Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
MELCHIORA WATHELETA
od 1. srpnja 2015.[1]

Predmet C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
protiv

Europske komisije

„Žalba – Potpore koje su mađarska tijela dodijelila u korist određenih proizvođača električne energije – Sporazumi o kupnji električne energije sklopljeni između javnog poduzeća ‚MVM' i određenih proizvođača električne energije – Uvjeti koji stavljaju te proizvođače u povoljniju gospodarsku situaciju – Odluka kojom se utvrđuje da je potpora nespojiva sa zajedničkim tržištem"

I – **Uvod**

1. Electrabel SA (u daljnjem tekstu: Electrabel) i Dunamenti Erőmű Zrt (u daljnjem tekstu: Dunamenti Erőmű) podnijeli su ovu žalbu protiv presude Dunamenti Erőmű/Komisija (T-179/09, EU:T:2014:236; u daljnjem tekstu: pobijana presuda), u dijelu u kojem je njome odbijena tužba za poništenje društva Dunamenti Erőmű usmjerena protiv Odluke Komisije 2009/609/EZ od 4. lipnja 2008. o državnoj potpori C 41/05 koju je Mađarska dodijelila u okviru sporazumâ o kupnji električne energije (u daljnjem tekstu: pobijana odluka)[2].

2. Ovaj predmet je od velike važnosti jer postavlja tri teška pitanja. Kao prvo, Sud će imati priliku pojasniti je li, u slučaju mjere koja može predstavljati takvu potporu uspostavljenu prije pristupanja predmetne države članice Uniji, referentni datum za ispitivanje postojanja državne potpore dan dodijele potpore ili dan pristupanja te države članice Uniji. Kao drugo, Sud će morati odlučiti mora li se, ako se dan pristupanja uzme kao referentni datum, svaki činjenični element koji prethodi tom datumu isključiti iz analize o postojanju državne potpore. Kao treće, ovaj predmet nudi Sudu priliku da pojasni granicu između presuda Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) i Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Izvorni jezik: francuski

2 — SL L 225, str. 53.

II – **Okolnosti i trenutačni kontekst spora**

3. Dunamenti Erőmű je proizvođač električne energije na mađarskom tržištu električne energije koji upravlja elektranom koja se nalazi oko 30 km južno od Budimpešte (Mađarska). Riječ je o starom javnom poduzeću koje je privatizirano u prosincu 1995. U trenutku činjeničnih okolnosti njegov 74,82%-tni vlasnik bio je Electrabel, a danas je dio grupe čije je društvo majka GDF Suez SA, dok je njegov 25%-tni vlasnik bio Magyar Villamos Művek Zrt (u daljnjem tekstu: MVM), javno mađarsko poduzeće koje se aktivno bavi proizvodnjom električne energije kao i veleprodajom, prijenosom i maloprodajom električne energije na mađarskom tržištu.

4. U ožujku i lipnju 2014. grupa GDF Suez prodala je svoje udjele u Dunamenti Erőműu, koji je danas član grupe MET.

5. Sredinom 90-ih godina najhitniji ciljevi u mađarskom sektoru električne energije bili su sljedeći: osiguranje sigurnosti opskrbe po najnižoj mogućoj cijeni, modernizacija infrastrukture uz poštovanje važećih standarda zaštite okoliša te provođenje potrebnog restrukturiranja energetskog sektora. Međutim, s obzirom na to da se radilo o elektranama koje su uglavnom bile stare sovjetske elektrane, bilo je jasno da se ti ciljevi nisu mogli postići bez podrške stranih ulagača.

6. U skladu s tim, stranim su ulagačima predloženi dugoročni sporazumi o kupnji električne energije (u daljnjem tekstu: SKEE-ovi), pri čemu su se ti ulagači obvezali da će uložiti u gradnju i modernizaciju mađarskih elektrana, dok je MVM kupovao električnu energiju.

7. SKEE-ovi su omogućavali MVM-u da stvori portfelj uravnotežene proizvodnje i na taj način poštuje svoju obvezu osiguranja sigurnosti opskrbe. Također su mu omogućavali da zadovoljava temeljnu potražnju (elektrane na ugljen i nuklearne elektrane) kao i vršnu potražnju (elektrane na plin).

8. SKEE-ovi su proizvođačima električne energije nametali da na odgovarajući način održavaju i iskorištavaju svoje proizvodne jedinice. Njima se za MVM rezervirao cjelokupni proizvodni kapacitet (MW) elektrana ili njegov znatan dio. To dodjeljivanje kapaciteta bilo je neovisno o stvarnoj stopi iskorištenosti elektrane. Osim rezerviranog kapaciteta, MVM je morao od svake elektrane obuhvaćene SKEE-om kupiti određenu minimalnu količinu električne energije (MWh).

9. SKEE-ovi su bili sklopljeni u okviru pripreme privatizacije elektrana i to prema modelu ugovora koji je pripremio međunarodni odvjetnički ured na zahtjev mađarske vlade. Za razliku od privatizacije elektrana, za sklapanje SKEE-ova nije postojao natječajni postupak, ali nije sporno da su SKEE-ovi koji su potpisani prije privatizacije bili sastavni dio skupa privatizacijskih mjera.

10. Dunamenti Erőmű je 10. listopada 1995., neposredno prije privatizacije, sklopio SKEE s MVM-om koji se odnosio na „blok F“ i „blok G2“ njegove elektrane. Taj sporazum, koji je stupio na snagu 1996., trebao je trajati do 2010. za „blok F“, koji je pogonjen plinom, i do 2015. za „blok G2“, koji je opremljen plinskom turbinom s kombiniranim ciklusom.

11. Dva mjeseca nakon sklapanja SKEE-a, to jest u prosincu 1995. Electrabel je od mađarske vlade kupio Dunamenti Erőmű u konkurentskom i otvorenom natječajnom postupku.

12. Valja napomenuti da u razdoblju potpisivanja SKEE-ova mađarsko tržište električne energije još nije bilo liberalizirano te je bilo organizirano oko jednog kupca, to jest MVM-a. Naime, proizvođači električne energije mogli su samo MVM-u neposredno prodavati električnu energiju, dok je samo MVM imao pravo regionalne distributere opskrbljivati električnom energijom. Taj je režim bio na snazi između 31. prosinca 1991. i 31. prosinca 2002.

13. U vrijeme pristupanja Mađarske Uniji 1. svibnja 2004., mađarsko se tržište električne energije sastojalo od javnog sektora, koji je predstavljao 70% proizvodnje električne energije i sektora podvrgnutog tržišnom natjecanju, koji je predstavljao 30% te proizvodnje. U prvom sektoru MVM je bio jedini veleprodajni trgovac, dok su u drugom sektoru djelovali drugi tržišni sudionici, a MVM je u tom sektoru intervenirao samo da bi se riješio viška električne energije kupljene u okviru SKEE-ova, koji nije bio potreban u javnom sektoru. Taj je novi režim stupio na snagu 1. siječnja 2003. te je ukinut 1. siječnja 2008. Zakonom br. LXXXVI iz 2007.

14. Komisija je 4. svibnja 2005., u skladu s Uredbom Vijeća (EZ) br. 659/1999 o utvrđivanju detaljnih pravila primjene članka [108. UFEU-a] [3], po službenoj dužnosti evidentirala, pod referentnim brojem NN 49/2005, predmet državne potpore u vezi sa SKEE-ovima.

15. Komisija je 4. lipnja 2008. donijela pobijanu odluku, uzevši dan pristupanja Mađarske Uniji, to jest 1. svibnja 2004., kao referentni datum za ispitivanje predstavljaju li SKEE-ovi državnu potporu.

16. Komisija je člankom 1. pobijane odluke kvalificirala obvezu kupnje koja se uspostavlja SKEE-ovima državnom potporom u korist proizvođača električne energije u smislu članka 107. UFEU-a, proglasila ju nespojivom sa zajedničkim tržištem te je naložila Mađarskoj da ju prestane dodjeljivati u roku od šest mjeseci. Članak 2. nametnuo je Mađarskoj da od korisnika zatraži povrat potpore koju su koristili od 1. svibnja 2004.

17. Mađarski parlament je 10. studenoga 2008. donio Zakon br. LXX iz 2008. kojim SKEE-ovi prestaju od 31. prosinca 2008.

18. Što se tiče izračuna i povrata iznosa potpore od korisnika, mađarska vlada je odlučila za tri korisnika SKEE-ova, među kojima je Dunamenti Erőmű, uvesti sustav naknade naslijeđenih troškova sukladno Obavijesti Komisije o metodologiji za analiziranje državnih potpora povezanih s naslijeđenim troškovima (u daljnjem tekstu: Metodologija) [4].

19. Prema tom sustavu, o kojemu je Komisija obaviještena i koji je odobrila [5], naslijeđeni troškovi sastoje se od razlike između troškova ulaganja svakog od korisnika i njihove operativne dobiti, kako povijesne (računajući od stupanja na snagu SKEE-a do njegova prijevremenog raskida) tako i predviđene (između dana prijevremenog raskida i dana kada je ugovor trebao prestati na temelju sadržaja SKEE-a) [6].

20. Taj je sustav uspostavio naknadu u dvije etape [7]. U prvoj se etapi naslijeđeni troškovi korisnika moraju oduzeti od iznosa potpore koji se mora vratiti mađarskoj državi. Ako je razlika između potpore koja se mora vratiti i naslijeđenih troškova pozitivna, korisnik mora državi vratiti tu razliku. U suprotnom slučaju, mađarska država ne plaća razliku korisniku [8].

3 — SL L 83, str. 1. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 8., svezak 4., str. 16.)

4 — Tekst Metodologije dostupan je na internetskoj stranici Komisije http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fr.pdf. Direktiva 96/92/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 19. prosinca 1996. o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije (SL L 27, str. 20.) uvela je načela otvaranja konkurenciji europskog tržišta električnom energijom. Njezin članak 24. stavak 1. propisivao je „[d]ržave članice u kojima bi zbog odredbi ove direktive moglo doći do neispunjenja obveza ili jamstva djelovanja danih prije stupanja na snagu ove direktive, mogu tražiti da se primjeni prijelazni režim“ [neslužbeni prijevod]. Komisija je navela da se „takve obveze ili jamstva iskorištavanja uobičajeno nazivaju ‚naslijeđeni troškovi' (*stranded costs*). Te se obveze ili jamstva iskorištavanja mogu činjenično pojaviti u različitim oblicima: dugoročni ugovori o kupnji, ulaganja ostvarena uz implicitno ili eksplicitno jamstvo prodaje, ulaganja izvan opsega uobičajene aktivnosti itd.“ (vidjeti Metodologiju, str. 3.). Međutim, sustav minimalne količine preuzimanja koji je uvela država članica i koji se koristi fondom kako bi se naknadili naslijeđeni troškovi može predstavljati državnu potporu i stoga mora biti u skladu s kriterijima koje je navela Komisija u toj metodologiji te se o njemu mora obavijestiti Komisiju, koja ga mora odobriti prije uspostave.

5 — Vidjeti dopis C(2010) 2532 *final* potpredsjednika Komisije J. Almunije mađarskom ministru vanjskih poslova od 27. travnja 2010., dostupan isključivo na engleskom jeziku na internetskoj stranici Komisije (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — *Ibidem* (t. 8.)

7 — Za detaljni opis vidjeti *ibidem* (t. 10. do 24.).

8 — Vidjeti članak 5. stavke 1. i 3. Zakona br. LXX iz 2008.

21. Druga etapa treba nastupiti na dan isteka SKEE-a svakog od korisnika (u slučaju Dunamenti Erőműa, 31. prosinca 2015.), kada mađarska tijela trebaju ponovno izračunati naslijeđene troškove na temelju trenutačnih troškova i prihoda. U slučaju da su ti stvarni naslijeđeni troškovi niži od iznosa potpore koja se treba vratiti, korisnik mora mađarskoj državi vratiti razliku. U suprotnom slučaju, mađarska država ne plaća korisniku SKEE-a višak konačnih naslijeđenih troškova.

22. Trenutačno se naslijeđeni troškovi društva Dunamenti Erőmű procjenjuju na 22 171 991 000 mađarskih forinti (HUF) (oko 73 milijuna eura).

23. Društvo Electrabel je 13. lipnja 2007. pokrenulo arbitražu protiv Mađarske pred Međunarodnim centrom za rješavanje investicijskih sporova (ICSID), u kojoj je Komisija intervenirala kao stranka izvan postupka. Društvo Electrabel je između ostalog tvrdilo da je Mađarska, prekidom SKEE-ova bez naknađivanja naslijeđenih troškova u cijelosti, povrijedila jamstva pravednog i pravičnog postupanja s ulaganjima sadržana u članku 10. Ugovora o energetskoj povelji od 17. prosinca 1994., kojem su pristupile Kraljevina Belgija, Mađarska i Unija [9].

24. Društvo Electrabel i Mađarska dogovorili su se o odvajanju („bifurcation“) postupka na fazu „nadležnost i odgovornost“ i na fazu utvrđivanja iznosa naknade („quantum“).

25. S obzirom na to da se konačan iznos naslijeđenih troškova društava Dunamenti Erőmű i Electrabel može izračunati tek nakon 31. prosinca 2015., Arbitražni sud odlučio je odgoditi svoju odluku o pitanju krši li se sustavom naknađivanja naslijeđenih troškova koji je uspostavila Mađarska članak 10. Ugovora o energetskoj povelji za postupovnu fazu utvrđivanja iznosa naknade [10]. Međutim Arbitražni sud je procijenio da se prema „njegovom trenutačnom, privremenom i prethodnom mišljenju […] ne čini da neplaćanje [22 171 991 000 mađarskih forinti] ili manjeg iznosa na kraju mađarskog zakonodavnog plana nužno predstavlja povredu standarda [pravednog i pravičnog postupanja]; ali da bi neplaćanje (u gotovini ili drukčije) mnogo višeg iznosa naslijeđenih troškova to moglo biti“ [11].

26. Ne čini mi se da je to bio stav Arbitražnog suda koji je odlučivao u arbitraži koju je pokrenulo društvo Électricité de France (EDF), dioničar društva Budapesti Erőmű, u odnosu na raskid SKEE-a, te naložio Mađarskoj da EDF-u isplati 107 milijuna eura [12].

27. Neovisno o tužbi za poništenje (čije je odbijanje od strane Općeg suda predmet ove žalbe) koju su podnijela društva Dunamenti Erőmű i Electrabel protiv pobijane odluke, društva Dunamenti Erőmű i Electrabel su 10. siječnja 2014. Općem sudu podnijela tužbu za naknadu štete temeljem članka 340. stavka 2. UFEU-a, radi dobivanja naknade štete navodno pretrpljene zbog pobijane odluke.

28. Opći sud je 13. studenoga 2014. odbacio tu tužbu za naknadu štete kao nedopuštenu zbog zastare [13]. Rješenje Općeg suda predmet je žalbe koja je u tijeku pred Sudom [14].

9 — Valja istaknuti da zbog izbora Electrabela da pokrene arbitražu samo protiv Mađarske i isključivo u odnosu na njezine vlastite radnje i propuštanja usklađenost pobijane odluke s Ugovorom o energetskoj povelji nije bila predmet te arbitraže. Vidjeti *Electrabel S. A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, t. 3.21, 4.11 i 6.76 (dostupno na internetskoj stranici Investment Treaty Arbitrationa http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). K tomu, u svojoj tužbi za poništenje pred Općim sudom Dunamenti Erőmű nije osporio valjanost pobijane odluke u odnosu na taj ugovor. Iz toga proizlazi da je slijedom odluka koje su donijela društva Electrabel i Dunamenti Erőmű pobijana odluka u potpunosti izmaknula kontroli zakonitosti u odnosu na taj ugovor.

10 — *Ibidem* (t. 6.118.)

11 — *Ibidem* (moj prijevod): „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 — Arbitražna odluka nije javna. Vidjeti novinski članak Thomsona, D., naslovljen „EDF wins claim against Hungary“ objavljen 11. prosinca 2014. na internetskoj stranici Global Arbitration Reviewa (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Vidjeti rješenja Electrabel i Dunamenti Erőmű/Komisija (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Vidjeti predmet Electrabel i Dunamenti Erőmű/Komisija (C-32/15 P), koji je u tijeku pred Sudom.

III – **Tužbe pred Općim sudom i pobijana odluka**

29. Pobijana odluka predmet je nekoliko tužbi za poništenje pred Općim sudom od strane svakog od korisnika [15].

30. Društvo Dunamenti Erőmű svojom je tužbom pred Općim sudom tražilo poništenje pobijane odluke.

31. Društvo Dunamenti Erőmű svojim je prvim tužbenim razlogom, koji se temeljio na pogrešnom tumačenju pojma „državna potpora“ u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a, i svojim drugim tužbenim razlogom, koji se temeljio na tome da je Komisija trebala predmetne mjere kvalificirati kao „postojeće potpore“ u smislu članka 108. stavka 1. UFEU-a, osporavalo utvrđenje Komisije o postojanju državne potpore, o kvalifikaciji te potpore kao „nove potpore“ kao i datum koji je mjerodavan radi ocjene potpore sadržane u predmetnom SKEE-u. Društvo Dunamenti Erőmű osporavalo je primjenu kriterija privatnog subjekta u tržišnom gospodarstvu i položaj MVM-a kao sudionika na tržištu u trenutku pristupanja Mađarske Uniji. Društvo Dunamenti Erőmű također je istaknulo postojanje povrede načela zaštite legitimnih očekivanja i načela pravne sigurnosti kao i pogrešnu ocjenu Komisije o posebnostima predmetnog SKEE-a.

32. Društvo Dunamenti Erőmű svojim je trećim tužbenim razlogom tvrdilo da je Komisija pogrešno smatrala potporu sadržanu u predmetnom SKEE-u potporom funkcioniranju, a ne potporom ulaganju, te je osporavalo sustav naknade naslijeđenih troškova koji su uspostavila mađarska tijela.

33. Društvo Dunamenti Erőmű svojim je četvrtim tužbenim razlogom osporavalo zakonitost redoslijeda povrata potpore.

34. Opći sud je pobijanom presudom odbio tu tužbu u cijelosti [16].

IV – **Postupak pred Sudom**

35. Društva Electrabel i Dunamenti Erőmű svojom žalbom podnesenom Sudu 21. srpnja 2014. traže od Suda da poništi pobijanu presudu, da konačno odluči i da poništi pobijanu odluku, ili podredno da vrati premet na odlučivanje Općem sudu, kao i da naloži Komisiji snošenje troškova postupka pred Općim sudom i Sudom.

36. Komisija u svojem odgovoru na žalbu, podnesenom 4. rujna 2014., traži od Suda da proglasi žalbu nedopuštenom u dijelu u kojem ju je podnijelo društvo Electrabel, da odbije žalbu u dijelu u kojem ju je podnijelo društvo Dunamenti Erőmű i da potonjem naloži snošenje troškova.

37. Electrabel i Dunamenti Erőmű su 20. studenoga 2014. podnijeli repliku na koju je Komisija odgovorila odgovorom na repliku, podnesenom 25. studenoga 2014.

38. Sud je 26. ožujka 2015. strankama uputio zahtjev na temelju članka 61. stavka 2. Poslovnika Suda kojim ih je pozvao da se na raspravi usredotoče na drugi i treći žalbeni razlog te im je, sukladno članku 62. stavku 2. tog Poslovnika Suda, postavio dva pitanja kako bi odgovorile na njih na raspravi.

15 — Vidjeti rješenje Alpiq Csepel/Komisija (T-370/08, EU:T:2011:116); presudu Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65); rješenje Pannon Hőerőmű/Komisija (T-352/08, EU:T:2013:379); presude Tisza Erőmű/Komisija (T-468/08, EU:T:2014:235) kao i Dunamenti Erőmű/Komisija (T-179/09, EU:T:2014:236).

16 — Tužbe za poništenje koje su podnijeli drugi korisnici također su odbijene. Vidjeti presude Općeg suda Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65) i Tisza Erőmű/Komisija (T-468/08, EU:T:2014:235). Samo je protiv presude Dunamenti Erőmű/Komisija (T-179/09, EU:T:2014:236) podnesena žalba.

39. Na raspravi održanoj 20. travnja 2015. društva Electrabel, Dunamenti Erőmű i Komisija iznijeli su svoja usmena očitovanja.

V – **Žalba**

40. Svoju ću analizu započeti Komisijinim prigovorom nedopuštenosti žalbe u dijelu u kojem ju je podnijelo društvo Electrabel. Nadalje, obradit ću najprije četvrti, peti i prvi žalbeni razlog koji se, prema mojem mišljenju, mogu odbiti bez osobitih poteškoća. Na kraju, koncentrirat ću se na drugi i treći žalbeni razlog koji, prema mojem mišljenju, mogu navesti Sud da poništi pobijanu presudu.

A – *Dopuštenost žalbe u dijelu u kojem ju je podnijelo društvo Electrabel*

41. Komisija u svojem odgovoru na žalbu osporava dopuštenost žalbe u dijelu u kojem ju je podnijelo društvo Electrabel, s obzirom na to da je samo Dunamenti Erőmű podnio tužbu za poništenje u prvostupanjskom postupku.

42. Društva Electrabel i Dunamenti Erőmű u svojoj replici osporavaju prigovor nedopuštenost objasnivši da su oni, u trenutku podnošenja tužbe za poništenje, bili dio iste grupe poduzetnika i da je njihov zajednički gospodarski i pravni interes moglo zastupati samo jedno od njih. Društvu Electrabel bi se nakon prodaje svojeg udjela u društvu Dunamenti Erőmű trebalo odobriti podnošenje žalbe pred Sudom kako bi moglo braniti svoje interese.

43. Prema mojem mišljenju, žalbu u dijelu u kojem ju je podnijelo društvo Electrabel treba proglasiti nedopuštenom.

44. Kao prvo, kako to ističe Komisija, članak 56. stavak 2. Statuta Suda Europske unije propisuje da žalbu protiv presude Općeg suda „može podnijeti bilo koja stranka koja nije uspjela sa svojim zahtjevom u cijelosti ili djelomično“, što nije slučaj s društvom Electrabel koje nije bilo stranka u postupku pred Općim sudom.

45. Kao drugo, Electrabel nije ni privilegirana osoba koja se nije uključila u postupak pred Općim sudom, a koja, prema stavku 3. tog članka, može podnijeti žalbu protiv presude Općeg suda. Naime, ta odredba ograničava tu povlasticu na „države članice i institucije Unije“, što Electrabel nije.

46. Stoga, ovu žalbu valja ispitati kao da ju je podnijelo samo društvo Dunamenti Erőmű.

B – *Četvrti žalbeni razlog, prema kojemu je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava time što je smatrao, ne dokazavši postojanje strukturne opasnosti, da MVM-ova obveza minimalne količine preuzimanja podrazumijeva postojanje prednosti*

47. Svojim četvrtim žalbenim razlogom Dunamenti Erőmű tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava i povrijedio svoju obvezu obavljanja sudskog nadzora jer je smatrao, ne dokazavši stvarnu strukturnu opasnost, da MVM-ova obveza minimalne količine preuzimanja podrazumijeva postojanje prednosti, iako je u točki 112. pobijane presude priznao da je društvo MVM redovito kupovalo veće količine od onih koje je trebalo na temelju te obveze.

1. Dopuštenost

48. Prema mišljenju Komisije, ovaj je žalbeni razlog nedopušten jer Dunamenti Erőmű nije naveo dio pobijane presude koji je zahvaćen pogreškom koja se tiče prava.

49. Prema mojem mišljenju, taj argument valja odbiti jer se društvu Dunamenti Erőmű ne može prigovoriti da nije navelo specifične dijelove pobijane presude koji sadržavaju pogrešku koja se tiče prava, s obzirom na to da se njegov argument sastoji od prigovaranja Općem sudu da nije dokazao postojanje strukturne opasnosti.

2. Meritum

50. Prema mišljenju Komisije, u svakoj od točaka 112., 113. i 114. pobijane presude Opći sud je naveo odvojene razloge za obaranje argumenta prema kojemu činjenica da je društvo MVM od 2004. redovito kupovalo više električne energije od društva Dunamenti Erőmű od količine koju je moralo dokazuje da društvo Dunamenti Erőmű nije moglo ostvariti prednost na temelju te obveze.

51. Budući da društvo Dunamenti Erőmű ne osporava točke 113. i 114. pobijane presude, Komisija ističe da društvo Dunamenti Erőmű također ne dovodi u pitanje utvrđenje iz točke 112. prema kojemu obveza minimalne količine preuzimanja prelazi okvire uobičajene trgovačke prakse na europskom tržištu električne energije, što je samo po sebi bilo osnova za zaključak da mu je SKEE dodjeljivao prednost.

52. U svojoj replici, kao i na raspravi, društvo Dunamenti Erőmű nije osporilo analizu Komisije koju smatram osnovanom.

53. Stoga, četvrti žalbeni razlog valja odbiti.

C – *Peti žalbeni razlog, prema kojemu je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava potvrdivši Komisijinu metodologiju za izračun iznosa potpore*

54. Svojim petim žalbenim razlogom, koji se odnosi na metodu izračuna iznosa potpore, društvo Dunamenti Erőmű tvrdi da ispitivanje, provedeno u točkama 185. do 192. pobijane presude, njegovih prihoda, a ne dobiti, ne omogućava da se dobije točna slika prednosti koja navodno proizlazi iz SKEE-a, s obzirom na to da su prihodi za pokriće troškova dodatnog goriva kvalificirani kao prednost koja se mora vratiti.

55. Stoga, valja ispitati je li Opći sud imao pravo kada je potvrdio pristup Komisije da se iznos potpore koja se mora vratiti utvrđuje na temelju prihoda, a ne dobiti.

56. Prema mojem mišljenju, ovaj žalbeni razlog valja odbiti zbog razloga koje je Opći sud izložio u točkama 187. i 188. pobijane presude. Društvo Dunamenti Erőmű ne osporava da je svrha povrata potpore da se otkloni prednost koju je njezin korisnik stekao na tržištu u odnosu na svoje konkurente[17]. Prednost koju treba vratiti stoga se mora utvrditi s obzirom na iznose koji su isplaćeni korisniku. Prema tome, Opći sud je, kako je to navela Komisija, opravdano zauzeo pristup koji se temelji na iznosima koje je društvo MVM platilo društvu Dunamenti Erőmű (odnosno, na prihodima potonjeg), a ne na njegovoj ostvarenoj dobiti.

57. U svakom slučaju, kako to ističe Komisija, metoda povrata utemeljena na dobiti, nasuprot metodi utemeljenoj na prihodima, dovela bi do apsurdnih rezultata koji bi propise o državnim potporama lišili svakog korisnog učinka. Ako logiku društva Dunamenti Erőmű dovedemo do krajnosti, svaki put kad neki poduzetnik prodaje svoje proizvode ili svoje usluge po nepobjedivoj cijeni zbog državnih subvencija, svejedno ne bi bila riječ o državnim potporama jer bi se povećala samo njegova dobit, a ne i prihodi. Međutim, pravila u području državnih potpora imaju upravo za cilj da nadziru tu vrstu narušavanja tržišnog natjecanja.

17 — Vidjeti osobito presudu Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, t. 113.).

58. Također valja odbaciti argument društva Dunamenti Erőmű koji se temelji na presudi Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627), u kojoj je Sud, u točkama 30. do 33., utvrdio načelo prema kojemu, ako mjera državne potpore istodobno dovodi do dodatne dobiti i dodatnih troškova, mora se vratiti razlika između te dodatne dobiti i tih dodatnih troškova.

59. U toj presudi, koja se odnosila na prednost koju su imali distributeri – trgovci na veliko od toga što nisu bili obveznici poreza na neposrednu prodaju lijekova, koja prelazi dodatne troškove koje su snosili radi ispunjavanja obveza javne usluge, Sud je odlučio kako slijedi:

„32. […] ako bi distributeri – trgovci na veliko imali prednost od toga što nisu obveznici poreza na neposrednu prodaju lijekova, koja prelazi dodatne troškove koje snose radi ispunjavanja obveza javne usluge koje im nameću nacionalni propisi, ta prednost, za dio koji prelazi navedene dodatne troškove, ne može se u svakom slučaju smatrati nužnom kako bi ti tržišni sudionici mogli ispuniti svoju posebnu zadaću.

33. Prema tome, valja odgovoriti da se članak [106.] stavak 2. Ugovora [o FEU-u] mora tumačiti na način da ne obuhvaća poreznu prednost koju uživaju poduzetnici zaduženi za pružanje javne usluge, kao što su ove o kojima je riječ u glavnom postupku, u mjeri u kojoj ta prednost prelazi dodatne troškove javne usluge“.

60. Stoga, jasno je da, iako iznos državne subvencije koja prelazi dodatne troškove javne usluge predstavlja potporu suprotnu članku 107. UFEU-a koja se mora vratiti, to je načelo primjenjivo samo u slučaju da korisnik ulazi u područje primjene članka 106. stavka 2. UFEU-a, to jest kada mu je povjereno obavljanje usluga od općega gospodarskog interesa ili koje su po svojoj naravi monopoli koji ostvaruju prihod, što nije slučaj s društvom Dunamenti Erőmű.

61. Zbog tih razloga valja odbiti peti žalbeni razlog.

D – *Prvi žalbeni razlog, prema kojemu je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava kvalificiravši predmetni SKEE kao novu potporu a da prethodno nije utvrdio predstavlja li taj SKEE državnu potporu*

62. Svojim prvim žalbenim razlogom društvo Dunamenti Erőmű ističe da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava, kvalificiravši u točki 60. pobijane presude predmetni SKEE kao „novu potporu“ u smislu Priloga IV. Aktu o pristupanju Mađarske a da prethodno nije utvrdio jesu li ispunjena četiri uvjeta za postojanje državne potpore. U tom pogledu društvo Dunamenti Erőmű prigovara Općem sudu da je obrazloženje nedovoljno i cirkularno.

63. Prema mojem mišljenju, prvi žalbeni razlog ne može se prihvatiti.

64. Kao što je to Sud već presudio, „Opći sud može slobodno oblikovati i razvijati svoje rasuđivanje na način koji smatra potrebnim da bi odgovorio na tužbene razloge koji su istaknuti pred njim. Struktura i način na koji je Opći sud oblikovao svoj odgovor stoga se ne mogu dovesti u pitanje u okviru žalbe na temelju navoda kojima se želi utvrditi da je Opći sud trebao svoje rasuđivanje iznijeti u skladu s očekivanjima tužitelja“ [18].

65. U ovom slučaju, iako se Opći sud najprije izjasnio o postojećoj ili novoj prirodi predmetne potpore (točke 49. do 60. pobijane odluke), prije nego što je odlučio predstavlja li SKEE državnu potporu (točke 74. do 98. i 110. do 121. pobijane odluke), nisam mišljenja da je strukturiranje obrazloženja imalo utjecaja na rasuđivanje Općeg suda.

18 — Presuda British Telecommunications/Komisija (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, t. 29.)

66. U svakom slučaju, kako to kaže Komisija, Opći sud je ispitao i odbio sve argumente koje je iznijelo društvo Dunamenti Erőmű u okviru njegova prvog i drugog žalbenog razloga.

67. Slažem se također s Komisijinom tvrdnjom da zaključak Općeg suda da predmetni SKEE predstavlja državnu potporu ne ovisi o prethodnom zaključku da je predmetna potpora nova. Prema tome, obrazloženje Općeg suda nije cirkularno.

68. Zbog tih razloga valja odbiti prvi žalbeni razlog.

E – *Drugi žalbeni razlog, prema kojemu je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava smatrajući da se četiri kriterija koja omogućuju kvalifikaciju mjere kao državne potpore trebaju ispitati na dan pristupanja Mađarske Uniji*

69. Svojim drugim žalbenim razlogom društvo Dunamenti Erőmű prigovara Općem sudu da je počinio pogrešku koja se tiče prava uzevši dan pristupanja Mađarske Uniji, odnosno 1. svibnja 2004., kao referentni datum za utvrđivanje predstavlja li predmetni SKEE državnu potporu, kao što to tvrdi Komisija u uvodnim izjavama 156. do 173. pobijane presude.

70. Prvim dijelom tog žalbenog razloga društvo Dunamenti Erőmű tvrdi da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava u točkama 55. i 65. pobijane odluke, zato što, suprotno zaključcima iz tih točaka, nijedna odredba Priloga IV. Aktu o pristupanju ne dovodi do zaključka bilo izravno bilo dedukcijom o relevantnom datumu za ocjenjivanje je li državna mjera državna potpora.

71. Drugim dijelom tog žalbenog razloga društvo Dunamenti Erőmű ističe da je rasuđivanje koje je slijedio Opći sud da bi obrazložio svoj izbor referentnog datuma kako bi utvrdio postojanje potpore (i osobito postojanje prednosti za korisnika u svjetlu kriterija privatnog ulagača u tržišnom gospodarstvu) u suprotnosti s „pravnom praksom“, to jest sa smjernicama i s praksom Komisije prilikom donošenja odluka, kao i sa sudskom praksom sudova Unije.

1. Prvi dio drugog žalbenog razloga

72. Kao što to ističe Opći sud u točki 50. presude Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65), „državne mjere čija je primjena započela prije pristupanja, ali koje su, s jedne strane, i dalje primjenjive nakon pristupanja i koje, s druge strane, na dan pristupanja ispunjavaju četiri kumulativna kriterija iz članka [107.] stavka 1. [UFEU-a], podvrgnute su posebnim pravilima utvrđenima u Prilogu IV. Aktu o pristupanju, bilo kao postojeće potpore u smislu članka [108.] stavka 1. [UFEU-a], ako potpadaju pod jednu od tri spomenute kategorije u spomenutom prilogu, bilo kao nove potpore na dan pristupanja u smislu članka [108.] stavka 3. [UFEU-a], ako ne potpadaju pod jednu od te tri kategorije“.

73. Članak 1. naslova III. naslovljenog „Politika tržišnog natjecanja“, u Prilogu IV. Aktu o pristupanju navodi kao slijedi:

„1. Sljedeći programi potpora i pojedinačne potpore koji su stupili na snagu u novoj državi članici prije dana pristupanja i primjenjuju se i nakon tog dana smatraju se od pristupanja postojećim potporama u smislu članka [108.] stavka 1. [UFEU-a]:

(a) mjere potpore koje su stupile na snagu prije 10. prosinca 1994.;

(b) mjere potpore navedene u Dodatku ovom Prilogu;

(c) mjere potpore koje je prije dana pristupanja ocijenilo tijelo nove države članice nadležno za nadzor nad državnim potporama i za koje je utvrdilo da su usklađene s pravnom stečevinom Unije te u vezi s kojima Komisija nije iznijela prigovor na temelju ozbiljne sumnje u usklađenost mjere sa zajedničkim tržištem, u skladu s postupkom utvrđenim u stavku 2.

Sve mjere koje se primjenjuju i nakon dana pristupanja, a predstavljaju državnu potporu i ne ispunjavaju gore navedene uvjete, smatraju se od pristupanja novim potporama za potrebe primjene članka [108.] stavka 3. [UEZ-a.].

[…]“

74. Društvo Dunamenti Erőmű smatra da u toj odredbi nije naveden datum u odnosu na koji bi se državna mjera trebala ispitati u svjetlu pravila o državnim potporama. Ta se odredba samo odnosi na pitanje treba li se potpora koja je još uvijek na snazi u trenutku pristupanja (i koja u uobičajenom smislu riječi „postoji“ u tom trenutku) smatrati postojećom potporom ili novom potporom u odnosu na Akt o pristupanju. Stoga, prema mišljenju društva Dunamenti Erőmű, mjera koja nije predstavljala potporu u trenutku njezina dodjeljivanja ne potpada pod područje primjene te odredbe. Prema tome, to društvo smatra da je Opći sud kao referentni datum trebao uzeti dan dodjele predmetnog SKEE-a, u prosincu 1995.

75. Ne slažem se s tom analizom za koju smatram da miješa definiciju izraza „postojeći“ iz Akta o pristupanju s uobičajenim značenjem tog izraza. Naime, potpora koja je postojeća u zadnje navedenom smislu, kao predmetni SKEE koji je već bio dodijeljen u trenutku kada ga je Komisija ispitivala, može predstavljati novu potporu u smislu Akta o pristupanju samo zato što ne potpada pod definiciju „postojeće potpore“ iz tog akta.

76. Upućujem na točke 60. do 64. presude OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185) u vezi s istom odredbom tog Akta o pristupanju, koja se primjenjivala na jamstvo koje je mađarska država dodijelila 2001., to jest tri godine prije njezina pristupanja Uniji. S obzirom na to da jamstvo o kojem je riječ nije ispunjavalo nijedan od tri uvjeta koji su navedeni u Prilogu IV. točki 3., Sud je presudio da ga „stoga […], ako je to slučaj, treba smatrati novom potporom“ [19].

77. Isto tako, u ovom slučaju, kao što je to presudio Opći sud u točki 59. pobijane presude, predmetni SKEE ne pripada ni u jednu od tri kategorije potpora koje se smatraju postojećima u članku 1. stavku 1. naslova 3. Priloga IV. Aktu o pristupanju. Predmetni SKEE nije stupio na snagu prije 10. prosinca 1994., nije bio naveden u dodatku predmetnom prilogu i nije ga prije dana pristupanja ocijenilo mađarsko tijelo nadležno za nadzor nad državnim potporama i utvrdilo da je usklađen s pravnom stečevinom Unije, bez Komisijina prigovora u tom pogledu.

78. Štoviše, ako bi se u obzir uzeo raniji dan, kao na primjer dan dodjele predmetnog SKEE-a, time se ne bi poštovala volja autora Akta o pristupanju koji su se, kao što je to u točki 60. pobijane presude [20] presudio Opći sud, željeli udaljiti od prethodne sudske prakse sudova Unije prema kojima „postojeće potpore predstavljaju potpore koje su uspostavljane prije stupanja na snagu Ugovora ili prije pristupanja (Uniji) države članice o kojoj je riječ“ [21].

19 — Presuda OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, t. 64.). U tom pogledu valja naglasiti zaključak arbitražnog suda koji je smatrao da društvo Electrabel nije podnijelo potrebne dokaze kako bi potkrijepilo svoj argument prema kojem je Mađarska povrijedila svoje obveze koje proizlaze iz članka 10. Ugovora o energetskoj povelji jer nije učinila što je potrebno kako bi uključila SKEE-ove u definiciju „postojeće potpore“ u smislu Priloga IV. Vidjeti u tom smislu Electrabel S. A. v. The Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, točka 6.6.

20 — Vidjeti također u tom smislu presudu Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65, t. 60.).

21 — Presuda Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, t. 19.). Vidjeti također u tom smislu presude Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, t. 48.) i Alzetta i dr./Komisija (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 do T-607/97, T-1/98, T-3/98 do T-6/98 i T-23/98, EU:T:2000:151, t. 142.).

79. U svakom slučaju, kao što je to odlučio Opći sud u točki 65. pobijane presude, „iz teksta Priloga IV. Aktu o pristupanju jasno je vidljivo da mjera koja se nije smatrala državnom potporom kada je stupila na snagu može kasnije to postati“ [22].

80. Naime, kao što navodi Komisija u točki 165. pobijene presude „SKEE-ovi, koji su bili sklopljeni (kao što to priznaju zainteresirane strane) u bitno drukčijim gospodarskim uvjetima prije pristupanja liberaliziranom unutarnjem tržištu energije, u novom su gospodarskom i pravnom kontekstu [koji proizlazi iz pristupanja Uniji] mogli postati državne potpore“.

81. Kao što je to odlučio Opći sud u točki 58. presude Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65) „nakon stupanja na snagu predmetnog SKEE-a Mađarska je, najprije na vlastitu inicijativu pa kasnije prenoseći zakonodavstvo Unije koje je primjenjivo na unutarnje tržište električne energije, znatno izmijenila pravni okvir unutar kojeg su proizvođači električne energije obavljali svoju djelatnost“.

82. Stoga je na Komisiji, a potom, u okviru tužbe za poništenje, na Općem sudu bilo da ispita je li u trenutku pristupanja Mađarske Uniji i u okviru liberaliziranog unutarnjeg tržišta električne energije predmetni SKEE predstavljao državnu potporu i, po potrebi, je li bila riječ o novoj ili postojećoj potpori u smislu Priloga IV. Aktu o pristupanju.

83. Posljedično, ako je predmetni SKEE potpora, nema sumnje da predstavlja novu potporu u smislu Akta o pristupanju.

2. Drugi dio drugog žalbenog razloga

84. Što se tiče argumenata društva Dunamenti Erőmű koji se odnose na „pravnu praksu“ Komisije i sudova Unije, podsjećam, kao što to naglašava Komisija, da je Sud već zagovarao datum pristupanja kao referentni datum.

85. Naime, kao što je Sud već presudio u odnosu na odredbu Priloga V. Aktu o pristupanju Bugarske (koji odgovara članku 1. glavi III. Priloga IV. Aktu o pristupanju Mađarske), „mjere koje su stupile na snagu prije navedenog pristupanja, ali koje se, s jedne strane, primjenjuju i nakon njega i, s druge strane, zadovoljavaju kumulativne kriterije iz članka [107.] stavka 1. [UFEU-a] na dan pristupanja, podvrgnute su posebnim pravilima utvrđenima u Prilogu V. Aktu o pristupanju bilo kao postojeće potpore u smislu članka [108.] stavka 1. [UFEU-a], ako potpadaju pod jednu od tri kategorije navedene u tom prilogu, bilo kao nove potpore na dan pristupanja u svrhu primjene članka [108.] stavka 3. [UFEU-a], ako ne potpadaju pod jednu od te tri kategorije“ [23].

86. Smatram da iz te sudske prakse proizlazi da su Komisija i Opći sud u ovom slučaju pravilno primijenili pravila koja su navedena u Prilogu Aktu o pristupanju Mađarske Uniji.

87. U svakom slučaju, kako to ističe Komisija, nijedna od presuda Općeg suda i Suda koje navodi društvo Dunamenti Erőmű [24] ne odnosi se na mjere koje je država članica donijela prije pristupanja Uniji i koje su nakon pristupanja još bile na snazi. S obzirom na to da se u ovim predmetima nije postavilo pitanje poštovanja vremenskih granica nadležnosti Unije, nije iznenađujuće da su sudovi Unije presudili da se postojanje potpore treba ocjenjivati u trenutku njezine dodjele.

22 — Vidjeti također u tom smislu presudu Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65, t. 54.).

23 — Vidjeti presudu Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, t. 52.). Moje isticanje. Vidjeti također u tom smislu presudu Rousse Industry/Komisija (T-489/11, EU:T:2013:144, t. 61. do 64., 66. i 67.).

24 — Vidjeti presude Francuska/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, t. 71. i 76. do 83.); Komisija/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, t. 104.); Cityflyer Express/Komisija (T-16/96, EU:T:1998:78, t. 76.); Westdeutsche Landesbank Girozentrale i Land Nordrhein-Westfalen/Komisija (T-228/99 i T-233/99, EU:T:2003:57, t. 246.) kao i Nizozemska/Komisija (T-29/10 i T-33/10, EU:T:2012:98, t. 78.).

88. Što se tiče prakse Komisije koja se sastoji [25] od analize mjere potpore koju je država članica dodijelila prije pristupanja, uzimajući u obzir i elemente prije pristupanja, naglašavam da odluke Komisije koje je navelo društvo Dunamenti Erőmű [26] ne podupiru tezu tog društva prema kojoj bi referentni datum trebao biti dan dodjele predmetne potpore.

89. Kao prvo, što se tiče Odluke 2008/214 Komisije u predmetu GE Capital Bank, predmetna mjera potpore sastojala bi se od jamstava, osiguranja i obećavanja naknada kao i prodajne opcije koju je dodijelila Češka Republika u okviru prestrukturiranja i privatizacije banke AGB.

90. Iako su mjere bile dodijeljene prije pristupanja Češke Republike Uniji, one ostaju „na snazi nakon pristupanja“ [27] u smislu da su se nakon pristupanja korisnici još mogli njima koristiti. Referentni datum koji je odabrala Komisija stoga je bio dan pristupanja.

91. Mjera potpore o kojoj je riječ u Odluci Komisije 2009/174 u predmetu Postabank sastojala se od naknade za nepoznata potraživanja koja je mađarska država u okviru prestrukturiranja i privatizacije banke Postabank dodijelila u korist njezina kupca Erste Bank.

92. Kao što je to smatrala Komisija u točki 47. svoje odluke, radilo se o mjeri koja je ostala na snazi nakon pristupanja, koju je, kao u predmetnom slučaju, trebalo smatrati novom potporom u smislu istog akta o pristupanju.

93. Jednako vrijedi i za Odluku Komisije 2010/690 u predmetu PZL Hydral koja se, u okviru plana spašavanja tog društva, odnosila među ostalim mjerama potpore na neizvršavanje obveza prema javnim vjerovnicima tog društva tijekom razdoblja 1998. – 2007.

94. Unatoč činjenici što su neizvršena potraživanja postala ovršiva prije pristupanja Republike Poljske Uniji i ostala ovršiva nakon pristupanja, ta je mjera bila dio plana spašavanja koji je uspostavljen 2007., to jest tri godine nakon pristupanja. Iz toga proizlazi da je referentni datum u tom predmetu također bio dan pristupanja Republike Poljske Uniji, a ne dan dodijele predmetne potpore.

95. Treba naglasiti da je Komisija u svim svojim odlukama uzela u obzir elemente prije pristupanja, što joj je društvo Dunamenti Erőmű prigovorilo da nije učinila u njegovu slučaju. Međutim, to se odnosi na pitanje treba li Komisija, u slučajevima poput ovog, pri primjeni kriterija privatnog ulagača uzeti u obzir činjenice koje prethode pristupanju, kao što su privatizacija i njezini ciljevi te neodvojivu povezanost između privatizacije i SKEE-a. To pitanje (na koje ću se vratiti u okviru trećeg žalbenog razloga) drukčije je od pitanja koji je referentni datum za odluku treba li državnu mjeru kvalificirati kao državnu potporu.

96. Zbog tih razloga drugi žalbeni razlog treba odbiti.

25 — Što je pomalo paradoksalno kada pogledamo Komisijinu tezu u ovom predmetu (vidjeti moju analizu trećeg dijela trećeg žalbenog razloga u točkama 125. do 127. ovog mišljenja).

26 — Radi se o odlukama 2008/214/EZ od 18. srpnja 2007. o državnoj potpori C 27/2004 Češke Republike u korist društava GE Capital Bank a.s. i GE Capital International Holdings Corporation, USA (SL L 67, str. 3.); 2009/174/EZ od 21. listopada 2008. o državnoj potpori C 35/04 Republike Mađarske u korist Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (SL L 62, str. 14.); 2010/690/EU od 4. kolovoza 2010. o državnoj potpori C 40/08 (ex N 163/08) Poljske u korist PZL Hydral d.o. o. (SL L 298, str. 51.).

27 — Odluka 2008/214, t. 58.

F – *Treći žalbeni razlog, prema kojem je Opći sud pogrešno primijenio pravo smatravši da je predmetni SKEE dodijelio prednost društvu Dunamenti Erőmű u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a*

97. Trećim žalbenim razlogom društvo Dunamenti Erőmű prigovara Općem sudu da je pogrešno primijenio pravo u točkama 67. do 70. pobijane presude jer je time što je odredio 1. svibnja 2004. kao referentni datum isključio privatizaciju društva Dunamenti Erőmű iz svoje ocjene postojanja potpore. Prema mišljenju društva Dunamenti Erőmű analiza koja bi omogućila utvrditi predstavlja li predmetni SKEE državnu potporu ne bi se zakonski mogla provesti a da se ne uzme u obzir privatizacija i njezin kontekst, jer je SKEE mjera koja je prethodila privatizaciji i kao takva je bila sastavni dio skupa privatizacijskih mjera.

98. Nadalje, u točkama 49. do 66. žalbe društvo Dunamenti Erőmű navodi tri argumenta kako bi dokazalo da bi Opći sud, da je uzeo u obzir okolnosti privatizacije, presudio da SKEE ne predstavlja prednost ili, u svakom slučaju, da društvo Dunamenti Erőmű nije zadržalo prednost.

99. Kao prvo, društvo MVM djelovalo je kao privatni ulagač koji želi prodajom društva Dunamenti Erőmű ostvariti što veću dobit (t. 49. do 54. žalbe).

100. Kao drugo, čak i da je SKEE uključivao prednost, Electrabelovom kupnjom društva Dunamenti Erőmű nakon natječajnog postupka kompenzirala se ta navodna prednost (t. 55. do 62. žalbe).

101. Kao treće, pristupanje Mađarske Uniji nije izmijenilo veze između SKEE-a i privatizacije društva Dunamenti Erőmű i nije imalo nikakav utjecaj na činjenicu da SKEE nije dodijelio nikakvu prednost društvu Dunamenti Erőmű (t. 63. do 67. žalbe u vezi s njezinim t. 41. do 62.).

1. Dopuštenost

102. Prema mišljenju Komisije treći žalbeni razlog odnosi se na činjenično pitanje i stoga je nedopušten. Budući da je Opći sud pravilno smatrao da je dan pristupanja Mađarske Uniji referentni datum za utvrđivanje postojanja potpore, on je pravilno u točkama 68. do 70. pobijane presude presudio da se utvrđivanje postojanja prednosti koju SKEE dodjeljuje društvu Dunamenti Erőmű trebalo povezati samo s tim danom i s razvojem situacije koju je bilo moguće predvidjeti tog dana.

103. Ne slažem se s gledištem Komisije koje po mojem mišljenju počiva na pogrešnom razumijevanju žalbe. Naime, taj se žalbeni razlog ne odnosi na pitanje koji se elementi mogu povezati s razdobljem od 1. svibnja 2004., nego na pitanje može li, iako je 1. svibnja 2004. referentni datum, Opći sud osnovano isključiti određene elemente iz svoje ocjene i osobito neodvojivu vezu između privatizacije i predmetnog SKEE-a, samo zbog razloga što su prethodili tom datumu.

2. Meritum

a) Treći dio trećeg žalbenog razloga, koji se odnosi na odbijanje Općeg suda da uzme u obzir, pri nadzoru pobijane odluke o pitanju postojanja potpore, okolnosti privatizacije društva Dunamenti Erőmű zbog toga što one prethode danu pristupanja

104. Trećim žalbenim razlogom društvo Dunamenti Erőmű tvrdi, u točkama 68. do 70. pobijane presude, da je Opći sud pogrešno presudio da se argumenti tog društva „koji se u biti temelje na okolnostima privatizacije koja je izvršena sredinom 90-ih godina trebaju odbiti s obzirom na relevantno razdoblje za ocjenu SKEE-a koje počinje od 1. svibnja 2004“ [28].

28 — Točka 68.

105. Uvodno treba naglasiti da ni Komisija ni Opći sud nisu osporavali neodvojivu vezu između dodjele SKEE-a društvu Dunamenti Erőmű i njegove privatizacije. Naime, Komisija je priznala u točki 174. pobijane presude da „je većina proizvođača električne energije priznala […] da bez jamstava koja su davali SKEE-ovi oni ne bi uložili u te elektrane“, pri čemu je jedan od proizvođača naveo da su „SKEE-ovi [bili] važan element da banke prihvate financirati ulaganje i unaprijed kontinuirano financirati operativne troškove“.

106. U točki 186. pobijane presude Komisija navodi da „je u tržišnim uvjetima u Mađarskoj sredinom 90-ih godina glavno načelo SKEE-ova, odnosno jamstvo povratka ulaganja, bio temeljni uvjet za realizaciju nužnih ulaganja“.

107. Kao što sam objasnio u točkama 5. do 11. ovog mišljenja, jasno je da su dodjeljivanje SKEE-a elektranama i privatizacija bili dio istog procesa i nije moguće ispitivati jedno a da se drugo ne uzme u obzir.

108. Društvo Dunamenti Erőmű stoga prigovara Općem sudu što je potvrdio pristup Komisije koji se sastojao, s jedne strane, u priznavanju da je u kontekstu privatizacije SKEE bio „temeljni uvjet“ isplative prodaje ili prodaje „pod tržišnim uvjetima“ društva Dunamenti Erőmű i, s druge strane, što je potpuno ignorirao taj „temeljni uvjet“ prilikom same ocjene SKEE-a s obzirom na pravila o državnim potporama te da je tako pogrešno primijenio kriterij privatnog ulagača.

109. Prema mišljenju Komisije ta argumentacija treba biti odbijena ako je Opći sud osnovano zaključio da je relevantni referentni datum dan pristupanja Mađarske Uniji, u kojem slučaju ne bi bilo primjereno uzeti u obzir radnje izvršene prije više od desetljeća prije tog datuma.

110. Prema očitovanju Komisije na raspravi, „ono što se događa u državi članici prije pristupanja Uniji je, grubo rečeno, nebitno pitanje s gledišta područja državnih potpora, osim ako to utječe na unutarnje tržište nakon pristupanja“ [29]. Prema mišljenju Komisije, izuzimanje svakog činjeničnog elementa koji prethodi danu pristupanja, osobito ako se odnosi na ciljeve koje je društvo MVM željelo postići kod privatizacije 1995., izbor je nametnut Aktom o pristupanju i volja njegovih autora koji se moraju poštovati.

111. Ne slažem se s tim stavom Komisije.

112. Smatram da je korist dana pristupanja kao referentnog datuma, kao prvo, u tome da se utvrdi trenutak u kojem treba provjeriti je li mjera koja bi mogla biti državna potpora još na snazi ili nije. Ako više nije na snazi, ne može biti predmet Komisijine analize na temelju pravila o državnim potporama [30].

113. U slučaju, poput ovog, u kojem se predmetna mjera još uvijek primjenjuje u trenutku pristupanja, referentni datum također služi za utvrđivanje trenutka u kojem treba ocijeniti predstavlja li ona državnu potporu, uzimajući u obzir da mjera koja ne predstavlja državnu potporu u trenutku dodjele može to postati kasnije, ako se promjeni struktura tržišta o kojem je riječ [31].

114. S druge strane, uzimanje dana pristupanja kao referentnog datuma ne isključuje samo po sebi i automatski, kao što je to presudio Opći sud u točkama 68. do 70. pobijane presude, uzimanje u obzir elemenata koji prethode tom danu, a koji bi bili relevantni za pravilnu primjenu kriterija privatnog ulagača.

29 — Moj prijevod („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“)

30 — Vidjeti, *a contrario*, odluke 2008/214, 2009/174 i 2010/690.

31 — Vidjeti točke 79. do 82. ovog mišljenja.

115. Osim toga, Sud je naglasio, doduše izvan posebnog okvira pristupanja, važnost opće ocjene svih relevantnih činjenica prilikom primjene kriterija privatnog ulagača. Tako je u točki 86. presude Komisija/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) Sud presudio da je „na [Komisiji] da provede opću ocjenu koja u obzir uzima, osim elemenata koje je iznijela ta država članica, sve ostale elemente relevantne za predmetni slučaj koji bi joj omogućili da utvrdi je li navedena država članica mjeru o kojoj je riječ donijela u svojstvu dioničara ili javne ovlasti. U tom pogledu […] osobito mogu biti relevantni narav i predmet te mjere, kontekst kojeg je dio kao i cilj koji se nastoji postići te pravila kojima je podvrgnuta dotična mjera“ [32].

116. Sud je zatim u točkama 104. i 105. te presude dodao da „[Komisija] može odbiti ispitivanje takvih informacija samo ako su podneseni dokazi utvrđeni nakon donošenja odluke o izvršenju ulaganja o kojem je riječ“ i da su „u svrhu primjene kriterija privatnog ulagača relevantni samo podaci koji su bili dostupni u trenutku kada je donesena odluka o izvršenju ulaganja i promjene koje je u to vrijeme bilo moguće predvidjeti [*iako], kao u ovom slučaju, Komisija ispituje postojanje državne potpore u pogledu ulaganja o kojem nije bila obaviještena i koje je država članica već ostvarila u trenutku kada Komisija provodi svoje ispitivanje*“ [33].

117. U točki 41. presude Italija i SIM 2 Multimedia/Komisija (C-328/99 i C-399/00, EU:C:2003:252) Sud je prilikom primjene kriterija privatnog ulagača na postupak dokapitalizacije proveden 1994. uzeo u obzir poslovni rezultat u obračunskoj godini 1993. i činjenicu da je „taj rezultat dio konteksta gospodarske recesije koja je uzrokovala sporiji rast, pojačano tržišno natjecanje i osjetno spuštanje cijena u europskom sektoru potrošne elektronike, koji je počelo slabjeti 1992.“, iz čega je zaključio da se privatni ulagač ne bi odlučio za ulaganja u kapital kojima je riječ.

118. Isto tako, u kontekstu koji nije povezan s pristupanjem Sud je poništio odluku Komisije među ostalim zato što je „Komisija pogrešno primijenila kriterij privatnog ulagača u tržišnom gospodarstvu s obzirom na to da nije ispitala zajmove i jamstva dodijeljena društvu Stardust u kontekstu razdoblja u kojem su bila dodijeljena“ [34].

119. Ta se razmatranja također primjenjuju u slučaju poput ovog gdje je mjera u pitanju dodijeljena prije pristupanja države članice Uniji. Naime, Komisijina primjena kriterija privatnog ulagača koju je potvrdio Opći sud i analiza postojanja državne potpore koja iz toga proizlazi mogle bi postati umjetne ako bi se isključili relevantni elementi samo zato što su nastupili u razdoblju prije pristupanja, kako je to smatrao Opći sud u točkama 68. do 70. pobijane presude.

120. Ta umjetna narav sastojala bi se u tome da se pri primjeni kriterija privatnog ulagača postavi pitanje „bi li u okolnostima koje su postojale u trenutku pristupanja Mađarske Europskoj uniji tržišni subjekt dodijelio proizvođačima slično jamstvo kao što je predviđeno SKEE-om“ [35], a ne da se uzme u obzir hipotetski tržišni subjekt koji je, kao Mađarska 1995., želio prodati elektranu čija je fizička i financijska situacija bila takva da nijedan ulagač nije mogao imati dovoljno jamstava da će moći nastaviti svoje djelatnosti i dugoročnu perspektivu svojih ulaganja te istodobno ostvariti ciljeve privatizacije koji su izloženi u točki 5. ovog mišljenja.

121. Ako je prilikom primjene kriterija privatnog ulagača nužno postaviti pitanje bi li u trenutku pristupanja hipotetski tržišni subjekt djelovao isto kako je to učinila država, tada nije moguće isključiti relevantne činjenične okolnosti koje su odredile dodjelu mjere potpore u pitanju samo zato što su prethodile danu pristupanja, jer bi to postavilo državu i hipotetski tržišni subjekt u neusporedive položaje, što bi nužno svakoga od njih moglo dovesti do drukčijeg izbora.

32 — Moje isticanje. Vidjeti također u tom smislu presudu Italija i SIM 2 Multimedia/Komisija (C-328/99 i C-399/00, EU:C:2003:252, t. 41.).

33 — Moje isticanje

34 — Presuda Francuska/Komisija (C-482/99, EU:C:2002:294, t. 81.)

35 — Točka 177. pobijane odluke

122. To znači da bi se pravilna primjena kriterija privatnog ulagača sastojala u pitanju što bi hipotetski tržišni subjekt, u istim gospodarskim okolnostima koje su postojale 1995. na tržištu koje će se liberalizirati [36], učinio 1. svibnja 2004. kako bi prodao društvo Dunamenti Erőmű za najvišu moguću cijenu, pri čemu pokušava postići iste gospodarske i trgovačke ciljeve kao i Mađarska 1995., to jest osigurati sigurnost opskrbe po najnižoj mogućoj cijeni, modernizirati infrastrukturu uz poštovanje važećih standarda zaštite okoliša i provesti potrebno restrukturiranje energetskog sektora.

123. Suprotno onomu što je tvrdila Komisija na raspravi, ja ne smatram da je takva primjena kriterija privatnog ulagača protivna Aktu o pristupanju ili volji njegovih autora. Naime, iako SKEE treba smatrati novom potporom u smislu tog akta, to jest potporom koja se prvi put dodijelila 1. svibnja 2004., nema ništa u tom aktu što bi Komisiju spriječilo da prilikom primjene navedenog kriterija uzme u obzir gospodarske i trgovačke ciljeve koje je MVM želio postići dodjeljivanjem SKEE-a.

124. Posljedično, smatram da se relevantni elementi koji prethode pristupanju mogu uzeti u obzir prilikom primjene kriterija privatnog ulagača u trenutku pristupanja.

125. Paradoksalno, i kao što sam već napomenuo [37], isto kao što je to učinilo i društvo Dunamenti Erőmű u okviru svojeg drugog žalbenog razloga, ta teza odgovara praksi Komisije koju osobito nalazimo u odlukama GE Capital Bank, Postabank i PZL Hydral, gdje je Komisija sustavno prilikom ocjene postojanja potpore uzimala u obzir činjenične okolnosti koje su prethodile referentnom datumu [38], to jest danu pristupanja država članica u pitanju Uniji.

126. Osobito upućujem na Odluku 2009/174 u predmetu Postabank koji se također odnosi na mjeru potpore koju je dodijelila Mađarska prije svojeg pristupanja. U točkama 55. i 56. te odluke Komisija je smatrala, po mojem mišljenju pravilno, da „[š]to se tiče procjene ponašanja mađarskih tijela u 2003. u pogledu načela privatnog ulagača u tržišnom gospodarstvu, valja primijetiti da Komisija nije osporavala postupak privatizacije Postabanka i priznala je da je on prodan u okviru javnog natječaja kupcu koji je ponudio najviši iznos“ i da „[t]a činjenica međutim nije dovoljan uvjet za isključenje postojanja prednosti“ [39].

127. Smatram da taj odlomak predstavlja pravilno gledište, to jest da se u slučaju poput ovog relevantne okolnosti koje prethode pristupanju moraju uzeti u obzir prilikom primjene kriterija privatnog ulagača, a da to nije samo po sebi dovoljan razlog da se isključi postojanje prednosti.

128. Iz prethodno navedenog proizlazi da je Opći sud, odbivši argumente društva Dunamenti Erőmű o Komisijinu neuzimanju u obzir neodvojive veze između SKEE-a i privatizacije prilikom nadzora primjene kriterija privatnog ulagača samo zato što je taj element prethodio danu pristupanja Mađarske Uniji, počinio pogrešku koja se tiče prava i u tom pogledu njegova presuda mora biti u poništena.

36 — Postupak za liberalizaciju europskog tržišta električne energije počeo je Direktivom 96/92 čija je svrha bila otvoriti tržišnom natjecanju tržište električne energije. Rokovi za liberalizaciju tržišta električne energije bili su određeni Direktivom 2003/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2003. o zajedničkim pravilima za unutarnje tržište električne energije i ukidanju Direktive 96/92/EZ (SL L 176, str. 37.) koja je trebala biti prenesena najkasnije 1. srpnja 2004. što se tiče kupaca koji nisu kućanstva i 1. srpnja 2007. što se tiče kupaca iz kategorije kućanstvo.

37 — Vidjeti točke 89. do 94. ovog mišljenja.

38 — Vidjeti osobito točke 81. i 82. Odluke 2008/214, točku 57. Odluke 2009/174 i točke 169. i sljedeće Odluke 2010/690.

39 — Ne razumijem zašto bi odluka Komisije u predmetu Postabank bila, kao što smatra Opći sud, u ovom kontekstu nekorisna samo zato što se odnosi na poseban slučaj i nema nikakve veze s pobijanom presudom; vidjeti presudu Tisza Erőmű/Komisija (T-468/08, EU:T:2014:235, t. 89.).

b) Prvi dio trećeg žalbenog razloga, u kojem se tvrdi da nije postojala prednost za društvo Dunamenti Erőmű na temelju MVM-ove dodjele SKEE-a, s obzirom na to da je potonje društvo djelovalo kao privatni ulagač koji je prodajom društva Dunamenti Erőmű nastojao ostvariti što veću dobit

129. Prema mišljenju društva Dunamenti Erőmű, ono samo i Electrabel na temelju SKEE-a nisu dobili nikakvu prednost s obzirom na to da je, sklapajući SKEE s društvom Dunamenti Erőmű 10. listopada 1995., MVM samo nastojao ostvariti što veću dobit od prodaje društva Dunamenti Erőmű, kako bi to učinio privatni tržišni sudionik.

130. Taj argument ne može se prihvatiti jer bi činjenica da je društvo Dunamenti Erőmű privatizirano kroz otvoreni i konkurentski javni natječaj i da je prihvaćena najviša ponuda (to jest ponuda društva Electrabel) bila relevantna samo u slučaju da je mjera koja je mogla predstavljati državnu potporu sama prodaja društva Dunamenti Erőmű. Međutim to nije ovdje slučaj jer je predmetna mjera SKEE koji je društvu Dunamenti Erőmű dodijelio MVM.

131. Osim toga, kao što je rekla Komisija, društvo Dunamenti Erőmű miješa postojanje prednosti za društvo Electrabel kao kupca društva Dunamenti Erőmű s postojanjem prednosti za sebe. Naime, činjenica da nema prednosti za društvo Electrabel ne isključuje da ona ne postoji za društvo Dunamenti Erőmű.

132. Stoga, smatram da argumenti društva Dunamenti Erőmű koji se temelje na presudi AceaElectrabel/Komisija (T-303/05, EU:T:2009:312) i kojima se želi dokazati da su društva Electrabel i Dunamenti Erőmű tvorila jedan gospodarski subjekt nikako ne utječu na prethodnu analizu. Naime, čak i ako bi se smatralo da su društva Electrabel i Dunamenti Erőmű jedan gospodarski subjekt, to ne bi isključivalo postojanje prednosti za taj subjekt kao za korisnika SKEE-a.

133. Posljedično, Opći sud nije počinio pogrešku koja se tiče prava time što je odbio argument društva Dunamenti Erőmű da je društvo MVM dodjeljujući predmetni SKEE društvu Dunamenti Erőmű djelovalo kao privatni ulagač koji je nastojao ostvariti što veću dobit.

c) Drugi dio trećeg žalbenog razloga, koji se odnosi na pitanje treba li potporu vratiti poduzetnik koji je prodan ili prodavatelj, ako cijena privatizacije uključuje vrijednost potpore

i) Argumentacija stranaka

134. Prema navodima društva Dunamenti Erőmű, čak i da mu je prije njegove privatizacije dodijeljena prednost, njegov kupac je mađarskoj državi nadoknadio tu prednost jer je SKEE bio uključen u cijenu koju je kupac platio državi prilikom privatizacije društva Dunamenti Erőmű putem javnog natječaja.

135. Društvo Dunamenti Erőmű poziva se na točku 78. presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), u kojoj je Sud presudio da „u načelu, ako je društvo koje je bilo korisnik potpore prodano po tržišnoj cijeni, prodajna cijena odražava posljedice prethodne potpore i prodavatelj tog društva zadržava korist od te potpore. U ovom slučaju, ponovno uspostavljanje prijašnjeg stanja treba, ponajprije, biti osigurano povratom potpore od strane prodavatelja“.

136. Temeljem toga, društvo Dunamenti Erőmű zaključilo je da je mađarska država ta koja je zadržala prednost s obzirom na to da je SKEE procijenjen u okviru privatizacijske cijene isplaćene navedenoj državi i da se stoga to društvo ne može smatrati korisnikom prednosti koja potječe od državnih sredstava u smislu članka 107. stavka 1. UFEU-a.

137. Nasuprot tomu, Komisija smatra da društvo Dunamenti Erőmű opet miješa potporu dodijeljenu kupljenom subjektu (korisniku potpore) s onom koja je dodijeljena kupcu tog subjekta.

138. Kvalificirajući točku 78. presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) kao „*obiter dictum*“ Komisija se nasuprot tomu poziva na točku 81. presude Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238), u kojoj je Sud, utvrđujući da „u predmetom slučaju poduzetnik kojem su bile dodijeljene nezakonite državne potpore zadržava svoju pravnu osobnost i nastavlja za svoj račun obavljati djelatnosti koje su subvencionirane državnim potporama“, presudio da stoga „on zadržava konkurentsku prednost povezanu s navedenim potporama i stoga se od njega mora tražiti povrat iznosa koji odgovara iznosu tih potpora. Slijedom toga, od kupca se ne može zahtijevati da vrati takve potpore“.

139. Prema mišljenju Komisije, Sud je u svojoj presudi Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) jasno uspostavio razliku u odnosu na presudu Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Ocjena

– Uvodne napomene

140. Najprije utvrđujem da se i presuda Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) i presuda Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) tiču utvrđivanja osoba od kojih potpore treba oduzeti, a ne postojanja potpore.

141. Slijedom navedenog, iako društvo Dunamenti Erőmű iznosi svoje argumente u okviru trećeg žalbenog razloga koji se odnosi na postojanje potpore, oni predstavljaju ustvari zasebni žalbeni razlog koji Sud mora razmotriti čak i da, protivno onomu što sam predložio u točki 128. ovog mišljenja, presudi da je Opći sud s pravom odbio argumente da neodvojiva poveznica između SKEE-a i privatizacije društva Dunamenti Erőmű nije uzeta u obzir prilikom primjene kriterija privatnog ulagača.

142. Naime, ako Sud ne prihvati moj prijedlog, onda nužno postoji potpora koju Mađarska treba ukinuti i oduzeti. Ako, nasuprot tomu, Sud prihvati moj prijedlog, nije uopće isključeno da pravilna primjena kriterija privatnog ulagača može dovesti do utvrđenja da potpora postoji, u istom ili različitom iznosu.

143. U oba slučaja valja stoga utvrditi treba li predmetnu potporu oduzeti od prodanog poduzetnika, što je stajalište Komisije, ili prodavatelja, što je stajalište društva Dunamenti Erőmű, vodeći računa o tome da se „od kupca ne može zahtijevati da vrati takve potpore“ [40] ako je poduzetnik – korisnik potpore prodan u skladu s tržišnim uvjetima.

– Obveza povrata potpore treba teretiti onoga koji zadržava konkurentsku prednost stvorenu tom potporom

144. Očito je da presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) i Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) sadrže prijedloge koji su vidno proturječni. Jedina točka oko koje su usklađene jest ta da kupac ne može biti obveznik povrata potpore [41].

145. Iako je točno da je presuda Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) donesena nakon presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), nju je donijelo vijeće od pet sudaca, odnosno šesto vijeće, dok je presudu Banks donijelo vijeće od jedanaest sudaca („veliko vijeće“ u to vrijeme) i kasnije je bila u više navrata citirana [42].

40 — Presuda Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238, t. 81.). Vidjeti također presudu Komisija/Francuska (C-214/07, EU:C:2008:619, t. 16.).

41 — Vidjeti presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, t. 77.) i Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238, t. 80.).

42 — Vidjeti presude Falck i Acciaierie di Bolzano/Komisija (C-74/00 P i C-75/00 P, EU:C:2002:524, t. 180.); Italija i SIM 2 Multimedia/Komisija (C-328/99 i C-399/00, EU:C:2003:252, t. 83.) kao i Komisija/Francuska (C-37/14, EU:C:2015:90, t. 83.).

146. Kao što je to iznio nezavisni odvjetnik A. Tizzano u točki 82. svojeg mišljenja u predmetu Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2003:354), „Sud balansira između dva stajališta: onoga da potpore mora u svakom slučaju vratiti društvo koje je njihov korisnik i onoga da ih mora vratiti prodavatelj, ako su udjeli prodani po cijeni u skladu s tržišnom vrijednošću navedenog društva nakon dodjeljivanja potpora“.

147. Uostalom, nakon presude Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) Sud je nastavio balansirati između ta dva ista stajališta. Nakon što je u točki 58. svoje presude Komisija/Francuska (C-214/07, EU:C:2008:619) naveo da „[u slučaju kada je korisnik prestao obavljati svoju aktivnost i prodao svoju imovinu] te je element potpore bio procijenjen po tržišnoj cijeni i uključen u kupovnu cijenu, […] ne može se smatrati da je kupcu dana prednost u odnosu na druge tržišne sudionike (presuda Njemačka/Komisija […] t. 80.)“, u točki 83. presude Komisija/Francuska (C-37/14, EU:C:2015:90) Sud je presudio da prodaja korisnika potpore pod tržišnim uvjetima „čak i ako se dokaže, kao takva ne utječe na obvezu povrata, pri čemu je država članica o kojoj je riječ i dalje dužna provesti taj povrat, *ovisno o slučaju*, od prodanog poduzetnika (presuda Njemačka/Komisija, C-277/00, EU:C:2004:238, t. 81.) ili od prodavatelja (presude Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, t. 78. kao i Falck i Acciaierie di Bolzano/Komisija, C-74/00 P i C-75/00 P, EU:C:2002:524, t. 180.)“ [43], ostavljajući iznova otvorenom mogućnost povrata potpore bilo od prodavatelja bilo od prodanog poduzetnika, bez davanja kriterija razlikovanja za primjenu njegova izraza „ovisno o slučaju“.

148. Kako bi stvari bile još složenije, činjenica da se presuda Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) odnosila na dvije dodijeljene potpore od kojih je jedna dodijeljena društvu čije su se dionice prodavale („share deal“), a druga je dodijeljena društvu čija se imovina prodala („asset deal“) [44], ostavlja dojam da je potrebno razlikovati dvije vrste prodaje.

149. Tako je u točki 57. mišljenja u predmetu Komisija/Francuska (C-214/07, EU:C:2008:343) nezavisna odvjetnica E. Sharpston pokušala pojasniti razliku između presuda Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) i Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) činjenicom da se „predmet Banks odnosio na […] prodaju dionica, a ovaj predmet se tiče prodaje imovine, tako da su relevantni kriteriji oni koji su navedeni u presudi Njemačka/Komisija. U njoj je Sud usvojio pristup koji je usvojio i u predmetu Banks, ali ga je prilagodio s obzirom na posebnosti prodaje imovine, a ne dionica, i taj prilagođeni pristup primijenio na prodaju imovine. Ne vidim nijedan razlog zašto bi se odstupilo od pristupa iz presude Njemačka/Komisija“.

150. Nesigurnost se još više povećava kada se analiziraju različita, odnosno proturječna stajališta koja je Komisija usvojila u tim različitim predmetima.

151. Tako je u točki 38. svojeg odgovora na repliku u predmetu u kojem je donesena presuda Komisija/Francuska (C-214/07, EU:C:2008:619) Komisija „[smatrala] korisnim podsjetiti da je za prodaju imovine (*asset deal*), za razliku od prodaje dionica (*share deal*), bitno ispitati financijske uvjete tih transakcija. Kada se prodaja imovine obavlja u normalnim tržišnim uvjetima, Sud smatra da je element potpore procijenjen po tržišnoj cijeni i uključen u kupovnu cijenu, tako da se, u načelu, ne može smatrati da je kupcu imovine dana prednost s obzirom na to da korist od potpore ostaje u rukama prodavatelja“.

152. Komisija je u točkama 87. do 89. svojeg zahtjeva u predmetu Komisija/Francuska (C-37/14, EU:C:2015:90) tvrdila da u slučaju prodaje „svih ili dijela dionica društva korisnika“ [45] „nakon prodaje poduzetnika korisnika potpore po tržišnoj cijeni valja odrediti stvarnog korisnika potpore koji ju stoga mora vratiti. Ovisno o okolnostima predmetnog slučaja, mora ju vratiti bilo prodavatelj bilo prodani poduzetnik. Iz sudske prakse Suda proizlazi da se potpora u načelu mora oduzeti od prodanog

43 — Moje isticanje

44 — Vidjeti točke 78. i 84. presude.

45 — Vidjeti točku 85.

poduzetnika […] Međutim, *Sud je smatrao da iznos potpore mora vratiti prodavatelj* u slučaju kada je zadržao prednost od potpore, koja je bila uključena u prodajnu cijenu. *To je osobito slučaj kada je sa sigurnošću dokazano da prodajna cijena uzima u obzir nezakonitu potporu koja se potencijalno mora vratiti* ili da ugovor o kupoprodaji društva korisnika potpore izričito predviđa da prodavatelj mora vratiti potpore koje je primio prodani subjekt ako se one proglase nezakonitima i nespojivima“ [46].

153. Komisija je dodala da „većina kupoprodajnih ugovora koji nemaju takvu odredbu predviđa da prodavatelj jamči za obveze prodanog poduzetnika. U tom slučaju, prodani poduzetnik mora vratiti nezakonitu potporu, a odredba o jamčenju za pasivu omogućuje kupcu da se obrati natrag prodavatelju. Ovo pitanje stoga ovisi o ugovornim pravilima koja se primjenjuju i strogo uzevši nije dio postupka naplate“.

154. U ovom predmetu Komisija ističe [47] da je presuda Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) izmijenila načelo navedeno u točki 78. presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) na način da se naplata potpore mora provesti od korisnika, čak i ako je potonji prodan po tržišnim uvjetima i ako je vrijednost potpore uključena u prodajnu cijenu.

155. Prema mojem mišljenju ovaj predmet treba iskoristiti kao priliku da se na jasan način odrede načela koja se primjenjuju na povrat potpore u slučaju u kojem je, kao u ovom predmetu i u predmetima u kojima su donesene presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italija i SIM 2 Multimedia/Komisija (C-328/99 i C-399/00, EU:C:2003:252), Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) i Komisija/Francuska (C-37/14, EU:C:2015:90), korisnik potpore prodan pod tržišnim uvjetima, a prodajna cijena uključuje vrijednost potpore.

156. Smatram, kao što je Sud presudio u točki 81. presude Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238), da je „poduzetnik koji zadržava konkurentsku prednost povezanu [s potporom] […] onaj od kojeg se mora tražiti povrat iznosa koji odgovara iznosu [potpore]“. Oduzimanje potpore treba stoga slijediti prednost u smislu da je subjekt koji je uživao prednost ili koji još uvijek uživa prednost mora vratiti, neovisno o tome je li riječ o prodaji imovine ili dionica i to zbog sljedećih razloga.

157. Kao prvo, činjenice iz ovog predmeta, odnosno dodjeljivanje potpore društvu kojemu odmah slijedi privatizacija, dokazuju da načelo navedeno u točki 78. presude Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), prema kojem se povrat potpore mora ostvariti od prodavatelja, otvara mogućnost za to da zlouporaba prava državnih potpora ostane nekažnjena jer omogućuje državama članicama da dodjeljuju potpore državnim poduzećima znajući da, čak i ako će potporu trebati eventualno ukinuti za ubuduće, privatizacija omogućuje tim poduzećima zadržavanje povijesne prednosti nastale do trenutka njezina prestanka.

158. Kao drugo, „ako društvo koje je primilo potporu nije prestalo postojati nego i dalje obavlja djelatnosti na tržištu, narušavanje tržišnog natjecanja koje je potpora prouzročila može se ukloniti (ili barem ublažiti) samo nametanjem obveze povrata tom društvu: samo na taj način ‚korisnik gubi prednost koju je uživao na tržištu u odnosu na svoje konkurente i ponovno se uspostavlja situacija koja je prethodila isplati potpore’ [presuda Komisija/Italija (C-348/93, EU:C:1995:95, t. 27.). U tom smislu vidjeti također presudu Španjolska/Komisija (C-480/98, EU:C:2000:559, t. 35.)]“ [48].

46 — Moje isticanje

47 — Vidjeti točke 137. do 139. ovog mišljenja.

48 — Vidjeti točku 83. mišljenja nezavisnog odvjetnika A. Tizzana u predmetu Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2003:354).

159. Kao treće, „iako je točno da [prodavatelj] udjela u društvu koje je korisnik potpore po cijeni koja odražava njihovu tržišnu vrijednost nakon dodjeljivanja potpora ostvaruje prednost uslijed revalorizacije društva, svejedno je jasno da ta eventualna prednost ne otklanja onu koju je primilo društvo koje je korisnik potpore u odnosu na svoje konkurente. A upravo ta prednost uzrokuje narušavanje tržišnog natjecanja i nju je nužno ukloniti povratom potpora, dok je u slučaju financijske prednosti od prodaje dijelova također moguće da ona nema utjecaj na funkcioniranje tržišnog natjecanja, s obzirom na to da nije rečeno da je onaj koji prodaje udjele gospodarski subjekt“ [49].

160. Naposljetku, „suprotna teza, prema kojoj se potpore, u određenim okolnostima, trebaju oduzeti od prodavatelja, unosi ustvari značajne nesigurnosti, s obzirom na to da je često teško utvrditi odražava li prodajna cijena u potpunosti tržišnu vrijednost društva koje je korisnik potpore nakon dodjeljivanja potpora i nimalo ne umanjuje rizik od toga da će to društvo biti pozvano da barem djelomično vrati potpore“ [50].

161. Zbog toga, u slučaju da „poduzetnik kojem su bile dodijeljene nezakonite državne potpore zadrži svoju pravnu osobnost i nastavi za svoj račun obavljati djelatnosti koje su subvencionirane državnim potporama […], obično i zadržava konkurentsku prednost povezanu s tim potporama i stoga se od njega mora tražiti povrat iznosa koji odgovara iznosu spomenutih potpora“ [51].

162. Stoga, načelo je da se naplata potpora izvršava od prodanog poduzetnika, u konkretnom slučaju od društva Dunamenti Erőmű, a ne od prodavatelja, u konkretnom slučaju od društva MVM ili od mađarske države.

163. Treba dodati da se pravilo, kao što je to Sud istaknuo u točkama 84. do 97. presude Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238), da se od onoga koji zadržava konkurentsku prednost povezanu s tim potporama mora tražiti njihov povrat, primjenjuje i u slučaju u kojem je, zbog prodaje imovine ili drugih transakcija, korisnik lišen sve svoje imovine s namjerom ili posljedicom da oduzimanje potpore učini nemogućim (što nije slučaj u ovom predmetu), pri čemu je aktivnosti tog korisnika preuzeo drugi poduzetnik, koji, s obzirom na to da je zadržao konkurentsku prednost, mora vratiti potporu [52]. U suprotnom slučaju, odnosno kada korisnik prestane sa svojim aktivnostima a da ga nije preuzeo neki drugi poduzetnik, povrat bi bio, prema sudskoj praksi Suda, gotovo nemoguć [53].

164. U tom pogledu, valja podsjetiti da, unatoč tomu što se čini da Sud u točki 81. presude Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238) razlikuje korisnike prema tome jesu li ili nisu zadržali svoju pravnu osobnost [54], članak 107. UFEU-a kao i odredbe Ugovora o tržišnom natjecanju govore o poduzetnicima („undertakings“), a ne o društvima koja imaju pravnu osobnost.

165. U tom smislu, kao što je Sud presudio u točki 43. presude ETI i dr. (C-280/06, EU:C:2007:775) glede povreda pravila o tržišnom natjecanju, „pravni oblici subjekta koji je počinio povredu i njegova pravnog sljednika nisu relevantni. Izricanje sankcije za povredu tom sljedniku ne može se isključiti samo zbog toga što je on, kao u glavnim predmetima, drukčijeg pravnog statusa i djeluje drukčije od subjekta koji je naslijedio“.

166. Prema tome, načelo prema kojem obveza povrata potpore obvezuje *poduzetnika* koji zadržava konkurentsku prednost koja je s njom povezana omogućuje povrat potpore od poduzetnika koji je preuzeo aktivnosti koje država subvencionira.

49 — *Ibidem* (t. 84.)

50 — *Ibidem* (t. 85.)

51 — Presuda Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238, t. 81.)

52 — Vidjeti, u tom smislu, presude Njemačka/Komisija (C-277/00, EU:C:2004:238, t. 86. do 97.); Komisija/Francuska (C-214/07, EU:C:2008:619, t. 58.) kao i Komisija/Španjolska (C-610/10, EU:C:2012:781, t. 104.).

53 — Vidjeti presude Komisija/Italija (C-454/09, EU:C:2011:650, t. 36.) i Komisija/Španjolska (C-610/10, EU:C:2012:781, t. 104.).

54 — To razlikovanje preuzeto je također u presudi Komisija/Francuska (C-214/07, EU:C:2008:619, t. 48. i 55.).

– Primjena u ovom predmetu

167. U konkretnom slučaju, s obzirom na to da se u predmetnom slučaju prednost sastoji od SKEE-a, društvo Dunamenti Erőmű jest to koje je tu prednost imalo i koje je zadržalo konkurentsku prednost koju je proizveo taj SKEE, odnosno dugoročno zajamčenu prodajnu cijenu električne energije. Stoga društvo Dunamenti Erőmű treba državi vratiti potporu.

168. Nadalje, bilo bi apsurdno pretpostaviti da, s jedne strane, društvo Dunamenti Erőmű raspolaže prednošću jer je SKEE dio njegove imovine, ali da je, s druge strane, država koja je prodavatelj primila tu potporu. Očito je nemoguće ukinuti prednost poduzetniku i vjerovati da je konkurentska prednost zadržana drugdje, pogotovo jer je u ovom slučaju SKEE bio taj koji je narušavao tržišno natjecanje i činio liberalizaciju mađarskog tržišta električne energije gotovo nemogućom jer je ulazak novim sudionicima bio skuplji.

169. Doduše, ovaj zaključak može dovesti do situacije u kojoj Mađarska mora, kao što je to i učinila, ukinuti SKEE i još zadržati cijenu koju je kupac platio, uključujući vrijednost potpore, dok društvo Dunamenti Erőmű treba vratiti vrijednost te potpore državi.

170. Međutim, kao što to navodi Komisija u svojoj tužbi u predmetu u kojem je donesena presuda Komisija/Francuska (C-37/14, EU:C:2015:90), „ovo pitanje ovisi […] ugovornim pravilima koja se primjenjuju, a nije dio postupka povrata [potpora]“. Naime, „većina kupoprodajnih ugovora predviđa da prodavatelj jamči za obveze prodanog poduzetnika. U tom slučaju, prodani poduzetnik mora vratiti nezakonitu potporu, a odredba o jamčenju za obveze omogućuje kupcu da se obrati natrag prodavatelju“.

171. U ovom slučaju, uz te ugovorne veze s mađarskom državom društvo Electrabel također uživa jamstva iz Ugovora o energetskoj povelji koji joj omogućuje da zatraži, kao što je to i učinila, povrat *svih* naslijeđenih troškova pred arbitražnim sudom ICSID [55].

iii) Zaključak

172. Opći sud počinio je pogrešku koja se tiče prava time što je odbio analizirati argumente društva Dunamenti Erőmű povezane s eventualnim povratom potpore.

173. Međutim, ako se Sud slaže oko merituma mojeg zaključka o drugom dijelu trećeg žalbenog razloga, trebalo bi utvrditi da rješenje koje je primijenio Opći sud (i Komisija) nameće društvu Dunamenti Erőmű obvezu povrata potpore i da pobijanu presudu stoga ne treba ukinuti što se tiče tog pitanja.

VI – **Učinci poništenja**

174. Budući da sam u točki 128. ovog mišljenja zaključio da je Opći sud počinio pogrešku koja se tiče prava i da treba ukinuti pobijanu presudu, valja analizirati učinke tog poništenja.

175. U skladu s člankom 61. stavkom 1. Statuta Suda, u slučaju ukidanja presude Općeg suda „[Sud Europske unije] [m]ože sam konačno odlučiti o sporu ako stanje postupka to dopušta ili može vratiti predmet na odlučivanje Općem sudu“. Valja utvrditi dopušta li stanje postupka da Sud sam odluči o sporu.

55 — Vidjeti točke 23. do 25. ovog mišljenja.

176. Stanje postupka to dopušta kada Sud raspolaže svim elementima nužnim za odlučivanje o sporu [56].

177. Kao što sam to već pojasnio u točki 122. ovog mišljenja, pravilna primjena kriterija privatnog ulagača sastoji se od pitanja što bi hipotetski subjekt na tržištu, suočen s gospodarskim okolnostima iz 1995. na tržištu koje će se liberalizirati, učinio 1. svibnja 2004. kako bi društvo Dunamenti Erőmű prodao po najboljoj cijeni imajući u vidu iste gospodarske i trgovačke ciljeve kao i mađarska država 1995., odnosno osiguranje sigurnosti opskrbe po najnižoj mogućoj cijeni, moderniziranje infrastrukture uz poštovanje važećih standarda zaštite okoliša kao i provedbu potrebnog restrukturiranja energetskog sektora.

178. Pravilna primjena kriterija privatnog ulagača nedvojbeno podrazumijeva složenu ekonomsku ocjenu. Prema ustaljenoj sudskoj praksi, „Komisijino ispitivanje pitanja može li se određena mjera smatrati državnom potporom jer država nije postupila kao obični gospodarski subjekt podrazumijeva složenu ekonomsku ocjenu. Kada donosi akt koji sadrži takve ocjene, Komisija uživa široku diskrecijsku ovlast da donese ocjenu i sudski nadzor navedenog akta mora se ograničiti […] na provjeru poštuju li se pravila postupka i obveza obrazloženja, materijalne točnosti činjenica temeljem kojih je donesena osporavana odluka, ima li očite pogreške u ocjeni tih činjenica ili je li počinjena zlouporaba ovlasti. [Sudovi Unije] ne mogu zamijeniti [svoju] ekonomsku ocjenu onom Komisije“ [57].

179. S obzirom na to da pravilna primjena kriterija privatnog ulagača nije u nadležnosti Općeg suda, ukidanje pobijane presude dovodi do poništenja Odluke Komisije u dijelu u kojem se odnosi na društvo Dunamenti Erőmű.

180. U predmetnom slučaju, pogreška koja se tiče prava sastoji se u Komisijinu neuzimanju u obzir elemenata relevantnih za primjenu kriterija privatnog ulagača, što Opći sud nije doveo u pitanje.

181. Treći dio trećeg žalbenog razloga stoga je osnovan, što mora dovesti do poništenja pobijane odluke u dijelu u kojem se odnosi na društvo Dunamenti Erőmű.

VII – **Troškovi**

182. Na temelju članka 184. stavka 2. Poslovnika, kad je žalba osnovana i Sud sâm konačno odluči u sporu, Sud odlučuje o troškovima.

183. U skladu s člankom 138. stavkom 1. istog Poslovnika, koji se na temelju članka 184. stavka 1. tog Poslovnika primjenjuje na žalbeni postupak, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove.

184. Budući da Komisija nije uspjela u žalbenom postupku te s obzirom na to da je žalitelj zatražio da ona snosi troškove, treba joj naložiti, osim vlastitih, snošenje i sveukupnih troškova žalitelja u vezi s prvostupanjskim postupkom i u vezi sa žalbenim postupkom.

56 — Vidjeti osobito presude Chronopost i La Poste/UFEX i dr. (C-341/06 P i C-342/06 P, EU:C:2008:375, t. 134.) i Španjolska/Komisija (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, t. 42.).

57 — Vidjeti rješenje DSG/Komisija (C-323/00 P, EU:C:2002:260, t. 43.). Vidjeti također, u tom smislu, presude Španjolska/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, t. 57.); GlaxoSmithKline Services i dr./Komisija i dr. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P i C-519/06 P, EU:C:2009:610, t. 163.); Komisija/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, t. 64. do 66.); Ryanair/Komisija (T-196/04, EU:T:2008:585, t. 41.) kao i Budapesti Erőmű/Komisija (T-80/06 i T-182/09, EU:T:2012:65, t. 65. i 66.).

VIII – **Zaključak**

185. Uzevši u obzir sva prethodna razmatranja, predlažem da Sud odluči na sljedeći način:

1. Ukida se presuda Dunamenti Erőmű/Komisija (T-179/09, EU:T:2014:236) u dijelu u kojem je Opći sud odbio uzeti u obzir neodvojivu povezanost između sporazumâ o kupnji električne energije i privatizacije prilikom ispitivanja primjene nadzora privatnog ulagača samo zato što je ta okolnost nastupila prije pristupanja Mađarske.

2. Poništava se Odluka Komisije 2009/609/EZ od 4. lipnja 2008. o državnoj potpori C 41/05 koju je Mađarska dodijelila u okviru sporazumâ o kupnji električne energije u dijelu u kojem se odnosi na društvo Dunamenti Erőmű.

3. Europskoj komisiji nalaže se snošenje troškova u vezi s prvostupanjskim postupkom i u vezi sa žalbenim postupkom.