



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
G. PITRUZZELLA
fremsat den 13. juli 2023¹

Forenede sager C-693/21 P og C-698/21 P

EDP España, SA
mod
Naturgy Energy Group, SA, tidligere Gas Natural SDG, SA,
Europa-Kommissionen (C-693/21 P)
og
Naturgy Energy Group, SA, tidligere Gas Natural SDG, SA
mod
Europa-Kommissionen (C-698/21 P)

»Appel – statsstøtte – Spaniens vedtagelse af et miljømæssigt incitament for kulfyrede kraftværker – afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure – begrundelsespligt – annulationssøgsmål«

1. Inden for rammerne af to forenede appeller har EDP España (sag C-693/21 P) og Naturgy Energy Group (sag C-698/21 P) (herefter »appellanterne«) nedlagt påstand om ophævelse af Den Europæiske Unions Rets dom af 8. september 2021, Naturgy Energy Group mod Kommissionen² (herefter »den appellerede dom«), hvorved Retten frifandt Kommissionen i det søgsmål, som appellanterne havde anlagt med påstand om annulation af Kommissionens afgørelse C(2017) 7733 final af 27. november 2017 om statsstøtte SA.47912 (2017/NN) – Spaniens vedtagelse af et miljømæssigt incitament for kulfyrede kraftværker (herefter »den omtvistede afgørelse«).

I. Retsforskrifter

2. Artikel 4, stk. 4, i Rådets forordning 2015/1589 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel 108 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde³ fastsætter:

»Konstaterer Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse, at en anmeldt foranstaltning giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked, træffer den afgørelse om at indlede proceduren efter artikel 108, stk. 2, i TEUF (»afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure«).

¹ – Originalsprog: italiensk.

² – Jf. dom af 8.9.2021, Naturgy Energy Group mod Kommissionen (T-328/18, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:548).

³ – EUT 2015, L 248, s. 9.

3. Forordningens artikel 6, stk. 1, er affattet således:

»Afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure skal sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål, indeholde en foreløbig vurdering fra Kommissionens side med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte foranstaltning og anføre, om der er tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked. I afgørelsen skal den pågældende medlemsstat og andre interesserede parter opfordres til at fremsætte bemærkninger inden for en nærmere fastsat frist, der normalt ikke må overstige en måned. I behørigt begrundede tilfælde kan Kommissionen forlænge denne frist.«

4. Forordningens artikel 9, stk. 1 og 2, bestemmer:

»Den formelle undersøgelsesprocedure afsluttes ved afgørelse i overensstemmelse med stk. 2-5, jf. dog artikel 10.

Finder Kommissionen, at den anmeldte foranstaltning, eventuelt efter at den pågældende medlemsstat har foretaget ændringer, ikke udgør støtte, fastslår den dette ved afgørelse.«

II. Tvistens baggrund

5. Fra 1998 til 2007 kunne alle elektricitetsproduktionsanlæg i Spanien, uafhængigt af den anvendte teknologi, være omfattet af en støtte, som var benævnt »effektgaranti« og sigtede mod at fremme etableringen og opretholdelsen af produktionskapaciteten i elsystemet og sikre en pålidelig forsyning. Vedvarende energianlæg var derimod ikke omfattet af dette incitament og kunne udelukkende drage fordel af en særlig bonusordning.

6. I 2007 gav den spanske lovgiver ministeren for industri, turisme og handel bemyndigelse til at erstatte effektgarantien med en ny afgift benævnt »kapacitetsafgift«.

7. Denne beslutning blev formaliseret ved kongeligt dekret nr. 871/2007⁴ om tilpasning af elektricitetspriser i kraft fra og med den 1. juli 2007. Dette dekret, som blev vedtaget den 29. juni 2007⁵, fastsatte endvidere, at kapacitetsafgiften skulle træde i kraft den 1. oktober 2007.

8. Reguleringen af elektricitetspriser blev udformet i bekendtgørelse ITC/2794/2007⁶, der blev udstedt den 27. september 2007⁷ og trådte i kraft den 1. oktober 2007 (herefter »ITC/2794/2007«).

9. Denne bekendtgørelse specificerer de foranstaltninger, som skal træffes for at yde kapacitetsstøtte, og inkluderer såvel et incitament til at sikre anlæggenes disponibilitet som et incitament til at fremme investeringer i produktionen.

10. Disponibilitetsincitamentet er bestemt til at yde støtte til produktionsanlæg, der er omfattet af den almindelige ordning vedrørende systemet i det spanske fastland og har en installeret effekt på mindst 50 megawatt (MW). Dette gælder anlæg, der er blevet taget i drift efter den 1. januar 1998

⁴ – Real Decreto 871/2007 por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007 (lovdekret nr. 871/2007 om tilpasning af elektricitetspriserne fra den 1.7.2007).

⁵ – BOE nr. 156 af 30.6.2007, s. 28324.

⁶ – Orden ITC/2794/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (bekendtgørelse ITC/2794/2007 om revision af elektricitetspriserne fra den 1.10.2007).

⁷ – BOE nr. 234 af 29.9.2007, s. 39690.

og endnu ikke har været i drift i ti år. Formålet med dette incitament er at fremme opførelse og ibrugtagning af nye anlæg, idet betalingerne skal bidrage til at kompensere for investeringsomkostningerne. Støtten beløber sig til 20 000 EUR pr. MW og år.

11. Bilag III til ITC/2794/2007 beskriver incitamenterne til investeringer: Ifølge punkt 10 har ministeren for industri, turisme og handel kompetencen til at godkende disse foranstaltninger til investeringer i produktionsanlæg, der er omfattet af den almindelige ordning vedrørende systemet i det spanske fastland og har en installeret effekt på mindst 50 MW. Disse incitament kan også bevilges til omfattende investeringer, som er nødvendige til udvidelser eller væsentlige ændringer af bestående anlæg, eller til investeringer i nye anlæg med prioriterede teknologier, som er i tråd med energipolitiske mål og forsyningssikkerhedsmål.

12. Foranstaltningen i denne retsakt er blevet anvendt for at tilskynde kulfyrede kraftværker til at gennemføre »miljømæssige« investeringer i afsvovlingsanlæg. Betingelserne for at være omfattet af støtten blev fastsat i bekendtgørelse ITC/3860/2007⁸ (herefter »den omtvistede foranstaltning«) af 28. december 2007⁹, som ændrede elektricitetspriser med virkning fra den 1. januar 2008.

13. Kun kulfyrede kraftværker, som er omfattet af den nationale emissionsreduktionsplan for bestående store fyringsanlæg (herefter »PNRE-GIC«), godkendt ved det spanske ministerråds foranstaltning af 7. december 2007, og som også er inkluderet i det såkaldte »emissionsloft«, der er fastsat i PNRE-GIC og udtrykker den tilladte emissionskvote for hver virksomhed, kan nyde godt af det ovennævnte incitament.

14. Investeringerne skal endvidere være blevet foretaget inden ikrafttrædelsen af ITC/2794/2007 den 1. oktober 2007, eller ansøgningen skal være indgivet senest tre måneder inden denne dato.

15. I 2011 blev støtten ifølge den omtvistede foranstaltning udvidet til at omfatte kulfyrede kraftværker, der ikke blot havde foretaget investeringer i afsvovlingsanlæg, men også før den 1. januar 2008 havde foretaget andre »miljømæssige« investeringer for at reducere emissioner af svovloxid.

16. Den 29. april 2015 indledte Europa-Kommissionen en undersøgelse af sektoren i 11 medlemsstater, herunder Spanien. Efter afslutningen af denne undersøgelse meddelte Kommissionen den 4. april 2017 de spanske myndigheder, at den ville foretage en undersøgelse af den omtvistede foranstaltning, og den 27. november 2017 traf Kommissionen afgørelse om at indlede den formelle procedure efter artikel 108, stk. 2, TEUF med hensyn til den omtvistede foranstaltning.

17. I denne afgørelse erklærer Kommissionen, at den er nået frem til den foreløbige konklusion, at den omtvistede foranstaltning udgør statsstøtte, og at den er meget i tvivl om dens forenelighed med det indre marked. Kommissionen finder bl.a., at den omtvistede foranstaltning udgør en støtte til investeringer med henblik på at bringe kulfyrede kraftværker i overensstemmelse med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/80/EF af 23. oktober 2001 om begrænsning af visse luftforurenende emissioner fra store fyringsanlæg (EFT 2001, L 309, s. 1).

⁸ – Orden ITC/3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 (bekendtgørelse ITC/3860/2007 om revision af elektricitetstariffen fra den 1.1.2008).

⁹ – BOE nr. 312 af 29.12.2007, s. 53781.

III. Sagen for Retten og den appellerede dom

18. Naturgy Energy Group, tidligere Gas Natural SDG – et spansk selskab, som opererer i energisektoren og er beskæftiget med elektricitetsproduktion i kulfyrede kraftværker – anlagde sag ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. maj 2018. I sagen nedlagde selskabet påstand mod annullation af den omtvistede afgørelse.

19. EDP España og Viesgo Producción intervenerede i denne sag til støtte for sagsøgerens påstand.

20. I den appellerede dom tog Retten ikke annullationssøgsmålet til følge, idet det første anbringende om begrundelsespligten for så vidt angår den konkrete foranstaltnings selektive karakter blev anset for ugrundet.

21. I den appellerede doms præmis 60 fremhævede Retten, at ifølge forordning 2015/1589 kan Kommissionen indlede den formelle undersøgelsesprocedure ved i sin afgørelse blot at sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål vedrørende den statslige foranstaltning og foretage en foreløbig vurdering heraf med henblik på at fastslå, om den kan kvalificeres som støtte, samt anføre en begrundelse for, at den nærer tvivl om, hvorvidt foranstaltningen er forenelig med det indre marked.

22. I den appellerede doms præmis 61 tilføjede Retten, at Kommissionen har pligt til at indlede denne procedure, såfremt den efter en første undersøgelse ikke kan overvinde alle vanskelighederne ved bedømmelsen af, om den pågældende foranstaltning er en støtte i henhold til artikel 107, stk. 1, TEUF.

23. I den appellerede doms præmis 62 erindrede Retten om, at formålet med afgørelsen om at indlede proceduren er at give de berørte parter adgang til effektivt at deltage i den formelle undersøgelsesprocedure. Retten bemærkede endvidere, at den omtvistede afgørelse indeholdt foreløbige vurderinger, og at Kommissionen i denne indledende fase ikke havde pligt til at afklare alle potentielle ubesvarede spørgsmål.

24. I den appellerede doms præmis 63 fandt Retten det vigtigt at bemærke, at kvalificeringen af en statslig foranstaltning som statsstøtte i en afgørelse som den omtvistede alene er foreløbig. Dette bekræftes i artikel 9, stk. 2, i forordning 2015/1589, hvorefter Kommissionen efter den formelle undersøgelsesprocedure kan fastslå, at den konkrete foranstaltning ikke udgør støtte. Kvalificeringen af en statslig foranstaltning som statsstøtte kan således være genstand for ændringer og er ikke nødvendigvis endelig.

25. I den appellerede doms præmis 64 og 65 forkastede Retten sagsøgerens argumenter baseret på to tidligere sager¹⁰. Retten fandt, at disse argumenter var uden betydning, fordi det første tilfælde vedrørte en afgørelse om at afslutte den formelle undersøgelsesprocedure, mens det andet ikke angik vurderingen af overholdelsen af begrundelsespligten.

26. I den appellerede doms præmis 73 konkluderede Retten, at sagsøgeren i lyset af den omtvistede afgørelses karakter, ordlyd, indhold og sammenhæng samt de retsregler, som fandt anvendelse på den, kunne få kendskab til grundlaget for Kommissionens foreløbige synspunkt om, at foranstaltningen var selektiv.

¹⁰ – Dom af 20.12.2017, Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), og af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

27. Den appellerede doms præmis 74 angår sagsøgerens argument vedrørende den påståede undladelse fra Kommissionens side af at undersøge, om den omtvistede foranstaltning udgør en fordel for visse virksomheder eller visse produktioner i forhold til andre, der befinder sig i en tilsvarende situation, henset til det formål, der forfølges med den pågældende foranstaltning. Retten forkastede imidlertid dette argument og forklarede, at en sådan sammenligning kan være for tidlig under den indledende undersøgelsesfase af den formelle undersøgelsesprocedure, og understregede, at et *rèsonnement* angående sammenligneligheden ville kunne foregribe undersøgelsens konklusioner.

28. I den appellerede doms præmis 75 fastslog Retten, at argumentet om foranstaltningens selektive karakter ikke havde forhindret sagsøgeren i at fremsætte udtømmende bemærkninger angående sammenligneligheden mellem de situationer, som var nævnt i sagsøgerens andet anbringende.

29. I den appellerede doms præmis 76 fandt Retten, at der ikke var hindringer for, at den kunne kontrollere lovligheden af den omtvistede afgørelse.

30. På denne baggrund forkastede Retten i den appellerede doms præmis 81 det første anbringende.

31. Endvidere forkastede Retten det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF i forbindelse med den omtvistede foranstaltningens selektive karakter.

32. Indledningsvis er det vigtigt at anføre, at Retten i den appellerede doms præmis 98 og 99 bemærkede, at under en sag anlagt til prøvelse af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, og hvorunder sagsøgerne bestrider Kommissionens vurdering med hensyn til betegnelsen af foranstaltningen som statsstøtte, er Unionens retsinstansers prøvelse begrænset til en vurdering af, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn, når den ikke mener at kunne overvinde alle vanskelighederne ved bedømmelsen af dette punkt under den første undersøgelse af den pågældende foranstaltning.

33. I den appellerede dom, navnlig i præmis 102-116, foretog Retten en mere indgående undersøgelse af sagsøgerens argument om, at den omtvistede foranstaltning blot har til formål at sidestille omfattende investeringer foretaget efter 1998, uden at tage højde for den anvendte specifikke teknologi eller typen af de berørte anlæg, og endelig forkastede Retten dette argument.

34. I den appellerede doms præmis 117-125 undersøgte og forkastede Retten endvidere sagsøgerens argument om, at kulfyrede kraftværker ikke kan sidestilles med kraftværker, der anvender en anden teknologi.

35. Retten fastslog derfor i den appellerede doms præmis 126, at sagsøgeren ikke havde ført bevis for, at Kommissionen havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn hvad angår sammenligningsanalysen.

36. I den appellerede doms præmis 128-130 forkastede Retten de argumenter, som Naturgy Energy Group og EDP España havde fremsat på grundlag af dommen i sagen Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen¹¹, fordi denne dom vedrørte de afgørelser, som Kommissionen træffer efter den formelle undersøgelsesprocedure.

¹¹ – Dom af 20.12.2017, Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

37. I den appellerede doms præmis 131-133 forkastede Retten også sagsøgerens argumenter om, at den omtvistede foranstaltning er nødvendig for at sikre en pålidelig forsyning, idet Retten var af den opfattelse, at disse argumenter vedrørte vurderingen af støttens forenelighed med det indre marked og ikke dens kvalificering, og at det følger af fast retspraksis, at artikel 107, stk. 1, TEUF ikke sonderer ud fra grundene til eller formålet med de statslige interventioner, men definerer disse i kraft af deres virkninger.

38. I den appellerede doms præmis 134 forkastede Retten derfor det andet anbringende og følgelig søgsmålet i sin helhed.

39. Afslutningsvis tilpligtede Retten sagsøgeren at bære sine egne omkostninger og betale Kommissionens omkostninger samt erklærede, at Viesgo Producción og EDP España skulle bære deres egne omkostninger.

IV. Parternes påstande

40. Med deres appel har Naturgy Energy Group (sagsøger) og EDP España nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom, om annullation af den omtvistede afgørelse og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

41. I sit svarskrift har Kommissionen nedlagt påstand om frifindelse og om, at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

42. Generaciones Eléctricas Andalucía, tidligere Viesgo Producción og intervenient i første instans, har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom.

43. Endesa Generación, der fik tilladelse til at intervenere til støtte for appellanternes påstande ved kendelse af 31. maj 2022 fra Domstolens præsident, har nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

V. Gennemgang af appellen

A. Indledende betragtninger

44. De to appelanbringender er ganske vist særskilte, men har en åbenbar indbyrdes tilknytning: Med det første har appellanterne gjort gældende, at Retten fortolkede og anvendte begrundelsespligten fejlagtigt for så vidt angår begrebet »selektivitet«; med det andet har de gjort gældende, at Retten fortolkede og anvendte artikel 107, stk. 1, TEUF fejlagtigt vedrørende begrebet »selektivitet«.

45. Artikel 107 TEUF og 108 TEUF fastsætter de primærretlige statsstøtteregler og definerer henholdsvis de generelle kriterier for at fastlægge, om en støtteforanstaltning kan anses for forenelig med det indre marked, og den procedure, som Kommissionen skal følge for at vurdere, om støtteforanstaltninger er forenelige med det indre marked. Forordning 2015/1589 indeholder reglerne for anvendelsen af artikel 108 TEUF og beskriver navnlig i artikel 4-9 proceduren vedrørende vurdering af støtte: foreløbig undersøgelse (artikel 4), afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure (artikel 6) og afgørelse om at afslutte den formelle undersøgelsesprocedure (artikel 9).

46. Nærmere bestemt har appellanterne og intervenienterne bestridt den appellerede dom, fordi Retten fastslog, at Kommissionens afgørelse ikke er behæftet med fejl til trods for, at den ikke er tilstrækkeligt begrundet. Afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure mangler bl.a. en passende begrundelse for så vidt angår selektiviteten af den trufne foranstaltning og vurderer ikke, om de af incitamentet begunstigede virksomheder befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med de øvrige virksomheder. Med det andet anbringende, der er subsidært, har appellanterne bestridt den appellerede dom, idet Retten fandt det korrekt (og ikke behæftet med åbenbart urigtigt skøn) at kvalificere den omtvistede foranstaltning som støtte, der er uforenelig med det indre marked.

47. Det retlige spørgsmål, som udgør kernen i den foreliggende sag, vedrører således i korthed omfanget af Kommissionens begrundelsespligt i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, og subsidært hvorvidt kvalificeringen af den omtvistede foranstaltning som støtte, der er uforenelig med det indre marked, følgelig er korrekt. For at vurdere, om den appellerede dom er behæftet med de af appellanterne og intervenienterne påberåbte retlige fejl, vil jeg analysere følgende aspekter: a) anvendelsen af de generelle principper vedrørende begrundelsen for afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure; b) de funktionelle og indholdsmæssige forskelle mellem afgørelsen om at indlede proceduren og afgørelsen om at afslutte proceduren, navnlig hvad angår kravene vedrørende den foreløbige og kortfattede karakter af afgørelsen om at indlede proceduren; c) nødvendigheden af, at afgørelsen om at indlede proceduren indeholder en undersøgelse af, hvorvidt de af incitamentet begunstigede virksomheder befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med de øvrige virksomheder; d) fordelingen af bevisbyrden mellem Kommissionen og de parter, der anfægter Kommissionens afgørelse.

48. I det væsentlige skal det vurderes, hvorvidt Retten i forbindelse med sin prøvelse af Kommissionens afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure anvendte de generelle principper vedrørende begrundelsen for EU-institutionernes afgørelser, og navnlig en række principper udviklet på statsstøtteområdet, korrekt, hvorvidt Retten i denne sammenhæng anvendte de ovennævnte principper korrekt på en afgørelse som den omtvistede, hvor Kommissionen anser (om end foreløbigt) en foranstaltning for selektiv uden at undersøge, om de af incitamentet begunstigede virksomheder befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med de øvrige virksomheder, og hvorvidt dette konkret har givet de berørte parter mulighed for at udøve deres ret til forsvar under overholdelsen af de bestemmelser om fordeling af bevisbyrden, der finder anvendelse i den konkrete situation.

B. Det første anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten

1. Parternes argumenter

49. Med det første anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten fortolkede og anvendte begrundelsespligten fejlagtigt for så vidt angår betingelsen om selektivitet.

50. Med argumenter, som ligner de af appellanterne fremsatte, har intervenienterne gjort gældende, at det første anbringende er begrundet.

51. Appellanterne har gjort gældende, at 28. betragtning til den omtvistede afgørelse ikke udgør en tilstrækkelig begrundelse for at fastslå, at den omtvistede foranstaltning er selektiv, så meget desto mere eftersom afgørelsen om at indlede proceduren kan medføre omfattende juridiske konsekvenser såsom indstilling af gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning eller tilbagebetaling af støtte udbetalt på dette grundlag.

52. Generaciones Eléctricas Andalucía har tilføjet, at denne afgørelse ikke alene medfører indstillingen af betalingerne af den påståede støtte, men også giver de nationale retter beføjelse til at træffe alle nødvendige forholdsregler for at drage dem, der har tilsidesat pligten til at indstille gennemførelsen af foranstaltningen, til ansvar (dom af 21.11.2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755).

53. Både appellanterne og intervenienterne er endvidere af den opfattelse, at den omtvistede afgørelse, selv om den blot er en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, skal indeholde en undersøgelse af, hvorvidt de berørte selskaber befinder sig i en sammenlignelig situation, og i henhold til artikel 296 TEUF afklare, hvorfor den relevante lovgivning sonder mellem de forskellige teknologier, og på hvilken måde kulfyrede kraftværker befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation som kraftværker, der benytter andre teknologier.

54. De har desuden gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i den appellerede doms præmis 64 og 65, fordi den forkastede argumenterne baseret på dom af 21. december 2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), og af 20. december 2017, Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

55. Endvidere fortolkede og anvendte Retten de i dom af 10. marts 2016, HeidelbergCement mod Kommissionen (C-247/14 P, EU:C:2016:149), og af 21. juli 2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497), fastsatte principper fejlagtigt i den appellerede doms præmis 66.

56. Der skal således foretages en omhyggelig og veldokumenteret undersøgelse af en foranstaltnings selektivitet i henhold til fast retspraksis. Denne undersøgelse skal være tilstrækkeligt detaljeret med henblik på at gøre en ret i stand til at foretage en fuldstændig domstolsprøvelse, navnlig med hensyn til muligheden for at sammenligne situationen for dem, der er omfattet af foranstaltningen, med situationen for dem, der er udelukket herfra. Denne undersøgelse skal ledsages af en »tilstrækkelig begrundelse« med henblik på at gøre det muligt at foretage en fuldstændig domstolsprøvelse (dom af 21.12.2016, Kommissionen mod World Duty Free Group SA m.fl., C-20/15 P og C-21/15 P, EU:C:2016:981).

57. Ifølge appellanterne begik Retten i den appellerede doms præmis 74 en retlig fejl, da den fastslog, at indførelsen af en indledende sammenligningsanalyse under den formelle undersøgelsesprocedure ville gøre det vanskeligt at sondre mellem den indledende afgørelse og den endelige afgørelse efter proceduren.

58. Generaciones Eléctricas Andalucía har desuden gjort gældende, at Retten også misforstod karakteren af Kommissionens beføjelse til at træffe afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, og anført, at det ikke drejer sig om skønsbeføjelser, men om bundne beføjelser.

59. Selskabet har tilføjet, at en »simpel angivelse« er utilstrækkelig i forbindelse med artikel 6 i forordning 2015/1589, ifølge hvilken Kommissionen skal foretage en objektiv undersøgelse af den eventuelle statsstøtte. Kommissionen er forpligtet til at godtgøre, at en foranstaltning kan kvalificeres som statsstøtte, inden den formelle undersøgelse indledes.

60. Kommissionen burde derfor have beskrevet de vanskeligheder, der gjorde det nødvendigt at foretage en mere indgående undersøgelse.

61. Ifølge EDP España erklærede Retten i den appellerede doms præmis 73, at Kommissionens ræsonnement om den omtvistede foranstaltnings selektive karakter var af »kortfattet« karakter. I præmis 66 prøvede Retten imidlertid at afhjælpe denne »kortfattede« karakter ved at lægge til grund, at den omtvistede foranstaltning var blevet truffet »i en sammenhæng, som var velkendt for sagsøgeren, henset til arten af dens aktiviteter«, og, endvidere, at sagsøgeren var bekendt med alle anvendelige regler, »som det fremgår af stævningen«.

62. Afslutningsvis prøvede Retten i den appellerede doms præmis 68-73 fejlagtigt at afhjælpe denne begrundelsesmangel ved at rekonstruere begrundelsen på grundlag af flere betragtninger til den omtvistede afgørelse.

63. Således fastslog Retten fejlagtigt, at Kommissionen ikke havde tilsidesat sin begrundelsespligt.

64. Kommissionen har gjort gældende, at det første anbringende skal forkastes. Efter Kommissionens opfattelse foretog Retten i den appellerede dom en korrekt vurdering af begrundelsespligten.

65. Kommissionen har gjort gældende, at Retten ikke begik retlige fejl, da den i den appellerede doms præmis 63 og 64 fandt, at appellanternes og intervenienternes argumenter var uden betydning. Retten baserede sig på dom af 21. december 2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), idet Retten i sin afgørelse ikke vurderede begrundelsespligten, men koncentrerede sig om sagens realitet. Med henvisning til dom af 20. december 2017, Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), lagde Retten til grund, at begrundelsespligten var blevet tilsidesat, fordi en foranstaltning, som kun én erhvervssektor nyder godt af, nødvendigvis er selektiv. Den i sagen omtvistede afgørelse indeholdt imidlertid en foreløbig vurdering, og Kommissionen havde ikke fundet, at foranstaltningen begunstigede én sektor.

66. Kommissionen har besvaret appellanternes argument om manglende sammenligningsanalyse ved at henvise til artikel 6, stk. 1, i forordning 2015/1589, hvorefter afgørelsen skal sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål og indeholde en foreløbig vurdering. Såfremt afgørelsen opfylder kriterierne i den appellerede doms præmis 73 og 76, er den kortfattede karakter af undersøgelsen derfor ikke tilstrækkelig til at bevirke en tilsidesættelse af begrundelsespligten.

67. Ifølge Kommissionen konstaterede Retten imidlertid korrekt, at appelleranterne havde forstået grundene til, at den omtvistede foranstaltning var blevet anset for selektiv, såsom anført i den appellerede doms præmis 75.

68. Kommissionen har gjort gældende, at de juridiske konsekvenser af indledningen af den nævnte formelle undersøgelsesprocedure er hypotetiske i den konkrete situation og ikke er til hinder for en foreløbig og kortfattet begrundelse, som kræves i henhold til artikel 6, stk. 1, i forordning 2015/1589.

69. Den omtvistede afgørelse blev efterprøvet af Retten, som til støtte for sin analyse henviste til andre elementer i begrundelsen herfor. Domstolen har ligeledes fastslået, at Kommissionens afgørelser ikke kræver en specifik opbygning, og at der i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt begrundelsespligten er blevet overholdt, skal foretages en undersøgelse af den konkrete afgørelses indhold som helhed (dom af 25.7.2018, Kommissionen mod Spanien m.fl., C-128/16 P, EU:C:2018:591, præmis 93).

2. Bedømmelse

70. Med det første anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl ved vurderingen af begrundelsen for den omtvistede afgørelse for så vidt angår den omtvistede foranstaltnings selektive karakter.

71. Angående det aspekt, som er genstand for det første anbringende, anførte Retten i den appellerede dom i det væsentlige, at en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure kan begrænses til at sammenfatte de relevante faktiske og retlige spørgsmål og indeholde foreløbige overvejelser, som i løbet af proceduren vil blive omfattet af en mere indgående undersøgelse.

72. Disse konstateringer er korrekte og kan tiltrædes. Imidlertid udledte Retten på denne baggrund, sandsynligvis med udgangspunkt i de markante funktionelle og indholdsmæssige forskelle (herunder med hensyn til begrundelsen) mellem afgørelsen om at indlede proceduren og afgørelsen om at afslutte proceduren, nogle konsekvenser, som efter min opfattelse er fejlagtige og medfører, at det logiske og retlige ræsonnement er ugyldigt.

73. Retten anførte nemlig, at nogle afgørelser fra Domstolen ikke finder anvendelse i den konkrete situation, fordi de vedrører en afgørelse om at afslutte proceduren¹² eller situationer, hvor det specifikke aspekt om begrundelsespligten ikke er blevet undersøgt¹³, at begrundelsen for Kommissionens afgørelse ganske vist er kortfattet, men tilstrækkelig i den forstand, at parterne var i stand til at forstå grundene til den ovennævnte afgørelse, sådan som vist af parternes efterfølgende forsvarsargumenter, og eftersom afgørelsen er blevet truffet i en sammenhæng, som var velkendt for parterne, og at undersøgelsen af, hvorvidt de forskellige virksomheder befinder sig i en sammenlignelig situation, med henblik på at fastslå, om foranstaltningen er selektiv, ville være for tidlig i en afgørelse om at indlede proceduren, eftersom en sådan undersøgelse ville kunne foregribe de konklusioner, der skal drages efter udfaldet af proceduren.

74. Den begrundelse, som kræves i henhold til artikel 296 TEUF, skal i henhold til fast retspraksis tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og skal klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at Domstolen kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde samt den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en afgørelses begrundelse opfylder kravene efter nævnte artikel 296 TEUF, ikke blot skal

¹² – Dom af 20.12.2017, Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

¹³ – Dom af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (dom af 10.3.2016, HeidelbergCement mod Kommissionen, C-247/14 P, EU:C:2016:149, præmis 16).

75. Når dette princip anvendes på Kommissionens foranstaltninger på statsstøtteområdet, er det hensigtsmæssigt at påpege, at afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure ikke er en foranstaltning, hvor begrundelsespligten er særlig begrænset eller overfladisk.

76. Det fremgår klart af en nøje læsning af artikel 4, 6 og 7 i forordning 2015/1589, at afgørelsen om at indlede proceduren både tidsmæssigt og logisk forudsætter en foreløbig undersøgelse: Med andre ord foretager Kommissionen en undersøgelse i dialog med den pågældende medlemsstat, hvori Kommissionen allerede vurderer de omstændigheder, på grundlag af hvilke den kan kvalificere en given foranstaltning som støtte og konkludere, om end foreløbigt, at den undersøgte foranstaltning giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked. I modsat fald afslutter Kommissionen proceduren med en afgørelse om ikke at gøre indsigelse.

77. Afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure er således ikke den første foranstaltning, efter hvilken Kommissionen vurderer alle omstændigheder, på grundlag af hvilke en given foranstaltning skal kvalificeres som forbudt støtte eller ej, men udgør en efterfølgende fase, hvorunder Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse har »konkluderet«, om end foreløbigt, at foranstaltningen giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked. Proceduren efter afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure tjener til at give alle de berørte parter mulighed for at udøve deres ret til forsvar ved at fremføre argumenter for at bestride de retlige synspunkter, som har fået Kommissionen til (om end foreløbigt) at kvalificere en given foranstaltning som uforenelig med det indre marked.

78. Heraf følger, at Kommissionen netop i lyset af den konkrete sags omstændigheder allerede i afgørelsen om at indlede proceduren skal fremsætte alle argumenter og de retlige synspunkter, på grundlag af hvilke den anser foranstaltningen uforenelig med det indre marked, og ikke kan udsætte vurderingerne til en senere fase.

79. Den foreløbige karakter af undersøgelsen må hverken forveksles med, at undersøgelsen kan være overfladisk, eller bevirke, at Kommissionen undlader at foretage analyser, test og sammenligninger, der allerede er mulige i den indledende fase.

80. Kun såfremt det i forbindelse med teknisk komplicerede sager ikke er muligt at foretage en given vurdering, der kræver faktuelle elementer, som blot kan indhentes inden for rammerne af proceduren efter indledningen, kan Kommissionen ved begrundet afgørelse udsætte analysen, testen eller vurderingen til tidspunktet for den endelige afgørelse.

81. Som appellanterne og intervenienterne gentagne gange har anført, har afgørelsen om at indlede proceduren allerede en selvstændig relevans og kan have konkrete og omfattende virkninger for parternes økonomiske interesser. Indledningen af en formel undersøgelsesprocedure vedrørende statsstøtte medfører påbuddet om at indstille betalingerne af den påståede støtte og giver de nationale retter beføjelse til at træffe alle nødvendige forholdsregler for at drage konsekvenserne af en eventuel tilsidesættelse af pligten til at indstille gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning¹⁴.

¹⁴ – Jf. kendelsen af 13.11.2019, hvorved Domstolens præsident gav EDP España tilladelse til at intervenere i sagen, fordi EDP havde godtgjort en direkte og faktisk interesse i sagen.

82. Af samme grund skal spørgsmålet om, hvorvidt principperne i retspraksis på statsstøtteområdet er blevet anvendt, undersøges nøje, og det er ikke tilladt at anse nogle principper, som blev udviklet i sager vedrørende afgørelser om at afslutte den formelle undersøgelsesprocedure, for uvirksomme.

83. Afgørelsen om at indlede proceduren og afgørelsen om at afslutte proceduren som fastsat i henholdsvis artikel 6 og 9 i forordning 2015/1589 er uden tvivl særskilte og har forskelligartede funktioner. Af ovenstående grund er det dog ikke tilladt at undlade enhver vurdering om de af Domstolen udtrykte principper, blot fordi disse angår en afslutningsprocedure.

84. Proceduren efter indledningen sigter nemlig mod, at parterne gives mulighed for at overbevise Kommissionen om at ændre det i sin indledende afgørelse anførte oprindelige synspunkt om, at en given foranstaltning udgør støtte, der er uforenelig med det indre marked.

85. I Comunidad Autónoma-dommen konstaterede Domstolen en tilsidesættelse af begrundelsespligten for så vidt angår selektivitetsprincippet og bemærkede, at en foranstaltning, som kun er til fordel for én erhvervssektor eller en del af virksomhederne i denne sektor, ikke nødvendigvis er selektiv, og at en foranstaltning således kun er selektiv, såfremt den inden for rammerne af en given retlig ordning bevirker en begunstigelse af visse virksomheder i forhold til andre virksomheder, der hører til andre sektorer eller til den samme sektor, og som under hensyntagen til formålet med denne ordning befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation¹⁵.

86. Selv om Comunidad Autónoma-dommen angår en afgørelse, som Kommissionen traf efter den formelle undersøgelsesprocedure, er det vigtigt at påpege, at Domstolen baserede sig på principperne fra Lübeck-dommen¹⁶, som vedrørte en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

87. Heraf følger også, at Kommissionen meget vel havde kunnet undersøge, og snarere burde have undersøgt, hvorvidt de forskellige virksomheder i sektoren befandt sig i en sammenlignelig situation. Således bemærkede Retten fejlagtigt, at »forpligtelsen til, under alle omstændigheder i fasen vedrørende den foreløbige undersøgelse, som er indeholdt i en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, at fremsætte en begrundelse vedrørende situationernes sammenlignelighed ville kunne være for tidlig og foregribe de konklusioner, der skal drages efter denne procedure«, og at der ville opstå en risiko for en »svækkelse af grænsen mellem afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure og afgørelsen om at afslutte denne procedure«¹⁷.

88. Efter min opfattelse er Kommissionen, også i forbindelse med indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure, forpligtet til at specificere, hvorfor den omstændighed, at en foranstaltning kun begunstiger visse virksomheder i en sektor, indebærer, at denne foranstaltning umiddelbart er selektiv, og i denne forbindelse må Kommissionen end ikke undlade at foretage en

¹⁵ – Dom af 20.12.2017, Comunidad Autónoma de Galicia og Retegal mod Kommissionen (C-70/16 P, EU:C:2017:1002, præmis 61).

¹⁶ – Dom af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), præmis 58: »[E]n foranstaltning, som kun er til fordel for én erhvervssektor eller en del af virksomhederne i denne sektor, [er] ikke nødvendigvis selektiv. [...] [E]n foranstaltning [er] således kun selektiv, såfremt den inden for rammerne af en given retlig ordning bevirker en begunstigelse af visse virksomheder i forhold til andre virksomheder, der hører til andre sektorer eller til den samme sektor, og som under hensyntagen til formålet med denne ordning befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation.«

¹⁷ – Den appellerede doms præmis 74.

foreløbig undersøgelse af, hvorvidt de af foranstaltningen begunstigede virksomheder befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med de virksomheder i den samme sektor, der er udelukket herfra.

89. Hvad angår Rettens konstatering af, at sammenhængen var velkendt for parterne, som kunne forsvare sig også med hensyn til sammenligningen i forhold til andre virksomheder, begik Retten efter min opfattelse en retlig fejl, der over negativ indflydelse på fordelingen af bevisbyrden og også berører det andet anbringende¹⁸.

90. I afgørelsen om at indlede proceduren skal Kommissionen gennemføre alle vurderinger, som kan sætte parterne i stand til at prøve at afkræfte de retlige argumenter, der (foreløbigt) kvalificerer den af medlemsstaten vedtagne foranstaltning som statsstøtte, der er uforenelig med det indre marked.

91. Det ville være i strid med den normale fordeling af bevisbyrden at pålægge parterne at rekonstruere Kommissionens retlige synspunkter, på indirekte eller induktiv vis, for at afkræfte dem.

92. Kommissionen havde således pligt til at undersøge, hvorvidt markedets aktører befandt sig i en sammenlignelig situation, og til at fremsætte alle nyttige argumenter for at fastslå, at det drejede sig om statsstøtte, der var uforenelig med det indre marked, selv hvis denne konklusion blev draget i en foreløbig undersøgelse og ville kunne ændres under den formelle undersøgelsesprocedure.

93. I dommen i sagen Deutsche Post mod Kommissionen¹⁹, som vedrørte en afgørelse om at udvide den formelle undersøgelsesprocedure, som angiveligt var behæftet med manglende begrundelse, fastslog Retten klart, at ved afslutningen af den foreløbige undersøgelse af foranstaltningen skal Kommissionen i givet fald begrunde sin afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure²⁰.

94. I den samme dom bemærkede Retten endvidere, at »enhver afgørelse, som Kommissionen træffer ved afslutningen af den foreløbige undersøgelsesfase, [...] skal indeholde en foreløbig vurdering med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte statslige foranstaltning«²¹.

95. Sammenligningsanalysen må således aldrig udsættes til den formelle undersøgelsesprocedure, eftersom det altid er muligt at foretage om end foreløbige overvejelser.

96. Selv om Kommissionen med føje har anført, at der skal foretages en undersøgelse af en afgørelses indhold som helhed for at vurdere, om den er tilstrækkeligt begrundet²², skal det konstateres, at den omtvistede afgørelse helt mangler en sammenligningsanalyse.

97. På denne baggrund er jeg af den opfattelse, at det første anbringende kan tiltrædes.

¹⁸ – Som jeg vil bedømme nedenfor.

¹⁹ – Dom af 10.4.2019, Deutsche Post mod Kommissionen (T-388/11, EU:T:2019:237).

²⁰ – »[E]nhver afgørelse, som Kommissionen træffer ved afslutningen af den foreløbige undersøgelsesfase, med risiko for i modsat fald at udhule begrundelsespligten i henhold til artikel 296, stk. 2, TEUF, skal indeholde en foreløbig vurdering med hensyn til støttekarakteren af den påtænkte statslige foranstaltning og anføre årsagerne til, at Kommissionen finder anledning til tvivl om, hvorvidt foranstaltningen er forenelig med fællesmarkedet.«

²¹ – Dom af 10.4.2019, Deutsche Post mod Kommissionen (T-388/11, EU:T:2019:237, præmis 72).

²² – Dom af 25.7.2018, Kommissionen mod Spanien m.fl. (C-128/16 P, EU:C:2018:591, præmis 93).

C. Det andet anbringende om tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF i forbindelse med betingelsen om selektivitet

1. Parternes argumenter

98. Med det andet anbringende har appellanterne påberåbt sig tilsidesættelsen af artikel 107, stk. 1, TEUF i forbindelse med betingelsen om selektivitet.

99. Med argumenter, som ligner de af appellanterne fremsatte, har intervenienterne gjort gældende, at det andet anbringende er begrundet.

100. Naturgy Energy Group har bestridt Rettens overvejelser i den appellerede doms præmis 82 og påpeget, at sagsøgeren havde gjort gældende, at Kommissionen havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn i forbindelse med vurderingen af den omtvistede foranstaltnings selektive karakter.

101. Appellanterne og intervenienterne har gjort gældende, at Retten burde have foretaget en indgående undersøgelse af Kommissionens vurdering af den omtvistede foranstaltnings selektivitet (Naturgy Energy Group har henvist til dom af 22.12.2008, *British Aggregates mod Kommissionen*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, præmis 111). I denne henseende har appellanterne henvist til Domstolens bedømmelse i dom af 21. december 2016, *Kommissionen mod Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971), hvor Domstolen konstaterede en retlig fejl og ikke et åbenbart urigtigt skøn hvad angår den selektive karakter af en foranstaltning, der var genstand for en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.

102. Ifølge Naturgy Energy Group begik Retten en retlig fejl ved at sammenligne investeringerne før og efter 1998 i stedet for at fastlægge, om punkt 10, stk. 2, i bilag III til ITC/2794/2007 udgør en selektiv foranstaltning. Ifølge denne bestemmelse kan regeringen yde alle kraftværker incitamenter til omfattende investeringer uafhængigt af den anvendte teknologi.

103. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt kulfyrede kraftværker befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med kraftværker, som ikke anvender kul som primært brændsel, har appellanterne og intervenienterne gjort gældende, at Retten – ud over at begå en retlig fejl ved bedømmelse af, om der forelå en åbenbar fejl – i den appellerede doms præmis 102-126 vendte bevisbyrden, da den fastslog, at appellanterne burde have godtgjort, at der ikke foreligger forskelsbehandling i forhold til kraftværker, som ikke anvender kul som primært brændsel (dom af 8.9.2011, *Kommissionen mod Nederlandene*, C-279/08 P, EU:C:2011:551, præmis 62).

104. Det er Kommissionen, som skal have til opgave at identificere tilfælde af forskelsbehandling, også inden for rammerne af en foreløbig undersøgelse. Dette inkluderer fastlæggelse af tilfælde, som ligner de i den appellerede doms præmis 121 og 124 nævnte, som konstateret af Retten.

105. EDP España har bl.a. understreget, at Retten bemærkede, at vurderingen af, om det er hensigtsmæssigt at indlede en formel undersøgelsesprocedure, ikke kan begrænses til en prøvelse af, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn, men skal være mere omfattende (dom af 8.9.2021, *Achema og Achema Gas Trade mod Kommissionen*, T-193/19, ikke trykt i Sml., EU:T:2021:558, præmis 43 og 44).

106. Hvis Retten havde foretaget legalitetskontrollen i overensstemmelse med praksis ved Unionens retsinstanser, ville den derfor være nået til den samme konklusion i den appellerede dom.

107. Endesa Generación finder, at såfremt betingelsen for, at der foreligger statsstøtte, var blevet baseret på et åbenbart urigtigt skøn, ville Retten have fastslået, at Kommissionen havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af, hvorvidt den omtvistede foranstaltning var selektiv. Dette finder støtte i forklaringen i 28. betragtning til den omtvistede afgørelse.

108. Ifølge det nævnte selskab er den appellerede dom under alle omstændigheder behæftet med en retlig fejl, fordi Retten fandt, at Kommissionen ikke havde begået en sådan fejl i den omtvistede afgørelse ved – på foreløbig vis – at konkludere, at den omtvistede foranstaltning var selektiv, alene fordi den omfattede visse virksomheder, og uden at foretage den sammenligningsanalyse, der ifølge retspraksis kræves for at fastslå, at foranstaltningen er selektiv.

109. Afslutningsvis finder Generaciones Eléctricas Andalucía, at Retten begik fejl, da den blot koncentrerede sig om kravet om et åbenbart urigtigt skøn, fordi konsekvenserne af indledningen af en formel undersøgelsesprocedure er omfattende. Efter selskabets opfattelse har Kommissionen ikke beføjelse til at afgøre, at denne procedure skal indledes, men derimod pligt til at fastslå, at de analyserede situationer opfylder betingelsen om selektivitet.

110. Selskabet har endnu en gang gjort gældende, at Retten i den appellerede dom forvekslede den foreløbige karakter af undersøgelsen i afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure med det forhold, at Kommissionens har visse skønsmålinger.

111. Kommissionen har gjort gældende, at det andet anbringende skal forkastes.

112. Kommissionen har anført, at den spanske lov, der tillader differentierede betalinger til elektricitetsproducenter, ikke ændrer ved foranstaltningens selektive karakter. Selv hvis kraftværker opført efter en bestemt dato kan drage fordel af et investeringsafkast, giver foranstaltningen under alle omstændigheder en selektiv fordel med et varierende beløb (dom af 22.6.2006, C-182/03 og C-217/03, Belgien og Forum 187 mod Kommissionen, EU:C:2006:416, præmis 112 og 120). Endvidere udgør denne foranstaltning kun en fordel for kulfyrede anlæg, der er inkluderet i PNRE-GIC.

113. Kommissionen har gjort gældende, at ifølge fast retspraksis er legalitetskontrollen af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure begrænset til en prøvelse af, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn (dom af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, præmis 78).

114. Kommissionen har tilføjet, at for at godtgøre, at der er foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af komplekse forhold i et omfang, som begrundet annullationen af en afgørelse, skal de af sagsøgerne fremlagte beviser være tilstrækkelige til at gøre de i denne retsakt foretagne vurderinger usandsynlige, og at med forbehold for denne usandsynlighedsanalyse kan Retten under ingen omstændigheder sætte sin egen vurdering af komplekse forhold i stedet for den, udstederen af den anfægtede afgørelse har angivet (dom af 15.10.2009, Enviro Tech (Europe), C-425/08, EU:C:2009:635, præmis 47).

115. Følgelig kan det ifølge Kommissionen heller ikke hævdes, at Retten begik en retlig fejl ved sin vurdering af selektiviteten, medmindre der er fremlagt bevis for, at vurderingerne i den omtvistede afgørelse er usandsynlige. Denne bevisbyrde gælder for enhver vurdering af, hvorvidt der foreligger en åbenbar fejl, og har slet ikke noget til fælles med den omstændighed, at det er op til Kommissionen på foreløbig vis at godtgøre, at foranstaltningen er selektiv.

116. Rettens bedømmelse i den appellerede doms præmis 102-126 er fuldt ud overensstemmende med den ifølge retspraksis krævede legalitetskontrol. Retten tog stilling til nøjagtigheden, troværdigheden og sammenhængen af alle fremlagte beviser, og sikrede sig, at alle de relevante oplysninger var blevet taget i betragtning i forbindelse med en vurdering af en kompleks situation (dom af 22.11.2007, Spanien mod Lenzing, C-525/04 P, EU:C:2007:698, præmis 57, og af 6.11.2008, Nederlandene mod Kommissionen, C-405/07 P, EU:C:2008:613).

117. Det er intet grundlag for argumentet om, at Retten ikke korrekt vurderede, om punkt 10, andet afsnit, i bilag III til ITC/2794/2007 udgør en selektiv foranstaltning. Dette fordi støtten faktisk er blevet ydet ved en efterfølgende bekendtgørelse (ITC/3860/2007), som bekræftet i fjerde betragtning til den omtvistede afgørelse og konstateret af Retten i den appellerede doms præmis 109.

118. Naturgy Energy Group har ikke anført nogen grund til støtte for sit argument om, at Retten foretog en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, navnlig i den appellerede doms præmis 102-105. Kommissionen har gjort gældende, at Retten foretog en indgående undersøgelse af den nationale lovgivning og fastslog, at der ikke forelå beviser, som pegede på, at den omhandlede ordning er bestemt til udelukkende at begunstige store investeringer foretaget efter 1998.

119. Kommissionen har gjort gældende, at de fremførte argumenter ikke alene er ugrundede, men også er uvirksomme. Dette fordi det følger af fast retspraksis, at artikel 107, stk. 1, TEUF ikke sonderer ud fra grundene til eller formålet med de statslige interventioner, men definerer disse i kraft af deres virkninger. Derfor er statsstøtte et objektive begreb, som hovedsageligt afhænger af, om en statslig foranstaltning giver en eller flere virksomheder en fordel eller ej. Når det er fastlagt, at der foreligger støtte, skal Kommissionen undersøge, om støtten er udformet således, at det sikres, at dens positive virkninger ved opnåelsen af et mål af fælles interesse opvejer dens potentielle negative virkninger på handelen og konkurrencen.

120. Hvad endeligt angår spørgsmålet om, hvorvidt kulfyrede kraftværker befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med kraftværker, som ikke er kulfyrede, og argumentet om, at Retten i korthed burde have annulleret den omtvistede afgørelse, fordi den mangler en detaljeret undersøgelse af, hvorvidt disse virksomhedskategorier befinder sig i en sammenlignelig situation, har Kommissionen erindret om, at den omtvistede afgørelse forklarer, at Kommissionen anser den omtvistede foranstaltning for selektiv, fordi den kun begunstiger kulfyrede kraftværker, der er inkluderet i PNRE-GIC, og ikke andre kulfyrede kraftværker eller de kraftværker, der benytter andre teknologier. Kommissionen har konkluderet, at Retten med føje i den appellerede doms præmis 117-126 efterprøvede, på grundlag af appellanternes og intervenienternes argumenter, hvorvidt Kommissionen havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn, fordi kulfyrede kraftværker ikke befinder sig i en tilsvarende faktisk og retlig situation som kraftværker, der benytter andre teknologier, og med føje fandt, at denne konklusion ikke kunne ændres ved appellanternes og intervenienternes argumenter.

121. Ifølge Kommissionen blev bevisbyrden derfor ikke på nogen måde vendt; Retten efterprøvede, om Kommissionens vurdering i den omtvistede afgørelse var begrundet, og om appellanternes argumenter gjorde den usandsynlig. På denne baggrund har appellanterne hverken godtgjort eller gjort gældende, at Retten foretog en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, hvorpå den baserede sine konklusioner.

2. Bedømmelse

122. Det andet anbringende er fremsat subsidiært, for så vidt som Domstolen ikke tiltræder det første anbringende. Eftersom jeg foreslår Domstolen at tiltræde det første, vil jeg blot foretage nogle korte overvejelser om det andet, herunder i lyset af, at de to anbringender som anført har en nær indbyrdes tilknytning.

123. Med det andet anbringende har appellanterne nemlig gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl, da den efterprøvede anvendelsen af artikel 107, stk. 1, TEUF i forbindelse med den konkrete foranstaltnings selektive karakter.

124. Det fremgår af Domstolens praksis, at legalitetskontrollen af en afgørelse om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, når sagsøgeren anfægter Kommissionens vurdering af den omtvistede foranstaltnings karakter af »statsstøtte«, er begrænset til en prøvelse af, om Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn²³. Kommissionen er forpligtet til at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, hvis den ikke kan fastslå, at den anmeldte foranstaltning er forenelig med det indre marked, eller den nærer tvivl om, hvorvidt denne foranstaltning er »støtte« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF²⁴.

125. I den samme dom fastslog Domstolen, at når den berørte medlemsstat under Kommissionens foreløbige undersøgelsesprocedure har hævdet, at de egne foranstaltninger ikke udgør støtte, skal Kommissionen foretage en tilstrækkelig undersøgelse af spørgsmålet på grundlag af de oplysninger, som medlemsstaten på dette tidspunkt har meddelt den, selv om denne undersøgelse ikke fører til en endelig vurdering. Såfremt det, henset til de oplysninger, som Kommissionen var i besiddelse af på tidspunktet for indledningen af proceduren, følgelig viser sig, at den omhandlede foranstaltning ikke kan kvalificeres som ny støtte, skal afgørelsen om at fortsætte med hensyn til denne foranstaltning annulleres²⁵.

126. Endvidere bemærkede Retten i den appellerede doms præmis 99, at det ikke påhvilede Retten endeligt at afgøre, om den omtvistede foranstaltning åbenbart har en selektiv karakter²⁶. Unionens retsinstanser skal nemlig undgå at træffe endelig afgørelse om spørgsmål, som Kommissionen kun har foretaget en foreløbig vurdering af²⁷.

127. På grundlag af denne retspraksis forkastede Retten det første anbringende vedrørende den retlige fejl, som Kommissionen angiveligt havde begået ved at kvalificere den omtvistede foranstaltning som støtte, fordi appellanterne og intervenienterne ikke havde godtgjort, at Kommissionen havde foretaget et åbenbart urigtigt skøn.

128. Det kritiske omdrejningspunkt i dette ræsonnement findes i den flere gange nævnte tilknytning mellem de to anbringender: Ifølge Rettens synspunkt har Kommissionen i afgørelsen om at indlede proceduren en forholdsvis begrænset begrundelsespligt, som kun indebærer fremsættelse af en kortfattet rekonstruktion af de faktiske og retlige omstændigheder, idet Kommissionen kan udsætte en efterfølgende indgående undersøgelse – herunder undersøgelsen

²³ – Dom af 21.7.2011, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (C-194/09 P, EU:C:2011:497, præmis 61), og af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, præmis 78).

²⁴ – Dom af 16.3.2021, Kommissionen mod Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, præmis 50).

²⁵ – Dom af 16.3.2021, Kommissionen mod Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, præmis 53).

²⁶ – Jf. i denne retning dom af 21.12.2016, Kommissionen mod Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, præmis 73).

²⁷ – Jf. i denne retning dom af 23.10.2002, Diputación Foral de Guipúzcoa mod Kommissionen (T-269/99, T-271/99 og T-272/99, EU:T:2002:258, præmis 48), og af 25.3.2009, Alcoa Trasformazioni mod Kommissionen (T-332/06, ikke trykt i Sml., EU:T:2009:79, præmis 61).

af, hvorvidt de af foranstaltningen begunstigede virksomheder befinder sig i en situation, der er sammenlignelig med de virksomheder i den samme sektor, der er udelukket herfra – til sagsbehandlingen efter indledningen af proceduren.

129. Hvad angår omfanget af Rettens prøvelsesret og den tilknyttede bevisbyrde, som påhviler de parter, der har til hensigt at fremsætte modsatrettede synspunkter i forhold til Kommissionen (dvs. at der ikke foreligger tilstrækkelige elementer til at kvalificere den omtvistede foranstaltning som støtte, der er uforenelig med det indre marked), har parterne pligt til at godtgøre, at der foreligger et åbenbart urigtigt skøn, ved at fremsætte detaljerede argumenter og beviser, som viser, at Kommissionens argumenter er ufuldstændige (idet hensigten var, at de ville blive gjort fuldstændige i løbet af proceduren).

130. Et sådant ræsonnement øver negativ indflydelse på den korrekte fordeling af bevisbyrden.

131. Kommissionen er forpligtet til at foretage en foreløbig undersøgelse i dialog med den pågældende medlemsstat, der giver grundlag for at træffe afgørelsen om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, fordi Kommissionen ud fra de tilgængelige oplysninger finder, at den omtvistede foranstaltning kan kvalificeres som støtte og giver anledning til tvivl om, hvorvidt den er forenelig med det indre marked.

132. Afgørelsen om at indlede proceduren skal indeholde en undersøgelse, som ganske vist er foreløbig, men skal være fuldstændig på baggrund af de tilgængelige oplysninger og de kendte forhold, således at de berørte parter kan få kendskab til alle de retlige grunde til, at foranstaltningen kvalificeres som støtte, der er uforenelig med det indre marked. Denne vurdering fra Kommissionens side er foreløbig (men – det skal gentages – må ikke være ufuldstændig) i den forstand, at den kan ændres under proceduren, henset til de af de berørte parter fremsatte argumenter.

133. Parternes ret til forsvar er dog fuldt ud overholdt, hvis parterne allerede på tidspunktet for afgørelsen om at indlede proceduren kan få kendskab til alle oplysninger og de retlige synspunkter til støtte for Kommissionens, om end foreløbige, kvalificering. Kun såfremt nogle vurderinger eller test i forbindelse med teknisk komplicerede sager kræver yderligere oplysninger, som Kommissionen først kan undersøge efter at have indhentet oplysninger fra andre berørte parter end den pågældende medlemsstat (som allerede har været inddraget i dialogen under den foreløbige undersøgelse), kan disse vurderinger eller test ved en specifik begrundet afgørelse udsættes til den formelle undersøgelsesfase. Dette gælder også for sammenligningsanalysen.

134. Når bevisbyrden er overholdt som beskrevet ovenfor, er det korrekt at antage, at Rettens prøvelse skal begrænses til at undersøge, om Kommissionen har foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved sin undersøgelse, idet Retten ikke kan foretage en materiel prøvelse af de allerede foretagne komplekse og indgående vurderinger. I modsat fald, dvs. i tilfælde af en utilstrækkelig og ufuldstændig begrundelse, risikerer begrænsningen af prøvelsesretten til at fastslå, om der foreligger en åbenbar fejl i Kommissionens undersøgelse, at medføre en urigtig fordeling af bevisbyrden til skade for de parter, der har til hensigt at hævde det modsatrettede synspunkt i forhold til Kommissionen.

135. Selv om jeg er enig med Kommissionen i afgrænsningen af prøvelsesretten, såsom den er fastlagt i Domstolens nyeste praksis²⁸, i forbindelse med kvalificeringen af den omtvistede foranstaltning som selektiv, kan jeg med hensyn til den foreliggende situation på baggrund af de ovenfor beskrevne begrundelsesmangler ikke konkludere, at det andet anbringende, der nemlig korrekt er subsidært i forhold til det første, skal forkastes.

136. Såfremt Domstolen ikke måtte finde, at det første anbringende skal tiltrædes, og derfor måtte være af den opfattelse, at Rettens logiske ræsonnement – som ikke kritiserede Kommissionens afgørelse for at være behæftet med manglende begrundelse – ikke er fejlagtigt, ville oplysningerne i sagsakterne, navnlig den omstændighed, at afgørelsen om at indlede proceduren mangler en sammenligningsanalyse, nemlig være af en sådan karakter, at Kommissionens afgørelse kan anses for at være behæftet med et åbenbart urigtigt skøn.

VI. Forslag til afgørelse

137. I lyset af samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Det første anbringende tiltrædes.
- Den appellerede dom ophæves, og Kommissionens afgørelse annulleres.«

²⁸ – Dom af 16.3.2021, Kommissionen mod Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, præmis 50 og 52).