Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 7 września 2023 r.[1]

Sprawy połączone C-701/21 P i C-739/21 P

Mytilinaios AE – Omilos Epicheiriseon
przeciwko
Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI),
Komisji Europejskiej (C-701/21 P)
oraz
Komisja Europejska
przeciwko

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) (C-739/21 P)

Odwołanie – Pomoc państwa – Pojęcie „pomocy” – Możliwość przypisania środka państwu – Korzyść – Kryterium podmiotu prywatnego – Orzeczenie arbitrażowe ustalające obniżone taryfy za energię elektryczną – Możliwość przypisania orzeczenia arbitrażowego państwu – Rozporządzenie (UE) 2015/1589 – Artykuł 4 ust. 2 – Decyzja stwierdzająca, że środek nie stanowi pomocy – Poważne wątpliwości lub trudności

I. Wprowadzenie

1. W swoich odwołaniach Mytilinaios AE – Omilos Epicheiriseon (dawniej Alouminion tis Ellados VEAE, zwana dalej spółką „Mytilinaios”) (C-701/21 P) i Komisja Europejska (C-739/21 P) wnoszą o uchylenie wyroku Sądu Unii Europejskiej z dnia 22 września 2021 r., DEI/Komisja[2] (zwanego dalej „zaskarżonym wyrokiem”).

2. Odwołania te dają Trybunałowi okazję do sprecyzowania zakresu kontroli powierzonej Komisji na podstawie art. 108 ust. 3 TFUE i art. 24 ust. 2 rozporządzenia (UE) 2015/1589[3], w przypadku gdy przedsiębiorstwo kontrolowane przez państwo członkowskie poddaje spór procedurze arbitrażu handlowego.

3. W niniejszej sprawie główna trudność polega na ustaleniu, czy w celu wykluczenia istnienia pomocy państwa na etapie wstępnego badania złożonej do niej skargi Komisja może ograniczyć się do skontrolowania warunków zapisu na sąd polubowny określonych przez przedsiębiorstwo

[1] Język oryginału: francuski.

[2] T-639/14 RENV, T-352/15 i T-740/17, EU:T:2021:604.

[3] Rozporządzenie Rady z dnia 13 lipca 2015 r. ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 108 [TFUE] (Dz.U. 2015, L 248, s. 9).

publiczne[4] i na tej podstawie stwierdzić brak przyznania korzyści przy użyciu zasobów państwowych, czy też jest zobowiązana do zbadania również treści orzeczenia arbitrażowego, aby upewnić się, że orzeczenie to nie przyznaje drugiej stronie żadnej korzyści stanowiącej odstępstwo od normalnych warunków rynkowych.

4. W rozpatrywanej sprawie Sąd opowiedział się za poszerzoną kontrolą uznając, że Komisja powinna była zbadać orzeczenie sądu arbitrażowego wydane w ramach sporu pomiędzy głównym dostawcą energii elektrycznej w Grecji, spółką Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (zwaną dalej „DEI"), i jej największym klientem, spółką Mytilinaios, w przedmiocie taryf, jakie należało zastosować wobec tej ostatniej.

5. Sąd Unii Europejskiej przyrównał ów sąd arbitrażowy – działający przy krajowym organie regulacyjnym rynku energii[5] – do greckiego sądu powszechnego i orzekł, że Komisja naruszyła prawo poprzez to, że nie przypisała orzeczenia sądu arbitrażowego państwu greckiemu[6], gdyby zaś to uczyniła, miałaby obowiązek skontrolowania treści tego orzeczenia pod kątem przyznania ewentualnej pomocy państwa.

6. Moim zdaniem, wniosek ten opiera się na błędnym założeniu. Podobnie jak wnoszące odwołanie uważam bowiem, że zrównanie wskazanego sądu arbitrażowego z organem państwowym nosi znamiona naruszenia prawa.

7. Poważne argumenty przemawiają jednak za utrzymaniem rozstrzygnięcia przyjętego przez Sąd, które jako jedyne wydaje się umożliwiać zapewnienie pełnego poszanowania art. 107 i 108 TFUE w kontekście postępowań arbitrażowych z udziałem podmiotów publicznych. W związku z tym zaproponuję, aby Trybunał rozważył alternatywne uzasadnienie, które mogłoby zastąpić błędne motywy zaskarżonego wyroku.

II. Ramy prawne

8. W art. 1 lit. h) rozporządzenia 2015/1589, „zainteresowaną stronę" zdefiniowano jako którekolwiek państwo członkowskie oraz jakiekolwiek osoby, przedsiębiorstwa lub związki przedsiębiorstw, na których interesy może mieć wpływ przyznanie pomocy, w szczególności beneficjentów pomocy, konkurujące ze sobą przedsiębiorstwa lub stowarzyszenia handlowe.

9. Artykuł 4 owego rozporządzenia, noszący tytuł „Badanie wstępne zgłoszenia i decyzje Komisji", stanowi:

„1. Komisja bada zgłoszenie bezzwłocznie po jego otrzymaniu. Bez uszczerbku dla art. 10 Komisja podejmuje decyzję zgodnie z ust. 2, 3 lub 4 niniejszego artykułu.

[4] Przez „przedsiębiorstwo publiczne" rozumiem przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać dominujący wpływ w rozumieniu art. 2 lit. b) dyrektywy Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.U. 2006, L 318, s. 17).

[5] Jest to stały arbitraż świadczony przez Rythmistiki Archi Energeias (zwany dalej „RAE").

[6] Związane z tym uzasadnienie, zawarte w pkt 150–159 zaskarżonego wyroku, zostało niesłusznie przedstawione przez Sąd w ramach analizy „istnienia korzyści gospodarczej". Badana kwestia dotyczy zaś możliwości przypisania orzeczenia arbitrażowego państwu greckiemu.

2. W przypadku gdy Komisja po przeprowadzeniu badania wstępnego stwierdza, że środek będący przedmiotem zgłoszenia nie stanowi pomocy, ustalenie to zostaje stwierdzone w formie decyzji.

3. W przypadku gdy Komisja po przeprowadzeniu badania wstępnego stwierdza, że nie ma żadnych wątpliwości co do zgodności środka będącego przedmiotem zgłoszenia z rynkiem wewnętrznym, w stopniu, w jakim mieści się on w zakresie art. 107 ust. 1 TFUE, Komisja podejmuje decyzję, że środek jest zgodny z rynkiem wewnętrznym […]. W decyzji określone zostaje, który z przewidzianych w [traktacie FUE] wyjątków zastosowano.

4. W przypadku gdy po przeprowadzeniu badania wstępnego Komisja stwierdza, że zaistniały wątpliwości co do zgodności środka będącego przedmiotem zgłoszenia z rynkiem wewnętrznym, Komisja podejmuje decyzję o wszczęciu postępowania zgodnie z art. 108 ust. 2 TFUE […].

[…]".

10. Artykuł 16 rzeczonego rozporządzenia, zatytułowany „Windykacja [odzyskanie] pomocy", stanowi w ust. 1 i 3:

„1. W przypadku gdy podjęte zostały decyzje negatywne w sprawach pomocy niezgodnej z prawem, Komisja podejmuje decyzję, że zainteresowane państwo członkowskie podejmie wszelkie konieczne środki w celu windykacji [odzyskania] pomocy od beneficjenta […]. Komisja nie wymaga windykacji pomocy, jeżeli byłoby to sprzeczne z ogólną zasadą prawa Unii.

[…]

3. Bez uszczerbku dla jakiegokolwiek orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wydanego zgodnie z art. 278 TFUE, windykacja [odzyskanie] zostaje przeprowadzon[e] bezzwłocznie i zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie krajowym zainteresowanego państwa członkowskiego, pod warunkiem że przewidują one bezzwłoczne i skuteczne wykonanie decyzji Komisji. W tym celu oraz w wypadku postępowania przed sądami krajowymi, zainteresowane państwa członkowskie podejmują wszelkie konieczne kroki, jakie dostępne są w ich odpowiednich systemach prawnych, włącznie ze środkami tymczasowymi, bez uszczerbku dla prawa Unii".

11. Artykuł 24 tego rozporządzenia, noszący tytuł „Prawa zainteresowanych stron", stanowi w ust. 2:

„Każda z zainteresowanych stron może złożyć skargę w celu poinformowania Komisji o wszelkiej domniemanej pomocy niezgodnej z prawem lub wszelkiej domniemanej pomocy świadczonej niezgodnie z przeznaczeniem. […]

[…]".

III. Okoliczności powstania sporu, zaskarżone decyzje i postępowanie przed Sądem

12. Okoliczności powstania sporu i postępowanie przed Sądem przedstawiono w pkt 1–53 zaskarżonego wyroku, przy czym można je streścić w następujący sposób.

13. Mytilinaios, przedsiębiorstwo metalurgiczne, jest największym konsumentem energii elektrycznej w Grecji.

14. DEI, utworzona w formie spółki akcyjnej, jest głównym dostawcą energii elektrycznej w kraju. W okresie objętym zakresem niniejszych postępowań spółka DEI była w przeważającej części kontrolowana przez państwo greckie i znajdowała się pod nadzorem ministerstwa środowiska, energii i zmiany klimatu. Powiązania instytucjonalne między DEI a władzami greckimi polegały w szczególności na tym, że większość członków zarządu tego przedsiębiorstwa była powoływana przez państwo.

15. W dniu 4 sierpnia 2010 r. Mytilinaios i DEI podpisały umowę ramową dotyczącą taryfy opłat za dostawę energii elektrycznej, która miała być stosowana w okresie od dnia 1 lipca 2010 r. do dnia 31 grudnia 2013 r., oraz warunków polubownego uregulowania sporu dotyczącego długu Mytilinaios, który skumulował się w okresie od dnia 1 lipca 2008 r. do dnia 30 czerwca 2010 r.

16. Ponieważ Mytilinaios i DEI nie zdołały uzgodnić projektu umowy negocjowanej na podstawie umowy ramowej, podpisały one w dniu 16 listopada 2011 r. klauzulę arbitrażową, przedkładając spór sądowi arbitrażowemu RAE na podstawie art. 37 nomos 4001/2011, gia ti leitourgia Energeiakon Agoron Ilektrismou kai Fysikou Aeriou, gia Erevna, Paragogi kai diktya metaforas Ydrogonanthrakon kai alles rythmiseis (ustawy nr 4001/2011 w sprawie funkcjonowania rynków energii elektrycznej i gazu oraz badań, produkcji i sieci przesyłowych węglowodorów oraz innych regulacji)[7].

17. Sąd arbitrażowy rozstrzygnął spór orzeczeniem z dnia 31 października 2013 r. (zwanym dalej „orzeczeniem sądu arbitrażowego"). Skarga wniesiona przez DEI na orzeczenie sądu arbitrażowego została oddalona przez Efeteio Athinon (sąd apelacyjny w Atenach, Grecja) wyrokiem z dnia 18 lutego 2016 r.

18. W dniu 23 grudnia 2013 r. spółka DEI wniosła do Komisji skargę, podnosząc, że taryfa za dostawę energii elektrycznej ustalona w orzeczeniu sądu arbitrażowego była niższa od rzeczywistych kosztów, jakie ponosiła, i że w związku z tym orzeczenie to stanowiło pomoc państwa, która, jak należy domniemywać, została przyznana bezprawnie.

19. Pismem z dnia 12 czerwca 2014 r. (zwanym dalej „spornym pismem") Komisja poinformowała spółkę DEI o umorzeniu postępowania w sprawie złożonej do niej skargi, ponieważ, po pierwsze, państwo greckie nie było w stanie wywrzeć decydującego wpływu na treść orzeczenia arbitrażowego, którego nie można mu przypisać, a po drugie, metoda obliczania kosztów rzeczywistych zastosowana przez spółkę DEI odbiegała od metody przyjętej przez sąd arbitrażowy na podstawie parametrów określonych w klauzuli arbitrażowej.

20. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 22 sierpnia 2014 r. spółka DEI wniosła skargę zarejestrowaną pod numerem T-639/14, mającą na celu stwierdzenie nieważności spornego pisma. Postanowieniem z dnia 24 października 2014 r. Sąd uwzględnił wniosek o zawieszenie postępowania w celu umożliwienia Komisji ponownego zbadania kwestii podniesionych w skardze.

[7] FEK A' 179/22.8.2011.

21. Decyzją z dnia 25 marca 2015 r. (zwaną dalej „pierwszą zaskarżoną decyzją"), mającą na celu „zastąpienie" spornego pisma, Komisja potwierdziła swoją ocenę dotyczącą braku pomocy państwa w niniejszej sprawie ze względu na to, że decyzja o poddaniu sporu arbitrażowi oraz treść klauzuli podpisanej przez DEI i Mytilinaios nie odbiegały od praktyk rozważnego inwestora działającego w warunkach gospodarki rynkowej.

22. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 29 czerwca 2015 r. spółka DEI wniosła zarejestrowaną pod numerem T-352/15 skargę o stwierdzenie nieważności pierwszej zaskarżonej decyzji.

23. Postanowieniem z dnia 9 lutego 2016 r.[8] Sąd umorzył postępowanie w przedmiocie skargi w sprawie T-639/14, w szczególności ze względu na to, że sporne pismo formalnie zastąpiono pierwszą zaskarżoną decyzją.

24. Wyrokiem z dnia 31 maja 2017 r.[9] Trybunał uchylił postanowienie Sądu z dnia 9 lutego 2016 r. i przekazał sprawę Sądowi do ponownego rozpoznania. Trybunał orzekł, że wydając pierwszą zaskarżoną decyzję, Komisja nie wycofała spornego pisma, a jedynie je potwierdziła, w związku z czym skarga w sprawie T-639/14 zachowała swój przedmiot.

25. Decyzją z dnia 14 sierpnia 2017 r. (zwaną dalej „drugą zaskarżoną decyzją") Komisja uchyliła i zastąpiła sporne pismo oraz pierwszą zaskarżoną decyzję, powtarzając przy tym swoje wnioski dotyczące braku pomocy państwa w niniejszej sprawie. Uzasadnienie przyjęte w tej decyzji było identyczne z uzasadnieniem przedstawionym w pierwszej zaskarżonej decyzji[10].

26. Pismem złożonym w sekretariacie Sądu w dniu 3 listopada 2017 r. spółka DEI wniosła skargę zarejestrowaną pod numerem T-740/17, zmierzającą do stwierdzenia nieważności drugiej zaskarżonej decyzji.

27. Postanowieniem prezesa trzeciej izby Sądu w składzie powiększonym z dnia 26 lutego 2020 r. sprawy T-639/14 RENV, T-352/15 i T-740/17 zostały połączone do celów ustnego etapu postępowania i wydania orzeczenia kończącego postępowanie w sprawie, zgodnie z art. 68 regulaminu postępowania przed Sądem.

IV. Zaskarżony wyrok

28. W zaskarżonym wyroku Sąd stwierdził nieważność spornego pisma i obu zaskarżonych decyzji.

29. W pierwszej kolejności Sąd wypowiedział się w przedmiocie skargi dotyczącej drugiej zaskarżonej decyzji, biorąc pod uwagę jej ewentualny wpływ na dalsze istnienie przedmiotu sporu i interes prawny spółki DEI w sprawach T-639/14 RENV i T-352/15.

30. W odniesieniu do dopuszczalności skargi w sprawie T-740/17 Sąd orzekł, po pierwsze, że druga zaskarżona decyzja stanowi akt zaskarżalny wywołujący skutki prawnie wiążące spółkę DEI, w szczególności dlatego, iż umorzenie postępowania na etapie badania wstępnego

[8] Postanowienie DEI/Komisja (T-639/14, niepublikowane, EU:T:2016:77).

[9] Wyrok DEI/Komisja (C-228/16 P, EU:C:2017:409).

[10] Punkty 37–48 drugiej zaskarżonej decyzji.

uniemożliwiło spółce DEI podniesienie jej argumentów w ramach formalnego postępowania wyjaśniającego, a po drugie, że biorąc pod uwagę szerokie brzmienie art. 1 lit. h) rozporządzenia 2015/1589 spółka DEI posiadała status „zainteresowanej strony" w rozumieniu tego przepisu.

31. Oddalając zarzut niedopuszczalności oparty na zasadzie nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest, podniesiony przez Komisję ze względu na fakt, że spółka DEI kwestionowała wynik postępowania arbitrażowego, na które dobrowolnie wyraziła zgodę, Sąd orzekł, iż taki zarzut opierał się na błędnym utożsamieniu państwa greckiego i spółki DEI, co doprowadziło do błędnego przypisania tej spółce rzekomego zaspokojenia interesów władz greckich w związku z rezultatem postępowania arbitrażowego [11].

32. Orzekając co do istoty w sprawie T-740/17, Sąd potwierdził zasadność zarzutów podniesionych w związku z okolicznością, że Komisja nie zbadała treści orzeczenia arbitrażowego pod kątem ewentualnego przyznania pomocy państwa. Opierając się na orzecznictwie Trybunału [12], zgodnie z którym korzyść zasądzoną stronie sporu przez sąd krajowy można uznać za przyznanie pomocy państwa, Sąd utożsamił działalność stałego sądu arbitrażowego RAE z działalnością greckich sądów powszechnych [13] i wywnioskował stąd, że Komisja była zobowiązana do zbadania treści orzeczenia arbitrażowego.

33. W odniesieniu do argumentu dotyczącego istnienia ewentualnej korzyści i zakresu kontroli powierzonej w tym względzie Komisji Sąd orzekł, że aby w okolicznościach niniejszej sprawy Komisja mogła wykluczyć wszelkie poważne wątpliwości co do braku pomocy państwa na etapie badania wstępnego, powinna ona była dokonać uprzednio złożonych ocen ekonomicznych i technicznych.

34. W szczególności, zdaniem Sądu Komisja powinna była powziąć wątpliwości dotyczące następujących kwestii [14]:

– specyfiki kosztów spółki DEI ze względu na jej status przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, którego skonsolidowany bilans opiera się na wewnętrznym przeksięgowaniu środków pieniężnych między jej jednostkami dostarczającymi i wytwórczymi;

– ewentualnej konieczności określenia rzeczywistych kosztów spółki DEI w ujęciu rocznym, a nie godzinowym, z uwzględnieniem, w szczególności, całkowitych kosztów zmiennych i stałych wszystkich elektrowni wytwarzających energię, którymi spółka ta dysponuje;

– znaczenia wyboru pomiędzy, z jednej strony, taryfą opartą na cenie krańcowej systemu i na średniej ważonej prowadzących do „horyzontalnej taryfy dystrybucyjnej", a z drugiej strony, taryfą, która opiera się na stałych i zmiennych kosztach elektrowni węgla brunatnego DEI, tj. na minimalnym długoterminowym koszcie dla każdego odbiorcy;

– związku tych proponowanych taryf z potrzebą pokrycia rzeczywistych kosztów spółki DEI (zmiennych i stałych) i jego wpływu na taryfy, jakie mają być stosowane dla różnych profili zużycia energii, w tym spółki Mytilinaios, zarówno przy obciążeniu podstawowym, jak i przy obciążeniu szczytowym lub wysokim;

11 Punkty 89 i 91 zaskarżonego wyroku.

12 Punkt 147 zaskarżonego wyroku.

13 Punkty 150–159 zaskarżonego wyroku.

14 Punkt 188 zaskarżonego wyroku.

– ewentualnego wpływu wyboru metody taryfikacji na konkurencję na greckim rynku energetycznym;

– zarzucanego niewystarczającego charakteru informacji dostarczonych przez spółkę DEI w celu ustalenia jej rzeczywistych kosztów, w szczególności kosztów związanych z działalnością jej elektrowni wykorzystujących węgiel brunatny.

35. W konsekwencji Sąd uwzględnił skargę w sprawie T-740/17 i stwierdził nieważność drugiej zaskarżonej decyzji.

36. W drugiej kolejności, biorąc pod uwagę tożsamość argumentów leżących u podstaw obu zaskarżonych decyzji, Sąd uwzględnił skargę na pierwszą zaskarżoną decyzję w sprawie T-352/15.

37. W trzeciej kolejności Sąd uwzględnił skargę w sprawie T-639/14 RENV i stwierdził nieważność spornego pisma w szczególności ze względu na to, że orzeczenie arbitrażowe, wywołujące skutki prawne porównywalne ze skutkami wyroków greckiego sądu powszechnego, stanowi akt władzy publicznej, który można przypisać państwu greckiemu [15].

V. Postępowanie przed Trybunałem i żądania sformułowane przez strony

38. W odwołaniu w sprawie C-701/21 P Mytilinaios wnosi do Trybunału o uchylenie zaskarżonego wyroku, w razie konieczności skierowanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd oraz obciążenie spółki DEI kosztami postępowania.

39. Komisja popiera żądania spółki Mytilinaios.

40. Spółka DEI wnosi do Trybunału o oddalenie odwołania w całości, wydanie ostatecznego orzeczenia w przedmiocie niniejszego sporu oraz obciążenie spółki Mytilinaios całością kosztów poniesionych przez spółkę DEI w niniejszym postępowaniu i w postępowaniach w sprawach połączonych T-639/14 RENV, T-352/15 i T-740/17.

41. W odwołaniu w sprawie C-739/21 P Komisja wnosi do Trybunału, tytułem żądania głównego, o uchylenie zaskarżonego wyroku, wydanie ostatecznego orzeczenia w przedmiocie skargi w sprawie T-740/17 i jej oddalenie, o uznanie, że skargi w sprawach T-639/14 RENV i T-352/15 stały się bezprzedmiotowe i o umorzenie postępowania, a także o obciążenie spółki DEI kosztami postępowania.

42. Tytułem żądania ewentualnego Komisja wnosi do Trybunału o uchylenie zaskarżonego wyroku, wydanie ostatecznego orzeczenia w przedmiocie niektórych zarzutów skargi w sprawie T-740/17 i przekazanie tej sprawy Sądowi do ponownego rozpoznania w przedmiocie pozostałych zarzutów, uznanie, że skargi w sprawach T-639/14 RENV i T-352/15 stały się bezprzedmiotowe, i umorzenie postępowania, a także obciążenie spółki DEI kosztami postępowania.

43. Spółka Mytilinaios wnosi do Trybunału o uchylenie zaskarżonego wyroku, wydanie ostatecznego orzeczenia w przedmiocie skargi w sprawie T-740/17 i jej oddalenie, uznanie, że skargi w sprawach T-639/14 RENV i T-352/15 stały się bezprzedmiotowe, i umorzenie postępowania, a także obciążenie spółki DEI kosztami postępowania.

[15] Punkty 230–233 zaskarżonego wyroku.

44. Spółka DEI wnosi do Trybunału o odrzucenie odwołania w całości jako niedopuszczalnego, a tytułem żądania ewentualnego oddalenie go jako bezzasadnego, oraz obciążenie Komisji całością kosztów poniesionych przez spółkę DEI w niniejszym postępowaniu i w postępowaniach w sprawach połączonych T-639/14 RENV, T-352/15 i T-740/17.

45. Tytułem żądania ewentualnego spółka DEI wnosi do Trybunału o wydanie ostatecznego orzeczenia w przedmiocie skargi w sprawach T-639/14 RENV, T-352/15 i T-740/17 oraz oddalenie wniosku Komisji o umorzenie postępowania w sprawach T-639/14 RENV i T-352/15.

46. Postanowieniem zgromadzenia ogólnego wydanym w dniu 28 lutego 2023 r. sprawy C-701/21 P i C-739/21 P zostały połączone do celów ustnego etapu postępowania i wydania wyroku kończącego postępowanie w sprawie.

47. Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 7 kwietnia 2023 r. Republika Federalna Niemiec została dopuszczona do sprawy w charakterze interwenienta popierającego żądania Komisji.

48. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 27 kwietnia 2023 r., uwagi ustne przedstawiły Mytilinaios, DEI, Komisja i Republika Federalna Niemiec.

VI. Ocena

49. Wydaje mi się, że za wyjątkiem części pierwszej zarzutu trzeciego podniesionego w sprawie C-701/21 P[16], dopuszczalność niniejszych odwołań nie ulega wątpliwości. Proponuję zatem zbadać kolejno zasadność trzech zarzutów podniesionych w tej sprawie przez spółkę Mytilinaios.

50. Ponieważ część druga zarzutu drugiego podniesionego przez spółkę Mytilinaios w sprawie C-701/21 P odpowiada w istocie jedynemu zarzutowi podniesionemu przez Komisję w sprawie C-739/21 P, przeanalizuję je łącznie.

A. W przedmiocie zarzutu pierwszego podniesionego w sprawie C-701/21 P

51. Zarzut pierwszy podzielono na dwie części.

52. W części pierwszej zarzutu pierwszego spółka Mytilinaios twierdzi, że Sąd nie ustosunkował się do zarzutów niedopuszczalności opartych na zasadach nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest oraz nemo potest venire contra factum proprium, podniesionych przez wzgląd na okoliczność, że spółka DEI zmierzała w swej skardze do zakwestionowania wyników postępowania arbitrażowego, na które dobrowolnie wyraziła zgodę i którego parametry zostały ustalone w drodze porozumienia stron.

53. W części drugiej zarzutu pierwszego spółka Mytilinaios twierdzi, że Sąd niesłusznie oddalił jej zastrzeżenia związane z zasadą nemo potest venire contra factum proprium w oparciu o błędne uzasadnienie znajdujące się w pkt 91 zaskarżonego wyroku.

[16] Zobacz pkt 114–115 niniejszej opinii.

54. Poza tym, że zarzut oparty na braku uzasadnienia pozostaje w sprzeczności z częścią drugą zarzutu pierwszego, należy stwierdzić, że w pkt 91 zaskarżonego wyroku Sąd odniósł się do interesu prawnego spółki DEI [17] i orzekł, iż argument oparty na zasadzie nemo propriam turpitudinem stanowi jedynie wariant argumentacji zmierzającej do utożsamienia sytuacji skarżącej z sytuacją państwa greckiego i przypisania jej rzekomego uwzględnienia interesów władz greckich w rezultacie postępowania arbitrażowego, w związku z czym nie może on zostać uwzględniony. Sąd uzasadnił zatem swoje stanowisko, choć uczynił to w sposób zwięzły.

55. Zastanawiam się jednak, czy uzasadnienie to jest wystarczające, i czy w świetle okoliczności niniejszej sprawy można uznać je za zasadne. Kwestie te wchodzą w zakres części drugiej zarzutu pierwszego.

56. Uzasadnienie zawarte w pkt 91 zaskarżonego wyroku opiera się moim zdaniem na niesformułowanym jasno założeniu, zgodnie z którym decyzję o podjęciu arbitrażu należy przypisać państwu greckiemu, podczas gdy skarga skierowana do Komisji wynikała z wyłącznej inicjatywy spółki DEI, która mogła powołać się przed Sądem na własny interes prawny, odrębny od interesów tego państwa członkowskiego. Jedynie takie rozumienie zaskarżonego uzasadnienia pozwala stanowi odpowiedź na zarzut podniesiony przez spółkę Mytilinaios, oparty na sprzecznym i nieuczciwym charakterze działań podejmowanych przez jedną i tę samą stronę – a mianowicie DEI – polegających na wszczęciu postępowania arbitrażowego, a następnie na zakwestionowaniu jego wyników przed Komisją.

57. Nawet jeśli decyzję o wejściu na drogę arbitrażu można rzeczywiście przypisać władzom greckim – co należało ustalić w świetle wszystkich okoliczności sprawy [18], w szczególności biorąc pod uwagę większościowy udział państwa w kapitale zakładowym DEI oraz ścisłe powiązania instytucjonalne między rządem greckim a kierownictwem tego przedsiębiorstwa – Sąd nie wyjaśnił, dlaczego inaczej miałoby być w przypadku decyzji o zakwestionowaniu orzeczenia arbitrażowego w drodze skargi do Komisji, którą przypisał wyłącznie spółce DEI jako stronie zainteresowanej odrębnej od państwa.

58. Uważam zatem, że Sąd nie odpowiedział w sposób wymagany prawem na zarzut niedopuszczalności podniesiony przez spółkę Mytilinaios.

59. Zastanawiam się jednak nad skutecznością tego zarzutu w świetle zasad leżących u podstaw prawa Unii w dziedzinie pomocy państwa, w szczególności w kontekście obowiązków ciążących na państwach członkowskich na podstawie przepisów mających zastosowanie do odzyskiwania pomocy niezgodnej z prawem.

[17] Punkty 86–89 zaskarżonego wyroku.

[18] Zgodnie z orzecznictwem Trybunału w dziedzinie pomocy państwa „sam fakt, że przedsiębiorstwo publiczne jest kontrolowane przez państwo, nie jest wystarczający do przypisania państwu […] środków stosowanych przez to przedsiębiorstwo. Konieczne jest jeszcze zbadanie, czy można uznać, że władze publiczne uczestniczyły w taki lub inny sposób w przyjęciu tych środków. W tym względzie nie można wymagać, aby w oparciu o konkretne zalecenia wykazano, iż władze publiczne rzeczywiście zachęcały przedsiębiorstwo do przyjęcia danych środków pomocy. W istocie bowiem […], mając na uwadze fakt, że stosunki pomiędzy państwem a przedsiębiorstwami publicznymi są bliskie, istnieje realne ryzyko, że pomoc państwa zostanie przyznana za ich pośrednictwem w sposób mało przejrzysty i z naruszeniem systemu pomocy państwa przewidzianego w traktacie. […]. Z tych względów należy przyznać, że możliwość przypisania państwu środka pomocy przyjętego przez przedsiębiorstwo publiczne można wywieść z ogółu poszlak wynikających z okoliczności sprawy i z kontekstu, w jakim środek ten przyjęto”. Zobacz wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja (C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 52–55).

60. Idea kontroli sprawowanej w tej dziedzinie przez Komisję polega bowiem na zapewnieniu pełnej skuteczności postanowień art. 107 i 108 TFUE, i to nawet w przypadku sprzecznych działań państwa członkowskiego, które przyjęło środek pomocy. Skuteczność tej kontroli byłaby zagrożona, gdyby władze państwowe nie miały możliwości zgłoszenia Komisji i ewentualnie Sądowi potencjalnie antykonkurencyjnych skutków swoich wcześniejszych decyzji.

61. W tym względzie pragnę przypomnieć, że odzyskanie przez dane państwo członkowskie bezprawnie przyznanej pomocy powinno nastąpić bezzwłocznie, zgodnie z procedurami przewidzianymi w prawie krajowym, a w szczególności poprzez wniesienie w tym celu sprawy do sądów krajowych, bez uszczerbku dla możliwości wydania postanowienia przez Trybunał na podstawie art. 278 TFUE[19]. W tych warunkach trudno byłoby przyjąć, że zarzut niedopuszczalności, taki jak podniesiony w niniejszej sprawie przed Sądem, mógłby uniemożliwić wniesienie sprawy do sądu Unii w celu stwierdzenia istnienia bezprawnie przyznanej pomocy państwa.

62. Ponadto, w przypadku niedochowania obowiązku zawieszenia, przewidzianego w art. 108 ust. 3 TFUE, państwo członkowskie, którego władze przyznały pomoc z naruszeniem zasad proceduralnych przewidzianych w traktacie FUE, nie może powoływać się na uzasadnione oczekiwania beneficjentów, aby zwolnić się z obowiązku przyjęcia środków koniecznych do wykonania decyzji Komisji nakazującej mu odzyskanie pomocy[20]. W przeciwnym razie art. 107 i 108 TFUE zostałyby całkowicie pozbawione skuteczności (effet utile), ponieważ organy krajowe mogłyby się powoływać na własne, sprzeczne z prawem postępowanie, w celu pozbawienia decyzji Komisji skutków prawnych w oparciu o te postanowienia traktatu FUE[21].

63. Uważam, że przypomniane w poprzednich punktach zasady mają znaczenie dla oceny skuteczności zarzutu niedopuszczalności podniesionego w niniejszej sprawie przed Sądem, w szczególności dlatego, że zarzuty oparte na zasadach nemo propriam turpitudinem oraz venire contra factum proprium stanowią w istocie wariant argumentacji opartej na zasadzie ochrony uzasadnionych oczekiwań.

64. Zważywszy na wyłączne kompetencje Komisji do oceny istnienia i zgodności pomocy z rynkiem wewnętrznym, zainteresowane państwo członkowskie – podobnie jak „zainteresowana strona" w rozumieniu art. 1 lit. h) rozporządzenia 2015/1589, pod warunkiem że decyzja Komisji stwierdzająca brak pomocy wywiera na nią istotny wpływ[22] – powinno mieć możliwość kwestionowania przed sądami Unii decyzji Komisji odmawiających wszczęcia formalnego postępowania wyjaśniającego, nie narażając się przy tym na skuteczne podniesienie przeciwko niemu zarzutu niedopuszczalności opartego na jego wcześniejszym zachowaniu.

[19] Artykuł 16 ust. 3 rozporządzenia 2015/1589.

[20] Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem jedynie przedsiębiorstwa będące beneficjentami pomocy i wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach mogą skutecznie sprzeciwić się odzyskaniu bezprawnie przyznanej pomocy, powołując się na uzasadnione oczekiwania powstałe po ich stronie. Zobacz wyroki: z dnia 24 listopada 1987 r., RSV/Komisja (223/85, EU:C:1987:502, pkt 17); z dnia 29 kwietnia 2004 r., Włochy/Komisja (C-298/00 P, EU:C:2004:240, pkt 90). Jednakże, zważywszy na wyłączną kompetencję Komisji do oceny zgodności pomocy z rynkiem wewnętrznym, uzasadnione oczekiwania, na które można powołać się w podobnym przypadku, wynikają jedynie z działań samej tej instytucji. Zachowania, za które Komisja nie odpowiada, takie jak działania władz danego państwa członkowskiego, są w tym względzie pozbawione znaczenia. Zobacz wyrok z dnia 15 listopada 2018 r., Deutsche Telekom/Komisja (T-207/10, EU:T:2018:786, pkt 69–71). Dodam, że ocena ewentualnych wyjątkowych okoliczności dokonana w tym kontekście należy do istoty sprawy i nie powinna stanowić przeszkody dla dopuszczalności skargi wniesionej do Sądu, zmierzającej do stwierdzenia istnienia pomocy państwa.

[21] Zobacz w szczególności wyroki: z dnia 20 września 1990 r., Komisja/Niemcy (C-5/89, EU:C:1990:320, pkt 17); z dnia 7 marca 2002 r., Włochy/Komisja (C-310/99, EU:C:2002:143, pkt 104).

[22] Wyrok z dnia 11 września 2008 r., Niemcy i in./Kronofrance (C-75/05 P i C-80/05 P, EU:C:2008:482, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo).

65. Dopuszczenie takiego zarzutu prowadziłoby do powstania luki w systemie pomocy państwa, ponieważ władzom krajowym, a w odpowiednim przypadku również zainteresowanym stronom, takim jak spółka DEI, można by zarzucić ich własne bezprawne zachowanie, skutkiem czego sądy Unii nie mogłyby kontrolować decyzji Komisji stwierdzających brak pomocy na etapie badania wstępnego.

66. Taka możliwość osłabiłaby nie tylko skuteczność (effet utile) postanowień traktatu FUE, lecz również skuteczność (effet utile) art. 24 ust. 2 rozporządzenia 2015/1589, ponieważ przewidziana w tym przepisie możliwość wniesienia skargi do Komisji nieuchronnie pociąga za sobą możliwość wniesienia do Sądu skargi zmierzającej do stwierdzenia istnienia pomocy, której istnienie odrzuciła Komisja [23].

67. Z powyższego wynika, że zarzutów szczegółowych opartych na zachowaniu spółki DEI przed wniesieniem do Sądu skargi o stwierdzenie nieważności nie można uwzględnić, nawet przy założeniu, że są one zasadne [24].

68. Proponuję zatem, aby Trybunał zastąpił błędne uzasadnienie zawarte w pkt 91 zaskarżonego wyroku uzasadnieniem opartym na bezskuteczności zarzutu niedopuszczalności podniesionego przed Sądem [25].

69. W związku z tym proponuję oddalić obie części zarzutu pierwszego podniesionego przez spółkę Mytilinaios w sprawie C-701/21 P.

B. W przedmiocie zarzutu drugiego podniesionego w sprawie C-701/21 P

70. Zarzut drugi podniesiony przez spółkę Mytilinaios, dotyczący naruszenia art. 107 ust. 2 TFUE, składa się z dwóch części.

1. W przedmiocie części pierwszej zarzutu drugiego

71. W części pierwszej zarzutu drugiego spółka Mytilinaios utrzymuje, że Sąd naruszył prawo dokonując wykładni kryterium podmiotu prywatnego działającego w warunkach gospodarki rynkowej, które służy badaniu wystąpienia korzyści, ograniczając jego zastosowanie do analizy samej taryfy ustalonej w orzeczeniu sądu arbitrażowego.

[23] Pod warunkiem, że decyzja Komisji stwierdzająca brak pomocy wpływa na zainteresowaną stronę w istotnym stopniu (zob. pkt 64 niniejszej opinii).

[24] Opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:354, pkt 80) wydaje się potwierdzać moją ocenę. W sprawie tej miasto Rotterdam (Niderlandy) domagało się stwierdzenia nieważności gwarancji, którą ustanowiło na rzecz przedsiębiorstwa, powołując się na jej zarzucaną niezgodność z prawem w świetle systemu pomocy państwa ustanowionego w traktacie FUE. Oceniając w tym kontekście zasadność zarzutu opartego na zasadach venire contra factum proprium i nemo propriam turpitudinem, podniesionego w tej sprawie przeciwko miastu Rotterdam, rzecznik generalna J. Kokott uznała, że jego zastosowanie „pozostawałoby w całkowitej sprzeczności z celem ochronnym europejskiego prawa konkurencji w ogólności oraz z celem ochronnym art. 108 ust. 3 zdanie trzecie TFUE w szczególności. Instytucja publiczna musi mieć możliwość bronienia się przed sądem w ten sposób, że korzyść lub płatność, której wymaga od niej przedsiębiorca, narusza zasady konkurencji zawarte w prawie Unii […]. Jak wiadomo, w odwrotnej sytuacji także przedsiębiorstwo może dowodzić przed sądem, że wymagane od niego świadczenie pieniężne nie jest do pogodzenia z przepisami dotyczącymi konkurencji". Podążając za tym rozumowaniem uważam, że przedsiębiorstwo publiczne, takie jak spółka DEI, które zmierza do wykazania istnienia pomocy państwa przyznanej za jego pośrednictwem, powinno być uprawnione do wniesienia skargi przed sądy Unii, i to niezależnie od swojego wcześniejszego zachowania, nawet jeśli było ono niezgodne z prawem.

[25] Należy przypomnieć, że jeśli uzasadnienie wyroku Sądu obarczone jest naruszeniem prawa Unii, ale sentencja wydaje się zasadna w świetle innych argumentów prawnych, to naruszenie takie nie może skutkować uchyleniem tego wyroku, przy czym w takiej sytuacji uzasadnienie to należy zastąpić innym (wyrok z dnia 6 listopada 2018 r., Scuola Elementare Maria Montessori, od C-622/16 P do C-624/16 P, EU:C:2018:873, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo).

72. Zdaniem spółki Mytilinaios, ta „skrajnie wąska” wykładnia doprowadziła Sąd do stwierdzenia istnienia pomocy, mimo że nie ocenił on wszystkich istotnych okoliczności sprawy, w tym okoliczności, które skłoniły strony do wstąpienia na drogę arbitrażu, jak również parametrów technicznych rozstrzygnięcia sporu określonych w umowie o arbitraż.

73. Uważam, że część pierwsza zarzutu drugiego nie znajduje oparcia w faktach.

74. Z jednej strony bowiem w zaskarżonym wyroku Sąd nie stwierdził istnienia pomocy, lecz jedynie uznał, że Komisja powinna była stwierdzić poważne trudności przy ocenie istnienia korzyści na etapie badania wstępnego [26].

75. Z drugiej strony, stosując kryterium podmiotu prywatnego Sąd nie pominął okoliczności faktycznych sprawy, które zaszły przed wydaniem orzeczenia arbitrażowego [27], lecz jedynie stwierdził niepełność oceny dokonanej przez Komisję w zakresie istnienia korzyści, która powinna była uwzględnić warunki taryfowe ustalone w wyniku arbitrażu [28].

76. Uważam zatem, że część pierwszą zarzutu drugiego należy oddalić.

2. W przedmiocie części drugiej zarzutu drugiego

77. W części drugiej zarzutu drugiego [29] spółka Mytilinaios i Komisja kwestionują możliwość przypisania państwu greckiemu konsekwencji postępowania arbitrażowego w wyniku utożsamienia przez Sąd stałego arbitrażu RAE z państwowym sądem powszechnym [30].

78. Rozumowanie Sądu opiera się na orzecznictwie Trybunału przypomnianym w pkt 147 zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym sąd krajowy może naruszyć obowiązki ciążące na nim na mocy traktatu FUE, utrzymując, a nawet uruchamiając przyznanie bezprawnej pomocy [31].

79. Utożsamiając stały arbitraż RAE z sądem państwowym, Sąd uznał, że orzeczenie arbitrażowe wydane w niniejszej sprawie mogło przysporzyć spółce Mytilinaios niezgodną z prawem korzyść, którą można przypisać państwu greckiemu.

80. Zasadność tego uzasadnienia należy oceniać w świetle wyroku DOBELES HES [32] wydanego w dniu 12 stycznia 2023 r. (czyli już po wydaniu zaskarżonego wyroku), w którym Trybunał w składzie wielkiej izby orzekł, że ustanowienie pomocy państwa nie może nastąpić w drodze orzeczenia sądowego [33].

[26] Punkty 190 i 191 zaskarżonego wyroku.

[27] Sąd wziął pod uwagę szczególne okoliczności związane w szczególności z nieprecyzyjnym brzmieniem klauzuli arbitrażowej oraz przyjętych w niej parametrów ustalania cen i orzekł, że powinny one były skłonić Komisję do „starannego, wystarczającego i pełnego” zbadania istnienia ewentualnej korzyści przyznanej spółce Mytilinaios w orzeczeniu arbitrażowym (pkt 167–170 zaskarżonego wyroku).

[28] Punkty 142 i 185 zaskarżonego wyroku.

[29] Przypominam, że część druga zarzutu drugiego odpowiada jedynemu zarzutowi podniesionemu przez Komisję w sprawie C-739/21 P. Poniższa ocena dotyczy zatem również tego zarzutu.

[30] Punkty 150–159 zaskarżonego wyroku.

[31] Wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r., Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, pkt 61–63); z dnia 11 listopada 2015 r., Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, pkt 41–45); z dnia 26 października 2016 r., DEI i Komisja/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, pkt 107, 108); z dnia 4 marca 2020 r., Buonotourist/Komisja (C-586/18 P, EU:C:2020:152, pkt 94, 95).

[32] Wyrok z dnia 12 stycznia 2023 r. (C-702/20 i C-17/21, zwany dalej „wyrokiem Dobeles”, EU:C:2023:1).

[33] Punkt 76 wyroku Dobeles.

81. Komisja podniosła na rozprawie, że konsekwencją wyroku Dobeles jest unieważnienie rozumowania przyjętego przez Sąd, ponieważ zrównanie stałego arbitrażu RAE z sądem powszechnym, nawet gdyby zostało wykazane, nie może prowadzić do przypisania państwu greckiemu korzyści przyznanej spółce Mytilinaios w orzeczeniu arbitrażowym.

82. Taki wniosek wydaje mi się zbyt pochopny. Moim zdaniem w wyroku Dobeles Trybunał wykluczył jedynie możliwość przypisania pomocy państwa organowi sądowemu, nie wykluczając jednak możliwości przypisania samemu państwu antykonkurencyjnych skutków orzeczenia sądowego przyznającego pomoc.

83. W pierwszej kolejności uważam zatem za konieczne dokonanie oceny ewentualnych konsekwencji wyroku Dobeles dla możliwości przypisania państwu greckiemu wyniku postępowania arbitrażowego, które miało miejsce w niniejszej sprawie.

84. W drugiej kolejności zbadam zarzuty wnoszących odwołanie dotyczące naruszenia prawa wynikającego z uznania sądu arbitrażowego RAE za sąd państwowy.

85. W trzeciej kolejności, biorąc pod uwagę, że wspomniane zarzuty nie wydają mi się bezpodstawne, zaproponuję Trybunałowi rozważenie alternatywnego uzasadnienia, które mogłoby zastąpić motywy przyjęte w zaskarżonym wyroku. Uważam bowiem, że poważne argumenty, związane z koniecznością zagwarantowania skuteczności postanowień art. 107 i 108 TFUE, przemawiają za utrzymaniem rozwiązania przyjętego przez Sąd w zaskarżonym wyroku.

a) W przedmiocie konsekwencji wyroku Dobeles

86. W sprawie, w której zapadł wyrok Dobeles, jedno z pytań prejudycjalnych [34] dotyczyło kwestii ustalenia, czy podniesione przed sądem żądanie wypłaty nieuzyskanej części korzyści ustanowionej przez ustawodawstwo krajowe, stanowiącej pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, można uznać za wniosek o przyznanie nowej pomocy, odrębnej od tej, którą już skarżącym wypłacono.

87. To właśnie w tym konkretnym kontekście, w którym sąd krajowy miał orzekać na podstawie ustawy ustanawiającej sporną korzyść, należy odczytywać stwierdzenie Trybunału, zgodnie z którym kwot przyznanych skarżącym w postępowaniach sądowych „nie można w żadnym wypadku traktować jako stanowiących odrębną pomoc państwa” [35], ponieważ „samo ustanowienie pomocy państwa nie może nastąpić w drodze orzeczenia sądowego” [36].

88. W tym względzie uzasadnienie przedstawione przez Trybunał w wyroku Dobeles odzwierciedla tradycyjne podejście do zasady podziału władz, które ogranicza rolę sądów do stosowania wcześniej istniejących przepisów prawa. W świetle tego tradycyjnego podejścia orzeczenie sądowe przyznające korzyść niezgodną z rynkiem wewnętrznym z założenia wynika z istniejącej już wcześniej normy, która stanowi podstawę prawną żądania wniesionego do danego sądu. Z tego punktu widzenia, jak stwierdził Trybunał, ustanowienie pomocy w żadnym wypadku nie może nastąpić na mocy samego tylko orzeczenia sądowego.

[34] Jest to czwarte z trzynastu pytań prejudycjalnych przedstawionych Trybunałowi w tej sprawie.

[35] Punkt 78 wyroku Dobeles.

[36] Punkt 76 wyroku Dobeles.

89. Kwestia podstawy prawnej pomocy, rozstrzygnięta przez Trybunał w wyroku Dobeles, nie wyklucza jednak ewentualnej odpowiedzialności państwa za wdrożenia na drodze sądowej uregulowania krajowego [37] przyznającego pomoc niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Wręcz przeciwnie – ponieważ orzeczenia sądowe siłą rzeczy wynikają z państwowego porządku normatywnego, państwo nie może uchylić się od obowiązków, które ciążą na nim na mocy art. 107 i 108 TFUE, delegując na własne organy sądowe kompetencję do określenia, w jaki sposób państwo to będzie dysponować swoimi zasobami.

90. Nie ma tym względzie znaczenia, czy wyrok przyznający sporną korzyść opiera się na zastosowaniu konkretnej normy prawa materialnego, czy też ogólnej zasady prawa, a nawet na uznaniowej ocenie dokonywanej przez sąd w granicach norm, które określają zakres jego kompetencji. We wszystkich tych przypadkach orzeczenie sądowe należy bowiem przypisać państwu.

91. Uważam zatem, że znaczenie wyroku Dobeles jest odmienne od tego, jakie chciałaby mu nadać Komisja podnosząc, że zrównanie sądu arbitrażowego z greckimi sądami powszechnymi nie może prowadzić do przypisania konsekwencji postępowania arbitrażowego państwu greckiemu.

92. Podobnie jak wnoszące odwołanie mam natomiast wątpliwości odnośnie do państwowego charakteru tego sądu.

b) W przedmiocie zrównania sądu arbitrażowego RAE z sądem państwowym

93. Utożsamiając sąd arbitrażowy RAE z sądem państwowym, Sąd oparł swoje rozumowanie na kilku elementach, a mianowicie na: tożsamości funkcji sprawowanych przez sąd RAE i sądy powszechne; wymogach niezawisłości i bezstronności arbitrów; zastosowaniu greckiego kodeksu postępowania cywilnego do postępowań przed tym sądem; powadze rzeczy osądzonej przysługującej jego orzeczeniom i na ich wykonalności; wreszcie, na możliwości zaskarżenia orzeczenia arbitrażowego przed Efeteio Athinon (sądem apelacyjnym w Atenach) [38].

94. Tymczasem, moim zdaniem, żaden z powyższych elementów nie uzasadnia takiego wniosku.

95. Po pierwsze, okoliczności uwzględnione przez Sąd nie pozwalają bowiem na odróżnienie arbitrażu RAE od jakiegokolwiek innego arbitrażu handlowego. Sądy arbitrażowe często orzekają stosując procedurę uregulowaną w ustawie, wydając przy tym wiążące orzeczenia, od których przysługuje odwołanie do sądów państwowych. Ponadto, wymogi niezawisłości i bezstronności powszechnie uznaje się za nieodzowne w każdym postępowaniu arbitrażowym. Zastosowanie kryteriów przyjętych przez Sąd mogłoby zatem prowadzić do powiązania z państwem większości sądów arbitrażowych, co trudno jest mi sobie wyobrazić.

[37] Podobnie byłoby w przypadku wykonania zobowiązań umownych.

[38] Punkty 153–157 zaskarżonego wyroku.

96. Po drugie, jak słusznie podniosła Komisja, zrównanie sądu arbitrażowego RAE z sądem państwowym stoi w sprzeczności z orzecznictwem Trybunału dotyczącym art. 267 TFUE. Z orzecznictwa tego wynika, że sądy arbitrażowe, których jurysdykcja jest fakultatywna, w zakresie w jakim zależy ona od uprzedniej zgody obu stron [39], nie są sądami państw członkowskich w rozumieniu art. 267 akapit drugi TFUE [40].

97. Trybunał orzekł bowiem, że okoliczność, iż działalność sądu arbitrażowego wykazuje pewne podobieństwa do działalności orzeczniczej przez to, że arbitraż jest zorganizowany w ramach prawa, sąd arbitrażowy rozstrzyga zgodnie z prawem, a jego orzeczenie ma powagę rzeczy osądzonej i może stanowić tytuł egzekucyjny, nie wystarcza do przyznania takiemu sądowi statusu „sądu państwa członkowskiego", w szczególności ze względu na fakt, że strony nie mają żadnego obowiązku powierzenia rozstrzygnięcia sporu sądowi arbitrażowemu [41].

98. W świetle powyższych rozważań jestem zdania, że uzasadnienie przyjęte przez Sąd w pkt 150–159 zaskarżonego wyroku narusza prawo. Uważam jednak, że błąd ten nie wyklucza możliwości przypisania konsekwencji omawianego arbitrażu państwu greckiemu.

c) W przedmiocie przypisania wyniku postępowania arbitrażowego państwu greckiemu

99. Podobnie jak uzasadnienie przyjęte przez Sąd, pisma i wystąpienia stron koncentrowały się w dużej mierze na kwestii państwowego charakteru stałego arbitrażu RAE. Kwestia ta nie wydaje mi się jednak kluczowa w świetle problematyki, która stanowi sedno rozpatrywanych odwołań.

100. W tym względzie pragnę przypomnieć, że jeśli chodzi o przesłankę dotyczącą interwencji państwa lub przy użyciu zasobów państwowych, ustanowioną w art. 107 ust. 1 TFUE, w grę wchodzi pomoc przyznana bezpośrednio przez państwo, ale także pomoc przyznana przez instytucje publiczne lub prywatne utworzone albo wyznaczone przez to państwo w celu zarządzania pomocą [42]. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że niewłaściwe jest rozróżnianie między przypadkami, w których pomocy udziela bezpośrednio państwo, a tymi, w których pomocy udziela organ publiczny lub prywatny [43], ponieważ status takiego podmiotu nie ma decydującego znaczenia dla stosowania reguł traktatu FUE dotyczących pomocy państwa [44].

101. Uważam zatem, że pytanie, jakie postawić należy w niniejszych sprawach, nie dotyczy kwestii ustalenia, czy sąd arbitrażowy RAE rzeczywiście przypomina sąd państwowy, ale czy przedsiębiorstwo publiczne, takie jak DEI, może uniknąć zastosowania postanowień art. 107 i 108 TFUE poprzez poddanie arbitrażowi sporu dotyczącego przydziału zasobów państwowych.

102. Na tak postawione pytanie należy moim zdaniem udzielić bez wątpienia odpowiedzi przeczącej.

[39] Charakter fakultatywny odróżnia stały arbitraż RAE od arbitrażu o charakterze „półfakultatywnym", którego wszczęcie zależy od inicjatywy tylko jednej strony sporu, co pod pewnymi warunkami pozwala na zrównanie go z sądem państwowym w kontekście stosowania art. 267 TFUE. Zobacz wyrok z dnia 12 czerwca 2014 r., Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta (C-377/13, EU:C:2014:1754, pkt 27–29), a także moja opinia w tej sprawie (C-377/13, EU:C:2014:246, pkt 38–40).

[40] Wyroki: z dnia 23 marca 1982 r., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, pkt 10–12); z dnia 1 czerwca 1999 r., Eco Swiss (C-126/97, EU:C:1999:269, pkt 34).

[41] Wyrok z dnia 23 marca 1982 r., Nordsee (102/81, EU:C:1982:107, pkt 10, 11).

[42] Wyrok z dnia 13 września 2017 r., ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo).

[43] Opinia rzecznika generalnego H. Saugmandsgaarda Øe w sprawie ENEA (C-329/15, EU:C:2017:233, pkt 67 i przytoczone tam orzecznictwo).

[44] Wyrok z dnia 20 września 2007 r., Salvat père & fils i in./Komisja (T-136/05, EU:T:2007:295, pkt 139).

103. Niezależnie od tego, czy arbitraż zorganizowany pod auspicjami RAE ma charakter państwowy czy prywatny, należy stwierdzić, że spółka DEI, która ze względu na swoje powiązania organizacyjne i kapitałowe z państwem greckim pozostawała *pod dominującym wpływem tego państwa* [45], skorzystała z *przewidzianej w ustawodawstwie greckim* możliwości alternatywnego rozstrzygnięcia sporu. W okolicznościach niniejszej sprawy decyzję o wstąpieniu na drogę arbitrażu oraz skutki prawne, które wiążą się z orzeczeniem arbitrażowym, można zatem przypisać państwu greckiemu.

104. Tymczasem, w przeciwieństwie do Komisji, nie uważam, aby warunki zapisu na sąd polubowny wyznaczały w podobnym przypadku granice kontroli wykonywanej przez Komisję w zakresie istnienia ewentualnej korzyści, którą można przypisać państwu. Decyzja o wejściu na drogę arbitrażu obejmuje nie tylko zasady rozstrzygnięcia sporu, ale zawiera w sobie również element ryzyka procesowego, związany z możliwością rozstrzygnięcia nieodpowiadającego oczekiwaniom stron, a nawet sprzecznego z warunkami klauzuli arbitrażowej, które może prowadzić do bezprawnego przyznania korzyści przy użyciu zasobów państwowych.

105. Wprawdzie element niepewności charakteryzuje również tradycyjne postępowania sądowe, ale jest ona tym większa, że sądy arbitrażowe działają poza systemem sądownictwa państwowego i właściwych mu gwarancji. Doświadczenia państw członkowskich w dziedzinie arbitrażu handlowego pokazują zresztą, że związane z tym zagrożenia nie są czysto hipotetyczne [46].

106. Uważam zatem, że wchodząc na drogę arbitrażu przedsiębiorstwo publiczne musi zaakceptować prawdopodobieństwo – nawet jeśli jest ono tylko minimalne – że zostanie zobowiązane do rozdysponowania swoimi zasobami w sposób odbiegający od normalnych warunków rynkowych. Z tego punktu widzenia, nawet przy założeniu, że działalności sądu arbitrażowego nie można przypisać państwu, inaczej jest w przypadku ryzyka procesowego, które wiąże się z decyzją o wejściu na drogę arbitrażu, i z korzyścią, która zostanie ewentualnie przyznana drugiej stronie sporu na podstawie orzeczenia arbitrażowego.

107. W przypadku gdy takie ryzyko urzeczywistni się – jak twierdzi w niniejszej sprawie spółka DEI, podnosząc, że taryfikacja ustalona w orzeczeniu arbitrażowym nie jest zgodna z treścią klauzuli arbitrażowej – okoliczność, że spór wniesiono nie do sądu państwowego, lecz do sądu arbitrażowego, nie wydaje mi się zwalniać państwa z obowiązków ciążących na nim na mocy

[45] Pragnę przypomnieć, że w czasie zaistnienia istotnych okoliczności faktycznych państwo greckie posiadało większość kapitału zakładowego DEI i większość głosów w jej zarządzie. Tymczasem jako poszlaki pozwalające na przypisanie państwu środków przyjętych przez przedsiębiorstwa publiczne należy wziąć pod uwagę, między innymi, istnienie elementów organizacyjnych wiążących przedsiębiorstwo publiczne z państwem; stopień nadzoru sprawowanego przez organy władzy publicznej nad zarządzaniem przedsiębiorstwem; okoliczność, że rozpatrywane przedsiębiorstwo nie mogło przyjąć danego środka bez uwzględnienia wymogów władz publicznych; oraz wszelkie inne okoliczności świadczące o zaangażowaniu władz publicznych lub o nieprawdopodobieństwie braku ich zaangażowania w podjęcie danego środka ze względu na jego zakres, treść lub warunki, jakie obejmuje. Zobacz zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (Dz.U. 2016, C 262, s. 1, pkt 39–43). Przypominam również, że zgodnie z art. 2 lit. b) dyrektywy 2006/111 dominujący wpływ ze strony władz publicznych ma miejsce wówczas, gdy władze te w odniesieniu do przedsiębiorstwa posiadają większą część subskrybowanego kapitału przedsiębiorstwa lub mogą powoływać ponad połowę członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa.

[46] Tytułem przykładu, ograniczę się do przypomnienia sprawy Tapie/Crédit lyonnais, w której znany biznesmen toczył spór z francuskim bankiem publicznym. W następstwie wydanego w tej sprawie orzeczenia arbitrażowego – w którym przyznano zainteresowanemu kwotę 45 mln EUR tytułem zadośćuczynienia za krzywdę oraz kwotę 358 mln EUR tytułem odszkodowania za szkodę majątkową – była minister, jako organ nadzoru wspomnianego banku, została skazana przez Cour de justice de la République française (francuski trybunał stanu) za niedochowanie obowiązków służbowych prowadzące do sprzeniewierzenia funduszy publicznych. Zarzucane minister niedochowanie obowiązków polegało nie na samej decyzji o wszczęciu arbitrażu – które mogło być uzasadnione okolicznościami sprawy – lecz na rezygnacji z zakwestionowania orzeczenia arbitrażowego przed sądami państwowymi, co uniemożliwiło wykrycie potencjalnie bezprawnej zmiany warunków klauzuli arbitrażowej, która nastąpiła po jej zatwierdzeniu przez organy publiczne.

art. 107 i 108 TFUE. Poprzez uznanie mocy wiążącej orzeczeń arbitrażowych państwo staje się odpowiedzialne za środki egzekucyjne, które będzie musiało podjąć po zakończeniu postępowania arbitrażowego.

108. Wniosek ten, jak mi się wydaje, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału dotyczącym arbitrażu w ramach dwustronnej umowy inwestycyjnej. Międzynarodowy charakter sądów działających w tej dziedzinie nie stoi bowiem na przeszkodzie temu, by skutki ich rozstrzygnięć w postaci przyznania ewentualnej pomocy można było przypisać państwom członkowskim [47].

109. W tym względzie nie zgadzam się z argumentami stron postępowania odwoławczego i rządu niemieckiego, podkreślającymi konieczność odróżnienia arbitrażu inwestycyjnego od arbitrażu handlowego pod względem możliwości przypisania ewentualnej pomocy państwu. Decydując się na ratyfikację umowy inwestycyjnej, podobnie jak podpisując klauzulę arbitrażową, państwo musi przyjąć na siebie ryzyko przypisania mu skutków wydanych na tej podstawie przyszłych orzeczeń. Gdyby możliwość przekazania rozstrzygnięcia sporu organowi pozapaństwowemu miała prowadzić do niemożności przypisania mu za nie odpowiedzialności, prowadziłoby to do stworzenia martwego kąta w systemie kontroli korzyści przyznawanych przy użyciu zasobów państwowych. Ze względu na powagę interesów rozstrzyganych w ramach postępowań arbitrażowych toczących się z udziałem podmiotów publicznych, taka sytuacja znacząco osłabiałaby skuteczność (effet utile) odnośnych postanowień traktatu FUE.

110. W świetle powyższych rozważań jestem zdania, że błędne uzasadnienie przyjęte przez Sąd w pkt 150–159 zaskarżonego wyroku należy zastąpić uzasadnieniem opartym na konieczności przypisania państwu greckiemu prawnie wiążących wyników postępowania arbitrażowego, które państwo to wszczęło za pośrednictwem spółki DEI, akceptując związane z tym ryzyko procesowe.

111. W związku z tym proponuję oddalić część drugą zarzutu drugiego w sprawie C-701/21 P oraz jedyny zarzut podniesiony w sprawie C-739/21 P.

C. W przedmiocie zarzutu trzeciego podniesionego w sprawie C-701/21 P

112. Zarzut trzeci podniesiony przez spółkę Mytilinaios, dotyczący naruszenia art. 4 rozporządzenia 2015/1589, składa się również z dwóch części.

113. W części pierwszej zarzutu trzeciego spółka Mytilinaios wskazuje, po pierwsze, że Sąd naruszył prawo, uznając, iż Komisja była zobowiązana do zbadania treści orzeczenia arbitrażowego [48], a po drugie, że Sąd niesłusznie orzekł, iż aby móc wykluczyć istnienie pomocy na etapie badania wstępnego, Komisja powinna była dokonać złożonych ocen ekonomicznych i technicznych [49].

114. Z powodów przedstawionych w ramach oceny części drugiej zarzutu drugiego, dotyczącej możliwości przypisania wyników postępowania arbitrażowego państwu greckiemu, uważam, że twierdzenie pierwsze części pierwszej zarzutu trzeciego jest bezzasadne. Uważam zatem, że należy je oddalić.

[47] Zobacz wyrok z dnia 25 stycznia 2022 r., Komisja/European Food i in. (C-638/19 P, EU:C:2022:50) oraz moja opinia w tej sprawie (C-638/19 P, EU:C:2021:529, pkt 124–135).

[48] Punkt 164 zaskarżonego wyroku.

[49] Punkty 167–189 zaskarżonego wyroku.

115. W twierdzeniu drugim części pierwszej tego zarzutu, spółka Mytilinaios wydaje się zasadniczo kwestionować całość dokonanej przez Sąd w pkt 167–188 zaskarżonego wyroku oceny okoliczności faktycznych dotyczącej nieprecyzyjnego brzmienia klauzuli arbitrażowej, profilu produkcji i konsumpcji spółki Mytilinaios, a także specyfiki jej stosunków handlowych ze spółką DEI. Ponieważ Sąd nie orzekł, że na Komisji spoczywa generalny obowiązek dokonania złożonej oceny na etapie kontroli wstępnej, lecz jedynie wskazał na konieczność przeprowadzenia takiej oceny w świetle *szczególnych okoliczności niniejszej sprawy*, uważam, że ów zarzut dotyczy kwestii nie tyle prawnej, co faktycznej.

116. W związku z tym uważam, że twierdzenie drugie części pierwszej zarzutu trzeciego jest niedopuszczalne i należy je odrzucić.

117. W części drugiej zarzutu trzeciego spółka Mytilinaios utrzymuje, że Sąd odwrócił ciężar dowodu w zakresie istnienia poważnych trudności lub wątpliwości uzasadniających wszczęcie przez Komisję formalnego postępowania wyjaśniającego. Jej zdaniem, Sąd zwolnił w ten sposób spółkę DEI z konieczności wykazania, że badanie przeprowadzone przez Komisję w toku wstępnego postępowania wyjaśniającego było niewystarczające lub niekompletne.

118. Na poparcie swojego zarzutu spółka Mytilinaios powołuje się w szczególności na pkt 167 zaskarżonego wyroku, w którym Sąd orzekł, że szczególne okoliczności niniejszej sprawy powinny były skłonić Komisję do „starannego, wystarczającego i pełnego" zbadania wszystkich istotnych okoliczności pod kątem istnienia pomocy.

119. Należy jednak wyraźnie odróżnić obowiązki ciążące na Komisji na etapie badania skargi, o których mowa w pkt 167 zaskarżonego wyroku, od obowiązków w zakresie przedstawienia właściwych dowodów, które ciążą na skarżącej na etapie skargi do Sądu.

120. W odniesieniu zaś do tych ostatnich obowiązków nie wydaje się wcale, by Sąd zwolnił spółkę DEI z konieczności przedstawienia dowodów na poparcie jej żądania stwierdzenia nieważności, w szczególności ze względu na to, że Sąd wyraźnie odniósł się do przedstawionych przez spółkę DEI okoliczności, które jego zdaniem mogły uzasadniać wątpliwości, jakie Komisja powinna była powziąć na etapie badania wstępnego złożonej do niej skargi [50].

121. Jestem zatem zdania, że część druga zarzutu trzeciego jest bezzasadna, a w konsekwencji zarzut trzeci w sprawie C-701/21 P należy oddalić w całości.

VII. Wnioski

122. W świetle całości powyższych rozważań proponuję, aby Trybunał:

– oddalił odwołanie w sprawie C-701/21 P,

– oddalił odwołanie w sprawie C-739/21 P.

[50] Zobacz zwięzłe przedstawienie zarzutów szczegółowych w pkt 120 i 124 zaskarżonego wyroku, powtórzone przez Sąd w ramach oceny znajdującej się w pkt 167–189 tego wyroku.