

V

(Становища)

ПРОЦЕДУРИ, СВЪРЗАНИ С ИЗПЪЛНЕНИЕТО НА ПОЛИТИКАТА В ОБЛАСТТА
НА КОНКУРЕНЦИЯТА

ЕВРОПЕЙСКА КОМИСИЯ

ДЪРЖАВНА ПОМОЩ — ДАНИЯ

Държавна помощ SA.32669 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP), Дания — помощ, предоставена на централи за комбинирано производство на електро- и топлоенергия и доставчик на електроенергия, която влияе на пазара за резервни мощности

SA.32184 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP), Дания — помощ, предоставена на доставчик на електроенергия

Покана за представяне на мнения съгласно член 108, параграф 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз

(текст от значение за ЕИП)

(2013/C 230/04)

С писмо от 6 юни 2013 г., възпроизведено на езика, чийто текст е автентичен на страниците след това резюме, Комисията уведоми Дания за решението си да открие процедурата, предвидена в член 108, параграф 2 от Договора за функционирането на Европейския съюз, относно посочената по-горе мярка.

Заинтересованите страни могат да представят мненията си относно мярката, по отношение на която Комисията открива процедурата, в срок от един месец от датата на публикуване на настоящото резюме и на приложеното към него писмо на следния адрес:

Европейска комисия
Directorate-General for Competition
Directorate for State Aid
State Aid Greffe
1049 Bruxelles/Brussel
BELGIQUE/BELGIË

Факс +32 22961242

Мненията ще бъдат предадени на Дания. Запазването в тайна на самоличността на заинтересованата страна, която представя мнението, може да бъде поискано писмено, като се посочат причините за искането.

ОБОБЩЕНИЕ

1. ПРОЦЕДУРА

През януари и февруари 2011 г. Комисията получи две жалби. Първо, беше получена жалба (SA.32669) от Датската асоциация за регулиране на електроенергията (BRD) относно два въпроса. Жалбоподателят твърди, първо, че Дания е трябвало да уведоми повторно за схемата за помощ N602/, след промяната в тържната структура за резервни мощности в Западна Дания. Поради по-доброто икономическо състояние на централите за комбинирано производство на електро- и топлоенергия помощта би била несъвместима.

Второ, споразумението за резервни мощности в Източна Дания между оператора на преносна система (ОПМ) и Dong Energy не отразявало пазарните условия. Подобна жалба бе получена от Smørum Kraftvarme (SA.32184).

2. ОПИСАНИЕ НА МЯРКАТА.

Преносната мрежа за електроенергия в Дания е разделена между Западна и Източна Дания. В Източна Дания операторът

на преносна система (ОПМ), Energinet.dk, подписа петгодишно споразумение със Dong Energy за доставка на резервни мощности (675 MW), включително някои спомагателни услуги. Споразумението ще се прилага до края на 2015 г.

В Западна Дания ОПМ закупува ръчни резерви на дневни търгове, които са въведени от 1 февруари 2007 г. Преди 2007 г. споразуменията за резервни мощности бяха месечни. Целта на промяната на тръжната система беше да се насърчи конкуренцията и да се даде възможност на ОПМ да адаптират динамично закупуването на ръчни резерви.

След промяната през 2007 г. преминаването от закупуване на резерв от мощности на месечна към почасова основа улесни децентрализираните централи за комбинирано производство на електро- и топлоенергия да навлизат на пазара за резерв от мощности.

Такива централи за комбинирано производство на електро- и топлоенергия също се ползват от държавна помощ, например чрез схемата за държавна помощ N602/2004, одобрена от Комисията през 2005 г. Комисията одобри мярката, тъй като тя отговаря на условията, посочени в Насоките за държавна помощ за опазване на околната среда (EAG).

3. ОЦЕНКА НА МЯРКАТА

Мярката за помощ N602/2004 беше одобрена от Комисията и следователно по принцип представлява съществуваща помощ, както е определено в член 1 от процедурния регламент (Регламент ЕО 659/1999 на Съвета), докато се спазва решението. Дания също така потвърди, че не са направени съществени изменения на правното основание за предоставяне на помощта.

Жалбоподателят заяви, че съдебната практика от Делото *Namir-les assurances du credit SA* не може да бъде приложена към настоящия случай поради различните обстоятелства, и че в настоящия случай става въпрос за нова помощ. Въпреки това се приема, че заключението по това дело, според което правната основа по принцип служи да бъде определено дали се изисква уведомяване за нова помощ, е приложимо в еднаква степен към настоящия случай.

С оглед на участието на централите за комбинирано производство на електро- и топлоенергия в пазара на резервни мощности съвместимостта на мярката за помощ се разглежда също, като това участие се взема предвид. Въз основа на информацията, предоставена от Дания, Комисията заключава, че мярката N602/2004, също и след промяната в тръжната структура, представлява съществуваща помощ по смисъла на член 1 от процедурния регламент и продължава да отговаря на съображенията, посочени в Решение на Комисията N602/2004. Освен това и при всички случаи, тя представлява съвместима държавна помощ, както е доказано по-горе.

Що се отнася до споразумението между ОПМ и Dong Energy, жалбоподателите твърдят, че споразумението не е сключено по пазарни условия и предоставя предимство за Dong Energy. Тъй като ОПМ е изцяло държавно дружество, това би съставлявало неправомерна помощ за Dong Energy.

В това отношение Комисията отбелязва, че на първо място тя трябва да установи дали е налице държавна помощ. По-специално следва да се отбележи, че фактът, че държавно предприятие осигурява средствата, не е достатъчен. В съдебната практика е потвърдено, че приписването на отговорност за отпуснатата помощ на държавата е отделно от въпроса дали помощта е била предоставена чрез държавни ресурси. Тези условия са отделни и кумулативни. Съответно фактът, че държавно дружество, ОПМ, изплаща възнаграждението, не е достатъчен в това отношение, за да се докаже приписване на отговорност.

Във връзка с това в информацията, предоставена от Дания, се посочва, че в закона не е изрично указано как ОПМ да упражнява отговорностите си по отношение на резервните мощности. Следователно, косвените признаци за приписването на отговорност трябва също да бъдат анализирани. От една страна се отбелязва, че отговорният министър може да назначи 8 от 11 членове в управителния съвет, включително и председателя, да вземе всякакво решение в писмена форма относно стопанската дейност на ОПМ и чрез изменения на учредителния акт.

От друга страна се отбелязва, че ОПМ е по същество управляван от частното право и може да вземе решение без съгласието на министъра. Освен това Дания подчерта, че решението от страна на ОПМ да сключи договор с Dong Energy е взето без всякакво участие на органите. Те не са и одобрявали споразумение.

Може да се разбере, че в един регулиран пазар Дания е осигурила строг надзор над ОПМ, без непременно да се упражнява контрол особено в области, за които обикновено отговаря ОПМ. Такива рутинни стопански дейности може да бъде оставени на преценката на ОПМ.

Дания обаче е заявила единствено, че правителството или правителствените органи не са били включени в процеса на вземане на решение, без допълнителна информация. По-конкретно, Дания не е предоставила информация, въз основа на която да бъде оценено в каква степен ОПМ е обвързан с инструкции да сключва договори на пазара за резервни мощности и да бъде оценена връзката между датската държава и ОПМ, както е предвидено в закон.

При тези обстоятелства, въз основа на наличната информация за наличие на строг надзор от страна на публичния орган върху ОПМ, Комисията счита, че без допълнителна информация не може да бъде установено несъмнено, че договорът не може да бъде приписан на датската държава.

Що се отнася до цената, договорена между ОПМ и Dong Energy, Дания посочва, че ОПМ е действала като разумен инвеститор на пазара и че договорът отразява теоретичната пазарна цена. Не е предоставена друга информация, която да позволи оценяването на реалната договорена цена и на пазарната цена. Не е предоставена и информация за оценка на съвместимостта на помощта, ако бъде счетено, че мярката представлява държавна помощ. Следователно с оглед на липсата на такава информация Комисията не може да изключи съмнения дали мярката предоставя предимство за Dong Energy.

ТЕКСТ НА ПИСМОТО

„Kommissionen skal hermed meddele Danmark, at den efter gennemgang af de oplysninger, de danske myndigheder har givet om ovennævnte foranstaltninger, har besluttet at indlede proceduren i artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF).

1. SAGSFORLØB

1. Ved brev af 23. februar 2011 modtog Kommissionen en klage fra Brancheforeningen for Regulerkraft i Danmark, BRD - registreret under sagsnummer SA.32669 - med påstand om, at der var ydet ulovlig statsstøtte til decentrale kraftvarmeværker og til Dong Energy a/s. Yderligere oplysninger blev modtaget den 6. april 2011, 24. juni 2011, 11. juli 2011, 2. august 2011, 12. og 13. september 2011, 3. og 5. oktober 2011, 28. marts 2012 og 30. april 2012.
2. Den 3. maj 2012 blev klageren i sag SA.32669 underrettet om, at der efter en foreløbig vurdering ud fra de foreliggende oplysninger ikke blev fundet at være tale om ulovlig statsstøtte. Klageren fremsendte derefter flere oplysninger i sagen den 14. maj 2012, 12. september 2012 og 13. og 27. november 2012. Den 15. marts 2013 fremsendte klageren et brev, hvori den under henvisning til artikel 265 i TEUF anmodede Kommissionen om at træffe en afgørelse inden for senest to måneder.
3. Den 29. januar 2011 modtog Kommissionen en elektronisk indgivet klage - registreret under sagsnummer SA.32184 - fra Smørum Kraftvarme med påstand om ulovlig statsstøtte til Dong Energy. Yderligere oplysninger blev fremsendt med brev af 7. februar 2011, 4., 25. og 28. marts 2011 samt 12. og 13. januar 2012.
4. Korrespondancen angående klagerne i såvel sag nr. SA.32184 og sag nr. SA.32669 blev den 14. april 2011 og den 5. januar 2012 videresendt til Danmark med henblik på bemærkninger. Danmark fremsatte sine bemærkninger henholdsvis den 17. juni 2011 og den 14. februar 2012.

2. BESKRIVELSE

5. Nedenfor beskrives statsstøtteforanstaltning N602/2004 ⁽¹⁾, klagerne og Danmarks synspunkter.

2.1. Statsstøtteforanstaltning N602/2004

6. Den 9. november 2005 godkendte Kommissionen 6 statsstøtteforanstaltninger i Danmark angående støtte til (i) energiproduktion baseret på vindkraft, (ii) energiproduktion baseret på andre vedvarende energikilder end vindkraft og (iii) energiproduktion i kraftvarmeværker. Denne beslutning blev vedtaget med sagsnummer N602/2004 (KOM(2005)3910, herefter "beslutning N602/2004").
7. Danmark anmeldte disse foranstaltninger efter en omlægning af systemansvarlige virksomheder og transmissions-

operatører på det danske energimarked. De foranstaltninger, der blev godkendt i forbindelse med decentrale kraftvarmeværker, som er omfattet af energiforsyningsloven, kan opsummeres således:

- a. Helt små kraftvarmeværker (< 5MW): Fortsat ret til en fast pris (treledstarif), men med mulighed for at gå over til grundbeløb (pristillæg).
 - b. Mindre kraftvarmeværker (< 10 MW): Overgangsperiode indtil udgangen af 2006 og derefter pligt til at overgå til grundbeløb.
 - c. Store kraftvarmeværker: Overgangsperiode indtil udgangen af 2004, derefter pligt til at overgå til grundbeløb.
8. Danmark bekræftede, at alle de kraftvarmeværker, der er omfattet af de anmeldte ordninger, var højeffektive værker, og fremlagde en beregning af de ekstra omkostninger ved den støttede form for energi, som blev fundet rimelige. Ifølge disse beregninger ville støtten højst dække 87 % af de ekstra omkostninger (for decentrale kraftvarmeværker). Der blev desuden fremlagt beregninger, hvoraf det fremgik, at støtten ikke ville overstige afskrivningerne plus en rimelig kapitalforrentning.
 9. Støtten blev siden godkendt ⁽²⁾ på grundlag af miljørammebestemmelserne fra 2001 ⁽³⁾, navnlig afsnit E.3.3.1. Kommissionen fandt i særdeleshed, at der blev ydet kompensation for forskellen mellem omkostningerne ved at producere den miljøvenlige energi og markedsprisen på den konventionelle form for energi. På grundlag af de oplysninger, den var i besiddelse af, konkluderede Kommissionen i beslutning N602/2004, at støttemodtagerne ikke ville modtage en overkompensering.

2.2. Klagen i sag SA.32669

Påstand om støtte til decentrale kraftvarmeværker

10. Fra og med 1. februar 2007 ændrede den danske transmissionssystemoperatør, Energinet.dk, vilkårene for budgivning på regulerkraftmarkedet, som tager sigte på at sikre tilstrækkelige forsyninger af reguler- eller reservekraft. Leverandører, der ønskede at deltage i regulerkraftmarkedet, var ikke længere nødt til at afgive bud for den efterfølgende måned, men skulle i stedet afgive bud pr. time for den følgende dag. Denne ændring gjorde det lettere for de decentrale kraftvarmeværker at gå ind på regulerkraftmarkedet. Før 2007 var der stort set ingen decentrale kraftvarmeværker, der kunne gå ind på dette marked, fordi det generelt krævede tekniske forbedringer af deres produktionsanlæg, og fordi månedsbaserede bud gav dem en for lang bindingsperiode. Det er lettere for de decentrale kraftvarmeværker at skulle regne kun en dag frem.

⁽²⁾ Da støtten blev fundet forenelig med det indre marked, fandt Kommissionen det ikke nødvendigt at tage stilling til, om ordningen blev finansieret med statslige midler.

⁽³⁾ EUT C 37 af 3.2.2001.

⁽¹⁾ EUT C 21 af 28.1.2006, s. 4.

11. Klageren gjorde gældende, at Danmark skulle have genanmeldt støtteordning N602/2004 på grund af de decentrale kraftvarmeværkers mulighed for siden 2007 at gå ind på regulerkraftmarkedet. De decentrale kraftvarmeværkers mulighed for at gå ind på regulerkraftmarkedet hævdedes at forbedre disse værkers økonomiske situation og gøre støtteordningen uforenelig med det indre marked.
12. Klageren understregede, at klagen drejede sig om, at de decentrale kraftvarmeværker nu har fået adgang til et marked for regulerkraft, som de ikke kunne deltage i uden støtten (eftersom de ikke kunne eksistere uden støtten). Ifølge klageren er det til alvorlig skade for de elektricitetsleverandører, som ikke modtager statsstøtte.
13. Klageren gjorde specielt gældende, at den støtte, der ydes inden for rammerne af den godkendte statsstøtteordning N602/2004, ikke tager hensyn til indtjeningen på regulerkraftmarkedet (eftersom ordningen blev godkendt før ændringen i budproceduren). Klageren henviser i den forbindelse til den relevante kommissionsbeslutning, hvori det anføres⁽¹⁾, at enhver ændring af de betingelser, der ligger til grund for støtten, skal anmeldes til Kommissionen på forhånd. Klageren finder, at denne formulering må fortolkes sådan, at der er tale om enhver relevant ændring af de retlige, fysiske og økonomiske forhold, som kan identificeres som værende relevante for støtten.
14. Klageren hævder, at Kommissionen skal undersøge, om der er sket nogen fundamental ændring i de forhold, der bestod på det tidspunkt, hvor ordningen blev godkendt af Kommissionen. Desuden fandt klageren, at der ikke alene må antages at bestå en anmeldelsespligt i de tilfælde, hvor der ydes ny støtte eller ændret støtte som følge af en ændring af støttens lovhjemmel (eller formlen for støttens beregning), men også hvor en medlemsstat giver støttemodtagerne adgang til et nyt marked. At de decentrale kraftvarmeværker fik adgang til et nyt marked, burde derfor ifølge klageren have været anmeldt, også selv om det ikke repræsenterede en ny støtte.
15. Klageren gjorde subsidiært gældende, at dommen i *Namur-les assurances du crédit SA* (herefter "Namur-sagen")⁽²⁾ kan fortolkes på en sådan måde, at der må antages at være tale om ny støtte i denne sag ("BRD-sagen").
16. I Namur-sagen var der tale om støtte ydet på et og samme marked til levering af de samme tjenesteydelser til det samme formål. Ifølge klageren tyder den omstændighed, at Domstolen i Namur-sagen henviste til, at støttemodtageren Office National du Ducroire's *formål og virksomhed* ikke havde ændret sig, på, at en ændring af støttemodtagerens juridiske status eller virksomhed vil kunne resultere i, at støttens klassificering måtte ændres fra eksisterende støtte til ny støtte.
17. Klageren fremdrager især følgende forskelle mellem Namur-sagen og BRD-sagen. I Namur-sagen var der tale om en lovændring, der førte til en kvantitativ forøgelse af støttebeløbet, hvis støttemodtageren øgede sin kommercielle virksomhed på det samme marked, hvorimod støtteordningen i BRD-sagen forblev uændret, men støttemodtagerne fik ved en statslig beslutning adgang til et andet marked, hvor de ifølge klageren kunne fortrænge konkurrenter.
18. Klageren peger på, at der i BRD-sagen er tale om to separate markeder, der tjener to separate formål. Støttemodtagerne gik ind på et nyt marked (regulerkraftmarkedet), mens formålet med statsstøtten var at beskytte miljøet. Det udgør ifølge klageren i sig selv et misbrug af statsstøtte⁽³⁾.
19. Til støtte for sin påstand om, at der var tale om ny støtte, fremførte klageren desuden følgende⁽⁴⁾:
- I Namur-sagen besvarede Domstolen kun det spørgsmål, som det fik stillet, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt der var indført en ny støtte eller en ændring af en eksisterende støtte, der skulle anmeldes. Spørgsmålet om, hvorvidt åbning af adgang til et nyt marked udgør ny støtte, blev ikke besvaret, men efter klagerens opfattelse kan der argumenteres for, at åbningen af decentrale kraftvarmeværkers adgang til timemarkedet for regulerkraft udgør ny støtte.
 - Selv om de decentrale kraftvarmeværkers adgang til et nyt marked måske ikke kan kvalificeres som ny støtte, udgør denne nye adgang en væsentlig ændring af den støtteordning, Kommissionen godkendt i beslutning N602/2004, til fordel for de decentrale kraftvarmeværker og til skade for konkurrenterne, og denne ændring skulle have været anmeldt.
 - Som følge af den manglende anmeldelse fik Kommissionen ikke mulighed for at revurdere, hvilke virkninger det havde for de aktører, der allerede fandtes på timemarkedet for regulerkraft, at de decentrale kraftvarmeværker nu fik adgang til at byde ind på dette marked.
 - I tilfælde af tvivl bør der altid indgives anmeldelse.
20. Klageren gjorde gældende, at efter en anmeldelse ville Kommissionen ikke have accepteret, at de decentrale kraftvarmeværker kunne deltage i regulerkraftmarkedet (hvis den havde været vidende om det, da den godkendte støtten), eftersom det ville være til alvorlig skade for de leverandører af reservekraft, der var gået ind på dette marked med tilskyndelse fra staten (transmissionssystemoperatøren) med det formål at sikre elektricitetsforsyningen. Klageren hævdede, at på grund af ændringen i budgivningen kan det afvejningsprincip, Kommissionen skal anvende i alle statsstøttesager, også i beslutning N602/2004, ikke længere anses for at være positivt.

⁽¹⁾ Der henvises til afsnit 5 i beslutning N602/2004.

⁽²⁾ Sag C-44/93, *Namur-Les-assurances du Crédit SA mod Office National du Ducroire og den belgiske stat*, Sml. 1994, s. I-3829.

⁽³⁾ I henhold til artikel 16 i forordning 659/99 om misbrug af statsstøtte, at kan Kommissionen for at fastslå, om en godkendt støtteordning er blevet misbrugt, indlede den formelle undersøgelsesprocedure efter forordningens artikel 4, stk. 4.

⁽⁴⁾ Klageren pegede endvidere på, at Kommissionen i Namur-sagen (jf. præmis 20) havde indtaget det standpunkt, at en ændring i form af en udvidelse af støttemodtagernes virksomhed ikke kunne anses for en ubetydelig ændring af den eksisterende støtteordning, idet udvidelsen indebar, at støttemodtageren i Namur-sagen (Office National du Ducroire) blev en konkurrent til private virksomheder uden at opgive sine hidtidige privilegier.

21. Klageren fremlagde i den sammenhæng tal, der skulle vise, at de decentrale kraftvarmeværkers deltagelse i regulerkraftmarkedet (timebud) ikke alene skaber fordejligheder på dette marked, men også fortrænger konkurrenter på dette marked. Klageren pegede specielt på, at den årlige gennemsnitspris for 2007 lå på ca. 60 kr. pr. MWh, mens den årlige gennemsnitspris i 2009 var på 15 kr. pr. MWh.
22. Klageren pegede endvidere på, at det er staten selv (transmissionssystemoperatøren), der kontrollerer og regulerer regulerkraftmarkedet. Den danske stat (dvs. Energinet.dk) kan ikke med rimelighed anses for på det tidspunkt, hvor statsstøtten blev godkendt, at have været uvidende om, at det ville skabe betydelige fordejligheder, når de decentrale kraftvarmeværker fik adgang til timemarkedet. At Energinet.dk opnår en økonomisk gevinst med hensyn til den pris, den betaler for regulerkraft, kan ikke retfærdiggøre, at der ydes statsstøtte.
23. Hvad angår de beregninger af en mulig overkompensation, som Danmark har fremlagt, og som blev videresendt til klageren den 3. maj 2012, var det ifølge klageren ikke muligt at vurdere, om disse tal var korrekte og relevante. Under alle omstændigheder finder klageren, at man kun kan få et korrekt og fair overblik ved at sammenligne indtjeningen hos decentrale kraftvarmeværker, der deltager i regulerkraftmarkedet, med indtjeningen i en tilsvarende gruppe af decentrale kraftvarmeværker, der ikke er aktive på dette marked.
24. På baggrund af foranstaltningens meget negative indvirkning på prisdannelsen på regulerkraftmarkedet er spørgsmålet om intensiteten af støtten til de decentrale kraftvarmeværker – om den ligger over eller under 100 % – imidlertid uden større betydning for klageren, eftersom markedet efter klagerens opfattelse er blevet betydeligt udhulet.
- Påstand om støtte til Dong Energy A/S**
25. Klageren gjorde videre gældende, at i Østdanmark indgik transmissionssystemoperatøren Energinet.dk i 2010 en aftale om regulerkraft med Dong Energy ⁽¹⁾ for perioden 1.1.2011-31.12.2015 med en pris på 25 mio. DKK om året for en reserve på 675 MW ⁽²⁾. I september 2010 blev der desuden etableret en forbindelse mellem Østdanmark og Vestdanmark i form af Storebæltsforbindelsen med en kapacitet på 600 MW ⁽³⁾.
26. Klageren hævder, at aftalen mellem Energinet.dk og Dong Energy giver Dong Energy en fordel, da den ikke blev indgået på markedsvilkår. Desuden finder klageren, at reservationen af Storebæltsforbindelsen har diskriminerende virkninger til fordel alene for Dong Energy og til skade for regulerkraftleverandører i Vestdanmark.
27. Klageren mener, at det bør afklares, om den påståede statsstøtte udgør et brug af statsmidler, og om støtten kan tilregnes staten. Klageren hævder, at der er tale om brug af statsmidler, og at støtten kan tilregnes staten, da Energinet.dk er 100 % statejet og kontrolleres af staten, som har indskudt grundkapitalen.
28. Energinet.dk beregner regulerkraften øst for Storebælt til i alt 900MW ⁽⁴⁾. I lyset af et samlet behov for kraft, der kan aktiveres med kort varsel, på 1 200 MW, har Energinet.dk sat restbehovet i DK2 til 300 MW, der via Storebæltsforbindelsen kan tjene som regulerkraft for DK1 ⁽⁵⁾. Ifølge klageren fandt halveringen af regulerkraftmarkedet i DK1 til 300 MW sted i september 2010 som et resultat af aftalen mellem de to statskontrollerede selskaber, Energinet.dk og Dong Energy, og den gensidige aftale med Sverige.
29. Klageren gør gældende, at en sådan reservation af Storebæltsforbindelsen ikke kan anses for at være ikke-diskriminerende, og at reservekraftselskaber i DK2 (dvs. Dong Energy) derigennem får en fordel, som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencen på det indre marked. Resultatet var, at BRD-medlemmernes indtjening faldt med over 96 % og for alle leverandørers vedkommende med 90,7 %.
30. Prisen for de 300 MW reservekraft, der blev købt i DK2 til brug i DK1, er ikke offentligt kendt. Ud over rådighedskraften kan kontrakten have omfattet andre ydelser, f.eks. aktiveret kraft, vedligeholdelse osv. Prisen på rådighedskraft til DK1 ville ifølge klageren sandsynligvis ligge på 15-25 mio. EUR om året, men under alle omstændigheder lå de priser, Energinet.dk betalte for køb af reservekraft fra Dong Energy, et godt stykke over markedsprisen.
31. Valget af et begrænset udbud danner sammen med brugen af Storebæltsforbindelsen grundlag for en formodning om, at der er tale om statsstøtte, og at betalingen til Dong Energy udgør en fordel, som Kommissionen bør undersøge nærmere.
32. Klageren fremfører videre, at i mangel af oplysninger fra Energinet.dk, der kunne danne grundlag for en vurdering af disse kriterier, må Altmark-kriterierne eller det markedsøkonomiske investeringsprincip, der kan lægges til grund

⁽¹⁾ Den danske stat ejer 76 % af Dong Energy, 24 % ejes af private virksomheder.

⁽²⁾ Det tilføjes, at ud af disse 600 MW er der kun 300 MW til rådighed inden for de 15 minutter, som er standardkravet for hurtig reservekraft. Det tager 90-120 minutter at aktivere de øvrige 300 MW. Sideløbende hermed indgik Energinet.dk en aftale med den svenske TSO, Svenska Kraftnät, om en gensidig reservekapacitet på yderligere 300 MW, der kan aktiveres inden for 15 minutter.

⁽³⁾ Ifølge klageren har Storebæltsforbindelsen til formål at føre elektricitet fra Vestdanmark (DK1) til Østdanmark (DK2) i 80 % af tiden, da markedsf forholdene er sådan, at der generelt er et overskud i DK1 i forhold til DK2.

⁽⁴⁾ Beregnet som 600 MW i DK2 fra Dong Energy + 300MW fra den svenske TSO. Det samlede behov for regulerkraft er på 600 MW + 600 MW = 1 200MW (DK1 og DK2))

⁽⁵⁾ Energitilsynet godkendte i en afgørelse af 2.7.2010 en ordning, hvor transmissionen af elektricitet gennem Storebæltsforbindelsen på visse betingelser kan reserveres til intra-day transmission af reservekraft fra DK2 til DK1. Men ifølge oplysninger fremsendt i november 2012 bestemte Energitilsynet, at denne reservation skulle stilles i bero i to år på grund af manglende begrundelse. Ifølge klageren meddelte Energinet.dk imidlertid, at man i stedet ville købe mindre og overføre elektricitet fra grossistmarkedet fra vest til øst og dække mangelen med reservekraft.

for afgørelsen af, om købet af regulerkraft fra Dong Energy udgjorde statsstøtte, anses for heller ikke at være opfyldt. Klageren gør desuden gældende, at løsninger, som ikke er nødvendige, ikke kan støttes på artikel 106 i TEUF. Eftersom Energinet.dk selv er i stand til at foretage ændringer, f. eks. gennem brug af Storebæltsforbindelsen, der ville overflødiggøre aftalen med Dong Energy, uden tab af effektivitet i elektricitetsdistributionen eller uden økonomiske ulemper for sig selv, forbrugerne og samfundet i øvrigt, kan den valgte løsning (aftalen med Dong Energy) ikke anses for at være nødvendig efter artikel 106.

33. Selv om man antog, at Dong Energy ikke havde fået overdraget en public service-opgave i snæver forstand, er det et almindeligt EU-retligt princip, at offentlige virksomheders indgåelse af langfristede indkøbsaftaler må foregå inden for rammerne af åbne, gennemsigtige og ikke-diskriminerende procedurer. Det var ikke tilfældet i denne sag.
34. Indgåelsen af den langfristede femårige aftale med Dong Energy er ifølge klageren også i strid med EU's regler for offentlige kontrakter og involverer statsstøtte. Klageren⁽¹⁾ fremførte, at regulerkraftmarkedet ikke er et nationalt marked, og pegede under henvisning til aftalen med den svenske TSO på, at en leverandør af regulerkraft ikke nødvendigvis skal være etableret i Østdanmark. Dong Energy var derfor ikke den eneste mulige leverandør af denne reservekraft, hvilket ellers kunne have retfærdiggjort, at der ikke blev afholdt et udbud.
35. Klageren peger på, at Energinet.dk via Tenders Electronic Daily udsendte en meddelelse om, at der ville blive indgået en aftale. Denne meddelelse fremkom imidlertid i september 2010, hvor Energinet.dk allerede var i forhandlinger med Dong Energy⁽²⁾.
36. Endvidere er der ifølge klageren tale om en krænkelse af artikel 37 i TEUF om statslige handelsmonopoler, hvilket – om end indirekte – må have betydning for vurderingen af, om der forelå statsstøtte. Ifølge klageren har Danmark overtrådt artikel 37, stk. 2, i TEUF ved at have indført en ny foranstaltning, der indebærer en forskelsbehandling med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår. Det havde ødelæggende virkninger på regulerkraftmarkedet (timebud og reduktion af Energinet.dk's efterspørgsel i DK1)
37. Endelig gjorde klageren gældende, at den statsejede transmissionssystemoperatør Energinet.dk misbrugte sin dominerende stilling i strid med artikel 102 i TEUF ved at reservere envejstransmissionen i Storebæltsforbindelsen

og ved at favorisere den eneste leverandør af reservekraft i DK2, Dong Energy, til skade for reservekraftværkerne i DK1. Klageren finder det indlysende, at den måde, hvorpå reservationen i relation til Storebæltsforbindelsens transmissionskabel foregik, giver anledning til en formodning om, at der var tale om et misbrug af dominerende stilling.

2.3. Klagen i sag SA.32184

38. Den anden klager gør gældende, at den femårige kontrakt⁽³⁾ mellem Energinet.dk og Dong Energy indebærer statsstøtte til Dong Energy. Klageren har i alt væsentligt fremsendt den klage til Kommissionen, som forinden var indgivet til Klagenævnet for Udbud, der ikke gav klageren medhold.
39. Klagen til Klagenævnet gik ud på, at kontrakten burde have været sendt i udbud i overensstemmelse med forsyningsdirektivet⁽⁴⁾. Denne påstand blev imidlertid ikke godtaget af Klagenævnet, der henviste til undtagelsesbestemmelserne i forsyningsdirektivets artikel 26, litra b), og artikel 12 i udbudsdirektivet⁽⁵⁾ samt den omstændighed, at forsyningsanlæggene skal være fysisk lokaliseret i DK2 og tildelingen af denne kontrakt derfor ikke har nogen direkte interesse for aktører i andre medlemsstater.
40. Klageren fremførte, at der i DK1 findes et ægte konkurrencepræget marked for regulerkraft, hvorimod kontrakten mellem Energinet.dk og Dong Energy har ødelagt muligheden for at opføre regulerkraftværker i DK2. Fornylelsen af den tidligere kontrakt har sammen med Storebæltsforbindelsen forhindret, at der kan udvikle sig et konkurrencepræget regulerkraftmarked i DK2 og haft negative virkninger på markedet i DK1 i forbindelse med overførslen af 300 MW reservekraft (se nr. 28).

2.4. Danmarks synspunkt

41. Som svar på klagerens påstande, som blev videresendt til Danmark, fremlagde Danmark følgende baggrundsoplysninger og fremsatte følgende bemærkninger til klageren.

Balancemarkedet (reserve- og regulerkraft)

42. I el-systemet skal der altid være balance mellem elproduktion og elforbrug. Det er den danske transmissionssystemoperatør, Energinet.dk, der har ansvaret for at opretholde denne balance.
43. For at kunne håndtere større ubalancer indgår Energinet.dk reserveaftaler på reservemarkedet. Disse aftaler indebærer, at aktørerne får en rådighedsbetaling for at stå til rådighed og for (altid) at lægge bud ind på regulerkraftmarkedet. Dette marked betegnes som reservemarkedet.

⁽¹⁾ Det blev fremført af klageren i forbindelse med en afgørelse truffet af Klagenævnet.

⁽²⁾ Klageren pegede på, at den første kontrakt med Dong Energy (før 1.1.2011) ikke var sendt i udbud efter det såkaldte forsyningsdirektiv (direktiv 2004/17/EF), og der var heller ingen offentliggørelse i overensstemmelse med *Telaustria*-dommen (sag C-324/98, *Telaustria*, Sml. 2000, s. I-10745. Se tillige den senere *Coname*-dom i sag C-231/03 og Kommissionens fortolkningsmeddelelse om den fællesskabsret, der finder anvendelse på tildelingen af kontrakter, som ikke eller kun delvis er omfattet af udbudsdirektiverne, EUT C 179 af 1.8.2006).

⁽³⁾ Omfattende perioden fra 31.12.2005 til 31.12.2010 og i 2010 forlænget i yderligere fem år.

⁽⁴⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhedsdirektivet"), EUT L 134 af 30.4.2004, s. 1 (ændret ved direktiv 2005/51/EF og direktiv 2009/81/EF).

⁽⁵⁾ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (ændret ved direktiv 2005/51/EF, direktiv 2005/75/EF og direktiv 2009/81/EF).

44. Når der opstår behov for at balancere udsving i systemet, køber Energinet.dk op- eller nedregulering på det fællesnordiske regulerkraftmarked, hvori Danmark indgår, og hvor de aktører, der har indgået en reserveaftale, konkurrerer på lige fod med frivillige bud fra indenlandske og udenlandske leverandører uden reservekontrakter. Dette marked betegnes som regulermarkedet.
45. På reservemarkedet indgår Energinet.dk aftaler med aktørerne om, at de skal stå til rådighed til enhver tid og melde bud ind på regulermarkedet. På regulermarkedet køber Energinet.dk regulerkraft (op- eller nedregulering) for at sikre, at systemet altid er i balance. Hvor der i denne afgørelse tales om regulerkraftmarkedet, foretages der ingen sondring.

Budgivnings- og prissystemet på markedet for manuelle reserver

46. Transmissionsnettet i Danmark er opdelt i to delområder, henholdsvis vest for Storebælt (DK1) og øst for Storebælt (DK2). DK1 er med fire transmissionsforbindelser forbundet til henholdsvis Tyskland, Norge, Sverige og DK2. DK2 er med tre transmissionsforbindelser forbundet til henholdsvis DK1, Sverige og Tyskland. Forbindelse mellem DK1 og DK2 blev først etableret med Storebæltsforbindelsen i 2010.
47. For Østdanmark har Energinet.dk indgået en femårig aftale med Dong Energy om levering af Vestdanmarks reserver. Aftalen løber frem til udgangen af 2015 og omfatter 300 MW "hurtige reserver" (15 minutter) og 375 MW "langsomme reserver" (op til 2 timer). Udover leverancer af manuelle reserver omfatter aftalen også to optioner på leverancer fra tilstand (blackstart) og mulighed for levering af spændingskontrol.
48. I Vestdanmark køber Energinet.dk manuelle reserver på daglige auktioner, som blev indført pr. 1. februar 2007. Der afholdes auktion en gang om dagen om formiddagen for hver time af det næste driftsdøgn. De aktører, der melder bud ind, skal angive en time-for-time mængde (MW) og pris (DKK pr. MW) for det efterfølgende driftsdøgn. Hvert bud skal være på mindst 10 MW og højst 50 MW.
49. Alle aktører, hvis bud accepteres, får en rådighedsbetaling svarende til det højeste accepterede bud. Den gennemsnitlige rådighedsbetaling for opregulering (yderligere produktion) i DK1 har i de seneste par år ligget på omkring 120 DKK pr. kW om året.
50. I årene fra 2004 til 2007 blev reserveaftalerne indgået på månedsbasis. Formålet med at ændre budgivningen var at fremme en konkurrencebaseret prisdannelse og størst mulig fleksibilitet i indkøbene. Samtidig ville en kortere bindingsperiode give Energinet.dk mulighed for dynamisk at afpasse indkøbene af manuelle reserver efter de aktuelle behov.
51. Omlægning af budgivningen i 2007 var en medvirkende årsag til en betydelig nedgang i rådighedsbetalingerne for manuelle reserver, bortset fra de relativt store prisudsving i 2007 og 2008.

Budgivnings- og prisdannelsessystemet på regulermarkedet

52. Enhver aktør kan frit melde ind med bud på aktivering af regulerkraft på timebasis i løbet af driftsdøgnet. Det er kun de aktører, der har en reserveaftale, der er forpligtede til at byde ind på de timer i driftsdøgnet, de modtager rådighedsbetaling for. Energinet.dk køber regulerkraft på basis af priserne i de indkomne bud. Den højeste accepterede pris bestemmer opreguleringsprisen for alle aktører, der leverer regulerkraft i den driftstime.
53. Det er generelt kun en mindre del af de manuelle reserver, der rent faktisk aktiveres, enten fordi der kun er begrænset behov for at balancere systemet med regulerkraft, eller fordi man (delvis) aktiverer de frivillige bud på regulermarkedet i stedet for de manuelle reserver.
54. Den aktiveringspris, som de aktører, der leverer regulerkraft, får, ligger generelt over den normale markedspris på elektricitet i Danmark på den nordiske elbørs, Nordpool. I perioden fra 1. februar 2007 til 31. marts 2011 lå prisen på regulerkraft omkring 11 øre pr. kWh (112 DKK/MWh) over den normale markedspris (Nordpool Elspot (day-ahead markedspris) – se tabel 1.

Tabel 1: Regulerkraftpris i forhold til normal markedspris

År	Timers aktivering af opreguleringskraft	Summen af "tillægsbetaling" pr. MWh for opregulering i forhold til normal markedspris	Gennemsnitlig tillægsbetaling i DKK/MWh
2007	2.993	259.277	87
2008	2.956	471.694	160
2009	2.380	203.668	86
2010	2.713	286.850	106
2011	566	77.172	136
I ALT	11.608	1.298.661	112

Kilde: De danske myndigheder (Priserne på det fællesnordiske regulermarked og Nordpool Elspot (day-ahead))

Overgangen fra månedsbud til timebud skulle ikke anmeldes

55. Ifølge Danmark udgjorde overgangen til timebud ikke en anmeldelsespligtig ændring af en eksisterende støtteordning (dvs. ny støtte) af de nedenfor anførte grunde.

Den eksisterende ordning er ikke blevet materielt ændret

56. Danmark fremhævede, at den støtteordning, der blev godkendt ved beslutning N602/2004 ikke siden er blevet ændret med nogen lovbestemmelse eller bekendtgørelse. Det er i sig selv tilstrækkeligt belæg for, at der ikke er sket nogen anmeldelsespligtig ændring.

57. Danmark udtaler, at den ændring, som hævdes at være anmeldelsespligtig, rent faktisk ikke er en ændring af en godkendt støtteordning. I den forbindelse henviser Danmark til både definitionen af ny støtte i artikel 1 i procedureforordningen ⁽¹⁾ ("procedureforordningen") og definitionen af en ændring af eksisterende støtte i gennemførelsesforordningen ⁽²⁾.
58. Selv om en gennemførelsesforordning ikke er formelt bindende for EU-domstolene, når de skal fortolke de primære statsstøtteregler i traktaten, finder Danmark ikke desto mindre, at der er fastlagt en tærskel, under hvilken en foranstaltning ikke kan betragtes som en "ændring" af en godkendt støtteordning i procedureforordningens forstand ⁽³⁾.
59. Med hensyn til henvisningen til, at det i beslutning N602/2004 hedder, at enhver ændring af de vilkår, hvorpå støtten ydes, skal forhånds anmeldes til Kommissionen (se nr. 13), bemærker Danmark, at det ikke refererer til nogen bestemt del af begrundelsen i denne beslutning og derfor ikke i sig selv har noget konkret formål eller nogen konkret betydning og ikke kan fortolkes sådan, at det skulle kræve en særligt restriktiv tilgang til, hvad der udgør en anmeldelsespligtig ændring af en godkendt ordning.
60. Danmark gør under alle omstændigheder gældende, at ifølge Namur-dommen, især dommens præmis 28 og desuden også præmis 31-33, kan spørgsmålet om, hvorvidt en foranstaltning udgør en anmeldelsespligtig ændring af en støtteordning, kun vurderes på grundlag af dens lovgrundlag, herunder de herfor gældende nærmere vilkår og grænser ⁽⁴⁾. Ved afklaringen af, om en foranstaltning udgør en anmeldelsespligtig ændring af en støtteordning, er det uden relevans, om foranstaltningen kan tilregnes en medlemsstat, eller om den stemmer overens med det markedsøkonomiske investorprincip.
61. Danmark bemærkede, at i forenede sager T-195/01 og T-207/01, *Government of Gibraltar mod Kommissionen* ⁽⁵⁾, understregede Retten i forbindelse med en sondring mellem denne sag og Namur-sagen i dommens præmis 114, at selv om spørgsmålet om, hvorvidt en støtte skal anses for ny eller for en ændring, beror på de bestemmelser, som hjemler støtten, og selv om ændringerne af 1978 og 1983 i denne sag var blevet indført i ordlyden af den oprindelige lovtekst af 1967, kunne disse ændringer ikke desto mindre adskilles fra den oprindelige ordning.
62. Efter Danmarks opfattelse drejer det afgørende spørgsmål sig derfor om, hvorvidt lovbestemmelserne eller de i lovgivningen opstillede betingelser for støtten overhovedet er blevet ændret ⁽⁶⁾. På denne baggrund fastholdt Danmark, at der i den her omhandlede sag ikke var sket nogen ændring af den lovgivning, som Kommissionen godkendte.
63. I forbindelse hermed bemærker Danmark, at det er op til Kommissionen at redegøre for, hvorfor forskelle mellem en godkendt ordning og en ny ordning udgør en anmeldelsespligtig foranstaltning ⁽⁷⁾, og at det selv i tilfælde af, at ændringen er anmeldelsespligtig, ikke nødvendigvis betyder, at hele den godkendte støtteordning er omdannet til ny støtte ⁽⁸⁾.
64. Danmark er af den opfattelse, at denne adgang til regulerkraftmarkedet ikke adskiller sig fra andre ændringer af markedsstrukturene, som markedet selv frembringer, det være sig af teknisk eller anden karakter (f. eks. på grund af internettets fremkomst) ⁽⁹⁾.
65. Det forhold, at en selvstændig transmissionssystemoperatør giver mindre aktører adgang til et tilgrænsende marked, som hidtil har været lukket for dem, uden at der dermed sker nogen ændring i de bestemmelser, der hjemler støtte til disse mindre aktører, udgør ikke i sig selv en anmeldelsespligtig ændring i forhold til beslutning N602/2004. Desuden var det kendt på forhånd, at decentrale kraftvarmeværker kunne indtræde på regulerkraftmarkedet.

De decentrale kraftvarmeværkers indtræden som deltagere på regulerkraftmarkedet var forudset

66. Danmark understreger, at det i anmeldelsen af den foranstaltning, Kommissionen godkendte i beslutning N448/2003, udtrykkeligt var anført, at ophævelsen af transmissionssystemoperatørens forpligtelse til at købe energi produceret af de decentrale kraftvarmeværker indebar, at disse værker ville blive i stand til at deltage ikke alene i det nordiske grossistmarked, men også i regulerkraftmarkedet og indgå aftaler med transmissionssystemoperatøren til sikring af balancen i elsystemet. I beslutning N448/2003 fastslog Kommissionen, at den anmeldte foranstaltning ikke udgjorde statsstøtte.

⁽¹⁾ Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 2009 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93.

⁽²⁾ Kommissionens forordning (EF) 794/2004 af 20. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 659/1999.

⁽³⁾ Jf. generaladvokat Mancinis forslag til afgørelse i forenede sager 91 og 127/83, *Heineken Brouwerij BV v Inspecteur der Vennootschapsbelastingm. fl.*, præmis 5, hvor samme synspunkt udtrykkes.

⁽⁴⁾ Den franske udgave af dommen er ligesom den danske udgave mere eksplicit på dette punkt, idet der tales om "de bestemmelser, som hjemler støtten, og de herfor gældende nærmere vilkår og grænser": "C'est par référence aux dispositions qui la prévoient, à leurs modalités et à leurs limites qu'une aide peut être qualifiée de nouveauté ou de modification."

⁽⁵⁾ Forenede sager T-195/01 og T-207/01, *Government of Gibraltar mod Kommissionen*, Sml. 2002, s. II-2309.

⁽⁶⁾ Jf. forenede sager T-265/04, T-292/04 og T-504/04, *Tirrenia di Navigazione SpA m. fl. mod Kommissionen*, hvor det i dommens præmis 90 anerkendes, at lovbestemmelserne var blevet ændret, omend kun i begrænset omfang. Se tillige forenede sager T-231/06 og T-237/06, *Nederlandene og NOS mod Kommissionen*, præmis 180-183 og 187.

⁽⁷⁾ Jf. forenede sager T-265/04, T-292/04 og T-504/04, *Tirrenia di Navigazione SpA m. fl. mod Kommissionen*, præmis 125-127.

⁽⁸⁾ Jf. forenede sager T-195/01 og T-207/01, *Government of Gibraltar mod Kommissionen*, præmis 111.

⁽⁹⁾ Jf. "European State Aid Law", C.H. Beck, München 2010, især punkt 563 "It should be noted that the case law appears to require, for classification as a relevant alteration, active intervention by the Member State, e.g. in the form of an amendment to the statutory provisions. A mere extension of the field of activity of the beneficiary, even if it has an impact on competition or on the amount of aid, is therefore not notifiable if the aid scheme itself remains unchanged. Changes in the competitive environment, without alteration of the aid measure itself, do not trigger the notification requirement".

67. På grund af sammenlægningen af de hidtidige transmissionssystemoperatører til én operatør, den offentlige virksomhed Energinet.dk (som detaljeret beskrevet i beslutning N602/2004), blev støtteforanstaltning N448/2003 imidlertid siden trukket tilbage af Danmark (efter Kommissionens vedtagelse af beslutning N448/2003), og en lovændring blev vedtaget i 2004. Den reviderede lov indeholdt i alt væsentligt uændrede bestemmelser om støtten til decentrale kraftvarmeværker, som Kommissionen allerede havde taget stilling til i sag N448/2003. Også denne lov af 2004 blev anmeldt til og godkendt af Kommissionen som forenelig støtte i beslutning N602/2004.
68. Ifølge Danmark er den beskrivelse af foranstaltningen, der oprindeligt blev givet i sag N448/2003, herunder bl.a. den oplysning, at decentrale kraftvarmeværker ville blive i stand til at gå ind på reguler- og balancemarkederne, fortsat gyldig og relevant og må derfor tages i betragtning ved vurderingen af, om overgangen til daglige timeauktioner på manuelle reserver udgjorde en anmeldelsespligtig ændring af en eksisterende støtteordning.
69. Ændringerne i budprocedurene i 2007 angår alene indkøb af manuelle reserver i DK1, hvori nogle decentrale kraftvarmeværker allerede fra 2005 deltog. Vilkårene og betingelserne på regulermarkedet forblev uændrede. På det fællesnordiske regulermarked har det timebaserede system eksisteret, siden markedet blev etableret i september 2002.
- De ændrede markedsvilkår kan ikke tilregnes den danske stat
70. Efter Danmarks opfattelse kan Energinet.dk's beslutning om at ændre markedsvilkårene ikke tilregnes den danske stat, og alle statsstøttekriterierne i traktatens artikel 107, stk. 1, er derfor ikke opfyldt. Med henvisning til *Stardust Marine*-sagen ⁽¹⁾ gør Danmark gældende, at selv om staten er i stand til at kontrollere en offentlig virksomhed og udøve en dominerende indflydelse på dennes transaktioner, er der ikke uden videre en formodning for, at den faktisk udøver denne kontrol i et konkret tilfælde.
71. Danmark fremfører videre, at de relevante kriterier ifølge denne dom bl.a. er:
- om virksomheden kunne træffe den anfægtede beslutning uden hensyntagen til de offentlige myndigheders behov
 - om virksomheden er integreret i den offentlige forvaltning
 - karakteren af dens aktiviteter og om disse udøves på markedet under normale konkurrencevilkår med deltagelse fra private erhvervsdrivende
 - virksomhedens juridiske status – (om den henhører under den offentlige ret eller privatrettens regler for selskaber)
- udstrækningen af de offentlige myndigheders kontrol med administrationen af virksomheden
- enhver anden omstændighed, som i det konkrete tilfælde indikerer, at de offentlige myndigheder er impliceret deri, eller som tværtimod sandsynliggør, at de ikke er impliceret i vedtagelsen af en foranstaltning, når endvidere henses til dennes rækkevidde, indhold eller hermed forbundne betingelser.
72. Energinet.dk er en selvstændig offentlig virksomhed, som primært er underlagt privatretten, selv om visse offentligretlige regler også finder anvendelse på den. Den blev formelt etableret ved lov nr. 1384 af 20. december 2004. Energinet.dk er underlagt klima-, energi- og bygningsministerens tilsyn, jf. lovens § 20, og det er også ministeren, der fastsatte dens vedtægt.
73. Virksomhedens daglige ledelse varetages af en direktion, som bestyrelsen ansætter efter orientering af den ansvarlige minister. Ministeren kan udpege 8 af bestyrelsens 11 medlemmer, herunder også bestyrelsesformanden. Ministeren kan træffe beslutning om ethvert forhold vedrørende Energinet.dk's anliggender og udøver sine beføjelser på et skriftligt grundlag og gennem vedtægten.
74. Danmark peger på, at den ansvarlige minister ikke på nogen måde har været involveret i Energinet.dk's beslutning om omdannelsen af markedsstrukturerne. I modsætning til, hvad der var tilfældet i *Namur*-sagen, hvor den ansvarlige minister havde været involveret i beslutningerne, har den danske regering ikke haft nogen del i beslutningen om at ændre regulerkraftmarkedet fra et månedsbaseret til et timebaseret marked.
75. Ifølge Danmark indebærer det forhold, at ministeren har visse tilsynsbeføjelser i forhold til Energinet.dk, ikke i sig selv, at Energinet.dk's handlinger generelt kan tilregnes staten ⁽²⁾. At Energinet.dk administrerer de markeder, virksomheden har ansvaret for, betyder ikke, at denne finansiering, herunder det grundbeløb, der blev godkendt ved beslutning N602/2004, igen skulle udgøre statsmidler efter artikel 107, stk. 1, i TEUF ⁽³⁾. Der er de facto ingen udbetaling af statsmidler involveret i overgangen fra et månedsbaseret til et timebaseret marked.
76. Der er endvidere ingen sammenhæng mellem den omstændighed, at Energinet.dk besluttede at åbne op for regulerkraftmarkedet og det forhold, at decentrale kraftvarmeværker modtager støtte inden for rammerne af støtteordning N602/2004.

⁽¹⁾ Sag C-482/99, *Frankrig mod Kommissionen (Stardust Marine)*, præmis 52.

⁽²⁾ Jf. bl.a. Kommissionens beslutning 2009/608/EF af 24. april 2007 om Belgiens støtteordning til fordel for Inter Ferry Boats (C 46/05 (ex NN 9/04 og ex N 55/05)), EUT L 225 af 27.8.2009, s. 1, nr. 199-234, især nr. 208 og 210.

⁽³⁾ Se analogt hermed sag C-345/02 *Pearle NV*, præmis 34.

Overgangens indvirkninger på støtteniveauerne under den eksisterende støtteordning

77. Der ydes støtte til decentrale kraftvarmeværker, enten i form af en treledstarif, hvor Energinet.dk betaler en fast pris til værkerne, eller i form af et grundbeløb, et pristillæg, hvor decentrale kraftvarmeværker sælger elektricitet under normale markedsvilkår i konkurrence med andre aktører på elmarkedet. De seneste ændringer blev godkendt af Kommissionen i beslutning N602/2004 ⁽¹⁾.
78. Derudover modtager decentrale kraftvarmeværker et elproduktionstilskud, der kompenserer for de ekstra omkostninger ved miljøvenlig energiproduktion, f.eks. den almindelige CO₂-afgift på al elektricitetsproduktion i Danmark. Elproduktionstilskuddet blev senest godkendt af Kommissionen i beslutning N567/2007 ⁽²⁾.
79. Med hensyn til fravær af overkompensering henviste Danmark først til de beregninger, der blev fremlagt i Kommissionens N602/2004. Danmark forklarede, at i 2004 var der i disse beregninger ikke indregnet nogen særskilt indtægt fra regulermarkedet eller fra noget andet marked, som decentrale kraftvarmeværker sælger på, hvilket havde flere årsager.
80. For det første kræves det i afsnit E.3.3.1 i miljørammebestemmelserne fra 2001 ikke, at der skal tages hensyn til potentielle indtægter på tilgrænsende markeder, hvor støttemodtagerne konkurrerer på lige fod. For det andet blev decentrale kraftvarmeværkers mulighed for at gå ind på et tilgrænsende marked allerede annonceret i 2003-anmeldelsen (sag N448/2003), men blev af Danmark ikke fundet relevant for en forenelighedsvurdering efter bestemmelserne i afsnit E.3.3.1 i 2001-rammebestemmelserne på linje med den førstnævnte grund.
81. For det tredje var den beregning, der blev fremlagt i sag N602/2004, foretaget for det værk, hvor risikoen for overkompensering var størst. Dette værk nød godt af treledstarifstøtten og kunne derfor ikke operere på det frie marked og heller ikke gå ind på f. eks. regulermarkedet.
82. Danmark betvivler imidlertid ikke, at nogle decentrale kraftvarmeværker kan være gået ind på det frie energimarked og kan have været i stand til at generere en indtjening ved at deltage på tilgrænsende markeder. Danmark har derfor også fremlagt oplysninger til dokumentation af, at selv om man medtager indtægter fra salg af energi på regulermarkedet, er der ingen overkompensering.

De decentrale kraftvarmeværkers øgede deltagelse i regulerkraftmarkedet fører ikke til overkompensering

83. Danmark har fremlagt en beregning for et kraftvarmeværk på 5 MW, som modtager grundbeløbet, baseret på samme

metoder som i beslutning N602/2004 og samme referencepunkter og underliggende antagelser. Nogle af tallene er opdateret, bl.a. brændsels- og elektricitetspriserne siden 2005 (de tidligere faktiske priser og et estimat for årene 2011-2014).

84. I forhold til beslutning N602/2004 er der i beregningen af "markedsprisen" taget hensyn til såvel prisen på engrosmarkedet og (nu også) de potentielle rådigheds- og aktiveringsbetalinger fra regulermarkedet. Med hensyn til prisen på engrosmarkedet har Danmark anvendt de tidligere faktiske Nordpool-priser i kombination med en estimeret gennemsnitspris på ca. 36 øre pr. kWh for årene 2011-2014. Til den beregnede markedspris har Danmark desuden lagt 3 øre pr. kWh, da den vægtede markedspris for decentrale kraftvarmeværker var højere i Vestdanmark ⁽³⁾.
85. For at få indregnet de decentrale kraftvarmeværkers deltagelse i reserve- og regulermarkedet har Danmark beregnet det maksimalscenarie, hvor en aktør modtager både en rådighedsbetaling og et aktiveringsbeløb (dvs. ved aktivering af reservekraft).
86. Ifølge den beregning, Danmark har fremlagt, og som gengives i tabel 2 nedenfor, skete der en aktivering i gennemsnitlig ca. 14 % af tiden i årene 2007-2011:

Tabel 2: Aktivering af reserver i Vestdanmark (DK1)

År	Regulerkraft (opregulering) MWh/h	Samlet køb af reservekapacitet, MWh/h	Relativ drift af indkøbt kapacitet
2007	629.093	1.845.058	34 %
2008	481.796	3.137.982	15 %
2009	252.726	3.653.314	7 %
2010	290.598	3.066.919	9 %
2011 (Jan-Mar)	83.144	548.129	15 %
Gennemsnit			14 %

Kilde: De danske myndigheder

- ⁽³⁾ Den højere vægtede gennemsnitlige markedspris for decentrale kraftvarmeværker i Vestdanmark (Kilde: de danske myndigheder):

År	øre/kWh
2007	4,1
2008	1,5
2009	2,1
2010	2,3
Middel	2,5

⁽¹⁾ Se også sag N1073/1995, N448/2003 og N618/2003.

⁽²⁾ Se også sag N1037/1995 og N466/2002. Danmark har anmeldt en ændring af elproduktions-tilskudsordningen under sag nr. SA.30382.

87. Eftersom den gennemsnitlige tillægsbetaling for aktivering af regulerkraft ligger på omkring 11 øre pr. kWh (tabel 1, se nr. 53), vil et gennemsnitligt decentralt kraftvarmeværk, som producerer 4 200 kWh om året, årligt have modtaget ca. 65 DKK/kWh siden 2007 i aktiveringsbetaling ⁽¹⁾. I maksimalscenariet vil kraftvarmeværket også modtage en rådighedsbetaling for de samme driftstimer svarende til 17 DKK/kWh. Dette tal er baseret på en årlig rådighedsbetaling i den relevante periode på ca. 120 DKK/kWh (se nr. 48) ⁽²⁾.
88. På basis af de ovenstående tal fremlagde Danmark opdaterede tabeller som belæg for, at de decentrale kraftvarmeværker ikke blev overkompenseret over perioden 1992-2014, altså referenceperioden i beslutning N602/2004, (se tabel 3-4), og således heller ikke i årene 2009 - 2014.

Tabel 3: Støtten i forhold til de ekstra omkostninger

Nettonutidsværdi, DKK pr. kW							
	Produktionsomkostninger (1)	Markedspris (2)			Ekstra omk. (3) = (1) - (2)	Støtte (4)	Støtte i % af investeringen (3):(4)
		Markedspris (en gros)	Reserve-marked (Rådighedsbetaling)	Reguler-marked (Aktivering)			
Decentralt kraftvarmeværk	26,989	17,458	52	201	9,278	6,326	68 %

Kilde: De danske myndigheder

Tabel 4: Støtte i forhold til afskrivninger og rimelig kapitalforrentning

Nettonutidsværdi, DKK pr. kW							
	Garanteret indtægt (1)	Markedspris (2)			Støtte (3) = (1) - (2)	Investering + rimelig forrentning (4)	Støtte i % af investeringen (3):(4)
		Markedspris (en gros)	Reserve-marked (Rådighedsbetaling)	Reguler-marked (Aktivering)			
Decentralt kraftvarmeværk	24 037	17,458	52	201	6,326	11,561	55 %

Kilde: De danske myndigheder

89. Danmark understreger, at i forhold til beslutning N602/2004 er kolonnen "garanteret indtægt" baseret på et decentralt kraftvarmeværk, som modtager grundbeløbet og har deltaget på elektricitetsmarkederne, herunder reguler- og reservemarkederne, siden 2007 ⁽³⁾.
90. Danmark gør gældende, at den konklusion, der blev draget i beslutning N602/2004, om at betalingen af grundbeløbet ikke førte til nogen overkompensering, derfor ikke kan anfægtes af, at et større antal aktører fik adgang til regulerkraftmarkedet. Selv når man lægger de ekstra indtægter fra regulermarkedet til, vil decentrale kraftvarmeværker højst kunne opnå en kompensation for de ekstra omkostninger på 68 %.
91. Det betyder ifølge Danmark, at den ændring, som klageren påstår var anmeldelsespligtig, ikke engang opfylder de materielle krav, der i gennemførelsesforordningens artikel 4 stilles for at anse en foranstaltning for at udgøre en ændring af en eksisterende støtteordning efter procedureforordningens artikel 1, litra c).

⁽¹⁾ Beregningen er: 4 200kWh* 11 øre/kWh*0,14 = 64,7 DKK/kW.⁽²⁾ Beregningen er: 120 DKK/kWh*0,14 = 16,8 DKK/kW.⁽³⁾ I tallene er indregnet en ekstra indtægt på 3 øre/kWh på grund af de særlige driftsvilkår for decentrale kraftvarmeværker, og de er baseret på maksimalindtægter fra regulermarkedet (rådighed og aktivering).

Påstanden om støtte til Dong Energy A/S

92. Danmark gør gældende, at Energinet.dk handlede som en forsigtig markedsinvestor, og at den aftalte betaling for Dong Energys forpligtelse til at kunne levere 600 MW reservekraft afspejler den teoretiske markedspris. Det understreges, at de danske myndigheder ikke på nogen måde var involveret i indgåelsen af aftalen med Dong Energy. Energinet.dk handlede selvstændigt og uden nogen instruks fra eller pligt til at inddrage ministeren eller andre instanser.
93. Danmark fremfører endelig, at aftalen mellem Energinet.dk, som er en selvstændig offentlig virksomhed, der er økonomisk adskilt fra den danske stat, og Dong Energy ikke kan tilregnes den danske stat (se nr. 69-74), og at kontrakten dermed ikke indebærer brug af statsmidler. Ministeren eller andre regeringsinstanser var hverken involveret i beslutningsprocessen eller har specielt sanktioneret en aftale, selv om ministeren har en særlig beføjelse til at træffe beslutninger om Energinet.dk's anliggender i ganske særlige situationer.

3. VURDERING

94. Kommissionen skal tage stilling til de omstændigheder og begivenheder, der indtraf efter dens godkendelse af støtteforanstaltningerne i sag N602/2004, og vurdere, om Danmark havde pligt til at anmelde, eller om der bør foreslås egnede foranstaltninger. Kommissionen skal desuden tage stilling til, om der er statsstøtte involveret i kontrakten mellem Energinet.dk og Dong Energy, og om den i så fald er forenelig med det indre marked.

3.1. Foreneligheden af statsstøtteordning N602/2004

3.1.1. Udløste ændringen af budgivningen anmeldelsespligt?

95. Ifølge klageren udløser ændringen af budgivningen anmeldelsespligt på baggrund af, at det i beslutning N602/2004 var fastsat, at enhver ændring af de betingelser, der ligger til grund for støtten, skal anmeldes på forhånd. Efter klagerens opfattelse kan denne formulering fortolkes sådan, at der er tale om enhver relevant ændring i de retlige, fysiske og økonomiske forhold, der er identificeret som værende relevante for støtten.
96. Kommissionen bemærker i den forbindelse, at "eksisterende støtte" i procedureforordningens artikel 1 defineres som bl.a. støtteordninger, som er blevet godkendt af Kommissionen. Støtteforanstaltning N602/2004 blev godkendt af Kommissionen den 6. januar 2005. Den udgør derfor eksisterende støtte, så længe den støtte, der ydes, stemmer overens med godkendelsesbeslutningen. Hvis det ikke var tilfældet, ville der være tale om ny støtte ⁽¹⁾.
97. Det bemærkes, at ændringen af budgivningen på regulermarkedet ikke indebar nogen ændring af lovgrundlaget for

ydelse af støtte til energiproduktion i decentrale kraftvarmeværker. Danmark har bekræftet, at der efter Kommissionens beslutning N602/2004 ikke er foretaget nogen materielle ændringer i støttens lovgrundlag. Kommissionen finder derfor, at der ikke var anmeldelsespligt.

98. Denne konklusion anfægtes ikke af, at det i beslutning N602/2004 var fastsat, at "enhver ændring af de betingelser, der ligger til grund for støtten, skal anmeldes på forhånd". Denne passus er snarere en bekræftelse af den forpligtelse, medlemsstaterne i henhold til procedureforordningen har til på forhånd at anmelde enhver plan om at yde ny støtte til Kommissionen. Men eftersom lovhjæmmelen for støttens ydelse ikke er blevet ændret, er der ikke sket nogen udløsning af anmeldelsespligten.
99. Klageren hævdede desuden, at Namur-sagen ikke kan anvendes i denne sag på grund af anderledes omstændigheder, og at der i denne sag må anses at foreligge ny støtte. Klageren pegede i den forbindelse på, at ændringen af budgivningen gjorde det muligt for decentrale kraftvarmeværker at gå ind på et andet marked (set i modsætning til en forøgelse af aktiviteten på det samme marked), og at støttens formål var at forbedre miljøbeskyttelsen og ikke at åbne adgang til regulerkraftmarkedet.
100. Kommissionen bemærker allerførst, at der rent faktisk er visse forskelle mellem de faktiske omstændigheder i Namur-sagen og i denne sag. I Namur-sagen skulle Domstolen tage stilling til, om en beslutning truffet af en medlemsstat (via den tilsynsførende minister) om at ophæve en intern begrænsning i støttemodtagerens aktiviteter i eksportkreditforsikringssektoren, som i øvrigt var meget bredt defineret i den relevante lov, hvilket resulterede i et øget støtteniveau, skulle anses for ny støtte eller ændring af en støtte. I Namur-sagen drejede det primære spørgsmål sig om en udvidelse af støttemodtagerens aktiviteter inden for eksportkreditforsikring, hvortil der blev ydet statsstøtte. I den her foreliggende sag forbliver de decentrale kraftvarmeværkers støttede aktiviteter de samme, og deres mulighed for at indtræde på et andet marked resulterer ikke i nogen forøgelse af den støtte, de modtager for deres aktiviteter på elektricitetsmarkedet.
101. Ikke desto mindre statuerede Domstolen i dommens præmis 28, at "spørgsmålet om, hvorvidt der er blevet indført en ny støtteforanstaltning eller sket en ændring af en eksisterende støtteordning, kan ikke vurderes på grundlag af støttens størrelse og navnlig ikke på grundlag af det støttebeløb, som der på forskellige tidspunkter er tale om for den pågældende virksomhed, når støtten har hjemmel i en tidligere lovgivning, som ikke er blevet ændret".

102. Domstolen udtalte endvidere i præmis 32, at "I modsat fald ville den pågældende medlemsstat være forpligtet til at give Kommissionen underretning om foranstaltninger og til at lade disse underkaste en præventiv kontrol fra Kommissionens side, ikke alene for så vidt angår

⁽¹⁾ Sag C-47/91, *Italien mod Kommissionen*, Sml. 1994, sl. I-4635, præmis 24-26, og sag C-36/00, *Spanien mod Kommissionen*, Sml. 2002, s. I-3243, præmis 24 og 25.

- nye støtteforanstaltninger og ændringer af støtteforanstaltninger i egentlig forstand til fordel for en virksomhed omfattet af en eksisterende støtteordning, men også hvad angår enhver foranstaltning, der vedrører virksomhedens aktiviteter, og som kan påvirke fællesmarkedets funktion eller konkurrenceforholdene eller blot det støttebeløb, der ydes i en bestemt periode i forbindelse med en støtteordning, som principielt er fastlagt, men hvis støttebeløb nødvendigvis afhænger af virksomhedens omsætning."
103. Kommissionen finder, at konklusionen i Namur-dommen, nemlig at det er lovgrundlaget, der principielt er afgørende for, om der er pligt til at anmelde en ny støtte eller ej, også gælder i den her foreliggende sag.
104. Kommissionen må derfor undersøge, om lovgrundlaget har ændret sig siden godkendelsen af støtteordningen i 2005. Danmark har bekræftet, at der ikke siden godkendelsen af støtteordning N602/2004 er foretaget nogen materiel ændring af lovgivningen eller de administrative bestemmelser. Der er følgelig ingen grund til at betvivle, at ordningen udgør eksisterende støtte.
105. Påstanden om, at der med decentrale kraftvarmeværkers indtræden på regulerkraftmarkedet foreligger et misbrug af støtte, forekommer snarere at relatere til en forkert anvendelse af støtten. En sådan situation ville foreligge, hvis Danmark ydede støtten i strid med det angivne miljøbeskyttelsesformål. Det ser imidlertid ikke ud til at være tilfældet i den konkrete sag. Eftersom decentrale kraftvarmeværker anses for at have positive miljøvirkninger, kan støtte til disse værker inden for rammerne af statsstøtte-reglerne ikke antages at føre til en forkert anvendelse af denne støtte.
106. Klageren fremførte, at adgangen til et nyt marked udgør en væsentlig ændring af en eksisterende støtteordning, der bevirker, at der er tale om ny støtte. Af de ovennævnte grunde ændrer den omstændighed, at decentrale kraftvarmeværker får adgang til et andet marked, imidlertid ikke i sig selv noget ved støttens karakter af eksisterende støtte. Kommissionen vil ikke desto mindre også vurdere foranstaltningen under hensyntagen til kraftvarmeværkerens indtræden på regulerkraftmarkedet og tage stilling til, om der er behov for egnede foranstaltninger.
107. Støtten til decentrale kraftvarmeværker er underlagt betingelserne i miljørammebestemmelserne, især afsnit 3.1.7, også i de tilfælde, hvor der er behov for en mere tilbuds-gående vurdering af afvejningstesten. I lyset af den potentielle ændring af de økonomiske betingelser er det nødvendigt at foretage en revurdering af støtteordning N602/2004.
- 3.1.2. *Foreneligheden af statsstøtten til decentrale kraftvarmeværker*
108. Ved beslutning N602/2004 godkendte Kommissionen støtte til højeffektive decentrale kraftvarmeværker, der primært ydes som kompensation for de ekstra omkostninger ved miljøvenlig elektricitetsproduktion i forhold til omkostningerne ved konventionel energiproduktion. Kommissionen fandt støtteordningen forenelig med det indre marked, da den støtte, der blev ydet under ordningen, ikke oversteg de ekstra produktionsomkostninger.
109. Støtten blev godkendt på grundlag af bestemmelserne i afsnit E.3.3.1 (punkt 58-65) i miljørammebestemmelserne fra 2001. Siden da er der i 2008 vedtaget nye retningslinjer for miljøstøtte ("miljøretningslinjerne"), som trådte i kraft i 2008. I miljøretningslinjerne fastsættes det, at eksisterende miljøstøtteordninger i det fornødne omfang skal ændres senest 18 måneder efter retningslinjernes offentliggørelse.
110. De nye 2008-retningslinjer indeholdt ingen væsentlige ændringer i betingelserne for godkendelse af støtte til kraftvarmeværker. Retningslinjerne åbner, igen med henvisning til betingelserne for støtte til energi fra vedvarende energikilder, mulighed for at kompensere for de ekstra produktionsomkostninger. Der må derfor foretages en tilsvarende analyse til vurdering af, om støtteordningen stemmer overens med 2008-retningslinjerne.
111. Danmark har fremlagt opdaterede beregninger, hvori der er taget hensyn til potentielle indtægter fra regulerkraftmarkedet, som viser (se nr. 88), at støtten ikke kompenserer for mere end de ekstra produktionsomkostninger. Kommissionen har derfor ingen grund til at betvivle, at støtten ydes i overensstemmelse med beslutningen og fortsat er forenelig med det indre marked.
112. Betingelserne i kapitel 3 i miljøretningslinjerne sikrer, at afvejningstesten vil være positiv for støtteordningen, når disse betingelser er opfyldt. Det fastsættes, at for støtte, hvor der er en større risiko for fordrejninger, skal der foretages en mere detaljeret vurdering. Påstanden om, at afvejningstesten vil være negativ efter de decentrale kraftvarmeværkers indtræden på regulerkraftmarkedet, kan derfor ikke godtages.
- 3.1.3. *Konklusion*
113. På baggrund af det ovenstående drager Kommissionen den konklusion, at foranstaltning N602/2004 også efter ændringen af budgivningen udgør eksisterende støtte som defineret i artikel 1 i procedureforordningen og stadigvæk opfylder betingelserne i Kommissionens beslutning N602/2004. Som det fremgår af det ovenstående, udgør den desuden under alle omstændigheder forenelig støtte, og Kommissionen foreslår derfor ingen egnede foranstaltninger.
114. Kommissionen skal dog erindre Danmark om, at Kommissionen vil holde øje med støtteordningen, og at denne konklusion ikke udelukker nogen anden fremtidig konklusion angående støtteordningens forenelighed med det indre marked.

3.2. Kontrakten mellem Dong Energy A/S og Energinet.dk

3.2.1. Statsstøtte

115. For at der skal være tale om statsstøtte, skal alle betingelserne i artikel 107, stk. 1, i TEUF, være opfyldt, hvilket allerførst må fastslås. I henhold til artikel 107, stk. 1, er enhver støtte, som ydes af en medlemsstat eller ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med det indre marked, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.
- 3.2.1.1. Ydet af en medlemsstat eller ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form
116. Klageren gjorde gældende, at der er statsmidler involveret, som kan tilregnes staten, fordi Energinet.dk er en 100 % statsejet operatør, som kontrolleres af staten, og hvis grundkapital er indskudt af staten.
117. At Energinet.dk er en offentlig virksomhed, kan ganske vist ses som en indikation på, at der er tale om statsmidler. Men det er ikke tilstrækkeligt, at det er en offentlig virksomhed, der betaler. Ifølge fast retspraksis⁽¹⁾ er spørgsmålet om, hvorvidt en støtte kan tilregnes staten, og spørgsmålet om, hvorvidt støtten blev ydet med statsmidler, to adskilte spørgsmål. Der er tale om to forskellige kumulative betingelser. At det er den statsejede virksomhed Energinet.dk, der betaler, er i denne sammenhæng ikke et tilstrækkeligt belæg for, at foranstaltningen kan tilregnes staten.
118. I Stardust Marine-sagen udtalte Domstolen (i præmis 52), at "Selv om staten nemlig er i stand til at kontrollere en offentlig virksomhed og udøve en dominerende indflydelse på dennes transaktioner, er der ikke uden videre formodning for, at den faktisk udøver denne kontrol i et konkret tilfælde. En offentlig virksomhed kan handle mere eller mindre uafhængigt alt efter graden af den autonomi, staten giver den. [...] Den omstændighed, at en offentlig virksomhed er undergivet statslig kontrol, er derfor ikke i sig selv tilstrækkelig til at tilregne staten de af den trufne foranstaltninger, såsom finansiel støtte. Det er også nødvendigt at undersøge, om de offentlige myndigheder på den ene eller den anden måde må anses for at være impliceret i vedtagelsen af disse foranstaltninger".
119. Den potentielle kontrol, der kan udøves på grundlag af organiske forbindelser mellem den virksomhed, der indrømmer fordele, og staten, giver ikke i sig selv belæg for, at staten er involveret. At staten er i stand til at kontrollere eller sågar øve dominerende indflydelse på en offentlig virksomhed, kan ikke danne grundlag for en formodning om, at staten rent faktisk har udøvet denne kontrol med de beslutninger, virksomheden har truffet. Det må derfor bevises, at staten – direkte eller indirekte – var involveret i iværksættelsen af støtteforanstaltningen.
120. Samtidig fandt Domstolen, at der ikke kan stilles krav om, at der gennem en specifik undersøgelse fremskaffes bevis for, at de offentlige myndigheder i den konkrete sag har tilskyndet en offentlig virksomhed til at træffe den pågældende støtteforanstaltning. Domstolen åbnede en mulighed for at dokumentere, at en foranstaltning kan tilregnes staten, med en række indikatorer baseret på sagens omstændigheder og den kontekst, hvori foranstaltningen indgik, og hvoraf det kan udledes, at foranstaltningen kan tilregnes staten.
121. Hertil kan bruges følgende indikatorer, der hverken er udtømmende eller obligatoriske:
- kunne Energinet.dk træffe beslutningen uden at tage hensyn til de offentlige myndigheders behov?
 - i hvilket omfang skulle der tages hensyn til anvisninger fra myndighederne?
 - i hvilket omfang var Energinet.dk integreret i den offentlige forvaltnings strukturer?
 - aktiviteternes karakter og udøvelse på et marked under normale konkurrencevilkår
 - Energinet.dk's juridiske status
 - karakteren af den offentlige myndigheds tilsyn
122. Det mest direkte måde at påvise en sådan tilregnelighed på findes i de tilfælde, hvor ydelsen af en økonomisk kompensation sker i henhold til en lov, der pålægger transmissionssystemoperatøren at handle i overensstemmelse med de i loven fastsatte bestemmelser. Af oplysningerne fra Danmark fremgår det imidlertid, at Energinet.dk er etableret ved en lov, som ikke indeholdt særlige bestemmelser om, hvordan virksomheden skulle varetage sine opgaver i forbindelse med regulerkraft. Der blev dog ikke givet nærmere oplysninger, der kunne danne grundlag for en vurdering af forholdet mellem den danske stat og Energinet.dk ifølge loven og af, om Energinet.dk modtog nogen anvisninger eller instrukser herom.
123. I sådanne tilfælde vil tilregnelighed ikke kunne fastslås på grundlag af en direkte involvering fra den danske stats side i Energinet.dk's beslutninger. Det er derfor nødvendigt at analysere indirekte indikationer på, om foranstaltningen kan tilregnes staten.
124. I den forbindelse henvises der til, at ministeren kan udpege 8 af de 11 bestyrelsesmedlemmer, herunder også formanden. Danmark har desuden oplyst, at ministeren på et skriftligt grundlag kan træffe enhver beslutning om Energinet.dk's anliggender og gennem ændringer i vedtægten. Disse elementer tyder ganske vist på et tæt statsligt tilsyn med Energinet.dk, der peger i retning af tilregnelighed, men Danmark har ikke fremlagt nærmere oplysninger om baggrunden herfor og årsagerne hertil, eller om, hvem sådanne beslutninger rettes til.

⁽¹⁾ Sag C-482/99, Den Franske Republik mod Kommissionen (Stardust), Sml. 2002, s. I-4397, præmis 52.

125. Samtidig er Energinet.dk i alt væsentligt underlagt privatreppen og kan træffe beslutninger uden ministerens samtykke, hvilket snarere tyder på manglende tilregnelighed. Danmark anerkender, at regeringen har mulighed for at gribe ind, men understreger, at Energinet.dk's beslutning om at indgå kontrakt med Dong Energy blev truffet, uden at myndighederne på nogen måde var involveret. De har heller ikke specifikt sanktioneret en aftale.

126. Det synes at fremgå, at på det stærkt regulerede energimarked sikrede Danmark tæt tilsyn og kontrol med Energinet.dk uden nødvendigvis at udøve sin kontrol med virksomheden i enhver situation, specielt på områder, der typisk henhører under Energinet.dk's ansvar. Sådanne rutineanliggender kan meget vel være blevet overladt til Energinet.dk's egen afgørelse.

127. Danmark har imidlertid kun oplyst, at hverken regeringen eller nogen regeringsinstans var involveret i beslutningsprocessen. Som nævnt ovenfor, blev der ikke fremlagt yderligere oplysninger. I særdeleshed gav Danmark ingen oplysninger, der kunne danne grundlag for en vurdering af, i hvilket omfang Energinet.dk er bundet af instrukser om at indgå kontrakter på regulerkraftmarkedet.

128. Under disse omstændigheder og ud fra de foreliggende oplysninger, der tyder på, at den offentlige myndighed havde et tæt tilsyn med Energinet.dk, finder Kommissionen det ikke muligt med sikkerhed at fastslå, at kontrakten ikke kan tilregnes den danske stat.

3.2.1.2. Selektiv fordel

129. Kommissionen hæfter sig ved, at aftalen om levering af regulerkraft i Østdanmark er indgået med en enkelt virksomhed og ikke med alle virksomheder, der potentielt kunne levere denne regulerkraft. Foranstaltningen må derfor anses for at være selektiv. Aftalen indeholder bestemmelse om betaling til Dong Energy for bestemte ydelser (levering af regulerkraft), men hvis den pris, der er fastsat, svarer til en normal markedspris for disse ydelser under normale vilkår, er der ikke tale om nogen fordel.

130. Med hensyn til den fastsatte pris gør Danmark gældende, at Energinet.dk handlede som en forsigtig markedsinvestor, og at det aftalte beløb for Dong Energys forpligtelse til at kunne levere 600 MW reservekraft afspejler den teoretiske markedspris. Der blev ikke givet yderligere oplysninger, der kunne danne grundlag for en vurdering af den aftalte pris i forhold til markedsprisen. Der blev f.eks. ikke fremlagt nogen analyse eller beregninger til sammenligning med normalprisen på markedet for regulerkraft i en tilsvarende situation. Der blev heller ikke givet nogen oplysninger om den normale varighed af en sådan aftale.

131. I lyset af de manglende oplysninger herom kan Kommissionen ikke med sikkerhed fastslå, at foranstaltningen ikke gav Dong Energy en fordel.

3.2.1.3. Fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, i det omfang den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne

132. Kommissionen bemærker, at Dong Energy opererer på forskellige markeder i Europa. Aftalen mellem Energinet.dk og Dong Energy vil kunne styrke Dong Energys finansielle position i forhold til de virksomheder, som Dong Energy konkurrerer med. Foranstaltningen truer derfor med at fordreje konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

3.2.2. Foreløbig konklusion angående forekomst af statsstøtte

133. På grundlag af det ovenstående og ud fra de på dette stadium foreliggende oplysninger kan Kommissionen ikke med sikkerhed fastslå, om der foreligger statsstøtte i forbindelse med aftalen mellem Energinet.dk og Dong Energy eller ej. Kommissionen kan i særdeleshed ikke med sikkerhed fastslå, om foranstaltningen kan tilregnes den danske stat og giver Dong Energy en fordel eller ej.

3.2.3. Statsstøttens forenelighed

134. Danmark har ikke fremlagt nogen oplysninger til vurdering af, om kontrakten mellem Energinet.dk og Dong Energy er forenelig med det indre marked, hvis den findes at udgøre statsstøtte. Kommissionen kan erklære støtte, der opfylder betingelserne i artikel 107, stk. 3, litra c), i TEUF, forenelig med det indre marked. Ifølge fast retspraksis er det op til medlemsstaten at fremlægge enhver begrundelse for støttens forenelighed og dokumentere, at betingelserne herfor er opfyldt⁽¹⁾.

135. Kommissionen bemærker, at Danmark finder, at kontrakten er indgået på markedsvilkår mellem selvstændige virksomheder, uden at staten var involveret, og ikke udgør statsstøtte, og at Danmark af den årsag ikke har fremført nogen begrundelse for dens forenelighed.

136. På grundlag af denne foreløbige analyse nærer Kommissionen derfor tvivl om, hvorvidt kontrakten mellem Energinet.dk og Dong Energy, hvis den findes at udgøre statsstøtte, er forenelig med traktaten.

3.2.4. Foreløbig konklusion

137. Hvad angår aftalen mellem Energinet.dk og Dong Energy, er Kommissionen på indeværende stadium i tvivl om, hvorvidt der er tale om statsstøtte, og hvorvidt den statsstøtte, der muligvis er ydet til Dong Energy, er forenelig med det indre marked. I overensstemmelse med artikel 4, stk. 4, i forordning (EF) nr. 659/1999 har Kommissionen derfor besluttet at indlede formel undersøgelsesprocedure og opfordrer hermed Danmark til at fremsætte sine bemærkninger hertil samt fremsende de ønskede oplysninger.

⁽¹⁾ Sag C-364/90, *Italien mod Kommissionen*, Sml. 1993, s. I-2097, præmis 20; forenede sager T-132/96 og T-143/96 *Freistaat Sachsen m. fl. mod Kommissionen*, Sml. 1999, s. II-3663, præmis 140.

4. AFGØRELSE

138. I lyset af de ovenstående betragtninger angående den støtte til produktion i kraftvarmeværker, som blev godkendt ved Kommissionens beslutning N602/2004, har Kommissionen fastslået, at foranstaltningen udgør eksisterende statsstøtte som omhandlet i artikel 1 i procedureforordningen. Foranstaltningen er desuden under alle omstændigheder forenelig med det indre marked efter artikel 107, stk. 3, i TEUF. Kommissionen foreslår derfor ingen egnede foranstaltninger.
139. Kommissionen skal erindre Danmark om, at i overensstemmelse med artikel 108, stk. 3, i TEUF skal Kommissionen underrettes om enhver plan om refinansiering eller ændring af denne støtte, jf. Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (nu artikel 108 i TFEU) ⁽¹⁾.

Indledning af formel undersøgelsesprocedure

140. I lyset af ovenstående betragtninger angående aftalen mellem Energinet.dk og Dong Energy opfordrer Kommissionen i overensstemmelse med proceduren i artikel 108, stk. 2, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde hermed Danmark til senest en måned efter datoen for modtagelsen af dette brev at fremsætte sine bemærkninger og meddele alle oplysninger, der kan danne

grundlag for en vurdering af foranstaltningen. Kommissionen anmoder i særdeleshed Danmark om oplysninger til vurdering af, om kontrakten kan tilregnes den danske stat, og om kontraktens vilkår giver Dong Energy en fordel.

141. Kommissionen skal erindre Danmark om, at artikel 108, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde har opsættende virkninger, og henlede opmærksomheden på, at enhver ulovlig statsstøtte vil kunne kræves tilbagesøgt fra modtageren, jf. artikel 14 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999.
142. De danske myndigheder anmodes om omgående at videresende en kopi af dette brev til de potentielle støttemodtagere.
143. Kommissionen gør Danmark opmærksom på, at den vil underrette interesserede parter ved at offentliggøre dette brev og et resumé af dets indhold i Den Europæiske Unions Tidende. Den vil tillige underrette interesserede parter i de EFTA-lande, der er kontraherende parter i EØS-aftalen, ved at offentliggøre en meddelelse i EØS-tillægget til Den Europæiske Unions Tidende, samt fremsende en kopi af dette brev til EFTA-Tilsynsmyndigheden. Alle interesserede parter vil blive opfordret til at fremsætte deres bemærkninger senest en måned efter denne offentliggørelse.“

⁽¹⁾ EUT L 140 af 30.4.2004, s. 1