Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Tredje Udvidede Afdeling)

15. november 2018 *

»Statsstøtte–kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige–støtteordning–artikel 108, stk. 2 og 3, TEUF–begrebet tvivl som omhandlet i artikel 4, stk. 3 eller 4, i forordning (EF) nr. 659/1999–retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014/2020–afgørelse om ikke at gøre indsigelser–manglende indledning af den formelle undersøgelsesprocedure–de interesserede parters rettigheder«

I sag T-793/14,

Tempus Energy Ltd, Worcester (Det Forenede Kongerige),

Tempus Energy Technology Ltd, Cheltenham (Det Forenede Kongerige),

først ved advokaterne J. Derenne, J. Blockx, C. Ziegler og M. Kinsella, derefter ved J. Derenne, J. Blockx og C Ziegler og endelig ved J. Derenne og C. Ziegler,

sagsøgere,

mod

Europa-Kommissionen ved É. Gippini Fournier, R. Sauer, K. Herrmann og P. Němečková, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland først ved C. Brodie, L. Christie, S. Simmons og M. Holt, derefter ved C. Brodie, S. Simmons, M. Holt og S. Brandon, dernæst ved C. Brodie, M. Holt, S. Brandon og D. Robertson, bistået af G. Facenna, QC, og endelig ved M. Brandon, som befuldmægtigede,

intervenient,

angående et søgsmål i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2014) 5083 final af 23. juli 2014 om ikke at gøre indsigelser mod støtteordningen vedrørende kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige, idet den nævnte ordning er forenelig med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF (statsstøtte 2014/N-2) (EUT 2014, C 348, s. 5),

har

* Processprog: engelsk.

RETTEN (Tredje Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Frimodt Nielsen, samt dommerne V. Kreuschitz, I.S. Forrester, N. Półtorak (refererende dommer) og E. Perillo,

justitssekretær: fuldmægtig P. Cullen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 11. juli 2017,

afsagt følgende

Dom

I. Tvistens baggrund

A. Om sagsøgerne og sagens genstand

1 Sagsøgerne, Tempus Energy Ltd, som efterfulgte Alectrona Grid Services Ltd, og Tempus Energy Technology Ltd (herefter samlet »Tempus«), markedsfører en teknologi til el-forbrugsstyring, såkaldt »efterspørgselsstyring«, over for private og erhvervsdrivende og har licens til elforsyning i Det Forenede Kongerige.

2 Tempus' tilbud tilsigter at nedsætte omkostningerne i elektricitetsudbudskæden ved at kombinere efterspørgselsstyringsteknologien med de tjenester, som en el-leverandør tilbyder. Tempus sælger elektricitet og hjælper sine kunder med at udskyde den del af deres elforbrug, der ikke er underlagt tidsmæssige krav, til perioder, hvor engrospriserne er lave, enten fordi efterspørgslen er mindre, eller fordi den elektricitet, der produceres ved vedvarende energikilder, er i overskud og således er billigere.

3 Det fremgår af sagens akter, at efterspørgselsstyringsoperatørerne traditionelt har indgået aftaler med elforbrugerne, som normalt er industrielle eller kommercielle kunder eller små og mellemstore virksomheder, hvilke aftaler bestemmer, at kunden accepterer at være fleksibel hvad angår elforbruget i en given periode. Efterspørgselsstyringsoperatørerne beregner den samlede tilgængelige kapacitet på et bestemt tidspunkt hos alle fleksible kunder og kan herefter foreslå elnetoperatøren, i det foreliggende tilfælde National Grid, denne kapacitet mod en betaling, som den overfører til den fleksible kunde, samtidig med at den selv sikrer sig en fortjenstmargen.

4 Med søgsmålet har Tempus nedlagt påstand om annullation af Kommissionens afgørelse C(2014) 5083 final af 23. juli 2014 om ikke at gøre indsigelser mod støtteordningen vedrørende kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige, idet den nævnte ordning er forenelig med det indre marked i henhold til artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF (statsstøtte 2014/N-2) (EUT 2014, C 348, s. 5, herefter »den anfægtede afgørelse«).

B. Den pågældende foranstaltning

5 Ved den af den anfægtede afgørelse omhandlede støtteordning (herefter »den pågældende foranstaltning«) udformede Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland et kapacitetsmarked, som bestod i centraliserede auktioner for levering af den kapacitet, der kræves for at sikre en tilstrækkelig kapacitet. Der er tale om en støtteordning, der består af betaling af et vederlag til el-leverandørerne som modydelse for deres forpligtelse til at levere elektricitet eller til at fordele elforbruget i perioder med belastning af nettet (fjerde betragtning til den anfægtede afgørelse).

6 Den pågældende foranstaltnings retsgrundlag er UK Energy Act 2013 (Det Forenede Kongeriges energilov af 2013) og bekendtgørelser vedtaget i henhold hertil, navnlig Electricity Capacity Regulations 2014 (bekendtgørelse af 2014 om elkapacitet) og Capacity Market Rules 2014 (regler af 2014 om kapacitetsmarkedet).

7 Kapacitetsmarkedet fungerer således: Den krævede kapacitetsmængde fastlægges centralt, og markedet fastsætter gennem auktioner den passende pris for levering af denne mængde, idet de valgbare kapacitetsleverandører alle konkurrerer som led i samme auktion (145. betragtning til den anfægtede afgørelse). Den krævede kapacitetsmængde fastsættes af Det Forenede Kongeriges regering under hensyntagen til anbefalingerne fra elnetoperatøren, National Grid (11. betragtning til den anfægtede afgørelse).

8 Hvad angår auktionerne foreskriver den pågældende foranstaltning følgende: Ved hovedauktionerne udbydes den krævede kapacitet på auktion med henblik på levering fire år senere (herefter »T-4-auktionerne«); den kapacitet, der var genstand for auktioner i 2014, skulle således leveres i 2018-2019 – idet leveringsperioden løb fra den 1. oktober 2018 til den 30. september 2019 (43. betragtning til den anfægtede afgørelse). En anden auktion fandt sted året forud for hovedauktionernes leveringsår (herefter »T-1-auktionerne«).

9 Der fjernes systematisk en vis kapacitet fra T-4-auktionerne, som »reserveres« til T-1-auktionerne, på grundlag af et skøn over den »rentable« efterspørgselsstyringskapacitet, der kunne omfattes af T-1-auktionerne og gøres offentligt tilgængelig, når efterspørgselskurven til T-4-auktionerne offentliggøres (45. betragtning til den anfægtede afgørelse). Såfremt efterspørgslen falder mellem T-4- og T-1-auktionerne, nedsættes kapaciteten udbudt til T-1-auktionerne. I den anfægtede afgørelse præciseres det imidlertid, at eftersom T-1-auktionerne giver efterspørgselsstyringsoperatørerne en bedre mulighed for adgang til markedet, har Det Forenede Kongeriges regering forpligtet sig til at udbyde i hvert fald 50% af den kapacitet, der var »reserveret« fire år tidligere, på T-1-auktionerne. I den anfægtede afgørelse tilføjes det, at der opretholdes et vist spillerum for at ophæve denne garanti, hvis efterspørgslen på lang sigt ikke viser sig rentabel, eller hvis sektoren for efterspørgselsstyring anses for tilstrækkeligt moden (46. betragtning til den anfægtede afgørelse), T-4- og T-1-auktionerne er en varig ordning.

10 Som midlertidig undtagelse til sammenkøringer og udenlandske kapacitetsleverandører er de varige auktioner åbne for eksisterende og nye producenter, efterspørgselsstyringsoperatører og lagringsoperatører (4. og 149. betragtning til den anfægtede afgørelse).

11 Ud over den varige ordning findes en overgangsordning. Inden leveringsperioden 2018/2019 var der således fastsat »overgangs«-auktioner, der hovedsageligt var åbne for efterspørgselsstyringsoperatører. De første overgangsauktioner var oprindeligt fastsat til 2015, mens leveringsperioden varede fra oktober 2016 til september 2017, og de næste overgangsauktioner var fastsat til 2016, mens leveringsperioden varede fra oktober 2017 til september 2018 (51. betragtning til den anfægtede afgørelse).

12 De ressourcer til produktion og efterspørgselsstyring, der er omfattet af kapacitetsmarkedet, kaldes »Capacity Market Units« (kapacitetsmarkedsenheder, herefter »CMU«). Produktions-CMU'er kan være omfattet individuelt som CMU'er eller kollektivt tilføjet andre produktionsenheder, der på visse betingelser kan være støtteberettigede. En af disse betingelser er bl.a., at alle enhedernes samlede kapacitet befinder sig mellem en minimumstærskel på 2 megawatt (MW) og 50 MW (16. betragtning til den anfægtede afgørelse).

13 CMU'erne til efterspørgselsstyring defineres ud fra en forpligtelse til at reducere efterspørgslen. En sådan forpligtelse forudsætter, at efterspørgselsstyringsoperatørerne påvirker kunden til at reducere importen af elektricitet (målt med en måler, der registrerer elforbruget hver halve time) eller til at eksportere den elektricitet, som vedkommende producerer gennem de produktionsenheder, som den

pågældende har på sit anlæg. Hver del af en efterspørgselsstyrings-CMU skal tilsluttes en halvtimesmåler, og leverandørens samlede kapacitet til efterspørgselsstyring skal være mellem 2 MW og 50 MW (17. betragtning til den anfægtede afgørelse).

14 Den støtteberettigede kapacitet skal gennemgå en udvælgelsesprocedure, som ud over at oprette en grundlæggende administrativ sagsakt indebærer specifikke krav om, at den eventuelle deltager skal være en eksisterende eller potentiel operatør (26. betragtning til den anfægtede afgørelse). For ny produktion og ikke-bekræftet kapacitet til efterspørgselsstyring (i modsætning til bekræftet kapacitet til efterspørgselsstyring, hvor den af leverandøren erklærede kapacitet er bevist med en test) kræves en auktionsgaranti på 5 000 GBP (ca. 5 650 EUR) pr. MW for T-4- og T-1-auktionerne og desuden på 500 GBP (ca. 565 EUR) pr. MW for overgangsauktionerne.

15 Elnetoperatøren, National Grid, skal organisere auktioner med henblik på at opnå det krævede kapacitetsniveau for at sikre en tilstrækkelig elektricitetskapacitet.

16 Alle auktioner er hollandske auktioner med diskriminerende priser, hvor alle udvalgte deltagere, tilslagsmodtagere, betales i henhold til det senest accepterede bud. Ved indledningen af auktionen meddeles en høj pris, og deltagerne afgiver herefter bud for at angive den kapacitetsmængde, som de kan levere for denne pris. Denne procedure gentages flere gange i henhold til den forudfastsatte tidsplan, indtil den laveste pris, hvorved efterspørgslen svarer til udbuddet, dvs. lukkeprisen, findes. Alle tilslagsmodtagerne betales samme lukkepris (»pay-as-clear model«) (49. betragtning til den anfægtede afgørelse).

17 Hvis kapacitetsleverandørerne vælges, tildeles de således en kapacitetsaftale til lukkeprisen. Varigheden af de kapacitetsaftaler, som deltagerne har budt på, varierer. De fleste eksisterende kapacitetsleverandører får etårige aftaler. De kapacitetsleverandører, som har udstyrsomkostninger, der overstiger 125 GBP (ca. 141 EUR) pr. kilowatt (kW) (anlæg, der skal renoveres), får adgang til aftaler af en varighed på maksimalt tre år. De kapacitetsleverandører, som har udstyrsomkostninger, der overstiger 250 GBP (ca. 282 EUR) pr. kW (nye anlæg), får adgang til aftaler af en varighed på maksimalt 15 år (57. betragtning til den anfægtede afgørelse). Aftaler på mere end et år indgås kun ved T-4-auktionerne. I alle tilfælde finder kapacitetsaftalens vilkår, herunder kapacitetsprisen, anvendelse under hele aftalens varighed.

18 Tilslagsmodtagerne modtager under hele aftalens varighed et fast vederlag, som finansieres via en opkrævning, der påhviler el-leverandørerne. Som modydelse forpligter tilslagsmodtagerne sig til at levere kapaciteten i perioden med belastning af nettet. Der fastsættes sanktioner, såfremt tilslagsmodtager ikke leverer elektricitetsmængden i overensstemmelse med den kapacitet, der foreskrives i aftalen (fjerde betragtning til den anfægtede afgørelse). Kapacitetsmarkedet er endvidere undergivet en fornyet undersøgelsesprocedure (sjette betragtning til den anfægtede afgørelse).

19 De omkostninger, der er nødvendige for at finansiere vederlaget for kapaciteten, afholdes af alle godkendte el-leverandører (herefter »omkostningsdækningsmetoden«). Den afgift, der pålægges el-leverandørerne, fastlægges på grundlag af deres markedsandel og beregnes på grundlag af den efterspørgsel, der registreres på hverdage mellem kl. 16.00 og 19.00 fra november til februar, med henblik på at tilskynde dem til at reducere kundernes elektricitetsefterspørgsel i de perioder, hvor efterspørgslen generelt er højst. Ifølge den anfægtede afgørelse skulle dette føre til en reduktion af den krævede kapacitet og dermed til en reduktion af omkostningerne på kapacitetsmarkedet (69. betragtning til den anfægtede afgørelse).

20 De bruttoindtægter, der blev udbetalt til kapacitetsleverandørerne, blev opstillet i en model og skulle udgøre mellem 0,9 mia. og 2,6 mia. GBP (ca. mellem 1,02 mia. og 2,94 mia. EUR) årligt, dvs. mellem 8,1 mia. og 23,4 mia. GBP (ca. mellem 9,14 mia. og 26,4 mia. EUR) for perioden 2018-2024, idet dette beløb varierer efter det krævede niveau for »nyskabt kapacitet« (syvende betragtning til den anfægtede afgørelse).

C. Om de relevante bestemmelser i retningslinjerne

21 Det skal bemærkes, at Europa-Kommissionen på det konkrete område for statsstøtte kan tilvejebringe vejledende retningslinjer for udøvelsen af sit skøn, og, for så vidt som de ikke fraviger reglerne i traktaten, er retningslinjerne heri bindende for institutionen (jf. dom af 13.6.2002, Nederlandene mod Kommissionen, C-382/99, EU:C:2002:363, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

22 Endvidere har Tempus i sin besvarelse af Rettens skriftlige spørgsmål og atter i retsmødet udtrykkeligt bekræftet, at selskabet ikke har anfægtet oprettelsen af kapacitetsmarkedet som sådan, men alene for det første vurderingen af de oplysninger, som Det Forenede Kongerige fremlagde hvad angår indvirkningen på efterspørgselsstyringen, og for det andet de forskellige metoder, der var fastsat for at give efterspørgselsstyringsoperatørerne mulighed for at deltage på kapacitetsmarkedet.

23 Blandt de forskellige bestemmelser i retningslinjerne for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014/2020 (EUT 2014, C 200, s. 1, herefter »retningslinjerne«), som blev vedtaget af Kommissionen den 9. april 2014 og trådte i kraft den 1. juli 2014, og henset til en situation, hvor princippet om støtte til en tilstrækkelig kapacitet accepteres (jf. præmis 22 ovenfor), er de relevante bestemmelser med henblik på afgørelsen af tvisten følgende.

24 For det første fastsættes i retningslinjernes punkt 224, litra b), der fremgår af afsnit 3.9.2, »Behov for statslig indgriben«, at Kommissionen, når det er relevant, i sin vurdering af den pågældende stats oplysninger bl.a. vil tage hensyn til »en vurdering af indvirkningen fra deltagelse på efterspørgselssiden, herunder en beskrivelse af de foranstaltninger, der skal fremme efterspørgselsstyringen«.

25 For det andet anføres i retningslinjernes punkt 226, der fremgår af afsnit 3.9.3, »Hensigtsmæssighed«, følgende:

»Foranstaltningen bør være åben og give tilstrækkelige incitamenter for både nuværende og fremtidige producenter og for operatører, der anvender substituerbare teknologier, herunder løsninger med fleksibelt forbrug eller lagring på efterspørgselssiden. Støtten skal derfor ydes gennem en mekanisme, som rummer mulighed for forskellige tidshorisonter for gennemførelse svarende til den tid, der er nødvendig for, at nye producenter, som bruger anderledes teknologier, kan fremskaffe nye investeringer. Ved foranstaltningen skal der desuden tages hensyn til, i hvilken udstrækning kapaciteten på samkøringslinjerne kan afhjælpe eventuelle problemer med utilstrækkelig produktion.«

26 For det tredje præciserer retningslinjernes punkt 229, der fremgår af afsnit 3.9.5, »Proportionalitet«, at en »udbudsprocedure på basis af klare, gennemsigtige og ikke-diskriminerende kriterier, hvor der effektivt sigtes mod at nå det fastsatte mål, vil blive anset for at medføre et rimeligt afkast under normale omstændigheder«.

27 For det fjerde følger det bl.a. af retningslinjernes punkt 232, litra a), der fremgår af afsnit 3.9.6, »Undgåelse af uforholdsmæssigt store negative virkninger på konkurrence og samhandel«, at »[f]oranstaltningen bør udformes således, at al kapacitet, som kan bidrage effektivt til at afhjælpe problemerne med utilstrækkelig produktion, kan indgå i foranstaltningen, navnlig under hensyntagen til […] deltagelse af producenter, der benytter forskellige teknologier, og operatører, som tilbyder foranstaltninger med en tilsvarende teknisk ydeevne, f.eks. styring af efterspørgslen, samkøringslinjer og oplagring«. Dette punkt præciserer endvidere, at deltagelse af forskellige operatører »kun [kan begrænses] på grund af utilstrækkelig teknisk ydeevne i forhold til den, der kræves for at løse problemet med utilstrækkelig produktion«.

D. Om den anfægtede afgørelse

28 I den anfægtede afgørelse fandt Kommissionen, at den pågældende foranstaltning udgjorde statsstøtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF (109.-115. betragtning til den anfægtede afgørelse).

29 Hvad angår den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked har Kommissionen anført, at dens vurdering var støttet på betingelserne fastsat i retningslinjernes afsnit 3.9, hvori fastsættes specifikke betingelser for tilstrækkelig kapacitet.

30 I den anfægtede afgørelses punkt 3.3.1, »Mål af fælles interesse og støttens nødvendighed«, anførte Kommissionen følgende:

»(118) Det er Kommissionens vurdering, at foranstaltningen bidrager til opfyldelsen af et mål af fælles interesse og er nødvendig, jf. retningslinjernes afsnit 3.9.1 og 3.9.2 […].

(119) For det første har Det Forenede Kongerige skabt en metode til at identificere problemet med utilstrækkelig kapacitet. Det Forenede Kongeriges arbejde med at opstille modeller viser, at »enduring reliability adequacy standard« – den valgte indikator til at måle den tilstrækkelige produktion – kunne nå kritiske niveauer efter 2018-2019. Resultaterne er overordnet i overensstemmelse med de resultater, som ENTSO-E [European Network of Transmission System Operators for Electricity, Det europæiske net af elektricitetstransmissionssystemoperatører], offentliggjorde i sin seneste rapport […]

(120) National Grids rapport om kapacitet er blevet undersøgt af en uafhængig gruppe af tekniske eksperter (herefter »PTE«) udnævnt af Department of Energy and Climate Change [ministeriet for energi og klimaforandringer i Det Forenede Kongerige]. Den 30. juni 2014 offentliggjorde ministeriet for energi og klimaforandringer PTE's rapport hvad angår den analyse, som underbyggede National Grids anbefalinger om størrelsen af den krævede kapacitet til de første auktioner. PTE konkluderede, at det overordnede billede, som National Grid havde fastlagt, og dets metode i princippet var gyldige, og at National Grid havde tilstrøbt at tage hensyn til oplysninger til støtte herfor og de interesserede personers opfattelse. Der var inden for PTE imidlertid enighed om, at National Grid havde haft tendens til at indtage et synspunkt, der var for konservativt for så vidt angår visse nøgleteser, bl.a. samkøringslinjerne, hvilket skabte en overvurdering af den krævede kapacitetsmængde. PTE bemærkede ligeledes, at mindre konservative teser havde været tilstrækkelige til ikke at have behov for at skabe ny produktion.

(121) Det Forenede Kongeriges myndigheder har forklaret, at de tog hensyn til National Grids anbefalinger samt til PTE's rapport og foretog en grundig undersøgelse af forskellene i deres respektive analyser. […] Henset til de fremlagte beviser besluttede Det Forenede Kongeriges regering at følge anbefalingerne fra National Grid i sin egenskab af *system operator*.

(122) Hvad angår deltagelsen i efterspørgselsstyringen har Det Forenede Kongerige anført, at afholdelsen af de første auktioner i december 2014 var afgørende for at indhente oplysninger om efterspørgselsstyringen og dens potentiale. Som svar på PTE's rapport foreslog National Grid et fælles projekt med Energy Networks Association [Sammenslutningen af energinet] (herunder Distribution Network Operators) [distributionsnetoperatører] for at få kendskab til den aktuelle kapacitet og den potentielle kapacitet, som efterspørgselsstyringen kunne give. Det Forenede Kongerige udarbejdede endvidere bestemmelser vedrørende overgangsauktioner med henblik på at støtte væksten i efterspørgselsstyringen fra 2015 til 2016 samt et pilotprojekt til 20 mio. GBP vedrørende energieffektivitet [Electricity Demand Reduction pilot]. Endelig har Det Forenede Kongerige forklaret, at det ville undersøge oplysningerne fra de første auktioner, og at det ville sikre, at efterspørgselskurverne blev tilpasset på passende vis, hvilket ville blive taget i betragtning i National Grids procedure Future Energy Scenario for rapporter om el-kapacitet til fremtidige auktioner.

[…]

(124) Kommissionen har vurderet de initiativer, som Det Forenede Kongerige traf med henblik på at besvare PTE's rapport, og har fundet, at visse betænkeligheder identificeret af PTE var alvorlige, navnlig de for forsigtige skøn, hvorefter samkøringslinjerne ikke havde et nettobidrag i perioder med belastning af nettet. […]

(125) Det er Kommissionens opfattelse, at [de forpligtelser, som Det Forenede Kongerige har påtaget sig,] er tilstrækkelige til at besvare de metodologiske betænkeligheder, som fandtes vedrørende bidraget til samkøringslinjerne og skønnet.

[…]

(128) For det fjerde kan den anmeldte foranstaltning føre til en støtte til produktion fra fossile brændstoffer. Som anført i [88.-94.] betragtning […], påtænker Det Forenede Kongerige dog at iværksætte eller iværksætter supplerende foranstaltninger for at afhjælpe de identificerede markedssvigt. Disse foranstaltninger tilsigter at tilskynde efterspørgselsstyring, reformere »cash-out arrangements« og fremme en højere grad af samkøringslinjer. Det er Kommissionens bedømmelse, at disse alternative foranstaltninger således skulle føre til en reduktion af den krævede kapacitet i medfør af den anmeldte foranstaltning. Kommissionen bemærker endvidere, at Det Forenede Kongerige har foreslået ad hoc-foranstaltninger med henblik på at støtte produktion med lav CO_2-udledning (f.eks. »Contracts for Differences«) og har vedtaget strenge præstationsstandarder på området for udledninger. Kommissionen er således af den opfattelse, at Det Forenede Kongerige har foretaget en tilstrækkelig undersøgelse af midlerne for at mindske de negative virkninger, som den anmeldte foranstaltning kunne have på formålet med en gradvis ophævelse af miljøskadelige subsidier. Kommissionen bemærker endvidere, at vurderingen af den tilstrækkelige årlige produktion tager hensyn til produktionsmængden og samkøringernes bidrag, samtidig med at den er åben for alle former for kapacitetsleverandører, herunder efterspørgselsstyringsoperatører.

(129) Hvad angår den af efterspørgselsstyringsoperatørerne indleverede skrivelse er Kommissionen enig med Det Forenede Kongerige i, at kapacitetsaftalerne på 15 år kan begrundes i de nye anlæg, mens eksisterende anlæg og efterspørgselsstyringsoperatørerne henset til deres mindre kapitalbehov (som antyder et mindre behov for at sikre finansiering) ikke i væsentligt omfang vil være begunstigede af langsigtede aftaler […]. Følgelig anser Kommissionen, at de kortere aftaler derfor ikke er klart til ulempe for de eksisterende anlæg og efterspørgselsstyringsoperatører i forhold til de nye anlæg. Foranstaltningen er teknologisk neutral og styrker således ikke stillingen for producenter, der benytter fossile brændstoffer. Kommissionen bemærker ligeledes, at omkostningsdækningsmetoden opretholder et incitament til at reducere efterspørgslen i spidsbelastningsperioder, samtidig med at den er forudsigelig for el-leverandørerne.«

31 Under punkt 3.3.2, »Støttens passende størrelse«, anførte Kommissionen følgende:

»(130) Kommissionen anser foranstaltningen for egnet som krævet i retningslinjernes afsnit 3.9.3. […]

(131) For det første imødekommer foranstaltningen de identificerede markedssvigt som anført i tabel 1. Foranstaltningen er desuden skabt til at støtte og supplere den igangværende udvikling på markedet og til at hænge sammen med det indre marked for energi og Den Europæiske Unions energipolitik: dvs. udviklingen af en aktiv efterspørgselsstyring, øget konkurrence og øget investering i samkøringslinjernes kapacitet. […]

– Kapacitetsmarkedet vil bidrage til udviklingen af en aktiv efterspørgselsstyring. Ressourcerne til efterspørgselsstyring kan modtage kapacitetsbetalinger, og der vil være konkrete foranstaltninger til at bistå kapaciteten i denne erhvervsgren, som stadig er i en indledende fase, til at udvikle sig. Kapacitetsmarkedet støtter likviditeten og konkurrencen (både på kapacitetsmarkedet og elektricitetsmarkedet).

[…]

(134) For det tredje er foranstaltningen åben for eksisterende og nye producenter, oplagringsoperatører og efterspørgselsstyringsoperatører. Proceduren for udbud på auktion er oprettet for at tage hensyn til forskellige nødvendige frister for gennemførelse med henblik på at give adgang til kapacitet. Kapacitetsleverandørerne kan afgive bud for gennemførelsesfrister på et eller fire år, hvilket lever op til behovene for nye anlæg og for renoveringen af de eksisterende anlæg.

[…]

(140) Hvad angår den skrivelse, som efterspørgselsstyringsoperatørerne indleverede, bemærker Kommissionen, at udelukkelsen af de efterspørgselsstyringsoperatører, der havde indgået en kapacitetsaftale i medfør af den varige ordning, fra at deltage i overgangsauktionerne reelt tilsigter at fremme udviklingen af efterspørgselsstyringssektoren. Henset til det med foranstaltningen forfulgte mål finder Kommissionen det berettiget, at der ikke betales yderligere vederlag for besparelser inden for de tab af transmission og distribution af elektricitet, som er opstået som følge af efterspørgselsstyringen.«

32 I den anfægtede afgørelses punkt 3.3.5, »Begrænsning af de negative virkninger på konkurrencen og samhandelen«, præciserede Kommissionen følgende:

»(149) [F]oranstaltningen er åben for alle eksisterende og nye producenter, efterspørgselsstyringsoperatører og oplagringsoperatører på betingelse af udvælgelseskriterierne opstillet i [15.-18.] betragtning […].«

II. Retsforhandlinger og parternes påstande

33 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. december 2014 har Tempus anlagt denne sag.

34 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 15. april 2015 har Det Forenede Kongerige anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 30. juni 2015 har formanden for Rettens Ottende Afdeling tilladt denne intervention. Det Forenede Kongerige har indgivet sit interventionsindlæg, og sagens parter har afgivet deres bemærkninger hertil inden for de fastsatte frister.

35 Da Rettens sammensætning er blevet ændret, blev sagen tildelt en ny refererende dommer den 27. april 2016.

36 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Tredje Afdeling, hvorfor sagen følgelig er blevet henvist til denne afdeling.

37 Ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse den 20. december 2016 har Retten opfordret Kommissionen til at fremlægge den anmeldelse af den pågældende foranstaltning, som Det Forenede Kongerige havde tilsendt den.

38 Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 13. februar 2017 har Kommissionen fremlagt en ikke-fortrolig udgave af den anmeldelse, som Det Forenede Kongerige havde tilsendt den. Kommissionen har gjort gældende, at den pågældende anmeldelse var et fortroligt dokument, der er beskyttet ved artikel 339 TEUF, som ikke kan oversendes til Tempus. Kommissionen har anført, at den ikke kan overgive dette dokument til Retten i medfør af en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til artikel 90 i Rettens procesreglement. Kommissionen har bemærket, at såfremt Retten pålagde den at fremlægge dette dokument i henhold til procesreglementets artikel 91, ville den straks opfylde en sådan bevisoptagelse.

39 Ved kendelse afsagt den 9. marts 2017 vedrørende bevisoptagelse om fremlæggelse af dokumenter har Retten i henhold til procesreglementets artikel 91, litra b), artikel 92, stk. 1, og artikel 103, stk. 1, pålagt Kommissionen at fremlægge den anmeldelse af den pågældende foranstaltning, som Det Forenede Kongerige havde tilsendt den. Kommissionen har efterkommet denne anmodning den 16. marts 2017.

40 Ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse den 3. april 2017 har Retten meddelt Kommissionen og Det Forenede Kongerige, at den havde til hensigt at tilføje flere uddrag af anmeldelsen til sagens akter. Retten har opfordret dem til at fremsætte deres bemærkninger til udbredelsen af de nævnte uddrag. Det Forenede Kongerige og Kommissionen fremsatte bemærkninger til udbredelsen af disse uddrag henholdsvis 19. april 2017 og den 24. april 2017.

41 Den 5. maj 2017 blev visse uddrag af anmeldelsen, som blev fundet relevante og ikke-fortrolige, tilføjet sagens akter og oversendt til Tempus (herefter »anmeldelsen«).

42 Ved en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse den 5. maj 2017 har Retten opfodret alle sagens parter til at besvare flere spørgsmål. Retten har i det væsentlige spurgt parterne om visse punkter i retningslinjerne og visse begreber indeholdt heri. Parterne er bl.a. blevet spurgt om de oplysninger, der var tilgængelige, da den anfægtede afgørelse blev vedtaget, hvad angår vurderingen af efterspørgselsstyringen og dens potentielle teknologiske udvikling, henset til forsyningssikkerheden i Det Forenede Kongerige. Kommissionen er ligeledes blevet opfordret til at præcisere sit standpunkt vedrørende visse konstateringer i den anfægtede afgørelse og de oplysninger, som den rådede over, da den vurderede den pågældende foranstaltning. Retten har desuden opfordret Tempus til at fremsætte bemærkninger til Kommissionens konstateringer i duplikken hvad angår omkostningsdækningsmetoden. Kommissionen er ligeledes blevet opfordret til at anføre de oplysninger, hvorpå den støttede sin vurdering af efterspørgselsoperatørernes finansieringsbehov, og Tempus er blevet opfordret til at anføre, hvilke oplysninger forelagt Det Forenede Kongerige og Kommissionen beviste dets finansieringsbehov.

43 Parterne har efterkommet denne foranstaltning den 22. maj 2017.

44 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor den 17. maj og 9. juni 2017 har Tempus fremsat bemærkninger til retsmøderapporten.

45 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 29. juni 2017 har Tempus under påberåbelse af princippet om ligestilling af parterne anmodet Retten om, at den foretager en fornyet undersøgelse af bilag B til anmeldelsen, som Kommissionen og Det Forenede Kongerige havde lagt til grund for deres svar på foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse af 5. maj 2017, og at Retten afgør, om andre dele af dette endnu ikke-udbredte bilag skulle meddeles Tempus.

46 Ved kendelse afsagt den 3. juli 2017 vedrørende bevisoptagelse om fremlæggelse af dokumenter har Retten i henhold til procesreglementets artikel 91, litra b), artikel 92, stk. 1, og artikel 103, stk. 1, pålagt Kommissionen at fremlægge det nævnte bilag B til anmeldelsen. Kommissionen har efterkommet denne anmodning den 4. juli 2017. Den 6. juli 2017 blev dette bilag, som Retten fandt relevant og ikke-fortroligt, tilføjet sagens akter og meddelt Tempus.

47 Tempus har nedlagt følgende påstande:

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

48 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

– Sagen afvises, subsidiært frifindelse.

– Tempus tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

49 Det Forenede Kongerige støtter Kommissionen og har nedlagt påstand om, at Kommissionen frifindes.

III. Retlige bemærkninger

A. Om formaliteten

50 Kommissionen har i sit svarskrift anført, at et søgsmål fra en interesseret part for at kunne antages til realitetsbehandling skal tilsigte varetagelsen af de processuelle rettigheder, som parten nyder i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF og artikel 6, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 108 TEUF] (EFT 1999, L 83, s. 1). Der skal således kun tages hensyn til Tempus' argumenter vedrørende det første anbringende, for så vidt som disse rent faktisk tilsigter at godtgøre, at Kommissionen ikke havde fjernet den tvivl, som den må være stødt på under den indledende undersøgelsesfase, og at dette påvirkede selskabets processuelle rettigheder.

51 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionens argument ikke tilsigter at bestride, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling i sin helhed, men alene den del af stævningen, som ikke vedrører beskyttelsen af Tempus' processuelle rettigheder. Under retsmødet har Kommissionen i øvrigt anerkendt, at parterne var enige om, at Tempus kunne forsvare sine processuelle rettigheder. Det skal umiddelbart bemærkes, at Kommissionen ikke har præciseret de argumenter, som ifølge den ikke skal tages i betragtning, fordi de ikke vedrører Tempus' processuelle rettigheder.

52 Henset til det ovenstående kan Kommissionens argumentation om muligheden for at antage det første anbringende til realitetsbehandling ikke tiltrædes.

B. Om realiteten

53 Som berørt part og med henblik på at varetage de processuelle rettigheder, som selskabet har i medfør af artikel 108, stk. 2, TEUF og artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, har Tempus fremsat to anbringender til støtte for sit søgsmål, hvoraf det første vedrører en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 2, TEUF samt af flere andre retsregler, og det andet vedrører en begrundelsesmangel.

1. Det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 2, TEUF, af princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning samt en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder

a) Indledende bemærkninger

54 Som anført af Det Forenede Kongerige i anmeldelsen og af Kommissionen i den anfægtede afgørelse var der en risiko for, at den tilgængelige elektricitet i denne medlemsstat i nærmeste fremtid ville være utilstrækkelig for efterspørgslen i perioder med høj efterspørgsel. De ældste produktionsanlæg skulle snart lukke, og der var en risiko for, at elektricitetsmarkedet ikke ville give et tilstrækkeligt incitament for producenterne til at udvikle ny produktion for at kompensere for disse lukninger. Elektricitetsmarkedet gav heller ikke tilstrækkelige incitamenter for forbrugerne til at reducere deres efterspørgsel med henblik på at afhjælpe denne situation. For at garantere forsyningssikkerheden fandt Det Forenede Kongerige det således nødvendigt at oprette et kapacitetsmarked.

55 Dette kapacitetsmarkeds væsentligste formål var at tilskynde de kapacitetsleverandører, dvs. i princippet såvel el-producenterne (elværkerne, herunder de anlæg, der bruger fossile brændstoffer) som efterspørgselsstyringsoperatørerne, der tilbød at forskyde eller reducere forbruget, til at tage hensyn til de vanskeligheder, som kan opstå i perioder med høj efterspørgsel. Selv om de indtræder på forskellige niveauer – ved udbuddet til produktion, efterspørgslen til forbrug – udgør producenterne og efterspørgselsstyringsoperatørerne uundværlige elementer i opbygningen og fremgangsmåden af det påtænkte kapacitetsmarked i Det Forenede Kongerige.

56 Det er Tempus' opfattelse, at Kommissionen efter afslutningen af den foreløbige undersøgelse og henset til de oplysninger, der var tilgængelige ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, imidlertid ikke kunne finde, at det påtænkte kapacitetsmarked ikke rejste tvivl om foreneligheden med det indre marked. Tempus har her som efterspørgselsstyringsoperatør fremhævet syv forhold ved kapacitetsmarkedet, der rejser tvivl i den forstand, som dette begreb er tillagt ved artikel 4 i forordning nr. 659/1999. Selskabet har i det væsentlige gjort gældende, at kapacitetsmarkedet prioriterer produktion på grundlag af efterspørgselsstyring på en måde, som udgør forskelsbehandling og er uforholdsmæssig, og som går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå støtteordningens mål og opfylde de gældende EU-regler.

b) Begrebet tvivl og Kommissionens afgørelse om eventuelt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure

57 Som det fremgår af artikel 108, stk. 3, TEUF, iværksætter Kommissionen uopholdeligt proceduren fastsat i artikel 108, stk. 2, TEUF, såfremt den efter at være blevet underrettet om en påtænkt indførelse af støtteforanstaltninger er af den opfattelse, at det påtænkte er uforeneligt med det indre marked. I medfør af den i sidstnævnte bestemmelse fastsatte procedure har Kommissionen en forpligtelse til at opfordre de berørte parter til at fremsætte deres bemærkninger.

58 I artikel 4 i forordning nr. 659/1999 bestemmes i denne henseende, at for så vidt som det projekt, som den pågældende medlemsstat har anmeldt, rent faktisk indfører en støtte, er det eksistensen eller fraværet af »tvivl« vedrørende dette projekts forenelighed med det indre marked, der giver Kommissionen mulighed for at beslutte, om den vil indlede den formelle undersøgelsesprocedure efter afslutningen af den foreløbige undersøgelse, med følgende ordlyd:

»1. Kommissionen behandler underretningen straks ved modtagelsen. […]

2. Konstaterer Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse, at en anmeldt foranstaltning ikke udgør støtte, fastslår den dette ved beslutning.

3. Konstaterer Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse, at en anmeldt foranstaltning ganske vist er omfattet af [artikel 107, stk. 1, TEUF], men ikke giver anledning til tvivl om, at den er forenelig med [det indre marked], beslutter den, at foranstaltningen er forenelig med [det indre marked], i det følgende benævnt »beslutning om ikke at gøre indsigelse«. I beslutningen anføres, hvilken undtagelse i traktaten der er anvendt.

4. Konstaterer Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse, at en anmeldt foranstaltning giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med [det indre marked], beslutter den at indlede proceduren efter [artikel 108, stk. 2, TEUF], i det følgende benævnt »beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure«. […]«

59 Artikel 6 i forordning nr. 659/1999 præciserer for sit vedkommende reglerne for den formelle undersøgelsesprocedure:

»1. Beslutningen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure skal sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål, indeholde en foreløbig vurdering fra Kommissionens side med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte foranstaltning og anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med [det indre marked]. I beslutningen skal den pågældende medlemsstat og andre interesserede parter opfordres til at fremsætte bemærkninger inden for en nærmere fastsat frist, der normalt ikke må overstige en måned. […]

2. De modtagne bemærkninger videregives til den pågældende medlemsstat. […] Den pågældende medlemsstat kan besvare de fremsatte bemærkninger […].«

60 I forbindelse med proceduren for kontrol med statsstøtte skal der således sondres mellem på den ene side den indledende fase af undersøgelsen af støtteforanstaltninger i medfør af artikel 108, stk. 3, TEUF, og reguleret ved bl.a. artikel 4 i forordning nr. 659/1999 – der alene har til formål at gøre det muligt for Kommissionen at danne sig en første opfattelse af, om den pågældende støtte er delvis eller fuldt ud forenelig med fællesmarkedet – og på den anden side den formelle undersøgelsesfase i henhold til artikel 108, stk. 2, TEUF, reguleret ved artikel 6 i forordning nr. 659/1999, som skal give Kommissionen mulighed for at opnå fuldstændige oplysninger om alle sagens momenter (jf. dom af 15.4.2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, præmis 57 og den deri nævnte retspraksis).

61 Kommissionen kan begrænse sig til den foreløbige undersøgelsesfase i artikel 108, stk. 3, TEUF i forbindelse med vedtagelsen af en afgørelse om godkendelse af en støtte, såfremt den efter en foreløbig undersøgelse kan nå til den opfattelse, at støtten er forenelig med traktaten. Hvis Kommissionen på grundlag af denne første undersøgelse når til den modsatte opfattelse eller ikke har kunnet overvinde alle vanskelighederne ved bedømmelsen af, om støtten er forenelig med det indre marked, skal den imidlertid indhente alle de nødvendige udtalelser og med henblik herpå indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, TEUF (jf. dom af 15.4.2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, præmis 58 og 59 og den deri nævnte retspraksis).

62 Hvad angår begrebet »tvivl« om den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked, som er fastsat i artikel 4, stk. 3 og 4, i forordning nr. 659/1999, har retspraksis defineret tre kriterier for at fastsætte rammer for Kommissionens bedømmelse.

63 For det første har dette begreb en eksklusiv karakter. Kommissionen kan således ikke afslå at indlede den formelle undersøgelsesprocedure under påberåbelse af andre omstændigheder, såsom tredjemands interesser, procesøkonomiske hensyn eller andre hensyn til administrativ eller politisk formålstjenlighed (jf. i denne retning dom af 10.2.2009, Deutsche Post og DHL International mod Kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, præmis 90 og den deri nævnte retspraksis, og af 10.7.2012, Smurfit Kappa Group mod Kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, præmis 78).

64 For det andet følger det bl.a. af artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 659/1999, at Kommissionen, når den ikke kan fjerne enhver tvivl som omhandlet i denne bestemmelse, er forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Kommissionen har ingen skønsmargen i denne henseende (jf. i denne retning dom af 22.12.2008, British Aggregates mod Kommissionen, C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 113 og den deri nævnte retspraksis, og af 10.7.2012, Smurfit Kappa Group mod Kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis).

65 For det tredje har begrebet tvivl i artikel 4, stk. 3 og 4, i forordning nr. 659/1999 objektiv karakter. Både med udgangspunkt i omstændighederne ved vedtagelsen af den anfægtede retsakt og i dens indhold skal det undersøges, om der foreligger sådan tvivl, på et objektivt grundlag ved at sammenholde afgørelsen med de oplysninger, som Kommissionen havde til rådighed, da den traf afgørelse om den omtvistede støttes forenelighed med det indre marked. Det følger heraf, at Rettens legalitetskontrol af, om der foreligger tvivl, af sin art går ud over undersøgelsen af, om der foreligger en åbenbart urigtig vurdering (jf. i denne retning dom af 2.4.2009, Bouygues og Bouygues Télécom mod Kommissionen, C-431/07 P, EU:C:2009:223, præmis 63, og af 10.7.2012, Smurfit Kappa Group mod Kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).

66 I denne sammenhæng påhviler det som led i legalitetskontrollen af Kommissionens afgørelse om ikke at fremsætte indsigelser Retten at undersøge de argumenter, som Tempus har fremført for at godtgøre, at den anmeldte foranstaltning efter en foreløbig undersøgelse rejste tvivl om foreneligheden med det indre marked som omhandlet i artikel 4, stk. 3 og 4, i forordning nr. 659/1999, hvilket skulle have ført til vedtagelsen af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. En sådan undersøgelse er så meget desto vigtigere for Tempus, når disse argumenter i det væsentlige svarer til dem, som selskabet kunne fremføre som berørt part under anvendelse af sine processuelle rettigheder under den formelle undersøgelsesprocedure i medfør af artikel 108, stk. 2, TEUF, såfremt denne procedure var blevet indledt, hvilke processuelle rettigheder selskabet i det foreliggende tilfælde har påstået tilsidesat.

67 Med henblik herpå bærer Tempus byrden for de beviser, som selskabet kan fremlægge på grundlag af en række samstemmende indicier om dels omstændighederne ved og varigheden af den foreløbige undersøgelsesprocedure, dels indholdet af den anfægtede afgørelse (jf. i denne retning dom af 10.2.2009, Deutsche Post og DHL International mod Kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, præmis 93). Navnlig den utilstrækkelige eller ufuldstændige karakter af Kommissionens undersøgelse under den foreløbige undersøgelsesprocedure udgør et indicium for, at der foreligger tvivl som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 659/1999 (jf. dom af 10.7.2012, Smurfit Kappa Group mod Kommissionen, T-304/08, EU:T:2012:351, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis). Tempus har som interesseret part hverken undersøgelsesbeføjelser eller i princippet undersøgelsesevner, der kan sammenlignes med Kommissionens, der om nødvendigt kan anmode om den pågældende medlemsstats samarbejde til at gennemføre sin undersøgelse af den anmeldte foranstaltning.

68 Følgelig er det i det foreliggende tilfælde, som det fremgår af præmis 79-82 nedenfor, på et tidspunkt i sagsbehandlingen, hvor de interesserede parter endnu ikke har haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger ved en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, således tilstrækkeligt, at Tempus fremlægger grundene til, at den i betragtning af den anfægtede afgørelse finder, at Kommissionen burde have næret tvivl om den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked. Tempus er således ikke forpligtet til at fremlægge alle de oplysninger, der kan godtgøre den anmeldte støtteordnings uforenelighed.

69 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen for at kunne foretage en tilstrækkelig undersøgelse i medfør af de regler, der finder anvendelse på statsstøtte, ikke er forpligtet til at begrænse sin analyse til de oplysninger, som er indeholdt i anmeldelsen af den pågældende foranstaltning. Kommissionen skal eventuelt søge de relevante oplysninger med henblik på ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse at råde over oplysninger til vurderingen, der med rimelighed kan anses for at være tilstrækkelige og klare til brug for dens bedømmelse. F.eks. er det tidligere blevet

fastslået, at Kommissionen havde foretaget en »aktiv og omhyggelig« undersøgelse af en støttes forenelighed, da den havde næret tvivl om, hvorvidt de af medlemsstaten fremførte argumenter var velbegrundede (jf. i denne retning dom af 10.12.2008, Kronoply og Kronotex mod Kommissionen, T-388/02, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:556, præmis 127), hvorimod det blev fastslået, at denne undersøgelse var »utilstrækkelig«, da den ikke havde indhentet oplysninger, der ville have gjort det muligt for den at vurdere en foranstaltning (jf. i denne retning dom af 10.2.2009, Deutsche Post og DHL International mod Kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, præmis 109 og 110).

70 For at bevise, at der foreligger tvivl som omhandlet i artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 659/1999, er det derfor tilstrækkeligt, at Tempus godtgør, at Kommissionen ikke omhyggeligt og upartisk har søgt og undersøgt alle relevante oplysninger med henblik på denne analyse, eller at den ikke har taget behørigt hensyn til disse, således at enhver tvivl vedrørende den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked fjernes.

71 Det følger endvidere af fast retspraksis, at retmæssigheden af en afgørelse om statsstøtte skal vurderes i forhold til de oplysninger, som Kommissionen kunne råde over på det tidspunkt, da den vedtog den (jf. i denne retning dom af 15.4.2008, Nuova Agricast, C-390/06, EU:C:2008:224, præmis 54 og 55 og den deri nævnte retspraksis). De oplysninger, som Kommissionen »kunne råde over«, omfatter de oplysninger, der synes relevante for den bedømmelse, som denne institution skulle foretage i henhold til artikel 108, stk. 2 og 3, TEUF og artikel 4, stk. 3 eller 4, i forordning nr. 659/1999.

72 For at godtgøre, at der foreligger tvivl om støttens forenelighed med det indre marked, kan Tempus derfor frit påberåbe sig alle de relevante oplysninger, som Kommissionen kunne råde over, da den vedtog den anfægtede afgørelse. Retten kan som led i den legalitetskontrol, som den skal foretage i denne henseende, ligeledes tage hensyn til alle oplysninger, der nævnes i den anfægtede afgørelse til støtte for den vurdering, som Kommissionen har foretaget heri.

73 I det foreliggende tilfælde skal det dermed efterprøves, om de oplysninger, som Tempus har fremført for Retten, henset til de oplysninger, der var tilgængelige ved vedtagelsen af den pågældende afgørelse, kunne rejse tvivl om, hvorvidt den anmeldte foranstaltning var helt eller delvist forenelig med det indre marked, hvilket følgelig forpligtede Kommissionen til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure med forbehold for denne institutions senere udøvelse af sit skøn vedrørende denne foranstaltnings forenelighed med det indre marked efter indledningen af den nævnte procedure.

c) Varigheden af drøftelserne mellem medlemsstaten og Kommissionen og omstændighederne omkring vedtagelsen af den anfægtede afgørelse

74 Tempus har fremhævet betydningen af de spørgsmål, som Kommissionen stod over for i denne sag, der var den første undersøgelsesprocedure vedrørende et kapacitetsmarked og anvendelsen af retningslinjerne. I det foreliggende tilfælde gik varigheden af drøftelserne mellem Det Forenede Kongerige og Kommissionen ud over, hvad der kræves for vedtagelsen af en afgørelse om ikke at gøre indsigelser, og udgør et indicium, der kan godtgøre, at der foreligger tvivl. Tempus har ligeledes bemærket, at det er paradoksalt, at Kommissionen på den ene side fandt, at det ikke var nødvendigt at indlede en formel undersøgelsesprocedure af det første anmeldte kapacitetsmarked, og at der på den anden side herom skulle gennemføres den første sektorundersøgelse, der nogensinde var indledt inden for statsstøtte, med henblik på »at opnå en bedre forståelse af disse foranstaltninger og sikre overholdelsen af EU-reglerne« og nå »de parter, der ikke høres som led i almindelige procedurer inden for statsstøtte« (jf. Kommissionens afgørelse C(2015) 2814 final af 29.4.2015 om indledning af en undersøgelse af kapacitetsmekanismerne i energisektoren i medfør af artikel 20a i forordning nr. 659/1999, og den dertil hørende pressemeddelelse).

75 Kommissionen har gjort fældende, at det, hvis en klage ikke foreligger, alene er anmeldelsesdatoen, der tæller, med henblik på at afgøre, om den foreløbige undersøgelsesprocedures varighed kan afsløre tvivl. Eftersom denne procedure varede mindre end to måneder, kan den ikke godtgøre, at der foreligger tvivl, men afspejler nærmere fraværet heraf. Under alle omstændigheder var udvekslingerne mellem Det Forenede Kongerige og Kommissionen i forbindelse med anmeldelsen nødvendigvis uden relevans for spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen kunne have næret tvivl om den endeligt anmeldte foranstaltning, idet kapacitetsmarkedet var oprettet som led i en national offentlig høring, som blev afsluttet kort tid før anmeldelsen. Hvad angår det af Tempus påberåbte paradoks har Kommissionen gjort gældende, at lovligheden af den anfægtede afgørelse skal vurderes i lyset af de oplysninger, som den rådede over, da den tog stilling, uden at der kan tages hensyn til senere vedtagne afgørelser som »psykologisk virkning«. Under alle omstændigheder var formålet med den senere afgørelse om at indlede en sektorundersøgelse af kapacitetsmekanismerne i andre medlemsstater end Det Forenede Kongerige at »få en bedre forståelse af eksistensen og funktionen af [disse] mekanismer«. Hvad angår kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige var en sådan forståelse allerede påkrævet ved afslutningen af den individuelle vurdering af den anmeldte foranstaltning.

76 Det Forenede Kongerige har for sit vedkommende gjort gældende, at varigheden af de drøftelser, der gik forud for anmeldelsen, ikke kan afsløre tvivl.

77 I henhold til traktatens artikel 108, stk. 3, TEUF skal »Kommissionen […] underrettes så betids om enhver påtænkt indførelse eller ændring af støtteforanstaltninger, at den kan fremsætte sine bemærkninger hertil«. Denne forpligtelse til anmeldelse giver Kommissionen mulighed for at udøve sin forudgående kontrol af enhver påtænkt støtte. Som det fremgår af artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, »undersøger [Kommissionen nemlig] anmeldelsen straks ved modtagelsen«. Artikel 4, stk. 5, i forordning nr. 659/1999 præciserer ligeledes, at Kommissionen »inden to måneder«, som »løber fra dagen efter modtagelsen af en fuldstændig anmeldelse«, skal vedtage en afgørelse i medfør af den foreløbige undersøgelse foreskrevet i artikel 108, stk. 3, TEUF med henblik på eventuelt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure fastsat i artikel 108, stk. 2, TEUF, såfremt den anmeldte foranstaltning giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked.

78 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at omfanget af det af Kommissionen dækkede undersøgelsesområde i forbindelse med den foreløbige undersøgelse og sagsakternes kompleksitet kan tyde på, at den pågældende procedure væsentligt har oversteget, hvad der normalt er påkrævet for at foretage en første undersøgelse inden for rammerne af artikel 108, stk. 3, TEUF. Denne omstændighed udgør et indicium, der beviser eksistensen af tvivl som omhandlet i artikel 4, stk. 3 eller 4, i forordning nr. 659/1999 (jf. dom af 7.11.2012, CBI mod Kommissionen, T-137/10, EU:T:2012:584, præmis 285 og den deri nævnte retspraksis).

79 I det foreliggende tilfælde skal det fastslås, at den anmeldte foranstaltning er betydelig, kompleks og ny.

80 For det første gav Kommissionen i den anfægtede afgørelse tilladelse til, at den flerårige støtteordning blev iværksat for en periode på ti år (jf. 6. og 162. betragtning til den anfægtede afgørelse). De af denne støtteordning omhandlede beløb er særligt store, idet de varierer mellem 0,9 mia. og 2,6 mia. GBP årligt (jf. syvende betragtning til den anfægtede afgørelse), eller mellem 8,1 mia. og 23,4 mia. GBP for en periode på ti år, som Kommissionen har bekræftet under retsmødet. For 2018-2019, det første påtænkte leveringsår for kapacitetsmarkedet, oplyste Det Forenede Kongerige om sin hensigt til at udbyde en samlet kapacitet på 53,3 gigawatt (GW) på auktion.

81 For det andet er såvel definitionen som gennemførelsen af denne støtteordning kompleks. De tilfælde, der er anført som begrundelse for eksistensen, er talrige og er støttet på sandsynligheder (79.-82. betragtning til den anfægtede afgørelse). Flere kategorier af operatører berører alt efter reglerne, som kan variere fra den ene kategori til den anden, og som nødvendiggør, at visse udvælgelseskriterier opfyldes (jf. 15.-27. betragtning til den anfægtede afgørelse). Der er defineret forskellige auktionsmekanismer, og de afholdes i flere etaper (28.-51. betragtning til den anfægtede afgørelse).

Denne foranstaltning kan skabe væsentlige og varige tidsmæssige virkninger, der potentielt går ud over den periode på ti år, som den er godkendt for, eftersom foranstaltningen giver bestemte kapacitetsleverandører mulighed for at indgå aftaler med en varighed på indtil 15 år ved hver årlig T-4-auktion (jf. 57. betragtning til den anfægtede afgørelse). Disse virkninger vedrører både direkte og indirekte og for lang tid navnlig eksisterende og nye producenter samt efterspørgselsstyringsoperatørerne.

82 For det tredje er der, som Tempus har anført, og som Kommissionens næstformand med ansvar for konkurrence oplyste, da han i en pressemeddelelse gav et sammendrag af den anfægtede afgørelses indhold, tale om den første gang, Kommissionen har undersøgt kapacitetsmarkedet i lyset af disse retningslinjer. Den pågældende foranstaltning er således ny hvad angår såvel dens formål som dens betydning for fremtiden.

83 Endvidere bemærkes – i lighed med, hvad Tempus har gjort, og alene for at fremhæve kompleksiteten og nyheden af de spørgsmål, som Kommissionen skulle behandle i denne sag – både indledningen af sektorundersøgelsen vedrørende kapacitetsmarkedet og den senere indledning i andre tilfælde og af grunde, der er særegne for hver sag, af de formelle undersøgelsesprocedurer vedrørende kapacitetsmarkedet påtænkt af andre medlemsstater. Eftersom sådanne begivenheder imidlertid ligger efter Kommissionens vedtagelse af den anfægtede afgørelse, kan de ikke have betydning for Rettens bedømmelse af lovligheden af den anfægtede afgørelse.

84 I det foreliggende tilfælde ses det dog, at Kommissionen den 23. juli 2014 efter afslutningen af den foreløbige undersøgelse på en måned fandt, at den foranstaltning, som Det Forenede Kongerige anmeldte den 23. juni 2014, ikke rejste tvivl om foreneligheden heraf med det indre marked og kunne gøres til genstand for en afgørelse om ikke at rejse indsigelser. De forskellige kapacitetsleverandører blev ikke opfordret til at fremsætte bemærkninger under denne procedure, idet Kommissionen ikke fandt det nødvendigt.

85 I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, giver den omstændighed, at den foreløbige undersøgelse kun varede en måned, henset til forholdene i denne sag, dog ikke mulighed for at finde, at der er tale om et indicium, som giver bevis for at konkludere, at der ikke forelå tvivl ved afslutningen af den første undersøgelse af den pågældende foranstaltning. Som Tempus har anført, skal der nemlig ligeledes tages hensyn til varigheden og indholdet af kontakterne mellem Det Forenede Kongerige og Kommissionen forud for anmeldelsen af foranstaltningen. Selv om sådanne kontakter ikke er hidtil ubekendte, men snarere tilskyndet af Kommissionen, udviser de i det foreliggende tilfælde imidlertid kendetegn, der fremhæver kompleksiteten og nyheden ved den pågældende foranstaltning.

86 Det skal indledningsvis bemærkes, at kontakterne forud for anmeldelsen, som bygger på de erfaringer, som Kommissionen har gjort ved gennemførelsen af procedurer med kontrol med statsstøtte, er blevet formaliseret i den kodeks for god praksis ved behandling af statsstøttesager, som Kommissionen vedtog den 16. juni 2009 (EUT 2009, C 136, s. 13, herefter »kodeksen for god praksis«). Selv om denne kodeks, som det i øvrigt fremgår af punkt 8 heri, ikke ændrer de rettigheder og forpligtelser, der er fastlagt i EUF-traktaten og de forskellige forordninger, som fastsætter regler for procedurerne vedrørende statsstøtte, giver denne kodeks for god praksis mulighed for at præcisere formålet med, varigheden af og reglerne for sådanne uformelle kontakter.

87 Ifølge punkt 10 i kodeksen om god praksis giver kontakterne forud for anmeldelsen Kommissionens tjenestegrene og medlemsstaten mulighed for helt uformelt at drøfte de juridiske og økonomiske aspekter ved et projekt forud for anmeldelsen med henblik på at gøre anmeldelserne bedre og mere fuldstændige. Denne fase kan derfor bane vej for en hurtigere behandling af anmeldelser, når de først er indgivet formelt til Kommissionen.

88 Som det bemærkes i kodeksen om god praksis, er formålet med kontakterne forud for anmeldelsen at lette anmeldelsen af det påtænkte projekt for at give Kommissionen mulighed for allerede fra denne anmeldelse på bedst mulig vis at foretage den foreløbige undersøgelse. I medfør af artikel 2, stk. 2, i forordning nr. 659/1999 skal anmeldelsen nemlig give alle nødvendige oplysninger, så Kommissionen bliver i stand til at vedtage en afgørelse efter denne forordnings artikel 4 (afgørelser om den foreløbige undersøgelse) og artikel 7 (afgørelser om afslutning af den formelle undersøgelsesprocedure).

89 Hovedformålet med kontakterne forud for anmeldelsen er således at nedsætte risikoen for, at anmeldelsen kan anses for ufuldstændig, hvilket ville forsinke undersøgelsesproceduren af det anmeldte projekt. I henhold til artikel 5, stk. 1, i forordning nr. 659/1999 kan Kommissionen anmode om alle nødvendige yderligere oplysninger under den foreløbige undersøgelse, hvis den mener, at de fremlagte oplysninger er ufuldstændige.

90 Formålet med kontakterne forud for anmeldelsen er derimod ikke, navnlig når der er tale om et særligt nye eller komplekst tilfælde, at vurdere den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked. Kommissionen har i øvrigt i punkt 16 i kodeksen for god praksis anført, at dens tjenestegrene i et sådant tilfælde ved afslutningen af kontakterne forud for anmeldelsen i princippet ikke vil give en »uformel foreløbig vurdering« om, hvorvidt anmeldelsesudkastet er fuldstændigt, og hvorvidt det planlagte støtteprojekt umiddelbart forekommer at være foreneligt med det indre marked. Under alle omstændigheder kan en sådan angivelse, som Kommissionen fremlagde i forbindelse med de uformelle og forudgående kontakter under kontakterne forud for anmeldelsen, ikke anses for at udgøre Kommissionens officielle stillingtagen i medfør af undersøgelsen af anmeldelsen.

91 Som det fremgår af artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 659/1999, undersøger Kommissionen nemlig først anmeldelsen efter modtagelsen. En tidligere konstatering på grundlag af den mere eller mindre fuldstændige karakter af en anmeldelse af et påtænkt projekt i forhold til de gældende regler kan således ikke sidestilles med en vurdering som led i de procedurer med kontrol med statsstøtte, der er fastsat i EUF-traktaten og ved forordning nr. 659/1999. Kommissionen kan ikke blande den eventuelt forudgående fase med at bringe anmeldelsen i orden sammen med undersøgelsen heraf, som først er foreløbig, og siden eventuelt er formel, hvis det er nødvendigt for at give Kommissionen mulighed for at indsamle alle de oplysninger, som den har behov for til vurderingen af støttens forenelighed og med henblik herpå indhente de interesserede parters bemærkninger.

92 I denne sammenhæng fremgår det for det første af anmeldelsen, at kontakterne forud for anmeldelsen, som omfatter alle kontakter forud for anmeldelsen mellem Kommissionen og den pågældende medlemsstat, var væsentligt længere end den periode på to måneder, der som hovedregel foreskrives i kodeksen om god praksis.

93 Det Forenede Kongeriges regerings arbejde for at oprette et kapacitetsmarked begyndte således i 2010. Fra december 2012, dvs. ca. 18 måneder, inden Kommissionen foranstaltede den foreløbige undersøgelse af anmeldelsen i henhold til artikel 4 i forordning nr. 659/1999, oplyste Det Forenede Kongerige Kommissionen om den påtænkte foranstaltnings indhold.

94 Som led i disse uformelle kontakter forelagde Kommissionen Det Forenede Kongerige en række spørgsmål vedrørende denne foranstaltning, som Det Forenede Kongerige besvarede i juli 2013.

95 Det fremgår ligeledes af anmeldelsen, at Kommissionen den 25. marts 2014 forelagde Det Forenede Kongerige en yderligere række spørgsmål. Med disse 47 spørgsmål anmodede Kommissionen bl.a. Det Forenede Kongerige om at fremlægge oplysninger om samkøringslinjernes funktion, efterspørgselsstyringens mulighed for at deltage i kapacitetsmarkedet og den forskellige varighed af de aftaler, som producenterne blev tilbudt. F.eks. anmodede Kommissionen i spørgsmål nr. 32 Det Forenede Kongerige om at angive, om efterspørgselsstyringsoperatørerne ville få tilladelse til at deltage i kapacitetsmarkedet, og hvordan de ville blive behandlet. Med spørgsmål nr. 33 ønskede

Kommissionen ligeledes oplyst, i hvilket omfang der skulle tages hensyn til den samkørte kapacitet. Den 31. marts 2014 besvarede Det Forenede Kongerige disse spørgsmål og fremlagde en ajourført udgave af den påtænkte foranstaltning for Kommissionen.

96 Den 17. juni 2014 meddelte Kommissionen ifølge Det Forenede Kongeriges skrivelse af 27. juni 2014, som Kommissionen har fremlagt for Retten, »ved afslutningen af en foreløbig vurdering« – foretaget uden for den formelle rammer fastsat ved artikel 4 i forordning nr. 659/1999, idet den foreløbige undersøgelse først begyndte ved modtagelsen af anmeldelsen – at Kommissionen fandt, at kapacitetsmarkedet umiddelbart var foreneligt med artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF, henset til retningslinjerne.

97 Den 17. juni 2014 forelagde Kommissionen Det Forenede Kongerige en tredje række spørgsmål vedrørende bl.a. den påtænkte foranstaltnings tilskyndelsesvirkning, dens proportionalitet og eventuel forskelsbehandling mellem kapacitetsleverandører. Det Forenede Kongerige besvarede disse spørgsmål direkte i anmeldelsen, bl.a. i bilag H hertil, og fremlagde et sammendrag af disse svar i sin ovennævnte skrivelse af 27. juni 2014.

98 I henhold til retningslinjerne (jf. bl.a. afsnit 3.9.4, 3.9.5 og 3.9.6) skal det bemærkes, at spørgsmål om tilskyndelsesvirkningen, proportionaliteten og den eventuelle eksistens af forskelsbehandling er forhold, der skal vurderes som led i undersøgelsen af foreneligheden af en foranstaltning for støtte til tilstrækkelig kapacitet, såsom den pågældende foranstaltning. Med andre ord fandt Kommissionen på selvmodsigende vis, og skønt en sådan ikke-bindende »uformel foreløbig vurdering« ikke var foreskrevet i punkt 16 i kodeksen om god praksis i særligt nye og komplekse tilfælde, allerede på dette tidspunkt inden sin foreløbige undersøgelse i medfør af forordning nr. 659/1999, at den påtænkte foranstaltning umiddelbart var forenelig med de gældende regler, selv om den mente, at der var behov for samtidigt at anmode om oplysninger om nøglepunkterne i en sådan undersøgelse.

99 For det andet organiserede Det Forenede Kongerige, parallelt med de ovennævnte drøftelser mellem Det Forenede Kongerige og Kommissionen, fra den 10. oktober til den 24. december 2013 en national offentlig høring om det påtænkte kapacitetsmarked. Denne høring vedrørte imidlertid ikke spørgsmålet om denne foranstaltnings forenelighed med de gældende regler for statsstøtte. Høringen fremførte alene behovet for en forudgående tilladelse fra Kommissionen til at gennemføre den påtænkte foranstaltning.

100 Det kan, som det fremgår af Det Forenede Kongerige og Kommissionens argumentation, ikke antages, at en sådan national høring kan sidestilles med en procedure, der gav de berørte parter mulighed for at fremsætte bemærkninger, hvilket ville have været tilfældet, hvis Kommissionen havde indledt den formelle undersøgelsesprocedure. Som led i procedurerne med kontrol med statsstøtte kan den pågældende medlemsstat, som yder støtten, nemlig ikke erstatte Kommissionen, der som traktaternes beskytter og i henhold til artikel 108 TEUF skal undersøge alle projekter, der tilsigter at indføre støtte. Det tilkommer Kommissionen og ikke medlemsstaten som led i den i denne henseende fastsatte procedure eventuelt at indhente alle de oplysninger, som den har behov for, med henblik på at vurdere støttens forenelighed. Det er endvidere Kommissionen og ikke den medlemsstat, der yder støtten, som de berørte parter skal fremsætte deres bemærkninger til, såfremt de finder det nødvendigt for at give Kommissionen mulighed for med fuld viden at udtale sig om støttens forenelighed.

101 For det tredje fremgår det, selv om Kommissionen mener, at den ikke havde modtaget en klage (jf. præmis 75 ovenfor), af anmeldelsen og den anfægtede afgørelse, at tre typer operatører, henset til de oplysninger, som de havde kendskab til ved deres intervention, ønskede direkte eller spontant at meddele Kommissionen deres bemærkninger til støttens forenelighed.

102 Den 30. maj og den 26. juni 2014 modtog Kommissionen bemærkninger fra en leverandør af balanceringstjenester, som gjorde gældende, at støtten var uforenelig med retningslinjerne (jf. 96. og 97. betragtning til den anfægtede afgørelse).

103 Den 9. juni 2014 modtog Kommissionen endvidere bemærkninger fra UK Demand Response Association (UKDRA, sammenslutningen af efterspørgselsstyring i Det Forenede Kongerige), som ligeledes gjorde gældende, at den påtænkte foranstaltning var i strid med retningslinjerne. UKDRA anførte navnlig den forskellige aftalevarighed for efterspørgselsstyringsoperatørerne og producenterne, den indbyrdes udelukkelse mellem deltagelsen i overgangsauktionerne og de varige auktioner, kapacitetsmarkedets omkostningsdækningsmetode og den manglende hensyntagen til efterspørgselsstyringens indvirkning på omkostningerne til transmission og distribution af elektricitet. UKDRA anførte ligeledes, at der var sket væsentlige ændringer af det påtænkte projekt efter Det Forenede Kongeriges nationale høring med henblik på bl.a. at støtte produktion af elektricitet fra fossile brændstoffer (jf. 101. og 102. betragtning til den anfægtede afgørelse).

104 Den 25. juni og den 3. juli 2014 modtog Kommissionen endelig skrivelser fra en operatør, der havde erhvervet eksisterende anlæg. Denne operatør anførte, at forskelsbehandlingen mellem eksisterende og nye anlæg – idet de førstnævnte i modsætning til de andre bl.a. kun kunne få etårige kontrakter – ikke var i overensstemmende med EU-retten (jf. 98.-100. betragtning til den anfægtede afgørelse).

105 Det Forenede Kongeriges bemærkninger til disse indlæg blev fremlagt for Kommissionen i bilag I til anmeldelsen. Det Forenede Kongerige har i denne henseende anført, at det besvarede de argumenter, der var fremsat i de to »klager«, som Kommissionen havde vedlagt den tredje række spørgsmål, der blev fremsat den 17. juni 2014, nemlig klagerne af 30. maj og 9. juni 2014, samt argumenterne i en »anden klage«, som ifølge Det Forenede Kongerige snart ville blive fremsendt til Kommissionen af en anden operatør, der havde erhvervet eksisterende anlæg (jf. 103.-107. betragtning til den anfægtede afgørelse under overskriften »Det Forenede Kongeriges bemærkninger«). I e-mail af 28. juni 2014 til Kommissionen fremlagde Det Forenede Kongerige endvidere blandt oplysningerne om varigheden af aftaler om styring af oplagringsnetværk og om nukleare aktiviteter dels en tabel med en sammenfatning af forskelsbehandlingen mellem kapacitetsleverandørerne og bemærkede dels, at »anmeldelsen for hver klage indehold[t] yderligere oplysninger, navnlig i bilag I«.

106 Det følger af det ovenstående, at varigheden af kontakterne forud for anmeldelsen blev væsentligt længere end den periode på to måneder, der som hovedregel foreskrives i kodeksen om god praksis.

107 Det ses ligeledes, at den påtænkte foranstaltning ikke alene fra starten rejste flere vanskeligheder, som Kommissionen bemærkede som led i kontakterne forud for anmeldelsen, men ligeledes fortsat rejste sådanne vanskeligheder efter afslutningen af denne fase. Efter mere end et års uformelle kontakter spurgte Kommissionen således Det Forenede Kongerige om samkøringslinjernes funktion, efterspørgselsstyringens status og forskelsbehandlingen mellem producenterne. Ved afslutningen af denne uformelle procedure anmodede Kommissionen ligeledes Det Forenede Kongerige om præciseringer vedrørende flere forhold anført i retningslinjerne, som dannede rammerne for analysen af den påtænkte foranstaltning, der skulle træde i kraft.

108 På dette tidspunkt i proceduren fandt Kommissionen, at den – selv om den var ved at indlede den foreløbige undersøgelse af anmeldelsen, og tre typer operatører havde afgivet indlæg til den for at anføre deres betænkeligheder hvad angår den påtænkte foranstaltnings forenelighed – imidlertid ikke nærede tvivl, og at den således ikke havde behov for at anmode de interesserede parter om bemærkninger til Det Forenede Kongeriges forskellige valg i anmeldelsen.

109 På denne baggrund giver længden af og omstændighederne ved kontakterne forud for anmeldelsen, som vidner om de vanskeligheder, der opstod ved behovet for at indhente de relevante oplysninger, som satte Kommissionen i stand til at undersøge anmeldelsen af støtteordningen i henhold til de relevante bestemmelser i EUF-traktaten, forordning nr. 659/1999 og retningslinjerne, ligesom de

forskellige bemærkninger fremsat af tre forskellige operatører vedrørende denne ordning, ikke mulighed for at fastslå, at den korte varighed af den foreløbige undersøgelsesprocedure er et indicium for, at der ikke var tvivl om denne ordnings forenelighed med det indre marked, men de kan tværtimod indikere, at der forelå en sådan tvivl.

110 Det fremgår endvidere ikke af sagens akter, at Kommissionen ved den måned, der var afsat til den foreløbige undersøgelsesprocedure, foretog en særlig sagsoplysning hvad angår efterspørgselsstyringens rolle inden for kapacitetsmarkedet. Det eneste dokument, som Kommissionen har forelagt Retten desangående, er således Det Forenede Kongeriges e-mail af 28. juni 2014 (jf. præmis 105 ovenfor). I denne e-mail fremlagde Det Forenede Kongerige bl.a. en fremstilling i form af en tabel over forskelsbehandlingen mellem kapacitetsleverandørerne som svar på de betænkeligheder herom, som sandsynligvis var fremsat af den operatør, der havde erhvervet eksisterende anlæg. Den anfægtede afgørelse nævner ikke formelt denne udveksling, ligesom den ikke giver mulighed for at godtgøre, at Kommissionen efter modtagelsen af denne tabel eller andre oplysninger i denne e-mail rejste tvivl om deres indhold hvad angår efterspørgselsstyringens rolle på kapacitetsmarkedet hos enten atter Det Forenede Kongerige eller de interesserede parter. Under alle omstændigheder udgør denne tabel alene et sammendrag af de eksisterende forskelle på kapacitetsmarkedet, som var fremlagt i anmeldelsen, mellem følgende tre typer operatører: for det første eksisterende anlæg og renoverede anlæg, for det andet nye anlæg og for det tredje efterspørgselsstyringsoperatører. Dette dokument giver ingen oplysninger, som gør det muligt for Kommissionen at foretage en selvstændig vurdering i forhold til de i retningslinjerne fastsatte kriterier (jf. herom præmis 117 nedenfor).

111 Følgelig fremgår det af det ovenstående hvad angår varigheden af drøftelserne mellem medlemsstaten og Kommissionen og af de omstændigheder, der omgiver vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, at den anmeldte foranstaltning er væsentlig, kompleks og ny, og at den gav anledning til langvarige kontakter forud for anmeldelsen, hvorunder Kommissionen stillede Det Forenede Kongerige talrige spørgsmål for at opnå betydelige afklaringer, navnlig hvad angår vurderingen af denne foranstaltning i forhold til retningslinjerne. Det fremgår ligeledes heraf, at denne foranstaltning blev anfægtet i tre henseender af forskellige operatører, som burde være begunstiget heraf.

112 Det fremgår endvidere ikke af sagens akter, at Kommissionen i en sådan situation ved den foreløbige undersøgelse foretog en særlig sagsoplysning hvad angår de af Det Forenede Kongerige fremlagte oplysninger om efterspørgselsstyringens rolle på kapacitetsmarkedet.

113 Henset til kendetegnene ved den pågældende støtteordning og de særlige omstændigheder ved kontakterne forud for anmeldelsen befandt Kommissionen sig ikke i en situation, hvor den blot kunne forholde sig til de oplysninger, som den pågældende medlemsstat havde fremlagt, uden at foretage sin egen vurdering for at undersøge og om nødvendigt i givet fald hos andre interesserede parter at søge relevante oplysninger til brug for dens vurdering (jf. præmis 69 ovenfor).

114 Når Kommissionen ikke har fremlagt oplysninger, der kan godtgøre en sådan undersøgelse, kan det fastslås, at den i nærværende sag blot anmodede om og gengav oplysninger fremlagt af den pågældende medlemsstat uden i denne henseende at foretage sin egen analyse.

115 Sådanne omstændigheder udgør, som Tempus har gjort gældende, et indicium, der kan godtgøre, at der foreligger tvivl om den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked.

116 Det skal derfor undersøges, om oplysningerne vedrørende indholdet af den anfægtede afgørelse, henset til de bemærkninger, som Tempus har fremsat i denne forbindelse som led i nærværende sag, også kan udgøre indicier, som viser, at Kommissionen burde have næret tvivl ved afslutningen af den foreløbige undersøgelse af den anmeldte foranstaltning.

d) Kommissionens vurdering under den foreløbige undersøgelse, henset til de tilgængelige oplysninger, hvad angår efterspørgselsstyringens rolle på kapacitetsmarkedet

117 Tempus har gjort gældende, at Kommissionen ikke foretog en korrekt vurdering af efterspørgselsstyringens rolle på kapacitetsmarkedet, bl.a. henset til retningslinjerne, hvis formål er at »lette« og »fremme« efterspørgselsstyring. Selskabet har alene henvist til Kommissionens dokumenter, hvori anføres behovet for at anerkende »efterspørgselsoperatørernes potentielle deltagelse i ordningen« for at undgå »ugyldige investeringer i produktionen«. I stedet for blot at godkende Det Forenede Kongeriges standpunkt, hvorefter »afholdelsen af den første auktion i december 2014 var grundlæggende for at give oplysninger om efterspørgselsstyringen og dens potentiale«, og overgangsauktionerne burde være tilstrækkelige (jf. 122. betragtning til den anfægtede afgørelse), skulle Kommissionen have krævet eller selv have foretaget en behørig vurdering af efterspørgselsstyringens potentiale. Denne analyse ville have bevirket en reduktion af »størrelsen af den produktion«, der var tilgængelig for de første T-4-auktioner, og undgåelse af spild af offentlige ressourcer til skade for forbrugeren. Efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse i T-1-auktionerne gjorde det ikke muligt at udbedre denne situation som følge af den lave mængde kapacitet, der var reserveret til disse auktioner, og Det Forenede Kongeriges forpligtelse til om muligt at reducere »den kapacitetsmængde, der skal opnås ved udbud på auktioner, der var planlagt det forudgående år i 2017«. På denne baggrund var produktionen fra fossile brændstoffer fra starten begunstiget af en »blokering«, der risikerede i årevis at blokere den kapacitet, som kunne leveres fra efterspørgslen.

118 Endvidere kunne de øvrige foranstaltninger, som Kommissionen har henvist til i sit svarskrift, ikke sidestilles med foranstaltninger til støtte for efterspørgselsstyringen inden for ordningen med støtte til foranstaltninger, der var særligt udviklet til at imødegå det problem, der var forbundet med tilstrækkelig kapacitet. I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende i sit svarskrift, er den adgangstærskel på 2 MW, der er fastsat for, at efterspørgselsstyringsoperatører kan deltage i auktionerne i den varige ordning, ikke »lav«, hvilket ses af de eksempler, der er udledt af andre ordninger, såsom kapacitetsmarkedet Pennsylvania Jersey Maryland (PJM) og New York Independent System Operator (NYISO), hvor adgangstærsklen var fastsat 20 gange lavere til 100 kW.

119 Kommissionen har anført, at efterspørgselsstyringen i sig selv er tilstrækkelig til at forebygge risikoen for kapacitetsmangel. Endvidere har Tempus ikke godtgjort, at Kommissionen ikke foretog en korrekt analyse af efterspørgselsstyringens potentielle rolle, og at den derfor burde have næret tvivl, hvorfor den var forpligtet til at indledte den formelle undersøgelsesprocedure. Tempus har således undladt at henvise til de generelle foranstaltninger til støtte for efterspørgselsstyringen, som var iværksat uafhængigt af kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige. Tempus har heller ikke taget hensyn til kendetegnene ved kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige, som skulle fremme efterspørgselsstyringen, såsom den »lave tærskelværdi på 2 MW«, der var krævet for at deltage i de varige auktioner, og foreningen af de operatører, hvis CMU'er lå under denne tærskelværdi. Endelig er efterspørgselsstyring ikke udelukket i T-4-auktioner, og efterspørgselsstyringsoperatørerne kan afgive bud for den samme aftalevarighed som de eksisterende producenter. Risikoen for »blokering« af kapaciteten blev minimeret, og den eventuelle resterende risiko blev kompenseret ved de positive virkninger af stimuleringen af nye investeringer for at imødekomme udfordringen med utilstrækkelig kapacitet.

120 Det er Det Forenede Kongeriges opfattelse, at Tempus har foreholdt det, at det ikke har gjort noget for at fremme og lette efterspørgselsstyringen, uden at selskabet imidlertid har godtgjort, at der foreligger tvivl om kapacitetsmarkedets forenelighed med det indre marked. Efterspørgselsstyringen er ikke i sig selv tilstrækkelig til at garantere forsyningssikkerheden. Selv om det er vigtigt, at efterspørgselsstyringsoperatørerne fuldt ud kan deltage i kapacitetsmarkedet, skal dette følgelig ikke udformes, så de hovedsageligt tilskyndes hertil. Det Forenede Kongerige har bestridt, at tildelingen af kapacitetsaftaler til eksisterende og nye producenter udgør spild af ressourcer, henset til disse aftalers betydning for at nå formålet med forsyningssikkerhed.

1) Ækvivalens og interesser angående produktionen og efterspørgselsstyringen

121 Det fremgår af svarene på Rettens skriftlige spørgsmål af 5. maj 2017, at Kommissionen anerkendte, at med henblik på bl.a. gennemførelsen af retningslinjernes punkt 232, litra a), kan såvel kapacitet udbudt af producenterne som kapacitet udbudt af efterspørgselsstyringsoperatørerne bidrage til at afhjælpe det problem med utilstrækkelig kapacitet, som Det Forenede Kongerige har identificeret. Adspurgt herom har Kommissionen således anført, at »de to typer kapacitet i princippet ved deres tekniske kapacitet kan bidrage til at imødegå de overskydende markedssvigt, som Det Forenede Kongerige har opgjort« (herunder det »»missing money« problem«, som er anført i 85. betragtning til den anfægtede afgørelse).

122 Kommissionen er ligeledes enig med Tempus i at anerkende, at begrebet ækvivalent teknik imidlertid ikke betyder, at de er identiske.

123 I sit svar har Kommissionen således fremhævet følgende:

»Det skal imidlertid bemærkes, at de to typer kapacitet har konkrete muligheder og fordele. (Ny) produktion (bl.a. vedvarende energi) er nødvendig for at danne grundlag for tilførsel af elektricitet til nettet, mens udjævning og ændring af efterspørgslen i spidsbelastningsperioder ved efterspørgselsstyring kan reducere behovet for den produktion, som kun er nødvendig et begrænset antal timer om året (og oprettelsen af ny produktion er for dyr i denne henseende).«

124 Tempus har anført følgende:

»[E]fterspørgselsstyringen har vist, at den kunne overgå mindstekravene til tekniske præstationer med henblik på at levere kapacitet, navnlig når lovgiverne afsætter tid til at forstå dens art og skaber lovrammerne for at lette og fremme den bedst muligt. Efterspørgselsstyringen er ikke det samme som produktionen og skal ikke være det. Løsninger med tilsvarende teknisk ydeevne betyder ikke samme præstationer, men alene den tekniske evne til at nå de samme resultater/produkter […]. Et sikkert og pålideligt energisystem har brug for forskellige kilder, der har forskellige fordele. Efterspørgselsstyring medfører, ud over at den er en fleksibel og rentabel kapacitetskilde, lavere omkostninger ved at lette presset på forsynings- og transmissionsinfrastrukturerne og ved at reducere behovet for at forbedre infrastrukturerne, hvilket ville kræve store omkostninger, den forbedrer nettets pålidelighed, fremmer forbrugernes intelligens og deltagelse, styrker innovationen og konkurrencen på forsyningsmarkedet, forbedrer værdien og bæredygtigheden af intermitterende vedvarende energikilder ved at tilpasse forsyningsmodellerne uden at skulle omgå produktionen via et nødanlæg med fossile brændstoffer og spiller samlet set en enestående og væsentlig rolle ved at garantere forsyningssikkerheden til laveste pris for forbrugerne.«

125 Det følger af det ovenstående, at selv om produktionen og efterspørgselsstyringen begge kan bidrage til at afhjælpe det problem med utilstrækkelig kapacitet, som Det Forenede Kongerige har identificeret, har de hver især en særegen interesse. Produktionsevnen forsyner elektricitetsnettet, mens efterspørgselsstyringens kapacitet giver mulighed for udjævning og forandring af efterspørgslen i perioder med høj efterspørgsel, hvorved behovet for produktion, som kun er nødvendig et begrænset antal timer om året, reduceres, hvilket således undgår oprettelse af ny produktion, som under disse omstændigheder er for dyr.

126 I medfør af retningslinjernes punkt 232, litra a), tilkommer det følgelig Kommissionen at sikre, at støtteordningen var udformet således, at efterspørgselsstyringen kunne deltage på samme fod som produktionen, fordi den tilsvarende kapacitet gjorde det muligt på effektiv vis at afhjælpe problemet med utilstrækkelig kapacitet.

127 I denne sammenhæng bør støtteforanstaltningerne, som fremgår af retningslinjernes punkt 226, være åbne og give tilstrækkelige incitamenter for de berørte operatører.

128 Det centrale spørgsmål i denne sag er således ikke så meget, om efterspørgselsstyringen kan spille en rolle for at sikre, at kapacitetsmarkedet fungerer, hvilket er tilfældet, eller, som anført af Kommissionen og Det Forenede Kongerige, om det som sådan på kort sigt kan løse problemet med utilstrækkelig kapacitet, hvilket Tempus har gjort gældende ikke er tilfældet. Nøglespørgsmålet er nærmere, om den rolle, som efterspørgselsstyringen kan spille, er blevet vurderet tilstrækkeligt, henset til de i retningslinjerne fastsatte principper.

129 Det er i betragtning af det ovenstående, at der skal foretages en undersøgelse af Tempus' argumenter, hvorved selskabet har kritiseret Kommissionen for at have godkendt den pågældende foranstaltning efter den foreløbige undersøgelse på en måned uden at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der er fastsat, for at Kommissionen kan få mulighed for at indsamle alle de oplysninger, den behøver for at kunne vurdere støttens forenelighed, og for at interesserede parter kan få mulighed for at fremsætte deres bemærkninger.

2) Efterspørgselsstyringens positive rolle

130 Følgende fremgår af Kommissionens dokument af 5. november 2013 med titlen »Commission Staff Working Document, Generation Adequacy in the internal electricity market – guidance on public interventions« (SWD(2013) 438 final), som Det Forenede Kongerige har nævnt i anmeldelsens punkt 219: »[K]apacitetsmekanismerne skal udformes under fuld hensyntagen til de særlige egenskaber ved efterspørgselsstyringen frem for at definere produkterne ud fra tesen om, at de opfyldes af den nye produktion.«

131 I dette perspektiv fremhævede Det Forenede Kongerige i anmeldelsens punkt 220, at »efterspørgselsstyringen […] potentielt [kunne] tilbyde en pålidelig og mere rentabel kapacitet til at garantere forsyningssikkerheden«. I samme punkt fremlagde Det Forenede Kongerige efterspørgselsstyringen som et alternativ til investering i produktion til lavere omkostninger for forbrugerne. Det er denne medlemsstats opfattelse, at en større udvikling af efterspørgselsstyringen er en vigtig etape mod et mere effektivt elektricitetsmarked, hvor deltagerne imødekommer prissignalerne bedre ved at reducere efterspørgslen, når der er mangel på elektricitet, og priserne er høje, eller ved at bruge elektriciteten, når produktionen overstiger efterspørgslen.

132 Det Forenede Kongerige anførte endvidere i anmeldelsens punkt 61 og 188, at efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse i kapacitetsmarkedet gavnede konkurrencen på kapacitetsmarkedet, men ligeledes i bredere forstand på energimarkedet.

133 Det Forenede Kongerige lagde i anmeldelsen ligeledes vægt på den omstændighed, at jo større efterspørgselsstyringen var, des mindre mærkedes behovet for kapacitetsmarkedet. Det Forenede Kongerige anførte nemlig, at kapacitetsmarkedet ville blive fjernet, når det ikke længere var nødvendigt, hvilket burde ske med den progressive udvikling af efterspørgselsstyringen (jf. anmeldelsens s. 7, 8, 45 og 46).

134 Denne analyse er i det væsentlige den samme, som Tempus har fremlagt i sin stævning, hvori selskabet har bemærket, at teknologien til efterspørgselsstyring giver kunderne mulighed for konkret at forskyde det behov, der ikke er tidsmæssigt bundet, og således foretage aflastning i perioder med høj efterspørgsel. Et optimeret forbrug, som reagerer hurtigt, erstatter således det sædvanlige forbrug. I denne sammenhæng er efterspørgselsstyringen, som gør det muligt at reducere den høje efterspørgsel eller reducere denne efterspørgsel, når produktionen er begrænset, et alternativ til produktionen, bl.a. den mest miljøbelastende produktion.

135 Disse bemærkninger fra både Det Forenede Kongerige og Tempus viser det reelle potentiale, som efterspørgselsstyringen udgør på kapacitetsmarkedet. Jo hurtigere og bedre der tages hensyn til denne del af kombinationen af teknologier, des mindre grund har Det Forenede Kongerige således til at anvende produktion til at imødekomme problemet med utilstrækkelig kapacitet.

3) Tilgængelige oplysninger om efterspørgselsstyringens potentiale

136 Det skal bemærkes, at Det Forenede Kongerige i bilag B til »UK Checklist against the Commission Staff Working Document on Generation Adequacy in the internal electricity market – guidance on public interventions« besvarede spørgsmålet om, hvorvidt efterspørgselsstyringens potentiale og en realistisk tidsramme for realiseringen heraf var integreret i denne analyse, således:

»Efterspørgselsstyringen bør kunne deltage direkte på kapacitetsmarkedet og i overgangsordningen«. […] Hvert år vurderer National Grid mængden af den aktuelt tilgængelige efterspørgselsstyring og fastsætter et skøn over den potentielle efterspørgselsstyring, der kan opstå i løbet af perioden, som led i en analyse, der vejleder beslutningstagningen vedrørende den mængde kapacitet, der skal erhverves ved auktioner. I De Forenede stater har PJM-kapacitetsmarkedet gjort det muligt for efterspørgselsstyringen at levere ca. 15 GW på ti år [dette tal er ifølge tabellen nået i leveringsperioden 2015/2016]. PJM-kapacitetsmarkedet er imidlertid tre gange større end efterspørgslen på markedet i Det Forenede Kongerige. National Grid har vurderet, at efterspørgselsstyringen kunne levere en kapacitet på ca. 3 GW i 2018/2019. Disse skøn over udviklingen af efterspørgselsstyringen er meget usikre og vanskelige at fastsætte. Overgangsordningen vil dog støtte udviklingen af denne sektor og fremme efterspørgselsstyringens større deltagelse på kapacitetsmarkedet.«

137 I anmeldelsens punkt 221 henviste Det Forenede Kongerige ligeledes til de resultater, der sås i De Forenede Stater, idet det anførte, at »oplysningerne fra De Forenede Stater har vist, at kapacitetsmarkedet med centraliserede auktioner var meget vellykkede til at fremme efterspørgselsstyringen«. Ifølge den graf, som Det Forenede Kongerige fremlagde i anmeldelsen, oversteg den kapacitet, der fra perioden 2012/2013 blev leveret ved efterspørgselsstyringen som led i de årlige auktioner på PJM-kapacitetsmarkedet, nemlig 5 GW og nåede 15 GW af de i 2015/2016 indgåede aftaler.

138 På spørgsmålet om de forskellige oplysninger, der forelå hvad angår vurderingen af efterspørgselsstyringens potentiale, har Tempus endvidere bl.a. nævnt rapporter udarbejdet af Sustainability First i september 2012 og i januar 2014, som de store operatører på elektricitetsmarkedet, herunder National Grid, havde bestilt, for at bemærke, at det heri anføres, at 4-5 GW af den kapacitet, der leveres af efterspørgselsstyringen, p.t. kunne forandres takket være kunderne i industrisektoren. Andre oplysninger fra Tempus, som støttede sig på en rapport fra Element Energy – De Montfort University Leicester, med titlen »Demand side response in the non-domestic sector« og dateret i juli 2012, gjorde det muligt at identificere mellem 1,2 GW og 4,4 GW, der kunne flyttes en dag under vinterbelastning i 2012 fra ikke-industriel og ikke-boligmæssig bebyggelse. Ifølge Tempus betyder det, at i hvert fald 5 GW kapacitet, som leveres ved efterspørgselsstyring, eller endda mere, kunne være tilgængelige, og der kunne tages hensyn hertil på kapacitetsmarkedet.

139 Endelig fremgår det af læsningen af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen, da den traf afgørelse om den anmeldte støtteordning, havde kendskab til den rapport fra de tekniske sagkyndige (herefter »PTE«), som Det Forenede Kongerige havde tildelt opgaven med at undersøge National Grids anbefalinger hvad angår den kapacitet, der skulle udbydes på auktion som led i kapacitetsmarkedet i december 2014, som blev offentliggjort den 30. juni 2014 af Det Forenede Kongeriges ministerium for energi og klimaforandringer (DECC). Kommissionen har i øvrigt nævnt konklusionerne i PTE's rapport i 120. betragtning til den anfægtede afgørelse.

140 Ifølge denne rapport, der fremlægger det arbejde, som disse tekniske sagkyndige udførte fra februar 2014, kunne der fremsættes flere bemærkninger til den kommende iværksættelse af T-4-auktionerne i december 2014 for perioden 2018/2019.

141 For det første bemærkede PTE ved beskrivelsen af fremgangsmåden for undersøgelsen af National Grids skøn følgende i punkt 19 i sin rapport for bl.a. at henvise til den interesse og erfaring, som er erhvervet på andre kapacitetsmarkeder, navnlig på PJM-kapacitetsmarkedet, hvad angår den praktiske integration af efterspørgselsstyringen:

»Udvalget har ligeledes lagt vægt på erfaringerne hos medlemmerne af andre markeder, der omfatter kapacitetsmekanismen, såsom fra PJM og i New England, samt på udvalgets erfaring på andre nøgleområder, hvor behovet for køb af kapacitet tager hensyn til efterspørgslen. Udvalget er relativt trygt ved den omstændighed, at DECC [har] lagt vægt på erfaringen fra PJM, men det er fortsat bekymret over de manglende beviser hvad angår efterspørgslens potentielle bidrag, navnlig det omfang, hvori den integrerede produktion kan blive tilgængelig, efter at den i et vist omfang bringes i overensstemmelse med reglerne, og en vis optagelse, og det omfang, hvori [den kombinerede varme- og el-produktion] kan levere supplerende elektricitet til systemet på et niveau, der overstiger dets egen efterspørgsel i begrænsningsperioden.«

142 For det andet bemærkede PTE ved undersøgelsen af det bidrag, som efterspørgselsstyringen kunne tilføje kapacitetsmarkedet, følgende i rapportens punkt 96-106:

»96. Begrebet »decentraliserede energiressourcer« (DER) foretrækkes ved undersøgelsen af det bidrag, som kan tilføjes, med henblik på at forvalte de situationer, hvor de producenter, der er koblet på transmissionssystemet, ikke kan opfylde efterspørgslen på elektricitet. Dette begreb fortrækkes frem for det normalt anvendte »efterspørgselsstyring«, der synes at indebære den forudfastsatte idé om, at det eneste (eller væsentligste) bidrag til efterspørgslen består i en midlertidig nedsættelse heraf. Begrebet »DER« henviser til alle slags instrumenter, ud over opførelsen af nye anlæg, som kan bidrage til den nødvendige løsning af kapacitetsproblemerne. Det haster med at indhente flere oplysninger på dette område for at belyse de afgørelser, der skal træffes i fremtiden, så meget desto mere som der ikke findes en overordnet organisation, der undersøger hele det elektriske system. Disse instrumenter består af følgende: a) direkte regulering af spændingen, b) integreret produktion, c) erstatningsproduktion, d) efterspørgselsstyring, e) energieffektivitet, f) erstatning af brændstof (f.eks. anvendelse af forbrændingsgas frem for elektricitet), g) afbrydelig spænding, h) integreret projekt til efterspørgselsstyring (f.eks. anvendelse af parkerede el-bilers batterier som reserveeffekt), i) spændingsbevægelse, j) intelligent optælling, k) korrektion af effektfaktoren.

97. Det er med henblik på at vurdere det emne, hvorom modellen er fastsat, vigtigt at erkende, at listen over de kandidater, der kan levere kapacitet, set i lyset af efterspørgslen er relativt lang. Det skal ligeledes bemærkes, at der er kvalitative forskelle mellem disse instrumenter.

98. F.eks. kan spændingsbevægelse bestå i at tilskynde en bruger, som bruger elektricitet til nedkøling, til at nedsætte sin efterspørgsel i nogle timer og til at støtte sig på termisk inerti for at undgå skade. Brugeren kan meget vel være part i en forsyningsaftale af en varighed på (f.eks.) to år, der genforhandles årligt eller hvert andet år, i hvilket tilfælde denne forbruger er opmærksom på meldinger om kortsigtede auktioner.

99. Der kan endvidere forudses et andet potentielt instrument, som består i at opføre et kraftvarmeværk eller et energistyringssystem i bygninger med henblik på at optimere efterspørgselsstyringen, men der kræves i denne henseende den sikkerhed, som er knyttet til en langvarig kapacitetsaftale, med henblik på at opnå finansiering. Følgende punkt er afgørende:

Med henblik på at vurdere, hvad efterspørgselsstyringen giver mulighed for, skal de potentielle instrumenter, som sandsynligvis opfylder kapacitetsmarkedets signaler, fastlægges, og dem, som ikke opfylder disse, fordi tilskyndelserne ikke svarer til de berørte operatørers behov.

100. Det bemærkes, at DECC's metode til at fastlægge det niveau, hvormed efterspørgselsreduktion har bidraget til kapaciteten, stemmer helt overens med fremgangsmåden i New England og PJM (med undtagelse af påvirkningen af tab). I dette omfang giver det anledning til at bekræfte hypoteserne ved at sammenligne og skelne mellem disse systemer.

101. Ved samtaler mellem DECC og [National Grid] er det blevet oplyst, at efterspørgselsstyringen endnu ikke er så godt inkluderet som den traditionelle produktion. Der er ikke tale om en kritik, idet dette ikke er [National Grids] opgave, idet denne er klart adskilt fra operatørerne på transmissionsnettet og de godkendte el-leverandører, og ingen samtidig på den ene side har en fuldstændig og detaljeret forståelse for oplysningerne om efterspørgslen og på den anden side grund til at indsamle disse oplysninger. F.eks. er svarene på spørgsmål som »den gennemsnitlige tilgængelighed af CHP i tilfælde af systembegrænsninger« ukendte, selv om det årlige gennemsnit er kendt.

102. Af disse grunde forstår vi udmærket, hvorfor [National Grid] ikke kunne foretage en analyse af efterspørgselsstyringen med den nøjagtighed og kvalitet, som indtil nu har kendetegnet en stor del af dennes øvrige aktiviteter. Dette betyder ikke desto mindre, at det haster med at fastlægge en systematisk proces, der giver mulighed for at sikre, at de ressourcer, der følger af efterspørgselsstyringen, ikke spildes, og at det ikke er ny produktionsevne, som opfylder den mangel, der følger af en dårlig anvendelse af disse ressourcer.

[…]

104. Selv om udvalget ikke mener at have kendskab til alle de ressourcer, der som følge af efterspørgselsstyringen er potentielt tilgængelige, er det dets opfattelse, at den aktuelt skabte struktur er støttet på relativt beskedne teorier om den kapacitet, der kan opnås. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at kapacitetsmekanismen er bedre egnet til visse former for adfærd, metoder og teknologier end andre.

105. Selv om de internationale erfaringer inden for DER, navnlig i De Forenede Stater, hvorom udvalget har udbredt oplysninger, viser, at DER potentielt kan bidrage betydeligt og hensigtsmæssigt til kapacitetsmarkederne (hvilket har ført til et behov for at reducere kapaciteten fra supplerende produktion), bør der følgelig være mere beskedne forventninger inden for rammerne af den aktuelt oprettede struktur i Det Forenede Kongerige. Som yderligere begrundelse for disse beskedne forventninger skal det fremhæves, at de traditionelle producenter f.eks. modtager betalinger og indtægter knyttet til anvendelsen af transmissionsnettet som led i kapacitetsmekanismen, mens decentraliserede producenter kan nyde godt af mindre incitamenter end de traditionelle producenter, hvis de ikke kan få adgang til både de fordele, der skabes ved at undgå triaden, og de indtægter, der følger af kapacitetsmekanismen.

106. På grundlag af udvalgets fortolkning af det foreslåede kapacitetsmarked for DER findes det, at hele det potentiale, som er godtgjort på andre markeder, der indebærer kapacitetsauktioner, bl.a. markederne i De Forenede Stater, udnyttes begrænset, og at forståelsen af dette aspekt kræver et meget bedre kendskab til de tilgængelige instrumenter inden for efterspørgselsstyring. Den grundlæggende følge for opstillingen af en model er følgende: Dens påvirkning af efterspørgslens formodede niveau i belastningsperioder, som er hovedfaktoren for fastlæggelse af den kapacitet, der skal købes, kan ikke bestrides så let som forventet.«

143 Denne analyse lægger, som Tempus har gjort i stævningen, vægt på behovet for at fastsætte behørige incitamenter for at give mulighed for, at efterspørgselsstyringen kan deltage effektivt på kapacitetsmarkedet, henset til hele dens potentiale. En sådan undersøgelse ville således føre til at undgå, at de regler, der var fastsat for kapacitetsmarkedet, »ødelægger« efterspørgselsstyringens potentiale og erstatter den med af ny produktionsevne. I denne forbindelse beklagede PTE den aktuelle manglende organisation til at indhente de nødvendige oplysninger for at forstå og indsamle oplysninger om efterspørgselsstyringens potentiale eller dens forskellige aspekter, skønt visse oplysninger allerede var tilgængelige.

144 Selv om PTE fremsatte kritik af National Grid og Det Forenede Kongeriges ministerium for energi og klimaforandringer på dette punkt, kunne det tænkes, at Kommissionen som led i en formel undersøgelsesprocedure har rådighed over tilstrækkelige midler til at anmode om og indhente de relevante oplysninger for at vurdere situationen, bl.a. med henblik på at definere det eventuelle behov samt i givet fald det incitationsniveau, der er nødvendigt for at give mulighed for at udnytte efterspørgselsstyringens reelle potentiale til at opfylde det behov for tilstrækkelig kapacitet, som Det Forenede Kongerige har identificeret.

145 For det tredje bemærkede PTE som led i sine konklusioner og henstillinger følgende i sin rapports punkt 6, litra c), og punkt 119 og 132 for at fremsætte sine betænkeligheder om manglen på oplysninger og forståelse for efterspørgselsstyringen i Det Forenede Kongerige:

»Udvalget er betænkeligt over manglen på oplysninger og kendskab til efterspørgselsreduktion (DSR). Udvalget foretrækker begrebet »decentraliserede energiressourcer« (DER), som henviser til hele rækken af bidrag, der kan stamme fra andre kilder end de traditionelle producenter, mens udtrykket »efterspørgselsreduktion« synes at begrænse hensyntagen til efterspørgslen på den simple reduktion heraf og den integrerede produktion. Udvalget anbefaler, idet betydningen af inden for DECC og [National Grid] at udvikle en grundig viden om DER fremhæves, et supplerende støtteprogram på dette område med henblik på i fremtiden at udnytte de mulighederne ved DER.

[…] Det overordnede scenario og den fremgangsmåde, som [National Grid] har opstillet i en model, er gyldige i deres principper, og [National Grid] har tilstræbt at tage hensyn til oplysninger til støtte herfor og de interesserede personers opfattelse. Det er imidlertid udvalgets opfattelse efter at have opnået enighed herom, at [National Grid] har haft en tendens til at indtage et for forsigtigt standpunkt vedrørende flere grundteser, navnlig hvad angår gennemstrømningen i samkøringslinjerne, og at [National Grid] overdrev den mængde, der skulle købes, idet det anså denne gennemstrømning (de meteorologiske betingelser) for variabler, i stedet for at inkludere samkøringslinjernes kapacitet på grundlag af den skønnede sandsynlighed for deres tilgængelighed (som ved et anlæg). Såfremt den gennemstrømning, der opnås i samkøringslinjerne, udgør 2,25 GW (beskrevet med 75% fra import), falder den mængde kapacitet, der skal købes, som følge heraf, og denne mængde kan som følge af de mindre, supplerende indsatser, der tilsigter at drage fordel af efterspørgselsreduktion og at fremskynde gennemførelsen af samkøringslinjernes kapacitet, ligesom der forudses et øget udbud fra kulfyrede anlæg som led i auktionerne, være tilstrækkelig til at undgå nye CCGT [kombinerede gas- og dampturbiner].

[…] Henstilling 9: […] [D]er skal hurtigst muligt oprettes et forskningsprogram vedrørende DER's samlede potentiale med henblik på at fremskaffe nyttige oplysninger til de fremtidige auktioner, og der skal navnlig lægges vægt på alle de instrumenter, som er nævnt i nærværende rapport, og som giver mulighed for at mindske efterspørgslen i belastningsperioder«.

146 På dette trin i Rettens vurdering ses det, at Kommissionen, da den foretog sin foreløbige undersøgelse, kunne analysere de oplysninger, som ikke alene gjorde det muligt at bedømme efterspørgselsstyringens aktuelle rolle, der var en teknologi, som Det Forenede Kongeriges myndigheder havde fundet pålidelig og rentabel, og hvorom amerikanske eksempler allerede havde vist hensigtsmæssigheden og

effektiviteten, men ligeledes kunne bedømme efterspørgselsstyringens reelle potentiale, hvilket bl.a. ses af National Grids skøn, som Det Forenede Kongerige omtalte i sin anmeldelse, hvorefter efterspørgselsstyringen kunne levere ca. 3 GW i 2018/2019.

147 Kommissionen havde ligeledes kendskab til de vanskeligheder, som PTE havde anført hvad angår hensyntagen til efterspørgselsstyringens potentiale på kapacitetsmarkedet. Ligesom med hensyn til hensyntagen til samkøringslinjernes potentiale, hvor Kommissionen i 124. betragtning til den anfægtede afgørelse kvalificerede PTE's betænkeligheder som »alvorlige«, og som det fremgår af præmis 141-145 ovenfor, var der en risiko for, at det påtænkte kapacitetsmarked ikke tog tilstrækkeligt hensyn til efterspørgselsstyringens potentiale eller i videre omfang til alt potentialet til at reducere behovet for at benytte produktionsevnen for at imødekomme problemet med utilstrækkelig kapacitet.

148 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det fremgår af retningslinjernes punkt 224, at vurderingen af indvirkningen af efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse er et af forholdene i den undersøgelse, som Kommissionen skal foretage, når den træffer afgørelse om nødvendigheden af et statsligt indgreb.

149 I denne sammenhæng fremgår det dog af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen fandt, at det med henblik på at vurdere den effektive hensyntagen til efterspørgselsstyringen – og ikke længere befinde sig i en situation, hvor den kunne nære tvivl om støtteordningens forenelighed med det indre marked – var tilstrækkeligt at acceptere de af Det Forenede Kongerige påtænkte regler i denne henseende.

150 Ifølge det af Kommissionen anførte i 122. betragtning til den anfægtede afgørelse som led i dens vurdering af støttens forenelighed og behovet for et statsligt indgreb og hvad angår efterspørgselsstyringens bidrag skal følgende nemlig blot fremhæves:

– »Det Forenede Kongerige har gjort gældende, at den første auktion i december 2014 var afgørende for at give oplysninger om efterspørgselsstyringen og dens potentiale«, og »har forklaret, at det ville undersøge oplysningerne fra den første T-4-auktion, og at det ville sikre, at efterspørgselskurverne blev tilpasset på passende vis, hvilket ville blive taget i betragtning i National Grids procedure Future Energy Scenario for rapporter om el-kapacitet til fremtidige auktioner.«

– »Som svar på PTE's rapport foreslog National Grid et fælles projekt med Energy Networks Association [Sammenslutningen af energinet] (herunder Distribution Network Operators) [distributionsnetoperatører].«

– »Det Forenede Kongerige udarbejdede endvidere bestemmelser vedrørende overgangsauktioner med henblik på at støtte væksten i sektoren for efterspørgselsstyring fra 2015 til 2016 samt et pilotprojekt til 20 mio. GBP vedrørende energieffektivitet [Electricity Demand Reduction pilot].«

151 Kommissionen fandt ligeledes i 128. betragtning til den anfægtede afgørelse, at selv om støtteordningen »[kunne] medføre støtte til produktionen på grundlag af fossile brændstoffer«, kunne den fastslå, at vurderingen af det problem med tilstrækkelig kapacitet, som opstod hvert år, tog hensyn til alle typer operatører, herunder efterspørgselsstyringsoperatører (jf. ligeledes 134. og 149. betragtning til den anfægtede afgørelse og andre trin i analysen). Den fastslog på dette grundlag i 129. betragtning til den anfægtede afgørelse, at »[f]oranstaltningen er teknologisk neutral« og styrker således ikke stillingen for producenter af elektricitet på grundlag af fossile brændstoffer.

152 Sådanne vurderinger kan, henset til de ovennævnte og tilgængelige oplysninger og de oplysninger, som Kommissionen kunne råde over i medfør af de midler, der stilles den til rådighed i henhold til forordning nr. 659/1999, samt til den rolle, som efterspørgselsstyringen kan spille inden for kapacitetsmarkedet med henblik på bl.a. bedre at definere behovet for et statsligt indgreb og begrænse

støtten til produktion på grundlag af fossile brændstoffer til et minimum, ikke give Kommissionen mulighed for at frigøre sig fra den tvivl, der følger af de oplysninger, som den allerede rådede over, eller som den kunne råde over, da den vedtog den anfægtede afgørelse.

153 Som det fremgår af retningslinjernes punkt 226 og punkt 232, litra a), hvorefter støtteforanstaltningen skal være »åben«, men ligeledes »give tilstrækkelige incitamenter for både nuværende og fremtidige producenter og for operatører, der anvender substituerbare teknologier, herunder løsninger med fleksibelt forbrug […] på efterspørgselssiden«, og »bør udformes således, at al kapacitet, som kan bidrage effektivt til at afhjælpe problemerne med utilstrækkelig produktion, kan indgå i foranstaltningen«, er det således særlig vigtigt for Kommissionen at føre tilsyn med, at det pågældende kapacitetsmarked giver alle løsningerne mulighed for at deltage reelt og effektivt, idet hver løsning har sine fordele og ulemper, med henblik på at afhjælpe problemet med utilstrækkelig kapacitet.

154 I modsætning til, hvad Kommissionen anførte i den anfægtede afgørelse, kunne den i lyset af de tilgængelige oplysninger og henset til efterspørgselsstyringens rolle ikke blot i det foreliggende tilfælde anerkende foranstaltningens »åbne karakter« og følgelig konkludere, at den var teknologisk neutral, uden at foretage en mere detaljeret undersøgelse af den reelle og effektive hensyntagen til denne teknologiske løsning på kapacitetsmarkedet.

155 Selv om det fremgår af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen undersøgte de af Det Forenede Kongerige påberåbte forhold hvad angår hensyntagen til produktionen på kapacitetsmarkedet, og – bl.a. som følge af de betænkeligheder, der var givet udtryk for i PTE's rapport – de oplysninger, som var fremlagt senere hvad angår hensyntagen til den kapacitet, der blev leveret ved samkøringslinjerne, gør ingen oplysninger i den anfægtede afgørelse det muligt at godtgøre, at Kommissionen foretog en omhyggelig undersøgelse hvad angår den effektive hensyntagen til efterspørgselsstyringen, hvis potentiale var anerkendt hensigtsmæssigt, på dette marked. Eksempelvis henvises der intetsteds i den anfægtede afgørelse til det skøn på 3 GW, som National Grid påberåbte sig. Ved ikke at undersøge efterspørgselsstyringens potentielle rolle og kapacitet på kapacitetsmarkedet accepterede Kommissionen de oplysninger og teorier, som Det Forenede Kongerige havde fremlagt (jf. præmis 149-151 ovenfor), selv om disse påvirkede mængden af den kapacitet, der blev udbudt på auktioner, og størrelsen af den nødvendige støtte til brug for kapacitetsmarkedet.

156 Hvad angår resultatet af den første T-4-auktion i december 2014 er der, eftersom denne auktion blev foretaget i betragtning af regler, som ikke synes at tage tilstrækkeligt hensyn til efterspørgselsstyringens potentiale, en risiko for – som bl.a. anført i PTE's rapport – at produktionen tillægges en større rolle end nødvendigt. Det kan således ikke udelukkes, at reglerne for efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse havde været anderledes, såfremt Kommissionen havde foretaget sin egen undersøgelse af efterspørgselsstyringens potentiale for bl.a. at rejse spørgsmål om reglerne for hensyntagen til National Grids skøn eller til andre kilder og om grundene til de amerikanske eksemplers succes.

157 Hvad angår T-1-auktionerne skal det bemærkes, at det fremgår af 45.-47. betragtning til den anfægtede afgørelse, at en vis mængde kapacitet fjernes fra T-4-auktionerne og »reserveres« til T-1-auktionerne på grundlag af et skøn over efterspørgselsstyringens »rentable« kapacitet, som kan deltage i auktionerne. Det ses ligeledes, at denne mængde kan reduceres, hvis efterspørgslen falder mellem T-4 og T-1-auktionerne. Som bekræftet under retsmødet, fremgår det af disse betragtninger, at Det Forenede Kongeriges regering forpligtede sig til at fordele i hvert fald 50% af denne »reserverede« kapacitet til T-1-auktionerne, mens den bevarede muligheden for ikke at opfylde denne forpligtelse, hvis efterspørgselsstyringen viste sig ikke at være »rentabel på lang sigt«, eller hvis sektoren for efterspørgselsstyring blev anset for tilstrækkeligt moden. Artikel 10 i bekendtgørelsen af 2014 om elkapacitet med titlen »Afgørelse om afholdelse af auktion« bestemmer nemlig f.eks. i sit stk. 3, at den kompetente minister kan beslutte, at der ikke er grundlag for at afholde T-1-auktioner, hvis prognoserne viser, at ingen leverandør af efterspørgselsstyring vil afgive bud ved en sådan auktion.

Eftersom T-1-auktionerne dermed bl.a. afhang af et skøn over efterspørgselsstyringens »rentable« kapacitet, der vil deltage i auktionerne, burde Kommissionen i den anfægtede afgørelse analysere efterspørgselsstyringens potentielle kapacitet og vurderingen heraf.

158 På denne baggrund kan de tilgængelige oplysninger om efterspørgselsstyringens potentiale, henset til bl.a. betydningen af den rolle, der kan spilles af denne teknologiske løsning på kapacitetsmarkedet, udgøre et indicium for, at der foreligger tvivl om denne ordnings forenelighed med det indre marked, om hvilket det ikke ved læsningen af den anfægtede afgørelse er muligt at konstatere, at denne tvivl er blevet udelukket ved afslutningen af Kommissionens foreløbige undersøgelse.

e) Den angivelige forskelsbehandling eller ufordelagtige behandling af efterspørgselsstyringen på kapacitetsmarkedet

159 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at vurderingen af den pågældende foranstaltning skulle have rejst tvivl om dens forenelighed med det indre marked som følge af et vist antal tilsidesættelser af ligebehandlingsprincippet, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og proportionalitetsprincippet til skade for bl.a. efterspørgselsstyringsoperatørerne. Tempus har navnlig fremsat klagepunkter vedrørende behandlingen af efterspørgselsstyringsoperatørerne hvad angår kapacitetsaftalernes varighed, omkostningsdækningsmetoden på kapacitetsmarkedet, betingelserne for at deltage på kapacitetsmarkedet samt det manglende supplerende vederlag til efterspørgselsstyringsoperatørerne ved begrænsning af tab på transmission og distribution af elektricitet.

1) Kapacitetsaftalernes varighed

160 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen burde have næret tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked, for så vidt som muligheden for at indgå kapacitetsaftaler på mere end et år forbeholdes producenter, som har kapitalomkostninger, der overstiger en bestemt tærskelværdi, hvilket er i strid med ligebehandlingsprincippet til skade for efterspørgselsstyringsoperatørerne. Denne forskelsbehandling er i strid med formålet med den pågældende foranstaltnings teknologiske neutralitet, giver producenterne en konkurrencemæssig fordel og fører til en blokering af en væsentlig del af efterspørgslen, hvilket kunne være undgået ved efterspørgselsstyringen.

161 Tempus har gjort gældende, at denne ulige behandling ikke er begrundet i de større investeringsudgifter, som producenterne bærer ved renoveringen af et eksisterende anlæg eller ved opførelsen af et nyt anlæg. Efterspørgselsstyringsoperatørerne og deres kunder ifalder nemlig også investeringsudgifter. Efterspørgselsstyringsoperatørernes kunder ønsker endvidere sikkerhed for indtægterne i flere år, inden de foretager disse investeringer. I denne forbindelse har Tempus gjort gældende, at Det Forenede Kongerige havde fået meddelt oplysninger, og at det således i anmeldelsen ikke blot kunne anføre, at sektoren for efterspørgselsstyring ikke havde fremlagt et »kvantitativt« bevis for behovet for længere aftaler for at støtte efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse i auktionerne.

162 Kommissionen har heroverfor i det væsentlige anført, at den foretog en behørig undersøgelse af den pågældende foranstaltning hvad angår behandling af efterspørgselsstyringsoperatørerne i forhold til andre kapacitetsleverandører, og at den konstaterede, at denne foranstaltning gav dem mulighed for at konkurrere under hensyn til deres egne egenskaber. Forskellen i den tilbudte aftalevarighed er begrundet i det centrale formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning, nemlig at sikre rådighed over en tilstrækkelig kapacitet i fremtiden, herunder ved at fremme investeringer i nye anlæg. Efterspørgselsstyringsoperatørerne kan ikke opnå aftaler på mere end et år, fordi de ikke har de samme finansieringsbehov som de producenter, der renoverer et eksisterende anlæg eller opfører et nyt anlæg. Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at UKDRA under den administrative

procedure ikke fremlagde en begrundet argumentation for, at efterspørgselsstyringsoperatørerne havde behov for investeringer i samme omfang som projekterne til renovering af anlæg og opførelse af nye anlæg, og har heller ikke fremlagt noget kvantitativt bevis i denne henseende.

163 I svaret på Rettens skriftlige spørgsmål har Kommissionen gjort gældende, at producenterne, henset til deres høje investeringsudgifter, såfremt der for at anlæg, der skulle renoveres, og nye anlæg kun blev tilbudt etårige aftaler, sandsynligvis overhovedet ikke ville deltage i auktionerne eller ville blive udelukket herfra, fordi deres bud oversteg prisloftet, og at de, selv hvis de afgav bud, ville afgive meget høje bud, som ville blive auktionens lukkepris. Ifølge Kommissionen ville dette ikke blot skabe usædvanlige fortjenester for de eksisterende producenter og efterspørgselsstyringsoperatørerne, men det ville også medføre høje omkostninger for alle slutkunderne og dermed en uforholdsmæssig støtte.

164 Det følger i denne forbindelse af fast retspraksis, at det generelle ligebehandlingsprincip, der er et generelt princip i EU-retten, betyder, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt og forskellige situationer ikke behandles ens, medmindre forskelsbehandlingen er objektivt begrundet. Spørgsmålet om den ensartede karakter af forskellige situationer skal vurderes under hensyn til alle de forhold, som kendetegner dem. Disse omstændigheder skal navnlig fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den EU-retsakt, der indfører en forskellig behandling. Endvidere skal der tages hensyn til de principper, der gælder inden for det område, som den pågældende retsakt henhører under, og de formål, der forfølges på det pågældende område (jf. dom af 12.12.2014, Banco Privado Português og Massa Insolvente do Banco Privado Português mod Kommissionen, T-487/11, EU:T:2014:1077, præmis 139 og den deri nævnte retspraksis).

165 I det foreliggende tilfælde skal det indledningsvis fastslås, at den pågældende foranstaltning ikke giver efterspørgselsstyringsoperatørerne mulighed for at opnå kapacitetsaftaler på mere end et år.

166 Ifølge den anfægtede afgørelse kan alene de kapacitetsleverandører, som påtager sig kapitaludgifter, der overstiger 125 GBP pr. kW (anlæg, der skal renoveres), indgå kapacitetsaftaler med en maksimal varighed på tre år, og alene de kapacitetsleverandører, som påtager sig udgifter, der overstiger 250 GBP pr. kW (nye anlæg), kan indgå kapacitetsaftaler med en maksimal varighed på 15 år (57. betragtning til den anfægtede afgørelse).

167 Selv om 57. betragtning til den anfægtede afgørelse benytter det teknologisk neutrale udtryk »kapacitetsleverandører«, fremgår det af anmeldelsen og af en læsning af artikel 2, stk. 1, i bekendtgørelsen af 2014 om elkapacitet, sammenholdt med dens artikel 4, 5 og artikel 11, stk. 3, at kapacitetsaftalerne med en maksimal varighed på 3 og 15 år udtrykkeligt var forbeholdt de produktions-CMU'er, som havde kapitaludgifter, der oversteg de af ministeren fastsatte tærskelværdier, med undtagelse af efterspørgselsstyrings-CMU'erne.

168 Følgelig er efterspørgselsstyringsoperatørerne dels ikke berettigede til at indgå kapacitetsaftaler med en varighed mellem 3 og 15 år, selv om de godtgør, at de har påtaget sig kapitaludgifter, som overtiger de tærskelværdier, der er fastsat for produktions-CMU'er i den pågældende foranstaltning. Dels indeholder den pågældende foranstaltning ingen tærskelværdi for de kapitaludgifter, som er særlige for efterspørgselsstyringens CMU'er, og som giver disse operatører mulighed for at opnå kapacitetsaftaler på over et år.

169 I den anfægtede afgørelse tiltrådte Kommissionen Det Forenede Kongeriges standpunkt, hvorefter det var tilstrækkeligt at tilbyde kapacitetsaftaler med en maksimal varighed på indtil 3 eller 15 år for produktions-CMU'er, hvis kapitaludgifter oversteg en bestemt tærskelværdi fastsat af ministeren, og det var berettiget kun at tilbyde etårige aftaler til efterspørgselsstyrings-CMU'er (106., 129. og 145. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen fandt således, at efterspørgselsstyringsoperatørernes behov for kapitaludgifter var mindre end for de producenter, der opførte eller renoverede anlæg. På dette grundlag accepterede Kommissionen, at kapacitet fra ny produktion eller produktion, der skulle renoveres, som indebærer høje investeringsudgifter, kan opnå

længere kapacitetsaftaler med henblik på at give operatørerne mulighed for at indhente den nødvendige finansiering, og den fandt, at det forhold, at efterspørgselsstyringsoperatørerne blev tilbudt kapacitetsaftaler med kortere varighed, ikke stillede dem mindre fordelagtigt end dem, der drev anlæg, som skulle renoveres, eller nye anlæg. Kommissionen konkluderede følgelig, at den pågældende foranstaltning var teknologisk neutral og således ikke styrkede stillingen for producenter, der benyttede fossile brændstoffer.

170 Det skal således efterprøves, om Kommissionen kunne tiltræde den differentierede behandling af efterspørgselsstyringsoperatørerne i forhold til producenterne uden at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, eller om efterspørgselsstyringsoperatørernes manglende mulighed for at indgå kapacitetsaftaler med en længere varighed end et år burde have fået Kommissionen til at nære tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked.

171 Det skal i denne forbindelse for det første fastslås, at den pågældende foranstaltning tilsigter at være teknologisk neutral i overensstemmelse med reglerne i retningslinjernes punkt 226.

172 Det fremgår således af den anfægtede afgørelse, at den pågældende foranstaltning tilsigter at opnå tilstrækkelig kapacitet med henblik på at garantere el-forsyningssikkerheden i Det Forenede Kongerige (jf. 4. og 126. betragtning til den anfægtede afgørelse).

173 Det fremgår mere detaljeret af anmeldelsen, at hovedformålet med den pågældende foranstaltning er at give mulighed for en pålidelig og tilstrækkelig kapacitetsforsyning i Det Forenede Kongerige til lavest mulige priser for forbrugerne, så utilsigtede konsekvenser og uventede risici minimeres, og at støtte gennemførelsen af videre regeringsfastsatte mål, nemlig muliggøre omstilling af elektricitetsmarkedet til uafhængighed af fossile brændsler, udvikling af en mere reaktiv efterspørgsel og øget integration af det indre marked for elektricitet (anmeldelsens punkt 139). Med henblik på at nå målet med at garantere el-forsyningssikkerheden i Det Forenede Kongerige præciseres det endvidere i anmeldelsen, at den pågældende foranstaltning tilsigter at tilskynde tilstrækkelige investeringer i produktion og anden kapacitet, herunder specifik støtte til løsninger på efterspørgselsniveau (anmeldelsens punkt 140). Disse mål svarer til de mål, der i retningslinjernes punkt 216-221 omtales som legitime for foranstaltninger til støtte til tilstrækkelig kapacitet.

174 Hvad angår hovedformålet med at garantere el-forsyningssikkerheden er parterne, som det er anført i præmis 121 ovenfor, og som Kommissionen udtrykkeligt har anerkendt i sit svar på Rettens skriftlige spørgsmål af 5. maj 2017, enige om, at såvel kapacitet udbudt af producenterne som kapaciteten udbudt af efterspørgselsstyringsoperatørerne kan bidrage til at afhjælpe problemet med utilstrækkelig kapacitet.

175 Hvad angår det afledte formål med at tilskynde tilstrækkelige investeringer i ny kapacitet skal det fastslås, at den pågældende foranstaltnings formål udtrykkeligt vedrører såvel produktionen som anden kapacitet, f.eks. efterspørgselsstyring. I anmeldelsen fremhæves det i øvrigt udtrykkeligt, i dens punkt 355, at kapacitetsmarkedet ikke tilsigter at opnå forudfastsatte mængder kapacitet ud fra den teknologiske art. Den pågældende foranstaltning tilsigter derimod at overlade det til markedet at fastsætte, hvilken mængde der er optimal for hver type kapacitet (ny produktion, produktion, der skal renoveres, eksisterende produktion, eksisterende kapacitet fra efterspørgselsstyring, ikke-bekræftet kapacitet fra efterspørgselsstyring) med henblik på at nå det af Det Forenede Kongerige fastsatte niveau for forsyningssikkerhed.

176 Det følger heraf, at efterspørgselsstyringsoperatørerne skal anses for at befinde sig i en situation, der svarer til producenternes situation, i forhold til de formål med el-forsyningssikkerhed, som den pågældende foranstaltning forfølger, og som er teknologisk neutrale. Dette gælder så meget desto mere, som retningslinjerne kræver, at den støtteforanstaltning, der opretter et kapacitetsmarked, bør være åben og give tilstrækkelige incitamenter for både nuværende og fremtidige producenter og for operatører, der anvender substituerbare teknologier, herunder løsninger med fleksibelt forbrug eller

lagring på efterspørgselssiden (retningslinjernes punkt 226). Det påhvilede således Kommissionen at undersøge, om begrænsningen af udbuddet af kapacitetsaftaler med en længere varighed end et år til alene at omfatte produktion uanset hvad gjorde det muligt for kapacitetsmarkedet at være neutralt på det teknologiske plan uden at fordreje konkurrencevilkårene mellem producenter og efterspørgselsstyringsoperatører.

177 For det andet fremgår det af den anfægtede afgørelse, at den omstændighed, at kapacitetsaftaler, der er længere end et år, tilbydes bestemte kapacitetsleverandører, er berettiget ved deres høje kapitaludgifter og af deres finansieringsvanskeligheder.

178 Det fremgår således af den anfægtede afgørelse, at den omstændighed, at længerevarende kapacitetsaftaler tilbydes nytilkomne, er berettiget ved fremme af nye konkurrerende operatørers adgang til markedet. Ved at indgå en langvarig aftale med nytilkomne får de mulighed for at opnå billigere finansiering til deres investeringer. Dette ville gøre det muligt at mindske adgangshindringerne for uafhængige virksomheder, som ikke kan finansiere deres investeringer i ny kapacitet ved indtægter fra deres andre anlæg. Ved at fremme konkurrencen på kapacitetsmarkedet kan de længerevarende aftaler således reducere de omkostninger, som forbrugerne afholder på energi- og kapacitetsmarkederne. Udbuddet af længerevarende aftaler burde ligeledes reducere risikoen for, at de deltagere, som har meget høje omkostninger til investering eller renovering, søger at inddrive alle deres omkostninger ved en aftale på blot et år (59. betragtning til den anfægtede afgørelse).

179 Det fremgår således af den anfægtede afgørelse, at udbuddet af længerevarende aftaler tilsigter at gennemføre de teknologisk neutrale formål, som er bemærket i præmis 173 ovenfor, og som består i at garantere el-forsyningssikkerheden ved at tilskynde tilstrækkelige investeringer i kapacitet. Selv om der i den anfægtede afgørelse lægges vægt på behovet for at fremme nytilkomne på markedet, skal det endvidere fastslås, at den omstændighed, at der tilbydes kapacitetsaftaler på mere end et år, forfølger et videre mål, for så vidt som de operatører, der renoverer eksisterende anlæg, ligeledes er berettigede til at indgå kapacitetsaftaler med en maksimal varighed på tre år. Det følger heraf, at den væsentligste grund til, at der tilbydes længerevarende kapacitetsaftaler, er at mindske bestemte operatørers finansieringsvanskeligheder som følge af størrelsen af deres kapitaludgifter ved at sikre dem en indtægt i flere år og at give dem midler til at afgive et konkurrencedygtigt bud på auktionerne, hvorved de kan dække deres omkostninger over flere år.

180 Det skal således fastslås, at det afgørende kriterium, som er fastlagt ved den pågældende foranstaltning for at bestemme de operatører, der er berettigede til at indgå kapacitetsaftaler, der overstiger et år, er niveauet for de kapitaludgifter og de finansieringsvanskeligheder, som kunne hindre disse operatører i at deltage på kapacitetsmarkedet.

181 Eftersom længere aftaler blev fundet nødvendige for at skabe betingelserne for lige konkurrencevilkår, skulle det undersøges, hvilken varighed der var nødvendig for at give hver kategori af kapacitetsleverandører mulighed for at deltage fuldt ud på kapacitetsmarkedet, henset til deres investeringsudgifter og deres finansieringsvanskeligheder, med henblik på at overholde forpligtelsen til at skabe tilstrækkelige incitamenter for alle operatører. Det tilkom følgelig Kommissionen at efterprøve, om den omstændighed, at kapacitetsaftaler med en varighed, der oversteg et år, blev forbeholdt bestemte teknologier, indebar forskelsbehandling og var i strid med formålet med at oprette et kapacitetsmarked, som var neutralt på teknologisk plan, hvilket ville være i strid med kravene i retningslinjerne.

182 For det tredje skal det fastslås, at Kommissionen tiltrådte Det Forenede Kongeriges standpunkt om, at det ikke var nødvendigt at tilbyde kapacitetsaftaler på mere end et år til efterspørgselsstyringsoperatører, uden at den undersøgte, om deres kapitaludgifter og finansieringsvanskeligheder kunne give behov for at tilbyde dem muligheden for at indgå sådanne aftaler for at gøre det muligt for dem at deltage i auktionerne, samtidig med at man undgik en lukkepris, der var for høj.

183 Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen foretog en detaljeret undersøgelse af finansieringsbehovet for de kapacitetsleverandører, der opførte nye anlæg eller renoverede eksisterende anlæg. Kommissionen anmodede således udtrykkeligt Det Forenede Kongerige om at tilsende den supplerende oplysninger til støtte for dets valg vedrørende kapacitetsaftalernes varighed, for så vidt som aftaler af kortere varighed i princippet var mere problematiske og skulle begrundes grundigt (anmeldelsens tabel 16, s. 161), Kommissionen kunne således støtte sig på detaljerede oplysninger fremlagt af Det Forenede Kongerige om kapitaludgifter og finansieringsvanskeligheder vedrørende opførelsen af nye anlæg med henblik på at fastsætte den optimale varighed af kapacitetsaftaler og de tærskelværdier ud fra kapitaludgifter, som disse aftaler skulle betinges af. Disse operatører skulle hjælpes til at opnå den nødvendige finansiering, og det skulle undgås, at deres deltagelse i kapacitetsmarkedet førte til en lukkepris, der var for høj, samtidig med at de ikke fik mulighed for at dække alle deres faste omkostninger til investeringer alene på grundlag af indtægter fra kapacitetsmarkedet. De oplysninger, som Det Forenede Kongerige har fremlagt, omfatter bl.a. flere detaljerede studier, der analyserer forskellige scenarier, samt modeller over standardforretningsplaner for forskellige operatører og forskellige anlæg (anmeldelsens punkt 4.3.1, 4.6.5 og C.4.3).

184 Det fremgår derimod af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen ikke søgte at foretage en detaljeret analyse af kapitaludgifterne og finansieringsbehovet for efterspørgselsstyringsoperatørerne. Efter UKDRA's skrivelse af 9. juni 2014, hvorved denne sammenslutning henledte Kommissionens opmærksomhed på forskelsbehandlingen mellem producenter og efterspørgselsstyringsoperatører, anmodede Kommissionen Det Forenede Kongerige om at handle. Kommissionen nøjedes dog herefter med at notere sig Det Forenede Kongeriges svar, hvorved dette blot konstaterede, dels at efterspørgselsstyringsoperatørerne ikke havde de samme kapitalbehov som forvalterne af nye anlæg, dels at UKDRA ikke havde fremlagt kvantitative beviser til støtte for sin teori om, at der var behov for de længerevarende kapacitetsaftaler for at støtte efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse i auktionerne (anmeldelsens punkt 511).

185 For det første skal det fastslås, at Det Forenede Kongerige ikke har fremlagt nogen detaljeret analyse til støtte for sit standpunkt, hvilket står i slående kontrast til oplysningerne om producenternes finansieringsbehov. Manglen på oplysninger om efterspørgselsstyring hvad angår Det Forenede Kongerige blev i øvrigt fremhævet af PTE i dets rapport (jf. bl.a. rapportens punkt 19, 96 og 101, nævnt ovenfor i præmis 141 og 142). Selv om Kommissionen i 120. betragtning til den anfægtede afgørelse delvist omtalte konklusionerne i PTE's rapport, fandt den det ikke hensigtsmæssigt selv at indhente flere oplysninger om efterspørgselsstyringen for at svække de få oplysninger, der var fremlagt af Det Forenede Kongerige. Det skal således bemærkes, at hverken den anfægtede afgørelse eller anmeldelsen indeholder en detaljeret undersøgelse af efterspørgselsstyringsoperatørernes finansieringsbehov.

186 For det andet skal det bemærkes, at ligebehandlingen hvad angår varigheden af de kapacitetsaftaler, som kapacitetsleverandørerne kunne byde på, udgjorde efterspørgselsstyringsoperatørernes væsentligste indsigelse i forhold til både Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen. Det fremgår således af UKDRA's bidrag til den offentlige høring, som Kommissionen kunne få indsigt i ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, at UKDRA ikke alene bestred den omstændighed, at kapacitetsaftaler på en varighed, der oversteg et år, alene var forbeholdt produktions-CMU'er med kapitaludgifter, der oversteg bestemte tærskelværdier, men ligeledes de valgte tærskelværdier for kapitaludgifter. UKDRA opfordrede navnlig udtrykkeligt Det Forenede Kongerige til at opstille en model over finansieringsbehovet for de forskellige typer teknologier og til at revurdere tærskelværdierne på dette grundlag. Ved sin skrivelse af 9. juni 2014 havde UKDRA endvidere forelagt Kommissionen sin tvivl om de 15-årige aftalers forenelighed ned retningslinjerne, og denne sammenslutning havde uafhængigt af spørgsmålet om de tilbudte aftalers varighed gentaget efterspørgselsstyringsoperatørernes vilje til at kunne afgive tilbud på samme varighed af kapacitetsaftaler som de aftaler, producenterne blev tilbudt.

187 For det tredje har både UKDRA og Tempus anerkendt, at nye efterspørgselsstyringsoperatører ikke nødvendigvis havde de samme kapitaludgifter som de producenter, der opførte nye anlæg. De har imidlertid gjort gældende, at nye efterspørgselsstyrings-CMU'er ligesom nye produktions-CMU'er havde kapitaludgifter og finansieringsvanskeligheder, som berettigede, at de blev tildelt kapacitetsaftaler af en varighed, der oversteg et år, for at give dem mulighed for at deltage på kapacitetsmarkedet i fuld udstrækning. Tempus har navnlig gjort gældende, at efterspørgselsstyringsoperatørerne skal skabe en tilstrækkeligt omfattende kundeportefølje for at kunne dække en tidsubegrænset utilsigtet hændelse i kapaciteten. Endvidere kan de nødvendige investeringer til at gøre hver af disse kunders elforbrug tidsmæssigt fleksibelt, til hvis finansiering efterspørgselsstyringsoperatørerne kan skulle bidrage, være betydelige og kan kræve kapacitetsaftaler af længere varighed. I rapportens punkt 99 bemærkede PTE udtrykkeligt, at visse investeringer vedrørende efterspørgselsstyring »har behov for vished om en langvarig kapacitetsaftale for at kunne opnå finansiering«, og konkluderede, at det var væsentligt at identificere potentielle ressourcer inden for efterspørgselsstyringen, som ikke imødekom markedets signaler, fordi de eksisterende incitamenter ikke gjorde det muligt at finde deres behov. Efterspørgselsstyringsoperatørerne var i øvrigt ikke de eneste, der gjorde gældende, at alle kapacitetsleverandørerne skulle kunne byde på aftaler af samme varighed uafhængigt af den anvendte teknologi med henblik på at sikre lige konkurrencevilkår. Det fremgår således af anmeldelsen, at flere vertikalt integrerede elselskaber havde fremhævet, at al kapacitet skal have adgang til aftaler af samme varighed for at gøre det muligt at foretage en rimelig sammenligning af kapacitetspriserne, og at alle kapacitetsleverandører frit skal kunne vælge den aftalevarighed, som giver vedkommende mulighed for at være konkurrencedygtig ved auktionerne (anmeldelsens s. 79).

188 For det fjerde kan det i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, hverken foreholdes Tempus eller UKDRA, at de ikke fremlagde detaljerede oplysninger under den administrative procedure. Det følger i givet fald af fast retspraksis, at Kommissionen aktivt og omhyggeligt skal søge de relevante oplysninger (jf. præmis 69 ovenfor), således at den ved vedtagelsen af den anfægtede afgørelse råder over de oplysninger til vurderingen, som med rimelighed kan anses for tilstrækkelige og klare med hensyn til dens vurdering (jf. i denne retning dom af 10.12.2008, Kronoply og Kronotex mod Kommissionen, T-388/02, ikke trykt i Sml., EU:T:2008:556, præmis 127, og af 10.2.2009, Deutsche Post og DHL International mod Kommissionen, T-388/03, EU:T:2009:30, præmis 109). For at bevise, at der foreligger tvivl som omhandlet i artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 659/1999, er det derfor tilstrækkeligt, at Tempus godtgør, at Kommissionen ikke omhyggeligt og upartisk har søgt og undersøgt alle relevante oplysninger med henblik på denne analyse, eller at den ikke har taget behørigt hensyn til disse, således at enhver tvivl vedrørende den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked fjernes.

189 I det foreliggende tilfælde tilkom det Kommissionen, henset til bemærkningerne ovenfor i præmis 171-176, i forhold til de manglende oplysninger om efterspørgselsstyringsoperatørernes kapitalbehov at foretage en yderligere sagsoplysning vedrørende spørgsmålet ved f.eks. at acceptere det af UKDRA fremsatte tilbud i dennes skrivelse af 9. juni 2014 om at fremlægge flere oplysninger for at kunne afgøre, om tildelingen af aftaler med forskellig varighed til efterspørgselsstyringsoperatørerne og de andre leverandører var forenelig med ligebehandlingsprincippet. Dette gælder så meget desto mere, idet sektoren for efterspørgselsstyring er meget differentieret, og idet det er godtgjort, at Det Forenede Kongeriges myndigheder havde beskedent kendskab til denne sektor i sammenligning med produktionssektoren (jf. præmis 141-145 ovenfor).

190 Endelig skal det bemærkes, at indrømmelsen af aftaler på indtil 3 eller 15 år til visse producenter påvirker konkurrencen under hele varigheden af disse aftaler. For så vidt som Kommissionen i 131. betragtning til den anfægtede afgørelse fandt, at sektoren for efterspørgselsstyring stadig befandt sig i sin begyndelse i Det Forenede Kongerige, tilkom det den at afgøre, om efterspørgselsstyringsoperatørernes manglende mulighed for at byde på aftaler af samme varighed som producenterne risikerede at reducere deres mulighed for at bidrage til at afhjælpe problemet med

utilstrækkelig kapacitet i Det Forenede Kongerige, når sektoren ville være mere udviklet. Tildelingen af aftaler på 3 eller 15 år reducerer nemlig i fremtiden den kapacitet, der udbydes på auktioner på kapacitetsmarkedet.

191 For det femte beskrev PTE i sin rapports punkt 102 risikoen forbundet med oprettelsen af Det Forenede Kongeriges kapacitetsmarked i mangel af tilstrækkelige oplysninger om efterspørgselsstyringen, med følgende ord:

»Af disse grunde er vi bevidste om, at National Grid ikke kunne foretage en grundig analyse af efterspørgselsstyringen med den udmærkelse, som har været kendetegnende for hovedparten af dets øvrige arbejde. Dette indebærer imidlertid et hastende behov for at fastlægge en systematisk proces, der giver mulighed for at sikre, at de ressourcer, der følger af efterspørgselsstyringen, ikke spildes, og at det ikke er ny produktion, som opfylder følgerne af ineffektivitet.«

192 Det skal således fastslås, at Kommissionen tiltrådte Det Forenede Kongeriges standpunkt om, at det ikke var nødvendigt at tilbyde kapacitetsaftaler på mere end et år til efterspørgselsstyringsoperatører, uden at den undersøgte størrelsen af kapitaludgifterne til nye efterspørgselsstyrings-CMU'er eller kontrollerede, om det var nødvendigt at fastsætte særlige tærskelværdier for efterspørgselsstyrings-CMU'erne, henset til deres finansieringsbehov og de med foranstaltningen forfulgte mål.

193 I lyset af det ovenstående skal det konkluderes, at forskellen i varigheden af den kapacitetsaftale, der tilbydes efterspørgselsstyringsoperatører, og de aftaler, der tilbydes producenter, er et indicium for, at der er tvivl med hensyn til den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked. Det tilkom nemlig Kommissionen at undersøge størrelsen af efterspørgselsstyringsoperatørernes kapitaludgifter og finansieringsbehov med henblik på at kontrollere, at der ikke forelå en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet mellem produktions- og efterspørgselsstyrings-CMU'er, selv om efterspørgselsstyringsoperatørerne ikke havde mulighed for at indgå kapacitetsaftaler med længere varighed end et år. Henset til de teknologisk neutrale formål, som forfølges med den pågældende foranstaltning, og de kriterier, der er fastlagt ved den pågældende foranstaltning, skulle en sådan undersøgelse foretages, inden det blev konkluderet, at denne foranstaltning var forenelig med det indre marked. Den omstændighed, at Kommissionen under den foreløbige undersøgelsesprocedure ikke havde fuldstændige oplysninger hvad angår Det Forenede Kongeriges valg af ikke at gøre det muligt for efterspørgselsstyringsoperatørerne at byde på aftaler af samme varighed som aftaler om andre teknologier, er et indicium for, at der foreligger tvivl.

2) Omkostningsdækningsmetoden

194 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen burde have næret tvivl om den pågældende foranstaltnings proportionalitet og dermed om dens forenelighed med det indre marked på grund af den valgte omkostningsdækningsmetode, der ikke på tilstrækkelig vis tilskynder forbrugerne til at reducere deres forbrug i perioder med høj efterspørgsel og således ikke gør det muligt at begrænse den samlede støtte til det mindst nødvendige.

195 Tempus har således gjort gældende, at den vedtagne omkostningsdækningsmetode, dvs. en omkostningsdækning støttet på elforbruget mellem kl. 16.00 og 19.00 på hverdage om vinteren, frem for forbruget i de tre årlige perioder med størst efterspørgsel (»triaden«), stillede efterspørgselsstyringsoperatørerne ugunstigt og udgjorde en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, idet den tildelte støtte øges. En sådan metode gør det nemlig vanskeligere for forbrugerne ikke at bidrage til omkostningerne på kapacitetsmarkedet ved at reducere deres forbrug, dvs. deres efterspørgsel, på det relevante tidspunkt, henset til, at dette forbrug er uundgåeligt for virksomheder og familier. Dette gælder så meget desto mere, som små virksomheder og

privatpersoner ikke kan undgå omkostningerne til kapacitetsmarkedet gennem efterspørgselsstyringshandlinger, idet de i Det Forenede Kongerige er kvalificeret efter deres profil og ikke efter aflæsningen af deres forbrug pr. halve time.

196 Tempus har endvidere anført, at den vedtagne metode øger den tildelte støtte og forpligter Det Forenede Kongerige til at skaffe mere kapacitet end nødvendigt, eftersom den ikke tilskynder forbrugerne tilstrækkeligt til at reducere deres elektricitetsefterspørgsel, når denne er højst, og kapaciteten er lavest. Ifølge Tempus har Det Forenede Kongerige ikke bestridt, at et klarere prissignal kunne føre til en nedsættelse af støtten, eftersom det oprindeligt valgte metoden støttet på triaden, inden det ændrede mening efter afslutningen af den offentlige nationale høring.

197 Tempus har desuden anført, at ændringen af omkostningsdækningsmetoden blev specifikt efterspurgt af de vertikalt integrerede leverandører, som var begunstiget af den foretagne ændring. Den 26. juni 2014, en måned inden vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, besluttede Office of Gas and Electricity Management (Ofgem, kontoret for gas- og elektricitetsaftaler, Det Forenede Kongerige) formelt at anmode Competition and Markets Authority (konkurrencemyndigheden, Det Forenede Kongerige) om at undersøge markedet for forsyning af elektricitet og gas til private og små virksomheder på grund af bl.a. betænkeligheder, der var opstået som følge af de vertikalt integrerede leverandørers stærke stilling, navnlig hvad angår adgangen til en aftale på et marked, hvor konkurrencen allerede er lille (bilag E3 til bemærkningerne til interventionsindlægget, afsnit 3.16-3.18 og bilag E4 til bemærkningerne til interventionsindlægget, afsnit 1.39).

198 Kommissionen har heroverfor anført, at omkostningsdækningsmetoden tilhører den finansielle del af kapacitetsmarkedet, som i hvert fald ikke direkte er relevant for vurderingen af den pågældende foranstaltnings forenelighed. Den omkostningsdækningsmetode, der er anvendt i det foreliggende tilfælde, er et kompromis mellem interessen i at opretholde en tilskyndelse til at reducere forbruget og at reducere el-leverandørernes usikkerhed hvad angår de udgifter, de skal bære, idet analysen i den anfægtede afgørelse er støttet på forklaringer fra Det Forenede Kongeriges regering i anmeldelsen som svar på en skrivelse fra UKDRA. Kommissionen har gjort gældende, at den nævnte omkostningsdækningsmetode begunstiger efterspørgselsstyringsoperatørerne, og at den under alle omstændigheder føjer et yderligere niveau til satserne i perioder med høj efterspørgsel, hvilket ikke er tilfældet med andre metoder som f.eks. faste satser eller afgifter. Det Forenede Kongerige har tilføjet, at deltagerne under den offentlige nationale høring særligt blev spurgt om alternativer til omkostningsdækningsmetoden støttet på triaden.

199 I denne forbindelse foreskrives det i retningslinjerne, at en støtteforanstaltning kun anses for at være forholdsmæssig, hvis støtten er begrænset til det minimum, som er nødvendigt for at nå det fastsatte mål [retningslinjernes punkt 27, litra e), og punkt 69]. Hvad angår støtteforanstaltninger til fordel for tilstrækkelig kapacitet bør de udformes på en sådan måde, at den pris, der betales for tilrådighedsstillelse, automatisk bevæger sig mod nul, når den udbudte kapacitet forventes at være tilstrækkelig til at dække den efterspurgte kapacitet (retningslinjernes punkt 231).

200 I det foreliggende tilfælde skal det først slås fast, at den omkostningsdækningsmetode, som er fremlagt for at finansiere kapacitetsaftaler, og som blev vedtaget ved den pågældende foranstaltning, består i en afgift, der anvendes på alle godkendte el-leverandører, og hvis størrelse beregnes på grundlag af deres markedsandel i efterspørgslen på elektricitet i perioden mellem kl. 16 og 19 på hverdage fra november til februar (69. betragtning til den anfægtede afgørelse).

201 Det skal herefter slås fast, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse tiltrådte den i den pågældende foranstaltning vedtagne omkostningsdækningsmetode. Kommissionen fandt således, at denne metode udgjorde en tilskyndelse til at reducere efterspørgslen på elektricitet i perioder med høj efterspørgsel, samtidig med at den var forudsigelig for el-leverandørerne (129. betragtning til den anfægtede afgørelse).

202 Det skal således efterprøves, om Kommissionen kunne tiltræde den omkostningsdækningsmetode, der var vedtaget i den pågældende foranstaltning, uden at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, eller om denne metode burde have fået Kommissionen til at nære tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked.

203 I denne forbindelse skal det først og i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, fastslås, at omkostningsdækningsmetoden er relevant for vurderingen af foranstaltningens forenelighed med det indre marked og navnlig dens proportionelle karakter.

204 For det første afhænger støttens størrelse nemlig af den kapacitetsmængde, der købes gennem kapacitetsmarkedet, og af auktionernes lukkepris. Den kapacitetsmængde, som Det Forenede Kongerige udbyder på auktioner, fastsættes nemlig ved et skøn over efterspørgslen på elektricitet samt den tilgængelige kapacitet og ved anvendelse af en pålidelighedsstandard med henblik på at nå det ønskede niveau af tilstrækkelig kapacitet i perioder med høj efterspørgsel (32. betragtning til den anfægtede afgørelse). Den nødvendige kapacitetsmængde er således direkte forbundet med den elektricitet, der bruges i perioder med høj efterspørgsel. Jo mindre spidsbelastningen er, des mindre nødvendigt er det for Det Forenede Kongerige at købe kapacitet for at nå det ønskede niveau for el-forsyningssikkerhed. Desuden kan en nedsættelse af den kapacitetsmængde, der udbydes på auktion, ligeledes føre til en lavere lukkepris, idet dette bevirker, at et større antal kapacitetsleverandører skal konkurrere om samme kapacitetsmængde. Som Det Forenede Kongerige anerkendte i sin anmeldelse, fører større konkurrence nemlig til nedsættelse af lukkeprisen (anmeldelsens punkt 2 »Box 2 – When will it be possible to withdraw the Capacity Market?«). Anmeldelsen anerkender i øvrigt, at en nedsættelse af elforbruget i perioder med høj efterspørgsel med tiden fører til, at kapacitetsmarkedet forsvinder (jf. tabel 8 og 9 på anmeldelsens s. 47, hvori anføres, at problemet »missing money« reduceres, efterhånden som efterspørgselsstyringen skrider frem).

205 For det andet har Det Forenede Kongerige anerkendt, at omkostningsdækningsmetoden for kapacitetsmarkedet påvirker den kapacitetsmængde, der udbydes på auktion. Det Forenede Kongerige har således forklaret, at den omstændighed, at den afgift, der skal finansiere omkostningsdækningen på kapacitetsmarkedet, tilknyttes elforbruget i perioder med høj efterspørgsel, er en klar tilskyndelse for de berørte parter til at reducere deres forbrug i disse perioder, hvilket reducerer den kapacitetsmængde, der skal købes for at nå det ønskede niveau af forsyningssikkerhed, og således ligeledes reducerer omkostningerne for forbrugerne (punkt 624 i udkastet til kapacitetsmarkedet, der blev sendt i offentlig høring).

206 Det fremgår endvidere af anmeldelsen, at Det Forenede Kongerige ændrede omkostningsdækningsmetoden efter den offentlige høring. Det var nemlig oprindeligt påtænkt at beregne afgiften på grundlag af el-leverandørernes markedsandel i den registrerede efterspørgsel på elektricitet i de såkaldte »triade«-perioder, dvs. tre perioder på en halv time, som registrerer det højeste årlige elforbrug i Det Forenede Kongerige i perioden fra november til februar (anmeldelsens punkt 521 og 522). Først efter den offentlige høring ændrede Det Forenede Kongerige omkostningsdækningsmetoden for at vedtage den ovenfor i præmis 200 beskrevne, nemlig omkostningsdækningsmetoden støttet på elforbruget mellem kl. 16.00 og 19.00 på hverdage om vinteren.

207 Det skal ligeledes konstateres, at Kommissionen tiltrådte Det Forenede Kongeriges standpunkt uden at undersøge følgerne af denne ændring for den samlede støtte og dermed for den pågældende foranstaltnings proportionalitet.

208 I sin skrivelse af 9. juni 2014 meddelte UKDRA Kommissionen sine betænkeligheder efter ændringen af omkostningsdækningsmetoden. Ifølge UKDRA svækker en sådan metode det prissignal, som burde sendes til forbrugerne under perioder med den højeste efterspørgsel med henblik på, at de reducerer

deres forbrug. Kommissionens opmærksomhed blev ligeledes henledt på den omstændighed, at de private forbrugere blev klassificeret efter forudfastsatte profiler, og at de ikke kunne undgå omkostningerne til kapacitetsmarkedet ved at ændre deres forbrug mellem kl. 16.00 og 19.00.

209 Efter UKDRA's skrivelse af 9. juni 2014 anmodede Kommissionen Det Forenede Kongerige om en reaktion. Kommissionen nøjedes imidlertid herefter med at notere sig Det Forenede Kongeriges svar, hvorved det blot anførte, at den endeligt vedtagne omkostningsdækningsmetode bevarede en tilskyndelse til at reducere elforbruget i perioder med høj efterspørgsel, samtidig med at den var forudsigelig for el-leverandørerne (129. betragtning til den anfægtede afgørelse). Ifølge Det Forenede Kongerige skabte navnlig anvendelsen af triadeperioderne som referenceperiode for beregningen af afgiften, eftersom de blev fastsat efterfølgende, en usikkerhed for leverandørerne hvad angår størrelsen af deres bidrag til finansieringen af systemet, hvilket kunne tilskynde dem til at opkræve en højere pris fra forbrugerne. Det Forenede Kongerige anførte ligeledes, at den omstændighed, at en bestemt og forudsigelig periode anvendtes som reference til beregningen af afgiften, ligeledes tilsigtede at fremme udviklingen af en prisfastsættelse ud fra tidspunktet for forbruget, hvilket burde gavne private brugere, som således kunne reagere og reducere deres forbrug mellem kl. 16.00 og 19.00 på hverdage i vintermånederne (anmeldelsens punkt 522).

210 Selv om det er anerkendt, at omkostningsdækningsmetoden påvirker den kapacitetsmængde, der er behov for at skaffe via kapacitetsmarkedet, fremgår det af den anfægtede afgørelse, at Kommissionen ikke efterprøvede, om den nye omkostningsdækningsmetode rent faktisk bevarede en tilsvarende tilskyndelse til reduktion af elforbruget i perioder med høj efterspørgsel, navnlig ved at tilskynde til udvikling af efterspørgselsstyringen.

211 Kommissionen efterprøvede heller ikke, om den vedtagne omkostningsdækningsmetode påvirkede adgangen til markedet for bl.a. efterspørgselsstyringsoperatørerne ved navnlig at øge hindringerne for adgang og udvidelse som følge af de vertikalt integrerede leverandørers stærke stilling. En støtteforanstaltning kan ligeledes skabe konkurrenceforvridninger ved at øge eller bevare en begunstigets betydelige markedsmagt. Selv i de tilfælde, hvor støtten ikke direkte styrker en betydelig markedsposition, kan den alligevel gøre det indirekte, fordi den afholder eksisterende konkurrenter fra at ekspandere, fremprovokerer deres udtræden af markedet eller afholder nye konkurrenter fra at komme ind på markedet (retningslinjernes punkt 92).

212 Hvad angår Det Forenede Kongeriges argument om, at den oprindeligt foreslåede metode kunne tilskynde el-leverandørerne til at pålægge slutbrugerne en højere pris, forklarede Kommissionen ikke, hvorledes denne risiko kunne påvirke den samlede støtte. Kommissionen undersøgte heller ikke, om en sådan pris for forbrugerne kunne kompenseres ved muligheden for at reducere den kapacitetsmængde, der købes via kapacitetsmarkedet, dvs. lukkeprisen, af de ovenfor i præmis 204 og 205 anførte grunde.

213 I lyset af det ovenstående skal det konkluderes, at det tilkom Kommissionen at undersøge ændringen af omkostningsdækningsmetodens indvirkning på den pågældende foranstaltnings proportionalitet og dermed dens forenelighed med det indre marked. Den omstændighed, at Kommissionen under den foreløbige undersøgelsesprocedure ikke havde fuldstændige oplysninger hvad angår følgerne af ændringen af omkostningsdækningsmetoden, udgjorde et yderligere indicium for, at der foreligger tvivl.

3) Betingelserne for deltagelse på kapacitetsmarkedet

214 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen burde have næret tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked, for så vidt som den var i strid med retningslinjerne og navnlig med forpligtelsen til at tilskynde og give tilstrækkelige incitamenter for

efterspørgselsstyringsoperatørerne, som følge af de betingelser for deltagelse på kapacitetsmarkedet, som efterspørgselsstyringsoperatørerne var underlagt, og som gjorde deres deltagelse på kapacitetsmarkedet vanskelig.

215 For det første har Tempus gjort gældende, at samspillet mellem overgangsauktionerne og de varige auktioner tilskynder efterspørgselsstyringsoperatørerne til at deltage i overgangsauktionerne som følge af de mere gunstige betingelser for deltagelse, hvilket de facto fører til, at de udelukkes fra de første T-4-auktioner. I stedet for at tilskynde efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse på kapacitetsmarkedet ved at give dem en yderligere lejlighed til at afgive bud fører overgangsauktionerne således reelt til, at deres deltagelse i de varige auktioner begrænses.

216 For det andet har Tempus gjort gældende, at den pågældende foranstaltning er en ulempe for efterspørgselsstyringsoperatørerne, idet alle deltagerne på kapacitetsmarkedet forpligtes til at sikre tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, selv om hovedparten af disse utilsigtede hændelser med kapacitet er tidsbegrænsede. Herved tager den pågældende foranstaltning ikke tilstrækkeligt hensyn til efterspørgselsstyringsoperatørernes særlige forhold og afskrækker dem fra at deltage på kapacitetsmarkedet.

217 For det tredje har Tempus gjort gældende, at den omstændighed, at deltagerne på kapacitetsmarkedet underkastes den samme auktionsgaranti, kan skabe et problem for efterspørgselsstyringsoperatørernes adgang til markedet, fordi sektoren stadig kun er i sin begyndelse. Problemet skærpes af auktionsforpligtelsen for at dække tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten. Det Forenede Kongerige havde i øvrigt oprindeligt planlagt at underkaste nye efterspørgselsstyringsoperatører en lavere auktionsgaranti end nye producenter. Den pågældende foranstaltning tilskyndede således efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse på kapacitetsmarkedet.

218 For det fjerde har Tempus som svar på Kommissionens argument i svarskriftet om, at fastsættelsen af 2 MW som minimumstærskel for deltagelsen i varige auktioner var lav og gjorde det muligt at tilskynde efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse, gjort gældende, at denne tærskelværdi i virkeligheden var meget høj, bl.a. henset til den i de amerikanske eksempler fastsatte tærskelværdi på kapacitetsmarkedet, og styrkede problemerne med auktionsgarantiens størrelse.

219 Kommissionen har, støttet af Det Forenede Kongerige, for det første gjort gældende, at den pågældende foranstaltning ikke pålægger efterspørgselsstyringsoperatørerne at vælge mellem overgangsauktionerne eller de varige auktioner, men at den tværtimod tilbyder en yderligere mulighed til de efterspørgselsstyringsoperatører, der ikke kunne deltage i de første T-4-auktioner, eller som deltog heri uden succes, med henblik på at fremme sektorens vækst. Eftersom overgangsauktionerne ikke skal tjene som yderligere støtte til de efterspørgselsstyringsoperatører, der kan vinde de varige auktioner, er det berettiget at udelukke de efterspørgselsstyringsoperatører, som med succes har deltaget i de varige auktioner, fra overgangsauktionerne.

220 For det andet har Kommissionen gjort gældende, at den manglende mulighed for at afgive tilbud for tidsbegrænsede utilsigtede hændelser i kapacitet, henset til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning, nemlig forsyningssikkerheden uafhængigt af den effektive varighed af hver situation med spænding på nettet, ikke udgør en forskelsbehandling af efterspørgselsstyringsoperatørerne, idet fastsættelsen af en sådan mulighed ville begrænse efterspørgselsstyringsoperatørernes pålidelighed i forhold til andre kapacitetsleverandører, ville styrke auktionernes kompleksitet og således forpligte Det Forenede Kongerige til at søge at opnå mere kapacitet. Det Forenede Kongerige har tilføjet, at selv om muligheden for at afgive tilbud for tidsbegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten kan være hensigtsmæssigt i sektoren for efterspørgselsstyring, idet den er mere beslægtet hermed og gør det muligt for den at afgive mere præcise tilbud, er den ikke berettiget i de varige auktioner, idet den risikerer at skade det forfulgte mål eller gøre det dyrere.

221 For det tredje er det Kommissionens opfattelse, at betingelserne for auktionsgaranti er rimelige. Den har anført, at en sådan garanti tilsigter at godtgøre alvoren i nye operatørers deltagelse og tilskynde dem til at levere den nødvendige kapacitet til at nå formålet med forsyningssikkerhed. Kommissionen har bemærket, at der ikke under den administrative procedure blev fremført noget problem med forskelsbehandling. Kommissionen har ligeledes præciseret, at forskellen i den auktionsgaranti, der kræves inden for rammerne af den varige ordning og overgangsordningen, skyldes, at den sidstnævnte blev særligt udformet til at tilskynde nye efterspørgselsstyringsoperatører. Det Forenede Kongerige har tilføjet, at de fleste svar på den offentlige høring støttede indførelsen af et krav om en garanti for efterspørgselsstyringsoperatørerne og fandt det foreslåede niveau passende.

222 Endelig har Kommissionen i duplikken gjort gældende, at Tempus' argumenter om minimumsniveauet på 2 MW bør afvises, eftersom de først blev fremført i replikken. Den har endvidere gjort gældende, at minimumsniveauet på 2 MW er lavt.

223 Det skal bemærkes, at det i retningslinjernes punkt 226 anføres, at foranstaltningen bør være åben og give tilstrækkelige incitamenter for både nuværende og fremtidige producenter og for operatører, der anvender substituerbare teknologier, herunder løsninger med fleksibelt forbrug eller lagring på efterspørgselssiden.

224 I det foreliggende tilfælde skal det først fastslås, at den pågældende foranstaltning omfatter et vist antal foranstaltninger, der skal fremme udviklingen af efterspørgselsstyring.

225 For det første fremgår det af anmeldelsen, at afholdelsen af overgangsauktioner udtrykkeligt tilsigter at støtte efterspørgselsstyringens vækst og give efterspørgselsstyringsoperatørerne den bedst mulige chance for efterfølgende succesfuld deltagelse i den varige ordning. Ud over at eksistere har overgangsauktionerne visse kendetegn, der skal fremme udviklingen af efterspørgselsstyring. Auktionsgarantien for deltagelse i overgangsauktionerne er således fastsat til et niveau, som er begrænset til 10% af det niveau, der kræves for deltagelse i de varige auktioner. Endvidere giver overgangsauktionerne mulighed for at afgive tilbud for at dække tidsbegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, mens deltagerne i de varige auktioner skal forpligte sig til at dække utilsigtede hændelser i kapaciteten tidsubegrænset (anmeldelsens punkt 222 og 223).

226 For det andet fremgår det af anmeldelsen, at udviklingen af efterspørgselsstyringen fremmes ved afholdelsen af T-1-auktionerne og navnlig ved garantien om, at Det Forenede Kongerige gennem disse vil anskaffe i hvert fald 50% af den kapacitetsmængde, der oprindeligt var reserveret til disse auktioner, uanset udviklingen i kapacitetsbehovet fra det tidspunkt, hvor T-4-auktionerne afholdes, og det tidspunkt, hvor T-1-auktionerne afholdes (anmeldelsens punkt 224 og 226).

227 For det tredje fremgår det af anmeldelsen, at udviklingen af efterspørgselsstyringen ligeledes fremmes af visse betingelser for deltagelse i de varige auktioner. Der er navnlig tale om fastsættelsen af et minimumsniveau på 2 MW, mulighederne for godkendelse og efterspørgselsstyringsoperatørernes mulighed for at påvirke lukkeprisen (anmeldelsens punkt 224).

228 I den anfægtede afgørelse tiltrådte Kommissionen Det Forenede Kongeriges standpunkt. Den anførte således udtrykkeligt i 131. betragtning til den anfægtede afgørelse, at den pågældende foranstaltning støtter udviklingen af efterspørgselsstyringen, og at den omfatter foranstaltninger, der er specifikt bestemt til at bidrage til udviklingen af denne sektor, som fortsat kun er i sin begyndelse. Det fremgår af den anfægtede afgørelse, at der bl.a. er tale om den omstændighed, at overgangsauktionerne er »reserveret« efterspørgselsstyringsoperatørerne og er specifikt udformet til at fremme udviklingen af efterspørgselsstyringen ved at støtte de efterspørgselsstyringsoperatører, der endnu ikke er tilstrækkeligt modne til at kunne konkurrere inden for rammerne af de varige auktioner (51. og 107. betragtning til den anfægtede afgørelse). Det drejer sig ligeledes om garantien for, at T-1-auktionerne, som giver efterspørgselsstyringsoperatørerne »en bedre mulighed for adgang til markedet« end

T-4-auktionerne, afholdes, og at Det Forenede Kongerige »forpligter« sig til at »anskaffe« i hvert fald 50% af den mængde, der er reserveret til sådanne auktioner, mens disse bevarer en vis langsigtet fleksibilitet (46. betragtning til den anfægtede afgørelse).

229 Det skal således efterprøves, om Kommissionen kunne tiltræde den pågældende foranstaltning som indeholdende tilstrækkelige incitamenter til efterspørgselsstyring uden at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, eller om Kommissionen burde have næret tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked.

i) Overgangsauktionerne

230 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at de mere fordelagtige betingelser for deltagelse ville få efterspørgselsstyringsoperatørerne til at prioritere deltagelsen i overgangsauktionerne. Ifølge Tempus førte dette de facto til at udelukke efterspørgselsstyringsoperatørerne fra de første T-4-auktioner. Dette førte ligeledes til en blokering af markedet som følge af de langvarige kapacitetsaftaler, der blev indrømmet producenterne ved disse auktioner.

231 Det skal i denne henseende for det første fastslås, at den pågældende foranstaltning ikke udelukker efterspørgselsstyringsoperatørerne fra de varige T-4- og T-1-auktioner, hvis de opfylder de fastsatte betingelser for deltagelse.

232 For det andet og i modsætning til, hvad Tempus har gjort gældende, skal det fastslås, at der ikke findes en egentlig indbyrdes udelukkelse mellem deltagelsen i overgangsauktionerne og deltagelsen i de varige auktioner. For det første bevarer de efterspørgselsstyringsoperatører, hvis bud ikke blev valgt ved de første T-4-auktioner, muligheden for at deltage i overgangsauktionerne. For det andet bevarer de efterspørgselsstyringsoperatører, der med succes havde afgivet bud ved overgangsauktionerne, muligheden for at herefter at deltage i de varige T-4-auktioner og de senere T-1-auktioner. Den pågældende foranstaltning forpligter således ikke efterspørgselsstyringsoperatørerne til at vælge mellem at deltage overgangsauktionerne eller de varige auktioner.

233 De efterspørgselsstyringsoperatører, der opnåede en kapacitetsaftale efter de første T-4-auktioner, kan ganske vist ikke deltage i overgangsauktionerne. I modsætning til, hvad Tempus har gjort gældende, fører denne begrænsning imidlertid ikke til, at efterspørgselsstyringsoperatørerne udelukkes fra de første T-4-auktioner. Overgangsauktionerne tilsigter nemlig udelukkende at støtte de efterspørgselsstyringsoperatører, der endnu ikke er tilstrækkeligt modne til succesfuld deltagelse i de første varige auktioner, til at udvikle sig ved at tilbyde dem en supplerende mulighed for at modtage betaling for kapacitet fra 2015 og 2016 med henblik på at blive mere konkurrencedygtige ved de følgende varige auktioner. I denne forbindelse udelukker den omstændighed, som Kommissionen med føje har gjort gældende, at sektoren for efterspørgselsstyring stadig blot er i sin begyndelse, ikke, at visse efterspørgselsstyringsoperatører allerede har nået et tilstrækkeligt modenhedsniveau til at kunne deltage konkurrencedygtigt i de varige auktioner fra de første T-4-auktioner.

234 For det tredje undersøges argumentet vedrørende risikoen for at blokere markedet som følge af efterspørgselsstyringsoperatørernes mindre deltagelse i de første T-4-auktioner og den efterfølgende tildeling af for mange langvarige kapacitetsaftaler til producenterne sammen med argumenterne om samspillet mellem T-4- og T-1-auktionerne. Den af Tempus anførte blokering af markedet forudsætter nemlig, at den kapacitetsmængde, der er reserveret til T-1-auktionerne, ikke gør det muligt at udvikle efterspørgselsstyringen.

235 Det skal fastslås, at samspillet mellem overgangsauktionerne og de varige auktioner ikke fører til udelukkelse af efterspørgselsstyringsoperatørerne fra de varige auktioner.

236 Det skal imidlertid ligeledes bemærkes, at overgangsauktionerne pr. definition ikke er en del af den varige ordning. I modsætning til, hvad Kommissionen anførte i 51. betragtning til den anfægtede afgørelse, fremgår det af sagens akter, at disse overgangsauktioner ikke alene er forbeholdt efterspørgselsstyringsoperatørerne, men ligeledes er åbne for små produktionsenheder, således som anført i artikel 29 i bekendtgørelsen af 2014 om elkapacitet. På denne baggrund skal det ligeledes undersøges, om de varige auktioner giver efterspørgselsstyringsoperatørerne tilstrækkelige incitamenter.

ii) T-1-auktionerne og deres samspil med T-4-auktionerne

237 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at de varige auktioner ikke giver tilstrækkelige incitamenter til efterspørgselsstyringsoperatørerne, dels fordi T-4-auktionerne ikke er tilpasset efterspørgselsstyringsoperatørernes tid til markedsføring, dels fordi den kapacitetsmængde, der er reserveret til T-1-auktionerne, er begrænset.

238 Det skal i denne forbindelse først fastslås, at T-1-auktionerne er særligt vigtige for efterspørgselsstyringsoperatørerne.

239 Parterne er nemlig enige om, at T-1-auktionerne kan være bedre egnede for efterspørgselsstyringsoperatørerne end T-4-auktionerne som følge af den tid, som disse operatører bruger på markedsføring. Ifølge den anfægtede afgørelse udgør T-1-auktionerne således »en bedre mulighed for adgang til markedet« for efterspørgselsstyringsoperatørerne (46. betragtning til den anfægtede afgørelse). Tempus har i stævningen ligeledes anført, at det kan være vanskeligt for efterspørgselsstyringsoperatørerne at deltage i T-4-auktionerne, for så vidt som disse auktioner kræver, at der afgives bud og øjeblikkeligt gennemføres investeringer for at levere kapacitet fire år senere, og at betaling først modtages fire år senere.

240 Den kapacitetsmængde, der er reserveret til T-1-auktionerne, beregnes i den pågældende foranstaltning i øvrigt på grundlag af et skøn over den rentable efterspørgselsstyring, der kunne omfattes af disse auktioner (45. betragtning til den anfægtede afgørelse).

241 For det første skal det slås fast, at den kapacitetsmængde, der er reserveret T-1-auktionerne, er begrænset i forhold til den kapacitetsmængde, der udbydes på auktion ved T-4-auktionerne. Endvidere er T-1-auktionerne på ingen måde forbeholdt efterspørgselsstyringsoperatørerne, og en del af den kapacitetsmængde, der udbydes på T-1-auktionerne, kan således tildeles andre kapacitetsleverandører end efterspørgselsstyringsoperatørerne.

242 For det andet og i modsætning til, hvad Kommissionen anførte i 46. betragtning til den anfægtede afgørelse, fremgår det af sagens akter, at der hverken er garanti for, at Det Forenede Kongerige afholder T-1-auktioner, hvis der afholdes T-4-auktioner, eller at det gennem disse vil anskaffe i hvert fald 50% af den mængde, der oprindeligt var reserveret T-1-auktionerne. Selv om det i artikel 7, stk. 4, litra b), i bekendtgørelsen af 2014 om elkapacitet, sammenholdt med dens artikel 10 og 26, anføres, at ministeren kan beslutte ikke at afholde T-1-auktioner, foreskriver de derimod intet om forpligtelsen til at udbyde i hvert fald 50% af den kapacitetsmængde, der oprindeligt var reserveret til sådanne auktioner, på auktion. I retsmødet har repræsentanterne for Kommissionen og Det Forenede Kongerige som svar på Rettens spørgsmål heller ikke kunnet identificere den retlige bestemmelse, der bekræfter eksistensen af en sådan garanti, som går ud over politiske erklæringer i Det Forenede Kongerige.

243 I betragtning af det ovenstående skal det fastslås, at Kommissionen, såfremt afholdelsen af T-1-auktioner rent faktisk kan fremme udviklingen af efterspørgselsstyringen, burde have næret tvivl om rækkevidden af denne tilskyndende virkning i det foreliggende tilfælde, henset til den begrænsede

kapacitetsmængde, der er reserveret T-1-auktionerne, og fraværet af en udtrykkelig retlig bestemmelse, der bekræfter Det Forenede Kongeriges garanti om at anskaffe i hvert fald 50% af den mængde, der er reserveret til disse auktioner.

iii) Betingelserne for deltagelse i de varige auktioner

244 Tempus har i det væsentlige gjort gældende, at betingelserne for deltagelse i de varige auktioner ikke gør det muligt at give efterspørgselsstyringsoperatørerne tilstrækkelige incitamenter. Ifølge Tempus var det, henset til visse betingelser for deltagelse, lidet sandsynligt, at disse operatører kunne deltage i T-4-auktionerne. Tempus har bl.a. lagt vægt på disse operatørers manglende mulighed for at afgive tilbud for forpligtelser, der dækker tidsbegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, og på auktionsgarantien.

245 Hvad for det første angår varigheden af de utilsigtede hændelser i kapaciteten har Tempus gjort gældende, at den pågældende foranstaltning forskelsbehandler efterspørgselsstyringsoperatørerne ved at behandle alle deltagerne i de varige auktioner ens og ved at forpligte alle, herunder disse operatører, til at afgive tilbud på tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten.

246 I denne forbindelse har Det Forenede Kongerige, som Tempus har bemærket, valgt for den varige ordning at pålægge alle operatørerne at kunne løse tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten. Omvendt giver artikel 29, stk. 3, i bekendtgørelsen af 2014 om elkapacitet hvad angår overgangsauktionerne efterspørgselsstyringsoperatørerne mulighed for at vælge at afgive tilbud for en forpligtelse, der dækker enten tidsbegrænsede eller tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten. Som Det Forenede Kongerige har anerkendt i sine processkrifter for Retten, er de tidsbegrænsede forpligtelser endvidere mere bekendte for efterspørgselsstyringsoperatørerne og kan hjælpe dem til præcist at opgøre deres udsættelse for en risiko, hvilket medfører mere præcise bud inden for rammerne af den varige ordning.

247 Kommissionen har imidlertid med føje gjort gældende, at bud, der er begrænset til dækningen af tidsbegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, skaber et lavere niveau for forsyningssikkerhed end bud, der dækker tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, og således ikke gør det muligt at nå det ønskede niveau for forsyningssikkerheden så let. Den omstændighed, at alle kapacitetsleverandører pålægges at dække tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, hvorved efterspørgselsstyringsoperatørerne udsættes for en risiko for at misligholde i tilfælde af utilsigtede hændelser i kapaciteten, der forlænges over tid, kan således ikke skabe tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed, for så vidt som denne foranstaltning tager hensyn til hver teknologis særlige finansieringsbehov med henblik på at give alle kapacitetsleverandører mulighed for at deltage effektivt i kapacitetsmarkedet. Som det fremgår ovenfor af præmis 182-192, ses det imidlertid ikke, at Kommissionen søgte at efterprøve, om den pågældende foranstaltning tog hensyn til finansieringsbehovet for efterspørgselsstyringsoperatørerne.

248 For det andet har Tempus hvad angår auktionsgarantien gjort gældende, at den omstændighed, at alle deltagerne på kapacitetsmarkedet underkastes den samme auktionsgaranti, kan skabe et problem for efterspørgselsstyringsoperatørernes adgang til markedet, fordi sektoren for efterspørgselsstyring stadig kun er i sin begyndelse.

249 Det skal i denne forbindelse for det første fastslås, at Det Forenede Kongerige har anerkendt, at auktionsgarantien kunne udgøre en adgangshindring for nye efterspørgselsstyringsoperatører. Det fremgår nemlig af sagens akter, at Det Forenede Kongerige oprindeligt havde påtænkt at reducere auktionsgarantiens størrelse for ubekræftede efterspørgselsstyrings-CMU'er for at undgå, at denne auktionsgaranti udgjorde en adgangshindring for nye efterspørgselsstyringsoperatører (punkt 565 i det udkast til kapacitetsmarkedet, der blev sendt i offentlig høring). Under den offentlige høring erklærede visse efterspørgselsstyringsoperatører endvidere, at auktionsgarantiens størrelse udgjorde en

adgangshindring for nye efterspørgselsstyringsoperatører. Auktionsgarantiens størrelse kunne så meget desto mere udgøre en adgangshindring for nye efterspørgselsstyringsoperatører, eftersom alle deltagerne på kapacitetsmarkedet skulle forpligte sig til at sikre tidsubegrænsede utilsigtede hændelser i kapaciteten, selv om det kunne være vanskeligere for efterspørgselsstyringsoperatørerne end producenterne at dække en utilsigtet hændelse i kapaciteten, der forlængedes over tid. For så vidt som efterspørgselsstyringsoperatørerne potentielt risikerer at blive opfattet som mere sandsynlige til at misligholde, kan de således få større vanskeligheder ved at finansiere auktionsgarantiens størrelse.

250 For det andet skal det fastslås, at Det Forenede Kongerige efter producenterne og leverandørernes bemærkninger som svar på den offentlige høring besluttede i den pågældende foranstaltning at sidestille den auktionsgaranti, der var pålagt ubekræftede efterspørgselsstyrings-CMU'er, med den, der krævedes for nye produktions-CMU'er, som endnu ikke var operationelle. Den pågældende foranstaltning er således mindre gunstig for efterspørgselsstyringsoperatørerne end den oprindeligt påtænkte ordning med henblik på at imødekomme disse operatørers finansieringsvanskeligheder.

251 Det skal imidlertid, som Kommissionen har fremhævet i svarskriftet, konstateres, at mens Det Forenede Kongerige oprindeligt havde planlagt, at auktionsgarantien gik helt tabt ved manglende levering, bestemmes i den pågældende foranstaltning, at auktionsgarantien herefter kun går tabt til en pro rata-sats af den kapacitetsmængde, som efterspørgselsstyringsoperatørerne rent faktisk ikke har leveret, for så vidt som disse har leveret i hvert fald 90% af den kapacitetsmængde, som de havde forpligtet sig til. Den pågældende foranstaltning indeholder således en foranstaltning, der for efterspørgselsstyringsoperatørernes vedkommende specifikt skal kompensere det tab af den fordel, som udgøres af en nedsat auktionsgaranti, efter at auktionsgarantien for ubekræftede efterspørgselsstyrings-CMU'er blev sidestillet med den for nye produktions-CMU'er gældende.

252 Henset til det med pålæggelsen af auktionsgarantien forfulgte mål er sidestillingen af auktionsgarantien for ubekræftede efterspørgselsstyrings-CMU'er med den for nye produktions-CMU'er ikke i sig selv tilstrækkelig til at skabe tvivl om den pågældende foranstaltnings forenelighed, for så vidt som den nævnte foranstaltning tager hensyn til hver teknologis særlige finansieringsbehov med henblik på at give alle kapacitetsleverandører mulighed for at deltage effektivt i kapacitetsmarkedet. Som det fremgår ovenfor af præmis 182-192, ses det imidlertid ikke, at Kommissionen søgte at efterprøve, om den pågældende foranstaltning tog hensyn til finansieringsbehovet for efterspørgselsstyringsoperatørerne.

253 For det tredje har Tempus som svar på Kommissionens argumenter i svarskriftet gjort gældende, at fastsættelsen af et minimumsniveau for deltagelse til 2 MW udgør en hindring for efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse på kapacitetsmarkedet.

254 Det skal straks fastslås, at Tempus' argument vedrørende denne tærskelværdi er knyttet til argumentationen i stævningen vedrørende forskelsbehandlingen eller den ufordelagtige behandling af efterspørgselsstyringsoperatørerne på kapacitetsmarkedet, som Tempus har anført under retsmødet. Dette argument er endvidere blevet fremsat som svar på Kommissionens argumenter i svarskriftet, hvorved gøres gældende, at denne tærskelværdi var lav og gunstig for efterspørgselsstyringen. I det foreliggende tilfælde er det pågældende argument ikke alene tilstrækkeligt tæt knyttet til stævningen, men er desuden en del af den normale udvikling i forhandlingerne i en retssag (jf. i denne retning dom af 26.11.2013, Groupe Gascogne mod Kommissionen, C-58/12 P, EU:C:2013:770, præmis 31). I modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, skal dette argument således anses for en uddybning af et klagepunkt fremsat i stævningen.

255 Det skal herefter bemærkes, at anmeldelsen fremlægger minimumsniveauet for deltagelse på 2 MW som lavt i forhold til den af National Grid vedtagne tærskelværdi for deltagelse som led i andre foranstaltninger og dermed som en af de foranstaltninger, der giver mulighed for at tilskynde efterspørgselsstyringsoperatørerne til at deltage i kapacitetsmarkedet (anmeldelsens punkt 224).

256 Det skal imidlertid for det første bemærkes, at tærskelværdien for deltagelse på PJM-kapacitetsmarkedet kun var 100 kW, dvs. 20 gange lavere end den i den pågældende foranstaltning vedtagne tærskelværdi. Det Forenede Kongerige har udtrykkeligt anvendt det nævnte PJM-kapacitetsmarked som reference i anmeldelsen til støtte for sit argument om, at den pågældende foranstaltning gør det muligt at udvikle efterspørgselsstyringen (anmeldelsens punkt 221).

257 For det andet skal det bemærkes, at såfremt det er korrekt, at efterspørgselsstyringsoperatørerne rent faktisk har mulighed for at forene flere anlæg for at nå den mindste tærskelværdi på 2 MW, skal de betale auktionsgarantien af alle 2 MW, så snart selv en lille del af denne mængde udgøres af ubekræftet kapacitet fra efterspørgselsstyring. Af de ovenfor i præmis 249-252 anførte grunde kan auktionsgarantiens størrelse således udgøre en adgangshindring for nye efterspørgselsstyringsoperatører.

258 Følgelig burde Kommissionen have næret tvivl om argumentet om, at fastsættelsen af et minimumsniveau for deltagelse til 2 MW udgjorde en foranstaltning, der fremmede for udviklingen efterspørgselsstyringen.

iv) Konklusion

259 Det følger af det ovenstående, at samspillet mellem T-4- og T-1-auktionerne samt flere betingelser for efterspørgselsstyringsoperatørernes deltagelse på kapacitetsmarkedet burde have fået Kommissionen til at nære tvivl dels om den pågældende foranstaltnings evne til at opfylde de af Det Forenede Kongerige fastsatte mål vedrørende tilskyndelse til og udvikling af efterspørgselsstyringen, dels om foranstaltningens forenelighed med kravene i retningslinjerne hvad angår tilstrækkelige incitamenter for efterspørgselsstyringsoperatørerne og dermed om den pågældende foranstaltnings forenelighed med det indre marked.

f) Om det manglende supplerende vederlag til efterspørgselsstyringsoperatørerne ved begrænsning af tab ved transmission og distribution af elektricitet

260 Tempus har gjort gældende, at den pågældende foranstaltning skaber tvivl om dens forenelighed med det indre marked, for så vidt som efterspørgselsstyringsoperatørerne ikke ydes et vederlag for begrænsningen af tab ved transmission og distribution af elektricitet. Ifølge Tempus reducerer den kapacitet, der leveres af efterspørgselsstyringsoperatørerne, ikke blot den samlede kapacitet, som kræves og løber inden for kapacitetsmarkedet, men ligeledes den kapacitetsmængde, der går tabt ved transmission og distribution af elektricitet, med ca. 7-8%. Det er Tempus' opfattelse, at de således opnåede besparelser burde indarbejdes i vederlaget til efterspørgselsstyringsoperatørerne, således at der skabes et incitament til at forbedre nettets effektivitet.

261 Kommissionen har, støttet af Det Forenede Kongerige, anført, at spørgsmålet om det manglende supplerende vederlag for begrænsninger af tab under transmission og distribution af elektricitet blev analyseret i anmeldelsen og undersøgt i den anfægtede afgørelse. Kommissionen har således gjort Det Forenede Kongeriges regerings forklaring til sin egen, hvorefter kapacitetsmarkedet alene havde til formål at sikre tilgængeligheden af en tilstrækkelig kapacitet på nettet og ikke til at belønne de andre fordele, som hver type teknologi skaber.

262 Tempus har i det væsentlige således gjort gældende, at den pågældende foranstaltning skaber tvivl om foreneligheden med det indre marked, for så vidt som efterspørgselsstyringsoperatørerne ikke ydes et vederlag for begrænsningen af tab ved transmission og distribution af elektricitet.

263 I den anfægtede afgørelse påpegede Kommissionen, at den pågældende foranstaltning alene belønnede en tilrådighedsstillelse af en bestemt kapacitetsmængde med udelukkelse af enhver anden ydelse som f.eks. elforsyning (132. betragtning til den anfægtede afgørelse). Kommissionen fandt herefter, henset

til det med den pågældende foranstaltning forfulgte mål, nemlig at sikre tilstrækkelig kapacitet for at nå det ønskede niveau af forsyningssikkerheden, at det manglende supplerende vederlag for begrænsninger af tab i transmission og distribution af elektricitet var berettiget (140. betragtning til den anfægtede afgørelse).

264 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den pågældende foranstaltning består i at gennemføre et kapacitetsmarked med henblik på at afhjælpe problemet med utilstrækkelig kapacitet i Det Forenede Kongerige.

265 Retningslinjerne bestemmer udtrykkeligt, at forholdsmæssigheden af støtteforanstaltninger, som den omhandlede foranstaltning er betinget af, at »[s]tøtten […] udelukkende betales for producentens tilrådighedsstillelse af kapacitet, dvs. for forpligtelsen til at være rede til at levere elektricitet mod betaling, f.eks. pr. MW kapacitet, der stilles til rådighed«, og at »[s]tøtten [ikke bør] omfatte betaling for salget af elektricitet, dvs. betaling pr. MW[h], der sælges«.

266 Henset til disse betragtninger må det fastslås, at det manglende supplerende vederlag for begrænsningerne af tab i transmission og distribution af elektricitet ikke rejste tvivl som omhandlet i artikel 4, stk. 3 og 4, i forordning nr. 659/1999, der burde have fået Kommissionen til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure fastsat i artikel 108, stk. 2, TEUF. Tempus' argumenter vedrørende dette punkt må derfor forkastes.

g) Konklusion

267 Det fremgår af undersøgelsen af det første anbringende, at der foreligger en række objektive og samstemmende indicier vedrørende dels varigheden af og omstændighederne under kontakterne forud for anmeldelsen, dels den anfægtede afgørelses ufuldstændige og utilstrækkelige indhold som følge af Kommissionens manglende passende sagsoplysning under den foreløbige undersøgelse af visse aspekter ved kapacitetsmarkedet, som viser, at sidstnævnte traf afgørelsen, selv om der forelå tvivl. Idet der ikke er grundlag for at træffe afgørelse om Tempus' øvrige argumenter, skal det fastslås, at vurderingen af den anmeldte foranstaltnings forenelighed med det indre marked rejste tvivl som omhandlet i artikel 4 i forordning nr. 659/1999, som burde have fået Kommissionen til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure fastsat i artikel 108, stk. 2, TEUF.

268 Den anfægtede afgørelse bør derfor annulleres.

2. Om det andet anbringende angående manglende begrundelse

269 Henset til, at det første anbringende har medført, at den anfægtede afgørelse annulleres, er det ufornødent at undersøge det andet anbringende.

Sagsomkostninger

270 Ifølge artikel 134, stk. 1, i Rettens procesreglement pålægges det den tabende part at betale sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges denne at bære sine egne omkostninger og betale de af Tempus Energy Ltd og af Tempus Energy Technology Ltd afholdte omkostninger i overensstemmelse med de sidstnævntes påstand herom.

271 I henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1, bærer de medlemsstater, der er indtrådt i sagen, deres egne omkostninger. Følgelig bestemmes, at Det Forenede Kongerige skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RETTEN (Tredje Udvidede Afdeling):

1) Kommissionens afgørelse C(2014) 5083 final af 23. juli 2014 om ikke at gøre indsigelser mod støtteordningen vedrørende kapacitetsmarkedet i Det Forenede Kongerige, idet den nævnte ordning er forenelig med det indre marked i henhol til artikel 107, stk. 3, litra c), TEUF (statsstøtte 2014/N-2), annulleres.

2) Europa-Kommissionen bærer sine egne omkostninger og betaler de af Tempus Energy Ltd og Tempus Energy Technology Ltd afholdte omkostninger.

3) Det Forenede Kongerige bærer sine egne omkostninger.

Frimodt Nielsen Kreuschitz Forrester

Półtorak Perillo

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. november 2018.

Underskrifter

Indhold

I. Tvistens baggrund 2

A. Om sagsøgerne og sagens genstand 2

B. Den pågældende foranstaltning 2

C. Om de relevante bestemmelser i retningslinjerne 5

D. Om den anfægtede afgørelse 6

II. Retsforhandlinger og parternes påstande 8

III. Retlige bemærkninger 10

A. Om formaliteten 10

B. Om realiteten 10

1. Det første anbringende om en tilsidesættelse af artikel 108, stk. 2, TEUF, af princippet om forbud mod forskelsbehandling, proportionalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning samt en urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder 11

a) Indledende bemærkninger 11

b) Begrebet tvivl og Kommissionens afgørelse om eventuelt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure 11

c) Varigheden af drøftelserne mellem medlemsstaten og Kommissionen og omstændighederne omkring vedtagelsen af den anfægtede afgørelse 14

d) Kommissionens vurdering under den foreløbige undersøgelse, henset til de tilgængelige oplysninger, hvad angår efterspørgselsstyringens rolle på kapacitetsmarkedet 21

1) Ækvivalens og interesser angående produktionen og efterspørgselsstyringen 22

2) Efterspørgselsstyringens positive rolle 23

3) Tilgængelige oplysninger om efterspørgselsstyringens potentiale 24

e) Den angivelige forskelsbehandling eller ufordelagtige behandling af efterspørgselsstyringen på kapacitetsmarkedet 30

1) Kapacitetsaftalernes varighed 30

2) Omkostningsdækningsmetoden 36

3) Betingelserne for deltagelse på kapacitetsmarkedet 39

i) Overgangsauktionerne 42

ii) T-1-auktionerne og deres samspil med T-4-auktionerne 43

iii) Betingelserne for deltagelse i de varige auktioner 44

iv) Konklusion 46

f) Om det manglende supplerende vederlag til efterspørgselsstyringsoperatørerne ved begrænsning af tab ved transmission og distribution af elektricitet 46

g) Konklusion 47

2. Om det andet anbringende angående manglende begrundelse 47

Sagsomkostninger 47