ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

26 september 2024*

„Hogere voorziening – Staatssteun – Door de Bondsrepubliek Duitsland ten uitvoer gelegde steunregeling ten gunste van grote elektriciteitsverbruikers – Vrijstelling van de nettarieven voor de periode 2012-2013 – Besluit waarbij de steunregeling onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard – Beroep tot nietigverklaring – Beroepstermijn – Ontvankelijkheid – Artikel 107, lid 1, VWEU – Begrip ‚staatssteun' – Staatsmiddelen – Parafiscale heffing of andere verplichte heffingen"

In de gevoegde zaken C-790/21 P en C-791/21 P,

betreffende twee hogere voorzieningen krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 16 december 2021,

Covestro Deutschland AG, gevestigd te Leverkusen (Duitsland), vertegenwoordigd door D. Fouquet, T. Hartmann, M. Kachel, J. Panknin en R. Wilde, Rechtsanwälte,

rekwirante in zaak C-790/21 P,

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door K. Herrmann, C. Kovács en T. Maxian Rusche als gemachtigden, bijgestaan door M. Bartsch en K. Bourazeri, Rechtsanwälte,

verweerster in eerste aanleg,

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door J. Möller en R. Kanitz als gemachtigden,

interveniënte in eerste aanleg,

en

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door J. Möller en R. Kanitz als gemachtigden,

rekwirante in zaak C-791/21 P,

andere partijen in de procedure:

Covestro Deutschland AG, gevestigd te Leverkusen, vertegenwoordigd door D. Fouquet, T. Hartmann, M. Kachel, J. Panknin en R. Wilde, Rechtsanwälte,

* Procestaal: Duits.

verzoekster in eerste aanleg,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door K. Herrmann, C. Kovács en T. Maxian Rusche als gemachtigden, bijgestaan door M. Bartsch en K. Bourazeri, Rechtsanwälte,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Derde kamer),

samengesteld als volgt: K. Jürimäe (rapporteur), kamerpresident, K. Lenaerts, president van het Hof, waarnemend rechter van de Derde kamer, N. Piçarra, N. Jääskinen en M. Gavalec, rechters,

advocaat-generaal: L. Medina,

griffier: D. Dittert, hoofd van een administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 28 juni 2023,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 november 2023,

het navolgende

Arrest

1 Met haar hogere voorziening in zaak C-790/21 P verzoekt Covestro Deutschland AG (hierna: „Covestro") om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 6 oktober 2021, Covestro Deutschland/Commissie (T-745/18; EU:T:2021:644; hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht haar beroep tot nietigverklaring van besluit (EU) 2019/56 van de Commissie van 28 mei 2018 betreffende steunmaatregel SA.34045 (2013/C) (ex 2012/NN) van Duitsland voor bandlastverbruikers volgens artikel 19 StromNEV (PB 2019, L 14, blz. 1; hierna: „litigieus besluit") heeft verworpen.

2 Met haar hogere voorziening in zaak C-791/21 P verzoekt de Bondsrepubliek Duitsland om vernietiging van het bestreden arrest.

3 Met haar incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-790/21 P en C-791/21 P verzoekt de Europese Commissie eveneens om vernietiging van het bestreden arrest.

Toepasselijke bepalingen

4 Overweging 39 van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 [VWEU] (PB 2015, L 248, blz. 9) luidt:

„Het is in het belang van de transparantie en de rechtszekerheid dienstig publieke informatie te verstrekken over de besluiten van de Commissie, terwijl terzelfder tijd het beginsel behouden dient te blijven dat besluiten in staatssteunzaken tot de betrokken lidstaat worden gericht. Het is derhalve passend om alle besluiten die de belangen van de belanghebbenden zouden kunnen raken, integraal

of in de vorm van een samenvatting te publiceren of om van niet of niet integraal gepubliceerde besluiten exemplaren voor de belanghebbenden beschikbaar te stellen."

5 Artikel 1, onder h), van deze verordening bepaalt:

„Voor de toepassingen van deze verordening wordt verstaan onder:

[…]

h) ‚belanghebbende': een lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen."

6 Artikel 32 van deze verordening, met als opschrift „Bekendmaking van besluiten", bepaalt in lid 3:

„De Commissie maakt besluiten uit hoofde van artikel 8, leden 1 en 2, en artikel 9 bekend in het *Publicatieblad van de Europese Unie*."

Voorgeschiedenis van het geding en litigieus besluit

7 De voorgeschiedenis van het geding, zoals uiteengezet in de punten 1 tot en met 22 van het bestreden arrest, kan worden samengevat als volgt.

Betrokken wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen

Stelsel van nettarieven vóór de invoering van de bestreden maatregelen

8 In § 21 van het Energiewirtschaftsgesetz (wet op de bescherming van de energievoorziening), in de versie zoals gewijzigd bij het Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften (wet tot herziening van de regelgeving voor de energiesector) van 26 juli 2011 (BGBl. 2011 I, blz. 1554), maar vóór de wijzigingen die bij het Gesetz zur Weiterentwicklung des Strommarktes (wet inzake de verdere ontwikkeling van de elektriciteitsmarkt) van 26 juli 2016 (BGBl. 2016 I, blz. 1786) (hierna: „EnWG 2011") zijn aangebracht, was onder meer bepaald dat de nettarieven redelijk, niet-discriminerend en transparant moesten zijn en berekend moesten worden op basis van de kosten van een efficiënte exploitatie van het netwerk.

9 § 24 EnWG 2011 verleende de Duitse federale regering de bevoegdheid om via regelgeving gedetailleerde bepalingen vast te stellen wat betreft de definitie van de algemene methode voor het bepalen van de nettarieven en wat betreft de regulering van specifieke gevallen van het gebruik van het net, evenals de voorwaarden waaronder de reguleringsinstantie individuele nettarieven kan toestaan of verbieden.

10 In § 17 van de Stromnetzentgeltverordnung (Duitse federale regeling inzake elektriciteitsnettarieven) van 25 juli 2005 (BGBl. 2005 I, blz. 2225, hierna: „StromNEV 2005") wordt de berekeningsmethode vastgelegd die netbeheerders dienen te gebruiken om de algemene tarieven te bepalen. Het betreft een methode in twee stappen, die erin bestaat eerst de diverse jaarlijkse kostenelementen van alle netwerken te bepalen en vervolgens de algemene tarieven op basis van de totale jaarlijkse netwerkkosten te berekenen.

11 Bij de vaststelling van de algemene tarieven wordt rekening gehouden met de twee volgende elementen, namelijk de „gelijktijdigheidsfunctie”, die de mate van waarschijnlijkheid uitdrukt waarin het individuele verbruik van een gebruiker bijdraagt aan de maximale jaarbelasting van het netvlak in kwestie, en het maximale inkomstenplafond per beheerder, vastgesteld door de Bundesnetzagentur (Duitse federale energietoezichthouder; hierna: „BNetzA”) op basis van een vergelijkende analyse met andere netbeheerders, om te voorkomen dat de kosten die voortvloeien uit inefficiëntie worden gecompenseerd door nettarieven.

12 § 19 StromNEV 2005 voorziet in individuele tarieven voor categorieën gebruikers van wie het stroomafname- en het belastingsprofiel sterk verschillen van die van andere gebruikers (hierna: „atypische gebruikers”). Overeenkomstig het beginsel dat de nettarieven een afspiegeling dienen te zijn van de netwerkkosten wordt bij de individuele tarieven rekening gehouden met het feit dat deze atypische gebruikers bijdragen aan een verlaging van de netwerkkosten dan wel aan het voorkomen van een stijging van die kosten.

13 § 19, lid 2, StromNEV 2005 introduceert in dit verband individuele tarieven voor de volgende twee categorieën atypische gebruikers:

– gebruikers wier aandeel in de maximale belasting aanzienlijk kan verschillen van de gelijktijdige jaarlijkse maximale belasting van alle andere op hetzelfde netvlak aangesloten gebruikers, dat wil zeggen gebruikers die stelselmatig stroom buiten de piekuren verbruiken (hierna: „anticyclische verbruikers”), en

– gebruikers met een jaarlijkse stroomafname van ten minste 7 000 verbruiksuren en meer dan 10 gigawattuur (hierna: „bandlastverbruikers”).

14 Tot de wijziging ervan bij het EnWG 2011 bepaalde de StromNEV 2005 dat er voor anticyclische verbruikers en bandlastverbruikers individuele tarieven golden die werden berekend volgens de door de BNetzA vastgestelde „methode van de fysieke weg”. Die methode hield rekening met de door deze verbruikers veroorzaakte netwerkkosten, waarbij een minimumtarief van 20 % van de officiële algemene tarieven (hierna: „minimumtarief”) gold. Dit minimumtarief waarborgde dat deze verbruikers, in het geval dat de volgens de methode van de fysieke weg berekende individuele tarieven lager dan dit minimumtarief of bijna nul zouden zijn, toch een vergoeding betaalden voor de exploitatie van het netwerk waarop zij waren aangesloten.

Litigieuze maatregelen

15 Overeenkomstig § 19, lid 2, tweede en derde volzin, StromNEV 2005, zoals gewijzigd bij het EnWG 2011 (hierna: „StromNEV 2011”), werden per 1 januari 2011, de datum waarop deze bepaling met terugwerkende kracht van toepassing was, de individuele tarieven voor bandlastverbruikers afgeschaft en vervangen door een volledige vrijstelling van nettarieven (hierna: „litigieuze vrijstelling”), waarvoor de bevoegde reguleringsinstantie, de BNetzA of de reguleringsinstantie van de betrokken deelstaat, haar toestemming moest verlenen. De kosten van deze vrijstelling kwamen ten laste van de transmissie- of distributiesysteembeheerders naargelang van het netvlak waarop de begunstigden van de vrijstelling waren aangesloten.

16 Volgens § 19, lid 2, zesde en zevende volzin, StromNEV 2011 dienden de transmissiesysteembeheerders de distributiesysteembeheerders schadeloos te stellen voor de door de litigieuze vrijstelling gederfde opbrengsten en de kosten van die vrijstelling onderling te verrekenen door financiële compensatie overeenkomstig § 9 van het

Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (wet op de warmte-krachtkoppeling) van 19 maart 2002 (BGBl. 2002 I, blz. 1092), zodat elke transmissiesysteembeheerder dezelfde financiële last droeg in verhouding tot de hoeveelheid stroom die hij aan de op zijn netwerk aangesloten eindverbruikers leverde.

17 Met ingang van 2012 is bij besluit van de BNetzA van 14 december 2011 (BK8-11-024; hierna: „BNetzA-besluit 2011") een financieringsmechanisme ingesteld. Volgens dit mechanisme legden de distributiesysteembeheerders de eindverbruikers of de elektriciteitsleveranciers een heffing op (hierna: „litigieuze heffing") die aan de transmissiesysteembeheerders werd overgedragen ter compensatie van de minderopbrengsten als gevolg van de litigieuze vrijstelling.

18 Het bedrag van de litigieuze heffing werd elk jaar op voorhand door de transmissiesysteembeheerders bepaald op basis van een door de BNetzA vastgestelde methode. Het bedrag voor 2012, het jaar waarin het mechanisme voor het eerst werd toegepast, is rechtstreeks door de BNetzA vastgesteld.

19 Deze bepalingen waren niet van toepassing op de kosten van de litigieuze vrijstelling voor het jaar 2011, zodat elke transmissie- en distributiesysteembeheerder het verlies in verband met die vrijstelling zelf moest dragen voor dat jaar.

Stelsel van nettarieven na de litigieuze maatregelen

20 Tijdens de administratieve procedure die tot het litigieuze besluit heeft geleid, is de litigieuze vrijstelling eerst nietig verklaard bij rechterlijke uitspraken van het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) van 8 mei 2013 en van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) van 6 oktober 2015. Vervolgens is deze vrijstelling per 1 januari 2014 ingetrokken bij de StromNEV 2005, zoals gewijzigd bij de Verordnung zur Änderung von Verordnungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts (regeling tot wijziging van regelingen inzake energie) van 14 augustus 2013 (BGBl. 2013 I, blz. 3250) (hierna: „StromNEV 2013"). Bij de StromNEV 2013 zijn, voor de toekomst, de individuele tarieven en de methode van de fysieke weg voor de berekening daarvan opnieuw ingevoerd, maar – in plaats van het minimumtarief – met standaardtarieven van 10, 15 en 20 % van de algemene tarieven, afhankelijk van het stroomverbruik (respectievelijk 7 000, 7 500 en 8 000 uur jaarlijks gebruik van het net) (hierna: „standaardtarieven").

21 Bij de StromNEV 2013 is een overgangsregeling ingevoerd, die op 22 augustus 2013 in werking is getreden en die met terugwerkende kracht gold voor bandlastverbruikers die de litigieuze vrijstelling voor de jaren 2012 en 2013 nog niet hadden gekregen (hierna: „overgangsregeling"). In plaats van individuele tarieven berekend aan de hand van de methode van de fysieke weg en een minimumtarief, voorzag deze regeling uitsluitend in de toepassing van standaardtarieven ten aanzien van die verbruikers.

Administratieve procedure en litigieus besluit

22 Naar aanleiding van een aantal klachten heeft de Commissie op 4 mei 2013 haar besluit bekendgemaakt om de procedure van artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden ten aanzien van de steunregeling die was gebaseerd op de litigieuze maatregelen (PB 2013, C 128, blz. 43).

23 Na een procedure waarin de Bondsrepubliek Duitsland en de andere belanghebbenden hun opmerkingen hebben ingediend, heeft de Commissie op 28 mei 2018 het litigieuze besluit vastgesteld.

24 In dit besluit heeft de Commissie vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland van 1 januari 2012 tot 31 december 2013 onrechtmatige staatssteun in de vorm van de litigieuze vrijstelling had verleend.

25 Meer bepaald is de Commissie tot de conclusie gekomen dat de staatssteun overeenkwam met de in 2012 en 2013 door de vrijgestelde bandlastverbruikers veroorzaakte netwerkkosten, of, indien deze kosten onder het minimumtarief lagen, met dat minimumtarief.

26 Voorts heeft de Commissie opgemerkt dat de betrokken steunmaatregel onverenigbaar is met de interne markt, aangezien deze maatregel onder geen van de in artikel 107, leden 2 en 3, VWEU genoemde uitzonderingen viel en ook niet op andere gronden kon worden aangemerkt als verenigbaar met de interne markt.

27 Bijgevolg heeft de Commissie beslist als volgt:

– de litigieuze vrijstelling was in zoverre staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, dat de bandlastverbruikers waren vrijgesteld van nettarieven die overeenkwamen met de door hen veroorzaakte netwerkkosten, of, indien de netwerkkosten onder het minimumtarief lagen, van dat minimumtarief;

– de betrokken steun was door de Bondsrepubliek Duitsland in strijd met artikel 108, lid 3, VWEU verleend en was daarom niet verenigbaar met de interne markt;

– afzonderlijke steun die in het kader van de maatregel in kwestie was toegekend, vormde geen staatssteun als op het ogenblik van de toekenning ervan was voldaan aan de voorwaarden van een op grond van artikel 2 van verordening (EG) nr. 994/98 van de Raad van 7 mei 1998 betreffende de toepassing van de artikelen [107] en [108 VWEU] op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen (PB 1998, L 142, blz. 1) vastgestelde verordening betreffende de-minimissteun, en

– de Bondsrepubliek Duitsland was verplicht de met de interne markt onverenigbare steun die op grond van de steunmaatregel in kwestie was verleend, inclusief rente, van de begunstigden terug te vorderen en was voorts gehouden alle uitstaande betalingen van die steunregeling vanaf de datum van vaststelling van het litigieuze besluit te schorsen.

Beroep voor het Gerecht en bestreden arrest

28 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 december 2018, heeft Covestro beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

29 Bij beslissing van de president van de Zesde kamer van het Gerecht van 4 juni 2019 is de Bondsrepubliek Duitsland overeenkomstig het verzoek van deze lidstaat toegelaten tot interventie aan de zijde van Covestro.

30 Tot staving van haar beroep heeft Covestro vier middelen aangevoerd. Het eerste middel, waarvan ter terechtzitting werd afgezien, was ontleend aan de overdreven lange duur van de formele onderzoeksprocedure. Met het tweede middel werd aangevoerd dat er geen sprake is van staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Het derde middel had betrekking op de verenigbaarheid van de vermeende steun met de interne markt op grond van artikel 107, lid 3, onder b), VWEU en artikel 107, lid 3, onder c), VWEU. Het vierde middel was ontleend aan de onrechtmatigheid van het bevel tot terugvordering wegens schending van het non-discriminatiebeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

31 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep ontvankelijk verklaard, vastgesteld dat niet meer hoefde te worden beslist over het eerste middel na de intrekking ervan door Covestro, en ten slotte het tweede tot en met het vierde middel afgewezen en bijgevolg het beroep tot nietigverklaring in zijn geheel verworpen.

Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

32 Met haar hogere voorziening in zaak C-790/21 P verzoekt Covestro het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen en het litigieuze besluit voor de jaren 2012 en 2013 in zijn geheel nietig te verklaren of, subsidiair, voor zover dit besluit op haar betrekking heeft;

– subsidiair, het bestreden arrest te vernietigen en de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en

– de Commissie te verwijzen in de kosten.

33 De Bondsrepubliek Duitsland verzoekt het Hof de hogere voorziening in zaak C-790/21 P toe te wijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

34 De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening in zaak C-790/21 P af te wijzen en Covestro in de kosten te verwijzen.

35 Met haar hogere voorziening in zaak C-791/21 P verzoekt de Bondsrepubliek Duitsland het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen voor zover het beroep tot nietigverklaring hierbij ongegrond is verklaard;

– het litigieuze besluit nietig te verklaren, en

– de Commissie te verwijzen in de voor het Gerecht en het Hof gemaakte kosten.

36 Covestro verzoekt het Hof de hogere voorziening in zaak C-791/21 P toe te wijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

37 De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening in zaak C-791/21 P af te wijzen en de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten.

38 Met haar incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-790/21 P en C-791/21 P verzoekt de Commissie het Hof:

– het bestreden arrest te vernietigen;

– het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk te verklaren;

– in zaak C-790/21 P Covestro te verwijzen in de voor het Hof en het Gerecht gemaakte kosten, en

– in zaak C-791/21 P de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de voor het Hof gemaakte kosten en Covestro te verwijzen in de voor het Gerecht gemaakte kosten.

39 Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland concluderen tot afwijzing van de incidentele hogere voorzieningen en tot verwijzing van de Commissie in de kosten van het geding.

40 Bij beslissing van de president van het Hof van 18 april 2023 zijn de zaken C-790/21 P en C-791/21 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

Verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling in zaak C-790/21 P

41 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 1 februari 2024, heeft Covestro op grond van artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof verzocht om heropening van de mondelinge behandeling.

42 Ter ondersteuning van dit verzoek voert Covestro in de eerste plaats aan dat de advocaat-generaal in haar conclusie geen rekening heeft gehouden met een doorslaggevend argument dat deze partij had aangevoerd om aan te tonen dat er in casu geen sprake was van een verplichte heffing.

43 In de tweede plaats is Covestro van mening dat punt 61 van het arrest van het Gerecht van 24 januari 2024, Duitsland/Commissie (T-409/21, EU:T:2024:34), waarin het heeft geoordeeld dat „de netbeheerders krachtens de wet niet verplicht zijn de [heffing die aan de orde was in de zaak die tot dat arrest heeft geleid] te vorderen van hun klanten, zodat deze heffing niet kan worden aangemerkt als een verplichte heffing", voor de onderhavige procedure een nieuw en beslissend feit vormt.

44 In dit verband kan het Hof overeenkomstig artikel 83 van zijn Reglement voor de procesvoering in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer een partij na afsluiting van deze behandeling een nieuw feit aanbrengt dat van beslissende invloed kan zijn voor de beslissing van het Hof, of wanneer een zaak moet worden beslecht op grond van een argument waarover de partijen hun standpunten niet voldoende hebben kunnen uitwisselen.

45 Ten eerste moet met betrekking tot de bewering dat de advocaat-generaal geen rekening zou hebben gehouden met een doorslaggevend argument, in herinnering worden gebracht dat het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het Reglement voor de procesvoering van het Hof niet voorzien in de mogelijkheid voor partijen om opmerkingen in te dienen naar aanleiding van de conclusie van de advocaat-generaal. Op grond van artikel 252, tweede alinea,

VWEU heeft de advocaat-generaal tot taak in het openbaar en in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken waarin zulks vereist is. Het Hof is gebonden door noch de conclusie van de advocaat-generaal, noch de motivering op grond waarvan hij tot die conclusie komt. Bijgevolg kan het feit dat een partij het oneens is met de conclusie van de advocaat-generaal als zodanig geen grond voor de heropening van de mondelinge behandeling vormen, ongeacht welke kwesties hij in die conclusie onderzoekt (zie in die zin arresten van 13 juli 2023, Grupa Azoty e.a./Commissie, C-73/22 P en C-77/22 P, EU:C:2023:570, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 8 februari 2024, Pilatus Bank/ECB, C-256/22 P, EU:C:2024:125, punten 29 en 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

46 Ten tweede moet met betrekking tot de verwijzing naar het arrest van het Gerecht van 24 januari 2024, Duitsland/Commissie (T-409/21, EU:T:2024:34), worden opgemerkt dat een door het Gerecht gewezen arrest het Hof niet kan binden (zie in die zin arrest van 4 december 2019, Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo/Commissie, C-342/18 P, EU:C:2019:1043, punt 60).

47 Het Hof ziet bijgevolg, de advocaat-generaal gehoord, geen aanleiding om de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.

Incidentele hogere voorzieningen

48 Met de door de Commissie ingestelde incidentele hogere voorzieningen wordt de ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg betwist, hetgeen een vraag is die voorafgaat aan de vragen ten gronde in de principale hogere voorzieningen. De incidentele hogere voorzieningen moeten dus als eerste worden onderzocht (zie in die zin arrest van 3 december 2020, Changmao Biochemical Engineering/Distillerie Bonollo e.a., C-461/18 P, EU:C:2020:979, punt 43).

49 Tot staving van haar incidentele hogere voorzieningen voert de Commissie drie middelen aan.

Eerste middel

Argumenten van partijen

50 Met haar eerste middel ter ondersteuning van haar incidentele hogere voorzieningen verwijt de Commissie het Gerecht dat het in de punten 37 tot en met 44 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het begrip „bekendmaking” in de zin van artikel 263, zesde alinea, VWEU ruim uit te leggen. Het Gerecht heeft dus ten onrechte geoordeeld dat elke bekendmaking in het Publicatieblad onder dit begrip valt, ongeacht of een dergelijke bekendmaking overeenkomstig artikel 297 VWEU een voorwaarde vormt voor de inwerkingtreding van de betrokken handeling en zij in het Verdrag zelf is voorzien.

51 In de eerste plaats is de uitlegging van het Gerecht in strijd met de rechtspraak van het Hof zoals die voortvloeit uit het arrest van 17 mei 2017, Portugal/Commissie (C-339/16 P, EU:C:2017:384, punten 34-40), en de beschikkingen van 31 januari 2019, Iordăchescu/Parlement e.a. (C-426/18 P, EU:C:2019:89, punt 22), en 5 september 2019, Fryč/Commissie (C-230/19 P, EU:C:2019:685, punt 15). In deze rechtspraak heeft het Hof een parallel getrokken tussen artikel 263, zesde alinea, VWEU en artikel 297 VWEU, in die zin dat de bekendmaking van de

betrokken handeling alleen het aanvangstijdstip van de beroepstermijn is wanneer zij een voorwaarde vormt voor de inwerkingtreding van die handeling en zij in het Verdrag zelf is voorzien.

52 Deze benadering wordt bevestigd door een letterlijke, contextuele en teleologische uitlegging van artikel 263, zesde alinea, VWEU.

53 Wat de bewoordingen van deze bepaling betreft, voert de Commissie aan dat de termen „bekendmaking" en „kennisgeving" in alle taalversies, met uitzondering van de Duitse taalversie, zowel in artikel 263, zesde alinea, VWEU als in artikel 297 VWEU voorkomen, hetgeen aantoont dat er een parallel bestaat tussen deze twee bepalingen.

54 Wat de geest en het doel van artikel 263, zesde alinea, VWEU betreft, dragen de in deze bepaling vastgestelde beroepstermijnen bij aan de doelstelling van rechtszekerheid. Indien een rechtzoekende een handeling wil aanvechten, moet hij dit in beginsel doen binnen twee maanden na de datum waarop de definitieve versie van de inhoud hem ter kennis is gebracht. Voor handelingen van algemene strekking die geen adressaten hebben, is deze datum daarentegen die van de bekendmaking in het Publicatieblad. Voor handelingen die een adressaat vermelden, is die datum die van de kennisgeving aan deze adressaat. Slechts uitzonderlijk en subsidiair kan, wanneer er sprake is van een handeling die noch dient te worden gepubliceerd, noch ter kennis dient te worden gebracht, de kennisneming een gebeurtenis vormen die de beroepstermijn doet ingaan. Het parallellisme tussen artikel 263, zesde alinea, VWEU en artikel 297 VWEU waarborgt dus dat een latere bekendmaking van een handeling in het Publicatieblad voor informatieve doeleinden niet leidt tot een verlenging van de beroepstermijnen en daardoor rechtsonzekerheid schept.

55 In de tweede plaats kan de bekendmaking in het Publicatieblad van een besluit van de Commissie tot afsluiting van een formele onderzoeksprocedure niet worden gelijkgesteld met een „bekendmaking" in de zin van artikel 297, lid 2, tweede alinea, VWEU. Zij is dus niet het aanvangstijdstip van de beroepstermijn.

56 Ten eerste is een dergelijk besluit gericht aan de lidstaat in kwestie en wordt dit enkel aan deze lidstaat ter kennis gebracht. Overeenkomstig artikel 297, lid 2, derde alinea, VWEU treedt het besluit in werking door middel van deze kennisgeving en niet door de bekendmaking ervan in het Publicatieblad, die enkel tot doel heeft het publiek te informeren, met inbegrip van de begunstigden van de steun, van wie de betrokken lidstaat die steun nog vóór de bekendmaking van het besluit moet terugvorderen. Ten tweede vloeit deze bekendmaking niet voort uit het VWEU, maar uit artikel 32 van verordening 2015/1589, gelezen in het licht van overweging 39 daarvan. In deze omstandigheden moet, om het aanvangstijdstip te bepalen van de beroepstermijn waarbinnen een begunstigde onderneming een besluit tot afsluiting van de formele onderzoeksprocedure kan aanvechten, worden uitgegaan van de daadwerkelijke kennisneming van dat besluit. Bij gebreke van een aantoonbare voorafgaande kennisneming, geldt de datum van de bekendmaking van de handeling in het Publicatieblad op grond van een juridische fictie als datum van daadwerkelijke kennisneming.

57 In de derde plaats haalt de Commissie een aantal argumenten aan die volgens haar steun bieden aan haar uitlegging van artikel 263, zesde alinea, VWEU.

58 Ten eerste baseert zij zich op de opzet van deze bepaling om te betogen dat de bekendmaking en de kennisgeving van een handeling op voet van gelijkheid staan en dat kennisneming daaraan subsidiair is. Aan deze subsidiariteitsverhouding wordt afgedaan door de uitlegging van het Gerecht, aangezien, indien de bekendmaking op grond van artikel 32 van verordening 2015/1589 gelijk zou staan aan een bekendmaking in de zin van artikel 297, lid 1, VWEU, de beroepstermijn, ook ten aanzien van de betrokken lidstaat en ondanks de kennisgeving, zou moeten ingaan op de datum van die bekendmaking.

59 Ten tweede is de Commissie van mening dat de uitlegging van het Gerecht leidt tot een ongelijkheid van wapens tussen de ondernemingen waarvan steun wordt teruggevorderd en hun concurrenten die geen steun hebben ontvangen. Terwijl eerstgenoemden in de praktijk een kopie van het besluit van de betrokken lidstaat ontvangen, moeten laatstgenoemden wachten op de bekendmaking van het besluit in het Publicatieblad, overeenkomstig artikel 32 van verordening 2015/1589, waardoor de daadwerkelijke beroepstermijnen voor deze ondernemingen verschillend zijn. Deze uitlegging zou ook leiden tot een ongelijkheid tussen de Commissie en de ondernemingen waarvan de steun moet worden teruggevorderd. Om te reageren op het beroep van een begunstigde onderneming beschikt de Commissie immers over een termijn van twee maanden, terwijl deze ondernemingen door die uitlegging over een langere termijn beschikken om hun beroep voor te bereiden.

60 Ten derde baseert het Gerecht zich op een onjuiste lezing van het arrest van 10 maart 1998, Duitsland/Raad (C-122/95, EU:C:1998:94). Anders dan in het litigieuze besluit, is in het besluit dat aan de orde was in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, immers geen enkele adressaat aangewezen.

61 Ten vierde gaat punt 39 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft opgemerkt dat Covestro subjectief kon rekenen op de bekendmaking van het litigieuze besluit in het Publicatieblad, voorbij aan het feit dat de beroepstermijnen van openbare orde zijn.

62 De Bondsrepubliek Duitsland voert aan dat het eerste middel ongegrond is. Volgens Covestro moet dit middel niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover het is gebaseerd op argumenten ontleend aan precedenten uit de rechtspraak die de Commissie voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, en is het voor het overige ongegrond.

Beoordeling door het Hof

– *Ontvankelijkheid van het eerste middel*

63 Uit vaste rechtspraak blijkt weliswaar dat bij het Hof, waarvan de bevoegdheid inzake hogere voorziening beperkt is, inderdaad geen geschil aanhangig kan worden gemaakt dat een ruimere strekking heeft dan het geschil waarvan het Gerecht kennis heeft genomen (arrest van 1 juni 1994, Commissie/Brazzelli Lualdi e.a., C-136/92 P, EU:C:1994:211, punt 59), maar dat neemt niet weg dat een rekwirant een hogere voorziening kan instellen waarin hij voor het Hof middelen aanvoert die uit het bestreden arrest zelf voortvloeien en ertoe strekken de gegrondheid van het arrest in rechte te betwisten (arresten van 29 november 2007, Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a./Commissie, C-176/06 P, EU:C:2007:730, punt 17, en 26 februari 2020, SEAE/Alba Aguilera e.a., C-427/18 P, EU:C:2020:109, punt 54).

64 Met het eerste middel van haar incidentele hogere voorzieningen betwist de Commissie de beoordeling door het Gerecht van de exceptie van niet-ontvankelijkheid die zij voor het Gerecht heeft opgeworpen en die was ontleend aan de te late instelling van het beroep door Covestro. Het beroep van de Commissie op precedenten uit de rechtspraak die zij voor het Gerecht niet heeft aangevoerd, vormt in dit verband dus slechts een uitwerking van haar betoog en moet derhalve ontvankelijk worden verklaard (zie naar analogie arresten van 19 mei 1983, Verros/Parlement, 306/81, EU:C:1983:143, punt 9; 26 april 2007, Alcon/BHIM, C-412/05 P, EU:C:2007:252, punt 40, en 5 maart 2024, Kočner/Europol, C-755/21 P, EU:C:2024:202, punt 41).

65 Hieruit volgt dat, anders dan Covestro betoogt, dit middel in zijn geheel ontvankelijk is.

– *Gegrondheid van het eerste middel*

66 Met haar eerste middel ter ondersteuning van haar incidentele hogere voorzieningen betwist de Commissie de gegrondheid van de beoordelingen van het Gerecht in de punten 37 tot en met 44 van het bestreden arrest. Volgens haar liep de termijn voor het beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit, anders dan het Gerecht in die punten heeft geoordeeld, voor Covestro niet vanaf de datum van bekendmaking van dat besluit in het Publicatieblad, maar vanaf de datum waarop deze vennootschap daadwerkelijk kennis had genomen van dat besluit.

67 In dit verband dient te worden opgemerkt dat het Gerecht in de punten 37 tot en met 44 van het bestreden arrest de exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Commissie waarmee zij aanvoerde dat het beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit te laat door Covestro is ingesteld, heeft afgewezen.

68 Uit de punten 37 tot en met 39 van dat arrest, in hun onderlinge samenhang gelezen, blijkt dat het Gerecht heeft geoordeeld dat de beroepstermijn in casu liep vanaf de datum van bekendmaking van het litigieuze besluit in het Publicatieblad, namelijk 16 januari 2019, en dat deze termijn in acht is genomen.

69 Ter ondersteuning van deze overweging herinnerde het Gerecht in punt 38 van dit arrest eraan dat het criterium van de datum waarop van de handeling kennis is genomen, als aanvangstijdstip van deze beroepstermijn subsidiair is aan de criteria van bekendmaking of kennisgeving van de handeling. In punt 39 van dat arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat het litigieuze besluit weliswaar gevolgen kon sorteren zonder dat het bekend hoefde te worden gemaakt, maar dat dit besluit overeenkomstig artikel 32, lid 3, van verordening 2015/1589 in het Publicatieblad moest worden bekendgemaakt, zodat Covestro redelijkerwijs mocht verwachten dat dit besluit zou worden bekendgemaakt.

70 In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 263, zesde alinea, VWEU als volgt luidt: „[h]et in dit artikel bedoelde beroep moet worden ingesteld binnen twee maanden te rekenen, al naargelang van het geval, vanaf de dag van bekendmaking van de handeling, vanaf de dag van kennisgeving aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen”.

71 Uit de bewoordingen van deze bepaling, in het bijzonder de termen „al naargelang van het geval” en „bij gebreke daarvan”, blijkt duidelijk dat het aanvangstijdstip van de beroepstermijn wordt bepaald aan de hand van de betrokken situatie en dat er sprake is van een hiërarchie tussen de drie criteria die deze termijn kunnen doen ingaan.

72 De termijn voor het beroep tot nietigverklaring begint dus primair te lopen vanaf de bekendmaking van de handeling of vanaf de kennisgeving ervan aan de verzoeker. Deze twee hoofdcriteria worden in de opzet van die bepaling op voet van gelijkheid geplaatst, in die zin dat geen van deze criteria subsidiair is aan het andere (zie in die zin arrest van 17 mei 2017, Portugal/Commissie, C-339/16 P, EU:C:2017:384, punt 38).

73 Daarentegen is, zoals het Gerecht in punt 38 van het bestreden arrest terecht heeft opgemerkt, het criterium van de datum waarop van de handeling kennis is genomen, voor het ingaan van de beroepstermijn subsidiair ten opzichte van de criteria van bekendmaking of kennisgeving van deze handeling (zie in die zin arrest van 10 maart 1998, Duitsland/Raad, C-122/95, EU:C:1998:94, punt 35), hetgeen in casu overigens niet wordt betwist.

74 In het onderhavige geval was in het litigieuze besluit, waarmee een formele onderzoeksprocedure inzake staatssteun werd afgesloten, aangegeven dat het gericht was tot de betrokken lidstaat, te weten de Bondsrepubliek Duitsland, en heeft de kennisgeving aan deze lidstaat overeenkomstig artikel 297, lid 2, derde alinea, VWEU plaatsgevonden. Daarnaast is dit besluit overeenkomstig artikel 32, lid 3, van verordening 2015/1589 bekendgemaakt in het Publicatieblad.

75 In een dergelijk geval volgt uit de rechtspraak van het Hof dat voor de adressaat van de handeling aan wie kennis moet worden gegeven, te weten de betrokken lidstaat, de termijn voor het beroep tot nietigverklaring ingaat op de datum van die kennisgeving, zelfs als de handeling ook bekend wordt gemaakt in het Publicatieblad (zie in die zin arrest van 17 mei 2017, Portugal/Commissie, C-339/16 P, EU:C:2017:384, punt 37).

76 Daarentegen volgt uit een letterlijke, teleologische en contextuele uitlegging van artikel 263, zesde alinea, VWEU, gelezen in het licht van de rechtspraak van het Hof, dat de termijn voor het beroep tot nietigverklaring voor de andere belanghebbenden, zoals Covestro, ingaat op de datum van de bekendmaking van de handeling in het Publicatieblad, ook wanneer die bekendmaking niet voortvloeit uit artikel 297, lid 2, tweede alinea, VWEU, maar uit een bepaling van afgeleid recht, zoals artikel 32, lid 3, van verordening 2015/1589.

77 Ten eerste moet immers worden vastgesteld dat artikel 263, zesde alinea, VWEU verwijst naar de „bekendmaking” van handelingen in het algemeen (zie in die zin arrest van 26 september 2013, PPG en SNF/ECHA, C-625/11 P, EU:C:2013:594, punt 31). Deze bewoordingen verbinden dus geen specifieke voorwaarde aan dit begrip, met name wat betreft de rechtsgrondslag van de verplichting tot bekendmaking.

78 Op dit punt is het juist dat het Hof, zoals de Commissie stelt, met name heeft geoordeeld dat het begrip „bekendmaking” in de zin van artikel 263, zesde alinea, VWEU ziet op een bekendmaking in het Publicatieblad die een voorwaarde voor de inwerkingtreding van de handeling is en in het VWEU wordt voorzien (zie in die zin arrest van 17 mei 2017, Portugal/Commissie, C-339/16 P, EU:C:2017:384, punt 36, en beschikkingen van 31 januari 2019, Iordăchescu/Parlement e.a., C-426/18 P, EU:C:2019:89, punt 22, en 5 september 2019, Fryč/Commissie, C-230/19 P, EU:C:2019:685, punt 15).

79 Anders dan de Commissie stelt, kan daaruit echter niet worden afgeleid dat het begrip „bekendmaking” in de zin van artikel 263, zesde alinea, VWEU tot dit geval beperkt is.

80 De in punt 78 van het onderhavige arrest aangehaalde precedenten kunnen namelijk niet afzonderlijk worden gelezen, maar maken deel uit van rechtspraak van het Hof waarin het begrip „bekendmaking" in de zin van artikel 263, zesde alinea, VWEU ruim is uitgelegd. Zo omvat dit begrip, naast het in punt 78 bedoelde geval, ook een bekendmaking van de bestreden handeling in het Publicatieblad die niet voortvloeit uit een door het Verdrag opgelegde verplichting, maar uit een vaste praktijk van de instellingen van de Europese Unie (zie in die zin arrest van 10 maart 1998, Duitsland/Raad, C-122/95, EU:C:1998:94, punten 36 en 39) of een bepaling van afgeleid recht, zoals artikel 32, lid 3, van verordening 2015/1589 (zie in die zin beschikking van 25 november 2008, S.A.BA.R./Commissie, C-501/07 P, EU:C:2008:652, punt 23), of zelfs een bekendmaking op de website van een instelling, orgaan of instantie van de Unie wanneer het afgeleide recht daarin voorziet (zie in die zin arrest van 26 september 2013, PPG en SNF/ECHA, C-625/11 P, EU:C:2013:594, punten 30-32).

81 Wat ten tweede de doelstellingen van artikel 263, zesde alinea, VWEU betreft, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de beroepstermijnen van deze bepaling van openbare orde zijn en niet naar believen van partijen en de rechter kunnen worden ingeroepen. Zij zijn ingesteld om de rechtszekerheid te waarborgen door te voorkomen dat Uniehandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in geding kunnen worden gebracht, en om elke discriminatie of willekeurige behandeling bij de rechtsbedeling te vermijden (zie in die zin arresten van 12 december 1967, Muller-Collignon/Commissie, 4/67, EU:C:1967:51, blz. 465, en 23 januari 1997, Coen, C-246/95, EU:C:1997:33, punt 21; alsmede beschikkingen van 16 november 2010, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Commissie, C-73/10 P, EU:C:2010:684, punt 52, en 31 januari 2019, Iordăchescu/Parlement e.a., C-426/18 P, EU:C:2019:89, punt 21).

82 Ten eerste blijkt echter dat bij een besluit zoals het litigieuze besluit, waarmee een formele onderzoeksprocedure inzake staatssteun wordt afgesloten, de datum van bekendmaking van een handeling in het Publicatieblad, in tegenstelling tot de datum van kennisneming, in het belang van de rechtszekerheid objectief en met zekerheid kan worden vastgesteld ten aanzien van alle belanghebbenden aan wie van dat besluit geen kennis is gegeven. In dit verband is het irrelevant dat laatstgenoemden vóór de bekendmaking van die handeling kennis hebben kunnen nemen van die handeling.

83 Dit verklaart overigens waarom in de algemene opzet van artikel 263, zesde alinea, VWEU en in het belang van de rechtszekerheid de datum van bekendmaking voorrang heeft boven de datum van kennisneming, die, zoals in punt 73 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, een subsidiair criterium is voor het ingaan van de beroepstermijn. De Commissie kan dus niet worden gevolgd wanneer zij in feite suggereert om de verhouding tussen deze twee criteria van artikel 263, zesde alinea, VWEU om te keren.

84 Ten tweede is, anders dan de Commissie stelt, de in de punten 76 en 80 van het onderhavige arrest gegeven uitlegging ook van dien aard dat elke discriminatie of willekeurige behandeling bij de rechtsbedeling wordt vermeden en aldus de wapengelijkheid van de begunstigden van de staatssteun en de concurrerende ondernemingen wordt gewaarborgd. Voor al deze belanghebbenden gaat de beroepstermijn immers in op dezelfde datum, te weten die van de bekendmaking van het besluit in het Publicatieblad. Bovendien kan de Commissie, aangezien zij het besluit heeft vastgesteld en verantwoordelijk is voor de bekendmaking ervan in het Publicatieblad, zich niet met succes beroepen op een vermeende „ongelijkheid van wapens" ten nadele van haar.

85 Wat ten derde de context betreft, pleit de structuur van de Verdragen ook tegen het door de Commissie gesuggereerde strikte parallellisme tussen de begrippen „bekendmaking" in artikel 263, zesde alinea, en artikel 297, lid 2, tweede alinea, VWEU. In dit verband volstaat het namelijk op te merken dat deze twee bepalingen weliswaar onder titel I van het zesde deel van het VWEU vallen, maar niet hetzelfde onderwerp regelen. Terwijl de eerste bepaling in hoofdstuk 1 is opgenomen, dat betrekking heeft op de instellingen, en meer in het bijzonder in afdeling 5 ervan, die aan het Hof van Justitie van de Europese Unie is gewijd, valt de tweede bepaling onder hoofdstuk 2, betreffende de rechtshandelingen van de Unie en de procedures voor de vaststelling ervan.

86 Om al deze redenen moet worden vastgesteld dat het Gerecht in de punten 37 tot en met 44 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de beroepstermijn voor Covestro inging op de datum van bekendmaking van het litigieuze besluit in het Publicatieblad.

87 Bijgevolg moet het eerste middel ter ondersteuning van de incidentele hogere voorzieningen ongegrond worden verklaard.

Tweede middel

Argumenten van partijen

88 Met haar tweede middel ter ondersteuning van haar incidentele hogere voorzieningen verwijt de Commissie het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van twee onjuiste rechtsopvattingen, respectievelijk in de punten 37 en 42 van het bestreden arrest.

89 In de eerste plaats bevat punt 37 van dat arrest een kennelijke onjuiste opvatting van het verzoekschrift. De Commissie stelt dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, het beroep niet is ingesteld binnen een termijn van twee maanden en tien dagen na de bekendmaking, op 16 januari 2019, van het litigieuze besluit in het Publicatieblad, maar op 20 december 2018, dat wil zeggen ongeveer een maand vóór de bekendmaking van dit besluit.

90 In de tweede plaats, door in punt 42 van het bestreden arrest te verklaren dat „niet is aangetoond dat [Covestro] in casu ‚naar behoren' kennis heeft kunnen nemen van het [litigieuze] besluit" vóór de bekendmaking ervan, zou het Gerecht de feiten en het bewijs onjuist hebben opgevat. Gelet op de door de Commissie voor het Gerecht aangevoerde gegevens is het namelijk duidelijk dat Covestro vóór de bekendmaking ervan in het Publicatieblad, uiterlijk op 20 september 2018, op de hoogte was van het bestaan van het litigieuze besluit.

91 De Bondsrepubliek Duitsland voert aan dat het tweede middel ongegrond is. Covestro meent dat dit middel niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond is.

Beoordeling door het Hof

92 Wat in de eerste plaats de gestelde onjuiste rechtsopvatting in punt 37 van het bestreden arrest betreft, moet worden opgemerkt dat het Gerecht in dat punt heeft vastgesteld dat „het beroep [van Covestro] is ingesteld binnen de termijn van twee maanden en tien dagen vanaf de bekendmaking van het [litigieuze] besluit in het Publicatieblad, die heeft plaatsgevonden op 16 januari 2019".

93 Met de Commissie moet worden opgemerkt dat dit beroep inderdaad is ingesteld op 20 december 2018, dat wil zeggen nog vóór de bekendmaking van het litigieuze besluit in het Publicatieblad. Deze omstandigheid heeft echter geen enkele invloed op de ontvankelijkheid van dit beroep en met name op de naleving van de beroepstermijn.

94 Uit de rechtspraak volgt immers dat de omstandigheid dat de termijn voor het instellen van beroep tegen een handeling als het litigieuze besluit overeenkomstig artikel 263, zesde alinea, VWEU pas ingaat vanaf de bekendmaking ervan, niet betekent dat een verzoeker niet tegen een handeling van de Unie kan opkomen vóór deze is bekendgemaakt (zie in die zin arrest van 26 september 2013, PPG en SNF/ECHA, C-626/11 P, EU:C:2013:595, punten 34-38).

95 Bijgevolg moet het argument dat in punt 37 van het bestreden arrest blijk is gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, ongegrond worden verklaard.

96 Wat in de tweede plaats de gestelde onjuiste rechtsopvatting in punt 42 van het bestreden arrest betreft, moet worden opgemerkt dat het Gerecht in dat punt er onder meer op heeft gewezen dat „hoe dan ook niet is aangetoond dat [Covestro] in casu ‚naar behoren' kennis heeft kunnen nemen van het [litigieuze] besluit".

97 In dit verband geeft de uitdrukking „hoe dan ook" aan dat deze overweging een overweging ten overvloede van het bestreden arrest vormt. Volgens vaste rechtspraak kunnen argumenten die zijn gericht tegen de in een beslissing van het Gerecht ten overvloede geformuleerde overwegingen, niet leiden tot vernietiging van die beslissing, zodat zij niet ter zake dienend zijn (arrest van 21 december 2023, United Parcel Service/Commissie, C-297/22 P, EU:C:2023:1027, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

98 Derhalve moet het argument ontleend aan een gestelde onjuiste rechtsopvatting in punt 42 van het bestreden arrest als niet ter zake dienend worden afgewezen.

99 Uit het voorgaande volgt dat het tweede middel ter ondersteuning van de incidentele hogere voorzieningen in zijn geheel moet worden afgewezen, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid ervan.

Derde middel

100 Met haar derde, subsidiair aangevoerde, middel ter ondersteuning van haar incidentele hogere voorzieningen, stelt de Commissie dat het Gerecht artikel 89, lid 1, van zijn Reglement voor de procesvoering heeft geschonden door Covestro niet te verzoeken om overlegging van de documenten waaruit blijkt op welk precies moment zij kennis heeft gekregen van de inhoud van het litigieuze besluit.

101 In dit verband volstaat het op te merken dat dit middel berust op de premisse dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet de datum waarop Covestro kennis heeft gekregen van het litigieuze besluit, maar de datum van bekendmaking van dat besluit in het Publicatieblad als aanvangstijdstip van de termijn voor het beroep tot nietigverklaring te nemen. Deze premisse is echter onjuist, zoals blijkt uit de beoordeling van het eerste middel dat ter ondersteuning van de incidentele hogere voorzieningen is aangevoerd.

102 Hieruit volgt dat het derde middel ter ondersteuning van de incidentele hogere voorzieningen en dus deze incidentele hogere voorzieningen in hun geheel moeten worden afgewezen.

Principale hogere voorzieningen

103 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening in zaak C-790/21 P voert Covestro formeel vier middelen aan. De middelen die zij aanmerkt als de eerste twee middelen, behandelt zij echter gezamenlijk zonder deze van elkaar te onderscheiden. Covestro voert dus in wezen drie middelen aan. Het eerste middel, dat uit vier onderdelen bestaat, is ontleend aan schending van het recht om te worden gehoord en niet-nakoming van de motiveringsplicht. Het tweede middel, dat in twee onderdelen kan worden verdeeld, is ontleend aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU. Het derde middel is ontleend aan schending van het non-discriminatiebeginsel.

104 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening in zaak C-791/21 P voert de Bondsrepubliek Duitsland, ondersteund door Covestro, één middel aan, ontleend aan de schending van artikel 107, lid 1, VWEU. Dit middel stemt in wezen overeen met het tweede onderdeel van het tweede middel dat Covestro, ondersteund door de Bondsrepubliek Duitsland, ter ondersteuning van haar hogere voorziening in zaak C-790/21 P heeft aangevoerd.

Eerste middel in zaak C-790/21 P

Argumenten van partijen

105 Met haar eerste middel ter ondersteuning van haar hogere voorziening, voert Covestro aan dat het Gerecht haar recht om te worden gehoord, de verplichting om het bestreden arrest te motiveren, artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 6, lid 1, eerste volzin, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, heeft geschonden.

106 Dit middel bestaat uit vier onderdelen.

107 Met het eerste onderdeel verwijt Covestro het Gerecht dat het zijn motiveringsplicht niet is nagekomen en haar recht om te worden gehoord heeft geschonden door in punt 8 van het bestreden arrest op kennelijk onjuiste wijze te oordelen dat het nettarief voor anticyclische verbruikers werd berekend volgens de methode van de fysieke weg. Anders dan het Gerecht in dat punt heeft geoordeeld en zoals Covestro in eerste aanleg heeft benadrukt, heeft de StromNEV 2005 nooit voorzien in een berekening van het tarief voor anticyclische verbruikers op basis van de methode van de fysieke weg. Indien het Gerecht met dit argument van Covestro rekening had gehouden, had het zich niet uitsluitend gebaseerd op het in § 19, lid 2, eerste volzin, StromNEV 2005 bedoelde individuele nettarief om het relevante rechtskader te bepalen.

108 Met het tweede onderdeel verwijt Covestro het Gerecht dat het in de punten 12, 94, 103, 129, 135 en 146 van het bestreden arrest geen rekening heeft gehouden met haar betoog inzake de vaststelling van het bedrag van de litigieuze heffing. Door de onjuiste veronderstelling dat dit bedrag bij het BNetzA-besluit 2011 voor het jaar 2012 is berekend en vastgesteld, heeft het Gerecht in punt 134 van zijn arrest ten onrechte geoordeeld dat er sprake was van staatscontrole over deze heffing. Volgens Covestro zijn het echter de netbeheerders die over speelruimte beschikken bij de berekening en de vaststelling van deze heffing, die aan geen enkele staatscontrole of geen enkel overheidsvoorschrift is onderworpen.

109 Met het derde onderdeel verwijt Covestro het Gerecht dat het in de punten 130 en 143 van het bestreden arrest geen rekening heeft gehouden met haar betoog inzake het ontbreken van compensatie voor alle minderopbrengsten en alle kosten in verband met de litigieuze vrijstelling. Daarmee heeft het Gerecht zijn motiveringsplicht en het recht van Covestro om te worden gehoord geschonden. Indien het Gerecht rekening had gehouden met dit betoog, had het tot de slotsom moeten komen dat de litigieuze heffing geen heffing vormde.

110 Met het vierde onderdeel verwijt Covestro het Gerecht dat het in de punten 107 en 125 van het bestreden arrest geen rekening heeft gehouden met haar betoog inzake de nietigheid van het BNetzA-besluit 2011. Door te oordelen dat dit besluit daadwerkelijk is toegepast en gevolgen heeft kunnen sorteren zolang het niet is ingetrokken of niet is vastgesteld dat het onrechtmatig is, heeft het Gerecht zich gebaseerd op een onjuiste lezing van het nationale recht. Volgens Covestro was dit besluit namelijk ab initio nietig, aangezien het met terugwerkende kracht tot 1 januari 2012 nietig is verklaard.

111 Volgens de Commissie moet het eerste middel deels ongegrond en deels niet ter zake dienend worden verklaard.

Beoordeling door het Hof

112 Met haar eerste middel verwijt Covestro het Gerecht in wezen dat het haar recht om te worden gehoord en de verplichting om het bestreden arrest te motiveren heeft geschonden doordat het heeft verzuimd voldoende rekening te houden met verschillende van haar argumenten. Deze verzuimen hebben bovendien geleid tot onjuiste beoordelingen van het Duitse recht en de litigieuze heffing.

113 In dit verband zij er in de eerste plaats aan herinnerd dat de motiveringsplicht die op het Gerecht rust krachtens artikel 36 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, gelezen in samenhang met artikel 53, eerste alinea, ervan, inhoudt dat het Gerecht duidelijk en ondubbelzinnig de door hem gevolgde redenering kenbaar moet maken, zodat de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden voor de genomen beslissing en het Hof zijn rechterlijke controle kan uitoefenen (arrest van 14 oktober 2010, Deutsche Telekom/Commissie, C-280/08 P, EU:C:2010:603, punten 135 en 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

114 De motiveringsplicht verlangt echter niet van het Gerecht dat het een uitputtende uiteenzetting geeft die achtereenvolgens alle door de partijen in het geding uitgedrukte redeneringen volgt. De motivering kan dus impliciet zijn, mits de belanghebbenden de redenen kunnen kennen waarop het Gerecht zich baseert en het Hof over voldoende elementen beschikt om zijn toezicht in het kader van een hogere voorziening uit te oefenen (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 80 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

115 In casu moet, wat het eerste onderdeel van het onderhavige middel betreft, worden opgemerkt dat punt 8 van het bestreden arrest geen deel uitmaakt van de overwegingen waarin het Gerecht uitspraak heeft gedaan over de middelen en argumenten van partijen maar staat in de uiteenzetting van de feitelijke voorgeschiedenis van het geding. Voor zover Covestro stelt dat in de bewering in dit punt geen rekening is gehouden met haar argumenten in de punten 29 tot en met 33 van haar repliek in eerste aanleg, moet worden opgemerkt dat deze argumenten zijn

aangevoerd in het kader van het voor het Gerecht aangevoerde vierde middel tot nietigverklaring. Het Gerecht heeft deze argumenten onderzocht in de punten 194 tot en met 210 van het bestreden arrest, die in het kader van het onderhavige middel niet worden betwist.

116 Wat het tweede tot en met het vierde onderdeel van het onderhavige middel betreft, moet worden opgemerkt dat het Gerecht in de punten 84 tot en met 148 van het bestreden arrest het tweede onderdeel van het tweede middel van Covestro in eerste aanleg, dat was ontleend aan het ontbreken van met staatsmiddelen bekostigde steun, heeft onderzocht en gemotiveerd heeft afgewezen. In die context heeft het Gerecht uitdrukkelijk uitspraak gedaan over verschillende argumenten van Covestro en heeft het met name haar argument inzake de nietigheid van het BNetzA-besluit 2011 in de punten 107 en 125 van dat arrest, haar argument inzake het ontbreken van volledige compensatie voor de minderopbrengsten in punt 130 van dat arrest, en haar argument inzake de vaststelling van het bedrag van de litigieuze heffing in punt 135 van dat arrest afgewezen.

117 Hieruit volgt dat het Gerecht, anders dan Covestro stelt, zijn motiveringsplicht niet heeft geschonden door onvoldoende rekening te houden met deze argumenten. Ook de stelling van Covestro dat haar recht om te worden gehoord is geschonden, moet worden afgewezen, aangezien deze stelling is gebaseerd op de premisse dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met haar argumenten.

118 Voor zover Covestro onder het mom van een vermeende schending van de motiveringsplicht lijkt te stellen dat het Gerecht die argumenten had moeten aanvaarden, moet overigens worden opgemerkt dat dit een andere vraag is dan die naar de schending van de motiveringsplicht, die de gegrondheid van de motivering betreft (zie naar analogie arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 79).

119 Wat in de tweede plaats de argumenten betreft inzake de fouten die het Gerecht bij het onderzoek van het Duitse recht heeft gemaakt, zij eraan herinnerd dat de hogere voorziening volgens artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie alleen rechtsvragen kan betreffen. Het Gerecht is dus bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsook om de bewijsstukken te beoordelen. De beoordeling van die feiten en die bewijsstukken levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig door het Hof kan worden getoetst in het kader van een hogere voorziening (arrest van 4 maart 2021, Commissie/Fútbol Club Barcelona, C-362/19 P, EU:C:2021:169, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

120 Derhalve is het Hof, wanneer het in hogere voorziening de vaststellingen van het Gerecht betreffende het nationale recht onderzoekt, die op het gebied van staatssteun feitelijke beoordelingen vormen, enkel bevoegd om te onderzoeken of dit nationale recht onjuist is opgevat (arresten van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie, C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 79, en 14 december 2023, Commissie/Amazon.com e.a., C-457/21 P, EU:C:2023:985, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Een onjuiste opvatting moet duidelijk uit de stukken van het dossier blijken, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw hoeven te worden beoordeeld (arrest van 3 april 2014, Frankrijk/Commissie, C-559/12 P, EU:C:2014:217, punt 80).

121 In casu is het ten eerste juist dat, zoals de Commissie overigens erkent, het Gerecht in punt 8 van het bestreden arrest het Duitse recht onnauwkeurig heeft uiteengezet. Anders dan uit dit punt kan worden afgeleid, werden vóór de invoering van de litigieuze vrijstelling alleen de individuele

tarieven voor bandlastverbruikers en niet die voor anticyclische verbruikers berekend volgens de methode van de fysieke weg. Covestro is er in het kader van het onderhavige middel echter niet in geslaagd aan te tonen dat deze onnauwkeurigheid in het stadium van de uiteenzetting van de voorgeschiedenis van het geding gevolgen heeft gehad voor de beoordeling door het Gerecht van de gegrondheid van het beroep in eerste aanleg.

122 Ten tweede moet voor het overige worden opgemerkt dat Covestro niet heeft aangetoond of zelfs maar heeft gesteld dat het nationale recht en de feitelijke elementen onjuist zijn opgevat.

123 In de derde plaats zal het argument inzake het ontbreken van gevolgen van het BNetzA-besluit 2011, dat aansluit bij het betoog van Covestro in het kader van de derde grief van het tweede onderdeel van haar tweede middel, in dat kader worden onderzocht.

124 Gelet op het voorgaande en onder het in het vorige punt uitgedrukte voorbehoud, moet het eerste middel in zaak C-790/21 P deels niet ter zake dienend en deels ongegrond worden verklaard.

Eerste onderdeel van het tweede middel in zaak C-790/21 P

Argumenten van partijen

125 Met het eerste onderdeel van het tweede middel ter ondersteuning van haar hogere voorziening betoogt Covestro dat het Gerecht in het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 47 tot en met 77 ervan ten onrechte te oordelen dat de litigieuze vrijstelling een „voordeel” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt. Aldus heeft het Gerecht het begrip „staatssteun” in de zin van deze bepaling te zeer uitgebreid.

126 In het bijzonder is de toetsing, in de punten 56 en volgende van dat arrest, van de litigieuze vrijstelling aan het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie onjuist. Het Gerecht had bij de beoordeling van de litigieuze vrijstelling rekening moeten houden met de bijdrage van Covestro aan de netstabiliteit in Duitsland en de door deze bijdrage vermeden kosten. Het heeft overigens in punt 208 van dat arrest erkend dat de argumenten van Covestro op dit punt gegrond zijn.

127 Hoe dan ook, zelfs indien zou moeten worden geoordeeld dat de litigieuze vrijstelling een voordeel vormde, is dit voordeel hoe dan ook niet selectief. Deze vrijstelling is namelijk een maatregel die in beginsel onbeperkt ten goede kan komen aan alle nationale ondernemingen, afhankelijk van hun aankoopgedrag op het upstream-elektriciteitsnet. Voorts is een differentiatie waarbij de werkingssfeer van die vrijstelling wordt beperkt tot bandlastverbruikers, gerechtvaardigd door objectieve criteria die zijn gebaseerd op de afweging van het beginsel dat de nettarieven een afspiegeling dienen te zijn van de netwerkkosten, en de bijdrage van de ondernemingen aan de netstabiliteit.

128 Volgens de Commissie moet dit onderdeel niet-ontvankelijk en in elk geval ongegrond worden verklaard.

Beoordeling door het Hof

129 In de eerste plaats beogen de argumenten inzake het ontbreken van een „voordeel" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU voornamelijk de feitelijke beoordelingen van het Gerecht te betwisten, zonder aan te tonen of zelfs maar te stellen dat het Gerecht de feitelijke elementen of het bewijs onjuist heeft opgevat.

130 Overeenkomstig de in punt 119 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak kunnen dergelijke beoordelingen in het kader van een hogere voorziening echter niet door het Hof worden getoetst, behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de feiten en bewijsstukken.

131 Voor zover Covestro in deze context lijkt te stellen dat er sprake is van een tegenstrijdige motivering tussen de overwegingen van het Gerecht met betrekking tot het begrip „voordeel" en punt 208 van het bestreden arrest, volstaat de constatering dat deze stelling onnauwkeurig en onvoldoende onderbouwd is.

132 Bijgevolg zijn alle argumenten betreffende het bestaan van een voordeel niet-ontvankelijk.

133 Wat in de tweede plaats de argumenten inzake selectiviteit betreft, moet worden opgemerkt dat het Gerecht in punt 194 van het bestreden arrest, dat in het kader van de hogere voorziening in zaak C-790/21 P niet wordt betwist, heeft vastgesteld dat Covestro niet was opgekomen tegen de in de overwegingen 101 tot en met 121 van het litigieuze besluit geformuleerde beoordeling van de Commissie betreffende het selectieve karakter van de betrokken maatregel.

134 Het gaat dus om een nieuw betoog dat voor het eerst voor het Hof wordt aangevoerd en dat overeenkomstig de in punt 63 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

135 Bijgevolg moet het eerste onderdeel van het tweede middel in zaak C-790/21 P in zijn geheel niet-ontvankelijk worden verklaard.

Tweede onderdeel ***van het tweede middel in zaak C-790/21 P en enige middel in zaak C-791/21 P***

136 Met het tweede onderdeel van het tweede middel ter ondersteuning van de hogere voorziening in zaak C-790/21 P en het enige middel ter ondersteuning van de hogere voorziening in zaak C-791/21 P verwijten respectievelijk Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland het Gerecht dat het artikel 107, lid 1, VWEU heeft geschonden door ten onrechte te oordelen dat er bij de litigieuze vrijstelling sprake is van met „staatsmiddelen" bekostigde steun in de zin van die bepaling.

137 Hun betoog heeft in wezen betrekking op drie vragen, waarvan de eerste betrekking heeft op het juridische criterium aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of er sprake is van een met „staatsmiddelen" bekostigde maatregel, de tweede op het bestaan van een verplichte heffing en de derde op de staatscontrole.

Juridisch criterium aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of er sprake is van een met „staatsmiddelen" bekostigde maatregel

– *Argumenten van partijen*

138 Covestro, met de eerste twee grieven van het tweede onderdeel van haar tweede middel, en de Bondsrepubliek Duitsland, met het eerste onderdeel van haar enige middel, verwijten het Gerecht in wezen dat het een onjuist juridisch criterium heeft toegepast om te beoordelen of de betrokken middelen staatsmiddelen zijn.

139 In de eerste plaats hebben Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland in het kader van hun bij het Hof ingediende schriftelijke stukken de punten 84 tot en met 97 respectievelijk de punten 95 tot en met 97 en 109 van het bestreden arrest betwist op grond dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat voor de vaststelling of er al dan niet sprake is van staatsmiddelen, het bestaan van een verplichte heffing ten laste van de eindverbruikers of eindafnemers, en de staatscontrole over de middelen of de beheerders van deze middelen twee „alternatieve voorwaarden" zijn, zodat het Gerecht ermee kon volstaan na te gaan of de litigieuze heffing een met een parafiscale heffing vergelijkbare verplichte heffing was. Het gaat integendeel om cumulatieve criteria, zoals blijkt uit de rechtspraak die met name voortvloeit uit de arresten van 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a. (C-206/06, EU:C:2008:413, punten 66, 69, 70, 72 en 75); 28 maart 2019, Duitsland/Commissie (C-405/16 P, EU:C:2019:268, punt 72); 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407), en 16 september 2021, FVE Holýšov I e.a./Commissie (C-850/19 P, EU:C:2021:740).

140 Volgens de Bondsrepubliek Duitsland is deze op alternatieve criteria gebaseerde uitlegging van het Gerecht bovendien in tegenspraak met de punten 133 tot en met 145 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft onderzocht of er sprake was van staatscontrole, hoewel het al had vastgesteld dat er sprake was van een verplichte heffing.

141 In de tweede plaats vindt deze benadering van het Gerecht volgens de Bondsrepubliek Duitsland evenmin steun in de artikelen 30 en 110 VWEU, die in essentie de afschaffing en het verbod van protectionistische maatregelen ten doel hebben.

142 Covestro stelt in dit verband dat het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest ten onrechte tot de slotsom is gekomen dat de litigieuze heffing voldeed aan het begrip „heffing" in de zin van de artikelen 30 en 110 VWEU. De litigieuze heffing voldoet niet aan de criteria die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof met betrekking tot dit begrip. De litigieuze heffing verschilt van de heffingen die aan de orde waren in de zaken die tot deze rechtspraak hebben geleid.

143 In de derde plaats betoogt de Bondsrepubliek Duitsland dat de uitlegging van artikel 107, lid 1, VWEU, volgens welke moet worden aangenomen dat elke belasting afkomstig is van de staat, los van de door deze bepaling nagestreefde doelstellingen, rechtens onjuist is. Deze uitlegging zou leiden tot een gevolg waarin de Verdragen niet voorzien, namelijk dat elke regulering van de marktprijzen leidt tot een gebruik van staatsmiddelen en dus overeenkomstig artikel 108 VWEU moet worden aangemeld. Een dergelijke regulering valt echter binnen de werkingssfeer van het vrije verkeer van goederen en niet binnen die van de staatssteunregels.

144 De Commissie betwist de gegrondheid van de eerste en de tweede grief van het tweede onderdeel van het tweede middel van Covestro en is van mening dat het eerste onderdeel van het enige middel van de Bondsrepubliek Duitsland als zodanig niet ter zake dienend is.

– *Beoordeling door het Hof*

145 Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland verwijten het Gerecht in wezen dat het een onjuist juridisch criterium heeft toegepast om te bepalen of de uit de litigieuze heffing voortvloeiende bedragen afkomstig zijn uit „staatsmiddelen" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

146 Volgens vaste rechtspraak moet voor de kwalificatie als „staatssteun" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU aan vier voorwaarden zijn voldaan, te weten dat er sprake is van een maatregel van de staat of een met „staatsmiddelen" bekostigde maatregel, dat deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, dat deze maatregel de begunstigde ervan een selectief voordeel verschaft en dat deze maatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen (arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

147 Wat de eerste van deze voorwaarden betreft, is het vaste rechtspraak dat een maatregel kan worden aangemerkt als een maatregel van de staat of een „met staatsmiddelen" bekostigde maatregel indien, ten eerste, de maatregel direct of indirect met staatsmiddelen is bekostigd en, ten tweede, de maatregel aan een lidstaat kan worden toegerekend (arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

148 Wat meer in het bijzonder de voorwaarde betreft dat het voordeel „met staatsmiddelen" is bekostigd, heeft het Hof in zijn rechtspraak twee criteria ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of middelen waarmee krachtens de nationale wetgeving een tariefvoordeel wordt toegekend, staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormen (zie in die zin arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punten 34, 38, 39 en 42).

149 In de eerste plaats vormen de middelen die middels een belasting of een andere krachtens nationale wetgeving verplichte heffing worden geïnd en die overeenkomstig deze wetgeving worden beheerd en verdeeld, „staatsmiddelen" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punt 38).

150 In de tweede plaats is het feit dat de bedragen constant onder staatscontrole en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten staan, voldoende om ze als „staatsmiddelen" in de zin van die bepaling aan te merken (arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

151 De in de punten 149 en 150 van dit arrest genoemde criteria vormen alternatieve criteria om vast te stellen of een maatregel „met staatsmiddelen" is bekostigd in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (zie in die zin arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punt 42), zoals Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting hebben erkend in antwoord op een vraag van het Hof over de draagwijdte van het arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES (C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1).

152 Hieruit volgt in de eerste plaats dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 95 tot en met 97 en 109 van het bestreden arrest te oordelen dat kan worden aangetoond dat het bij de middelen gaat om staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU aan de hand van twee alternatieve voorwaarden, te weten, ten eerste, het bestaan van een verplichte heffing ten laste van de eindverbruikers of eindafnemers, en ten tweede, de staatscontrole over het beheer van de regeling en met name over de middelen of de

beheerders van die middelen. Gelet op de antwoorden die Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland ter terechtzitting hebben gegeven, moeten alle argumenten ter betwisting van deze beoordeling worden afgewezen.

153 In de tweede plaats kan, anders dan de Bondsrepubliek Duitsland stelt, het Gerecht niet worden verweten dat het in de punten 133 tot en met 145 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat moest worden onderzocht of er sprake was van staatscontrole op de met de litigieuze heffing geïnde middelen of op de netbeheerders, nadat het in punt 132 van dat arrest had vastgesteld dat er sprake was van een parafiscale heffing of een verplichte heffing die het gebruik van staatsmiddelen impliceerde.

154 Het is juist dat het Gerecht, gelet op de alternatieve aard van de twee criteria die het heeft onderzocht, had kunnen afzien van dit onderzoek naar het bestaan van staatscontrole. Niets staat er echter aan in de weg dat het Gerecht, met name om redenen van goede rechtsbedeling, zijn redenering voortzet met overwegingen ten overvloede, zoals in casu die betreffende het bestaan van staatscontrole, op dezelfde wijze als het Hof dit heeft gedaan in punt 41 van het arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES (C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1).

155 Voor zover de Bondsrepubliek Duitsland in de derde plaats aanvoert dat het in strijd is met de doelstellingen van artikel 107, lid 1, VWEU om te veronderstellen dat elke belasting afkomstig is van de staat, is haar betoog gebaseerd op een onjuiste premisse en lezing van het bestreden arrest.

156 Ten eerste, zoals blijkt uit punt 149 van het onderhavige arrest, vormen niet alle middelen die middels een heffing worden geïnd, maar enkel de middelen die worden geïnd door een in de nationale wetgeving vastgestelde verplichte heffing die overeenkomstig deze wetgeving wordt beheerd en verdeeld, „staatsmiddelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Ten tweede heeft het Gerecht, zoals blijkt uit de punten 109 en 113 van het bestreden arrest, juist onderzocht of de litigieuze heffing door de staat werd opgelegd en op grond van een wettelijke verplichting volledig op de uiteindelijke schuldenaren van deze heffing werd afgewenteld.

157 Wat in de vierde plaats het betoog van Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland met betrekking tot de artikelen 30 en 110 VWEU betreft, moet worden opgemerkt dat het Gerecht in punt 121 van het bestreden arrest, in een overweging die ten overvloede is ingevoegd door het voegwoordelijk bijwoord „[v]oorts”, rekening heeft gehouden met de rechtspraak over deze bepalingen. Hieruit heeft het Gerecht afgeleid dat de hoedanigheid van de belastingschuldenaar weinig belang heeft, voor zover de belasting betrekking had op het product in kwestie of op een noodzakelijke activiteit in verband met dit product. Het Gerecht heeft daaraan toegevoegd dat het beslissende element het feit is dat de entiteiten die de belasting hebben geïnd niet louter verplicht zijn om met hun eigen financiële middelen aankopen te verrichten maar door de staat zijn belast met het beheer van staatsmiddelen.

158 Aangezien dit punt een overweging ten overvloede bevat, is het betoog waarmee het wordt bekritiseerd, niet ter zake dienend.

159 Hoe dan ook moet worden geoordeeld dat het Gerecht niet naar de rechtspraak inzake de artikelen 30 en 110 VWEU heeft verwezen om de litigieuze heffing aan die bepalingen te toetsen, maar om zijn analyse van die heffing in het licht van artikel 107, lid 1, VWEU te bevestigen. Bijgevolg kan het Gerecht niet worden verweten dat het de verschillende rechtsregelingen die respectievelijk uit die eerste twee bepalingen van het VWEU en de derde daarvan voortvloeien, door elkaar heeft gehaald.

160 Uit het voorgaande volgt dat de eerste en de tweede grief van het tweede onderdeel van het tweede middel van Covestro en het eerste onderdeel van het enige middel van de Bondsrepubliek Duitsland moeten worden afgewezen omdat zij deels niet ter zake dienend en deels ongegrond zijn.

Bestaan van een verplichte heffing

– *Argumenten van partijen*

161 Covestro, met de derde grief van het tweede onderdeel van haar tweede middel, en de Bondsrepubliek Duitsland, met het tweede onderdeel van haar enige middel, voeren in wezen aan dat het Gerecht in de punten 99 en 106 tot en met 148 van het bestreden arrest artikel 107, lid 1, VWEU onjuist heeft toegepast door de litigieuze heffing als parafiscale heffing of verplichte heffing aan te merken.

162 Covestro betoogt ten eerste dat het Gerecht het nationale recht heeft geschonden door ten onrechte vast te stellen dat de netbeheerders verplicht waren om de litigieuze heffing te innen. Daartoe heeft het Gerecht zich ten onrechte uitsluitend gebaseerd op het BNetzA-besluit 2011. Dit besluit is door de Duitse rechterlijke instanties echter niet alleen onrechtmatig, maar ook ab initio nietig verklaard, zodat dit besluit, anders dan het Gerecht in punt 107 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, geen effect heeft kunnen sorteren. Volgens Covestro moest de werking van het mechanisme van de litigieuze heffing worden getoetst aan de StromNEV 2013, die na de nietigverklaring van § 19, lid 2, zevende zin, StromNEV 2011 met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2012 van toepassing is. Deze regelingen bevatten echter noch een verplichting voor de netbeheerders om de litigieuze heffing te innen, noch een bevoegdheid voor de BNetzA om deze beheerders een dergelijke verplichting op te leggen. Bovendien bevat het arrest van het Bundesgerichtshof van 6 oktober 2015, waarop het Gerecht zich in punt 120 van het bestreden arrest heeft gebaseerd, geen dergelijke verplichting.

163 Ten tweede stelt Covestro dat het nationale recht geen enkele verplichting tot betaling van de litigieuze heffing bevat, noch voor de netgebruikers, die het Gerecht ten onrechte als „eindverbruikers" heeft aangeduid, noch voor de eigenlijke eindverbruikers. Gesteld al dat het BNetzA-besluit 2011 de netbeheerders een verplichting tot inning van die heffing zou hebben opgelegd, kan een dergelijke verplichting, anders dan het Gerecht in de punten 120, 123 en 125 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, niet volstaan om de netgebruikers symmetrisch tot betaling van de heffing te verplichten. Een betalingsverplichting kon slechts worden opgelegd op grond van een contractuele overeenkomst, die in individuele gevallen werd gesloten. Voor de jaren 2012 en 2013 bestond er namelijk geen wettelijke verplichting met betrekking tot de vaststelling of de inhoud van een contractuele verplichting tot doorberekening van de litigieuze heffing aan de netgebruikers. Volgens Covestro stond het in feite aan elke elektriciteitsleverancier, als netgebruiker, om te beslissen om de litigieuze heffing aan de eindverbruiker door te berekenen, hetgeen het Gerecht niet heeft onderzocht. Zelfs indien alle leveranciers zouden hebben beslist om de heffing stelselmatig aan de eindverbruiker door te berekenen, volstond een dergelijke praktijk niet voor de vaststelling van het bestaan van een wettelijke verplichting.

164 Ten derde is Covestro van mening dat, anders dan het Gerecht in de punten 126 tot en met 130 van het bestreden arrest heeft verklaard, de netbeheerders geen volledige compensatie ontvingen voor de minderopbrengsten en de kosten als gevolg van de litigieuze vrijstelling. In het bijzonder

in geval van insolventie van de bandlastverbruiker die van deze vrijstelling heeft gebruikgemaakt terwijl niet aan de voorwaarden was voldaan, hebben zowel het BNetzA-besluit 2011 als het toepasselijke rechtskader de compensatie voor het verlies van vorderingen van de netbeheerder ten aanzien van een dergelijke verbruiker uitgesloten.

165 Op soortgelijke wijze voert de Bondsrepubliek Duitsland ten eerste aan dat het Gerecht met name in de punten 110, 118, 119 en 121 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat de verhouding tussen de leverancier en de eindverbruiker van de elektriciteit niet doorslaggevend was voor de vaststelling van het bestaan van een verplichte heffing, op de onjuiste grond dat de litigieuze heffing niet op het elektriciteitsverbruik wordt geheven, maar op het gebruik van het net. Ten tweede heeft het Gerecht in de punten 120 en 122 tot en met 125 van dat arrest ten onrechte en zonder enige motivering verwezen naar de verplichting tot inning en daaruit ten onrechte een verplichting tot betaling van de in de nationale wet vastgestelde litigieuze heffing afgeleid. Bij gebreke van een wettelijke verplichting tot betaling van deze heffing, kan de inning ervan slechts op basis van de regels van het burgerlijk recht hebben plaatsgevonden. De redenering van het Gerecht om tot die vaststelling en gevolgtrekking te komen is in strijd met de rechtspraak van het Hof.

166 Volgens de Commissie is de derde grief van het tweede onderdeel van het tweede middel van Covestro ongegrond. Volgens haar berusten de door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde argumenten op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en de rechtspraak van het Hof en zijn zij hoe dan ook niet ter zake dienend.

– *Beoordeling door het Hof*

167 Zoals blijkt uit de in punt 149 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, vormen de middelen die middels een belasting of een andere krachtens nationale wetgeving verplichte heffing worden geïnd en die overeenkomstig deze wetgeving worden beheerd en verdeeld, „staatsmiddelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

168 In casu is het Gerecht, na de beoordeling van de litigieuze heffing in de punten 110 tot en met 131 van het bestreden arrest, in punt 132 van dat arrest tot de slotsom gekomen dat deze heffing het gebruik van staatsmiddelen impliceerde. Ter ondersteuning van dit standpunt heeft het Gerecht opgemerkt dat het BNetzA-besluit 2011 de distributiesysteembeheerders de verplichting oplegde om de litigieuze heffing te innen bij de netgebruikers en de aldus geïnde opbrengsten over te dragen aan de transmissiesysteembeheerders. Voorts was het Gerecht van oordeel dat het mechanisme van deze litigieuze heffing waarborgde dat de netbeheerders volledig werden gecompenseerd voor de minderopbrengsten door de litigieuze vrijstelling, aangezien het bedrag van die heffing werd aangepast aan het bedrag van de voor de vrijstelling vereiste middelen. Het Gerecht heeft verder benadrukt dat dit bedrag was vastgesteld volgens een methodologie die is neergelegd in het BNetzA-besluit 2011, waarbij moet worden opgemerkt dat in dit besluit voor het jaar 2012 het aanvankelijke bedrag van die heffing is vastgesteld.

169 Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland betwisten deze beoordelingen met drie reeksen argumenten.

170 In de eerste plaats verwijt Covestro het Gerecht dat het de verplichting tot inning van de litigieuze heffing heeft afgeleid uit het BNetzA-besluit 2011, hoewel dit besluit door de Duitse rechterlijke instanties nietig is verklaard en de BNetzA op grond van het wettelijk kader geen dergelijke verplichting kon opleggen.

171 Naast het feit dat deze argumenten, zoals blijkt uit de punten 107 en 125 van het bestreden arrest, te laat voor het Gerecht zijn aangevoerd, moet in dit verband worden opgemerkt dat zij niet kunnen slagen.

172 Noch de eventuele onrechtmatigheid van een steunregeling, met name gelet op het nationale recht, noch de nietigverklaring ervan ontneemt deze immers het karakter van „staatssteun”, voor zover deze regeling ondanks een dergelijke onrechtmatigheid of nietigverklaring in de praktijk effecten heeft gesorteerd (zie in die zin arresten van 3 maart 2005, Heiser, C-172/03, EU:C:2005:130, punt 38, en 21 december 2016, Commissie/Aer Lingus en Ryanair Designated Activity, C-164/15 P en C-165/15 P, EU:C:2016:990, punt 69), zoals het Gerecht in wezen terecht heeft geoordeeld in de punten 107 en 125 van het bestreden arrest. Zoals het Gerecht in punt 107 van dat arrest eveneens terecht heeft opgemerkt, zou overigens in hoge mate worden afgedaan aan de doeltreffendheid van de staatssteunregels indien zij buiten toepassing zouden kunnen worden verklaard op de enkele grond dat een steunmaatregel die in de praktijk is toegepast, vervolgens ab initio nietig is verklaard. Het is in dit verband dus irrelevant dat de eventuele nietigverklaring van de steunregeling terugwerkende kracht heeft, aangezien de regeling gedurende een bepaalde periode in de praktijk wel degelijk is toegepast (zie naar analogie arrest van 6 november 2012, Commissie/Hongarije, C-286/12, EU:C:2012:687, punten 44 en 45).

173 Wat het in punt 120 van het bestreden arrest genoemde arrest van het Bundesgerichtshof van 6 oktober 2015 betreft, moet worden benadrukt dat het Gerecht enkel heeft opgemerkt dat deze Duitse rechter heeft geoordeeld dat de litigieuze heffing een belasting was waarmee de door de netbeheerders geleden minderopbrengsten moesten worden gedekt. Hieruit volgt dat Covestro, voor zover zij het Gerecht verwijt dat het uit dat arrest ten onrechte de vaststelling van een verplichting tot inning van de litigieuze heffing heeft afgeleid, haar argument heeft gebaseerd op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.

174 In de tweede plaats voeren Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland aan dat het Gerecht ten onrechte heeft vastgesteld dat de eindverbruikers verplicht zijn om de litigieuze heffing te betalen, waarbij de eindverbruikers bovendien ten onrechte in die zin zijn gedefinieerd dat zij ook de netgebruikers omvatten.

175 Wat ten eerste de identificatie van de uiteindelijke schuldenaren van de litigieuze heffing betreft, heeft het Gerecht in punt 118 van het bestreden arrest geoordeeld dat deze heffing enkel betrekking had op de verhouding tussen de netbeheerders en de netgebruikers, aangezien deze heffing niet wordt geïnd als gevolg van het verbruik van elektriciteit maar als gevolg van het gebruik van het net. In punt 119 van dat arrest heeft het Gerecht daaruit afgeleid dat de vraag of de elektriciteitsleveranciers op hun beurt verplicht waren om die heffing door te berekenen aan de eindverbruikers van elektriciteit, irrelevant was. Volgens het Gerecht waren de uiteindelijke schuldenaren van de heffing namelijk de netgebruikers, dat wil zeggen de leveranciers zelf en de rechtstreeks op het net aangesloten eindverbruikers, maar niet de andere eindverbruikers.

176 In dat verband moet worden vastgesteld dat de overweging dat de litigieuze heffing wordt geïnd als gevolg van het gebruik van het net en dat de netgebruikers als eindverbruikers moeten worden beschouwd, op een feitelijke beoordeling berust. Overeenkomstig de in punt 119 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak staat het echter niet aan het Hof om een dergelijke beoordeling te toetsen, tenzij wordt aangevoerd dat er sprake is van een onjuiste opvatting.

177 Wat ten tweede het bestaan van een betalingsverplichting voor de netgebruikers betreft, blijkt uit de punten 120 en 122 tot en met 124 van het bestreden arrest dat het Gerecht zich heeft aangesloten bij het standpunt van de Commissie dat het BNetzA-besluit 2011 de distributiesysteembeheerders verplichtte om de litigieuze heffing te innen en door te berekenen, en dat dit besluit bepaalde dat de inkomsten uit deze heffing maandelijks aan de verschillende transmissiesysteembeheerders werden overgedragen. Het heeft daaruit afgeleid dat de litigieuze heffing, die door een bestuurlijke autoriteit bij wege van een regelgevende maatregel was ingevoerd, bindend was voor de netgebruikers.

178 Volgens de rechtspraak van het Hof waarin het in de punten 149 en 167 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte criterium wordt verduidelijkt, komen de bedragen die voortvloeien uit de door de staat aan de afnemers van elektriciteit opgelegde prijstoeslag neer op een op de elektriciteit drukkende belasting en zijn zij met „staatsmiddelen" bekostigd in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Om als zodanig te worden beschouwd, moeten de middelen afkomstig zijn uit krachtens de wetgeving van de betrokken lidstaat verplichte bijdragen en overeenkomstig deze wetgeving worden beheerd en verdeeld, ongeacht of het financieringsmechanisme strikt genomen onder de categorie van heffingen van fiscale aard naar nationaal recht valt. Daarentegen is het niet voldoende dat de netbeheerders de extra kosten die voortvloeien uit hun verplichting om uit bepaalde energiebronnen opgewekte elektriciteit tegen de bij wet vastgestelde tarieven af te nemen, aan hun eindafnemers doorberekenen in de verkoopprijs voor elektriciteit, wanneer deze compensatie niet uit een wettelijke verplichting maar enkel uit een praktijk voortvloeit. In een dergelijk geval kan de heffing immers niet als verplicht worden beschouwd (zie in die zin arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES, C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1, punten 34-37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

179 In casu blijkt uit de feitelijke vaststellingen van het Gerecht, die niet kunnen worden getoetst door het Hof, dat het BNetzA-besluit 2011 de distributiesysteembeheerders de verplichting oplegde om de litigieuze heffing te innen bij de netgebruikers. Gelet op de feitelijke vaststellingen van het Gerecht in de punten 12, 99 en 129 van het bestreden arrest, die niet door het Hof mogen worden getoetst, staat eveneens vast dat dit besluit voorzag in de methode volgens welke het bedrag van de litigieuze heffing jaarlijks door de transmissiesysteembeheerders moest worden bepaald.

180 In het licht van de in punt 178 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak moet worden geoordeeld dat bedragen die voortvloeien uit een verplichte heffing, zoals de litigieuze heffing, die wordt opgelegd bij een regelgevende maatregel, die bepaalt welke entiteiten, ook al zijn zij particulier, belast zijn met de inning van die heffing bij de eveneens bij die maatregel aangewezen schuldenaren, en die de methode vastlegt aan de hand waarvan het bedrag van de heffing en de jaarlijkse aanpassing ervan kunnen worden vastgesteld, afkomstig zijn uit „staatsmiddelen" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Aangezien deze heffing gebaseerd is op een regelgevende maatregel die de netbeheerders verplicht deze te innen, kan in het bijzonder niet worden gesteld dat die heffing op een eenvoudige praktijk berust.

181 In dit verband doet het niet ter zake dat de regelgevende maatregel enkel ten laste van de netbeheerders voorziet in een verplichting tot inning van de litigieuze heffing, zonder uitdrukkelijk te bepalen dat de netgebruikers verplicht zijn om deze heffing te betalen. Het nuttige effect van de wettelijke verplichting tot inning van die heffing impliceert namelijk noodzakelijkerwijs een symmetrische betalingsverplichting van deze heffing door haar schuldenaren.

182 In de derde plaats heeft het Gerecht, wat de compensatie van de door de litigieuze vrijstelling veroorzaakte kosten betreft, ten eerste, onder verwijzing naar het BNetzA-besluit 2011, in de punten 126, 127 en 130 van het bestreden arrest de vaststelling van de Commissie in het litigieuze besluit overgenomen dat het mechanisme van de litigieuze heffing de netbeheerders een garantie voor de volledige compensatie bood voor hun minderopbrengsten als gevolg van de litigieuze vrijstelling, aangezien het bedrag van de heffing werd aangepast aan dat van de voor de vrijstelling vereiste middelen.

183 De beoordeling dat de in het BNetzA-besluit 2011 neergelegde methode voor de vaststelling van het bedrag van de litigieuze heffing het mogelijk moest maken alle kosten in verband met de litigieuze vrijstelling te dekken, is echter een feitelijke beoordeling van het Gerecht, die het Hof overeenkomstig de in punt 119 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak niet mag toetsen in het stadium van de hogere voorziening, tenzij wordt aangevoerd dat er sprake is van een onjuiste opvatting.

184 Wat daarentegen de minderopbrengsten als gevolg van insolventie betreft, die economisch worden gedragen door de distributiesysteembeheerders, heeft het Gerecht in punt 130 van het bestreden arrest geoordeeld dat dergelijke minderopbrengsten geen minderopbrengsten in de zin van de betrokken regeling zijn en hun rechtvaardiging vinden in het feit dat de verhouding tussen de netbeheerders en de uiteindelijke schuldenaren van de litigieuze heffing een privaatrechtelijke verhouding is.

185 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter dat middelen die afkomstig zijn uit krachtens de wetgeving van de staat verplichte bijdragen die overeenkomstig deze wetgeving worden beheerd en verdeeld, als „staatsmiddelen” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kunnen worden aangemerkt, zelfs indien zij worden beheerd door instellingen die losstaan van de overheid (arresten van 19 december 2013, Association Vent De Colère! e.a., C-262/12, EU:C:2013:851, punt 25, en 15 mei 2019, Achema e.a., C-706/17, EU:C:2019:407, punt 54).

186 Derhalve, en voor zover dergelijke entiteiten, net als de netbeheerders, onderworpen zijn aan een verplichting tot inning van de betrokken heffingen, staat de omstandigheid dat de verhoudingen tussen deze beheerders en de uiteindelijke schuldenaren van de litigieuze heffing privaatrechtelijke verhoudingen zijn, niet eraan in de weg dat de middels de litigieuze heffing geïnde middelen worden beschouwd als staatsmiddelen. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de minderopbrengsten, daaronder begrepen uitstaande bedragen aan litigieuze heffing, in geval van insolventie door die beheerders wordt gedragen. Hoe dan ook heeft Covestro geen enkel argument aangevoerd waarmee specifiek wordt beoogd aan te tonen dat de overweging van het Gerecht dat dergelijke verliezen geen minderopbrengsten in de zin van de betrokken regeling vormen, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

187 In het licht van de voorgaande overwegingen moeten de derde grief van het tweede onderdeel van het tweede middel van Covestro en, gelet op de overwegingen in punt 124 van het onderhavige arrest, het eerste door deze partij aangevoerde middel, en het tweede onderdeel van het enige middel van de Bondsrepubliek Duitsland ongegrond worden verklaard.

Staatscontrole

– *Argumenten van partijen*

188 Covestro, met de vierde grief van het tweede onderdeel van haar tweede middel, en de Bondsrepubliek Duitsland, met het derde onderdeel van haar enige middel, verwijten het Gerecht in wezen dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de staat controle uitoefent over de opbrengsten uit de litigieuze heffing.

189 De Commissie is van mening dat deze vierde grief en dit derde onderdeel ongegrond en in elk geval niet ter zake dienend zijn.

– *Beoordeling door het Hof*

190 Zoals blijkt uit de in de punten 148 tot en met 151 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak, zijn het bestaan van een belasting of andere verplichte heffingen krachtens de nationale wetgeving, die overeenkomstig die wetgeving worden beheerd en verdeeld, en het bestaan van staatscontrole over de betrokken bedragen, twee alternatieve criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of er sprake is van „staatsmiddelen" in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

191 In casu heeft het Gerecht in punt 132 van het bestreden arrest vastgesteld dat de litigieuze heffing een parafiscale heffing of een verplichte heffing was die het gebruik van „staatsmiddelen" impliceerde in de zin van die rechtspraak. Zoals blijkt uit de punten 167 tot en met 187 van het onderhavige arrest, zijn Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland er niet in geslaagd aan te tonen dat deze vaststelling van het Gerecht op een onjuiste rechtsopvatting berust.

192 Die vaststelling volstaat op zich om te oordelen dat de betrokken maatregel met „staatsmiddelen" was bekostigd in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, zonder dat hoeft te worden onderzocht of de betrokken bedragen onder staatscontrole stonden.

193 Bijgevolg zijn de vierde grief van het tweede onderdeel van het tweede middel van Covestro en het derde onderdeel van het enige middel van de Bondsrepubliek Duitsland niet ter zake dienend.

194 Uit een en ander volgt dat het tweede onderdeel van het tweede middel ter ondersteuning van de hogere voorziening in zaak C-790/21 P en het enige middel dat ter ondersteuning van de hogere voorziening in zaak C-791/21 P is aangevoerd, in hun geheel moeten worden afgewezen.

Derde middel in zaak C-790/21 P

Argumenten van partijen

195 Met haar derde middel ter ondersteuning van haar hogere voorziening in zaak C-790/21 P stelt Covestro dat het Gerecht in de punten 192 tot en met 210 van het bestreden arrest het non-discriminatiebeginsel heeft geschonden. Het Gerecht heeft geen rekening gehouden met een verschil in behandeling dat voortvloeit uit het bevel tot terugvordering van de steun. Zo moeten de bandlastverbruikers die, net als zijzelf, van de litigieuze vrijstelling hebben geprofiteerd, wegens de bij het litigieuze besluit gelaste terugvordering van de steun een minimumtarief van 20 % van de

officiële algemene tarieven betalen. Bandlastverbruikers die voor de jaren 2012 en 2013 voldeden aan de criteria om in aanmerking te komen voor de litigieuze vrijstelling en die daar tijdig om hadden verzocht, maar op de datum van inwerkingtreding van de StromNEV 2013 nog geen definitieve vrijstellingsbeschikking hadden ontvangen, komen daarentegen in aanmerking voor de bij deze regeling ingevoerde overgangsregeling en zijn derhalve onderworpen aan de standaardtarieven, die in voorkomend geval lager zijn dan dit minimumtarief.

196 Ten eerste heeft het Gerecht in punt 204 van het bestreden arrest ten onrechte de relevantie van de overgangsregeling afgewezen in het kader van zijn beoordeling van een schending van het non-discriminatiebeginsel. Daarbij had het Gerecht de situatie ten tijde van de vaststelling van het litigieuze besluit, met andere woorden op het tijdstip van de door de Commissie gelaste terugvordering, moeten beoordelen en rekening moeten houden met de ontwikkeling van het Duitse rechtskader. Door het bevel tot terugvordering van de steun hebben de Duitse autoriteiten zich genoodzaakt gezien identieke situaties zonder enige objectieve reden verschillend te behandelen. Bovendien mocht het Gerecht niet voorbijgaan aan de overgangsregeling op grond dat deze regeling niet bij de Commissie was aangemeld.

197 Ten tweede heeft het Gerecht niet onderzocht of de ongelijke behandeling binnen de groep bandlastverbruikers gerechtvaardigd was. Volgens Covestro vormden deze verbruikers echter een homogene groep.

198 Ten derde heeft het Gerecht in de punten 207 en 210 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de anticyclische verbruikers en de bandlastverbruikers een ander aankoopgedrag hadden, waarbij het heeft verklaard dat de individuele tarieven ondanks dit verschil redelijk waren. Dit arrest geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting voor zover daarin is geoordeeld dat de gelijke behandeling van deze twee categorieën verbruikers, die zich nochtans in verschillende situaties bevinden, gerechtvaardigd is. Bovendien is het bestreden arrest gebaseerd op een tegenstrijdigheid doordat het Gerecht enerzijds in punt 208 van dat arrest heeft verklaard dat de volgens de methode van de fysieke weg berekende individuele tarieven nul of nagenoeg nul kunnen zijn, en anderzijds in punt 65 van dat arrest heeft verklaard dat een nagenoeg kosteloze toegang tot het net ondenkbaar is. Ten slotte heeft het Gerecht in punt 209 van dat arrest blijk gegeven van een onjuiste opvatting door te oordelen dat de Duitse wetgever aan de basis lag van de gelijkstelling van anticyclische gebruikers met bandlastverbruikers. Het Gerecht gaat er in dit verband aan voorbij dat de overgangsregeling met terugwerkende kracht in werking is getreden.

199 Volgens de Commissie is het derde middel van de hogere voorziening in zaak C-790/21 P niet-ontvankelijk en hoe dan ook ongegrond.

Beoordeling door het Hof

200 Covestro verwijt het Gerecht in wezen schending van het non-discriminatiebeginsel door in de punten 192 tot en met 210 van het bestreden arrest haar argumenten inzake het discriminerende karakter van het bevel tot terugvordering van de steun af te wijzen.

201 In het bestreden arrest heeft het Gerecht deze argumenten op één hoofdgrond en twee gronden ten overvloede afgewezen.

202 Ten eerste heeft het Gerecht in de punten 194 en 195 van dat arrest geoordeeld dat zij niet ter zake dienend waren. Het heeft in dit verband opgemerkt dat Covestro niet betwistte dat de litigieuze vrijstelling selectief en dus discriminerend was en dat zij niet uitlegde in hoeverre het bevel tot terugvordering van een maatregel waarvan zij het discriminerende karakter niet betwistte, op zijn beurt discriminerend kon zijn.

203 Ten tweede heeft het Gerecht deze argumenten in de punten 196 tot en met 209 van dat arrest ongegrond verklaard. In dit verband blijkt uit het gebruik van de uitdrukking „in elk geval" in punt 196 van dat arrest dat de overwegingen in die punten 196 tot en met 209 overwegingen ten overvloede vormen.

204 Met het onderhavige middel heeft Covestro echter geen enkel argument aangevoerd waarmee specifiek de in de punten 194 en 195 van het bestreden arrest vermelde hoofdgrond wordt betwist. Al haar argumenten strekken in werkelijkheid tot betwisting van de overwegingen ten overvloede in de punten 196 tot en met 209 van dat arrest.

205 Hieruit volgt dat, overeenkomstig de in punt 97 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak, het derde middel dat Covestro ter ondersteuning van haar hogere voorziening in zaak C-790/21 P heeft aangevoerd, als niet ter zake dienend moet worden afgewezen, zonder dat uitspraak hoeft te worden gedaan over de ontvankelijkheid ervan.

206 Aangezien alle ter ondersteuning van de principale hogere voorzieningen in de zaken C-790/21 P en C-791/21 P aangevoerde middelen zijn afgewezen, moeten deze hogere voorzieningen in hun geheel worden afgewezen.

Kosten

207 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof over de kosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is. Artikel 138, leden 1 en 2, van dat Reglement, dat ingevolge artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, bepaalt dat de in het ongelijk gestelde partij wordt verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd, en dat, indien meer partijen in het ongelijk zijn gesteld, het Hof het door elk van hen te dragen deel van de proceskosten bepaalt.

208 In casu zijn Covestro en de Bondsrepubliek Duitsland in het ongelijk gesteld met betrekking tot al hun vorderingen in het kader van respectievelijk de principale hogere voorziening in zaak C-790/21 P en de principale hogere voorziening in zaak C-791/21 P, terwijl de Commissie betreffende al haar vorderingen in het kader van de incidentele hogere voorzieningen in die zaken in het ongelijk is gesteld.

209 Derhalve is het in de omstandigheden van de onderhavige zaak billijk te beslissen dat elke partij haar eigen kosten draagt.

Het Hof (Derde kamer) verklaart:

1) De principale en de incidentele hogere voorzieningen worden afgewezen.

2) Covestro Deutschland AG, de Bondsrepubliek Duitsland en de Europese Commissie dragen hun eigen kosten.

ondertekeningen