



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
M. WATHELET  
fremsat den 16. februar 2017<sup>1</sup>

**Sag C-228/16 P**

**Dimosia Epicherisi Ilektrismou AE (DEI)  
mod**

**Europa-Kommissionen**

»Appel — statsstøtte — nægtelse af at udstede et påbud om at udsætte opfyldelsen af en kendelse fra en særlig voldgiftsret vedrørende den el-tarif, som Alouminion SA skal betale til DEI — afslag på at tage den af DEI indgivne klage vedrørende den angivelige statsstøtte, der er tildelt Alouminion SA, til følge — reducerede el-tariffer«

### I. Indledning

1. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) har ved sin appel nedlagt påstand om ophævelse af Den Europiske Unions Rets kendelse af 9. februar 2016, DEI mod Kommissionen (T-639/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:77, herefter »den appellerede kendelse«), hvorved Retten bestemte, at det ikke længere var fornødent at træffe afgørelse vedrørende selskabets søgsmål med påstand om annullation af Europa-Kommissionens skrivelse COMP/E3/ON/AB/ark \*2014/61460 af 12. juni 2014, (herefter »den omtvistede skrivelse«), hvorved de af DEI indgivne klager vedrørende statsstøtte blev forkastet.

2. DEI har ved sine appelanbringender anført, at Retten ved at fastslå, at det ikke længere var fornødent at træffe afgørelse vedrørende selskabets søgsmål, begik flere retlige fejl, tilsidesatte selskabets ret til at blive hørt, anlagde et åbenbart urigtigt skøn og gengav de faktiske omstændigheder og selskabets argumenter urigtigt. Disse anbringender indeholder ikke et nyt retligt spørgsmål med undtagelse af det andet anbringende om, at Retten tilsidesatte princippet om en ordentlig retspleje, retssikkerhedsprincippet og princippet om effektiv domstolsbeskyttelse.

3. Følgelig vil nærværende forslag til afgørelse i overensstemmelse med Domstolens anmodning være rettet mod at behandle det andet appelanbringende, som rejser spørgsmål om fortolkning af de principper, der er indeholdt i præmis 70 i dom af 16. december 2010 Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), hvor Domstolen fastslog, at »[det], [h]enset til hensynet til en ordentlig retspleje og retssikkerheden og princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse, må [...] fastslås, dels at Kommissionen kun kan tilbagekalde en beslutning om henlæggelse af en klage vedrørende en påstand om ulovlig støtte for at afhjælpe en ulovlighed ved nævnte beslutning, dels, at Kommissionen efter en sådan tilbagekaldelse ikke kan genoptage proceduren på et tidligere stadium end det nøjagtige tidspunkt, hvor nævnte ulovlighed opstod«.

<sup>1</sup> — Originalsprog: fransk.

## II. Tvistens baggrund

4. DEI er et græsk selskab, som den græske stat er hovedaktionær i. Dets hovedaktivitet er el-produktion. Selskabets kunder omfatter bl.a. Alouminion SA. Efter at der var opstået uenighed mellem disse to virksomheder vedrørende el-tariffen fastsatte den græske energireguleringsmyndighed (herefter »RAE«) en midlertidig tarif. DEI anførte i en klage til Kommissionen den 15. juni 2012 (herefter »klagen af 2012«), at denne tarif forpligtede selskabet til at levere el til Alouminion til en pris, der var lavere end markedsprisen, og at RAE som følge heraf havde tildelt dette selskab ulovlig statsstøtte.

5. Den 31. oktober 2013 fastsatte en voldgiftsret, som DEI og Alouminion havde nedsat, med tilbagevirkende kraft en tarif for den el, som DEI leverede, som var endnu lavere end den tarif, som RAE havde fastsat midlertidigt.

6. Den 23. december 2013 indgav DEI endnu en klage til Kommissionen (herefter »klagen af 2013«), idet selskabet anførte, at voldgiftskendelsen udgjorde statsstøtte.

7. Den 6. maj 2014 meddelte Kommissionen DEI sin foreløbige vurdering om, at der ikke var grundlag for at behandle klagen af 2013, for så vidt som voldgiftskendelsen ikke udgjorde statsstøtte. Ved skrivelse af 6. juni 2014 fremsendte DEI yderligere bemærkninger som svar til Kommissionen.

8. Ved den omtvistede skrivelse underrettede Kommissionen DEI om, at de oplysninger, der var indeholdt i selskabets skrivelse af 6. juni 2014, ikke rejste tvivl om den foreløbige vurdering, som fremgik af Kommissionens skrivelse af 6. maj 2014. Efter Kommissionens opfattelse udgjorde voldgiftskendelsen ikke en foranstaltning, der kunne tilregnes staten, eftersom staten ikke kunne bestemme voldgiftsrettens afgørelse<sup>2</sup>, og nævnte kendelse medførte heller ikke en selektiv fordel for Alouminion. »Kommissionens tjenestegrene, GD for Konkurrence, konkluderede [følgelig], at [de i skrivelsen af 6. juni 2014 indeholdte oplysninger] ikke [var] tilstrækkelige til at begrunde en fornyet behandling af klage[n].«

## III. Annullationsøgsmålet for Retten til prøvelse af den omtvistede skrivelse og den appellerede kendelse

9. Ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 22. august 2014 nedlagde DEI påstand om annullation af Kommissionens afgørelse, som er indeholdt i den omtvistede skrivelse.

10. Ved skrivelse af 7. oktober 2014 til Rettens Justitskontor anmodede DEI og Kommissionen sammen om udsættelse af den ved Retten verserende sag i en periode på seks måneder, dvs. indtil den 7. april 2015, med henblik på, at Kommissionen kunne genbehandle de spørgsmål, der var rejst i stævningen. Denne anmodning blev imødekommet med kendelse afsagt af formanden for Rettens Fjerde Afdeling den 24. oktober 2014.

11. Den 25. marts 2015 vedtog Kommissionen afgørelse C(2015) 1942 final vedrørende angivelig statsstøtte SA.38101 (2015/NN) (ex 2013/CP) tildelt Alouminion S.A. i form af el-tariffer, der er lavere end omkostningerne, efter en voldgiftskendelse (herefter »den formelle afgørelse«). Kommissionen præciserede i denne afgørelses punkt 12, at »[DEI] i den i nærværende sag omhandlede klage ligeledes har henvist til [klagen af 2012]«. I denne klage er det anført, at afgørelse nr. 346/2012, truffet af [RAE], hvori der blev fastsat en midlertidig tarif for den el, som blev leveret til Alouminion, indtil den uenighed, der bestod mellem disse to parter om nævnte tarif, var løst, forpligtede DEI til at levere el

2 — »[...] the State does not seem to have had the possibility to dictate the decision of the arbitration tribunal«.

til Alouminion til en pris, der var lavere end markedsprisen, og dermed indebar en tildeling af statsstøtte til Alouminion. Eftersom voldgiftskendelsen fuldt ud og med tilbagevirkende kraft har erstattet den midlertidige tarif, der var fastsat af [RAE], er det Kommissionens opfattelse, at klagen [af 2012] nu er uden genstand«.

12. Ved skrivelser af 27. april 2015 og af 19. juni 2015 til Rettens Justitskontor anmodede Kommissionen Retten om at fastslå, at søgsmålet til prøvelse af den omtvistede skrivelse, efter vedtagelsen af den formelle afgørelse, var uden genstand, og at det ikke længere var fornødent at træffe afgørelse om denne skrivelse. Ved skrivelse af 3. juli 2015 til Retten fremsendte DEI sine bemærkninger til denne anmodning.

13. Ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 29. juni 2015 nedlagde DEI påstand om annullation af afgørelsen af 25. marts 2015 (DEI mod Kommissionen (sag T-352/15), der verserer ved Retten).

14. Ved den appellerede kendelse fastslog Retten, at det ikke længere var fornødent at træffe afgørelse vedrørende annullationssøgsmålet til prøvelse af den omtvistede skrivelse, eftersom den formelle afgørelse havde ophævet og formelt erstattet denne skrivelse, således at skrivelsen ikke længere henhørte under Unionens juridiske system.

15. Retten fandt ikke, at de af DEI fremførte argumenter kunne rejse tvivl om denne konklusion.

16. For det første fastslog Retten, at det ikke tilkom den i denne kendelse at tage stilling til lovligheden af den formelle afgørelse, der er omfattet af formodningen for, at institutionernes retsakter er lovlige, så længe de ikke er tilbagekaldt, annulleret eller erklæret ugyldige. Retten forkastede således argumentet om, at denne afgørelse er ulovlig, idet søgsmålet i sag T-639/14 bevarer sin genstand.

17. For det andet tilbageviste Retten det af DEI hævdede om, at selskabet fortsat havde en retlig interesse i at anfægte den omtvistede skrivelse med henblik på at forhindre, at den rejste ulovlighed, der vedrørte spørgsmålet, om den græske stat kunne tilregnes voldgiftskendelsen, ville opstå i fremtiden. Ifølge Retten fremgår denne angivelige ulovlighed ikke af den omtvistede skrivelse, og spørgsmålet, om DEI har bevist, at der foreligger en tilsidesættelse af statsstøttereglerne, er under alle omstændigheder genstand for søgsmålet til prøvelse af den formelle afgørelse.

18. For det tredje fastslog Retten endelig, at det heller ikke var fornødent at træffe afgørelse om søgsmålet for så vidt angår klagen af 2012, eftersom Kommissionen med sin afgørelse af 25. marts 2015 indirekte havde forkastet denne klage af 2012.

#### **IV. Retsforhandlingerne for Domstolen**

19. DEI har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

- Den appellerede kendelse ophæves.
- Sagen hjemvises til Retten med henblik på dennes stillingtagen til selskabets påstande i forbindelse med appellen, hvormed det har nedlagt påstand om annullation af den omtvistede skrivelse, og
- Kommissionen tilpligtes at betale alle de omkostninger, der er afholdt såvel i første instans som i forbindelse med appelsagen.

20. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og om, at DEI tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

## V. Det andet appelanbringende om en tilsidesættelse af princippet om en ordentlig retspleje, retssikkerhedsprincippet og princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse

### A. Parternes argumentation

21. DEI har anført, at Kommissionen med vedtagelsen af den formelle afgørelse tilbagekaldte den omtvistede skrivelse under tilsidesættelse af de krav, der følger af dom af 16. december 2010, Athinaiki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783). Det følger af denne doms præmis 70 og 71, at tilbagekaldelsen af en retsakt er tilladt med henblik på at afhjælpe en ulovlighed på den betingelse, at der i tilbagekaldelses- eller erstatningsretsakten angives arten af den ulovlighed, med hvilken den tilbagekaldte retsakt er behæftet. Eftersom dette ikke er tilfældet med den formelle afgørelse, tilsidesatte Retten i den appellerede kendelses præmis 39-41 dette krav, og tilsidesatte som følge heraf princippet om en ordentlig retspleje, retssikkerhedsprincippet og princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse.

22. Det er Kommissionens opfattelse, at den appellerede kendelses præmis 38-51 blot indeholder subsidiære begrundelser. Det følger heraf, at det andet anbringende, for så vidt som det er rettet mod en af disse begrundelser, er åbenbart uvirksomt.

23. Under alle omstændigheder skal disse argumenter forkastes som ugrundede, eftersom den formelle afgørelse er fuldt ud i overensstemmelse med de krav, der følger af præmis 70 i dom af 16. december 2010, Athinaiki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783).

24. Kommissionen tilbagekaldte således den omtvistede skrivelse med tilbagevirkende kraft, da den var behæftet med en formel fejl. Kommissionen er på statsstøtteområdet forpligtet til at vedtage en formel afgørelse i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 (EFT 1999, L 83, s. 1)<sup>3</sup>, når den efter en foreløbig undersøgelse konstaterer, at den anmeldte foranstaltning ikke udgør statsstøtte.

25. Desuden genoptog Kommissionen efter tilbagekaldelsen af den omtvistede skrivelse ikke proceduren på et tidligere stadium end det tidspunkt, hvor ulovligheden opstod. Eftersom formålet med denne skrivelse var at afslutte den foreløbige undersøgelsesfase, kunne Kommissionen med rette vedtage den formelle afgørelse med samme formål på grundlag af artikel 4 i forordning nr. 659/1999. Det ville have forholdt sig anderledes, hvis Kommissionen blot havde tilbagekaldt den omtvistede skrivelse uden at afslutte den foreløbige undersøgelsesfase.

26. Hvad endelig angår princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse er dette princip ikke tilsidesat, idet DEI i forbindelse med sag T-352/15 vil have mulighed for at anfægte den formelle afgørelse og gøre gældende, at Kommissionen burde have truffet en anden afgørelse vedrørende klagerne af 2012 og 2013.

### B. Vurdering

27. Efter min opfattelse indeholder den appellerede kendelses præmis 39-41, som DEI's appel omhandler, ikke overflødige begrundelser, eftersom Retten ikke kunne have fastslået, at det var uforholdt at træffe afgørelse, hvis DEI havde ret med hensyn til fortolkningen af præmis 70 i dom af 16. december 2010, Athinaiki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783). Det andet anbringende, som DEI har fremsat, kan således ikke forkastes som uvirksomt.

<sup>3</sup> — Med virkning fra oktober 2015 blev denne forordning erstattet med Rådets forordning (EU) 2015/1589 af 13.7.2015 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT 2015, L 248, s. 9). I nærværende forslag til afgørelse henviser jeg til den konsoliderede udgave af forordning nr. 659/1999, som fandt anvendelse på tidspunktet for vedtagelsen af den omtvistede skrivelse, dvs. den 12.6.2014.

28. Jeg mener imidlertid, at anbringendet er ugrundet og skal forkastes af nedenstående grunde.

### 1. *Indledende bemærkninger*

29. EU-institutionernes ret til at tilbagekalde deres retsakter vedrører dels legalitetsprincippet og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, dels spørgsmålet, om den omhandlede retsakt er til fordel eller ej for den, som den vedrører<sup>4</sup>.

30. Det følger af Domstolens faste praksis<sup>5</sup>, at en retsakt fra en EU-institution, som giver individuelle rettigheder, *i princippet* ikke kan tilbagekaldes, hvis der er tale om en lovlig retsakt, eftersom, idet der er erhvervet en individuel rettighed, nødvendigheden af at beskytte tilliden til den således skabte situation vejer tungere end interessen for den institution, der ønsker at omgøre sin afgørelse. Denne retspraksis præciserer ikke de særlige omstændigheder, hvorunder sådanne lovlige retsakter kan tilbagekaldes.

31. Derimod kan en institution, som konstaterer, at en af dens retsakter, som tildeler en individuel rettighed, er ulovlig, inden for en rimelig frist tilbagekalde den med tilbagevirkende kraft, men under overholdelse af de begrænsninger, der følger af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som den ved akten begunstige kunne have om, at retsakten var lovlig<sup>6</sup>.

32. Som Domstolen har fastslået, finder disse principper imidlertid ikke anvendelse på bebyrdende retsakter<sup>7</sup>. Institutionerne kan således tilbagekalde sådanne retsakter med tilbagevirkende kraft, uafhængigt af spørgsmålet, om den omhandlede retsakt er lovlig eller ulovlig. Da tilbagekaldelsen af en retsakt, der er bebyrdende for modtageren, er til fordel for den pågældende, kan denne tilbagekaldelse ikke være i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning<sup>8</sup>.

33. Dette gælder efter min opfattelse også ved en delvis tilbagekaldelse af en bebyrdende retsakt. Hvis et klagepunkt fortsat består, er den delvise tilbagekaldelse af retsakten til fordel for den berørte, eftersom den mindsker omfanget af tvisten eller klagepunktet eller klagepunkterne.

### 2. *Dom af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783)*

34. Den sag, der gav anledning til denne dom, omhandlede som nærværende sag statsstøtte, nemlig en klage fra Athinaïki Techniki AE over angivelig statsstøtte, som den græske stat havde ydet til konsortiet Hyatt Regency i forbindelse med den offentlige kontrakt vedrørende »Casino Mont Parnès«. I forbindelse med denne sag havde Kommissionen oprindeligt besluttet at henlægge Athinaïki Technikis

4 — Jf. P. Craig, *EU Administrative Law*, 2. udg., Oxford University Press, 2012, kapital 16.

5 — Jf. dom af 12.7.1957, *Algera m.fl. mod Den Fælles Forsamling* (7/56 og 3/57 – 7/57, EU:C:1957:7), af 22.3.1961, *Snutpat mod Den Høje Myndighed* (42/59 og 49/59, EU:C:1961:5), af 13.7.1965, *Lemmerz-Werke mod Den Høje Myndighed* (111/63, EU:C:1965:76), og af 22.9.1983, *Verli-Wallace mod Kommissionen* (159/82, EU:C:1983:242, præmis 8).

6 — Jf. dom af 9.3.1978, *Herpels mod Kommissionen* (54/77, EU:C:1978:45, præmis 38), af 3.3.1982, *Alpha Steel mod Kommissionen* (14/81, EU:C:1982:76, præmis 10), af 26.2.1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo mod Kommissionen* (15/85, EU:C:1987:111, præmis 12), og af 17.4.1997, *de Compte mod Parlamentet* (C-90/95 P, EU:C:1997:198, præmis 35).

7 — Jf. dom af 16.12.2010, *Athinaïki Techniki mod Kommissionen* (C-362/09 P, EU:C:2010:783, præmis 60). Jf. i denne retning ligeledes punkt 80 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse *Athinaïki Techniki mod Kommissionen* (C-362/09 P, EU:C:2010:492).

8 — Jf. P. Craig, op. cit. s. 558.

klage, men efter dommen af 17. juli 2008, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-521/06 P, EU:C:2008:422)<sup>9</sup>, havde den tilbagekaldt sin afgørelse om henlæggelse og genåbnet sagen, idet den på ny havde opfordret Athinaïki Techniki til at fremlægge oplysninger, der indikerede, at der var ydet ulovlig statsstøtte.

35. Kommissionen genoptog følgelig proceduren om foreløbig undersøgelse af Athinaïki Techniki klage fra begyndelsen i stedet for at genoptage nævnte procedure på det tidspunkt, hvor den ulovlighed, der blev konstateret ved dom af 17. juli 2008, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-521/06 P, EU:C:2008:422), var opstået, dvs. på det tidspunkt, hvor Kommissionen enten skulle fastslå, at der ikke forelå støtte, eller beslutte ikke at gøre indsigelse, eller indlede den formelle undersøgelsesprocedure i overensstemmelse med artikel 4, stk. 2-4, og artikel 20, stk. 2, sidste afsnit, i forordning nr. 659/1999.

36. Som generaladvokat Bot bemærkede i punkt 101 i sit forslag til afgørelse i sag Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:492), pålagde Kommissionen imidlertid Athinaïki Techniki »at gå i ring« ved på ny at opfordre selskabet til at fremlægge oplysninger, der indikerede, at der var ydet ulovlig statsstøtte. »Hvis det [...] medgives, at en sådan tilbagekaldelse er lovlig, kan det betyde, at Kommissionen får mulighed for at forblive passiv og slipper for at opfylde de forpligtelser, den har på statsstøtteområdet, [idet det er] tilstrækkeligt, at Kommissionen henlægger den klage, som den berørte part har indgivet, og når denne part har anlagt en retssag, genåbner den indledende undersøgelsesfase og gentager denne proces så ofte, det er nødvendigt for at undgå enhver domstolskontrol.«

37. Domstolen tiltrådte udtrykkeligt generaladvokat Bots analyse, idet den i præmis 68 i dom af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), fastslog, at »[h]vis Kommissionen havde ret til at tilbagekalde en retsakt som den anfægtede retsakt under de foreliggende omstændigheder, ville Kommissionen kunne forblive passiv under den indledende undersøgelsesfase, hvilket er i strid med de forpligtelser, som påhviler den i medfør af artikel 13, stk. 1, og artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 659/1999, og unddrage sig enhver form for domstolskontrol. Som generaladvokaten har anført i punkt 101 i sit forslag til afgørelse, er det således tilstrækkeligt, at denne institution henlægger den klage, som den interesserede part har indgivet, og, når denne part har anlagt en retssag, tilbagekalder beslutningen om henlæggelse, genåbner den indledende undersøgelsesfase og gentager denne proces så ofte, det er nødvendigt for at undgå enhver domstolskontrol«.

38. Det er dermed for at undgå den slags situationer, som man kan kvalificere som Kommissionens proceduremisbrug, at Domstolen fastslog i denne doms præmis 70, at »[h]enset til hensynet til en ordentlig retspleje og retssikkerheden og princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse, må det fastslås, dels at Kommissionen kun kan tilbagekalde en beslutning om henlæggelse af en klage vedrørende en påstand om ulovlig støtte for at afhjælpe en ulovlighed ved nævnte beslutning, dels, at Kommissionen efter en sådan tilbagekaldelse ikke kan genoptage proceduren på et tidligere stadium end det nøjagtige tidspunkt, hvor nævnte ulovlighed opstod«.

39. På dette grundlag fastslog Domstolen i denne doms præmis 74, at Kommissionen ikke var berettiget til at tilbagekalde den anfægtede retsakt, og at Retten ikke kunne fastslå, at det var uforment at træffe afgørelse.

<sup>9</sup> — I denne dom fastslog Domstolen, at Retten havde begået en retlig fejl ved at fastslå, at Athinaïki Techniki havde anlagt et annullationsøgsmål til prøvelse af en retsakt, som ikke havde retsvirkning, og som derfor ikke kunne være genstand for en sag i henhold til artikel 263 TEUF. Den ophævede følgelig kendelse af 27.11.2009, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (T-94/05 RENV, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:471) og hjemviste sagen til Retten til afgørelse for så vidt angår Athinaïki Techniki påstand om annullation af Kommissionens første afgørelse om at henlægge Athinaïki Techniki klage.

40. I nævnte doms præmis 70, som det andet anbringende er koncentreret om, pålagde Domstolen derfor to sideordnede, kumulative betingelser, som skal være opfyldt, for at afgørelsen om henlæggelse af en klage er lovlig.

### 3. *Anvendelse på den foreliggende sag*

#### a) *Hovedbetragtninger*

41. Det skal medgives, at anvendelsen af den klassiske regel på området for tilbagekaldelse af retsakter, hvorefter en bebyrdende retsakt uden videre kan tilbagekaldes, skal udelukkes på statsstøtteområdet for så vidt angår Kommissionens afgørelser, som ved afslutningen af en procedure om foreløbig undersøgelse af en klage fastslår, at der ikke foreligger støtte, eller at der ikke skal gøres indsigelse. Artikel 4 i forordning nr. 659/1999 pålægger således Kommissionen at træffe en afgørelse ved afslutningen af denne procedure.

42. Når dette er sagt, fremgår det ikke af dommen af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), at Domstolen ønskede at indføre en ny regel på området for tilbagekaldelse af retsakter alene med henblik på afgørelser om henlæggelse af klager på statsstøtteområdet. En ordlydsfortolkning af denne doms præmis 70, hvorefter den første betingelse, som den pålægger, dvs. at tilbagekaldelsen af en afgørelse kun kan finde sted »for at afhjælpe en ulovlighed ved nævnte [afgørelse]«<sup>10</sup>, ville således indebære, at det ville være umuligt at tilbagekalde af nogen anden grund.

43. En sådan fortolkning, der forhindrer enhver tilbagekaldelse af en bebyrdende retsakt, forekommer mig for rigid, henset til den begrundelse, som foranledigede Domstolen til at afgøre den sag, der gav anledning til dommen af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), som den gjorde i nævnte doms præmis 70.

44. Som jeg har redegjort for i nærværende forslag til afgørelses punkt 36 og 37, skal det bemærkes, at Kommissionen ved at tilbagekalde sin afgørelse om at henlægge Athinaïki Technikis klage og ved på ny at opfordre selskabet til at afgive bemærkninger forlængede en periode med passivitet i forhold til dens forpligtelse, der følger af artikel 4 i forordning nr. 659/1999, til at træffe en afgørelse, dvs. enten at fastslå, at der ikke foreligger støtte, eller at undlade at gøre indsigelse, eller at indlede den formelle undersøgelsesprocedure. Endvidere pålagde den Athinaïki Techniki »at gå i ring«, eftersom den foreløbige undersøgelsesprocedure blev genåbnet fra starten.

45. Ved at fastslå i nævnte doms præmis 70, at »Kommissionen kun kan tilbagekalde en beslutning om henlæggelse af en klage vedrørende en påstand om ulovlig støtte for at afhjælpe en ulovlighed ved nævnte beslutning«, tog Domstolen sigte på denne passivitet, som Kommissionen udviste, selv om artikel 4 i forordning nr. 659/1999 pålagde den at træffe en afgørelse. Dette fremgår klart af nævnte doms præmis 64 og 68, hvor Domstolen udtrykkeligt henviste til risikoen for, at »Kommissionen kunne forblive passiv«, og punkt 101 i generaladvokat Bots forslag til afgørelse Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:492).

10 — En korrekt oversættelse af den græske sprogversion af den nævnte dom – græsk er processprog i denne sag – hvorefter Kommissionen kan tilbagekalde en sådan afgørelse »udelukkende for at afhjælpe en ulovlighed, som den omhandlede afgørelse er behæftet med« (»μόνο για να επανορθώσει έλλειψη νομιμότητας από την οποία πάσχει η εν λόγω απόφαση«). Min fremhævelse.

46. På grundlag af en teleologisk og rimelig fortolkning af nævnte doms præmis 70 og de indledende bemærkninger i nærværende forslag til afgørelses punkt 29-33 er det min opfattelse, at en lovlig afgørelse om henlæggelse af en klage, som er truffet på grundlag af artikel 4 i forordning nr. 659/1999, kan tilbagekaldes i det omfang, at denne tilbagekaldelse ikke medfører passivitet fra Kommissionens side, hvilket ikke er tilfældet, når sådanne afgørelser erstattes af en anden afgørelse om henlæggelse af en klage eller en afgørelse om ikke at gøre indsigelse eller endog en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

47. Denne situation foreligger ikke her.

48. I nærværende sag informerede Kommissionen således DEI ved den omtvistede skrivelse om sin afgørelse om ikke at undersøge klagen af 2013, eftersom voldgiftskendelsen, som havde indført en ny el-tarif i stedet for den tarif, der var genstand for klagen af 2012, ikke udgjorde en foranstaltning, der kunne tilregnes staten, ikke medførte en selektiv fordel for Alouminion og derfor ikke udgjorde statsstøtte. Kommissionen udviste ikke passivitet, således at DEI blev pålagt at »gå i ring«, og Kommissionen genåbnede heller ikke den foreløbige undersøgelsesfase.

49. Tilbagekaldelsen af den omtvistede skrivelse var følgelig lovlig, og det forekommer mig berettiget, at Retten i den appellerede kendelse bestemte, at det var ufornuddent at træffe afgørelse.

#### b) *Sekundære betragtninger*

50. Såfremt Domstolen måtte forkaste denne teleologiske fortolkning af præmis 70 i dommen af 16. december 2010, Athinaiki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), og holde sig til en ordlydsfortolkning, skal det undersøges, om Kommissionen i nærværende sag tilbagekaldte den omtvistede skrivelse »for at afhjælpe en ulovlighed ved nævnte [skrivelse], dels, at Kommissionen efter en sådan tilbagekaldelse ikke kan genoptage proceduren på et tidligere stadium end det nøjagtige tidspunkt, hvor nævnte ulovlighed opstod«, hvilket indebærer en analyse af den formelle afgørelse.

51. Kommissionen ændrede ved denne afgørelse den omtvistede skrivelse i to henseender uden dog at ændre afgørelsens retning eller resultat.

52. For det første ændrede den formelle afgørelse den form, som den omtvistede skrivelse havde. Den omtvistede skrivelse, der indeholdt afgørelsen om, at voldgiftskendelsen ikke udgjorde statsstøtte, havde form af en skrivelse, der var underskrevet af en af Kommissionens tjenestemænd, mens den formelle afgørelse var underskrevet af det medlem af Kommissionen, der var ansvarlig for statsstøtte.

53. For det andet ændrede den formelle afgørelse – uden at ændre den omtvistede skrivelser resultat, hvorefter voldgiftskendelsen ikke udgør statsstøtte – den omtvistede skrivelser begrundelse, for så vidt som Kommissionen gik bort fra argumentationen om, at voldgiftskendelsen ikke var en foranstaltning, der kunne tilregnes staten. I den formelle afgørelse begrænsede Kommissionen sig til under anvendelse af kriteriet om en privat investor at undersøge, om voldgiftskendelsen gav Alouminion en fordel.



### 1) *Ændring af afgørelsens form*

54. Hvad angår ændringen af formen af Kommissionens afgørelse om, at voldgiftskendelsen ikke udgør statsstøtte, bestemmer artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 659/1999, at »[k]onstaterer Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse, at en anmeldt foranstaltning ikke udgør støtte, fastslår den dette ved [afgørelse]«<sup>11</sup>. Hvad angår de rettigheder, der tilkommer de berørte parter som DEI, fastsætter nævnte forordnings artikel 20, stk. 2, tredje afsnit, at »Kommissionen sender klageren en kopi af enhver afgørelse i en sag, der vedrører klagens indhold«<sup>12</sup>.

55. Kommissionen medgav i svarskriftets punkt 31, at den omtvistede skrivelse var behæftet med en ulovlighed, eftersom nævnte skrivelse ikke havde den form, der kræves i henhold til forordning nr. 659/1999, og anførte, at DEI var bekendt med denne formelle fejl, eftersom selskabet havde påberåbt sig denne fejl som første annullationsanbringende mod den omtvistede skrivelse for Retten.

56. Uafhængig af den strenge og bogstavelige eller udvidede og teleologiske fortolkning af præmis 70 i dommen af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), er tilbagekaldelse af en ulovlig bebyrdende retsakt bestemt mulig med henblik på at afhjælpe denne ulovlighed. Den berørte kan ikke have nogen berettiget forventning om, at en ulovlig retsakt vil blive opretholdt, eftersom dette ville være i strid med legalitetsprincippet, som EU-institutionerne skal overholde.

57. Det er i øvrigt ubestrideligt, at Kommissionen ikke genoptog proceduren på et tidligere stadium end det tidspunkt, hvor den formelle fejl opstod. Såvel den omtvistede skrivelse som den formelle afgørelse afsluttede den foreløbige undersøgelsesfase.

58. Det følger af det ovenstående, at hvad angår ændringen af formen af afgørelsen om, at voldgiftskendelsen ikke udgør statsstøtte, overholder Kommissionens formelle afgørelse de principper, som Domstolen har henvist til i præmis 70 i dommen af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783).

### 2) *Ændring af afgørelsens begrundelse*

59. Hvad angår ændringen af afgørelsens begrundelse har Kommissionen ikke medgivet, at begrundelsen i den omtvistede skrivelse var behæftet med en ulovlighed. Ved ikke at gentage argumentet om, at voldgiftskendelsen ikke kunne tilregnes staten, har Kommissionen ganske enkelt besluttet at frafalde dette argument.

60. DEI har af nøjagtig samme grund, og idet selskabet har støttet sig på præmis 70 i dommen af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783), anført, at tilbagekaldelsen af den omtvistede skrivelse er ulovlig, eftersom denne tilbagekaldelse kun er tilladt med henblik på at afhjælpe en ulovlighed på den betingelse, at der i tilbagekaldelses- eller erstatningsretsakten angives arten af den ulovlighed, med hvilken den tilbagekaldte retsakt er behæftet.

11 — Min fremhævelse.

12 — Min fremhævelse.

61. Af de grunde, som jeg har henvist til i nærværende forslag til afgørelses punkt 40-46, er det min opfattelse, at de principper, der er indeholdt i nævnte doms præmis 70, ikke er til hinder for, at Kommissionen kan tilbagekalde den omtvistede skrivelse og ændre begrundelsen for henlæggelsen af DEI's klage på den måde, som den har gjort, eftersom denne tilbagekaldelse ikke medførte, at Kommissionen kunne forblive passiv, og at DEI blev pålagt at »gå i ring«<sup>13</sup>.

62. Ikke alene afslutter den formelle afgørelse den foreløbige undersøgelsesprocedure i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 20, stk. 2, tredje afsnit, i forordning nr. 659/1999, men den er ligeledes i tråd med den omtvistede skrivelse og tilbyder DEI et åbenbart mere detaljeret og underbygget ræsonnement end det, der er indeholdt i den omtvistede skrivelse med hensyn til fraværet af en fordel. Den formelle afgørelse overholder således princippet om retten til god forvaltning i artikel 41, stk. 1 og 2, litra c), i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.

63. Hertil kommer, som Kommissionen har fremhævet, at DEI har anlagt sag til prøvelse af den formelle afgørelse, som er genstand for sagen DEI mod Kommissionen (T-352/15), der verserer ved Retten. DEI vil under denne sag få lejlighed til at gøre gældende, at Kommissionen burde have truffet en anden afgørelse i anledning af selskabets klager. Der foreligger således ingen tilsidesættelse af princippet om effektiv domstolsbeskyttelse.

64. Denne bedømmelse drages ikke tvivl af DEI's argument om, at tilbagekaldelsen af den omtvistede skrivelse bevirkede, at selskabet blev frataget muligheden for at bestride, at voldgiftskendelsen ikke kunne tilregnes staten, som Kommissionen anførte i denne skrivelse.

65. Det bemærkes i denne henseende, at idet de fire betingelser for, at der foreligger statsstøtte, er kumulative<sup>14</sup>, er ændringen af begrundelsen for Kommissionens afgørelse om ikke give medhold i DEI's klager i realiteten på ingen måde til skade for selskabet, eftersom Kommissionen herved reducerede uenigheden fra at omfatte to kriterier til kun at omfatte et kriterium, nemlig kriteriet om, at der skal foreligge en fordel. Den delvise tilbagekaldelse af den bebyrdende retsakt er i denne henseende til fordel for DEI og kan dermed ikke anses for at være i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.

66. Svaret kunne muligvis være et andet, hvis Kommissionen efter en eventuel annulation af den formelle afgørelse traf en ny afgørelse med den samme virkning, som den formelle afgørelse, baseret på den omstændighed, at voldgiftskendelsen ikke kan tilregnes staten. Dette er imidlertid ikke (endnu) tilfældet i nærværende sag og kan ikke fastslås i forbindelse med nærværende appel.

67. For fuldstændighedens skyld bemærkes, at DEI's argumenter under alle omstændigheder heller ikke kan tiltrædes på grundlag af en meget streng og bogstavelig læsning af præmis 70 i dommen af 16. december 2010, Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:783). For det første blev den omtvistede skrivelse tilbagekaldt for at korrigere en ulovlighed, nemlig en formel fejl. For det andet havde Kommissionen – ved at vedtage den formelle afgørelse efter tilbagekaldelsen af den omtvistede skrivelse – ikke genoptaget proceduren på et tidligere stadium end det tidspunkt, hvor den formelle fejl opstod.

13 — Jf. det billedlige udtryk, som generaladvokat Bot anvendte i punkt 101 i sit forslag til afgørelse Athinaïki Techniki mod Kommissionen (C-362/09 P, EU:C:2010:492). Jf. også nærværende forslag til afgørelses punkt 36 og 37.

14 — Det følger af fast retspraksis, at for at en foranstaltning som statsstøtte kan være omfattet af artikel 107, stk. 1, TEUF, skal den for det første bestå i statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler (den betingelse, der er omhandlet i nærværende sag), for det andet skal denne støtte kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, for det tredje skal den give modtageren en fordel (denne betingelse er opretholdt i begrundelsen i den formelle afgørelse), og for det fjerde skal den fordreje eller true med at fordreje konkurrencen, idet disse betingelser er kumulative, jf. i denne retning dom af 1.7.2008, Chronopost og La Poste mod UFEX m.fl. (C-341/06 P og C-342/06 P, EU:C:2008:375, præmis 121 og den deri nævnte retspraksis), og af 16.4.2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis).

68. Det følger af det ovenstående, at tilbagekaldelsen af en afgørelse om henlæggelse af en klage med henblik på at afhjælpe en ulovlighed uden at genoptage proceduren på et tidligere stadium end det nøjagtige tidspunkt, hvor ulovligheden opstod, ikke medfører en ulovlighed, hvis ophavsmanden til den nye retsakt ændrer begrundelsen på en måde, der er til fordel for den berørte.

#### **VI. Forslag til afgørelse**

69. Derfor, og uden at dette berører muligheden for en prøvelse af appellens øvrige anbringender, foreslår jeg Domstolen at forkaste det andet appelanbringende.