Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MELCHIOR WATHELET
föredraget den 1 juli 2015 [1]

Mål C-357/14 P

Electrabel SA,
Dunamenti Erőmű Zrt
mot

kommissionen

”Överklagande — Stöd som ungerska myndigheter beviljat vissa elproducenter — Energiköpsavtal som har ingåtts mellan det statliga företaget MVM och vissa elproducenter — Villkor som ger dessa elproducenter en fördelaktig ekonomisk ställning — Beslut enligt vilket det statliga stödet är oförenligt med den gemensamma marknaden”

I – **Inledning**

1. Electrabel SA (nedan kallat Electrabel) och Dunamenti Erőmű Zrt (nedan kallat Dunamenti Erőmű) har överklagat domen Dunamenti Erőmű/kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236) (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken tribunalen ogillade Dunamenti Erőműs talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2009/609/EG av den 4 juni 2008 om det statliga stöd C 41/05 som Ungern genomfört i form av energiköpsavtal (nedan kallat det angripna beslutet). [2]

2. Förevarande mål har stor betydelse, eftersom det aktualiserar tre besvärliga frågeställningar. För det första har domstolen nu möjlighet att avgöra frågan om referenstidpunkten för att bedöma förekomsten av statligt stöd, i ett fall där den åtgärd som kan utgöra ett sådant stöd som avses i det angripna beslutet har genomförts före den berörda medlemsstatens anslutning till Europeiska unionen. Frågan är om referenstidpunkten ska vara datumet då åtgärden beviljades eller datumet för medlemsstatens anslutning till unionen. För det andra har domstolen att avgöra huruvida man vid bedömningen av förekomsten av statligt stöd, för det fall anslutningsdatumet ska användas som referenstidpunkt, ska bortse från alla faktiska omständigheter som var för handen före detta datum. För det tredje ger förevarande mål domstolen möjlighet att definiera skiljelinjen mellan domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) och domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238).

1 — Originalspråk: franska.
2 — EUT L 225, 2009, s. 53.

II – **Bakgrunden till och de aktuella omständigheterna i tvisten**

3. Dunamenti Erőmű är en elproducent på den ungerska elmarknaden och driver ett kraftverk som är beläget ungefär 30 km söder om Budapest (Ungern). Det rör sig om ett före detta statligt företag som privatiserades i december 1995. Vid tiden för omständigheterna i målet ägdes företaget till 74,82 procent av Electrabel, som för närvarande ingår i en koncern vars moderbolag är GDF Suez SA, och till cirka 25 procent av Magyar Villamos Művek Zrt (nedan kallat MVM). MVM är ett ungerskt statligt företag vars verksamhet omfattar elproduktion, men även grossistförsäljning, kraftöverföring och detaljhandel inom elsektorn på den ungerska marknaden.

4. I mars och juni 2014 sålde koncernen GDF Suez sin andel i Dunamenti Erőmű, som i dag ingår i koncernen MET.

5. De mest brådskande målen inom den ungerska energisektorn under mitten av 1990-talet var följande: Tryggad energiförsörjning till lägsta möjliga kostnad, modernisering av infrastrukturen med beaktande av då rådande standarder för miljöskydd och genomförande av den nödvändiga omstruktureringen av energisektorn. Eftersom det huvudsakligen rörde sig om gamla sovjetiska kraftverk stod det emellertid klart att dessa mål inte skulle kunna uppnås utan hjälp av utländska investerare.

6. Sålunda erbjöds utländska investerare att teckna långfristiga energiköpsavtal. Dessa åtog sig att investera i konstruktion och modernisering av kraftverksanläggningar i Ungern, och elen skulle köpas av MVM.

7. Energiköpsavtalen gjorde det möjligt för MVM att uppnå en balanserad produktionsportfölj och uppfylla sin skyldighet att garantera trygg energiförsörjning. De gav även MVM möjlighet att tillfredsställa behoven vid såväl låglast (med koleldade kraftverk och kärnkraftverk) som höglast (med gaseldade kraftverk).

8. Energiköpsavtalen krävde att elproducenterna underhöll och drev sina produktionsanläggningar på rätt sätt. De reserverade hela eller större delen av kraftverkens produktion (MW) för MVM. Denna kapacitetstilldelning var oberoende av kraftverkets faktiska användning. Förutom den reserverade kapaciteten krävdes genom energiköpsavtalen att MVM köpte in en minimimängd el (MWh) från varje kraftverk.

9. Energiköpsavtalen ingicks i syfte att förbereda för en privatisering av kraftverken och de följde ett modellavtal som tagits fram av en internationell advokatbyrå på begäran av den ungerska regeringen. I motsats till vad som var fallet vid privatiseringen av kraftverken, förekom det inget anbudsförfarande vid undertecknandet av dessa energiköpsavtal. Det är emellertid ostridigt att energiköpsavtalen, som undertecknades före privatiseringen, utgjorde en del av privatiseringspaketet.

10. Dunamenti Erőmű tecknade ett energiköpsavtal med MVM den 10 oktober 1995, strax innan företaget privatiserades. Avtalet gällde ”F-blocken” och ”block G2” i Dunamenti Erőműs anläggning. Detta avtal, som trädde i kraft år 1996, skulle löpa till år 2010 vad gällde F-blocken, som var gasdrivna, och till år 2015 vad gällde block G2, som var utrustat med en kombinerad gas- och ångturbincykel.

11. I december 1995, två månader efter tecknandet av energiköpsavtalet, köpte Electrabel Dunamenti Erőmű av ungerska staten efter ett konkurrensutsatt och öppet anbudsförfarande.

12. Det ska noteras att vid tiden för tecknandet av energiköpsavtalen var den ungerska elmarknaden ännu inte avreglerad utan organiserad kring en ensamköpare, nämligen MVM. Elproducenterna kunde endast leverera energi direkt till MVM, och MVM var det enda företag som hade tillstånd att leverera el till de regionala distributionsföretagen. Detta system var i kraft från den 31 december 1991 till den 31 december 2002.

13. Vid tiden för Ungerns anslutning till unionen den 1 maj 2004, var den ungerska elmarknaden uppdelad i en allmännyttig och en konkurrensutsatt sektor. Den allmännyttiga sektorn svarade för ungefär 70 procent av elproduktionen och den konkurrensutsatta sektorn svarade för ungefär 30 procent av denna produktion. MVM var ensam grossist i den allmännyttiga sektorn. I den konkurrensutsatta sektorn var andra aktörer aktiva och MVM var verksamt där endast i syfte att frigöra de överskottsvolymer som inköpts enligt energiköpsavtalen och som inte behövdes inom allmännyttan. Detta nya system trädde i kraft den 1 januari 2003 och avskaffades från och med den 1 januari 2008 genom 2007 års lag LXXXVI.

14. Den 4 maj 2005 registrerade kommissionen, i enlighet med rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel [108 FEUF] [3], på eget initiativ ett ärende om statligt stöd avseende energiköpsavtalen, med referensnummer NN 49/2005.

15. Den 4 juni 2008 antog kommissionen det angripna beslutet, i vilket den tillämpade datumet för Ungerns anslutning till unionen, det vill säga den 1 maj 2004, som referenstidpunkt för att bedöma om energiköpsavtalen utgjorde statligt stöd.

16. I artikel 1 i det angripna beslutet angav kommissionen att köpskyldigheterna i energiköpsavtalen utgjorde statligt stöd enligt artikel 107 FEUF till elproducenterna. Kommissionen förklarade att detta stöd var oförenligt med den gemensamma marknaden och ålade Ungern att inom sex månader avstå från att bevilja det. I artikel 2 förpliktades Ungern att från stödmottagarna återkräva det stöd som de hade erhållit efter den 1 maj 2004.

17. Den 10 november 2008 antog det ungerska parlamentet 2008 års lag nr LXX genom vilken energiköpsavtalen upphävdes från och med den 31 december 2008.

18. Vad gäller beräkningen av de stödbelopp som skulle återkrävas från mottagarna beslutade de ungerska myndigheterna att för tre av de företag som mottagit stöd genom energiköpsavtalen, varav ett var Dunamenti Erőmű, inrätta ett system för ersättning för icke återvinningsbara kostnader i enlighet med kommissionens meddelande om analysmetodiken för statligt stöd i samband med så kallade *stranded costs* (kostnader som det inte går att få täckning för i en konkurrensutsatt marknad) (nedan kallad analysmetoden). [4]

3 — EGT L 83, s. 1.

4 — Meddelandet om analysmetoden finns tillgängligt på kommissionens webbplats: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_sv.pdf. I Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, s. 20), angavs principerna för öppnandet av den europeiska elmarknaden för konkurrens. I artikel 24.1 angavs att ”[d]e medlemsstater, i vilka driftåtaganden eller driftgarantier som getts före ikraftträdandet av detta direktiv inte [kunde] uppfyllas till följd av bestämmelserna i detta direktiv, [kunde] ansöka om en övergångsordning”. I ovan nämnda meddelande anger kommissionen att "[s]ådana driftåtaganden eller driftgarantier betecknas vanligen 'stranded costs'. Driftåtagandena eller driftgarantierna kan i praktiken vara utformade på olika sätt: långfristiga inköpskontrakt, investeringar som genomförs med en indirekt eller direkt avsättningsgaranti, investeringar utanför det normala verksamhetsområdet osv.” (se analysmetoden, s. 3). Ett avgiftssystem som förvaltas av en fond som har införts av en medlemsstat för att kompensera icke återvinningsbara kostnader skulle emellertid kunna utgöra statligt stöd och måste således utformas i enlighet med de kriterier som uppställts av kommissionen i denna analysmetod. Det måste även anmälas och godkännas av kommissionen innan det genomförs.

19. Enligt detta system, som anmäldes till och godkändes av kommissionen [5] utgörs de icke återvinningsbara kostnaderna, för var och en av stödmottagarna, av skillnaden mellan å ena sidan företagets investeringskostnader och å andra sidan företagets tidigare verksamhetsvinst (räknat från ikraftträdandet av energiköpsavtalet till dess förtida uppsägning) och beräknade verksamhetsvinst (mellan datumet för den förtida uppsägningen av avtalet till det datum då avtalet enligt sin lydelse skulle upphöra att gälla). [6]

20. Systemet innebär att kompensationen ska genomföras i två etapper. [7] I den första etappen ska det stödbelopp som vart och ett av företagen ska betala tillbaka till den ungerska staten minskas med företagets icke återvinningsbara kostnader. Om skillnaden mellan beloppet att betala och de icke återvinningsbara kostnaderna är positiv, ska företaget betala denna mellanskillnad till staten. Om förhållandet är det motsatta, ska den ungerska staten inte betala mellanskillnaden till företaget. [8]

21. Den andra etappen aktualiseras, för vart och ett av företagen, på energiköpsavtalets utlöpsdatum (i Dunamenti Erőműs fall den 31 december 2015). De ungerska myndigheterna ska då göra en ny beräkning av de icke återvinningsbara kostnaderna, baserad på de aktuella kostnaderna och intäkterna. För det fall de verkliga icke återvinningsbara kostnaderna visar sig vara lägre än det stödbelopp som ska återkrävas ska företaget betala mellanskillnaden till ungerska staten. Om förhållandet är det motsatta ska den ungerska staten inte betala företaget de överskridande icke återvinningsbara kostnader som företaget faktiskt haft.

22. Dunamenti Erőműs icke återvinningsbara kostnader uppskattas i dag till 22 171 991 000 HUF (cirka 73 miljoner euro).

23. Den 13 juni 2007 inledde Electrabel ett skiljeförfarande mot Ungern vid Internationella centret för biläggande av investeringstvister, i vilket kommissionen deltog i egenskap av icke-part. Electrabel hävdade bland annat att genom att upphäva energiköpsavtalen utan att på ett heltäckande sätt kompensera för icke återvinningsbara kostnader hade Ungern åsidosatt sin skyldighet att säkerställa en korrekt och rättvis behandling av investeringar, som följer av artikel 10 i energistadgefördraget av den 17 december 1994 till vilket Belgien, Ungern och unionen har anslutit sig. [9]

24. Electrabel och Ungern enades om en delning av skiljeförfarandet i två faser – fasen ”behörighet och ansvar” och fasen för bestämmande av storleken av ett eventuellt skadestånd.

25. Eftersom det inte går att fastställa slutgiltigt vad Dunamenti Erőműs och Electrabels icke återvinningsbara kostnader uppgår till förrän efter den 31 december 2015, beslutade skiljenämnden att avgörandet i frågan huruvida det system för kompensation för icke återvinningsbara kostnader som Ungern genomfört stred mot artikel 10 i energistadgefördraget, skulle skjutas upp och behandlas i förfarandets andra fas rörande skadeståndsberäkningen. [10] Skiljenämnden angav emellertid att den ”tills vidare intar den provisoriska och preliminära ståndpunkten att … underlåtenhet att betala

5 — Se skrivelse K(2010) 2532 slutlig av den 27 april 2010 från kommissionens vice ordförande Joaquín Almunia till Ungerns utrikesminister, tillgängligt endast på engelska på kommissionens webbplats: (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234326/234326_1114108_42_1.pdf).

6 — Ovan (punkt 8).

7 — För en detaljerad beskrivning, se ovan (punkterna 10–24).

8 — Se 5 § första och tredje punkten i 2008 års lag nr LXX.

9 — Det kan påpekas att på grund av att Electrabel valde att inleda skiljeförfarandet endast gentemot Ungern och uteslutande med avseende på Ungerns egna handlingar och underlåtenheter, var frågan huruvida det angripna beslutet var förenligt med energistadgefördraget inte föremål för detta förfarande. Se *Electrabel S.A. v. The republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, punkterna 3.21, 4.11 och 6.76 (tillgängligt på webbplatsen för Investment Treaty Arbitration http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf). Dessutom ifrågasatte inte Dunamenti Erőmű giltigheten av det angripna beslutet mot bakgrund av energistadgefördraget i sin talan om ogiltigförklaring vid tribunalen. Av detta följer att som ett resultat av de val som gjordes av Electrabel och Dunamenti Erőmű undgick det angripna beslutet helt och hållet en laglighetsprövning mot bakgrund av detta fördrag.

10 — Ovan (punkt 6.118).

[22 171 991 000] ungerska forint (HUF), eller ett lägre belopp, vid den tidpunkt då det lagstadgade system som Ungern infört upphör, inte med nödvändighet behöver innebära ett åsidosättande av bestämmelsen om [rättvis och skälig behandling]. Däremot skulle underlåtenhet att betala (kontant eller på annat sätt) ett avsevärt högre belopp för icke återvinningsbara kostnader kunna utgöra ett sådant åsidosättande.” [11]

26. Denna hållning verkar inte den skiljenämnd ha intagit som hade att avgöra tvisten i det skiljeförfarande som inleddes av Électricité de France (EDF), aktieägare i Budapesti Erőmű, med anledning av upphävandet av energiköpsavtalet. Denna skiljenämnd dömde Ungern att betala 107 miljoner euro till EDF. [12]

27. Oberoende av Dunamenti Erőműs och Electrabels talan om ogiltigförklaring av det angripna beslutet (som ogillades av tribunalen vilket gett upphov till förevarande överklagande), inkom dessa parter den 10 januari 2014 med en separat skadeståndstalan till tribunalen med stöd av artikel 340 andra stycket FEUF, avseende ersättning för den skada som de ansåg att de lidit till följd av det angripna beslutet.

28. Den 13 november 2014 avvisade tribunalen denna talan på grund av preskription. [13] Tribunalens beslut har överklagats till domstolen, där överklagandet nu är anhängigt. [14]

III – **Talan vid tribunalen och den överklagade domen**

29. Det angripna beslutet har varit föremål för talan om ogiltigförklaring i flera mål som anhängiggjorts vid tribunalen av vart och ett av de företag som hade beviljats energiköpsavtal. [15]

30. Genom sin talan yrkade Dunamenti Erőmű att tribunalen skulle ogiltigförklara det omtvistade beslutet.

31. Genom sin första grund, som avsåg en felaktig tillämpning av begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF, och genom sin andra grund, vari det gjordes gällande att kommissionen borde ha kvalificerat åtgärderna i fråga som ”befintligt stöd” i den mening som avses i artikel 108.1 FEUF, ifrågasatte Dunamenti Erőmű kommissionens slutsatser beträffande förekomsten av statligt stöd och dess kvalificering som nytt stöd, liksom valet av relevant datum för bedömningen av stödet i energiköpsavtalet i fråga. Dunamenti Erőmű ifrågasatte att kommissionen tillämpade kriteriet avseende en privat aktör i en marknadsekonomi och bedömde MVM:s ställning som marknadsaktör, med utgångspunkt i tidpunkten för Ungerns anslutning till unionen. Dunamenti Erőmű gjorde dessutom gällande att principen om skydd för berättigade förväntningar och rättssäkerhetsprincipen hade åsidosatts samt att kommissionen hade gjort en felaktig bedömning av det aktuella energiköpsavtalets specifika villkor.

11 — Ovan (min översättning): ”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’a 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 — Skiljedomen har inte offentliggjorts. Se tidningsartikel av Thomson, D., med rubriken ”EDF wins claim against Hungary”, publicerad på webbplatsen för Global Arbitration Review (http://globalarbitrationreview.com/news/article/33251/edf-wins-claim-against-hungary/).

13 — Se beslut Electrabel och Dunamenti Erőmű/kommissionen (T-40/14, EU:T:2014:1004).

14 — Se målet Electrabel och Dunamenti Erőmű/kommissionen (C-32/15 P), anhängigt vid domstolen.

15 — Se beslut Alpiq Csepel/kommissionen (T-370/08, EU:T:2011:116), dom Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65), beslut Pannon Hőerőmű/kommissionen (T-352/08, EU:T:2013:379), dom Tisza Erőmű/kommissionen (T-468/08, EU:T:2014:235) och dom Dunamenti Erőmű/kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236).

32. I sin tredje grund gjorde Dunamenti Erőmű gällande att kommissionen felaktigt hade betraktat det stöd som innefattades i energiköpsavtalet i fråga som ett driftstöd istället för ett investeringsstöd, och ifrågasatte systemet för kompensation för icke återvinningsbara kostnader som hade inrättats av de ungerska myndigheterna.

33. I den fjärde grunden ifrågasattes lagligheten av föreläggandet om återkrav av stödet.

34. Genom den överklagade domen ogillade tribunalen talan i dess helhet.[16]

IV – **Förfarandet vid domstolen**

35. Genom överklagande som inkom till domstolen den 21 juli 2014 har Electrabel och Dunamenti Erőmű i första hand yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen, slutligt avgöra målet och ogiltigförklara det angripna beslutet, och i andra hand att den ska återförvisa målet till tribunalen. De har även yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna vid tribunalen och vid domstolen.

36. I sin svarsinlaga som inkom den 4 september 2014 har kommissionen yrkat att domstolen ska avvisa överklagandet till den del det ingetts av Electrabel och ogilla överklagandet till den del det ingetts av Dunamenti Erőmű, samt förplikta det sistnämnda företaget att ersätta rättegångskostnaderna.

37. Electrabel och Dunamenti Erőmű inkom med replik den 20 november 2014, på vilken kommissionen svarade genom duplik den 25 november 2014.

38. Den 26 mars 2015 uppmanade domstolen, med tillämpning av artikel 61.2 i rättegångsreglerna, parterna att vid den muntliga förhandlingen inrikta sig på den andra och den tredje grunden. I enlighet med artikel 62.2 i rättegångsreglerna ställde domstolen även två frågor till parterna som skulle besvaras vid förhandlingen.

39. Förhandling hölls den 20 april 2015. Vid denna förhandling avgav Electrabel, Dunamenti Erőmű och kommissionen sina muntliga yttranden.

V – **Överklagandet**

40. Jag kommer börja med att bedöma kommissionens invändning att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning till den del det ingetts av Electrabel. Jag kommer därefter att behandla den fjärde, den femte och den första grunden där det, enligt min mening, utan större svårighet kan konstateras att dessa inte kan leda till bifall till överklagandet. Därefter kommer jag koncentrera mig på den andra och den tredje grunden, som jag anser skulle kunna föranleda domstolen att upphäva den överklagade domen.

A – *Huruvida överklagandet, till den del det ingetts av Electrabel, kan tas upp till sakprövning*

41. I sin svarsinlaga har kommissionen hävdat att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning till den del det ingetts av Electrabel, eftersom det var Dunamenti Erőmű ensamt som väckte talan om ogiltigförklaring i första instans.

16 — Även de övriga företagens respektive talan om ogiltigförklaring har ogillats. Se tribunalens dom Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65) och tribunalens dom Tisza Erőmű/kommissionen (T-468/08, EU:T:2014:235). Endast domen Dunamenti Erőmű/kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236) har överklagats.

42. I sin replik har Electrabel och Dunamenti Erőmű motsatt sig denna invändning om rättegångshinder och förklarat att de vid tidpunkten då talan om ogiltigförklaring väcktes ingick i samma koncern och att deras ekonomiska och juridiska intressen kunde försvaras av antingen det ena eller det andra företaget. Efter det att Electrabel har sålt sin andel i Dunamenti Erőmű bör det ha rätt att delta i överklagandeförfarandet för att självt kunna försvara sina egna intressen.

43. Enligt min mening kan överklagandet inte tas upp till sakprövning till den del det ingetts av Electrabel.

44. Såsom kommissionen har påpekat anges det i artikel 56 andra stycket i domstolens stadga att rätten att överklaga ett avgörande från tribunalen tillkommer ”[v]arje part som helt eller delvis inte har vunnit bifall till sin talan”. Så är inte fallet vad gäller Electrabel, som inte var part i tvisten vid tribunalen.

45. Electrabel är inte heller ett sådant subjekt som enligt tredje stycket i denna artikel kan överklaga en dom från tribunalen utan att ha intervenerat i den tvisten. Enligt denna bestämmelse är det endast ”medlemsstater och unionsinstitutioner”, vari Electrabel inte är inkluderat, som har detta privilegium.

46. Bedömningen av detta överklagande ska således göras som om det vore ingett av Dunamenti Erőmű ensamt.

B – *Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning av tribunalen när den, utan att visa att det förelåg en strukturell risk, fann att MVM:s skyldighet att göra minimiköp innebar en fördel*

47. I sin fjärde grund har Dunamenti Erőmű gjort gällande att tribunalen åsidosatte sin prövningsskyldighet genom att, utan att visa att det verkligen förelåg en strukturell risk, slå fast att MVM:s skyldighet att göra minimiköp innebar en fördel, samtidigt som den tillstod, i punkt 112 i den överklagade domen, att MVM regelmässigt hade köpt större kvantiteter än det var skyldigt att göra.

1. Upptagande till sakprövning

48. Enligt kommissionen kan denna grund inte prövas i sak då Dunamenti Erőmű inte har angett vilken del i den överklagade domen som företaget anser ger uttryck för en felaktig rättstillämpning.

49. Jag anser inte att detta argument kan godtas. Dunamenti Erőmű har riktat kritik mot tribunalen avseende underlåtenhet att visa att det förelåg en strukturell risk. Det kan därvid inte vara så, att företaget ska förebrås för att det inte angett vilka specifika delar av den överklagade domen som det anser innehåller den felaktiga rättstillämpningen.

2. Prövning i sak

50. Enligt kommissionen angav tribunalen, i var och en av punkterna 112, 113 och 114 i den överklagade domen, ett självständigt skäl för att inte godta argumentet att den omständigheten att MVM sedan år 2004 regelbundet hade köpt mer elektricitet av Dunamenti Erőmű än det var skyldigt att göra visade att det sistnämnda företaget inte hade haft en fördel på grund av denna skyldighet.

51. Eftersom Dunamenti Erőmű inte har bestritt punkterna 113 och 114 i den överklagade domen, anser kommissionen att företaget inte heller har ifrågasatt konstaterandet i just denna punkt 112, enligt vilket skyldigheten att göra minimiköp gick utöver normalt handelsbruk på de europeiska energimarknaderna – en omständighet som utgjorde grund för att anse att energiköpsavtalet innebar en fördel för Dunamenti Erőmű.

52. Dunamenti Erőmű har vare sig i repliken eller vid förhandlingen bestritt kommissionens analys, som jag anser är välgrundad.

53. Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden.

C – *Den femte grunden: Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att godta den metod som kommissionen använde för beräkningen av stödbeloppet*

54. Genom sin femte grund, som avser metoden för att beräkna stödbeloppet, har Dunamenti Erőmű gjort gällande att det inte går att få en exakt bild av den fördel som påstås ha uppkommit till följd av energiköpsavtalet när man, såsom tribunalen gör i punkterna 185–192 i den överklagade domen, utgår från en analys av bolagets intäkter och inte dess vinster. En sådan analys innebär nämligen att intäkterna för att täcka de högre bränslekostnaderna kvalificeras som en fördel som ska återbetalas.

55. Således måste det undersökas huruvida tribunalen gjorde rätt i att godta kommissionens tillvägagångssätt, som bestod i att räkna fram det stödbelopp som skulle återbetalas på grundval av företagets intäkter och inte dess vinster.

56. Jag anser att överklagandet inte kan vinna bifall på denna grund, av de skäl som anges av tribunalen i punkterna 187 och 188 i den överklagade domen. Dunamenti Erőmű har inte bestritt att ett återkrav av stödet har till syfte att mottagaren ska förlora de fördelar den åtnjutit på marknaden i förhållande till sina konkurrenter.[17] Den fördel som ska återkrävas måste således beräknas utifrån de belopp som har utbetalats till mottagaren. Jag anser därför, i likhet med kommissionen, att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den antog ett synsätt som fokuserade på vad som hade betalats av MVM till Dunamenti Erőmű (det vill säga Dunamentis intäkter) istället för detta företags realiserade vinster.

57. Såsom kommissionen har framhållit skulle en metod för återbetalning baserad på vinst, i motsats till en metod baserad på intäkter, i alla händelser utmynna i absurda resultat som helt skulle frånta bestämmelserna om statligt stöd deras ändamålsenliga verkan. Om Dunamenti Erőműs resonemang dras till sin spets skulle det innebära att varje gång ett företag på grund av statliga subventioner säljer sina produkter eller tjänster till ett pris som ingen annan kan konkurrera med, skulle det ändå inte utgöra statligt stöd, eftersom företaget endast skulle ha ökat sina intäkter och inte sin vinst. Det är emellertid just denna slags snedvridning av konkurrensen som bestämmelserna på området statligt stöd har till syfte att kontrollera.

58. Jag kan inte heller godta det argument som Dunamenti Erőmű framfört med stöd av domen Ferring (C-53/00, EU:C:2001:627). Företaget har anfört att domstolen i punkterna 30–33 i denna dom slog fast en princip som innebär att om en stödåtgärd medför både högre vinster och merkostnader, är det skillnaden mellan dessa högre vinster och dessa merkostnader som ska återkrävas.

59. Denna dom rörde en förmån som partihandlare fick genom att inte vara skattskyldiga till skatt på direktförsäljning av läkemedel, en förmån som översteg de merkostnader som de hade för att fullgöra allmännyttiga skyldigheter. Domstolen slog härvidlag fast följande:

”32. Om det framkommer att den förmån som partihandlarna får genom att inte vara skattskyldiga till skatt på direktförsäljning av läkemedel överstiger de merkostnader som de har för att fullgöra de allmännyttiga skyldigheter de har enligt nationella bestämmelser, kan denna förmån, i den del den överstiger de nämnda merkostnaderna, sålunda i vart fall inte anses vara nödvändig för att dessa aktörer skall kunna fullgöra sin särskilda uppgift.

17 — Se, till exempel, dom Unicredito Italiano (C-148/04, EU:C:2005:774, punkt 113).

33. Således skall artikel [106.2] i [FEUF] tolkas så, att den inte omfattar en skattemässig förmån som företag såsom det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen har, vilka har anförtrotts att fullgöra allmännyttiga uppgifter, i den mån denna förmån överstiger merkostnaderna för att fullgöra de allmännyttiga uppgifterna.”

60. Det står således klart att även om summan av den statliga subvention som överstiger merkostnaderna för att fullgöra de allmännyttiga uppgifterna utgör ett stöd i strid med artikel 107 FEUF som ska återkrävas, är denna princip endast tillämplig om mottagaren omfattas av tillämpningsområdet för artikel 106.2 FEUF, nämligen när den anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol. Så är inte fallet med Dunamenti Erőmű.

61. Av dessa skäl kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

D – *Den första grunden: Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att kvalificera det aktuella energiköpsavtalet som ett nytt stöd utan att dessförinnan ha avgjort frågan om detta energiköpsavtal utgjorde statligt stöd*

62. I sin första grund har Dunamenti Erőmű anfört att tribunalen, i punkt 60 i den överklagade domen, gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att kvalificera energiköpsavtalet i fråga som ett nytt stöd i den mening som avses i bilaga IV till anslutningsakten för Ungern, utan att dessförinnan ha klarlagt att de fyra kriterierna för att avgöra om det föreligger statligt stöd var uppfyllda. Dunamenti Erőmű har i detta avseende gjort gällande att tribunalens motivering var otillräcklig och grundades på ett cirkelresonemang.

63. Enligt min mening kan överklagandet inte vinna bifall på denna grund.

64. Domstolen har redan slagit fast att ”tribunalen är fri att strukturera och utveckla sitt resonemang på det sätt den finner nödvändigt för att pröva de grunder som åberopats. Således kan inte det sätt på vilket tribunalen valt att strukturera och utveckla sitt svar ifrågasättas inom ramen för ett överklagande genom att det görs gällande att tribunalen borde ha fört sitt resonemang på det sätt som klaganden önskade”. [18]

65. Även om tribunalen i förevarande fall mycket riktigt uttalade sig först i frågan huruvida stödet var att betrakta som nytt eller befintligt (punkterna 49–60 i den överklagade domen) och därefter prövade huruvida energiköpsavtalet utgjorde statligt stöd (punkterna 74–98 och 110–121 i den överklagade domen), anser jag inte att detta sätt att strukturera motiveringen inverkade på tribunalens resonemang.

66. I alla händelser, såsom kommissionen har påpekat, prövade och underkände tribunalen samtliga argument som Dunamenti Erőmű lade fram inom ramen för sin första och andra grund.

67. Jag håller även med kommissionen om att tribunalens slutsats att det aktuella energiköpsavtalet utgjorde ett statligt stöd inte var avhängig tribunalens föregående slutsats angående stödets karaktär av nytt stöd. Följaktligen gjorde sig tribunalen inte skyldig till något cirkelresonemang.

68. Av dessa skäl kan överklagandet inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

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

E – *Den andra grunden: Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att prövningen av om de fyra kriterierna för att en åtgärd ska kunna kvalificeras som statligt stöd var uppfyllda skulle göras med utgångspunkt i datumet för Ungerns anslutning till unionen*

69. Genom sin andra grund har Dunamenti Erőmű gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den använde tidpunkten för Ungerns anslutning till unionen, den 1 maj 2004, som referenstidpunkt för att avgöra om energiköpsavtalet i fråga utgjorde ett statligt stöd, i enlighet med vad kommissionen vidhöll i skälen 156–173 i det angripna beslutet.

70. Genom den andra grundens första del har Dunamenti Erőmű gjort gällande att tribunalen i punkterna 55 och 65 i den överklagade domen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning, eftersom det i motsats till vad som anges i dessa punkter inte finns någon bestämmelse i bilaga IV till anslutningsakten genom vilken det kan utläsas, direkt eller indirekt, vid vilket datum som en statlig åtgärd ska bedömas utgöra statligt stöd.

71. Genom den andra grundens andra del, har företaget gjort gällande att det resonemang som tribunalen förde för att motivera sitt val av referenstidpunkt för att fastställa att det förekom statligt stöd (och att mottagaren åtnjutit en fördel mot bakgrund av kriteriet privat investerare i en marknadsekonomi) strider mot ”rättslig praxis”, nämligen kommissionens riktlinjer och beslutspraxis, liksom unionsdomstolarnas rättspraxis.

1. Den andra grundens första del

72. Såsom tribunalen har angett i punkt 50 i domen Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65) ”ska de stödåtgärder som genomförts före anslutningen men som dels fortfarande tillämpas efter anslutningen, dels uppfyllde de fyra kumulativa villkoren i artikel [107.1 FEUF] vid tidpunkten för anslutningen omfattas av de särskilda bestämmelserna i bilaga IV till anslutningsakten, antingen i egenskap av befintligt stöd i den mening som avses i artikel [108.1 FEUF] (när de hör till en av de tre kategorier som nämns i den bilagan) eller i egenskap av nytt stöd vid anslutningen, avseende tillämpningen av artikel [108.3 FEUF] (när de inte hör till någon av dessa tre kategorier)”.

73. Artikel 1 i avsnitt 3, med rubriken ”Konkurrenspolitik”, i anslutningsakten har följande lydelse:

”1. Följande stödordningar och individuellt stöd som införts i en ny medlemsstat före tidpunkten för anslutningen och fortfarande tillämpas efter detta datum skall vid anslutningen betraktas som befintligt stöd enligt artikel [108.1 FEUF]:

a) stödåtgärder som införts före den 10 december 1994,

b) stödåtgärder som förtecknas i tillägget till denna bilaga,

c) stödåtgärder som före anslutningen utvärderats av den nya medlemsstatens myndighet för övervakning av statligt stöd, som ansetts vara förenliga med regelverket och som kommissionen inte har gjort några invändningar emot på grundval av allvarliga tvivel om åtgärdens förenlighet med den gemensamma marknaden, i enlighet med det förfarande som föreskrivs i punkt 2.

Samtliga vid anslutningen ännu tillämpliga åtgärder som utgör statligt stöd och som inte uppfyller villkoren ovan skall vid tillämpningen av artikel [108.3] i EG-fördraget anses vara nytt stöd vid anslutningen.

…”

74. Dunamenti Erőmű anser att det i denna bestämmelse inte nämns något om vilket datum som ska användas för att granska en statlig åtgärd mot bakgrund av bestämmelserna om statligt stöd. Enligt företaget rör denna bestämmelse endast frågan huruvida ett stöd som fortfarande tillämpas vid tidpunkten för anslutningen (som, allmänt uttryckt ”finns” vid denna tidpunkt) ska betraktas som ett befintligt stöd eller som ett nytt stöd enligt anslutningsakten. Dunamenti Erőmű anser således att en åtgärd som inte utgjorde ett stöd vid den tidpunkt då det beviljades faller utanför denna bestämmelses tillämpningsområde. Följaktligen skulle tribunalen som referenstidpunkt ha använt det datum i december 1995 då energiköpsavtalet beviljades.

75. Jag delar inte denna bedömning, som enligt min mening grundar sig på en förväxling av den betydelse som ordet ”befintligt” har i anslutningsakten med ordets sedvanliga betydelse. Ett stöd som är befintligt i den senare betydelsen, som energiköpsavtalet vilket redan hade beviljats vid tidpunkten då det granskades av kommissionen, kan nämligen utgöra ett nytt stöd enligt anslutningsakten av det enda skälet att det inte utgör ett befintligt stöd i den mening som avses i denna akt.

76. Jag vill hänvisa till punkterna 60–64 i domen OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185), som rörde samma bestämmelse i denna anslutningsakt, tillämplig på en garanti som den ungerska staten beviljat år 2001, alltså tre år före Ungerns anslutning till unionen. Då denna garanti inte uppfyllde något av de tre villkor som anges i bilaga IV i avsnitt 3 slog domstolen fast att stödet ”således i förekommande fall [måste] anses utgöra ett nytt stöd”. [19]

77. Samma sak gäller i förevarande fall. Såsom tribunalen slog fast i punkt 59 i den överklagade domen omfattas energiköpsavtalet i fråga inte av någon av de tre kategorier av stöd som betraktas som befintligt enligt artikel 1.1 i avsnitt 3 i bilaga IV till anslutningsakten. Energiköpsavtalet infördes inte före den 10 december 1994, det har inte förtecknats i tillägget till denna bilaga och det har inte före anslutningen utvärderats av Ungerns myndighet för övervakning av statligt stöd och ansetts vara förenligt med regelverket och godkänts av kommissionen utan invändning.

78. Att utgå från ett tidigare datum, som datumet för beviljandet av energiköpsavtalet, skulle dessutom inte stå i överensstämmelse med anslutningsaktens upphovsmäns avsikt som, såsom tribunalen angav i punkt 60 i den överklagade domen [20], var att avvika från unionsdomstolarnas tidigare rättspraxis enligt vilken ”befintligt stöd är sådant stöd som införts innan fördraget trädde i kraft eller den berörda medlemsstaten anslöt sig till [unionen]”. [21]

79. I alla händelser, såsom tribunalen slog fast i punkt 65 i den överklagade domen, ”framgår det klart av själva lydelsen av bilaga IV till anslutningsakten att en åtgärd som inte betraktades som ett statligt stöd när den genomfördes kan bli det senare”. [22]

80. I skäl 165 i det angripna beslutet angav kommissionen att ”energiköpsavtalen, som ingicks under väsentligt annorlunda ekonomiska förhållanden (vilket de berörda parterna har medgett) före anslutningen till den avreglerade inre energimarknaden, mycket väl [kunde] bli statligt stöd under dessa nya rättsliga och ekonomiska omständigheter [som anslutningen till unionen medfört]”.

19 — Dom OTP Bank (C-672/13, EU:C:2015:185, punkt 64). Det är i detta sammanhang värt att notera skiljenämndens slutsats att Electrabel inte hade lagt fram nödvändiga bevis till stöd för sitt argument att Ungern hade åsidosatt sina skyldigheter enligt artikel 10 i energistadgefördraget, genom att inte vidta nödvändiga åtgärder för att inkludera energiköpsavtalen i definitionen av befintligt stöd i bilaga IV. Se, för ett liknande resonemang, *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary* (ICSID Case No. ARB/07/19) Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, punkt 6.66.

20 — Se även, för ett liknande resonemang, dom Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65, punkt 60).

21 — Dom Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100, punkt 19). Se även, för ett liknande resonemang, dom Piaggio (C-295/97, EU:C:1999:313, punkt 48) och dom Alzetta m.fl./kommissionen (T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–T-607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 och T-23/98, EU:T:2000:151, punkt 142).

22 — Se även, för ett motsvarande synsätt, dom Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65, punkt 54).

81. I punkt 58 i sin dom Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65) fann tribunalen att ”efter ikraftträdandet av energiköpsavtalen har Ungern, först på eget initiativ och sedan genom införlivande av den unionslagstiftning som ska tillämpas på den inre marknaden för el, på ett väsentligt sätt förändrat den rättsliga ram inom vilken elproducenter utövar sin verksamhet”.

82. Det ankom således på kommissionen och därefter, inom ramen för talan om ogiltigförklaring, på tribunalen att undersöka om energiköpsavtalen vid tidpunkten för Ungerns anslutning till unionen, och inom ramen för en avreglerad elmarknad, utgjorde statligt stöd och om det i så fall rörde sig om ett nytt eller ett befintligt stöd i den mening som avses i bilaga IV till anslutningsakten.

83. För såvitt energiköpsavtalet utgör ett stöd råder det således ingen tvekan om att det rör sig om ett nytt stöd i den mening som avses i anslutningsakten.

2. Den andra grundens andra del

84. Vad gäller Dunamenti Erőműs argument avseende kommissionens och unionsdomstolarnas ”rättsliga praxis” vill jag påminna om att domstolen, vilket kommissionen påpekat, redan har förordat anslutningsdatumet som referenstidpunkt.

85. När det gäller bestämmelsen i bilaga V till anslutningsakten för Bulgarien (som motsvarar artikel 1 i avsnitt 3 i bilaga IV till anslutningsakten för Ungern), har domstolen nämligen slagit fast att ”de stödåtgärder som genomförts före anslutningen men som dels fortfarande tillämpas efter anslutningen, dels uppfyllde de kumulativa villkoren i artikel [107.1 FEUF] *vid tidpunkten för anslutningen* omfattas av de särskilda bestämmelserna i bilaga V till anslutningsakten, antingen i egenskap av befintligt stöd i den mening som avses i artikel [108.1 FEUF] (när de hör till en av de tre kategorier som nämns i den bilagan) eller i egenskap av nytt stöd vid anslutningen, avseende tillämpningen av artikel [108.3 FEUF] (när de inte hör till någon av dessa tre kategorier)”. [23]

86. Jag anser att det följer av denna rättspraxis att kommissionen och tribunalen i förevarande fall på ett riktigt sätt tillämpade bestämmelserna i bilagan till akten för Ungerns anslutning till unionen.

87. I alla händelser, såsom kommissionen har framhållit, avser ingen av de domar från tribunalen och domstolen som Dunamenti Erőmű har hänvisat till [24] sådana åtgärder som en medlemsstat antagit innan den anslöt sig till unionen och som fortfarande tillämpades efter anslutningen. Med hänsyn till att frågan avseende gränserna för unionens behörighet i tiden inte var aktuell i dessa mål, är det knappast förvånande att unionsdomstolarna fann att förekomsten av stöd skulle bedömas utifrån tidpunkten då det beviljades.

88. Vad gäller kommissionens praxis, bestående i [25] att vid bedömningen av en stödåtgärd som beviljats före en medlemsstats anslutning även beakta omständigheter som var för handen före anslutningen, vill jag påpeka att de beslut av kommissionen som Dunamenti Erőmű har hänvisat till [26] inte stöder företagets uppfattning att referenstidpunkten ska vara dagen för beviljandet av stödet i fråga.

23 — Se dom Kremikovtzi (C-262/11, EU:C:2012:760, punkt 52). Min kursivering. Se även, för ett liknande resonemang, dom Rousse Industry/kommissionen (T-489/11, EU:T:2013:144, punkterna 61–64, 66 och 67).

24 — Se dom Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 71 och 76–83), dom kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318, punkt 104), dom CityFlyer Express/kommissionen (T-16/96, EU:T:1998:78, punkt 76), dom Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen/kommissionen (T-228/99 och T-233/99, EU:T:2003:57, punkt 246) och Nederländerna/kommissionen (T-29/10 och T-33/10, EU:T:2012:98, punkt 78).

25 — Vilket ter sig något paradoxalt när man ser till den uppfattning som kommissionen gett uttryck för i förevarande mål (se min bedömning av den tredje grundens tredje del i punkterna 125–127 i detta förslag till avgörande).

26 — Det rör sig om beslut 2008/214/EG av den 18 juli 2007 om det statliga stöd C 27/2004 som Tjeckien beviljat till förmån för företagen GE Capital Bank a.s. och GE Capital International Holdings Corporation, Förenta staterna (EUT L 67, 2008, s. 3), beslut 2009/174/EG av den 21 oktober 2008 om den åtgärd C 35/04 som Ungern planerar att genomföra till förmån för Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt (EUT L 62, 2009, s. 14), och beslut 2010/690/EU av den 4 augusti 2010 om det statliga stöd C 40/08 (f.d. N 163/08) som Polen har genomfört till förmån för PZL Hydral S.A. (EUT L 298, s. 51).

89. Vad först gäller kommissionens beslut 2008/214 i ärendet GE Capital Bank, bestod stödåtgärden i fråga av garantier, säkerheter, ansvarsförbindelser och en säljoption, beviljade av tjeckiska staten inom ramen för omstruktureringen och privatiseringen av AGB bank.

90. Även om dessa åtgärder hade beviljats före Republiken Tjeckiens anslutning till unionen var de fortfarande ”tillämpliga efter anslutningen” [27] i den meningen att mottagarna fortfarande kunde åtnjuta stödets fördelar efter anslutningen. Den referenstidpunkt som kommissionen använde var således dagen för anslutningen.

91. Stödåtgärden i fråga i kommissionens beslut 2009/174 i ärendet Postabank utgjordes av en garanti mot oförutsedda fordringar, beviljad av ungerska staten inom ramen för omstruktureringen och privatiseringen av Postabank, till förmån för Postabanks köpare Erste Bank.

92. Såsom kommissionen angav i punkt 47 i detta beslut, rörde det sig om en åtgärd som fortfarande tillämpades efter anslutningen och som, liksom i förevarande fall, skulle betraktas som nytt stöd i den mening som avses i samma anslutningsakt.

93. Samma sak gäller beträffande kommissionens beslut 2010/690 i ärendet PZL Hydral, som rörde stödåtgärder inom ramen för en undsättningsplan för PZL Hydral, bland annat utebliven indrivning av skulder till offentliga borgenärer för detta bolag under perioden 1998–2007.

94. Trots att dessa icke indrivna skulder blev exigibla före Republiken Polens anslutning till unionen och förblev exigibla efter anslutningen, ingick denna åtgärd i en undsättningsplan som sjösattes år 2007, det vill säga tre år efter anslutningen. Av detta följer att referenstidpunkten även i detta ärende var dagen för Polens anslutning till unionen och inte dagen för beviljandet av stödet i fråga.

95. I samtliga ovan nämnda beslut har kommissionen beaktat omständigheter som var för handen före anslutningen, vilket Dunamenti Erőmű har klandrat tribunalen för att inte ha gjort i företagets fall. Detta rör emellertid frågan huruvida kommissionen är skyldig att, i ett fall som det som är för handen i förevarande mål, vid tillämpningen av kriteriet privat investerare beakta omständigheter som förelåg före anslutningen, såsom privatiseringen och de mål som därmed eftersträvades liksom det inneboende sambandet mellan denna privatisering och energiköpsavtalet. Denna fråga (till vilken jag återkommer vid bedömningen av den tredje grunden) är en annan än den som avser valet av referenstidpunkt för att avgöra om en statlig åtgärd ska kvalificeras som ett statligt stöd.

96. Överklagandet kan av dessa skäl inte vinna bifall på den andra grunden.

F – *Den tredje grunden: Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att energiköpsavtalet i fråga beviljade Dunamenti Erőmű en fördel i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF*

97. I sin tredje grund har Dunamenti Erőmű gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den från sin bedömning av förekomsten av statligt stöd, i punkterna 67–70 i den överklagade domen, uteslöt privatiseringen av företaget genom att välja den 1 maj 2004 som referenstidpunkt. Enligt Dunamenti Erőmű kunde det inte göras någon rättsenlig bedömning av huruvida energiköpsavtalet utgjorde ett statligt stöd utan att hänsyn togs till privatiseringen och dess kontext. Energiköpsavtalet var nämligen en föregående åtgärd för privatiseringen och utgjorde på så sätt en del av privatiseringspaketet.

27 — Beslut 2008/214, punkt 58.

98. I punkterna 49–66 i överklagandet, har Dunamenti Erőmű fört fram tre argument för att visa att om omständigheterna avseende privatiseringen hade beaktats av tribunalen skulle den ha kommit fram till att energiköpsavtalet inte utgjorde en fördel, eller i vart fall att företaget inte behöll denna fördel.

99. För det första agerade MVM som en privat investerare som önskade maximera sin vinst från försäljningen av Dunamenti Erőmű (punkterna 49–54 i överklagandet).

100. För det andra, även om energiköpsavtalet hade inneburit en fördel så kompenserades denna påstådda fördel av Electrabels förvärv av Dunamenti Erőmű efter anbudsförfarandet (punkterna 55–62 i överklagandet).

101. För det tredje innebar inte Ungerns anslutning att sambandet mellan energiköpsavtalet och Dunamenti Erőműs privatisering förändrades, och den påverkade inte det faktum att energiköpsavtalet inte gav företaget någon fördel (punkterna 63–67 jämförda med punkterna 41–62 i överklagandet).

1. Upptagande till sakprövning

102. Enligt kommissionen avser den tredje grunden en bevisfråga och kan därför inte prövas i sak. Eftersom tribunalen med rätta ansåg att Ungerns anslutning till unionen utgjorde referenstidpunkten för att fastställa förekomsten av stöd, gjorde tribunalen en riktig bedömning när den i punkterna 68–70 i den överklagade domen slog fast att frågan huruvida Dunamenti Erőmű hade beviljats en fördel genom energiköpsavtalet måste avgöras endast med utgångspunkt från detta datum och den vid denna tidpunkt förväntade utvecklingen av situationen.

103. Jag delar inte kommissionens uppfattning, som enligt min mening grundar sig på att kommissionen har tolkat överklagandet på fel sätt. Denna grund avser nämligen inte frågan om vilka omständigheter som kan knytas till perioden som påbörjades den 1 maj 2004. Den avser i stället frågan huruvida tribunalen, även om den 1 maj 2004 skulle utgöra referenstidpunkten, med rätta kunde utesluta vissa omständigheter från sin bedömning, och särskilt det inneboende sambandet mellan privatiseringen och det aktuella energiköpsavtalet, av den enda anledningen att dessa omständigheter är hänförliga till en tidpunkt före detta datum.

2. Prövning i sak

a) Den tredje grundens tredje del: Tribunalens beslut att vid sin prövning av det angripna beslutet med avseende på frågan om det förelåg något stöd inte beakta omständigheterna rörande privatiseringen av Dunamenti Erőmű av det skälet att dessa omständigheter förelåg före anslutningsdatumet

104. Genom sin tredje grund har Dunamenti Erőmű gjort gällande att tribunalen, i punkterna 68–70 i den överklagade domen, felaktigt slog fast att företagets argument i punkt 67 i samma dom, ”som i huvudsak grundas på omständigheter rörande privatiseringen under mitten av 90–talet, måste underkännas med hänsyn till den relevanta perioden för bedömningen av energiköpsavtalen, som ska räknas från den 1 maj 2004”. [28]

28 — Punkt 68.

105. Det ska inledningsvis påpekas att vare sig kommissionen eller tribunalen har ifrågasatt det inneboende sambandet mellan beviljandet av energiköpsavtalet till Dunamenti Erőmű och privatiseringen av detta företag. Kommissionen medgav, i skäl 174 i det angripna beslutet, att ”de flesta elproducenter … uppgav att de inte hade kunnat investera i de aktuella anläggningarna utan de garantier som gavs genom energiköpsavtalen”, och att en av dess producenter framhöll att ”[e]nergiköpsavtalen [var] ett viktigt inslag för att bankerna [skulle] gå med på att finansiera investeringar och förfinansiera driftskostnader på kontinuerlig basis”.

106. I punkt 186 i det angripna beslutet anger kommissionen att ”med de marknadsvillkor som gällde i Ungern i mitten av 1990-talet var energiköpsavtalens styrande princip, som garanterar avkastning på investeringar, avgörande för att de nödvändiga investeringarna kunde göras”.

107. Som jag har förklarat i punkterna 5–11 i detta förslag till avgörande, står det klart att beviljandet av energiköpsavtal till kraftverken och privatiseringarna av dessa kraftverk utgjorde delar av samma satsning och att det inte är möjligt att undersöka en del utan att beakta den andra.

108. Dunamenti Erőmű har således kritiserat tribunalen för att den godtog kommissionens synsätt som innebar att den å ena sidan medgav att energiköpsavtalet, i samband med privatiseringen, var ett ”avgörande villkor” för en lönsam försäljning eller en försäljning ”på marknadsmässiga villkor” av Dunamenti Erőmű och å andra sidan helt bortsåg från detta avgörande villkor vid själva bedömningen av energiköpsavtalet enligt bestämmelserna om statligt stöd. Detta innebar en felaktig tillämpning av kriteriet privat investerare.

109. Kommissionen menar att denna argumentation inte kan godtas om tribunalen hade fog för att fastslå att den relevanta referenstidpunkten var dagen för Ungerns anslutning till unionen. Det är i sådant fall inte relevant att beakta händelser som ägde rum nästan ett decennium före detta datum.

110. I sitt yttrande vid förhandlingen angav kommissionen att ”det som utspelar sig i en medlemsstat före dess anslutning till unionen är, för att uttrycka sig brutalt, irrelevant när det gäller statligt stöd, såvida det inte får effekter på den inre marknaden efter anslutningen”.[29] Enligt kommissionen ska det bortses från samtliga faktiska omständigheter som var för handen före dagen för anslutningen, i synnerhet om de rör de mål som MVM eftersträvade vid privatiseringen år 1995. Detta följer av anslutningsakten och var avsikten hos dess upphovsmän, något som måste respekteras.

111. Jag delar inte kommissionens uppfattning.

112. Enligt min mening är anslutningsdatumet användbart som referenstidpunkt först och främst för att identifiera den tidpunkt vid vilken det ska avgöras om en åtgärd som skulle kunna utgöra statligt stöd fortfarande tillämpas eller inte. Om åtgärden inte tillämpas kan den inte bli föremål för kommissionens bedömning enligt bestämmelserna om statligt stöd.[30]

113. När den aktuella åtgärden fortfarande tillämpas vid tidpunkten för anslutningen, som i förevarande fall, tjänar referensdatumet även till att fastställa den tidpunkt vid vilken det ska bedömas om åtgärden utgör ett statligt stöd. Det ska därvid hållas i åtanke att en åtgärd som inte utgör statligt stöd vid tidpunkten då den beviljades kan bli det senare, vid en förändring av den berörda marknadens struktur.[31]

29 — Min översättning (”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 — Se, *e contrario*, besluten 2008/214, 2009/174 och 2010/690.

31 — Se punkterna 79–82 i förevarande förslag till avgörande.

114. Däremot, till skillnad från vad tribunalen angav i punkterna 68–70 i den överklagade domen, utesluter inte användningen av anslutningsdatumet som referenstidpunkt i sig, per automatik, att man inte kan beakta omständigheter som förelåg före denna tidpunkt som är relevanta för en korrekt tillämpning av kriteriet privat investerare.

115. Domstolen har tidigare framhållit, förvisso i sammanhang som inte rörde det specifika fallet med en medlemsstats anslutning, vikten av att vid tillämpningen av kriteriet privat investerare göra en helhetsbedömning av alla relevanta omständigheter. I punkt 86 i domen kommissionen/EDF (C-124/10 P, EU:C:2012:318), slog domstolen fast att ”[det] ankommer … på kommissionen att göra en *helhetsbedömning*. Utöver de omständigheter som åberopats av medlemsstaten ska kommissionen vid denna helhetsbedömning beakta alla andra relevanta omständigheter som gör det möjligt för kommissionen att avgöra om den aktuella åtgärden har vidtagits av medlemsstaten i dess egenskap av aktieägare eller i dess egenskap av myndighetsutövare. *Sådana omständigheter som är relevanta för denna bedömning kan …* särskilt utgöras av åtgärdens karaktär och föremål, *det sammanhang som låg bakom åtgärdens vidtagande, det eftersträvade syftet med åtgärden* samt de regler som gäller för densamma.” [32]

116. Domstolen angav vidare i punkterna 104 och 105 i denna dom att ”[k]ommissionen [fick] vägra att lägga sådana upplysningar till grund för sin bedömning endast om den åberopade bevisningen har upprättats *efter det att* investeringsbeslutet fattats” och att ”det enda som är relevant för bedömningen angående kriteriet om en privat investerare är dels sådana uppgifter som fanns tillgängliga då investeringsbeslutet fattades, dels sådana utvecklingstendenser som kunde förutses då nämnda investeringsbeslut fattades. Så är fallet [*även då] kommissionen (såsom i detta mål) prövar om det är fråga om ett statligt stöd då det gäller en investering som inte anmälts till kommissionen och som redan har genomförts av den berörda medlemsstaten då kommissionen genomför sin prövning.*” [33]

117. I punkt 41 i domen Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252), prövade domstolen kriteriet privat investerare i samband med en rekapitalisering som ägt rum år 1994. Domstolen beaktade därvid nettoresultatet för räkenskapsåret 1993 och den omständigheten att ”[detta] resultat skall … ses i sitt sammanhang, vilket utgörs av en ekonomisk recession som lett till försvagad tillväxt, större konkurrens och ett betydande prisfall inom den europeiska sektorn för hemelektronik, vars tillbakagång hade inletts under år 1992”. Av detta drog domstolen slutsatsen att en privat investerare inte skulle ha genomfört kapitaltillskotten i fråga.

118. I ett annat sammanhang, även det utan koppling till en medlemsstats anslutning, ogiltigförklarade domstolen ett beslut av kommissionen på grund av, bland annat, att ”kommissionen på ett felaktigt sätt [hade] tillämpat principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, eftersom den inte [hade] bedömt de lån och garantier som Stardust mottagit mot bakgrund av förhållandena vid tidpunkten då de beviljades”. [34]

119. Dessa överväganden är tillämpliga även i ett fall som det förevarande, där åtgärden i fråga beviljades före den berörda medlemsstatens anslutning till unionen. Den tillämpning av kriteriet privat investerare som kommissionen gör och som godkänns av tribunalen, och den bedömning av förekomsten av statligt stöd som görs på grundval av denna tillämpning, riskerar nämligen att bli illusorisk om man utesluter relevanta omständigheter, såsom tribunalen gjorde i punkterna 68–70 i den överklagade domen, av det enda skälet att dessa omständigheter är hänförliga till tiden före anslutningen.

32 — Min kursivering. Se även, för ett motsvarande synsätt, dom Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252, punkt 41).

33 — Min kursivering.

34 — Dom Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294, punkt 81).

120. Denna illusoriska tillämpning och bedömning består i att vid tillämpningen av kriteriet privat investerare ställa sig frågan huruvida ”en marknadsoperatör, under de villkor som gällde när Ungern blev medlem i EU, skulle ha beviljat producenterna en liknande garanti som den som energiköpsavtalen innebär” [35] utan att beakta en hypotetisk marknadsaktör som önskade, som ungerska staten gjorde år 1995, sälja ett kraftverk vars fysiska skick och ekonomiska situation gjorde att ingen investerare kunde ha tillräckliga garantier för att kunna driva verksamheten vidare och förutse sina investeringar på lång sikt, och samtidigt försöka uppnå de mål som eftersträvades med privatiseringen, vilka jag angett i punkt 5 i detta förslag till avgörande.

121. Även om man vid tillämpningen av kriteriet privat investerare måste ställa frågan huruvida en hypotetisk marknadsaktör, vid tidpunkten för anslutningen, skulle ha agerat på samma sätt som staten gjorde, är det inte möjligt att utesluta relevanta faktiska omständigheter som låg bakom beviljandet av stödåtgärden endast av det skälet att de förelåg före anslutningen. Detta skulle nämligen innebära att staten och den hypotetiska marknadsaktören hamnade i två icke jämförbara positioner, något som med nödvändighet skulle kunna innebära att de gjorde olika val.

122. Av detta följer att en korrekt tillämpning av kriteriet privat investerare innebär att man måste ställa sig frågan vad en hypotetisk marknadsaktör, ställd inför 1995 års ekonomiska förhållanden på en marknad som var på väg att avregleras [36], skulle ha gjort den 1 maj 2004 för att kunna sälja Dunamenti Erőmű till bästa pris samtidigt som den eftersträvade samma ekonomiska och kommersiella mål som ungerska staten gjorde år 1995, nämligen tryggad energiförsörjning till lägsta möjliga kostnad, modernisering av infrastrukturen med beaktande av då rådande standarder för miljöskydd och genomförande av den nödvändiga omstruktureringen av energisektorn.

123. I motsats till vad kommissionen har hävdat vid förhandlingen anser jag inte att denna tillämpning av kriteriet privat investerare strider mot anslutningsakten eller avsikten hos dess upphovsmän. Energiköpsavtalet ska förvisso betraktas som ett nytt stöd i den mening som avses i anslutningsakten, det vill säga ett stöd som beviljades för första gången den 1 maj 2004. Det finns emellertid inte något i denna akt som hindrar att kommissionen, vid tillämpningen av nämnda kriterium, tar hänsyn till de ekonomiska och kommersiella mål som MVM efterstävade genom beviljandet av energiköpsavtalet.

124. Följaktligen anser jag att relevanta omständigheter som var för handen före anslutningen kan beaktas när kriteriet privat investerare tillämpas vid tidpunkten för anslutningen.

125. Som jag redan angett [37], och som även Dunamenti Erőmű har påpekat inom ramen för sin andra grund, överensstämmer denna ståndpunkt paradoxalt nog med den praxis från kommissionen som återfinns i bland annat besluten GE Capital Bank, Postabank och PZL Hydral, i vilka kommissionen vid sin bedömning av förekomsten av stöd systematiskt beaktade faktiska omständigheter som förelåg före referenstidpunkten [38], det vill säga dagen för de berörda medlemsstaternas anslutning till unionen.

126. Jag kan särskilt hänvisa till beslut 2009/174/EG i ärendet Postabank som även det avsåg en stödåtgärd som Ungern genomfört före sin anslutning. I punkterna 55 och 56 i detta beslut gjorde kommissionen den enligt mig korrekta bedömningen att det ”[v]id bedömningen av de ungerska myndigheternas agerande 2003 mot bakgrund av den marknadsekonomiska investerarprincipen måste

35 — Punkt 177 i det angripna beslutet.

36 — Processen mot en avreglering av den europeiska elmarknaden påbörjades genom Europaparlamentets och rådets direktiv 96/92/EG av den 19 december 1996 om gemensamma regler för den inre marknaden för el (EGT L 27, s. 20), som syftade till att öppna elmarknaden för konkurrens. Tidsplanen för avregleringen fastställdes genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37). Direktivet skulle genomföras senast den 1 juli 2004 vad gällde icke-hushållskunder och den 1 juli 2007 vad gällde hushållskunder. Vid referenstidpunkten var alltså den ungerska elmarknaden på väg mot en avreglering.

37 — Se punkterna 89–94 i detta förslag till avgörande.

38 — Se, till exempel, punkterna 81 och 82 i beslut 2008/214, punkt 57 i beslut 2009/174 och punkt 169 och följande punkter i beslut 2010/690.

… noteras att kommissionen inte ifrågasätter det sätt som Postabank privatiserades på och att kommissionen medger att banken såldes till anbudsgivaren med det högsta budet under ett öppet och konkurrensutsatt anbudsförfarande" samt att ”[d]etta faktum … dock inte [är] en tillräcklig omständighet för att utesluta att det föreligger en fördel i det aktuella fallet”. [39]

127. Jag menar att denna passage uttrycker den korrekta ståndpunkten att det, i ett fall som det nu aktuella, vid tillämpningen av kriteriet privat investerare måste tas hänsyn till relevanta omständigheter som förelåg före anslutningen, utan att detta i sig är tillräckligt för att utesluta förekomsten av en fördel.

128. Det följer av det som anförts ovan att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att vid sin kontroll av hur kriteriet privat investerare tillämpats underkänna Dunamenti Erőmű argument avseende den omständigheten att kommissionen hade underlåtit att beakta det inneboende sambandet mellan energiköpsavtalet och privatiseringen, av det enda skälet att denna omständighet förelåg före dagen för Ungerns anslutning. Tribunalens dom ska därför upphävas i detta avseende.

b) Den tredje grundens första del, varigenom Dunamenti Erőmű har ifrågasatt att det över huvud taget uppkom en fördel för företaget genom MVM:s beviljande av energiköpsavtalet, eftersom MVM genom att bevilja detta avtal agerade som en privat investerare som önskade maximera den vinst som försäljningen av Dunamenti Erőmű skulle generera

129. Enligt Dunamenti Erőmű har vare sig företaget självt eller Electrabel åtnjutit någon fördel av energiköpsavtalet, eftersom MVM, genom att teckna energiköpsavtalet med Dunamenti Erőmű den 10 oktober 1995, helt enkelt försökte maximera vinsten från försäljningen av detta företag på samma sätt som en privat aktör skulle ha gjort.

130. Detta argument kan inte godtas. Det förhållandet att Dunamenti Erőmű privatiserades genom ett öppet och konkurrensutsatt anbudsförfarande och att det högsta anbudet antogs (nämligen Electrabels anbud), skulle utgöra relevanta omständigheter endast om det hade varit så att den åtgärd som ansågs kunna utgöra ett stöd var själva försäljningen av Dunamenti Erőmű. Så är emellertid inte fallet, eftersom åtgärden i fråga utgjordes av det energiköpsavtal som MVM beviljade Dunamenti Erőmű.

131. Såsom kommissionen har påpekat har Dunamenti Erőmű dessutom förväxlat förekomsten av en fördel för Electrabel i egenskap av köpare av Dunamenti Erőmű med förekomsten av en fördel för det egna företaget. Den omständigheten att Electrabel inte åtnjutit någon fördel utesluter nämligen inte att det föreligger en sådan fördel för Dunamenti Erőmű.

132. Jag anser att de argument som Dunamenti Erőmű anfört med hänvisning till domen AceaElectrabel/kommissionen (T-303/05, EU:T:2009:312) i syfte att visa att Electrabel och Dunamenti Erőmű utgjorde en enda ekonomisk enhet, inte på något sätt påverkar ovanstående bedömning. Även om Electrabel och Dunamenti Erőmű skulle anses utgöra en enda ekonomisk enhet skulle detta nämligen inte utesluta att denna enhet åtnjöt en fördel till följd av energiköpsavtalet.

133. Följaktligen gjorde tribunalen sig inte skyldig till felaktig rättstillämpning när den underkände Dunamenti Erőműs argument att MVM genom att bevilja företaget det aktuella energiköpsavtalet agerade som en privat investerare som önskade maximera sin vinst från försäljningen av detta företag.

39 — Jag förstår inte på vilket sätt tribunalen menar att kommissionens beslut i ärendet Postabank skulle sakna betydelse i detta sammanhang av det enda skälet att det beslutet skulle avse ett specifikt fall utan något samband med det angripna beslutet (dom Tisza Erőmű/kommissionen, T-468/08, EU:T:2014:235, punkt 89).

c) Den tredje grundens andra del: Huruvida stödet ska återkrävas av det sålda företaget eller av säljaren då värdet av stödet inkluderats i privatiseringspriset

i) Parternas argument

134. Dunamenti Erőmű anser att även om företaget hade beviljats en fördel innan det privatiserades, har dess köpare återbetalat denna fördel till ungerska staten, eftersom energiköpsavtalet var inkluderat i det pris som köparen betalade till ungerska staten när Dunamenti Erőmű privatiserades genom ett anbudsförfarande.

135. Dunamenti Erőmű stöder sig på punkt 78 i domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456). I denna punkt slog domstolen fast att ”[n]är ett företag som mottagit stöd säljs till ett marknadsmässigt pris ingår … värdet av det tidigare stödet i princip i priset och säljaren av företaget behåller därmed värdet av sagda stöd. Återställandet av den situation som rådde innan stödet gavs skall i så fall genomföras genom att säljaren återbetalar stödet”.

136. På denna grund anser Dunamenti Erőmű att eftersom energiköpsavtalet värderades och lades in i privatiseringspriset som betalades till ungerska staten, är det den sistnämnda som behåller värdet av stödet och företaget kan därför inte anses vara mottagare av stöd från statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.

137. Kommissionen anser däremot att Dunamenti Erőmű återigen förväxlat stöd som beviljats en förvärvad enhet (mottagare av ett stöd) med stöd som beviljats köparen av denna enhet.

138. Kommissionen har gjort gällande att punkt 78 i domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) utgör ett *obiter dictum* och stöder sig i stället på punkt 81 i domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238). I denna punkt konstaterade domstolen att ”[i]förevarande fall har det företag som beviljades de rättsstridiga statliga stöden behållit sin ställning som juridisk person och fortsatt att för egen räkning bedriva den verksamhet som subventionerats genom de statliga stöden”. Domstolen slog fast att det därför ”[n]ormalt sett är … detta företag som behåller den konkurrensfördel som följer av stöden och det är således detta företag som skall vara skyldigt att återbetala ett belopp som motsvarar stöden”.

139. Enligt kommissionen har domstolen i sin dom Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) gjort en tydlig åtskillnad genom domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456).

ii) Bedömning

– Inledande synpunkter

140. Jag kan först konstatera att domarna Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) och Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) båda rör frågan om fastställande av vem stödet ska återkrävas av, och inte frågan om förekomsten av stöd.

141. Även om Dunamenti Erőmű har fört fram sina argument inom ramen för den tredje grunden, som avser förekomsten av ett stöd, så utgör de alltså i själva verket en självständig grund som domstolen måste behandla, även om domstolen, i motsats till vad jag föreslår i punkt 128 i detta förslag till avgörande, skulle slå fast att tribunalen gjorde en riktig bedömning när den underkände företagets argument avseende den omständigheten att det inneboende sambandet mellan energiköpsavtalet och privatiseringen inte beaktades vid tillämpningen av kriteriet privat investerare.

142. Om domstolen inte skulle gå på min linje, är det med nödvändighet så att det rör sig om ett stöd som Ungern måste dra in och återkräva. Om domstolen däremot följer mitt förslag är det på intet sätt uteslutet att en korrekt tillämpning av kriteriet privat investerare leder till att man kan konstatera förekomsten av ett stöd, på samma belopp eller ett annat belopp.

143. Det måste således i båda fallen avgöras huruvida stödet ska återkrävas av det sålda företaget, vilket är kommissionens ståndpunkt, eller av säljaren, vilket är Dunamenti Erőműs ståndpunkt. Detta eftersom ”[d]et [inte] kan … krävas att köparen återbetalar sådant stöd” [40] i det fall då det företag som mottagit stödet har sålts i enlighet med villkoren på marknaden.

– Skyldigheten att återbetala stödet måste ligga hos den som behåller den konkurrensfördel som stödet har medfört

144. Det är tydligt att domarna Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) och Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) ger stöd för uppenbart motstridiga ståndpunkter. De stämmer överens endast på en punkt och det är att köparen inte kan vara den som är skyldig att återbetala stödet. [41]

145. Domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) meddelades förvisso efter domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), men av en avdelning bestående av fem domare, nämligen sjätte avdelningen, medan domen Banks meddelades av en sammansättning av elva domare (”stora avdelningen” vid den tiden) och därefter har citerats vid ett flertal tillfällen. [42]

146. Såsom generaladvokaten Tizzano uttryckte det i punkt 82 i sitt förslag till avgörande i målet Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2003:354), ”pendlar domstolen mellan två ståndpunkter. Enligt den ena ståndpunkten skall stöden i vilket fall som helst återbetalas av det företag som mottagit stödet. Enligt den andra ståndpunkten skall stöden – om aktierna säljs till ett pris som återspeglar det marknadsmässiga priset för sagda företag efter beviljandet av stöden – återbetalas av säljaren.”

147. Efter domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238), har domstolen fortsatt att pendla mellan dessa två ståndpunkter. Domstolen klargjorde först, i punkt 58 i domen kommissionen/Frankrike (C-214/07, EU:C:2008:619), att ”[om det, i ett fall då en stödmottagare vars verksamhet har upphört och vars tillgångar har överlåtits,] gjorts en uppskattning av marknadsvärdet och stödet har inbegripits i köpeskillingen, kan inte förvärvaren anses ha erhållit en fördel jämfört med andra aktörer på marknaden (domen i … målet Tyskland mot kommissionen, punkt 80)”. Därefter, i punkt 83 i domen kommissionen/Frankrike (C-37/14, EU:C:2015:90) slog domstolen fast att den omständigheten att det stödmottagande företaget har sålts på marknadsmässiga villkor, ”även om detta kan antas stämma, inte påverkar återbetalningsskyldigheten som sådan. Den berörda medlemsstaten är fortsatt skyldig att återkräva detta stöd från – *beroende på omständigheterna* – det sålda företaget (dom Tyskland/kommissionen, C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 81) eller från säljaren (dom Banks, C-390/98, EU:C:2001:456, punkt 78 och dom Falck och Acciaierie di Bolanzo/kommissionen, C-74/00 P och C-75/00 P, EU:C:2002:524, punkt 180).” [43] Här lämnade domstolen således på nytt dörren öppen för möjligheten att ett stöd kan återkrävas antingen från säljaren eller från det sålda företaget, utan att ange något gränsdragningskriterium för att kunna tillämpa uttrycket ”beroende på omständigheterna”.

40 — Dom Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 81). Se även dom kommissionen/Frankrike (C-214/07, EU:C:2008:619, punkt 16).

41 — Se dom Banks (C-390/98, EU:C:2001:456, punkt 77) och dom Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 80).

42 — Se dom Falck och Acciaierie di Bolanzo/kommissionen (C-74/00 P och C-75/00 P, EU:C:2002:524, punkt 180), dom Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252, punkt 83), och dom kommissionen/Frankrike (C-37/14, EU:C:2015:90, punkt 83).

43 — Min kursivering.

148. För att komplicera saken ytterligare var det två stödåtgärder som var aktuella i domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238), varav den ena hade beviljats ett bolag vars aktier blev föremål för avyttring (”share deal”) och den andra hade beviljats ett bolag vars tillgångar blev föremål för avyttring (”asset deal”) [44]. Denna omständighet gav intrycket att det fanns anledning att skilja på dessa två typer av överlåtelser.

149. Således försökte generaladvokaten Sharpston, i punkt 57 i sitt förslag till avgörande i målet kommissionen/Frankrike (C-214/07, EU:C:2008:343), förklara skillnaden mellan domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) och domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) med det förhållandet att ”[målet Banks] rörde … avyttring av aktier. Förevarande fall rör tillgångar, och det relevanta testet är det som anges i domen i målet Tyskland mot kommissionen. Domstolen resonerade i den domen på samma sätt som i domen i målet Banks, men anpassade resonemanget till att avse avyttring av tillgångar i stället för aktier och tillämpade det anpassade resonemanget på en avyttring av tillgångar. Jag ser ingen anledning att frångå resonemanget i domen i målet Tyskland mot kommissionen.”

150. Osäkerheten ökar än mer när man analyserar de olika och till och med motstridiga ståndpunkter som kommissionen intagit i dessa olika ärenden.

151. I punkt 38 i sin replik i målet som gav upphov till domen kommissionen/Frankrike (C-214/07, EU:C:2008:619) angav kommissionen att den ”[ville] påminna om att vid en överlåtelse av tillgångar (Asset deal) till skillnad från vid en överlåtelse av aktier (Share deal), måste de ekonomiska villkoren för transaktionerna granskas. När en överlåtelse av tillgångar har skett på normala marknadsmässiga villkor, anser domstolen att stödet har värderats till marknadspris och är inkluderat i köpeskillingen så att förvärvaren i princip inte kan anses ha fått någon fördel. Fördelen av stödet har då behållits av överlåtaren.”

152. I punkterna 87–89 i sin ansökan i målet kommissionen/Frankrike (C-37/14, EU:C:2015:90) hävdade kommissionen följande angående överlåtelse ”av alla eller delar av aktierna i ett stödmottagande bolag” [45]: ”När det har skett en försäljning till marknadspris av ett stödmottagande företag, ska det avgöras vem som faktiskt åtnjutit stödet och därför ska återbetala detsamma. Beroende på omständigheterna i fallet kan det vara antingen säljaren eller det sålda företaget. Det följer av domstolens rättspraxis att stödet i princip ska återkrävas från det sålda företaget … Likväl *har domstolen ansett att stödbeloppet ska återbetalas av säljaren* för det fall denne skulle ha behållit fördelen av stödet genom att det inkluderats i överlåtelsepriset. *Så är i synnerhet fallet när det med säkerhet kan visas att det i överlåtelsepriset har tagits hänsyn till det olagliga stöd som kan behöva återbetalas*, eller när det i köpeavtalet avseende överlåtelsen av det stödmottagande bolaget uttryckligen anges att säljaren ska återbetala det stöd som det sålda bolaget fått för det fall stödet skulle förklaras olagligt och oförenligt.” [46]

153. Kommissionen tillade att ”[i] avsaknad av denna typ av klausul föreskrivs det i de flesta överlåtelseavtal att säljaren garanterar det sålda företagets skulder. I detta fall ska det sålda företaget återbetala det olagliga stödet och villkoret om skuldgaranti gör det möjligt för köparen att vända sig mot säljaren. Denna fråga är således avhängig tillämpliga avtalsvillkor och rör inte … förfarandet för återkrav i egentlig mening.”

44 — Se punkterna 78 och 84 i domen.

45 — Se punkt 85.

46 — Min kursivering.

154. I förevarande mål har kommissionen hävdat [47] att i och med domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) ändrades den princip som anges i punkt 78 i domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456) på så sätt att stödet ska återkrävas från mottagaren, även om detta företag har sålts på marknadsmässiga villkor och värdet av stödet har inkluderats i överlåtelsepriset.

155. Jag anser att det är lämpligt att ta vara på möjligheten i förevarande mål att på ett tydligt sätt fastställa de principer som ska tillämpas vid återkrav av ett stöd i ett fall där mottagarföretaget har sålts på marknadsmässiga villkor och värdet av stödet har inkluderats i överlåtelsepriset, såsom är fallet i förevarande mål och som var fallet i de mål som gav upphov till domarna Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), Italien och SIM 2 Multimedia/kommissionen (C-328/99 och C-399/00, EU:C:2003:252), Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) och kommissionen/Frankrike (C-37/14, EU:C:2015:90).

156. I likhet med vad domstolen slog fast i punkt 81 i domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238), är det enligt min mening ”[det] företag som behåller den konkurrensfördel som följer av [stödet] … som skall vara skyldigt att återbetala ett belopp som motsvarar [stödet]”. Återkravet ska sålunda följa fördelen i den meningen att den som har åtnjutit eller fortfarande åtnjuter fördelen ska återbetala den, oavsett om det har skett en överlåtelse av tillgångar eller en överlåtelse av aktier och detta av nedanstående skäl.

157. Omständigheterna i förevarande mål, där ett stöd beviljades ett bolag som direkt därefter privatiserades, visar för det första att den princip som angavs i punkt 78 i domen Banks (C-390/98, EU:C:2001:456), enligt vilken stödet ska återkrävas från säljaren, inbjuder till missbruk utan följdverkningar av bestämmelserna om statligt stöd. Medlemsstaterna skulle nämligen kunna bevilja stöd till statliga företag i vetskap om att även om de i framtiden kan tvingas upphäva stödet, så har privatiseringen gjort att dessa företag kan behålla den fördel de redan fått och som ackumulerats fram till den tidpunkt då stödet upphävs.

158. Det förhåller sig för det andra så att ”om det företag som har erhållit ett stöd inte upplöses och kvarstår verksamt på marknaden kan den snedvridning av konkurrensen som framkallas av stödet undanröjas (eller åtminstone mildras) endast genom att återbetalningsskyldigheten läggs på detta företag. Det är nämligen endast på så sätt nämligen som detta ’förlorar ... den fördel som [det] har haft på marknaden i förhållande till sina konkurrenter, och den situation som förelåg innan stödet lämnades återställs’ [dom kommissionen/Italien (C-348/93, EU:C:1995:95, punkt 27). För ett liknande resonemang, se även dom Spanien/kommissionen (C-480/98, EU:C:2000:559, punkt 35)]”. [48]

159. För det tredje ”är det visserligen riktigt att [säljaren av] aktier i det företag som mottagit stödet, till ett pris som återspeglar deras marknadsmässiga värde efter beviljandet av stöden, gynnas av företagets revalvering, men det är ändå uppenbart att denna eventuella fördel inte påverkar den fördel som det företag som mottagit stödet erhållit i förhållande till sina konkurrenter. Det är just denna sistnämnda fördel som medför snedvridning av konkurrensen och som således måste undanröjas genom återkravet av stödet, medan den ekonomiska fördel som följer av försäljningen av aktierna eventuellt inte inverkar på hur konkurrensen på marknaderna fungerar, eftersom det inte är självklart att den som säljer aktierna är en ekonomisk aktör.” [49]

47 — Se punkterna 137–139 i detta förslag till avgörande.

48 — Se punkt 83 i generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i målet Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2003:354).

49 — Ovan (punkt 84).

160. Slutligen ”[skapar] [d]en motsatta uppfattningen att stöden under vissa omständigheter skall återkrävas hos säljaren … nämligen betydande osäkerhet, eftersom det ofta är svårt att fastställa huruvida försäljningspriset till fullo återspeglar det marknadsmässiga värdet av det företag som mottagit stödet efter beviljandet av stöden och risken att detta företag åtminstone delvis skall återbetala sagda stöd nästan inte alls beaktas”. [50]

161. Av dessa skäl förhåller det sig så att när ”det företag som beviljades de rättsstridiga statliga stöden behållit sin ställning som juridisk person och fortsatt att för egen räkning bedriva den verksamhet som subventionerats genom de statliga stöden [är det] [n]ormalt sett … detta företag som behåller den konkurrensfördel som följer av stöden och det är således detta företag som skall vara skyldigt att återbetala ett belopp som motsvarar stöden”. [51]

162. Principen är således att stödet ska återkrävas från det sålda företaget, som i detta fall är Dunamenti Erőmű, och inte från säljaren, i detta fall MVM eller ungerska staten.

163. Det ska tilläggas, såsom domstolen påpekade i punkterna 84–97 i domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238), att regeln som innebär att den som behåller den konkurrensfördel som följer av stödet ska vara skyldig att återbetala detsamma är tillämplig även i det fall då det stödmottagande företaget, på grund av en försäljning av tillgångar eller någon annan transaktion, har tömts på alla sina tillgångar i syfte eller med den följden att återkrävande av stödet omöjliggörs (vilket inte är fallet i förevarande mål), men där detta företags verksamhet har övertagits av ett annat företag. Det är då det övertagande företaget som behåller konkurrensfördelen och som ska återbetala stödet. [52] I motsatt fall, när mottagarföretaget har upphört med sin verksamhet utan att något annat företag har övertagit den, föreligger det enligt domstolens praxis ett absolut hinder för att återkräva stödet. [53]

164. I punkt 81 i domen Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238) förefaller domstolen göra skillnad på stödmottagare beroende på om de behållit sin ställning som juridisk person eller inte. [54] Det ska emellertid erinras om att det i artikel 107 FEUF, liksom i fördragets konkurrensbestämmelser, talas om företag (”undertakings”) och inte om bolag som är juridiska personer.

165. Såsom domstolen slog fast i punkt 43 i domen ETI m.fl. (C-280/06, EU:C:2007:775) med avseende på överträdelser av konkurrensreglerna, ”saknar den juridiska formen hos den enhet som har begått överträdelsen och hos dess efterträdare betydelse. Det kan alltså inte uteslutas att denna efterträdare påförs en sanktionsåtgärd för överträdelsen, enbart med anledning av att den, såsom är fallet i målen vid den nationella domstolen, har en annan juridisk form och drivs enligt andra villkor än den enhet som har efterträtts”.

166. Principen att skyldigheten att återbetala stödet åligger det *företag* som behållit den konkurrensfördel som stödet medfört innebär följaktligen att stödet kan återkrävas från det företag som övertagit den statssubventionerade verksamheten.

– Tillämpning på förevarande mål

167. I det aktuella fallet utgörs fördelen av energiköpsavtalet och det är Dunamenti Erőmű som har mottagit och behållit den konkurrensfördel som detta avtal medfört, nämligen långsiktigt garanterade försäljningspriser på el. Det är således Dunamenti Erőmű som ska återbetala det statliga stödet.

50 — Ovan (punkt 85).

51 — Dom Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkt 81).

52 — Se, för ett liknande resonemang, dom Tyskland/kommissionen (C-277/00, EU:C:2004:238, punkterna 86–97), dom kommissionen/Frankrike (C-214/07, EU:C:2008:619, punkt 58) och dom kommissionen/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781, punkt 104).

53 — Se dom kommissionen/Italien (C-454/09, EU:C:2011:650, punkt 36) och dom kommissionen/Spanien (C-610/10, EU:C:2012:781, punkt 104).

54 — Denna åtskillnad görs även i domen kommissionen/Frankrike (C-214/07, EU:C:2008:619, punkterna 48 och 55).

168. Det vore i övrigt orimligt att anse att det är Dunamenti Erőmű som åtnjuter fördelen på grund av att energiköpsavtalet utgör en del av företagets tillgångar, men att det är säljaren staten som har mottagit stödet. Det är naturligtvis omöjligt att undanröja fördelen för företaget och anta att konkurrensfördelen behålls av någon annan, särskilt som det i förevarande fall var energiköpsavtalet som orsakade en snedvridning av konkurrensen och gjorde avregleringen av den ungerska elmarknaden näst intill omöjlig genom att det blev dyrare för nya aktörer att träda in på marknaden.

169. Denna slutsats kan förvisso leda till att Ungern, såsom redan har skett, måste upphäva energiköpsavtalet och samtidigt behålla den köpeskilling som köparen betalade och inkludera värdet av stödet, medan Dunamenti Erőmű måste återbetala värdet av detta stöd till staten.

170. Som kommissionen angav i sin ansökan i målet kommissionen/Frankrike (C-37/14, dom EU:C:2015:90) är emellertid ”denna fråga avhängig tillämpliga avtalsvillkor och rör inte … förfarandet för återkrav [av stödet]”. Faktum är att ”det föreskrivs i de flesta överlåtelseavtal att säljaren garanterar det sålda företagets skulder. I sådant fall ska det sålda företaget återbetala det olagliga stödet och villkoret om skuldgaranti gör det möjligt för köparen att vända sig mot säljaren.”

171. I det nu aktuella fallet har Electrabel, utöver ett sådant avtalsförhållande med ungerska staten, även rätt att i ett skiljeförfarande vid Internationella centrumet för biläggande av investeringstvister kräva att de icke återvinningsbara kostnaderna återbetalas *i sin helhet* i enlighet med energistadgefördraget, vilket Electrabel har gjort.[55]

iii) Slutsats

172. Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte pröva Dunamenti Erőműs argument avseende den eventuella återbetalningen av stödet.

173. Om domstolen intar min ståndpunkt beträffande den tredje grundens andra del, kan det emellertid konstateras att den slutsats som tribunalen (och kommissionen) drog innebär att återbetalningsskyldigheten åligger Dunamenti Erőmű. Den överklagade domen ska således inte upphävas i detta avseende.

VI – **Verkningarna av upphävandet**

174. Jag har i punkt 128 anfört att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och att den överklagade domen ska upphävas. Verkningarna av detta upphävande bör därför undersökas.

175. Det föreskrivs i artikel 61 första stycket i domstolens stadga att om domstolen upphäver tribunalens avgörande ”[kan] [d]omstolen … själv slutligt avgöra ärendet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa ärendet till tribunalen för avgörande”. Det måste således fastställas om ärendet är färdigt för avgörande.

176. Ett mål är färdigt för avgörande när domstolen förfogar över alla de uppgifter som krävs för att den ska kunna avgöra det.[56]

55 — Se punkterna 23–25 i detta förslag till avgörande.

56 — Se, till exempel, dom Chronopost och La Poste/UFEX m.fl. (C-341/06 P och C-342/06 P, EU:C:2008:375, punkt 134) och dom Spanien/kommissionen (C-513/13 P, EU:C:2014:2412, punkt 42).

177. Som jag har förklarat i punkt 122 i detta förslag till avgörande innebär en korrekt tillämpning av kriteriet privat investerare att man måste ställa sig frågan vad en hypotetisk marknadsaktör, ställd inför 1995 års ekonomiska förhållanden på en marknad som var på väg att avregleras, skulle ha gjort den 1 maj 2004 för att kunna sälja Dunamenti Erőmű till bästa pris samtidigt som den eftersträvade samma ekonomiska och kommersiella mål som ungerska staten gjorde år 1995, nämligen tryggad energiförsörjning till lägsta möjliga kostnad, modernisering av infrastrukturen med beaktande av då rådande standarder för miljöskydd och genomförande av den nödvändiga omstruktureringen av energisektorn.

178. En korrekt tillämpning av kriteriet privat investerare förutsätter obestridligen en komplicerad ekonomisk bedömning. Det följer av fast rättspraxis att ”kommissionens prövning av om en viss åtgärd kan anses utgöra ett statligt stöd, eftersom staten i fråga inte har agerat som en normal ekonomisk aktör, förutsätter en komplicerad ekonomisk bedömning. När kommissionen antar en rättsakt som innefattar sådana bedömningar har kommissionen ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och domstolsprövningen av denna rättsakt skall endast … avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheter som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk. [Unionsdomstolarna] får i synnerhet inte ersätta den ekonomiska bedömning som gjorts av kommissionen med sin egen bedömning.” [57]

179. Eftersom frågan huruvida kriteriet privat investerare hade tillämpats på ett korrekt sätt föll utanför tribunalens behörighet, medför upphävandet av den överklagade domen att kommissionens beslut ska ogiltigförklaras i den mån det avser Dunamenti Erőmű.

180. Den felaktiga rättstillämpningen består i att kommissionen underlät att beakta avgörande omständigheter när den tillämpade kriteriet privat investerare, en underlåtenhet som inte ifrågasattes av tribunalen.

181. Överklagandet ska således vinna bifall på den tredje grundens tredje del, vilket innebär att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras i den mån det avser Dunamenti Erőmű.

VII – **Rättegångskostnader**

182. Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen, när överklagandet bifalls och domstolen själv slutligt avgör saken, besluta om rättegångskostnaderna.

183. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats.

184. Dunamenti Erőmű har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet ska den bära sina rättegångskostnader och ersätta Dunamenti Erőműs rättegångskostnader både i första instans och i målet om överklagande.

57 — Se beslut DSG/kommissionen (C-323/00 P, EU:C:2002:260, punkt 43). Se även, för ett liknande resonemang, dom Spanien/Lenzing (C-525/04 P, EU:C:2007:698, punkt 57), dom GlaxoSmithKline Services m.fl./kommissionen m.fl. (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, EU:C:2009:610, punkt 163), dom kommissionen/Scott (C-290/07 P, EU:C:2010:480, punkterna 64–66), dom Ryanair/kommissionen (T-196/04, EU:T:2008:585, punkt 41) och dom Budapesti Erőmű/kommissionen (T-80/06 och T-182/09, EU:T:2012:65, punkterna 65 och 66).

VIII – **Förslag till avgörande**

185. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen meddelar följande dom:

1) Tribunalens dom Dunamenti Erőmű/kommissionen (T-179/09, EU:T:2014:236) upphävs i den mån tribunalen där underlät att, vid sin kontroll av kriteriet privat investerare, beakta det inneboende sambandet mellan energiköpsavtalet och privatiseringen av det enda skälet att denna omständighet föregick Ungerns anslutning till unionen.

2) Kommissionens beslut 2009/609/EG av den 4 juni 2008 om det statliga stöd C 41/05 som Ungern genomfört i form av energiköpsavtal ogiltigförklaras i den mån det rör Dunamenti Erőmű.

3) Europeiska kommissionen ska ersätta rättegångskostnaderna såväl i första instans som i målet om överklagande.