CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. WATHELET
van 1 juli 2015 [1]

Zaak C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
tegen

Commissie

„Hogere voorziening — Door de Hongaarse autoriteiten aan bepaalde elektriciteitsproducenten toegekende steun — Tussen het overheidsbedrijf ‚MVM' en bepaalde elektriciteitsproducenten gesloten stroomafnameovereenkomsten — Voorwaarden die deze producenten in een gunstiger economische situatie plaatsen — Beschikking waarbij de steun onverenigbaar wordt verklaard met de gemeenschappelijke markt"

I – **Inleiding**

1. Electrabel SA (hierna: „Electrabel") en Dunamenti Erőmű Zrt (hierna: „Dunamenti Erőmű") hebben de onderhavige hogere voorziening ingesteld tegen het arrest Dunamenti Erőmű/Commissie (T-179/09, EU:T:2014:236; hierna: „bestreden arrest"), in zoverre het Gerecht daarbij het beroep tot nietigverklaring heeft verworpen dat Dunamenti Erőmű had ingesteld tegen beschikking 2009/609/EG van de Commissie van 4 juni 2008 betreffende de door Hongarije toegekende steunmaatregel C 41/05 in het kader van de stroomafnameovereenkomsten (hierna: „litigieuze beschikking") [2].

2. Deze zaak is van groot belang wegens de drie lastige vragen die hij doet rijzen. Hij biedt het Hof in de eerste plaats de gelegenheid om te verduidelijken of in een situatie waarin de maatregel die staatssteun kan inhouden, vóór de toetreding van de betrokken lidstaat tot de Europese Unie is ingevoerd, de referentiedatum voor het staatssteunonderzoek de datum is waarop de maatregel is genomen, dan wel de datum waarop die lidstaat tot de Unie is toegetreden. Het Hof zal zich in de tweede plaats moeten uitspreken over de vraag of in het geval dat de toetredingsdatum als referentiedatum geldt, alle van vóór die datum daterende feitelijke gegevens bij het staatssteunonderzoek buiten beschouwing moeten worden gelaten. In de derde plaats biedt deze zaak het Hof de gelegenheid om de grens af te bakenen tussen zijn arresten Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) en Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 225, blz. 53.

II – **Voorgeschiedenis en huidige context van het geding**

3. Dunamenti Erőmű is een elektriciteitsproducent op de Hongaarse elektriciteitsmarkt en exploiteert een elektriciteitscentrale op 30 km ten zuiden van de stad Boedapest (Hongarije). Zij is een voormalig overheidsbedrijf dat in december 1995 is geprivatiseerd. Ten tijde van de feiten was zij voor 74,82 % eigendom van Electrabel – thans onderdeel van een concern waarvan GDF Suez SA de moedermaatschappij is – en voor ongeveer 25 % in handen van Magyar Villamos Művek Zrt (hierna: „MVM"), een Hongaars overheidsbedrijf dat zich behalve met het opwekken van elektriciteit ook bezighoudt met de groothandel in en de transmissie en de wederverkoop van elektriciteit op de Hongaarse markt.

4. In de maanden maart en juni 2014 heeft het concern GDF Suez zijn belang in Dunamenti Erőmű verkocht aan de MET-groep.

5. Medio jaren negentig waren de belangrijkste doelstellingen in de Hongaarse energiesector het waarborgen van de voorzieningszekerheid tegen zo laag mogelijke kosten, het moderniseren van de infrastructuur met inachtneming van de geldende milieunormen, en het realiseren van de noodzakelijke herstructurering van de elektriciteitssector. Aangezien de meeste centrales oude Sovjetcentrales waren, was het echter duidelijk dat die doelstellingen onmogelijk zonder de steun van buitenlandse investeerders zouden kunnen worden bereikt.

6. Daarom werden langlopende stroomafnameovereenkomsten (Power Purchase Agreements; hierna: „PPA's") aangeboden aan buitenlandse investeerders die wilden investeren in de bouw en de modernisering van de Hongaarse elektriciteitscentrales. De elektriciteit zou door MVM worden afgenomen.

7. De PPA's stelden MVM in staat om een evenwichtige productieportefeuille op te bouwen en zo te voldoen aan haar verplichting om de voorzieningszekerheid te waarborgen. Ook kon zij dankzij de PPA's zowel de basisbelasting (met kolen- en kerncentrales) als de piekbelasting (met gasgestookte centrales) aan.

8. De PPA's verplichtten de elektriciteitsproducenten om hun productie-eenheden naar behoren te onderhouden en te exploiteren. Op grond van die overeenkomsten werd de opwekkingscapaciteit (in MW) van de elektriciteitscentrales volledig of grotendeels gereserveerd voor MVM. Deze capaciteitstoewijzing was onafhankelijk van het effectieve gebruik van de centrale. Boven op de gereserveerde capaciteit moest MVM van elke in het kader van een PPA geëxploiteerde elektriciteitscentrale een bepaalde minimumhoeveelheid (in MWh) elektriciteit afnemen.

9. De PPA's werden gesloten met het oog op de privatisering van de elektriciteitscentrales. Zij waren gebaseerd op een modelovereenkomst die op verzoek van de Hongaarse regering door een internationaal advocatenkantoor was opgesteld. De vóór de privatisering gesloten PPA's zijn weliswaar, in tegenstelling tot de privatisering van de centrales, niet het voorwerp geweest van een aanbestedingsprocedure, maar het staat vast dat zij onderdeel waren van het pakket aan privatiseringsmaatregelen.

10. Dunamenti Erőmű heeft op 10 oktober 1995, vlak voordat zij werd geprivatiseerd, een PPA gesloten met MVM, die betrekking had op de „F-blokken" en het „G2-blok" van haar elektriciteitscentrale. Die overeenkomst, die in 1996 in werking trad, zou tot 2010 lopen voor de gasgestookte „F-blokken" en tot 2015 voor het „G2-blok", dat beschikte over een gecombineerde-cyclus gasturbine.

11. Twee maanden na de sluiting van de PPA, dus in december 1995, heeft Electrabel na een open, op mededinging gebaseerde aanbestedingsprocedure Dunamenti Erőmű van de Hongaarse Staat gekocht.

12. Ik wijs erop dat in de periode waarin de PPA's werden aangegaan, de Hongaarse elektriciteitsmarkt nog niet was geliberaliseerd en georganiseerd was rondom één exclusieve koper, namelijk MVM. De elektriciteitsproducenten konden namelijk uitsluitend rechtstreeks energie verkopen aan MVM, die als enige elektriciteit mocht leveren aan de regionale distributeurs. Deze regeling is tussen 31 december 1991 en 31 december 2002 van toepassing geweest.

13. Toen Hongarije op 1 mei 2004 toetrad tot de Unie, bestond de Hongaarse elektriciteitsmarkt uit een openbaarnutssegment, goed voor ongeveer 70 % van de elektriciteitsproductie, en een mededingingssegment, goed voor ongeveer 30 % van die productie. In het eerste segment was MVM de enige groothandelaar, terwijl in het vrijemarktsegment ook andere ondernemingen actief waren. MVM zette daar uitsluitend de overtollige hoeveelheden af die zij in het kader van de PPA's had aangekocht, maar in het openbaarnutssegment niet kwijt kon. Die nieuwe regeling was op 1 januari 2003 in werking getreden en is bij wet nr. LXXXVI van 2007 met ingang van 1 januari 2008 afgeschaft.

14. Op 4 mei 2005 heeft de Commissie conform verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [108 VWEU] [3], onder zaaknummer NN 49/2005 ambtshalve een staatssteundossier inzake de PPA's geregistreerd.

15. Op 4 juni 2008 heeft zij de litigieuze beschikking gegeven, waarbij zij de datum waarop Hongarije tot de Unie is toegetreden, dat wil zeggen 1 mei 2004, als referentiedatum heeft genomen voor het onderzoek of de PPA's staatssteun inhielden.

16. In artikel 1 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie de in de PPA's vastgelegde afnameverplichting gekwalificeerd als staatssteun aan de energieproducenten in de zin van artikel 107 VWEU, deze steun onverenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt, en Hongarije gelast om de steunverlening binnen een termijn van zes maanden te beëindigen. Volgens artikel 2 van de litigieuze beschikking moest Hongarije van de begunstigden de steun terugvorderen die zij sinds 1 mei 2004 hadden ontvangen.

17. Op 10 november 2008 heeft het Hongaarse parlement wet nr. LXX van 2008 aangenomen, waarbij de PPA's met ingang van 1 januari 2009 zijn beëindigd.

18. Wat de berekening van het van de begunstigden terug te vorderen steunbedrag betreft, heeft de Hongaarse regering besloten om voor drie begunstigden van de PPA's, waaronder Dunamenti Erőmű, een compensatieregeling voor gestrande kosten in te voeren conform de mededeling van de Commissie betreffende de onderzoekmethode van staatssteun die verband houdt met gestrande kosten (hierna: „methodologie"). [4]

3 — PB L 83, blz. 1.

4 — De tekst van de methodologie is beschikbaar op de internetsite van de Commissie (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_fr.pdf). In richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (PB 1997, L 27, blz. 20), zijn de beginselen geformuleerd die gelden bij de openstelling van de Europese elektriciteitssector voor mededinging. Artikel 24, lid 1, van deze richtlijn bepaalt dat „[d]e lidstaten waar de vóór de inwerkingtreding van deze richtlijn verleende vergunningen verplichtingen of garanties inzake werking inhouden die eventueel niet kunnen worden nagekomen vanwege de bepalingen van deze richtlijn, kunnen verzoeken in aanmerking te komen voor een overgangsregeling". Volgens de Commissie worden „[d]ergelijke verplichtingen of garanties inzake werking [...] gewoonlijk als ‚gestrande kosten' (stranded costs) aangeduid. Deze verplichtingen of garanties inzake werking kunnen in de praktijk verschillende vormen hebben: koopovereenkomsten op lange termijn, investeringen die zijn gedaan met een impliciete of expliciete afzetgarantie, investeringen die buiten het gebied van de normale activiteit liggen, enz." (zie methodologie, blz. 3). Een heffingenstelsel dat door een lidstaat wordt ingevoerd om via een fonds de gestrande kosten te compenseren, kan echter staatssteun inhouden en dient dus te voldoen aan de criteria die de Commissie in haar methodologie heeft geformuleerd. Bovendien moet het vóór invoering aan de Commissie worden meegedeeld en door haar worden goedgekeurd.

19. Volgens deze regeling, die aan de Commissie is meegedeeld en door haar is goedgekeurd [5], bestaan de gestrande kosten in het verschil tussen de investeringskosten van elk van de begunstigden en hun historische (vanaf de inwerkingtreding van de PPA tot de voortijdige beëindiging ervan) en verwachte (vanaf de datum van de voortijdige beëindiging tot de datum waarop het contract volgens de tekst van de PPA zou aflopen) exploitatiewinsten. [6]

20. De regeling voorzag in een compensatie in twee stappen. [7] Bij de eerste stap zouden de gestrande kosten van elke begunstigde in mindering worden gebracht op het steunbedrag dat aan de Hongaarse Staat moest worden terugbetaald. Als het verschil tussen de terug te betalen steun en de gestrande kosten positief was, zou de begunstigde dat verschil aan de staat moeten betalen. In het tegenovergestelde geval zou de Hongaarse Staat het verschil niet aan de begunstigde betalen. [8]

21. De tweede stap hield in dat op de oorspronkelijke einddatum van de PPA van elk van de begunstigden (in het geval van Dunamenti Erőmű op 31 december 2015) de Hongaarse autoriteiten de gestrande kosten opnieuw zouden moeten berekenen op basis van de actuele stand van de kosten en inkomsten. Als de werkelijke gestrande kosten lager blijken te zijn dan het terug te vorderen steunbedrag, zal de begunstigde het verschil aan de Hongaarse Staat moeten betalen. In het tegenovergestelde geval zal de Hongaarse Staat het meerbedrag aan definitieve gestrande kosten niet aan de begunstigde van de PPA betalen.

22. De gestrande kosten van Dunamenti Erőmű worden thans geraamd op 22 171 991 000 Hongaarse forint (HUF) (ongeveer 73 miljoen EUR).

23. Op 13 juni 2007 is Electrabel bij het Internationaal Centrum voor beslechting van investeringsgeschillen (ICSID) een arbitragezaak gestart tegen Hongarije, waarin de Commissie als amicus curiae heeft geïntervenieerd. Electrabel betoogde onder meer dat Hongarije, door de PPA's te beëindigen zonder de gestrande kosten volledig te compenseren, zich schuldig had gemaakt aan schending van de waarborgen voor een eerlijke en billijke behandeling van investeringen, zoals opgenomen in artikel 10 van het Verdrag inzake het Energiehandvest van 17 december 1994, waarbij het Koninkrijk België, Hongarije en de Unie partij zijn. [9]

24. Electrabel en Hongarije zijn het eens geworden over een splitsing („bifurcation") van de procedure in twee fasen, namelijk de fase „bevoegdheid en aansprakelijkheid" en de schadevaststellingsfase („quantum").

25. Aangezien het definitieve bedrag aan gestrande kosten van Dunamenti Erőmű en Electrabel pas na 31 december 2015 kan worden vastgesteld, heeft het scheidsgerecht besloten om zijn oordeel ten aanzien van de vraag of de Hongaarse compensatieregeling voor gestrande kosten in strijd is met artikel 10 van het Verdrag inzake het Energiehandvest, op te schorten tot de schadevaststellingsfase. [10] Het heeft echter te kennen gegeven dat het naar zijn „huidige en voorlopige oordeel niet

5 — Zie brief C(2010) 2532 definitief van 27 april 2010 van de heer Almunia, vicevoorziter van de Commissie, aan het Hongaarse ministerie van Buitenlandse zaken, uitsluitend in het Engels beschikbaar op de internetsite van de Commissie (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — Ibidem (punt 8).

7 — Voor een gedetailleerde beschrijving, zie ibidem (punten 10-24).

8 — Zie artikel 5, leden 1 en 3, van wet nr. LXX van 2008.

9 — Ik wijs erop dat als gevolg van de keuze van Electrabel om deze arbitragezaak enkel tegen Hongarije en uitsluitend wegens het handelen en nalaten van deze lidstaat aanhangig te maken, de verenigbaarheid van de litigieuze beschikking met het Verdrag inzake het Energiehandvest geen voorwerp is geweest van deze arbitrageprocedure. Zie *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, punten 3.21, 4.11 en 6.76 (beschikbaar op de internetsite van Investment Treaty Arbitration http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Bovendien heeft Dunamenti Erőmű in het kader van haar bij het Gerecht ingestelde beroep tot nietigverklaring niet betoogd dat de litigieuze beschikking in strijd zou zijn met dat verdrag. Dit betekent dat als gevolg van de door Electrabel en Dunamenti Erőmű gemaakte keuzen de litigieuze beschikking op geen enkele wijze is getoetst aan dat verdrag.

10 — Ibidem (punt 6.118).

noodzakelijkerwijs met de standaard [voor eerlijke en billijke behandeling] in strijd zou zijn wanneer de Hongaarse regeling uiteindelijk erop neerkwam dat [22 171 991 000 HUF] of een lager bedrag onbetaald bleef, maar dat dit waarschijnlijk wel het geval zou zijn bij niet-betaling (in contanten dan wel anderszins) van een aanzienlijk hoger bedrag voor gestrande kosten”. [11]

26. Dit lijkt niet de benadering te zijn geweest van het scheidsgerecht dat uitspraak heeft gedaan in de arbitragezaak die Électricité de France (EDF), aandeelhouder van Budapesti Erőmű, is gestart naar aanleiding van de beëindiging van de PPA, waarin Hongarije is veroordeeld tot betaling van 107 miljoen EUR aan EDF. [12]

27. Los van het beroep tot nietigverklaring (waarvan de verwerping door het Gerecht het voorwerp is van deze hogere voorziening) dat Dunamenti Erőmű en Electrabel tegen de litigieuze beschikking hebben ingesteld, hebben zij op 10 januari 2014 overeenkomstig artikel 340, tweede alinea, VWEU bij het Gerecht een beroep tot schadevergoeding ingesteld, strekkende tot vergoeding van de schade die zij als gevolg van de litigieuze beschikking zouden hebben geleden.

28. Op 13 november 2014 heeft het Gerecht dit beroep niet-ontvankelijk verklaard op de grond dat de schadevordering was verjaard. [13] Tegen deze beschikking van het Gerecht is hogere voorziening ingesteld bij het Hof. [14]

III – **Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest**

29. Alle begunstigden van de PPA’s hebben bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld. [15]

30. Met haar beroep bij het Gerecht heeft Dunamenti Erőmű verzocht om nietigverklaring van de litigieuze beschikking.

31. Met haar eerste middel, ontleend aan verkeerde toepassing van het begrip staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU, en haar tweede middel, waarmee zij stelde dat de Commissie de betrokken maatregelen als „bestaande steun” in de zin van artikel 108, lid 1, VWEU had moeten aanmerken, maakte Dunamenti Erőmű bezwaar tegen de constatering van de Commissie dat er sprake was van staatssteun, tegen de kwalificatie van die steun als „nieuwe steun” en tegen de datum die de Commissie als referentiedatum had genomen voor de beoordeling van de in de betrokken PPA vervatte steun. Zij hekelde het feit dat de Commissie bij de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie en bij de analyse van de positie van MVM als speler op de markt was uitgegaan van de omstandigheden ten tijde van de toetreding van Hongarije tot de Unie. Dunamenti Erőmű stelde ook dat de Commissie het vertrouwens- en het rechtzekerheidsbeginsel had geschonden en dat zij de bijzonderheden van de met haar afgesloten PPA verkeerd had beoordeeld.

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

12 — Het arbitrale vonnis is niet openbaar. Zie het persartikel „EDF wins claim against Hungary” van Thomson, D., op 11 december 2014 gepubliceerd op de internetsite van de Global Arbitration Review (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Zie beschikking Electrabel en Dunamenti Erőmű/Commissie (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Zie de zaak Electrabel en Dunamenti Erőmű/Commissie (C-32/15 P), aanhangig bij het Hof.

15 — Zie beschikking Alpiq Csepel/Commissie (T-370/08, EU:T:2011:116), arrest Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65), beschikking Pannon Hőerőmű/Commissie (T-352/08, EU:T:2013:379), alsmede arresten Tisza Erőmű/Commissie (T-468/08, EU:T:2014:235) en Dunamenti Erőmű/Commissie (T-179/09, EU:T:2014:236).

32. Met haar derde middel stelde Dunamenti Erőmű dat de Commissie de in de betrokken PPA vervatte steun ten onrechte had aangemerkt als exploitatiesteun en niet als investeringssteun. Zij maakte bovendien bezwaar tegen het door de Hongaarse autoriteiten ingevoerde compensatiesysteem voor gestrande kosten.

33. Met haar vierde middel betwistte Dunamenti Erőmű de rechtmatigheid van het bevel tot terugvordering van de steun.

34. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen. [16]

IV – **Procesverloop voor het Hof**

35. Met hun op 21 juli 2014 bij het Hof ingestelde hogere voorziening verzoeken Electrabel en Dunamenti Erőmű het Hof om het bestreden arrest te vernietigen, definitief uitspraak te doen en de litigieuze beschikking nietig te verklaren, dan wel, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, met verwijzing van de Commissie in de kosten van de procedure voor het Gerecht en het Hof.

36. In haar op 4 september 2014 ingediende memorie van antwoord verzoekt de Commissie het Hof om de hogere voorziening niet-ontvankelijk te verklaren voor zover zij is ingesteld door Electrabel, de hogere voorziening af te wijzen voor zover zij is ingesteld door Dunamenti Erőmű, en om laatstgenoemde onderneming in de kosten te verwijzen.

37. Electrabel en Dunamenti Erőmű hebben hun repliek ingediend op 20 november 2014, waarna de Commissie op 25 november 2014 haar dupliek heeft ingediend.

38. Op 26 maart 2015 heeft het Hof partijen overeenkomstig artikel 61, lid 2, van zijn Reglement voor de procesvoering verzocht om hun pleidooi ter terechtzitting toe te spitsen op het tweede en het derde middel. Tegelijkertijd heeft het hun overeenkomstig artikel 62, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering twee vragen ter beantwoording ter terechtzitting doen toekomen.

39. Op 20 april 2015 heeft een terechtzitting plaatsgevonden, waar Electrabel, Dunamenti Erőmű en Commissie mondelinge opmerkingen hebben gemaakt.

V – **De hogere voorziening**

40. Ik zal mijn analyse beginnen met het onderzoek of, zoals de Commissie stelt, de hogere voorziening niet-ontvankelijk is voor zover zij is ingesteld door Electrabel. Daarna zal ik eerst het vierde, het vijfde en het eerste middel onderzoeken, die in mijn ogen zonder al te veel problemen van de hand kunnen worden gewezen. Tot slot zal ik mij buigen over het tweede en het derde middel, die naar mijn mening voor het Hof aanleiding zouden kunnen zijn om het bestreden arrest te vernietigen.

A – *Ontvankelijkheid van de hogere voorziening voor zover ingesteld door Electrabel*

41. In haar memorie van antwoord stelt de Commissie dat de hogere voorziening niet-ontvankelijk is voor zover zij is ingesteld door Electrabel, aangezien enkel Dunamenti Erőmű in eerste aanleg beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld.

16 — De door de andere begunstigden ingestelde beroepen tot nietigverklaring zijn eveneens verworpen. Zie arresten van het Gerecht Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65) en Tisza Erőmű/Commissie (T-468/08, EU:T:2014:235). Alleen tegen het arrest Dunamenti Erőmű/Commissie (T-179/09, EU:T:2014:236) is hogere voorziening ingesteld.

42. In repliek betwisten Electrabel en Dunamenti Erőmű deze exceptie van niet-ontvankelijkheid met het argument dat zij ten tijde van de instelling van het beroep tot nietigverklaring tot hetzelfde concern behoorden en dat hun economische en juridische belang door een van hen kon worden verdedigd. Nadat Electrabel haar deelneming in Dunamenti Erőmű had verkocht, zou zij hogere voorziening bij het Hof moeten kunnen instellen om haar eigen belangen te kunnen verdedigen.

43. Naar mijn mening moet de hogere voorziening niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover zij is ingesteld door Electrabel.

44. In de eerste plaats staat, zoals de Commissie opmerkt, volgens artikel 56, tweede alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie hogere voorziening tegen een arrest van het Gerecht „open voor iedere partij die geheel of gedeeltelijk in het ongelijk is gesteld", wat niet het geval is bij Electrabel, die geen partij was bij het geding voor het Gerecht.

45. In de tweede plaats behoort Electrabel evenmin tot de groep van geprivilegieerden die volgens de derde alinea van dat artikel tegen een arrest van het Gerecht hogere voorziening kunnen instellen zonder in het geding voor het Gerecht te zijn tussengekomen. Deze bepaling behoudt dit privilege immers voor aan de „lidstaten en de instellingen van de Unie", waartoe Electrabel niet behoort.

46. De onderhavige hogere voorziening moet dus worden onderzocht alsof zij uitsluitend door Dunamenti Erőmű is ingesteld.

B – *Vierde middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat de minimumafnameverplichting van MVM een voordeel opleverde, zonder aan te tonen dat er een structureel risico bestond*

47. Met haar vierde middel stelt Dunamenti Erőmű dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en zijn rechterlijke toetsingsplicht heeft verzaakt in zoverre het, zonder aan te tonen dat er werkelijk een structureel risico bestond, heeft geoordeeld dat de minimumafnameverplichting van MVM een voordeel opleverde. In punt 112 van het bestreden arrest heeft het namelijk erkend dat MVM regelmatig grotere hoeveelheden had afgenomen dan waartoe zij op grond van die verplichting gehouden was.

1. Ontvankelijkheid

48. Volgens de Commissie is dit middel niet-ontvankelijk omdat Dunamenti Erőmű niet aangeeft in welk deel van het arrest het Gerecht blijk zou hebben gegeven van deze onjuiste rechtsopvatting.

49. Dit argument faalt in mijn ogen. Aangezien Dunamenti Erőmű het Gerecht met dit middel verwijt dat het niet heeft aangetoond dat er een structureel risico bestond, kan haar namelijk niet worden aangewreven dat zij niet de specifieke delen van het arrest heeft genoemd waarin het Gerecht van de onjuiste rechtsopvatting blijk zou hebben gegeven.

2. Ten gronde

50. Volgens de Commissie bevatten de punten 112, 113 en 114 van het bestreden arrest elk een zelfstandige grond voor de afwijzing van het argument dat het feit dat MVM sinds 2004 regelmatig van Dunamenti Erőmű meer elektriciteit had afgenomen dan waartoe zij verplicht was, aantoonde dat deze verplichting Dunamenti Erőmű geen voordeel had kunnen verschaffen.

51. De Commissie merkt op dat Dunamenti Erőmű, die geen kritiek heeft op de punten 113 en 114 van het bestreden arrest, evenmin opkomt tegen de vaststelling in punt 112 dat de minimumafnameverplichting verder ging dan volgens de gangbare handelspraktijken op de Europese energiemarkten gebruikelijk was, wat op zichzelf een reden is geweest om te menen dat de PPA haar een voordeel verschafte.

52. In repliek en tijdens de terechtzitting heeft Dunamenti Erőmű deze analyse van de Commissie, die in mijn ogen correct is, niet betwist.

53. Bijgevolg moet het vierde middel worden afgewezen.

C – *Vijfde middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de methode te bevestigen die de Commissie ter berekening van het steunbedrag heeft gehanteerd*

54. Met haar vijfde middel, dat betrekking heeft op de methode voor de berekening van het steunbedrag, stelt Dunamenti Erőmű dat als gevolg van het feit dat in de punten 185 tot en met 192 van het bestreden arrest haar inkomsten zijn onderzocht en niet haar winst, geen exact beeld kan worden gekregen van het voordeel dat de PPA haar zou hebben opgeleverd, aangezien de inkomsten ter dekking van de bijkomende brandstofkosten worden gekwalificeerd als een voordeel dat moet worden terugbetaald.

55. Onderzocht moet dus worden of het Gerecht terecht de door de Commissie gehanteerde methode heeft bevestigd, waarbij het terug te vorderen steunbedrag is berekend uitgaande van de inkomsten en niet van de winst.

56. Naar mijn mening moet dit middel om de door het Gerecht in de punten 187 en 188 van het bestreden arrest uiteengezette redenen worden afgewezen. Dunamenti Erőmű betwist niet dat de terugvordering van de steun bedoeld is om aan de begunstigde het voordeel te ontnemen dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten heeft genoten.[17] Het terug te vorderen voordeel moet dus worden berekend aan de hand van de bedragen die aan de begunstigde zijn uitgekeerd. Zoals de Commissie opmerkt, heeft het Gerecht dan ook terecht een benadering gevolgd die gebaseerd was op hetgeen door MVM aan Dunamenti Erőmű was betaald (dat wil zeggen op de inkomsten van Dunamenti Erőmű), en niet op de door deze laatste gerealiseerde winst.

57. Zoals de Commissie opmerkt, zou een terugvorderingsmethode die gebaseerd is op de behaalde winst en niet op de inkomsten, hoe dan ook tot absurde resultaten leiden, die de staatssteunregels elke nuttige werking zouden ontnemen. In zijn uiterste consequentie zou het standpunt van Dunamenti Erőmű betekenen dat telkens wanneer een onderneming haar producten of diensten wegens overheidssubsidie tegen een extreem lage prijs verkoopt, er toch geen sprake is van staatssteun omdat enkel haar inkomsten zijn toegenomen en niet haar winst. De staatssteunregels zijn echter juist bedoeld om dit soort mededingingsverstoringen aan te pakken.

58. Er kan ook niet worden ingestemd met het argument dat Dunamenti Erőmű ontleent aan het arrest Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627), erop neerkomend dat het Hof in de punten 30 tot en met 33 van dat arrest het beginsel heeft geformuleerd dat wanneer een steunmaatregel zowel tot extra winst als tot extra kosten leidt, het verschil tussen die extra winst en die extra kosten moet worden teruggevorderd.

17 — Zie met name arrest Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, punt 113).

59. In dat arrest, dat betrekking had op het voordeel dat groothandelaars-distributeurs haalden uit het feit dat zij niet waren onderworpen aan de heffing op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen, dat groter was dan de extra kosten die zij droegen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbare dienstverlening, heeft het Hof geoordeeld:

„32. Indien [...] blijkt dat de groothandelaars-distributeurs uit het feit dat zij niet zijn onderworpen aan de heffing op de rechtstreekse verkoop van geneesmiddelen een voordeel halen dat groter is dan de extra kosten die zij dragen om te voldoen aan de verplichtingen inzake openbare dienstverlening die hun bij de nationale regeling zijn opgelegd, kan het gedeelte van dit voordeel dat groter is dan deze extra kosten hoe dan ook niet als noodzakelijk worden beschouwd om deze marktdeelnemers hun bijzondere taak te laten vervullen.

33. Derhalve moet worden geantwoord, dat artikel [106], lid 2, [VWEU] aldus moet worden uitgelegd, dat het niet geldt voor een belastingvoordeel voor ondernemingen als bedoeld in het hoofdgeding die zijn belast met het beheer van een openbare dienst, voor zover dit voordeel groter is dan de extra kosten voor de openbare dienstverlening."

60. Hoewel er sprake is van met artikel 107 VWEU strijdige steun die moet worden teruggevorderd, in zoverre het bedrag aan overheidssubsidie de meerkosten van de publieke dienstverleningstaak overschrijdt, is dit beginsel dus duidelijk slechts van toepassing indien de begunstigde onder de werkingssfeer van artikel 106, lid 2, VWEU valt, dat wil zeggen wanneer hij belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, wat bij Dunamenti Erőmű niet het geval is.

61. Om deze redenen moet het vijfde middel worden afgewezen.

D – *Eerste middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de betrokken PPA als nieuwe steun te kwalificeren, zonder eerst te hebben vastgesteld of die PPA staatssteun inhield*

62. Met haar eerste middel stelt Dunamenti Erőmű dat het Gerecht in punt 60 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door haar PPA als „nieuwe staatssteun" in de zin van bijlage IV bij de Akte betreffende de toetreding van Hongarije te kwalificeren, zonder eerst te hebben nagegaan of aan de vier criteria voor staatssteun was voldaan. Dunamenti Erőmű verwijt het Gerecht in dit verband dat het zijn arrest ontoereikend heeft gemotiveerd en dat het een cirkelredenering heeft gevolgd.

63. Het eerste middel faalt in mijn ogen.

64. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, „is het Gerecht vrij in de wijze waarop het meent zijn redenering te moeten opbouwen en uiteenzetten om de voor hem aangevoerde middelen te beantwoorden. De in dit verband door het Gerecht gemaakte keuzes kunnen dan ook niet in hogere voorziening worden aangevochten met beweringen die beogen aan te tonen dat het Gerecht zijn redenering had moeten opbouwen op de door de rekwirant verwachte wijze".[18]

65. In het onderhavige geval heeft het Gerecht zich inderdaad eerst uitgesproken over de vraag of de betrokken steun bestaande dan wel nieuwe steun was (punten 49-60 van het bestreden arrest), en pas daarna onderzocht of de PPA staatssteun inhield (punten 74-98 en 110-121 van het bestreden arrest). Ik meen echter niet dat deze opbouw van de motivering de redenering van het Gerecht heeft beïnvloed.

18 — Arrest British Telecommunications/Commissie (C-620/13 P, EU:C:2014:2309, punt 29).

66. Hoe dan ook heeft het Gerecht, zoals de Commissie opmerkt, alle door Dunamenti Erőmű in het kader van haar eerste twee middelen aangevoerde argumenten van de hand gewezen.

67. Ik ben het ook eens met de vaststelling van de Commissie dat de conclusie van het Gerecht dat de betrokken PPA staatssteun inhield, niet afhing van zijn eerdere conclusie dat er sprake was van nieuwe steun. De redenering van het Gerecht is bijgevolg in geen enkel opzicht een cirkelredenering.

68. Om deze redenen dient het eerste middel te worden afgewezen.

E – *Tweede middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat de datum van de toetreding van Hongarije tot de Unie het relevante tijdstip was voor de beoordeling of aan de vier criteria voor staatssteun was voldaan*

69. Met haar tweede middel verwijt Dunamenti Erőmű het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de datum van de toetreding van Hongarije tot de Unie, dat wil zeggen 1 mei 2004, als referentiedatum te nemen voor de beoordeling of de betrokken PPA staatssteun was, zoals ook de Commissie in de overwegingen 156 tot en met 173 van de litigieuze beschikking had gedaan.

70. Met het eerste onderdeel van dit middel stelt Dunamenti Erőmű dat het Gerecht in de punten 55 en 65 van het bestreden arrest een onjuiste rechtsopvatting heeft vertolkt omdat, anders dan in die punten wordt geconcludeerd, bijlage IV bij de Toetredingsakte geen enkele bepaling bevat waaruit blijkt of kan worden afgeleid wat de referentiedatum is voor de beoordeling of een overheidsmaatregel staatssteun inhoudt.

71. Met het tweede onderdeel van dit middel betoogt Dunamenti Erőmű dat de redenering die het Gerecht heeft gevolgd om zijn keuze voor de referentiedatum voor de beoordeling of er sprake is van een steunmaatregel (en, met name, van een voordeel voor de begunstigde, gelet op het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie), te motiveren, in strijd is met de „rechtspraktijk", te weten de richtsnoeren en de beschikkingspraktijk van de Commissie alsook de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie.

1. Eerste onderdeel

72. Zoals het Gerecht in punt 50 van het arrest Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65) heeft opgemerkt, „gelden voor overheidsmaatregelen die vóór de toetreding ten uitvoer zijn gelegd maar na deze toetreding nog steeds van toepassing zijn en voorts op het tijdstip van de toetreding voldoen aan de vier cumulatieve criteria van artikel [107], lid 1, [VWEU], de specifieke regels van bijlage IV bij de Toetredingsakte, hetzij als bestaande steun in de zin van artikel [108], lid 1, [VWEU] wanneer zij tot een van de drie in die bijlage genoemde categorieën behoren, hetzij als nieuwe steun voor de toepassing van artikel [108], lid 3, [VWEU] bij de toetreding wanneer zij niet tot een van deze drie categorieën behoren".

73. Punt 1 van titel 3, getiteld „Mededingingsbeleid", van bijlage IV bij de Toetredingsakte bepaalt:

„1. Bij de toetreding worden de volgende steunregelingen en individuele steun die in een nieuwe lidstaat vóór de toetredingsdatum ten uitvoer zijn gebracht en na die datum nog steeds van toepassing zijn, als bestaande steun in de zin van artikel [108], lid 1, [VWEU] aangemerkt:

a) vóór 10 december 1994 ten uitvoer gebrachte steunmaatregelen;

b) in het aanhangsel bij deze bijlage opgenomen steunmaatregelen;

c) steunmaatregelen die vóór de toetredingsdatum zijn beoordeeld door de toezichthoudende autoriteit inzake overheidssteun van de nieuwe lidstaat en verenigbaar met het acquis zijn bevonden, waartegen de Commissie geen bezwaar heeft aangetekend vanwege ernstige twijfel aan de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt overeenkomstig de procedure van punt 2.

Alle na de datum van toetreding nog toepasselijke maatregelen die overheidssteun vormen en niet aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoen, worden voor de toepassing van artikel [108], lid 3, van het [VWEU] bij de toetreding als nieuwe steun aangemerkt.

[...]"

74. Dunamenti Erőmű is van mening dat deze bepaling niet de datum noemt waarop een overheidsmaatregel aan de staatssteunregels moet worden getoetst. Zij heeft slechts betrekking op de vraag of een steunmaatregel die bij de toetreding nog van toepassing is (die, volgens het gewone spraakgebruik, op dat moment „bestaat"), gelet op de Toetredingsakte als bestaande of als nieuwe steun moet worden aangemerkt. Dit betekent volgens Dunamenti Erőmű dat een maatregel die geen steun inhield op het moment waarop hij werd genomen, niet binnen de werkingssfeer van deze bepaling valt. Zij meent dan ook dat het Gerecht als referentiedatum de datum had moeten nemen waarop de PPA in december 1995 werd gesloten.

75. Ik ben het niet eens met deze zienswijze, die volgens mij de in de Toetredingsakte aan de term „bestaande" gegeven definitie verwart met de betekenis die deze term in het normale spraakgebruik heeft. Een steunmaatregel die bestaat in de gebruikelijke zin van het woord, zoals het geval is bij de PPA, die reeds was afgesloten toen hij door de Commissie werd onderzocht, kan namelijk nieuwe steun in de zin van de Toetredingsakte zijn wegens het enkele feit dat hij niet onder de door de Toetredingsakte aan het begrip „bestaande steun" gegeven definitie valt.

76. Ik verwijs in dit verband naar de punten 60 tot en met 64 van het arrest OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), dat betrekking had dezelfde bepaling van die Toetredingsakte, toegepast op een garantie die de Hongaarse Staat in 2001, dat wil zeggen drie jaar vóór de toetreding van Hongarije tot de Unie, had verleend. Aangezien de betrokken garantie aan geen van de drie voorwaarden van bijlage IV, titel 3, bij de Toetredingsakte voldeed, heeft het Hof geoordeeld dat zij „in dat geval als een nieuwe steunmaatregel [moest] worden beschouwd".[19]

77. Zoals het Gerecht in punt 59 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, behoort ook in het onderhavige geval de betrokken PPA tot geen van de drie categorieën van steunmaatregelen die volgens punt 1, eerste alinea, van titel 3 van bijlage IV bij de Toetredingsakte als bestaande steun worden aangemerkt. De PPA is niet vóór 10 december 1994 ten uitvoer gebracht, staat niet vermeld in het aanhangsel bij deze bijlage en is niet vóór de toetredingsdatum door de Hongaarse toezichthoudende autoriteit inzake overheidssteun beoordeeld en verenigbaar met het acquis bevonden, zonder dat de Commissie daartegen bezwaar heeft aangetekend.

19 — Arrest OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, punt 64). In dit verband moet worden gewezen op de conclusie van het scheidsgerecht, dat heeft geoordeeld dat Electrabel niet het benodigde bewijs had geleverd ter onderbouwing van haar stelling dat Hongarije zijn verplichtingen ingevolge artikel 10 van het Verdrag inzake het Energiehandvest had geschonden door niet al het noodzakelijke te doen om ervoor te zorgen dat de PPA's onder de definitie van „bestaande steun" in de zin van bijlage IV zouden vallen. Zie in die zin *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, punt 6.66.

78. Bovendien zou de inaanmerkingneming van een eerdere datum, zoals de datum waarop de PPA werd gesloten, niet in overeenstemming zijn met de wil van de opstellers van de Toetredingsakte, die, zoals het Gerecht in punt 60 van het bestreden arrest heeft geoordeeld [20], wilden afwijken van de vroegere rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie, volgens welke „als bestaande steunmaatregelen [moesten] worden beschouwd steunmaatregelen die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag of de toetreding van de betrokken lidstaat tot de [Unie] waren vastgesteld” [21].

79. Hoe dan ook, zoals het Gerecht in punt 65 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, „valt uit de tekst van bijlage IV bij de Toetredingsakte duidelijk op te maken dat een maatregel die niet als staatssteun werd beschouwd toen hij werd ingevoerd, later wel dergelijke steun kan worden”. [22]

80. Zoals de Commissie in overweging 165 van de litigieuze beschikking opmerkt, konden namelijk „de PPA's, die voorafgaand aan toetreding tot de geliberaliseerde interne markt voor energie onder substantieel andere economische omstandigheden (zoals wordt erkend door de belanghebbenden) [waren] aangegaan, alleszins staatssteun [...] worden in de nieuwe juridische en economische omstandigheden [die een gevolg waren van de toetreding tot de Unie]”.

81. Zoals het Gerecht in punt 58 van zijn arrest Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65) heeft geoordeeld, heeft Hongarije „na de inwerkingtreding van de PPA's, aanvankelijk op eigen initiatief, later ter uitvoering van de op de interne elektriciteitsmarkt toepasselijke Uniewetgeving, het rechtskader waarbinnen de elektriciteitsproducenten hun activiteit uitoefenden, aanzienlijk gewijzigd”.

82. Het was dus aan achtereenvolgens de Commissie en – in het kader van het beroep tot nietigverklaring – het Gerecht om te onderzoeken of de PPA's ten tijde van de toetreding van Hongarije tot de Unie, en in het kader van een geliberaliseerde elektriciteitsmarkt, staatssteun vormden, en zo ja, of die steun als nieuwe dan wel als bestaande steun in de zin van bijlage IV bij de Toetredingsakte moest worden aangemerkt.

83. Voor zover de PPA een steunmaatregel is, lijdt het bijgevolg geen enkele twijfel dat het dan om nieuwe steun in de zin van de Toetredingsakte gaat.

2. Tweede onderdeel

84. Wat de argumenten van Dunamenti Erőmű betreft die zijn ontleend aan de „rechtspraktijk” van de Commissie en van de rechterlijke instanties van de Unie, breng ik in herinnering dat, zoals de Commissie opmerkt, het Hof zich reeds heeft uitgesproken vóór de toetredingsdatum als referentiedatum.

85. Zoals het Hof namelijk reeds met betrekking tot de in bijlage V bij de Toetredingsakte van Bulgarije opgenomen bepaling (die correspondeert met punt 1 van titel 3 van bijlage IV bij de Toetredingsakte van Hongarije) heeft geoordeeld, „gelden voor maatregelen die vóór deze toetreding ten uitvoer zijn gelegd maar na deze toetreding nog steeds van toepassing zijn en voorts *op het tijdstip van de toetreding* voldoen aan de cumulatieve criteria van artikel [107], lid 1, [VWEU], de

20 — Zie in die zin ook arrest Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65, punt 60).

21 — Arrest Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, punt 19). Zie in die zin ook arresten Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, punt 48) en Alzetta e.a./Commissie (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 en T-23/98, EU:T:2000:151, punt 142).

22 — Zie in die zin ook arrest Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65, punt 54).

specifieke regels van bijlage V bij de Toetredingsakte, hetzij als bestaande steun in de zin van artikel [108], lid 1, [VWEU] wanneer zij tot een van de drie in deze bijlage genoemde categorieën behoren, hetzij voor de toepassing van artikel [108], lid 3, [VWEU] bij de toetreding als nieuwe steun wanneer zij niet tot een van deze drie categorieën behoren”. [23]

86. Naar mijn mening blijkt uit deze rechtspraak dat de Commissie en het Gerecht in casu de in de bijlage bij de Akte betreffende de toetreding van Hongarije tot de Unie opgenomen bepalingen correct hebben toegepast.

87. Zoals de Commissie beklemtoont, heeft hoe dan ook geen van de door Dunamenti Erőmű aangehaalde arresten van het Gerecht en van het Hof [24] betrekking op maatregelen die een lidstaat vóór zijn toetreding tot de Unie heeft genomen en die na die toetreding nog steeds van toepassing zijn. Aangezien in die zaken niet de vraag speelde in hoeverre de temporele beperkingen van de bevoegdheden van de Unie moesten worden gerespecteerd, is het geenszins verbazingwekkend dat de rechterlijke instanties van de Unie hebben geoordeeld dat het bestaan van de steunmaatregel moest worden beoordeeld naar de omstandigheden op het moment van toekenning van de steun.

88. Wat betreft de praktijk van de Commissie om bij de analyse van een vóór de toetreding van een lidstaat genomen steunmaatregel ook rekening te houden met de situatie vóór die toetreding [25], merk ik op dat de door Dunamenti Erőmű genoemde beslissingen van de Commissie [26] geen steun bieden aan het door haar verdedigde standpunt dat de referentiedatum de datum zou moeten zijn waarop de steun werd verleend.

89. Wat om te beginnen beschikking 2008/214 van de Commissie in de zaak GE Capital Bank betreft, wijs ik erop dat de betrokken steunmaatregelen bestonden in garanties en schadeloosstellingen en in een putoptie, die door de Tsjechische Staat waren verleend in het kader van de herstructurering en privatisering van de bank AGB.

90. Hoewel die maatregelen vóór de toetreding van de Tsjechische Republiek tot de Unie waren genomen, bleven zij „ook na de toetreding van toepassing” [27], in die zin dat de begunstigden er na de toetreding nog van konden profiteren. De Commissie heeft dus wel degelijk de toetredingsdatum als referentiedatum genomen.

91. De steunmaatregel waarom het ging in beschikking 2009/174 van de Commissie in de zaak Postabank, bestond in een schadeloosstelling voor onbekende vorderingen, die de Hongaarse Staat in het kader van de herstructurering en privatisering van Postabank had toegekend ten gunste van Erste Bank als koper van Postabank.

23 — Zie arrest Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, punt 52). Cursivering van mij. Zie in die zin ook arrest Rousse Industry/Commissie (T-489/11, EU:T:2013:144, punten 61-64, 66 en 67).

24 — Zie arresten Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2002:294, punten 71 en 76-83), Commissie/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punt 104), Cityflyer Express/Commissie (T-16/96, EU:T:1998:78, punt 76), Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/Commissie (T-228/99 en T-233/99, EU:T:2003:57, punt 246) en Nederland/Commissie (T-29/10 en T-33/10, EU:T:2012:98, punt 78).

25 — Wat enigszins paradoxaal is in het licht van het door de Commissie in de onderhavige zaak verdedigde standpunt (zie mijn analyse van het derde onderdeel van het derde middel in de punten 125-127 van deze conclusie).

26 — Het betreft beschikking 2008/214/EG van 18 juli 2007 betreffende steunmaatregel C 27/2004 door de Tsjechische Republiek ten uitvoer gelegd ten gunste van GE Capital Bank a.s. en GE Capital International Holdings Corporation, USA (PB L 67, blz. 3), beschikking 2009/174/EG van 21 oktober 2008 betreffende steunmaatregel C 35/04 ten uitvoer gelegd door Hongarije ten gunste van Postabank en Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt. (PB L 62, blz. 14), en besluit 2010/690/EU van 4 augustus 2010 betreffende de door Polen toegekende steunmaatregel C 40/08 (ex N 163/08) ten gunste van PZL Hydral SA (PB L 298, blz. 51).

27 — Beschikking 2008/214, overweging 58.

92. Zoals de Commissie in overweging 47 van haar beschikking heeft geoordeeld, betrof het een nog na de toetreding van toepassing zijnde steunmaatregel die, zoals ook bij de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde steunmaatregel het geval is, moest worden beschouwd als nieuwe steun in de zin van dezelfde Toetredingsakte.

93. Hetzelfde geldt voor besluit 2010/690 van de Commissie in de zaak PZL Hydral, dat betrekking had op steunmaatregelen in het kader van een reddingsplan ten behoeve van deze onderneming, waaronder het niet-invorderen van schulden van PZL Hydral aan de overheid over de periode 1998-2007.

94. Hoewel de niet-ingevorderde schulden opeisbaar waren geworden vóór de toetreding van de Republiek Polen tot de Unie, en na die toetreding opeisbaar bleven, was die maatregel onderdeel van een reddingsplan dat was vastgesteld in 2007, dat wil zeggen drie jaar na de toetreding. Hieruit volgt dat ook in die zaak als referentiedatum de datum van de toetreding van de Republiek Polen tot de Unie gold, en niet de datum waarop de betrokken steun was verleend.

95. Opgemerkt moet worden dat de Commissie in al die beslissingen rekening heeft gehouden met de situatie vóór de toetreding, wat Dunamenti Erőmű haar verwijt in haar geval niet te hebben gedaan. In het geval van Dunamenti Erőmű gaat het echter om de vraag of de Commissie in gevallen als het onderhavige bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder rekening dient te houden met feiten die dateren van vóór de toetreding, zoals de privatisering en de daarmee beoogde doelen, en het intrinsieke verband tussen die privatisering en de PPA. Deze vraag (waarop ik bij de bespreking van het derde middel zal terugkomen) is een andere dan die waarbij het erom gaat welke datum als referentiedatum geldt voor de beoordeling of een overheidsmaatregel als staatssteun moet worden aangemerkt.

96. Om deze redenen moet het tweede middel worden afgewezen.

F – *Derde middel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich op het standpunt te stellen dat de PPA Dunamenti Erőmű een voordeel verschafte in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU*

97. Met haar derde middel verwijt Dunamenti Erőmű het Gerecht in de punten 67 tot en met 70 van het bestreden arrest blijk te hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting in zoverre het, door 1 mei 2004 als referentiedatum te kiezen, haar privatisering buiten beschouwing heeft gelaten bij de beoordeling of er sprake was van staatssteun. Volgens Dunamenti Erőmű kon de beoordeling of haar PPA staatssteun inhield, niet rechtmatig worden verricht zonder rekening te houden met haar privatisering en met de context waarbinnen deze had plaatsgevonden, aangezien de PPA een maatregel was die voorafging aan de privatisering en daardoor onderdeel was van het pakket aan privatiseringsmaatregelen.

98. In de punten 49 tot en met 66 van haar verzoekschrift in hogere voorziening voert Dunamenti Erőmű vervolgens drie argumenten aan om aan te tonen dat het Gerecht, als het de omstandigheden rond de privatisering in aanmerking had genomen, zou hebben geoordeeld dat de PPA haar geen voordeel had opgeleverd, of dan toch in elk geval dat zij dat voordeel niet had behouden.

99. Dunamenti Erőmű stelt in de eerste plaats dat MVM had gehandeld als een particuliere investeerder die erop uit was haar zo goed mogelijk te verkopen (punten 49-54 van het verzoekschrift in hogere voorziening).

100. Zij voert in de tweede plaats aan dat, zelfs al zou de PPA haar een voordeel hebben verschaft, dit voordeel hoe dan ook is gecompenseerd door het feit dat zij na de aanbestedingsprocedure door Electrabel is gekocht (punten 55-62 van het verzoekschrift in hogere voorziening).

101. In de derde plaats heeft volgens Dunamenti Erőmű de toetreding van Hongarije het tussen de PPA en haar privatisering bestaande verband niet gewijzigd en op geen enkele wijze afgedaan aan het feit dat de PPA haar geen enkel voordeel heeft verschaft (punten 63-67, gelezen in samenhang met de punten 41-62 van het verzoekschrift in hogere voorziening).

1. Ontvankelijkheid

102. Volgens de Commissie heeft het derde middel betrekking op een feitelijke vraag en is het dus niet-ontvankelijk. Aangezien het Gerecht de datum van de toetreding van Hongarije tot de Unie als referentiedatum voor de beoordeling van het bestaan van staatssteun heeft beschouwd, heeft het volgens de Commissie in de punten 68 tot en met 70 van het bestreden arrest ook terecht geoordeeld dat, om te bepalen of de PPA Dunamenti Erőmű een voordeel had verschaft, slechts moest worden uitgegaan van die datum en van de op diezelfde datum voorzienbare ontwikkeling van de situatie.

103. Ik ben het niet eens met deze zienswijze van de Commissie, waaraan in mijn ogen een verkeerde lezing van het verzoekschrift in hogere voorziening ten grondslag ligt. Dit middel heeft namelijk geen betrekking op de vraag welke gegevens met de periode vanaf 1 mei 2004 in verband kunnen worden gebracht, maar op de vraag of het Gerecht, ook al was 1 mei 2004 de referentiedatum, bij zijn beoordeling bepaalde gegevens buiten beschouwing mocht laten enkel omdat zij van vóór die datum dateerden. Het zou dan met name gaan om het intrinsieke verband tussen de privatisering van Dunamenti Erőmű en de met haar afgesloten PPA.

2. Ten gronde

a) Derde onderdeel, betreffende de weigering van het Gerecht om bij zijn toetsing van de litigieuze beschikking op het punt van de vraag of er sprake was van staatssteun, de omstandigheden rond de privatisering van Dunamenti Erőmű in aanmerking te nemen omdat zij dateerden van vóór de toetredingsdatum

104. Met haar derde onderdeel verwijt Dunamenti Erőmű het Gerecht in de punten 68 tot en met 70 van het bestreden arrest ten onrechte te hebben geoordeeld dat haar in punt 67 van dat arrest uiteengezette argumenten, „die in hoofdzaak gebaseerd [waren] op de omstandigheden rond de privatisering medio jaren negentig, [moesten] worden afgewezen gelet op de relevante periode voor de beoordeling van de PPA's, die op 1 mei 2004 [begon]" [28].

105. Vooropgesteld moet worden dat de Commissie noch het Gerecht het intrinsieke verband tussen de met Dunamenti Erőmű afgesloten PPA en haar privatisering heeft betwist. In overweging 174 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie immers erop gewezen dat „de meeste energieproducenten [...] hebben erkend dat zij niet in de centrales hadden kunnen investeren zonder de garanties die geboden werden door de PPA's", en dat een van die producenten had aangevoerd dat „[d]e PPA's [...] een belangrijk element [waren] voor de banken om in te stemmen met het financieren van de investering en het op continue basis voorfinancieren van de exploitatiekosten".

106. In overweging 186 van de litigieuze beschikking heeft de Commissie opgemerkt dat „in de marktomstandigheden medio de jaren negentig in Hongarije het basisprincipe van de PPA's, namelijk het gegarandeerde rendement van investering, de cruciale voorwaarde was waaronder de noodzakelijke investeringen konden plaatsvinden".

28 — Punt 68.

107. Zoals ik in de punten 5 tot en met 11 van deze conclusie heb opgemerkt, is het duidelijk dat het afsluiten van de PPA's met de elektriciteitscentrales en de privatisering van die centrales onderdeel waren van dezelfde operatie en dat die feiten niet los van elkaar kunnen worden onderzocht.

108. Dunamenti Erőmű verwijt het Gerecht dus dat het heeft ingestemd met de benadering van de Commissie – die enerzijds heeft erkend dat de PPA in de context van de privatisering een „cruciale voorwaarde" was voor een winstgevende verkoop of een verkoop „tegen marktvoorwaarden" van Dunamenti Erőmű, en anderzijds deze „cruciale voorwaarde" volledig buiten beschouwing heeft gelaten bij haar toetsing van de PPA aan de staatssteunregels – en daarmee het criterium van de particuliere investeerder onjuist heeft toegepast.

109. Volgens de Commissie moet dit betoog van de hand worden gewezen indien het Gerecht terecht heeft vastgesteld dat de datum van de toetreding van Hongarije tot de Unie de relevante referentiedatum was, in welk geval geen rekening zou hoeven te worden gehouden met operaties die bijna tien jaar vóór die datum hebben plaatsgevonden.

110. Tijdens de terechtzitting heeft de Commissie opgemerkt dat „wat zich vóór de toetreding van een lidstaat tot de Unie in die lidstaat afspeelt, om het bot te zeggen, vanuit het oogpunt van de staatssteunregels niet ter zake doet, tenzij dit een weerslag heeft op de interne markt na de toetreding"[29]. Volgens de Commissie is de keuze om alle van vóór de toetredingsdatum daterende gegevens buiten beschouwing te laten, vooral als het daarbij gaat om de doelstellingen die MVM met de privatisering van 1995 heeft nagestreefd, ingegeven door de Toetredingsakte en door de wil van de opstellers ervan, die moeten worden gerespecteerd.

111. Ik ben het niet met deze zienswijze van de Commissie eens.

112. Naar mijn mening is het nut van de toetredingsdatum als referentiedatum primair dat het tijdstip wordt bepaald waarop moet worden nagegaan of de maatregel die staatssteun kan inhouden, nog van toepassing is. Is dat niet geval, dan kan hij door de Commissie niet meer aan de staatssteunregels worden getoetst.[30]

113. Indien de betrokken maatregel, zoals in het onderhavige geval, op het tijdstip van de toetreding nog steeds van toepassing is, dient de referentiedatum tevens ter bepaling van het tijdstip waarop moet worden beoordeeld of de maatregel staatssteun inhoudt, wetende dat een maatregel die geen staatssteun inhoudt op het moment waarop hij wordt genomen, in geval van een wijziging van de structuur van de betrokken markt later toch staatssteun kan worden.[31]

114. Dat de toetredingsdatum als referentiedatum wordt genomen, betekent daarentegen niet automatisch dat, zoals het Gerecht in de punten 68 tot en met 70 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, van vóór die datum daterende gegevens die van belang zouden zijn voor een correcte toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, niet in aanmerking kunnen worden genomen.

115. Overigens heeft het Hof, zij het buiten de specifieke context van een toetreding, het belang beklemtoond van een globale beoordeling van alle relevante feiten bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder. Zo heeft het in punt 86 van zijn arrest Commissie/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318) verklaard dat het „aan de Commissie [staat] om een *globale beoordeling* te verrichten rekening houdend niet alleen met de door [de] lidstaat verstrekte gegevens maar ook met alle andere

29 — Vrij vertaald („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 — Zie a contrario de beschikkingen 2008/214 en 2009/174 alsmede besluit 2010/690 van de Commissie.

31 — Zie de punten 79-82 van deze conclusie.

relevante gegevens van de zaak op basis waarvan kan worden uitgemaakt of de lidstaat de betrokken maatregel heeft genomen in zijn hoedanigheid van aandeelhouder dan wel als overheid. In dit verband *kunnen met name relevant zijn* [...] de aard en het voorwerp van deze maatregel, *de context waarin hij is genomen, alsmede de daarmee nagestreefde doelstelling* en [de] regels waaraan deze maatregel is onderworpen". [32]

116. In de punten 104 en 105 van dat arrest heeft het Hof vervolgens daaraan toegevoegd dat „de Commissie [...] slechts [mag] weigeren deze informatie te onderzoeken indien de overgelegde bewijsstukken dateren *van na het tijdstip* waarop de beslissing om de betrokken investering te doen is genomen", en dat „alleen de gegevens die beschikbaar en de evoluties die voorzienbaar zijn op het ogenblik waarop de beslissing om de investering te doen is genomen, relevant zijn voor de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder. Dit geldt [*zelfs wanneer] zoals in casu de Commissie onderzoekt of sprake is van staatssteun met betrekking tot een investering die niet bij haar is aangemeld en door de betrokken lidstaat reeds ten uitvoer is gelegd op het tijdstip waarop zij haar onderzoek voert*". [33]

117. In punt 41 van het arrest Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, EU:C:2003:252) heeft het Hof bij zijn beoordeling van het criterium van de particuliere investeerder in verband met de herkapitalisatie van een onderneming in 1994, rekening gehouden met het nettoresultaat over het boekjaar 1993 en met het feit dat „dit resultaat kader[de] in een context van economische recessie, die leidde tot een groeivertraging, een sterkere concurrentie en een gevoelige prijsdaling in de Europese sector van de consumentenelektronica, waarvan de neergang in 1992 was begonnen", waarna het tot de slotsom is gekomen dat een particuliere investeerder de betrokken kapitaalinbreng niet zou hebben gedaan.

118. Eveneens buiten de specifieke context van een toetreding heeft het Hof een Commissiebeschikking met name nietig verklaard omdat „de Commissie het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie verkeerd [had] toegepast, aangezien zij voor het onderzoek van de aan Stardust verstrekte leningen en garanties niet [was] uitgegaan van de periode waarin zij [waren] toegekend" [34].

119. Deze overwegingen zijn ook van toepassing in een geval als het onderhavige, waarin de aan de orde zijnde maatregel vóór de toetreding van de betrokken lidstaat tot de Unie is genomen. Het gevaar bestaat namelijk dat de – door het Gerecht goedgekeurde – toepassing van het criterium van de particuliere investeerder door de Commissie, en de daaruit voortvloeiende beoordeling van het bestaan van staatssteun, artificieel worden wanneer, zoals het Gerecht in de punten 68 tot en met 70 van het bestreden arrest heeft betoogd, relevante gegevens buiten beschouwing moeten worden gelaten enkel omdat zij van vóór de toetredingsdatum dateren.

120. Dat artificiële zou hem hierin zitten, dat bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder de vraag wordt gesteld „of onder de omstandigheden die van kracht waren toen Hongarije toetrad tot de Europese Unie een marktexploitant aan de producenten een soortgelijke garantie zou hebben gegeven als de garantie die vervat is in de PPA's" [35], zonder dat daarbij een hypothetische marktdeelnemer in aanmerking wordt genomen die, zoals de Hongaarse Staat in 1995, een elektriciteitscentrale wilde verkopen waarvan de fysieke en financiële situatie zodanig was, dat geen enkele investeerder voldoende garanties kon hebben dat hij zijn activiteiten zou kunnen voortzetten en kon weten wat hij op de lange termijn van zijn investeringen kon verwachten, en die tegelijkertijd de in punt 5 van deze conclusie genoemde privatiseringsdoelstellingen nastreefde.

32 — Cursivering van mij. Zie in die zin ook arrest Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, EU:C:2003:252, punt 41).

33 — Cursivering van mij.

34 — Arrest Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2002:294, punt 81).

35 — Punt 177 van de litigieuze beschikking.

121. Hoewel bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder de vraag moet worden gesteld of op het tijdstip van de toetreding een hypothetische marktdeelnemer op dezelfde wijze zou hebben gehandeld als de staat, kunnen relevante feitelijke omstandigheden die aan de betrokken steunmaatregel ten grondslag hebben gelegen, niet buiten beschouwing worden gelaten enkel omdat zij van vóór de toetredingsdatum dateren. De situatie van de staat en die van de hypothetische marktdeelnemer zouden dan namelijk niet vergelijkbaar zijn, waardoor elk van hen tot andere keuzen zou kunnen worden gedwongen.

122. Dit betekent dat men zich bij een correcte toepassing van het criterium van de particuliere investeerder zou moeten afvragen wat een hypothetische marktdeelnemer, geconfronteerd met de economische omstandigheden van 1995, in een markt die op het punt stond om te worden geliberaliseerd[36], op 1 mei 2004 zou hebben gedaan om Dunamenti Erőmű zo goed mogelijk te verkopen, terwijl hij tegelijkertijd dezelfde economische en commerciële doelstellingen nastreefde als de Hongaarse Staat in 1995, te weten het waarborgen van de voorzieningszekerheid tegen de laagst mogelijke kosten, het moderniseren van de infrastructuur met inachtneming van de geldende milieunormen, en het realiseren van de noodzakelijke herstructurering van de elektriciteitssector.

123. Anders dan de Commissie ter terechtzitting heeft betoogd, meen ik niet dat deze toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in strijd is met de Toetredingsakte of met de wil van de opstellers ervan. De PPA moet immers weliswaar worden beschouwd als nieuwe steun in de zin van de Toetredingsakte, dat wil zeggen steun die voor het eerst is toegekend op 1 mei 2004, maar niets in de Toetredingsakte belet de Commissie om bij de toepassing van dat criterium de economische en commerciële doelstellingen in aanmerking te nemen die MVM met het afsluiten van de PPA nastreefde.

124. Ik ben dan ook de mening toegedaan dat bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder op het tijdstip van de toetreding, van vóór de toetreding daterende relevante gegevens in aanmerking kunnen worden genomen.

125. Paradoxaal genoeg komt deze zienswijze, zoals ik reeds heb opgemerkt[37] en zoals Dunamenti Erőmű in het kader van haar tweede middel heeft betoogd, overeen met de praktijk van de Commissie zoals die met name wordt weerspiegeld in haar beschikkingen GE Capital Bank en Postabank en in haar besluit PZL Hydral, waarin zij bij haar beoordeling van het bestaan van staatssteun steevast feitelijke omstandigheden in aanmerking heeft genomen die dateerden van vóór de referentiedatum[38], te weten de datum van de toetreding van de betrokken lidstaten tot de Unie.

126. Ik verwijs meer in het bijzonder naar beschikking 2009/174 in de zaak Postabank, die eveneens betrekking had op een door Hongarije vóór zijn toetreding tot de Unie ten uitvoer gelegde steunmaatregel. In de overwegingen 55 en 56 van die beschikking heeft de Commissie – naar ik meen terecht – geoordeeld dat „[b]ij de beoordeling van de handelingen van de Hongaarse autoriteiten valt op te merken dat, in het licht van het beginsel van de ‚particuliere investeerder in een markteconomie'

36 — Het proces van liberalisering van de Europese elektriciteitsmarkt is in gang gezet met richtlijn 96/92, die tot doel had de elektriciteitsmarkt open te stellen voor concurrentie. Het tijdschema voor de liberalisering werd vastgelegd in richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB L 176, blz. 37), die uiterlijk op 1 juli 2004 moest worden omgezet wat niet-huishoudelijke afnemers betrof, en uiterlijk op 1 juli 2007 voor huishoudelijke afnemers. Op de referentiedatum stond de Hongaarse elektriciteitsmarkt dus op het punt om te worden geliberaliseerd.

37 — Zie de punten 89-94 van deze conclusie.

38 — Zie met name de overwegingen 81 en 82 van beschikking 2008/214, overweging 57 van beschikking 2009/174, en de overwegingen 169 e.v. van besluit 2010/690.

in 2003, de Commissie de manier waarop Postabank geprivatiseerd werd niet in vraag stelt en [erkent] dat zij verkocht werd aan de hoogste bieder in een open concurrerende aanbestedingsprocedure", en dat „[d]it [...] echter niet voldoende [is] om in dit geval het bestaan van een voordeel uit te sluiten". [39]

127. Naar mijn mening wordt met deze passage het juiste standpunt vertolkt, namelijk dat in een geval als het onderhavige de relevante omstandigheden die dateren van vóór de toetreding, bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in aanmerking moeten worden genomen, zonder dat dit op zichzelf voldoende is om het bestaan van een voordeel uit te sluiten.

128. Uit het voorgaande volgt dat het Gerecht, door bij zijn toetsing van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder de argumenten van Dunamenti Erőmű af te wijzen die waren ontleend aan het feit dat de Commissie bij het intrinsieke verband tussen de PPA en de privatisering buiten beschouwing had gelaten, enkel omdat dit een gegeven was dat van vóór de toetreding van Hongarije dateerde, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, zodat zijn arrest op dit punt moet worden vernietigd.

b) Eerste onderdeel, betreffende het bestaan van een voordeel voor Dunamenti Erőmű als gevolg van de PPA die met haar is afgesloten door MVM, die daarmee zou hebben gehandeld als een particuliere investeerder die trachtte Dunamenti Erőmű zo goed mogelijk te verkopen

129. Volgens Dunamenti Erőmű heeft de PPA haarzelf en Electrabel geen enkel voordeel verschaft, aangezien MVM, door met haar de PPA af te sluiten op 10 oktober 1995, net zoals een particuliere investeerder simpelweg erop uit was een zo groot mogelijke opbrengst uit haar verkoop te halen.

130. Dit argument kan niet worden aanvaard, aangezien het feit dat Dunamenti Erőmű is geprivatiseerd via een open, op mededinging gebaseerde aanbesteding en het feit dat zij aan de hoogste bieder (namelijk Electrabel) is verkocht, slechts relevant zouden zijn indien de verkoop van Dunamenti Erőmű zelf de maatregel was die staatssteun zou kunnen inhouden. Dit is echter in casu niet het geval, aangezien de aan de orde zijnde maatregel de door MVM met Dunamenti Erőmű afgesloten PPA is.

131. Bovendien stelt de Commissie terecht dat Dunamenti Erőmű de vraag of aan Electrabel als haar koper een voordeel is verschaft, verwart met de vraag of zij zelf een voordeel heeft genoten. Het feit dat er geen sprake is geweest van een voordeel voor Electrabel, sluit immers het bestaan van een voordeel voor Dunamenti Erőmű niet uit.

132. Ik meen dan ook dat de aan het arrest AceaElectrabel/Commissie (T-303/05, EU:T:2009:312) ontleende argumenten waarmee Dunamenti Erőmű wil aantonen dat zij met Electrabel één enkele economische eenheid vormde, op geen enkele wijze kunnen afdoen aan de bovenstaande analyse. Zelfs als Electrabel en Dunamenti Erőmű als één economische eenheid werden beschouwd, zou dit immers niet uitsluiten dat een voordeel is verschaft aan deze eenheid, die van de PPA zou hebben geprofiteerd.

133. Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn afwijzing van het door Dunamenti Erőmű aangevoerde argument dat MVM, door met haar de betrokken PPA af te sluiten, heeft gehandeld als een particuliere investeerder die erop uit was haar zo goed mogelijk te verkopen.

39 — Ik zie niet in waarom de beschikking van de Commissie in de zaak Postabank, zoals het Gerecht meent, in dit verband van geen belang zou zijn enkel omdat zij betrekking heeft op een specifiek geval en op geen enkele wijze verband houdt met de litigieuze beschikking (zie arrest Tisza Erőmű/Commissie, T-468/08, EU:T:2014:235, punt 89).

c) Tweede onderdeel, betreffende de vraag of de steun moet worden teruggevorderd van de verkochte onderneming dan wel van de verkoper, wanneer de waarde van de steun in de privatiseringsprijs was begrepen

i) Argumenten van partijen

134. Dunamenti Erőmű is van mening dat, zelfs als zou haar vóór haar privatisering een voordeel zijn verschaft, dit voordeel door haar koper aan de Hongaarse Staat is terugbetaald omdat de PPA begrepen was in de prijs die deze koper aan de staat heeft betaald toen zij via een openbare aanbesteding werd geprivatiseerd.

135. Dunamenti Erőmű baseert zich op punt 78 van het arrest Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „wanneer een steunontvangende onderneming tegen marktprijs is verkocht, [...] de verkoopprijs [in beginsel] de gevolgen [weerspiegelt] van de vroegere steun, en [...] de verkoper van deze onderneming het voordeel van de steun [behoudt]. In dat geval moet de vroegere situatie in de eerste plaats worden hersteld door de terugbetaling van de steun door de verkoper".

136. Dunamenti Erőmű concludeert daaruit dat, aangezien de PPA was verdisconteerd in de aan de Hongaarse Staat betaalde privatiseringsprijs, deze laatste het voordeel heeft behouden, zodat zij niet kon worden beschouwd als de ontvanger van een met staatsmiddelen bekostigd voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

137. De Commissie meent daarentegen dat Dunamenti Erőmű opnieuw de steun die is toegekend aan een verworven entiteit (de begunstigde van een steunmaatregel), verwart met de steun die door de koper van die entiteit is ontvangen.

138. Zij kwalificeert punt 78 van het arrest Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) als een „obiter dictum" en baseert zich integendeel op punt 81 van het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238), waarin het Hof na zijn vaststelling dat „[i]n casu [...] de onderneming waaraan de onwettige staatssteun is verleend haar rechtspersoonlijkheid [behoudt] en [...] de met de staatssteun gesubsidieerde activiteiten – voor eigen rekening – blijft uitoefenen", overweegt dat het „normalerwijs dan ook deze onderneming [is] die het aan de betrokken steun verbonden concurrentievoordeel behoudt en bijgevolg moet [...] worden verplicht een bedrag gelijk aan deze steun terug te betalen. Er kan dus niet aan de koper worden gevraagd dat hij een dergelijke steun terugbetaalt."

139. Volgens de Commissie heeft het Hof in zijn arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) duidelijk een andere koers gevolgd dan in het arrest Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Beoordeling

– Inleidende opmerkingen

140. Om te beginnen stel ik vast dat de arresten Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) en Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) beide betrekking hebben op de vraag van wie de steun moet worden teruggevorderd, en niet op de vraag of er sprake is van staatssteun.

141. Dit betekent dat, ook al voert Dunamenti Erőmű haar argumenten aan in het kader van het derde middel, dat betrekking heeft op het bestaan van staatssteun, deze argumenten in werkelijkheid een zelfstandig middel vormen, waarop het Hof ook dient in te gaan indien het, anders dan ik in punt 128 van deze conclusie voorstel, tot het oordeel komt dat het Gerecht terecht de argumenten heeft verworpen die waren ontleend aan de niet-inaanmerkingneming van het intrinsieke verband tussen de PPA en de privatisering van Dunamenti Erőmű bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder.

142. Als het Hof mijn suggestie niet opvolgt, is er namelijk hoe dan ook sprake van steun die Hongarije moet intrekken en terugvorderen. Kan het Hof zich integendeel wel in mijn voorstel vinden, dan is het geenszins uitgesloten dat een correcte toepassing van het criterium van de particuliere investeerder toch tot de vaststelling leidt dat er steun is verleend, ter hoogte van hetzelfde bedrag dan wel ter hoogte van een ander bedrag.

143. In beide gevallen moet dus worden uitgemaakt of de steun moet worden teruggevorderd van de verkochte onderneming, wat het standpunt is van de Commissie, dan wel van de verkoper, wat in de ogen van Dunamenti Erőmű het geval is, met dien verstande dat wanneer de steunontvangende onderneming tegen marktvoorwaarden is verkocht, „niet aan de koper [kan] worden gevraagd dat hij een dergelijke steun terugbetaalt”. [40]

– De steun moet worden terugbetaald door degene die het aan de steun verbonden concurrentievoordeel behoudt

144. Het is duidelijk dat in de arresten Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) en Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) uitspraken worden gedaan die met elkaar in tegenspraak lijken. Het enige punt van overeenstemming is dat volgens beide arresten de koper niet kan worden verplicht om de steun terug te betalen. [41]

145. Hoewel het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) van recentere datum is dan het arrest Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), is het gewezen door een kamer van vijf rechters (de Zesde kamer), terwijl het arrest Banks is uitgesproken door een formatie van elf rechters (de toenmalige „Grote kamer”) en nadien regelmatig is aangehaald [42].

146. Zoals advocaat-generaal Tizzano in punt 82 van zijn conclusie in de zaak Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2003:354) heeft opgemerkt, „fluctueert het standpunt van het Hof [...] tussen twee posities: enerzijds de opvatting dat de steun steeds door de steunontvangende onderneming moet worden terugbetaald en anderzijds de opvatting dat de steun door de verkoper moet worden gerestitueerd wanneer de aandelen zijn verkocht tegen een prijs die de marktprijs van de steunontvangende vennootschap na toekenning van de subsidie weerspiegelt”.

147. Na zijn arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) is het Hof overigens op die twee gedachten blijven hinken. Na in punt 58 van zijn arrest Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619) te hebben verklaard dat „[wanneer, in het geval dat de begunstigde zijn activiteiten heeft gestaakt en zijn activa heeft overgedragen,] het steunelement [is] geraamd tegen de marktprijs en meegerekend in de aankoopprijs, [...] de koper niet kan worden geacht een voordeel te hebben genoten ten opzichte van andere marktdeelnemers (arrest Duitsland/Commissie, [...] punt 80)”, heeft het in punt 83 van het arrest Commissie/Frankrijk (C-37/14, EU:C:2015:90) geoordeeld dat het feit dat de ontvanger van de steun tegen marktvoorwaarden is verkocht, „gesteld al dat het bewezen is, als

40 — Arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238, punt 81). Zie ook arrest Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619, punt 16).

41 — Zie arresten Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, punt 77) en Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238, punt 80).

42 — Zie arresten Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie (C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punt 180), Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, EU:C:2003:252, punt 83) en Commissie/Frankrijk (C-37/14, EU:C:2015:90, punt 83).

zodanig niet kan afdoen aan de terugvorderingsplicht, aangezien de betrokken lidstaat gehouden blijft om de steun, *al naargelang het geval*, terug te vorderen van de verkochte onderneming (arrest Duitsland/Commissie, C-277/00, EU:C:2004:238, punt 81) dan wel van de verkoper (arresten Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, punt 78, en Falck en Acciaierie di Bolzano/Commissie, C-74/00 P en C-75/00 P, EU:C:2002:524, punt 180)" [43], waarmee het opnieuw de mogelijkheid heeft opengelaten om de steun ofwel van de verkoper ofwel van de verkochte onderneming terug te vorderen, zonder een onderscheidingscriterium vast te stellen voor de toepassing van zijn uitdrukking „al naargelang het geval".

148. Om de zaken nog gecompliceerder te maken: het feit dat het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) betrekking had op twee steunmaatregelen, waarvan de ene ten goede was gekomen aan een vennootschap waarvan de aandelen waren verkocht („share deal"), en de andere aan een vennootschap waarvan de activa waren verkocht („asset deal") [44], heeft de indruk gewekt dat er tussen deze twee typen verkoop onderscheid moet worden gemaakt.

149. Zo heeft advocaat-generaal Sharpston in punt 57 van haar conclusie in de zaak Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:343) getracht het verschil tussen de arresten Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) en Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) te verklaren door het feit dat „[de zaak Banks] [...] de verkoop van aandelen [betrof]. De onderhavige zaak betreft activa, en de correcte toets is die welke in het arrest Duitsland/Commissie is uiteengezet. In zijn arrest volgde het Hof de in het arrest Banks uiteengezette methode, paste die methode aan aan de bijzonderheden van een koop van activa in plaats van aandelen en paste de gewijzigde methode toe op een verkoop van activa. Ik zie geen reden om af te wijken van de in het arrest Duitsland/Commissie uiteengezette methode".

150. De onzekerheid wordt nog groter als wij de uiteenlopende, ja zelfs tegenstrijdige standpunten van de Commissie in die verschillende zaken analyseren.

151. Zo heeft de Commissie in punt 38 van haar repliek in de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619) verklaard dat zij „[...] het zinvol [achtte] om in herinnering te brengen dat het, nu er sprake [was] van een overdracht van activa (Asset deal) en niet van aandelen (Share deal), van belang [was] om de financiële voorwaarden van die transacties te onderzoeken. Wanneer activa tegen normale marktvoorwaarden worden verkocht, is het Hof van mening dat het steunelement is geraamd tegen de marktprijs en meegerekend in de aankoopprijs, zodat de koper in beginsel niet kan worden geacht een voordeel te hebben genoten, en de verkoper dan het aan de steun verbonden voordeel behoudt".

152. In de punten 87 tot en met 89 van haar verzoekschrift in de zaak Commissie/Frankrijk (C-37/14, EU:C:2015:90) betoogde de Commissie in verband met de verkoop „van alle of een gedeelte van de aandelen van een begunstigde vennootschap" [45], dat „wanneer een steunontvangende onderneming tegen marktprijs is verkocht, moet worden nagegaan wie de werkelijke begunstigde van de steun is, op wie dus de verplichting rust om de steun terug te betalen. In de omstandigheden van de onderhavige zaak kan dit ofwel de verkoper, ofwel de verkochte onderneming zijn. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de steun in beginsel moet worden teruggevorderd van de verkochte onderneming [...]. *Het Hof heeft evenwel geoordeeld dat de steun moet worden terugbetaald door de verkoper* ingeval deze het voordeel heeft behouden dat verbonden is aan de steun, die is meegerekend in de verkoopprijs. *Dit is met name het geval wanneer met zekerheid is aangetoond dat bij de vaststelling van de verkoopprijs*

43 — Cursivering van mij.

44 — Zie de punten 78 en 84 van het arrest.

45 — Zie punt 85.

rekening is gehouden met de onrechtmatige steun die mogelijk zal worden teruggevorderd, dan wel wanneer in de overeenkomst betreffende de verkoop van de steunontvangende onderneming expliciet is bepaald dat de verkoper de door de verkochte entiteit ontvangen steun zal moeten terugbetalen indien deze onrechtmatig en onverenigbaar wordt verklaard."[46]

153. De Commissie voegde daaraan toe dat „[b]ij gebreke van een dergelijke clausule [...] de meeste verkoopovereenkomsten de bepaling [bevatten] dat de verkoper garant staat voor de passiva van de verkochte onderneming. In dat geval zal de verkochte onderneming de onrechtmatige steun moeten terugbetalen en zal de koper zich op grond van die garantieclausule weer tot de verkoper kunnen wenden. Dit hangt dan af van de toepasselijke contractuele bepalingen en heeft eigenlijk niet te maken met de [...] terugvorderingsprocedure".

154. In de onderhavige zaak stelt de Commissie[47] dat het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) het in punt 78 van het arrest Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) geformuleerde beginsel heeft gewijzigd in die zin, dat de steun moet worden teruggevorderd van de begunstigde, zelfs als deze tegen marktvoorwaarden is verkocht en de waarde van de steun in de verkoopprijs was begrepen.

155. Ik meen dat van de onderhavige zaak moet worden geprofiteerd om duidelijk de beginselen vast te leggen die gelden voor de terugvordering van steun in een situatie waarin, zoals in casu het geval is en ook het geval was in de zaken die hebben geleid tot de arresten Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italië en SIM 2 Multimedia/Commissie (C-328/99 en C-399/00, EU:C:2003:252), Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) en Commissie/Frankrijk (C-37/14, EU:C:2015:90), de steunontvangende onderneming tegen marktvoorwaarden is verkocht en de waarde van de steun in de verkoopprijs was begrepen.

156. Zoals het Hof in punt 81 van het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) heeft geoordeeld, is het naar mijn mening „[de] onderneming die het aan de [...] steun verbonden concurrentievoordeel behoudt [...] [die] moet [...] worden verplicht een bedrag gelijk aan deze steun terug te betalen". De terugvordering van de steun dient dus het voordeel te volgen, in die zin dat de entiteit die het voordeel heeft genoten of nog steeds geniet, de steun moet terugbetalen, of er nu sprake is geweest van een verkoop van activa dan wel van aandelen, en wel om de volgende redenen.

157. In de eerste plaats illustreren de feiten van de onderhavige zaak, namelijk de toekenning van steun aan een bedrijf dat meteen daarna is geprivatiseerd, dat het in punt 78 van het arrest Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) geformuleerde beginsel dat de steun moet worden teruggevorderd van de verkoper, de deur openzet voor het straffeloos misbruik maken van staatssteun. Het geeft de lidstaten namelijk de mogelijkheid om steun toe te kennen aan staatsondernemingen, wetende dat, zelfs als de steun in de toekomst eventueel zal moeten worden ingetrokken, die ondernemingen dankzij hun privatisering het voordeel zullen kunnen behouden dat zij tot het moment van die intrekking hebben genoten.

158. In de tweede plaats kan, „[w]anneer [...] de steunontvangende onderneming niet wordt ontbonden en haar werkzaamheden op de markt worden voorgezet, [...] de door de steun ontstane mededingingsvervalsing alleen daardoor worden verholpen (of althans verminderd) dat de verplichting tot terugbetaling aan deze onderneming wordt opgelegd: alleen op deze wijze ‚verliest de begunstigde [immers] het voordeel dat hij op de markt ten opzichte van zijn concurrenten genoot en wordt de toestand van vóór de steunverlening hersteld' [arrest Commissie/Italië (C-348/93, EU:C:1995:95, punt 27). Zie in deze zin eveneens arrest Spanje/Commissie (C-480/98, EU:C:2000:559, punt 35)]."[48]

46 — Cursivering van mij.

47 — Zie de punten 137-139 van deze conclusie.

48 — Zie punt 83 van de conclusie van advocaat-generaal Tizzano in de zaak Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2003:354).

159. In de derde plaats ligt het, „[o]ok al is het [...] juist, dat degene die de aandelen in de steunontvangende onderneming verkoopt tegen een prijs waarin de marktwaarde na ontvangst van de steun is weerspiegeld, profiteert van de revaluatie van deze onderneming, [...] toch voor de hand dat dit voordeel niet ten koste gaat van het voordeel dat de steunontvangende onderneming ten opzichte van haar concurrenten heeft verkregen. En het is juist dat voordeel dat bepalend is voor de verstoring van de concurrentie en daarom door terugvordering van de steun ongedaan moet worden gemaakt, terwijl het financiële voordeel uit de verkoop van de aandelen niet noodzakelijkerwijs van invloed is op een goed functionerende mededinging op de markt, omdat de verkoper niet noodzakelijkerwijs een marktdeelnemer is.” [49]

160. Tot slot schept „[d]e tegenovergestelde opvatting, dat de steun in bijzondere gevallen van de verkoper moet worden teruggevorderd, [...] grote onzekerheid omdat het vaak problematisch zal zijn om vast te stellen of de koopprijs volledig de marktwaarde van de steunontvangende onderneming na ontvangst van de steun weerspiegelt, zonder ook maar enige korting voor het risico dat de steunontvangende onderneming de steun althans gedeeltelijk zal moeten terugbetalen”. [50]

161. Om deze redenen is het, wanneer „de onderneming waaraan de onwettige staatssteun is verleend haar rechtspersoonlijkheid [behoudt] en [...] de met de staatssteun gesubsidieerde activiteiten – voor eigen rekening – [blijft] uitoefenen [...], normalerwijs [...] deze onderneming die het aan de betrokken steun verbonden concurrentievoordeel behoudt en bijgevolg moet [...] worden verplicht een bedrag gelijk aan deze steun terug te betalen”. [51]

162. De steun moet dus in beginsel worden teruggevorderd van de verkochte onderneming, in dit geval Dunamenti Erőmű, en niet van de verkoper, in dit geval MVM of de Hongaarse Staat.

163. Hieraan moet worden toegevoegd dat, zoals het Hof in de punten 84 tot en met 97 van het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) te kennen heeft gegeven, de regel dat de steun moet worden terugbetaald door degene die het aan de steun verbonden concurrentievoordeel heeft behouden, ook geldt wanneer de begunstigde, wegens een verkoop van activa of een andere transactie, van al zijn activa is ontdaan met de bedoeling of het gevolg dat de terugvordering van de steun onmogelijk wordt gemaakt (wat niet het geval is in de onderhavige zaak), maar de activiteiten van deze begunstigde zijn overgenomen door een andere onderneming, die, aangezien zij het concurrentievoordeel heeft behouden, de steun zal moeten terugbetalen. [52] In het tegenovergestelde geval, namelijk wanneer de begunstigde zijn activiteiten heeft beëindigd zonder dat een andere onderneming ze heeft overgenomen, zou er volgens de rechtspraak van het Hof sprake zijn van een absolute onmogelijkheid om de steun terug te vorderen. [53]

164. In dit verband moet eraan worden herinnerd dat, ook al lijkt het Hof in punt 81 van het arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238) als onderscheidingscriterium te hanteren of de begunstigde al dan niet zijn rechtspersoonlijkheid heeft behouden [54], artikel 107 VWEU – net zoals de op de mededinging betrekking hebbende Verdragsbepalingen – spreekt van ondernemingen („undertakings”) en niet van vennootschappen met rechtspersoonlijkheid.

49 — Ibidem (punt 84).

50 — Ibidem (punt 85).

51 — Arrest Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238, punt 81).

52 — Zie in die zin arresten Duitsland/Commissie (C-277/00, EU:C:2004:238, punten 86-97), Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619, punt 58) en Commissie/Spanje (C-610/10, EU:C:2012:781, punt 104).

53 — Zie arresten Commissie/Italië (C-454/09, EU:C:2011:650, punt 36) en Commissie/Spanje (C-610/10, EU:C:2012:781, punt 104).

54 — Dit onderscheid is ook overgenomen in het arrest Commissie/Frankrijk (C-214/07, EU:C:2008:619, punten 48 en 55).

165. Zoals het Hof in punt 43 van het arrest ETI e.a. (C-280/06, EU:C:2007:775) in verband met inbreuken op het mededingingsrecht heeft geoordeeld, zijn „de respectieve rechtsvormen van de entiteit die de inbreuk heeft begaan en haar opvolger irrelevant. Bijgevolg kan de oplegging van de sanctie voor de overtreding aan die opvolger niet worden uitgesloten op grond van het enkele feit dat deze laatste, zoals het geval is in de hoofdgedingen, een andere rechtsvorm heeft en anders opereert dan de entiteit die hij opvolgt."

166. Het beginsel dat de verplichting tot terugbetaling van de steun rust op de *onderneming* die het aan de steun verbonden concurrentievoordeel behoudt, maakt het dus mogelijk om de steun terug te vorderen van de onderneming die de door de staat gesubsidieerde activiteiten heeft overgenomen.

– Toepassing op de onderhavige zaak

167. Aangezien in het onderhavige geval het verschafte voordeel wordt gevormd door de PPA, is het Dunamenti Erőmű die ervan heeft geprofiteerd en het door die PPA teweeggebrachte concurrentievoordeel heeft behouden, namelijk de garantie om gedurende een langere periode elektriciteit te kunnen verkopen tegen een bepaalde prijs. Het is dus Dunamenti Erőmű die de steun aan de staat moet terugbetalen.

168. Het zou trouwens absurd zijn om enerzijds ervan uit te gaan dat het voordeel wordt genoten door Dunamenti Erőmű, aangezien de PPA deel uitmaakt van haar vermogen, maar anderzijds aan te nemen dat de staat als verkoper van de steun heeft geprofiteerd. Het is uiteraard onmogelijk om het door een onderneming genoten voordeel teniet te doen en te menen dat het concurrentievoordeel elders is behouden, vooral omdat het in casu de PPA was die de mededinging verstoorde en de liberalisering van de Hongaarse elektriciteitsmarkt vrijwel onmogelijk maakte door de toegang van nieuwe spelers tot die markt te duurder te maken.

169. Het is waar dat deze conclusie tot de situatie kan leiden waarin Hongarije, zoals het reeds heeft gedaan, de PPA moet beëindigen en tegelijkertijd de door de koper betaalde prijs, waarin de waarde van de steun was begrepen, behoudt, terwijl Dunamenti Erőmű een bedrag gelijk aan die steun aan de staat moet terugbetalen.

170. Zoals de Commissie echter heeft opgemerkt in haar verzoekschrift in de zaak die heeft geleid tot het arrest Commissie/Frankrijk (C-37/14, EU:C:2015:90), „[hangt] dit [...] af van de toepasselijke contractuele bepalingen en heeft [het] [...] niet te maken met de [...] terugvorderingsprocedure". Het is immers zo dat „de meeste verkoopovereenkomsten de bepaling bevatten dat de verkoper garant staat voor de passiva van de verkochte onderneming. In dat geval zal de verkochte onderneming de onrechtmatige steun moeten terugbetalen en zal de koper zich op grond van die garantieclausule weer tot de verkoper kunnen wenden."

171. Los van die contractuele banden met de Hongaarse Staat, geniet Electrabel in casu ook de waarborgen van het Verdrag inzake het Energiehandvest, dat haar de mogelijkheid biedt om, zoals zij ook heeft gedaan, voor een ICSID-scheidsgerecht de *volledige* terugbetaling van de gestrande kosten te vorderen. [55]

iii) Conclusie

172. Door te weigeren de met de terugvordering van de eventuele steun verband houdende argumenten van Dunamenti Erőmű te onderzoeken, heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

55 — Zie de punten 23-25 van deze conclusie.

173. Als het Hof het echter inhoudelijk eens is met mijn conclusie ten aanzien van het tweede onderdeel van het derde middel, zal moeten worden vastgesteld dat de door het Gerecht (en de Commissie) gekozen oplossing Dunamenti Erőmű verplicht om de steun terug te betalen, en dat het bestreden arrest op dit punt dus niet zou moeten worden vernietigd.

VI – **Gevolgen van de vernietiging**

174. Aangezien ik in punt 128 van deze conclusie heb geconcludeerd dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en dat het bestreden arrest moet worden vernietigd, moeten de gevolgen van deze vernietiging worden onderzocht.

175. Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht „zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht". Nagegaan moet worden of de zaak in staat van wijzen is.

176. Een zaak is in staat van wijzen wanneer het Hof beschikt over alle gegevens die nodig zijn om in die zaak uitspraak te kunnen doen.[56]

177. Zoals ik in punt 122 van deze conclusie duidelijk heb gemaakt, zou men zich bij een correcte toepassing van het criterium van de particuliere investeerder moeten afvragen wat een hypothetische marktdeelnemer, geconfronteerd met de economische omstandigheden van 1995, in een markt die op het punt stond om te worden geliberaliseerd, op 1 mei 2004 zou hebben gedaan om Dunamenti Erőmű tegen de beste prijs te verkopen, terwijl hij tegelijkertijd dezelfde economische en commerciële doelstellingen nastreefde als de Hongaarse Staat in 1995, te weten het waarborgen van de voorzieningszekerheid tegen de laagst mogelijke kosten, het moderniseren van de infrastructuur met inachtneming van de geldende milieunormen, en het realiseren van de noodzakelijke herstructurering van de elektriciteitssector.

178. Een correcte toepassing van het criterium van de particuliere investeerder impliceert onmiskenbaar een ingewikkelde economische beoordeling. Het is vaste rechtspraak dat „het onderzoek door de Commissie van de vraag of een bepaalde maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt omdat de staat niet als een gewone marktdeelnemer heeft gehandeld, een complexe economische beoordeling vereist. Indien de Commissie een handeling verricht waarbij zulke beoordelingen vereist zijn, beschikt zij over een ruime beoordelingsbevoegdheid en is de rechterlijke toetsing van die handeling [...] beperkt tot de vraag of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt, juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten dan wel misbruik van bevoegdheid. In het bijzonder mag [de Unierechter] zijn beoordeling op economisch vlak niet in de plaats stellen van de beoordeling van de Commissie."[57]

179. Aangezien de correcte toepassing van het criterium van de particuliere investeerder niet tot de bevoegdheid van het Gerecht behoort, betekent de vernietiging van het bestreden arrest dat de beschikking van de Commissie nietig moet worden verklaard voor zover zij betrekking heeft op Dunamenti Erőmű.

56 — Zie met name arresten Chronopost en La Poste/UFEX e.a. (C-341/06 P en C-342/06 P, EU:C:2008:375, punt 134) en Spanje/Commissie (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, punt 42).

57 — Zie beschikking DSG/Commissie (C-323/00 P, EU:C:2002:260, punt 43). Zie in die zin ook arresten Spanje/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, punt 57), GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, EU:C:2009:610, punt 163), Commissie/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punten 64-66), Ryanair/Commissie (T-196/04, EU:T:2008:585, punt 41) en Budapesti Erőmű/Commissie (T-80/06 en T-182/09, EU:T:2012:65, punten 65 en 66).

180. In het onderhavige geval bestaat de onjuiste rechtsopvatting hierin, dat de Commissie bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder relevante gegevens niet in aanmerking heeft genomen zonder dat het Gerecht dit heeft afgekeurd.

181. Het derde onderdeel van het derde middel is dus gegrond, wat moet leiden tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking voor zover zij betrekking heeft op Dunamenti Erőmű.

VII – **Kosten**

182. Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet, ten aanzien van de proceskosten.

183. Ingevolge artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 184, lid 1, van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd.

184. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig rekwirantes vordering behalve in haar eigen kosten ook te worden verwezen in alle kosten die rekwirante zowel in eerste aanleg als naar aanleiding van de hogere voorziening heeft gemaakt.

VIII – **Conclusie**

185. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging als volgt te beslissen:

„1) Het arrest Dunamenti Erőmű/Commissie (T-179/09, EU:T:2014:236) wordt vernietigd in zoverre het Gerecht heeft geweigerd om bij de toetsing van de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder rekening te houden met het intrinsieke verband tussen de stroomafnameovereenkomsten en de privatisering, enkel omdat dit gegeven dateert van vóór de toetreding van Hongarije tot de Unie.

2) Beschikking 2009/609/EG van de Commissie van 4 juni 2008 betreffende de door Hongarije toegekende steunmaatregel C 41/05 in het kader van de stroomafnameovereenkomsten, wordt nietig verklaard voor zover zij betrekking heeft op Dunamenti Erőmű.

3) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten van de procedure in eerste aanleg en in die van de hogere voorziening."