Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 1. juli 2015 [1]

Sag C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — støtte, som de ungarske myndigheder har tildelt visse elproducenter — elkøbsaftaler indgået mellem det statsejede selskab »MVM« og visse elproducenter — betingelser, der stiller disse producenter i en fordelagtig økonomisk situation — beslutning, hvorved støtten erklæres uforenelig med fællesmarkedet«

I – **Indledning**

1. Electrabel SA (herefter »Electrabel« og Dunamenti Erőmű Zrt (herefter »Dunamenti Erőmű«) har iværksat denne appel til prøvelse af dom Dunamenti Erőmű mod Kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236, herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten forkastede Dunamenti Erőmű's påstand om annullation af beslutning 2009/609/EF af 4. juni 2008 om Ungarns statsstøtte C 41/05 i forbindelse med langfristede elkøbsaftaler (herefter »den anfægtede beslutning«) [2].

2. Den foreliggende sag er af stor betydning, fordi den rejser tre vanskelige spørgsmål. Domstolen vil for det første få mulighed for at præcisere, om det relevante tidspunkt for vurderingen af, om der foreligger statsstøtte, såfremt den foranstaltning, der kan udgøre en sådan støtte, blev iværksat før den pågældende medlemsstats tiltrædelse af EU, er tidspunktet for foranstaltningens iværksættelse eller tidspunktet for denne medlemsstats tiltrædelse af EU. Domstolen skal for det andet afgøre, om der, hvis det er tiltrædelsestidspunktet, der er det relevante tidspunkt, skal ses bort fra enhver faktisk omstændighed, som lå forud for dette tidspunkt, ved analysen af, om der foreligger statsstøtte. Domstolen vil for det tredje få mulighed for at drage grænsen mellem dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) og dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EUT L 225, s. 53.

II – **Tvistens baggrund og aktuelle sammenhæng**

3. Dunamenti Erőmű, der producerer elektricitet til det ungarske elmarked, driver et kraftværk ca. 30 km syd for Budapest (Ungarn). Der er tale om et tidligere statsejet selskab, som blev privatiseret i december 1995. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder var 74,82% af selskabet ejet af Electrabel, som i dag ejes af en koncern, hvor GDF Suez SA er moderselskab, og ca. 25% var ejet af Magyar Villamos Művek Zrt (herefter »MVM«), som var et statsejet ungarsk selskab, hvis aktiviteter omfattede såvel elproduktion som engrosvirksomhed, transmission og detailsalg af elektricitet på det ungarske marked.

4. I marts og juni 2014 solgte GDF Suez-koncernen sin kapitalandel i Dunamenti Erőmű, som nu indgår i MET-koncernen.

5. I midten af 1990'erne var de vigtigste mål for det ungarske energimarked forsyningssikkerhed til den lavest mulige pris, modernisering af infrastrukturen med særlig vægt på de gældende miljøbeskyttelsesstandarder og den nødvendige omstrukturering af elforsyningssektoren. Da de fleste kraftværker stammede fra sovjettiden, var det tilsyneladende ikke muligt at nå disse mål uden hjælp fra udenlandske investorer.

6. De udenlandske investorer blev derfor tilbudt langfristede elkøbsaftaler (herefter »elkøbsaftaler«), hvor de forpligtede sig til at investere i opførelse og modernisering af ungarske kraftværker, og hvor elektriciteten blev købt af MVM.

7. Elkøbsaftalerne gjorde det muligt for MVM at fastsætte en afbalanceret produktionsportefølje, således at MVM kunne opfylde sin forsyningssikkerhedsforpligtelse. De gav også MVM mulighed for både at levere grundlasten (med kulkraftværker og kernekraftværker) og spidslasten (med gasfyrede kraftværker).

8. Elkøbsaftalerne krævede, at elproducenterne vedligeholdt og drev deres produktionsfaciliteter korrekt. De reserverede hele eller størstedelen af kraftværkernes produktionskapacitet (MW) til MVM. Denne kapacitetstildeling var uafhængig af den faktiske brug af kraftværket. Ud over den reserverede kapacitet krævede elkøbsaftalerne, at MVM købte en bestemt minimumsmængde elektricitet (MWh) fra hvert kraftværk.

9. Elkøbsaftalerne blev indgået med henblik på at privatisere kraftværkerne og var baseret på en standardaftale udarbejdet af et internationalt advokatfirma efter anmodning fra den ungarske regering. Der blev iværksat en udbudsprocedure i forbindelse med privatiseringen af kraftværkerne, men ikke i forbindelse med indgåelsen af elkøbsaftalerne, men det er ubestridt, at de elkøbsaftaler, der blev indgået før privatiseringen, var et led i privatiseringspakken.

10. Den 10. oktober 1995 – lige før privatiseringen – indgik Dunamenti Erőmű en elkøbsaftale med MVM vedrørende »F-blokken« og »G2-blokken« i selskabets kraftværk. Denne aftale, der trådte i kraft i 1996, skulle vare indtil 2010 for »F-blokken«, der var gasfyrede, og indtil 2015 for »G2-blokken«, der var forsynet med en kombineret gas- og dampturbine (CCGT).

11. To måneder efter elkøbsaftalens indgåelse, dvs. i december 1995, købte Electrabel Dunamenti Erőmű af den ungarske stat under en konkurrencepræget og åben udbudsprocedure.

12. Det skal påpeges, at det ungarske elmarked endnu ikke var liberaliseret, men bygget op omkring en »eneaftager«, nemlig MVM, på det tidspunkt, hvor elkøbsaftalerne blev indgået. Elproducenterne kunne således kun sælge elektricitet direkte til MVM, og MVM var det eneste selskab, der kunne levere elektricitet til de regionale distributionsselskaber. Denne ordning var gældende fra den 31. december 1991 til den 31. december 2002.

13. Den 1. maj 2004, hvor Ungarn tiltrådte EU, bestod det ungarske elmarked af et offentligt forsyningssegment, der tegnede sig for ca. 70% af elproduktionen, og et konkurrencesegment, der tegnede sig for ca. 30% af denne produktion. I det første segment var MVM den eneste grossist, men i det andet segment, hvor der fandtes andre leverandører, nøjedes MVM med at afsætte de overskudsmængder, som selskabet opkøbte inden for rammerne af elkøbsaftalerne, og som der ikke var behov for i det offentlige forsyningssegment. Den nye ordning trådte i kraft den 1. januar 2003 og blev ophævet ved lov nr. LXXXVI fra 2007 med virkning fra den 1. januar 2008.

14. Den 4. maj 2005 registrerede Kommissionen i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af [artikel 108 TEUF] [3] af egen drift en statsstøttesag vedrørende elkøbsaftalerne under nr. NN 49/2005.

15. Den 4. juni 2008 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori den valgte at undersøge, om elkøbsaftalerne udgjorde statsstøtte, i forhold til tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU, dvs. den 1. maj 2004.

16. I den anfægtede beslutnings artikel 1 fastslog Kommissionen, at de købsforpligtelser, der var fastsat i elkøbsaftalerne, måtte anses for statsstøtte til elproducenter i henhold til artikel 107 TEUF, erklærede, at denne støtte var uforenelig med fællesmarkedet, og pålagde Ungarn at bringe den til ophør inden seks måneder. Ungarn blev i artikel 2 pålagt at tilbagesøge den støtte, der var tildelt siden den 1. maj 2004, fra støttemodtagerne.

17. Den 10. november 2008 vedtog det ungarske parlament lov nr. LXX fra 2008, der ophævede elkøbsaftalerne med virkning fra den 31. december 2008.

18. Hvad angår beregning og tilbagesøgning af støtten fra modtagerne har den ungarske regering besluttet, at tre selskaber, som var omfattet af elkøbsaftaler, heriblandt Dunamenti Erőmű, skal have adgang til kompensation for strandede omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens meddelelse om analysemetoden for statsstøtte i forbindelse med strandede omkostninger (herefter »analysemetoden«) [4].

19. Ifølge dette system, der er anmeldt til og godkendt af Kommissionen [5], svarer de strandede omkostninger til differencen mellem de enkelte støttemodtageres investeringsomkostninger og deres driftsoverskud hidtil (regnet fra elkøbsaftalens ikrafttrædelse til dens førtidige ophævelse) og i fremtiden (mellem datoen for elkøbsaftalens førtidige ophævelse og den i denne aftale fastsatte udløbsdato) [6].

3 — EFT L 83, s. 1.

4 — Analysemetoden kan ses på Kommissionens websted http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_da.pdf. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/92/EF af 19.12.1996 om fælles regler for det indre marked for elektricitet (EFT L 27, s. 20) indeholdt principper for åbningen af den europæiske elsektor for konkurrence. Det fremgik af dette direktivs artikel 24, stk. 1, at »[m]edlemsstater, i hvilke forpligtelser eller driftsgarantier, som er givet inden dette direktivs ikrafttræden, ikke vil kunne opfyldes på grund af bestemmelserne i dette direktiv, kan anmode om en overgangsordning«. Ifølge Kommissionen benævnes »[d]e omhandlede forpligtelser eller driftsgarantier […] sædvanligvis »strandede omkostninger« (stranded costs). De kan i realiteten antage forskellige former: langfristet købekontrakt, investeringer foretaget med direkte eller indirekte garanti for salg, investeringer ud over den almindelige aktivitet osv.« (jf. analysemetoden, s. 3). Et afgiftssystem, der forvaltes af en fond, og som en medlemsstat har indført for at kompensere for strandede omkostninger, kan imidlertid udgøre statsstøtte, og det skal derfor opfylde de kriterier, som Kommissionen har opstillet i analysemetoden, og anmeldes til og godkendes af Kommissionen, før det tages i brug.

5 — Jf. skrivelse C(2010) 2532 final af 27.4.2010 fra Kommissionens næstformand Joaquín Almunia til den ungarske udenrigsminister. Denne skrivelse kan ses på engelsk på Kommissionens websted (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — Ibidem (punkt 8).

20. Kompensationen blev efter dette system tildelt i to etaper [7]. I den første etape skulle de enkelte støttemodtageres standede omkostninger fratrækkes i det støttebeløb, der skulle tilbagebetales til den ungarske stat. Hvis der var en positiv difference mellem den støtte, der skulle tilbagebetales, og de strandede omkostninger, skulle støttemodtageren tilbagebetale denne difference til staten. Var den negativ, skulle den ungarske stat ikke udbetale differencen til støttemodtageren [8].

21. Den anden etape skulle regnes fra udløbsdatoen for de enkelte støttemodtageres elkøbsaftaler (hvilket for Dunamenti Erőműs vedkommende var den 31. december 2015), hvor det er meningen, at de ungarske myndigheder skal genberegne de strandede omkostninger ud fra de aktuelle omkostninger og indtægter. Hvis de faktiske strandede omkostninger viser sig at være lavere end det støttebeløb, der skal tilbagesøges, vil støttemodtageren skulle tilbagebetale differencen til den ungarske stat. Er de højere, vil den ungarske stat ikke udbetale det beløb, der overstiger de faktiske strandede omkostninger, til det selskab, der er omfattet af elkøbsaftalen.

22. Det anslås, at Dunamenti Erőműs strandede omkostninger på nuværende tidspunkt beløber sig til 22 171 991 000 HUF (ca. 73 mio. EUR).

23. Den 13. juni 2007 indgav Electrabel begæring om voldgift mod Ungarn til Det Internationale Center for Bilæggelse af Investeringstvister (ICSID). Kommissionen intervenerede som ekstern part i denne sag. Electrabel gjorde bl.a. gældende, at Ungarn havde tilsidesat retten til loyal og rimelig behandling af investeringer i strid med artikel 10 i energichartertraktaten af 17. december 1994, som Kongeriget Belgien, Ungarn og EU har tilsluttet sig, ved at ophæve elkøbsaftalerne uden at yde fuld kompensation for strandede omkostninger [9].

24. Electrabel og Ungarn enedes om en opdeling (»bifurcation«) af sagen i to faser vedrørende henholdsvis »kompetence og ansvar« og kvantificering (»quantum«).

25. Eftersom det endelige beregning af Dunamenti Erőműs og Electrabels strandede omkostninger først kan finde sted efter den 31. december 2015, besluttede voldgiftsretten at vente med at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt det system for kompensation af strandede omkostninger, som Ungarn havde indført, var i strid med energichartertraktatens artikel 10, til den processuelle fase vedrørende kvantificering [10]. Voldgiftsretten fandt imidlertid, at efter dens »aktuelle, foreløbige og umiddelbare opfattelse […] udgør manglende betaling af [22 171 991 000 HUF] eller et mindre beløb ved udløbet af den ungarske lovordning ikke nødvendigvis en tilsidesættelse af [princippet om en loyal og rimelig behandling]; manglende betaling (kontant eller på anden vis) af væsentligt højere strandede omkostninger kan imidlertid være det« [11].

7 — For en nærmere beskrivelse, ibidem (punkt 10-24).

8 — Jf. artikel 5, stk. 1 og 3, i lov nr. LXX fra 2008.

9 — Det skal understreges, at Electrabel valgte kun at indgive begæring om voldgift mod Ungarn og kun vedrørende Ungarns egne handlinger og undladelser, og at denne voldgift derfor ikke berørte spørgsmålet om den anfægtede beslutnings forenelighed med energichartertraktaten. Jf. kendelse Electrabel S.A. mod Republikken Ungarn (ICSID sag nr. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, præmis 3.21, 4.11 og 6.76 (kan ses på Investment Treaty Arbitrations websted http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Dunamenti Erőmű gjorde i øvrigt ikke gældende, at den anfægtede beslutning var ugyldig i forhold til denne traktat, i sit annullationssøgsmål ved Retten. Heraf følger, at den anfægtede beslutnings lovlighed på grund af de valg, som Electrabel og Dunamenti Erőmű traf, slet ikke blev efterprøvet i forhold til denne traktat.

10 — Ibidem (præmis 6118).

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

26. Den voldgiftsret, som blev nedsat efter begæring om voldgift fra Électricité de France (EDF), der er aktionær i Budapesti Erőmű, vedrørende ophævelse af elkøbsaftaler, og som tilpligtede Ungarn at betale 107 mio. EUR til EDF, synes at have valgt en anden tilgang [12].

27. Uafhængigt af det annullationssøgsmål, som Dunamenti Erőmű og Electrabel har anlagt til prøvelse af den anfægtede beslutning (og hvor Rettens frifindelsesdom er genstand for den foreliggende appel), anlagde Dunamenti Erőmű og Electrabel den 10. januar 2014 erstatningssøgsmål ved Retten i henhold til artikel 340, stk. 2, TEUF med henblik på at opnå erstatning for den skade, som de angiveligt har lidt som følge af den anfægtede beslutning.

28. Den 13. november 2014 afviste Retten denne erstatningssag på grund af forældelse [13]. Rettens kendelse er blevet appelleret til Domstolen [14].

III – **Retsforhandlingerne for Retten og den appellerede dom**

29. De selskaber, der er omfattet af elkøbsaftalerne, har anlagt en række søgsmål ved Retten med påstand om annullation af den anfægtede beslutning [15].

30. Dunamenti Erőmű nedlagde påstand om annullation af den anfægtede beslutning i sagen for Retten.

31. Dunamenti Erőmű̊s første anbringende om tilsidesættelse af begrebet statsstøtte i artikel 107, stk. 1, TEUF og andet anbringende om, at Kommissionen burde have betegnet de omhandlede foranstaltninger som »eksisterende støtte« som omhandlet i artikel 108, stk. 1, TEUF, var rettet mod Kommissionens konklusion om forekomsten af statsstøtte, betegnelsen af denne støtte som ny støtte og det relevante tidspunkt for vurderingen af den støtte, der var forbundet med den pågældende elkøbsaftale. Dunamenti Erőmű kritiserede anvendelsen af kriteriet om den markedsøkonomiske private erhvervsdrivende og MVM's position som markedsaktør på tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU. Dunamenti Erőmű gjorde også gældende, at princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og retssikkerhedsprincippet var blevet tilsidesat, og at Kommissionen havde bedømt den pågældende elkøbsaftales særlige kendetegn fejlagtigt.

32. Dunamenti Erőmű hævdede med det tredje anbringende, at Kommissionen med urette havde betragtet den støtte, der var forbundet med den pågældende elkøbsaftale, som driftsstøtte og ikke som investeringsstøtte, og kritiserede det system for kompensation af strandede omkostninger, som de ungarske myndigheder havde indført.

33. Med det fjerde anbringende anfægtede Dunamenti Erőmű lovligheden af pålægget om tilbagebetaling af støtten.

34. Ved den appellerede dom frifandt Retten Kommissionen i det hele [16].

12 — Denne voldgiftskendelse er ikke offentligt tilgængelig. Jf. D. Thomsons artikel med titlen »EDF wins claim against Hungary«, der blev offentliggjort på Global Arbitration Reviews websted den 11.12.2014 (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Jf. kendelse Electrabel og Dunamenti Erőmű mod Kommissionen (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Jf. sag Electrabel og Dunamenti Erőmű mod Kommissionen (C-32/15 P), der verserer for Domstolen.

15 — Jf. kendelse Alpiq Csepel mod Kommissionen (T-370/08, EU:T:2011:116), dom Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65), kendelse Pannon Hőerőmű mod Kommissionen (T-352/08, EU:T:2013:379) samt domme Tisza Erőmű mod Kommissionen (T-468/08, EU:T:2014:235) og Dunamenti Erőmű mod Kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236).

16 — De andre støttemodtagere fik heller ikke medhold i deres annullationssøgsmål. Jf. Rettens domme Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65) og Tisza Erőmű mod Kommissionen (T-468/08, EU:T:2014:235). Der er kun iværksat appel af dom Dunamenti Erőmű mod Kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236).

IV – **Retsforhandlingerne for Domstolen**

35. Ved appelskrift indleveret til Domstolen den 21. juli 2014 har Electrabel og Dunamenti Erőmű nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver den appellerede dom, afsiger endelig dom og annullerer den anfægtede beslutning eller subsidiært hjemviser sagen til Retten, samt at Domstolen tilpligter Kommissionen at betale sagens omkostninger for Retten og for Domstolen.

36. Kommissionen har ved svarskrift indleveret den 4. september 2014 nedlagt påstand om, at Domstolen afviser appellen, for så vidt som den er iværksat af Electrabel, forkaster appellen, for så vidt som den er iværksat af Dunamenti Erőmű, og tilpligter Dunamenti Erőmű at betale sagens omkostninger.

37. Den 20. november 2014 afgav Electrabel og Dunamenti Erőmű deres replik, som Kommissionen svarede på ved duplik af 25. november 2014.

38. Domstolen anmodede den 26. marts 2015 i henhold til procesreglementets artikel 61, stk. 2, parterne om at koncentrere sig om det andet og tredje anbringende under retsmødet og stillede dem to spørgsmål med henblik på besvarelse i retsmødet i henhold til procesreglements artikel 62, stk. 2.

39. Der blev afholdt retsmøde den 20. april 2015, hvor Electrabel, Dunamenti Erőmű og Kommissionen afgav mundtlige indlæg.

V – **Appellen**

40. Jeg vil først undersøge Kommissionens påstand om, at appellen afvises, for så vidt som den er iværksat af Electrabel. Jeg vil dernæst gennemgå det fjerde, femte og første anbringende, som efter min opfattelse kan forkastes umiddelbart. Endelig vil jeg koncentrere mig om det andet og tredje anbringende, der efter min opfattelse vil kunne medføre, at Domstolen ophæver den appellerede dom.

A – *Afvisning af appellen, for så vidt som den er iværksat af Electrabel*

41. Kommissionen har i svarskriftet gjort gældende, at appellen bør afvises, for så vidt som den er iværksat af Electrabel, fordi det kun var Dunamenti Erőmű, der havde anlagt annullationssøgsmål i første instans.

42. Electrabel og Dunamenti Erőmű har anfægtet denne formalitetsindsigelse i deres replik, idet de har forklaret, at de tilhørte den samme koncern på det tidspunkt, hvor annullationssøgsmålet blev anlagt, og at deres økonomiske og retlige interesser kunne forsvares af et enkelt af disse selskaber. Efter at Electrabels kapitalandel i Dunamenti Erőmű var blevet solgt, burde Electrabel inddrages i appelsagen ved Domstolen, for at dette selskab kunne forsvare sine egne interesser.

43. Jeg mener, at appellen bør afvises, for så vidt som den er iværksat af Electrabel.

44. For det første fremgår det, som Kommissionen har påpeget, af statutten for Den Europæiske Unions Domstols artikel 56, stk. 2, at der kan iværksættes appel til prøvelse af en dom afsagt af Retten »af enhver part, som helt eller delvis ikke har fået medhold«, hvilket ikke er tilfældet for Electrabel, som ikke var part i sagen for Retten.

45. For det andet er Electrabel heller ikke blandt de privilegerede personer, der ifølge statuttens artikel 56, stk. 3, kan iværksætte appel til prøvelse af en dom afsagt af Retten, selv om de ikke har interveneret i den pågældende sag for denne retsinstans. Dette privilegium begrænses i denne bestemmelse til »medlemsstater og EU-institutioner« og gælder dermed ikke for Electrabel.

46. Den foreliggende appel skal derfor behandles, som om den kun var iværksat af Dunamenti Erőmű.

B – *Det fjerde anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at MVM's bindende minimumskøbsforpligtelse indebar en fordel, uden at bevise, at der forelå en strukturel risiko*

47. Dunamenti Erőmű har med sit fjerde anbringende gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl og tilsidesatte kravet om domstolsprøvelse ved at fastslå, at MVM's bindende minimumskøbsforpligtelse indebar en fordel, uden at bevise, at der faktisk forelå en strukturel risiko, eftersom Retten i den appellerede doms præmis 112 bemærkede, at MVM jævnligt havde købt større mængder end den skulle i henhold til denne forpligtelse.

1. Formaliteten

48. Kommissionen har anført, at dette anbringende må afvises, fordi Dunamenti Erőmű ikke har oplyst, hvilken del af den appellerede dom der er behæftet med en retlig fejl.

49. Dette argument kan efter min opfattelse ikke tiltrædes, eftersom Dunamenti Erőmű blot foreholder Retten, at den ikke beviste, at der forelå en strukturel risiko, og Dunamenti Erőmű kan derfor ikke kritiseres for ikke at have angivet de specifikke dele af den appellerede dom, der indeholdt den retlige fejl.

2. Realiteten

50. Kommissionen har anført, at Retten i den appellerede doms præmis 112, 113 og 114 angav særskilte grunde til ikke at godtage argumentet om, at MVM siden 2004 jævnligt havde købt mere elektricitet fra Dunamenti Erőmű, end MVM var forpligtet til, hvilket beviste, at Dunamenti Erőmű ikke havde draget fordel af denne forpligtelse.

51. Når Dunamenti Erőmű ikke har anfægtet den appellerede doms præmis 113 og 114, mener Kommissionen heller ikke, at Dunamenti Erőmű har rejst tvivl om konklusionen i præmis 112 om, at minimumskøbsforpligtelsen ikke kunne betragtes som almindelig handelspraksis på de europæiske energimarkeder, hvilket i sig selv viste, at elkøbsaftalen gav selskabet en fordel.

52. Dunamenti Erőmű har hverken i replikken eller under retsmødet bestridt Kommissionens analyse, som efter min opfattelse er korrekt.

53. Det fjerde anbringende bør derfor forkastes.

C – *Det femte anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved at stadfæste den metode, som Kommissionen har fastsat for beregning af støttebeløbet*

54. Med det femte anbringende, der vedrører metoden til beregning af støttebeløbet, har Dunamenti Erőmű anført, at Retten i den appellerede doms præmis 185-192 undersøgte selskabets indtægter og ikke dets overskud, hvilket ikke giver et præcist overblik over den påståede fordel ved elkøbsaftalen, eftersom de indtægter, der skulle dække ekstra brændselsomkostninger, blev betragtet som en fordel, som skulle føre til tilbagebetaling.

55. Det skal derfor undersøges, om det var berettiget, at Retten stadfæstede Kommissionens tilgang, som bestod i at kvantificere det støttebeløb, der skulle tilbagesøges, på grundlag af indtægter i stedet for overskud.

56. Jeg mener, at dette anbringende af de grunde, som Retten har angivet i den appellerede doms præmis 187 og 188, bør forkastes. Dunamenti Erőmű har ikke bestridt, at tilbagesøgningen af støtten har til formål at fratage støttemodtageren den fordel, som denne har opnået på markedet i forhold til sine konkurrenter [17]. Den fordel, der skal udlignes, skal derfor kvantificeres ud fra de beløb, der er udbetalt til støttemodtageren. Som Kommissionen har anført, var det derfor med føje, at Retten valgte en tilgang, som tog udgangspunkt i, hvad MVM havde udbetalt til Dunamenti Erőmű (dvs. Dunamentis indtægter), i stedet for det overskud, som dette selskab havde opnået.

57. Som Kommissionen har påpeget, vil en tilbagesøgningsmetode, der baseres på overskuddet og ikke på indtægterne, føre til absurde resultater, som indebærer, at lovgivningen om statsstøtte mister enhver effektiv virkning. Dunamenti Erőmű̊s tankegang vil i yderste fald bevirke, at hver gang en virksomhed sælger sine varer eller tjenesteydelser til uovertrufne priser med tilskud fra staten, vil der alligevel ikke være tale om statsstøtte, fordi støtten kun har øget virksomhedens indtægter og ikke dens overskud. Formålet med reglerne om statsstøtte er dog netop at bekæmpe denne form for konkurrencefordrejning.

58. Jeg kan heller ikke tiltræde det argument, som Dunamenti Erőmű har udledt af dom Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627), og hvorefter Domstolen i denne doms præmis 30-33 fastsatte et princip om, at når støtteforanstaltningen både medfører større overskud og merudgifter, er det forskellen mellem det større overskud og merudgifterne, der skal tilbagesøges.

59. I denne dom, der vedrørte den fordel, som distributør-grossister opnåede ved ikke at være underlagt afgiften på direkte salg af lægemidler, og som oversteg de merudgifter, de måtte afholde for at opfylde deres forpligtelse til offentlig tjeneste, fastslog Domstolen følgende:

»32 Hvis det […] viser sig, at distributør-grossisterne opnår en fordel ved ikke at være underlagt afgiften på det direkte salg af lægemidler, der overstiger de merudgifter, som de må afholde for at opfylde den forpligtelse til offentlig tjeneste, som de er pålagt ved national lovgivning, kan denne fordel for så vidt angår den del, der overstiger de nævnte merudgifter, under alle omstændigheder ikke betragtes som værende nødvendig for, at disse erhvervsdrivende kan varetage deres særlige opgave.

33 Spørgsmålet skal derfor besvares med, at [EUF-traktatens] artikel [106], stk. 2, skal fortolkes således, at den ikke omfatter en skattefordel, som indrømmes virksomheder som de i hovedsagen omhandlede, der er blevet pålagt at varetage en offentlig tjeneste, i det omfang denne fordel overstiger merudgifterne i forbindelse med den offentlige tjeneste.«

60. Selv om et statstilskud, der overstiger merudgifterne i forbindelse med den offentlige tjeneste, udgør støtte, der strider mod artikel 107 TEUF og skal tilbagesøges, er det således klart, at dette princip kun gælder, hvis støttemodtageren er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 106, stk. 2, TEUF, dvs. hvis støttemodtageren har fået til opgave at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse eller har karakter af et fiskalt monopol, hvilket ikke er tilfældet for Dunamenti Erőmű.

61. Det femte anbringende bør derfor forkastes.

17 — Jf. bl.a. dom Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, præmis 113).

D – *Det første anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved at kvalificere den pågældende elkøbsaftale som ny støtte uden at fastslå på forhånd, om denne aftale udgjorde statsstøtte*

62. Med det første anbringende har Dunamenti Erőmű gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 60 at kvalificere den pågældende elkøbsaftale som »ny statsstøtte« som omhandlet i bilag IV til akten om Ungarns tiltrædelse, uden at kontrollere på forhånd, om de fire betingelser for, at der var tale om statsstøtte, var opfyldt. Dunamenti Erőmű har i denne forbindelse anført, at Rettens begrundelse var utilstrækkelig og cirkulær.

63. Det første anbringende bør efter min opfattelse ikke tages til følge.

64. Som Domstolen allerede har understreget, kan »Retten […] selv vælge, hvordan den vil tilrettelægge og gøre rede for sin argumentation, når den tager stilling til de anbringender, der er fremført for den. Det er således ikke muligt at anfægte den måde, hvorpå Retten har tilrettelagt og gjort rede for sin stillingtagen, i forbindelse med en appelsag ved at fremsætte påstande om, at Retten burde have fremført sin argumentation i overensstemmelse med appellantens forventninger« [18].

65. Selv om Retten i det foreliggende tilfælde først tog stilling til, om den omhandlede støtte skulle anses for eksisterende eller ny støtte (den appellerede doms præmis 49-60), før den fastslog, om elkøbsaftalen udgjorde statsstøtte (den appellerede doms præmis 74-98 og 110-121), mener jeg ikke, at denne tilrettelæggelse af begrundelsen påvirkede Rettens argumentation.

66. Som Kommissionen har anført, gennemgik og forkastede Retten under alle omstændigheder alle de argumenter, som Dunamenti Erőmű havde fremsat i forbindelse med sit første og andet anbringende.

67. Jeg er også enig med Kommissionen i, at Rettens konklusion om, at den pågældende elkøbsaftale udgjorde statsstøtte, ikke var betinget af, at den på forhånd havde konkluderet, at der var tale om ny støtte. Rettens argumentation kan som følge heraf ikke anses for at være cirkulær.

68. Det første anbringende bør derfor forkastes.

E – *Det andet anbringende om, at Retten begik en retlig fejl ved at fastslå, at de fire kriterier, som gør det muligt at kvalificere en foranstaltning som statsstøtte, skulle undersøges i forhold til tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU*

69. Dunamenti Erőmű har med sit andet anbringende foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved at vælge tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU, dvs. den 1. maj 2004, som det relevante tidspunkt for vurderingen af, om den pågældende elkøbsaftale udgjorde statsstøtte, hvilket Kommissionen hævdede i 156.-173. betragtning til den anfægtede beslutning.

70. Med dette anbringendes første led har Dunamenti Erőmű anført, at Retten begik en retlig fejl i den appellerede doms præmis 55 og 65, fordi det ikke, som det konkluderes i disse præmisser, fremgår direkte eller kan udledes af bestemmelserne i bilag IV til tiltrædelsesakten, i forhold til hvilket tidspunkt det skal vurderes, om en statslig foranstaltning udgør statsstøtte.

71. Med dette anbringendes andet led har Dunamenti Erőmű gjort gældende, at Rettens argumentation for, hvilket tidspunkt der er relevant for vurderingen af, om der foreligger støtte (og navnlig om der foreligger en fordel for støttemodtageren i lyset af kriteriet om den private investor i en markedsøkonomi), strider mod »retlig praksis«, dvs. Kommissionens retningslinjer og beslutningspraksis samt EU's retsinstansers praksis.

18 — Dom British Telecommunications mod Kommissionen (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, præmis 29).

1. Det første led

72. Retten bemærkede i dom Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65, præmis 50), at »statslige foranstaltninger, som iværksættes før tiltrædelsen, men stadig finder anvendelse efter tiltrædelsen, og som opfylder de fire kumulative kriterier, der er indeholdt i artikel [107], stk. 1, [TEUF], underkastes særreglerne i bilag IV til tiltrædelsesakten i deres egenskab af eksisterende støtte som defineret i artikel [108], stk. 1, [TEUF], når de henhører under en af de tre kategorier, der er nævnt i dette bilag, eller i deres egenskab af ny støtte ved tiltrædelsen i forbindelse med anvendelsen af artikel [108], stk. 3, [TFUE], når de ikke henhører under en af disse tre kategorier«.

73. Punkt 1 i afsnit 3 med overskriften »Konkurrencepolitik« i bilag IV til tiltrædelsesakten bestemmer følgende:

»1. Følgende støtteordninger og individuel støtte, som er trådt i kraft i en ny medlemsstat inden tiltrædelsesdatoen, og som fortsat gælder efter denne dato, vil ved tiltrædelsen blive anset for eksisterende støtte som defineret i artikel [108], stk. 1, [TEUF]:

a) støtteforanstaltninger, der er trådt i kraft inden den 10. december 1994

b) støtteforanstaltninger opregnet i tillægget til dette bilag

c) støtteforanstaltninger, der inden tiltrædelsesdatoen er blevet vurderet af den nationale myndighed for statsstøttekontrol i den nye medlemsstat og fundet forenelige med gældende fællesskabsret, og som Kommissionen ikke har gjort indsigelse mod på grund af alvorlig tvivl om, hvorvidt foranstaltningen er forenelig med fællesmarkedet, jf. proceduren i stk. 2.

Alle foranstaltninger, der stadig er gældende efter tiltrædelsesdatoen, som udgør statsstøtte, og som ikke opfylder de betingelser, der fastlægges ovenfor, vil ved tiltrædelsen blive anset for ny støtte i forbindelse med anvendelsen af artikel [108], stk. 3, [TEUF].

[…]«

74. Dunamenti Erőmű mener ikke, at det fremgår af denne bestemmelse, i forhold til hvilket tidspunkt en statslig foranstaltning skal vurderes efter statsstøttereglerne. Denne bestemmelse vedrørte kun spørgsmålet om, hvorvidt en støtteforanstaltning, som stadig er gældende på tiltrædelsestidspunktet (som i almindelig tale »findes« på dette tidspunkt), skal anses for eksisterende eller ny støtte i henhold til tiltrædelsesakten. En foranstaltning, der ikke udgjorde støtte på det tidspunkt, hvor den blev iværksat, er efter Dunamenti Erőműs opfattelse ikke omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde. Selskabet mener som følge heraf, at Retten burde have anset det tidspunkt, hvor elkøbsaftalen blev indgået i december 1995, for at være det relevante tidspunkt.

75. Jeg er ikke enig i denne vurdering, hvor definitionen af begrebet »eksisterende« i tiltrædelsesakten efter min opfattelse forveksles med den almindelige betydning af dette begreb. Støtte, der allerede findes – såsom den elkøbsaftale, der allerede var indgået, da Kommissionen undersøgte den – kan i den sidstnævnte betydning udgøre ny støtte som omhandlet i tiltrædelsesakten, alene fordi den ikke falder ind under den definition af »eksisterende støtte«, der er indeholdt i tiltrædelsesakten.

76. Der henvises til dom OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, præmis 60-64), som vedrørte anvendelsen af den samme bestemmelse i denne tiltrædelsesakt på en garanti, som den ungarske stat havde ydet i 2001, dvs. tre år inden Ungarn tiltrådte EU. Den pågældende garanti opfyldte ikke de tre betingelser, der er opregnet i bilag IV, afsnit 3, og Domstolen fastslog derfor, at den »i givet fald

[skulle] anses for ny støtte« [19].

77. I det foreliggende tilfælde kan den pågældende elkøbsaftale, som Retten fastslog i den appellerede doms præmis 59, heller ikke henføres til en af de tre kategorier af støtte, der anses for eksisterende, i afsnit 3, punkt 1, stk. 1, i bilag IV til tiltrædelsesakten. Elkøbsaftalen trådte ikke i kraft inden den 10. december 1994, var ikke nævnt i tillægget til det omhandlede bilag og blev ikke vurderet af den ungarske myndighed for statsstøttekontrol inden tiltrædelsesdatoen og fundet forenelig med gældende fællesskabsret, uden at Kommissionen havde gjort indsigelse.

78. Hvis der tages udgangspunkt i et tidligere tidspunkt såsom det tidspunkt, hvor den pågældende elkøbsaftale blev indgået, vil det desuden ikke være foreneligt med tiltrædelsesaktens ophavsmænds hensigt. Ophavsmændene ønskede, som Retten bemærkede i den appellerede doms præmis 60 [20], at lægge afstand til EU's retsinstansers hidtidige praksis, hvorefter »støtteordninger, der blev indført inden traktatens ikrafttræden, eller før den pågældende medlemsstat tiltrådte [EU], […] [er] eksisterende støtteordninger« [21].

79. Retten bemærkede under alle omstændigheder i den appellerede doms præmis 65, at »det fremgår klart af ordlyden af bilag IV til tiltrædelsesakten, at en foranstaltning, der ikke blev anset for statsstøtte, da den blev iværksat, kan anses for statsstøtte efterfølgende« [22].

80. Kommissionen oplyste således i 165. betragtning til den anfægtede beslutning, at »elkøbsaftalerne, som blev indgået under helt andre økonomiske forhold (hvilket de interesserede parter anerkender), før landet kom med i det liberaliserede indre marked på energiområdet, [ville] kunne udgøre statsstøtte under de nye lovgivningsmæssige og økonomiske forhold [der opstod efter tiltrædelsen af EU]«.

81. Retten fastslog i præmis 58 i dom Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65), at »efter at elkøbsaftalerne trådte i kraft, foretog Ungarn – først på eget initiativ og dernæst i forbindelse med gennemførelsen af de EU-regler, der gælder for det indre marked for elektricitet – væsentlige ændringer i de retlige rammer, der dannede grundlag for elproducenternes virksomhed«.

82. Det påhvilede derfor Kommissionen og i forbindelse med annullationssøgsmålet Retten at undersøge, om elkøbsaftalerne udgjorde statsstøtte på tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU og i forbindelse med det liberaliserede elmarked, og om der i givet fald var tale om ny eller eksisterende støtte som omhandlet i bilag IV til tiltrædelsesakten.

83. For så vidt som elkøbsaftalen betragtes som støtte, er der som følge heraf ingen tvivl om, at der er tale om ny støtte som omhandlet i tiltrædelsesakten.

19 — Dom OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, præmis 64). Det skal herved understreges, at voldgiftsretten konkluderede, at Electrabel ikke havde fremlagt de nødvendige beviser for sit argument om, at Ungarn havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til energichartertraktatens artikel 10 ved ikke at sørge for, at elkøbsaftalerne blev omfattet af definitionen af »eksisterende støtte« i bilag IV. Jf. i denne retning kendelse Electrabel S.A. mod Republikken Ungarn (ICSID sag nr. ARB/07/19), Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, præmis 6.66.

20 — Jf. i denne retning også dom Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65, præmis 60).

21 — Dom Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, præmis 19). Jf. i denne retning også domme Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, præmis 48) og Alzetta m.fl. mod Kommissionen (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 – T-607/97, T-1/98, T-3/98 – T-6/98 og T-23/98, EU:T:2000:151, præmis 142).

22 — Jf. i denne retning også dom Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65, præmis 54).

2. Det andet led

84. Med hensyn til de argumenter, som Dunamenti Erőmű har støttet på Kommissionens og EU's retsinstansers »retlige praksis«, har Domstolen som fremhævet af Kommissionen allerede forfægtet, at tiltrædelsestidspunktet anvendes som det relevante tidspunkt.

85. Som Domstolen allerede har fastslået vedrørende bestemmelsen i bilag V i akten om Bulgariens tiltrædelse (der svarer til afsnit 3, punkt 1, i bilag IV til akten om Ungarns tiltrædelse), er »de statslige foranstaltninger, der er gennemført før nævnte tiltrædelse, men som dels stadig er gældende herefter, dels opfylder de kumulative betingelser i artikel [107], stk. 1, [TEUF] [*på tiltrædelsestidspunktet*], omfattet af de specifikke regler fastsat i bilag V til tiltrædelsesakten enten som eksisterende støtte i artikel [108], stk. 1, [TEUF's] forstand, når de henhører under en af de i dette bilag nævnte tre kategorier, eller som en på tiltrædelsestidspunktet ny støtte, som artikel [108], stk. 3, [TEUF] finder anvendelse på, når de ikke henhører under en af disse tre kategorier« [23].

86. Det følger efter min opfattelse af denne retspraksis, at Kommissionen og Retten har anvendt de regler, der er nævnt i bilaget til akten om Ungarns tiltrædelse af EU, korrekt i det foreliggende tilfælde.

87. Kommissionen har i øvrigt understreget, at ingen af de domme fra Retten og Domstolen, som Dunamenti Erőmű har henvist til [24], vedrørte foranstaltninger, som var vedtaget af en medlemsstat inden dens tiltrædelse af EU, og som stadig var gældende herefter. Når spørgsmålet om overholdelse af de tidsmæssige grænser for EU's kompetencer ikke var omhandlet i disse sager, er det ikke overraskende, at EU's retsinstanser fastslog, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger støtte, skal vurderes i forhold til det tidspunkt, hvor støtten ydes.

88. Med hensyn til Kommissionens praksis, som gik ud på også at tage hensyn til omstændigheder, der lå forud for en medlemsstats tiltrædelse, ved vurderingen af en støtteforanstaltning, der blev iværksat inden tiltrædelsen [25], skal det understreges, at de afgørelser fra Kommissionen, som Dunamenti Erőmű har henvist til [26], ikke understøtter Dunamenti Erőműs antagelse om, at det er tidspunktet for tildelingen af den omhandlede støtte, der er det relevante tidspunkt.

89. Kommissionens beslutning 2008/214 i GE Capital Bank-sagen vedrørte en støtteforanstaltning, som bestod i garantier og godtgørelser samt en salgsret, der blev indrømmet af den tjekkiske stat i forbindelse med omstruktureringen og privatiseringen af banken AGB.

90. Selv om disse foranstaltninger blev iværksat, inden Tjekkiet tiltrådte EU, var de »gældende efter tiltrædelsen« [27], eftersom støttemodtagerne stadig kunne drage fordel af dem efter tiltrædelsen. Kommissionen valgte således tiltrædelsestidspunktet som det relevante tidspunkt.

23 — Jf. dom Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, præmis 52). Min fremhævelse. Jf. i denne retning også dom Rousse Industry mod Kommissionen (T-489/11, EU:T:2013:144, præmis 61-64, 66 og 67).

24 — Jf. domme Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 71 og 76-83), Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, præmis 104), Cityflyer Express mod Kommissionen (T-16/96, EU:T:1998:78, præmis 76), Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen (T-228/99 og T-233/99, EU:T:2003:57, præmis 246) og Nederlandene mod Kommissionen (T-29/10 og T-33/10, EU:T:2012:98, præmis 78).

25 — Hvilket er ret paradoksalt, hvis man ser på Kommissionens antagelse i den foreliggende sag (jf. min analyse af det tredje anbringendes tredje led i punkt 125-127 i dette forslag til afgørelse).

26 — Det drejer sig om beslutning 2008/214/EF af 18.7.2007 om statsstøtte C 27/2004 ydet af Den Tjekkiske Republik til GE Capital Bank a.s. og GE Capital International Holdings Corporation, USA (EUT L 67, s. 3), beslutning 2009/174/EF af 21.10.2008 om Ungarns foranstaltning C 35/04 til fordel for Postabank og Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (EUT L 62, s. 14) og afgørelse 2010/690/EU af 4.8.2010 om Polens statsstøtte C 40/08 (ex N 163/08) til fordel for PZL Hydral S.A. (EUT L 298, s. 51).

27 — 58. betragtning til beslutning 2008/214.

91. Den støtteforanstaltning, der var omhandlet i Kommissionens beslutning 2009/174 i Postabank-sagen, bestod i skadesløsholdelse for ukendte krav, som den ungarske stat gav tilsagn om i forbindelse med omstruktureringen og privatiseringen af Postabank, til fordel for Erste Bank, der overtog Postabank.

92. Som Kommissionen påpegede i 47. betragtning til denne beslutning, var der tale om en foranstaltning, som stadig var gældende efter tiltrædelsen, og som i lighed med den foreliggende foranstaltning skulle anses for at være ny støtte i henhold til den samme tiltrædelsesakt.

93. Det samme gælder for Kommissionens afgørelse 2010/690 i PZL Hydral-sagen, der vedrørte en række støtteforanstaltninger, bl.a. i form af manglende fuldbyrdelse af offentligretlige krav over for PZL Hydral i perioden 1998-2007 i forbindelse med en redningsplan for dette selskab.

94. Selv om de ikke-fuldbyrdede krav forfaldt inden Republikken Polens tiltrædelse af EU, forblev de forfaldne efter tiltrædelsen, hvilket var et led i en redningsplan, der blev iværksat i 2007, dvs. tre år efter tiltrædelsen. Det følger heraf, at det relevante tidspunkt i denne sag også var tidspunktet for Polens tiltrædelse af EU og ikke tidspunktet for tildelingen af den omhandlede støtte.

95. Det skal understreges, at Kommissionen i alle disse beslutninger tog hensyn til omstændigheder, der lå forud for tiltrædelsen, hvilket den efter Dunamenti Erőműs opfattelse også burde have gjort i den foreliggende sag. Denne vedrører imidlertid spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen i en sag som den foreliggende skal tage hensyn til faktiske omstændigheder, der lå forud for tiltrædelsen, såsom privatiseringen og dens formål og den tætte sammenhæng mellem privatiseringen og elkøbsaftalen, i forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private investor. Dette spørgsmål (som jeg vender tilbage til i forbindelse med det tredje anbringende) adskiller sig fra spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der bør tages udgangspunkt i ved vurderingen af, om en statslig foranstaltning skal kvalificeres som statsstøtte.

96. Det andet anbringende bør derfor forkastes.

F – *Det tredje anbringende om, at Retten begik retlige fejl ved at lægge til grund, at den pågældende elkøbsaftale gav Dunamenti Erőmű en fordel som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF*

97. Dunamenti Erőmű har med sit tredje anbringende foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl i den appellerede doms præmis 67-70, hvori den udelukkede privatiseringen af Dunamenti Erőmű fra sin vurdering af, om der var ydet støtte, ved at vælge den 1. maj 2004 som det relevante tidspunkt. Dunamenti Erőmű mener ikke, at det var berettiget at vurdere, om den pågældende elkøbsaftale udgjorde statsstøtte, uden at tage hensyn til privatiseringen og baggrunden herfor, eftersom elkøbsaftalen var en foranstaltning, der lå forud for privatiseringen og derfor var et led i privatiseringspakken.

98. I appelskriftets punkt 49-66 har Dunamenti Erőmű desuden fremsat tre argumenter for at godtgøre, at Retten ville have fastslået, at elkøbsaftalen ikke udgjorde en fordel, eller at Dunamenti Erőmű i hvert fald ikke havde bevaret denne fordel, hvis Retten havde taget hensyn til de faktiske omstændigheder i forbindelse med privatiseringen.

99. For det første optrådte MVM som en privat investor, der søgte at opnå den størst mulige fortjeneste ved salget af Dunamenti Erőmű (appelskriftets punkt 49-54).

100. For det andet blev Dunamenti Erőmű under antagelse af, at elkøbsaftalen indebar en fordel, opkøbt af Electrabel i forlængelse af udbudsproceduren, hvilket kompenserede for den påståede fordel (appelskriftets punkt 55-62).

101. For det tredje ændrede Ungarns tiltrædelse intet ved forbindelsen mellem elkøbsaftalen og privatiseringen af Dunamenti Erőmű eller ved den omstændighed, at elkøbsaftalen ikke gav Dunamenti Erőmű nogen fordel (appelskriftets punkt 63-67, sammenholdt med dets punkt 41-62).

1. Formaliteten

102. Kommissionen har anført, at det tredje anbringende vedrører en faktisk omstændighed og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling. Ifølge Kommissionen bemærkede Retten med føje, at det relevante tidspunkt for vurderingen af, om der forelå støtte, var tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU, hvorefter den i den appellerede doms præmis 68-70 med føje fastslog, at det kun kunne fastslås, om elkøbsaftalen indebar en fordel for Dunamenti Erőmű, i forhold til dette tidspunkt og den udvikling i situationen, der kunne forudsiges på dette tidspunkt.

103. Jeg er ikke enig med Kommissionen i denne anskuelse, der efter min opfattelse bygger på en fejlfortolkning af appelskriftet. Dette anbringende vedrører således ikke spørgsmålet om, hvilke omstændigheder der kan relateres til perioden fra den 1. maj 2004, men spørgsmålet om, hvorvidt Retten, selv om det var den 1. maj 2004, der var det relevante tidspunkt, med føje kunne udelukke visse omstændigheder fra sin vurdering og navnlig det tætte sammenhæng mellem privatiseringen og den pågældende elkøbsaftale, blot fordi de lå forud for dette tidspunkt.

2. Realiteten

a) Det tredje led vedrørende Rettens manglende hensyntagen til de faktiske omstændigheder i forbindelse med privatiseringen af Dunamenti Erőmű, fordi disse omstændigheder lå forud for tiltrædelsestidspunktet, da Retten efterprøvede den anfægtede beslutning for at afgøre, om der forelå støtte.

104. Med det tredje anbringende har Dunamenti Erőmű gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 68-70 fejlagtigt fastslog, at selskabets argumenter, som var nævnt i den appellerede doms præmis 67, og som »i det væsentlige er baseret på de faktiske omstændigheder i forbindelse med den privatisering, der fandt sted i midten af 1990'erne, må forkastes under hensyn til den periode, som er relevant for vurderingen af elkøbsaftalerne, og som løber fra den 1. maj 2004« [28].

105. Jeg vil indledningsvis bemærke, at Kommissionen og Retten ikke har bestridt, at der var en tæt sammenhæng mellem den elkøbsaftale, der blev indgået med Dunamenti Erőmű, og privatiseringen af dette selskab. I 174. betragtning til den anfægtede beslutning henviste Kommissionen således til, at »de fleste af elproducenterne […] anførte, at de ikke kunne have investeret i disse kraftværker uden de garantier, elkøbsaftalerne frembød«, og at en af disse producenter udtalte, at »elkøbsaftalerne [havde] stor betydning for bankernes vilje til løbende at finansiere investeringen og forfinansiere driftsomkostningerne«.

106. Kommissionen anførte i 186. betragtning til den anfægtede beslutning, at »det overordnede princip i elkøbsaftalerne, dvs. det garanterede investeringsafkast, under de markedsforhold, der bestod i Ungarn midt i 1990'erne, var en afgørende forudsætning for, at de nødvendige investeringer kunne gennemføres«.

107. Det er som forklaret i punkt 5-11 i dette forslag til afgørelse klart, at den elkøbsaftale, der blev indgået med kraftværkerne, og privatiseringen indgik i et samlet tiltag, og at det ikke er muligt at undersøge de to aspekter hver for sig.

28 — Præmis 68.

108. Dunamenti Erőmű kritiserer derfor Retten for at have godtaget, at Kommissionen på den ene side erkendte, at elkøbsaftalen i forbindelse med privatiseringen var en »en afgørende forudsætning« for, at Dunamenti Erőmű kunne sælges på rentabel vis eller »på markedsvilkår«, men på den anden side så fuldstændig bort fra denne »afgørende forudsætning« ved den egentlige vurdering af elkøbsaftalen i forhold til statsstøttereglerne, hvilket betød, at Retten anvendte kriteriet om den private investor forkert.

109. Denne argumentation må efter Kommissionens opfattelse forkastes, hvis der var grundlag for Rettens konklusion om, at det relevante tidspunkt var tidspunktet for Ungarns tiltrædelse af EU, i hvilket tilfælde det ikke vil være nødvendigt at tage hensyn til tiltag, der er truffet næsten ti år før dette tidspunkt.

110. Kommissionen bemærkede under retsmødet, at »det […] dybest set ingen betydning [har] for spørgsmålet om statsstøtte, hvad der er sket i medlemsstaten, før den tiltrådte EU, medmindre det indre marked berøres heraf efter tiltrædelsen« [29]. Kommissionen mener, at det følger af tiltrædelsesakten og ophavsmændenes hensigt, som den er nødt til at respektere, at der ikke bør tages hensyn til en faktisk omstændighed, der lå forud for tiltrædelsen – især hvis den vedrører de mål, som MVM forfulgte med privatiseringen i 1995.

111. Jeg er ikke enig med Kommissionen i denne anskuelse.

112. Efter min opfattelse er formålet med at anvende tiltrædelsestidspunktet som det relevante tidspunkt først og fremmest at vælge det tidspunkt, ud fra hvilket det skal undersøges, om den foranstaltning, der kan have karakter af statsstøtte, stadig er gældende eller ej. Hvis den ikke længere er gældende, kan Kommissionen ikke længere vurdere den i forhold til reglerne om statsstøtte [30].

113. I et tilfælde som dette, hvor den omhandlede foranstaltning stadig var gældende på tiltrædelsestidspunktet, angiver det relevante tidspunkt også det tidspunkt, ud fra hvilket det skal vurderes, om den udgør statsstøtte, eftersom en foranstaltning, der ikke udgør statsstøtte på det tidspunkt, hvor den iværksættes, kan anses for statsstøtte senere, hvis der sker en ændring af strukturen på det pågældende marked [31].

114. At tiltrædelsestidspunktet er valgt som det relevante tidspunkt, udelukker derimod ikke i sig selv og automatisk, at der tages hensyn til omstændigheder, som ligger forud for dette tidspunkt, og som er relevante for den korrekte anvendelse af kriteriet om den private investor, hvilket Retten fastslog i den appellerede doms præmis 68-70.

115. Domstolen har i øvrigt understreget, dog ikke i forbindelse med en tiltrædelse, at det er vigtigt at foretage en samlet vurdering af alle relevante faktiske omstændigheder ved anvendelsen af kriteriet om den private investor. I præmis 86 i dom Kommissionen mod EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) fastslog Domstolen således, at det »tilkommer […] [Kommissionen] at foretage en *samlet vurdering*, som ud over de af denne medlemsstat fremlagte beviser skal tage hensyn til alle andre relevante beviser i sagen, som gør det muligt for den at afgøre, om den omhandlede foranstaltning er blevet truffet af nævnte medlemsstat i dens egenskab af aktionær eller dens egenskab af offentlig myndighed. *Af relevans i denne forbindelse er* navnlig […] denne foranstaltnings art og indhold, *baggrunden herfor såvel som det forfulgte mål* og de bestemmelser, som nævnte foranstaltning er omfattet af« [32].

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

30 — Jf. modsætningsvis beslutning 2008/214 og 2009/174 samt afgørelse 2010/690.

31 — Jf. punkt 79-82 i dette forslag til afgørelse.

32 — Min fremhævelse. Jf. i denne retning også dom Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252, præmis 41).

116. I denne doms præmis 104 og 105 bemærkede Domstolen videre, at »[Kommissionen] kun [kan] nægte at undersøge sådanne oplysninger, hvis de fremlagte beviser er blevet fastlagt *efter* vedtagelsen af beslutningen om at foretage den pågældende investering«, og at »kun de beviser, som var til rådighed på det tidspunkt, hvor beslutningen om at foretage investeringen blev truffet, og de udviklinger, som kunne forudsiges på dette tidspunkt, [er] relevante med henblik på anvendelsen af kriteriet om den private investor, [*selv om] [Kommissionen] som i den foreliggende sag […] undersøger, om der er tale om statsstøtte i forhold til en investering, som den ikke er blevet underrettet om, og som allerede er blevet gennemført af den pågældende medlemsstat på det tidspunkt, hvor den foretager sin undersøgelse*« [33].

117. I præmis 41 i dom Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252) tog Domstolen ved vurderingen af kriteriet om den private investor i forbindelse med en tilførsel af ny kapital, der havde fundet sted i 1994, hensyn til nettoresultatet i regnskabsåret 1993 og den omstændighed, at »dette resultat [fremkom] på baggrund af en økonomisk afmatning, som bevirkede en langsommere vækst, en skærpet konkurrence og et mærkbart prisfald i den europæiske forbrugerelektroniksektor, hvis tilbagegang var begyndt i 1992«, hvorefter den konkluderede, at en privat investor ikke ville have foretaget de pågældende kapitalindskud.

118. I et andet tilfælde, hvor der heller ikke var tale om en tiltrædelse, annullerede Domstolen Kommissionens beslutning, bl.a. med den begrundelse, at »Kommissionen [havde] anvendt kriteriet om en fornuftig investors handlemåde under markedsøkonomiske vilkår fejlagtigt, da den ikke [havde undersøgt] de lån og garantier, som blev ydet Stardust, på grundlag af situationen, som den var på tidspunktet for tildelingen heraf« [34].

119. Disse betragtninger kan også overføres på en sag som den foreliggende, hvor den omhandlede foranstaltning blev iværksat inden den pågældende medlemsstats tiltrædelse af EU. Kommissionens anvendelse af kriteriet om den private investor, som Retten har tilsluttet sig, og den heraf følgende vurdering af, om der foreligger statsstøtte, vil således kunne virke kunstige, hvis der ses bort fra relevante omstændigheder, således som Retten gjorde i den appellerede doms præmis 68-70, alene fordi de vedrører perioden forud for tiltrædelsen.

120. Denne kunstighed indebar, at det ved anvendelsen af kriteriet om den private investor skulle afklares, »om en markedsaktør under de omstændigheder, der herskede ved Ungarns tiltrædelse af Den Europæiske Union, ville have givet kraftværkerne en garanti af samme type som den, elkøbsaftalerne indeholdt« [35], uden at der blev taget hensyn til en hypotetisk markedsaktør, der (i lighed med den ungarske stat i 1995) havde til hensigt at sælge et kraftværk, hvis fysiske og økonomiske rammer var af en sådan art, at ingen investor ville have tilstrækkelige garantier for at kunne videreføre driften og overskue sine investeringer på længere sigt, og samtidig forfulgte de privatiseringsmål, der er nævnt i punkt 5 i dette forslag til afgørelse.

121. Når det ved anvendelsen af kriteriet om den private investor skal afgøres, om en hypotetisk markedsaktør ville have handlet på samme måde som den ungarske stat på tidspunktet for tiltrædelsen, er det imidlertid ikke muligt at se bort fra de relevante faktiske omstændigheder, der var årsag til iværksættelsen af den omhandlede støtteforanstaltning, blot fordi de lå forud for tiltrædelsestidspunktet, fordi det ville betyde, at staten og den hypotetiske markedsaktør ikke var stillet ens, og at de derfor kunne være nødt til at træffe forskellige valg.

33 — Min fremhævelse.

34 — Dom Frankrig mod Kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, præmis 81).

35 — 177. betragtning til den anfægtede beslutning.

122. For at kunne anvende kriteriet om den private investor korrekt, skal det derfor afklares, hvad en hypotetisk markedsaktør under de økonomiske forhold, der fandtes i 1995, og på et marked, der stod over for en liberalisering [36], ville have gjort den 1. maj 2004 for at sælge Dunamenti Erőmű til den mest favorable pris og med de samme økonomiske og kommercielle mål, som den ungarske stat forfulgte i 1995, dvs. at garantere forsyningssikkerheden til den lavest mulige pris, at modernisere infrastrukturen med særlig vægt på de gældende miljøbeskyttelsesstandarder og at gennemføre den nødvendige omstrukturering af elforsyningssektoren.

123. I modsætning til, hvad Kommissionen hævdede under retsmødet, mener jeg ikke, at denne anvendelse af kriteriet om den private investor strider mod tiltrædelsesakten eller ophavsmændenes hensigt. Selv om elkøbsaftalen skal anses for ny støtte som omhandlet i denne akt, dvs. støtte, der ydes for første gang den 1. maj 2004, er denne akt på ingen måde til hinder for, at Kommissionen ved anvendelsen af dette kriterium tager hensyn til de økonomiske og kommercielle mål, som MVM forfulgte ved at indgå elkøbsaftalen.

124. Jeg mener som følge heraf, at der ved anvendelsen af kriteriet om den private investor på tiltrædelsestidspunktet kan tages hensyn til relevante omstændigheder, som lå forud for tiltrædelsen.

125. Paradoksalt nok, og som jeg tidligere har nævnt [37], og Dunamenti Erőmű har gjort gældende i forbindelse med sit andet anbringende, svarer denne antagelse til den praksis, Kommissionen bl.a. fulgte i sine beslutninger om GE Capital Bank, Postabank og PZL Hydral, hvor Kommissionen i forbindelse med sin vurdering af, om der forelå støtte, systematisk tog hensyn til faktiske omstændigheder, der lå forud for det relevante tidspunkt [38], dvs. datoen for de pågældende medlemsstaters tiltrædelse.

126. Der bør især henvises til beslutning 2009/174 i Postabank-sagen, der også vedrørte en støtteforanstaltning, som Ungarn havde iværksat inden sin tiltrædelse. I 55. og 56. betragtning til denne beslutning fastslog Kommissionen – efter min opfattelse med rette – at det »[v]ed vurderingen af de ungarske myndigheders handling i lyset af det markedsøkonomiske investorprincip i 2003 skal […] bemærkes, at Kommissionen ikke sætter spørgsmålstegn ved den måde, hvorpå Postabank blev privatiseret, og anerkender, at den blev solgt til højstbydende efter en åben, konkurrencepræget udbudsprocedure«, men at »[d]ette forhold […] ikke [er] en tilstrækkelig betingelse til at udelukke, at der foreligger en fordel i den foreliggende sag« [39].

127. Dette udsagn er efter min opfattelse korrekt. Der skal i en sag som den foreliggende tages hensyn til relevante faktiske omstændigheder, som ligger forud for tiltrædelsen, ved anvendelsen af kriteriet om den private investor, uden at dette i sig selv er tilstrækkeligt til at udelukke, at der foreligger en fordel.

128. Det følger af det ovenfor anførte, at Retten begik en retlig fejl ved at forkaste Dunamenti Erőmű's argumenter om, at Kommissionen ikke tog hensyn til den tætte sammenhæng mellem elkøbsaftalen og privatiseringen i forbindelse med sin prøvelse af anvendelsen af kriteriet om den private investor, alene fordi denne omstændighed lå forud for tidspunktet for Ungarns tiltrædelse, og at dens dom bør ophæves på dette punkt.

36 — Liberaliseringen af det europæiske elmarked blev indledt ved direktiv 96/92, der havde til formål at åbne elmarkedet for konkurrence. Der blev fastsat frister for liberaliseringen af elmarkedet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/54/EF af 26.6.2003 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 96/92/EF (EUT L 176, s. 37), som skulle gennemføres senest den 1.7.2004 for erhvervskunder og den 1.7.2007 for privatkunder. Det ungarske elmarked stod således over for en liberalisering på det relevante tidspunkt.

37 — Jf. punkt 89-94 i dette forslag til afgørelse.

38 — Jf. bl.a. 81. og 82. betragtning til beslutning 2008/214, 57. betragtning til beslutning 2009/174 og 169. betragtning ff. til afgørelse 2010/690.

39 — Jeg har vanskeligt ved forstå, hvorfor Retten fandt, at Kommissionens beslutning i Postabank-sagen ikke var relevant i denne sammenhæng, alene fordi den vedrørte et specifikt tilfælde og ikke havde forbindelse til den anfægtede beslutning, jf. dom Tisza Erőmű mod Kommissionen (T-468/08, EU:T:2014:235, præmis 89).

b) Det første led vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der forelå en fordel for Dunamenti Erőmű, fordi MVM havde indgået en elkøbsaftale med selskabet, hvorved MVM optrådte som en privat investor, der søgte at opnå den størst mulige fortjeneste ved salget af Dunamenti Erőmű

129. Efter Dunamenti Erőműs opfattelse opnåede dette selskab og Electrabel ingen fordel ved elkøbsaftalen, eftersom MVM ved at indgå denne aftale med Dunamenti Erőmű den 10. oktober 1995 blot forsøgte at sikre det størst mulige provenu af salget af Dunamenti Erőmű, ligesom en privat aktør ville have gjort.

130. Dette argument kan ikke tiltrædes, eftersom den omstændighed, at Dunamenti Erőmű blev privatiseret ved et offentligt og konkurrencebaseret udbud, og at det højeste bud blev valgt (Electrabels bud), kun er relevant, hvis den foranstaltning, der kunne udgøre statsstøtte, var selve salget af Dunamenti Erőmű. Det er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag, hvor den omhandlede foranstaltning var den elkøbsaftale, som MVM indgik med Dunamenti Erőmű.

131. Som Kommissionen har anført, sondrer Dunamenti Erőmű desuden ikke mellem den eventuelle fordel for Electrabel som overtager af Dunamenti Erőmű og fordelen for Dunamenti Erőmű. Selv om Electrabel ikke opnåede nogen fordel, udelukker det således ikke, at der foreligger en fordel for Dunamenti Erőmű.

132. Jeg mener derfor, at de argumenter, som Dunamenti Erőmű har fremsat med støtte i dom AceaElectrabel mod Kommissionen (T-303/05, EU:T:2009:312) for at godtgøre, at Electrabel og Dunamenti Erőmű udgjorde en samlet økonomisk enhed, ikke ændrer ved ovenstående vurdering. Selv hvis Electrabel og Dunamenti Erőmű blev betragtet som en samlet økonomisk enhed, ville det således ikke udelukke, at der forelå en fordel for denne enhed, der var omfattet af elkøbsaftalen.

133. Retten begik som følge heraf ikke nogen retlig fejl ved at forkaste Dunamenti Erőműs argument om, at MVM ved at indgå den pågældende elkøbsaftale med Dunamenti Erőmű optrådte som en privat investor, der søgte at opnå den størst mulige fortjeneste ved salget af dette selskab.

c) Det andet led vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt støtten skal tilbagesøges fra den solgte virksomhed eller fra sælgeren, når privatiseringsprisen omfatter støttens værdi

i) Parternes argumenter

134. Dunamenti Erőmű har anført, at selv om selskabet havde opnået en fordel, inden det blev privatiseret, tilbagebetalte køberen af selskabet et beløb svarende til denne fordel til den ungarske stat, eftersom elkøbsaftalen indgik i den pris, som køberen betalte til staten i forbindelse med den udbudsbaserede privatisering af Dunamenti Erőmű.

135. Dunamenti Erőmű har henvist til præmis 78 i dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), hvori Domstolen fastslog, at »[n]år et selskab, der modtager støtte, sælges til markedspris, afspejler salgsprisen […] i princippet virkningerne af den tidligere støtte, og det er sælgeren af selskabet, som beholder fordelen af støtten. I så fald skal genopretningen af den oprindelige situation i første række sikres ved, at sælgeren tilbagebetaler støtten«.

136. Dunamenti Erőmű har på dette grundlag konkluderet, at elkøbsaftalen var indregnet i den privatiseringspris, der blev betalt til den ungarske stat, og at det derfor var staten, der beholdt denne fordel. Dunamenti Erőmű kunne derfor ikke anses for at have opnået en fordel, der blev indrømmet ved hjælp af statsmidler som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF.

137. Kommissionen mener derimod, at Dunamenti Erőmű endnu en gang undlader at sondre mellem støtten til den overtagne enhed (støttemodtageren) og støtten til overtageren af denne enhed.

138. Kommissionen har betegnet præmis 78 i dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) som et »obiter dictum« og i stedet baseret sig på præmis 81 i dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238), hvori Domstolen »[m]ed hensyn til den foreliggende sag [bemærkede], at den virksomhed, som har modtaget statsstøtten, har bibeholdt sin status som juridisk person og fortsat for sig selv udøver de aktiviteter, der var ydet statsstøtte til«, og at det »sædvanligvis er denne virksomhed, som beholder den med støtten forbundne konkurrencefordel, og som derfor er forpligtet til at tilbagebetale et beløb, som svarer til støtten. Det kan således ikke pålægges køberen at tilbagebetale støtten«.

139. Ifølge Kommissionen foretog Retten i dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) en klar sondring i forhold til dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Bedømmelse

– Indledende bemærkninger

140. Jeg vil indledningsvis bemærke, at domme Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) og Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) begge vedrører spørgsmålet om, hvilken person støtten skal tilbagesøges fra, og ikke spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger støtte.

141. Selv om Dunamenti Erőmű har fremført sine argumenter inden for rammerne af det tredje anbringende, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger støtte, udgør de derfor reelt et selvstændigt anbringende, som Domstolen skal behandle, uanset om den i modsætning til, hvad jeg foreslår i punkt 128 i dette forslag til afgørelse, finder det berettiget, at Retten forkastede argumenterne om den manglende hensyntagen til den tætte sammenhæng mellem elkøbsaftalen og privatiseringen af Dunamenti Erőmű i forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private investor.

142. Hvis Domstolen ikke følger mit forslag, er det således klart, at der foreligger en støtte, som Ungarn skal bringe til ophør og tilbagesøge. Hvis Domstolen omvendt følger mit forslag, kan det slet ikke udelukkes, at det ved en korrekt anvendelse af kriteriet om den private investor konstateres, at der foreligger en støtte af samme størrelse eller af en anden størrelse.

143. Det skal derfor i begge tilfælde afgøres, om den omhandlede støtte skal tilbagesøges fra den solgte virksomhed, hvilket Kommissionen mener, eller fra sælgeren, hvilket Dunamenti Erőmű mener, eftersom »[d]et […] ikke [kan] pålægges køberen at tilbagebetale støtten«[40], når den virksomhed, der har modtaget støtten, er blevet solgt på markedsvilkår.

– Forpligtelsen til at tilbagebetale støtten må ligge hos den, der beholder den konkurrencefordel, som støtten har medført

144. Det er klart, at domme Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) og Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) tilsyneladende er i modstrid med hinanden. Det eneste punkt, der er enighed om, er, at køberen ikke kan forpligtes til at tilbagebetale støtten[41].

40 — Dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 81). Jf. også dom Kommissionen mod Frankrig (C-214/07, EU:C:2008:619, præmis 16).

41 — Jf. domme Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, præmis 77) og Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 80).

145. Dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) er ganske vist nyere end dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), men blev afsagt af Sjette Afdeling, der består af fem dommere, hvorimod Banks-dommen blev afsagt af et panel af 11 dommere (den daværende »Store Afdeling«) og er blevet citeret flere gange efterfølgende [42].

146. Generaladvokat Tizzano udtalte i sit forslag til afgørelse i sagen Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2003:354), at »Domstolen vakler mellem to forskellige anskuelser […]: på den ene side, at støtten under alle omstændigheder skal tilbagebetales af det selskab, der har modtaget støtten, og på den anden side, at støtten skal tilbagebetales af sælgeren, hvis andelene sælges til en pris, der afspejler det pågældende selskabs markedsværdi efter tildeling af støtten«.

147. Domstolen vakler i øvrigt stadig mellem disse to anskuelser efter at have afsagt dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238). Domstolen bemærkede i præmis 58 i dom Kommissionen mod Frankrig (C-214/07, EU:C:2008:619), at »[køberen, i] tilfælde [hvor modtageren har bragt sine aktiviteter til ophør og afstået sine aktiver] er støtteelementet blevet vurderet til markedsprisen og indbefattet i købsprisen, […] ikke kan anses for at have haft nogen fordel i forhold til de øvrige aktører på markedet (dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, præmis 80)«, hvorefter den i præmis 83 i dom Kommissionen mod Frankrig (C-37/14, EU:C:2015:90) bemærkede, at når den støttemodtagende virksomhed sælges på markedsvilkår, og dette »anses for fastslået, berører det ikke tilbagesøgningskravet som sådan, idet den pågældende medlemsstat stadig *efter omstændighederne* skal foretage denne tilbagesøgning hos den solgte virksomhed (dom Tyskland mod Kommissionen, C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 81) eller sælgeren (domme Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, præmis 78, og Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 180)« [43], hvorved Domstolen på ny åbnede mulighed for at tilbagesøge støtten fra enten sælgeren eller den solgte virksomhed uden at præcisere udtrykket »efter omstændighederne« nærmere.

148. Situationen kompliceres yderligere af, at dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) både vedrørte støtte til et selskab, hvis aktier var blevet solgt (»share deal«), og støtte til et selskab, hvis aktiver var blevet solgt (»asset deal«) [44], hvilket fremkaldte det indtryk, at der skulle sondres mellem de to former for salg.

149. I punkt 57 i forslag til afgørelse Kommissionen mod Frankrig (C-214/07, EU:C:2008:343) forsøgte generaladvokat Sharpston således at forklare forskellen mellem domme Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) og Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) med, at »[Banks-sagen] vedrørte […] salg af aktier. Den foreliggende sag vedrører aktiver, og det relevante kriterium er det i sagen Tyskland mod Kommissionen anvendte. I den pågældende afgørelse anvendte Domstolen fremgangsmåden i Banks-dommen, idet den tilpassede den til de særlige forhold, der gør sig gældende ved køb af aktiver og ikke aktier, og anvendte denne ændrede fremgangsmåde på salg af aktiver. Jeg kan ikke se nogen anledning til at fravige den i sagen Tyskland mod Kommissionen fastlagte fremgangsmåde«.

150. De forskellige eller indbyrdes modstridende anskuelser, som Kommissionen fremførte i disse sager, skaber endnu større usikkerhed.

42 — Jf. domme Falck og Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen (C-74/00 P og C-75/00 P, EU:C:2002:524, præmis 180), Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252, præmis 83) og Kommissionen mod Frankrig (C-37/14, EU:C:2015:90, præmis 83).

43 — Min fremhævelse.

44 — Jf. dommens præmis 78 og 84.

151. I punkt 38 i replikken i den sag, der lå til grund for dom Kommissionen mod Frankrig (C-214/07, EU:C:2008:619), mindede Kommissionen »for en god ordens skyld om, at det ved overførsel af aktiver (Asset deal) i modsætning til overførsel af aktier (Share deal) [var] vigtigt at undersøge de finansielle betingelser for disse transaktioner. Når salget af aktiverne er foregået på normale markedsvilkår, er støtteelementet efter Domstolens opfattelse blevet vurderet til markedsprisen og indbefattet i købsprisen, hvorfor køberen af aktiverne i princippet ikke kan anses for at have haft nogen fordel, idet overdrageren har beholdt fordelen ved støtten«.

152. I punkt 87-89 i stævningen i sag Kommissionen mod Frankrig (C-37/14, EU:C:2015:90) hævdede Kommissionen vedrørende et salg »af alle eller visse aktier i et støttemodtagende selskab« [45], at »[e]fter at en virksomhed, der har modtaget støtte, er blevet solgt til markedsprisen, skal det afklares, hvem der reelt har modtaget den støtte, der skal tilbagebetales. Der kan afhængig af de konkrete omstændigheder være tale om enten sælgeren eller den solgte virksomhed. Det fremgår af Domstolens praksis, at støtten i princippet skal tilbagesøges fra den solgte virksomhed […] *Domstolen har dog fastslået, at støttebeløbet bør tilbagebetales af sælgeren*, såfremt denne nyder godt af fordelen ved den støtte, der er indbefattet i salgsprisen. *Det gælder især, når det er påvist med sikkerhed, at der i salgsprisen tages hensyn til den ulovlige støtte, som kan gøres til genstand for et krav om tilbagesøgning*, eller det udtrykkeligt af aftalen om salget af det støttemodtagende selskab fremgår, at sælgeren skal tilbagebetale den støtte, som den solgte enhed har modtaget, hvis støtten erklæres ulovlig og uforenelig med det indre marked« [46].

153. Kommissionen tilføjede, at »[i] mangel af en sådan klausul bestemmes det i de fleste købsaftaler, at sælgeren garanterer for fordringer på den solgte virksomhed. Den solgte virksomhed skal i så fald tilbagebetale den ulovlige støtte, hvorefter køberen kan gøre regres mod sælgeren i henhold til den klausul, hvori der garanteres for fordringerne. Dette spørgsmål afhænger således af de gældende aftalebestemmelser og ikke af […] tilbagesøgningsproceduren som sådan«.

154. Kommissionen har i den foreliggende sag gjort gældende [47], at dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) ændrede det princip, der var opstillet i præmis 78 i dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), for så vidt som støtten skal tilbagesøges fra den støttemodtagende virksomhed, selv om denne virksomhed blev solgt på markedsvilkår, og støttens værdi var indbefattet i salgsprisen.

155. Domstolen bør efter min opfattelse udnytte den foreliggende sag til at klarlægge de principper, der gælder for tilbagesøgning af støtte, når den støttemodtagende virksomhed er blevet solgt på markedsvilkår, og salgsprisen indbefatter støttens værdi, hvilket var tilfældet i den foreliggende sag og i de sager, der gav anledning til domme Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italien og SIM 2 Multimedia mod Kommissionen (C-328/99 og C-399/00, EU:C:2003:252), Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) og Kommissionen mod Frankrig (C-37/14, EU:C:2015:90).

156. Domstolen bemærkede i dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 81) – hvilket jeg er enig i – at »[den] virksomhed, som beholder den med støtten forbundne konkurrencefordel […], er forpligtet til at tilbagebetale et beløb, som svarer til støtten«. Tilbagesøgningen skal derfor følge fordelen i den forstand, at den enhed, der har nydt godt af eller stadig nyder godt af fordelen, skal tilbagebetale det tilsvarende beløb, uanset om der er tale om salg af aktiver eller salg af aktier. Det er der følgende grunde til.

45 — Jf. punkt 85.

46 — Min fremhævelse.

47 — Jf. punkt 137-139 i dette forslag til afgørelse.

157. For det første fremgår det af de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag, hvor der blev ydet støtte til et selskab, som umiddelbart herefter blev privatiseret, at princippet i præmis 78 i dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) om, at støtten skal tilbagesøges fra sælgeren, kan føre til ustraffet misbrug af statsstøttereglerne, eftersom det gør det muligt for medlemsstaterne at yde støtte til statslige virksomheder, velvidende at privatiseringen, selv om støtten ophæves på et tidspunkt i fremtiden, vil gøre det muligt for disse virksomheder at bevare den historiske fordel, som de har sikret sig indtil tidspunktet for ophævelsen.

158. For det andet mener jeg, at det, »når det selskab, der har modtaget støtten, ikke er opløst og stadig er aktivt på markedet, kun er muligt at fjerne (eller i hvert fald begrænse) den konkurrencefordrejning, støtten er skyld i, hvis dette selskab forpligtes til at betale den tilbage. Kun på den måde »mister støttemodtageren […] den fordel, der var opnået på markedet i forhold til konkurrenterne, og situationen fra tiden før ydelsen af støtte er genoprettet« [dom Kommissionen mod Italien (C-348/93, EU:C:1995:95, præmis 27). Jf. i samme retning dom Spanien mod Kommissionen (C-480/98, EU:C:2000:559, præmis 35)]« [48].

159. For det tredje er det »rigtigt, at man ved at sælge andelene i det selskab, der er ydet støtte til, til en pris, som afspejler disse andeles markedsværdi efter tildeling af støtten, drager fordel af selskabets værdiforøgelse, [men det] siger […] også sig selv, at denne eventuelle fordel ikke berører den fordel, det støttede selskab har opnået i forhold til sine konkurrenter. Og det er netop den sidstnævnte fordel, som kan give anledning til konkurrencefordrejning, og som derfor skal undgås, ved at støtten tilbagesøges, hvorimod den økonomiske fordel som følge af salget af andele ikke altid vil påvirke konkurrencevilkårene på markederne, eftersom den, der sælger andelene, ikke behøver at være en erhvervsdrivende« [49].

160. Endelig giver »[d]en modsatte anskuelse om, at støtten i særlige tilfælde skal tilbagesøges fra sælgeren, […] anledning til betydelig usikkerhed, fordi det ofte er vanskeligt at afgøre, om salgsprisen i fuldt omfang afspejler selskabets markedsværdi, efter at det har modtaget støtten, og på ingen måde modsvarer risikoen for, at dette selskab pålægges at tilbagebetale i hvert fald en del af støtten« [50].

161. Det følger heraf, at når »den virksomhed, som har modtaget statsstøtten, har bibeholdt sin status som juridisk person og fortsat for sig selv udøver de aktiviteter, der var ydet statsstøtte til […], [er] det sædvanligvis […] denne virksomhed, som beholder den med støtten forbundne konkurrencefordel, og som derfor er forpligtet til at tilbagebetale et beløb, som svarer til støtten« [51].

162. Støtten skal derfor i princippet tilbagesøges fra den solgte virksomhed – i dette tilfælde Dunamenti Erőmű – og ikke fra sælgeren – i dette tilfælde MVM eller den ungarske stat.

163. Som Domstolen bemærkede i dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 84-97), gælder reglen om, at den, der beholder den med støtten forbundne konkurrencefordel, skal tilbagebetale den, også i tilfælde, hvor støttemodtageren ved salg af aktiver eller en anden transaktion har skaffet sig af med alle sine aktiver med det formål eller den virkning, at det ikke er muligt at tilbagesøge støtten (hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag), men hvor

48 — Jf. punkt 83 i generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2003:354).

49 — Ibidem (punkt 84).

50 — Ibidem (punkt 85).

51 — Dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 81).

støttemodtagerens aktiviteter overtages af en anden virksomhed, som har beholdt konkurrencefordelen og derfor skal tilbagebetale støtten [52]. I det modsatte tilfælde, hvor støttemodtageren bringer sine aktiviteter til ophør, og de ikke overtages af en anden virksomhed, vil det ifølge Domstolens praksis være helt umuligt at tilbagesøge støtten [53].

164. Det skal herved understreges, at selv om Domstolen i præmis 81 i dom Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) synes at sondre mellem, om støttemodtagerne har bibeholdt deres status som juridisk person eller ej [54], tales der i artikel 107 TEUF og i de øvrige konkurrencebestemmelser i traktaten om virksomheder (»undertakings«) og ikke om selskaber, der er juridiske personer.

165. I denne retning har Domstolen i præmis 43 i dom ETI m.fl. (C-280/06, EU:C:2007:775) med hensyn til overtrædelser af konkurrenceretten fastslået, at »det [er] uden betydning, hvilken retlig form den enhed, der har begået overtrædelsen, og denne enheds efterfølger har. Det er således ikke udelukket at idømme denne efterfølger en sanktion for overtrædelsen alene af den grund, at efterfølgeren, som forholdet er i hovedsagen, har en anden retlig status og driver virksomhed på andre vilkår end den enhed, som den efterfulgte«.

166. Princippet om, at forpligtelsen til at tilbagebetale støtten ligger hos den *virksomhed*, der beholder den med støtten forbundne konkurrencefordel, gør det som følge heraf muligt at tilbagesøge støtten fra den virksomhed, som har overtaget de aktiviteter, der er ydet statsstøtte til.

– Anvendelse på den foreliggende sag

167. I det foreliggende tilfælde, hvor det var elkøbsaftalen, der indebar en fordel, er det Dunamenti Erőmű, der har nydt godt af og beholdt den med denne elkøbsaftale forbundne konkurrencefordel, dvs. de langfristede garanterede salgspriser for elektricitet. Det er derfor Dunamenti Erőmű, der skal tilbagebetale støtten til staten.

168. Det ville i øvrigt være absurd at antage, at fordelen skal findes hos Dunamenti Erőmű, fordi elkøbsaftalen indgår i selskabets formue, men at det er staten som sælger, der har modtaget støtten. Det er selvfølgelig ikke muligt at fjerne den fordel, som en virksomhed har opnået, og tro, at konkurrencefordelen bevares et andet sted, især når det i det foreliggende tilfælde var elkøbsaftalen, der fordrejede konkurrencen og gjorde det næsten umuligt at liberalisere det ungarske elmarked ved at gøre det dyrere for nye aktører at få adgang til markedet.

169. Denne konklusion kan resultere i en situation, hvor Ungarn – hvilket allerede er sket – skal ophæve elkøbsaftalen samtidig med at den beholder den pris, som køberen har betalt, og som indbefatter støtten, mens Dunamenti Erőmű skal tilbagebetale værdien af denne støtte til staten.

170. Som Kommissionen dog bemærkede i sin stævning i den sag, der gav anledning til dom Kommissionen mod Frankrig (C-37/14, EU:C:2015:90), »afhænger [dette spørgsmål] […] af de gældende aftalebestemmelser og ikke af […] [proceduren for tilbagesøgning af støtte] […]«. Således »bestemmes det i de fleste købsaftaler, at sælgeren garanterer for fordringer på den solgte virksomhed. Den solgte virksomhed skal i så fald tilbagebetale den ulovlige støtte, hvorefter køberen kan gøre regres mod sælgeren i henhold til den klausul, hvori der garanteres for fordringerne«.

52 — Jf. i denne retning domme Tyskland mod Kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, præmis 86-97), Kommissionen mod Frankrig (C-214/07, EU:C:2008:619, præmis 58) og Kommissionen mod Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781, præmis 104).

53 — Jf. domme Kommissionen mod Italien (C-454/09, EU:C:2011:650, præmis 36) og Kommissionen mod Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781, præmis 104).

54 — Denne sondring kan også ses i dom Kommissionen mod Frankrig (C-214/07, EU:C:2008:619, præmis 48 og 55).

171. I det foreliggende tilfælde er Electrabel både omfattet af disse aftalebestemmelser og af garantierne i energichartertraktaten, hvorefter selskabet, hvilket det også gjorde, kan stille krav om tilbagebetaling af de *samlede* strandede omkostninger ved en voldgiftsret inden for rammerne af ICSID [55].

iii) Konklusion

172. Retten har begået en retlig fejl ved ikke at undersøge Dunamenti Erőműs argumenter om tilbagesøgningen af den eventuelle støtte.

173. Hvis Domstolen overordnet set er enig i min konklusion om det tredje anbringendes andet led, skal det imidlertid fastslås, at den løsning, som Retten (og Kommissionen) har valgt, indebærer, at Dunamenti Erőmű skal tilbagebetale støtten, og at den appellerede dom derfor ikke bør ophæves på dette punkt.

VI – **Virkningerne af, at den appellerede dom ophæves**

174. Da jeg i dette forslag til afgørelses punkt 128 har konkluderet, at Retten begik en retlig fejl, og at den appellerede dom bør ophæves, er det nødvendigt at undersøge, hvilke virkninger dette vil have.

175. Ifølge statuttens artikel 61, stk. 1, kan Domstolen, når den ophæver den af Retten trufne afgørelse, »enten selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse, eller hjemvise den til Retten til afgørelse«. Det skal derfor afgøres, om sagen er moden til påkendelse.

176. En sag er moden til påkendelse, når Domstolen er i besiddelse af alle de oplysninger, der er nødvendige for at kunne træffe en afgørelse [56].

177. Som jeg har forklaret i punkt 122 i dette forslag til afgørelse, skal det for at kunne anvende kriteriet om den private investor korrekt afklares, hvad en hypotetisk markedsaktør under de økonomiske forhold, der fandtes i 1995, og på et marked, der stod over for en liberalisering, ville have gjort den 1. maj 2004 for at sælge Dunamenti Erőmű til den mest favorable pris og med de samme økonomiske og kommercielle mål, som den ungarske stat forfulgte i 1995, dvs. at garantere forsyningssikkerheden til den lavest mulige pris, at modernisere infrastrukturen med særlig vægt på de gældende miljøbeskyttelsesstandarder og at gennemføre den nødvendige omstrukturering af elforsyningssektoren.

178. Det er klart, at man ikke kan anvende kriteriet om den private investor korrekt uden at foretage en kompliceret økonomisk vurdering. Det fremgår af fast retspraksis, at »Kommissionens undersøgelse af, om en bestemt foranstaltning kan anses for statsstøtte, fordi staten ikke har handlet, som en almindelig erhvervsdrivende ville have gjort, [indebærer] en kompliceret økonomisk vurdering. Når den vedtager en retsakt, der indebærer sådanne vurderinger, har Kommissionen et vidt skøn, og den retslige prøvelse af retsakten må […] begrænses til en kontrol af, om procedure- og begrundelseskravene er overholdt, om de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke det

55 — Jf. punkt 23-25 i dette forslag til afgørelse.

56 — Jf. bl.a. domme Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl. (C-341/06 P og C-342/06 P, EU:C:2008:375, præmis 134) og Spanien mod Kommissionen (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, præmis 42).

anfægtede valg er foretaget, er materielt rigtige, samt om der foreligger en åbenbar fejl ved vurderingen af de nævnte faktiske omstændigheder, eller om der er begået magtfordrejning. Navnlig kan [EU's retsinstanser] ikke sætte [deres] skøn med hensyn til de økonomiske forhold i stedet for det, der er anlagt af Kommissionen« [57].

179. Da spørgsmålet om, hvorvidt kriteriet om den private investor er anvendt korrekt, ikke henhører under Retten, medfører ophævelsen af den appellerede dom, at Kommissionens beslutning annulleres, for så vidt som den angår Dunamenti Erőmű.

180. Den retlige fejl består i det foreliggende tilfælde i, at Kommissionen ikke tog hensyn til relevante omstændigheder ved anvendelsen af kriteriet om den private investor, hvilket Retten ikke rejste tvivl om.

181. Det tredje anbringendes tredje led bør derfor tages til følge, hvilket indebærer, at den anfægtede beslutning annulleres, for så vidt som den angår Dunamenti Erőmű.

VII – **Sagens omkostninger**

182. I henhold til procesreglementets artikel 184, stk. 2, træffer Domstolen afgørelse om sagens omkostninger, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen.

183. Ifølge procesreglementets artikel 138, stk. 1, der i henhold til artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom.

184. Da Kommissionen har tabt appelsagen, og appellanten har nedlagt påstand om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, bør det pålægges den at bære sine egne omkostninger og at betale samtlige omkostninger, der er afholdt af appellanten både i sagen i første instans og i appelsagen.

VIII – **Forslag til afgørelse**

185. Jeg foreslår på grundlag af det ovenfor anførte, at Domstolen fastslår følgende:

»1) Dom Dunamenti Erőmű mod Kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236) ophæves, for så vidt som Retten ikke tog hensyn til den tætte sammenhæng mellem elkøbsaftalerne og privatiseringen i forbindelse med anvendelsen af kriteriet om den private investor, alene fordi denne omstændighed lå forud for tidspunktet for Ungarns tiltrædelse.

2) Kommissionens beslutning 2009/609/EF af 4. juni 2008 om Ungarns statsstøtte C 41/05 i forbindelse med langfristede elkøbsaftaler annulleres, for så vidt som den angår Dunamenti Erőmű.

3) Europa-Kommissionen betaler omkostningerne både i sagen i første instans og i appelsagen.«

57 — Jf. kendelse DSG mod Kommissionen (C-323/00 P, EU:C:2002:260, præmis 43). Jf. i denne retning også domme Spanien mod Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, præmis 57), GlaxoSmithKline Services m.fl. mod Kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P og C-519/06 P, EU:C:2009:610, præmis 163), Kommissionen mod Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, præmis 64-66), Ryanair mod Kommissionen (T-196/04, EU:T:2008:585, præmis 41) og Budapesti Erőmű mod Kommissionen (T-80/06 og T-182/09, EU:T:2012:65, præmis 65 og 66).