – sovellettavista sopimusmääräyksistä eikä kuulu – – [tukien] perintämenettelyyn”. Itse asiassa ”useimmissa myyntisopimuksissa määrätään, että myyjä takaa myydyn yrityksen velat. Tällöin myydyn yrityksen on palautettava sääntöjenvastainen tuki, ja ostaja voi velkojen takaamista koskevan ehdon perusteella kääntyä myyjän puoleen”.

171. Esillä olevassa tapauksessa Electrabelilla on paitsi nämä sopimussuhteet Unkarin valtioon nähden, myös energiaperuskirjasta tehdyn sopimuksen mukaiset takeet, joiden perusteella se voi vaatia, kuten se on tehnytkin, ICSID:n välimiesoikeudessa hukkakustannusten korvaamista *kokonaisuudessaan*.[55]

iii) Johtopäätös

172. Jättäessään arvioimatta Dunamenti Erőműn väitteet, jotka koskevat mahdollisen tuen perintää, unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen.

173. Jos unionin tuomioistuin kuitenkin yhtyy aineellisesti kolmannen valitusperusteen toisesta osasta tekemääni johtopäätökseen, on todettava, että unionin yleisen tuomioistuimen (ja komission) omaksuman ratkaisun mukaisesti Dunamenti Erőműlla on velvollisuus tuen palauttamiseen, joten valituksenalaista tuomiota ei siten pitäisi kumota tältä osin.

VI **Kumoamisen vaikutukset**

174. Koska tämän ratkaisuehdotuksen 128 kohdassa olen katsonut, että unionin yleinen tuomioistuin on tehnyt oikeudellisen virheen ja että valituksenalainen tuomio on kumottava, on tarkasteltava tämän kumoamisen vaikutuksia.

175. Euroopan unionin tuomioistuimen perussäännön 61 artiklan ensimmäisessä kohdassa määrätään, että jos unionin yleisen tuomioistuimen tuomio kumotaan, ”unionin tuomioistuin – – voi joko itse ratkaista asian lopullisesti, jos asia on ratkaisukelpoinen, tai palauttaa asian unionin yleisen tuomioistuimen ratkaistavaksi”. Näin ollen on selvitettävä, onko asia ratkaisukelpoinen.

176. Asia on ratkaisukelpoinen, kun unionin tuomioistuimella on käytettävissään kaikki tarvittavat seikat sen ratkaisemiseksi.[56]

55 — Ks. tämän ratkaisuehdotuksen 23–25 kohta.

56 — Ks. mm. tuomio Chronopost ja La Poste v. UFEX ym. (C-341/06 P ja C-342/06 P, EU:C:2008:375, 134 kohta) ja tuomio Espanja v. komissio (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, 42 kohta).

177. Kuten olen selittänyt tämän ratkaisuehdotuksen 122 kohdassa, yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen oikea soveltaminen edellyttää sen pohtimista, mitä hypoteettinen markkinatoimija, jonka on toimittava vuoden 1995 taloudellisissa olosuhteissa vapautumassa olevilla markkinoilla, olisi tehnyt 1.5.2004 myydäkseen Dunamenti Erőműn parhaaseen mahdolliseen hintaan ja kuitenkin pyrkien saavuttamaan samat taloudelliset ja kaupalliset tavoitteet kuin Unkarin valtio vuonna 1995, eli toimitusvarmuuden turvaamisen mahdollisimman pienin kustannuksin, infrastruktuurin nykyaikaistamisen ottaen huomioon erityisesti voimassa olleet ympäristönsuojelunormit sekä energia-alan välttämättömän rakenneuudistuksen.

178. Yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen oikea soveltaminen edellyttää kiistatta monitahoista arviointia. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan ”komission tutkinta, joka koskee sitä, voidaanko tiettyä toimenpidettä pitää valtiontukena sen vuoksi, että valtio ei ole toiminut tavallisena talouden toimijana, edellyttää monitahoista taloudellista arviointia. Tehdessään päätöksen, joka sisältää tällaista arviointia, komissiolla on laaja harkintavalta, johon kohdistuvan tuomioistuinvalvonnan on kohdistuttava – – siihen, että menettelyä ja perustelemista koskevia sääntöjä on noudatettu, että riidanalaisen ratkaisun perustana olevat tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, että näitä tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin. [Unionin tuomioistuinten] tehtävänä ei ole korvata omalla taloudellisia seikkoja koskevalla arvioinnillaan komission arviointia”. [57]

179. Koska yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen oikea soveltaminen ei kuulu unionin yleisen tuomioistuimelle, valituksenalaisen tuomion kumoaminen johtaa komission päätöksen kumoamiseen siltä osin kuin se koskee Dunamenti Erőműä.

180. Esillä olevassa asiassa tehty oikeudellinen virhe koskee sitä, että komissio ei ole ottanut huomioon yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamisen kannalta merkityksellisiä seikkoja, eikä unionin yleinen tuomioistuin ole kyseenalaistanut tätä huomiotta jättämistä.

181. Kolmannen valitusperusteen kolmas osa on siten perusteltu, minkä on johdettava riidanalaisen päätöksen kumoamiseen siltä osin kuin se koskee Dunamenti Erőműa.

VII **Oikeudenkäyntikulut**

182. Työjärjestyksen 184 artiklan 2 kohdan mukaan on niin, että jos valitus hyväksytään ja unionin tuomioistuin itse ratkaisee riidan lopullisesti, se tekee ratkaisun oikeudenkäyntikuluista.

183. Saman työjärjestyksen 138 artiklan 1 kohdan mukaan, jota sovelletaan muutoksenhakumenettelyyn työjärjestyksen 184 artiklan 1 kohdan nojalla, asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut.

184. Koska komissio on hävinnyt asian muutoksenhakuasteessa ja valittaja on vaatinut, että se velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, komissio on velvoitettava vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan ja korvaamaan kaikki valittajalle sekä menettelystä ensimmäisessä oikeusasteessa että muutoksenhakumenettelystä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

57 — Ks. määräys DSG v. komissio (C-323/00 P, EU:C:2002:260, 43 kohta). Ks. vastaavasti myös tuomio Espanja v. Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, 57 kohta); tuomio GlaxoSmithKline Services ym. v. komissio ym. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P ja C-519/06 P, EU:C:2009:610, 163 kohta); tuomio komissio v. Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, 64–66 kohta); tuomio Ryanair v. komissio (T-196/04, EU:T:2008:585, 41 kohta) ja tuomio Budapesti Erőmű v. komissio (T-80/06 ja T-182/09, EU:T:2012:65, 65 ja 66 kohta).

VIII **Ratkaisuehdotus**

185. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että unionin tuomioistuin ratkaisee asian seuraavasti:

1) Tuomio Erőmű vastaan komissio (T-179/09, EU:T:2014:236) kumotaan siltä osin kuin unionin yleinen tuomioistuin on kieltäytynyt ottamasta huomioon sähkönhankintasopimuksen ja yksityistämisen välistä luontaista yhteyttä yksityinen sijoittaja -arviointiperusteen soveltamista valvoessaan pelkästään sillä perusteella, että tämä seikka edeltää Unkarin unioniin liittymistä.

2) Unkarin pitkäaikaisten sähkönhankintasopimusten yhteydessä myöntämästä valtiontuesta C 41/05 4.6.2008 tehty komission päätös 2009/609/EY kumotaan Dunamenti Erőműa koskevilta osin.

3) Euroopan komissio velvoitetaan korvaamaan sekä menettelystä ensimmäisessä oikeusasteessa että muutoksenhakumenettelystä aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.