



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
G. PITRUZZELLA
van 13 juli 2023¹

Gevoegde zaken C-693/21 P en C-698/21 P

EDP España, SA
tegen
Naturgy Energy Group, SA, voorheen Gas Natural SDG, SA,
Europese Commissie (C-693/21 P)
en
Naturgy Energy Group, SA, voorheen Gas Natural SDG, SA
tegen
Europese Commissie (C-698/21 P)

„Hogere voorziening – Staatssteun – Door het Koninkrijk Spanje ten gunste van steenkoolcentrales vastgestelde maatregel om milieuvriendelijke investeringen te bevorderen – Besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure – Motiveringsplicht – Beroep tot nietigverklaring”

1. Met twee gevoegde hogere voorzieningen verzoeken EDP España (C-693/21 P) en Naturgy Energy Group (C-698/21 P) (hierna: „rekwirantes”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 8 september 2021, Naturgy Energy Group/Commissie² (hierna: „bestreden arrest”), waarbij het verzoek tot nietigverklaring van besluit C(2017) 7733 final van de Commissie van 27 november 2017 betreffende steunmaatregel SA.47912 (2017/NN) – Milieustimuleringsmaatregel voor steenkoolcentrales (hierna: „litigieus besluit”) werd afgewezen.

I. Toepasselijke bepalingen

2. Artikel 4, lid 4, van verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 VWEU³ bepaalt:

„Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt, neemt zij een besluit dat ertoe strekt de procedure overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden („besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure”).”

¹ Oorspronkelijke taal: Italiaans.

² Zie arrest van 8 september 2021, Naturgy Energy Group/Commissie (T-328/18, niet gepubliceerd, EU:T:2021:548).

³ PB 2015, L 248, blz. 9.

3. Artikel 6, lid 1, van die verordening luidt:

„Het besluit om de formele onderzoeksprocedure in te leiden behelst een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten, een eerste beoordeling van de Commissie omtrent de steunverlenende aard van de voorgestelde maatregel, alsook de redenen waarom getwijfeld wordt aan de verenigbaarheid ervan met de interne markt. In het besluit worden de betrokken lidstaat en de andere belanghebbenden uitgenodigd om hun opmerkingen mede te delen binnen een vastgestelde termijn die in de regel niet langer dan een maand mag zijn. In naar behoren gerechtvaardigde gevallen kan de Commissie deze termijn verlengen.”

4. Artikel 9, leden 1 en 2, van die verordening bepaalt:

„1. Onverminderd artikel 10, wordt de formele onderzoeksprocedure beëindigd bij een besluit als bepaald in de leden 2 tot en met 5 van dit artikel.

2. Indien de Commissie, in voorkomend geval na wijziging van de aangemelde maatregel door de betrokken lidstaat, tot de bevinding komt dat die maatregel geen steun vormt, stelt zij dit bij besluit vast.”

II. Feiten van het geding

5. Tussen 1998 en 2007 kwam elke elektriciteitscentrale in Spanje, ongeacht de gebruikte technologie, in aanmerking voor een vergoeding die „stroomgarantie” werd genoemd, om de opbouw en de instandhouding van de productiecapaciteit in het elektriciteitssysteem te bevorderen en een betrouwbare energievoorziening te garanderen. Installaties voor hernieuwbare energie kwamen daarentegen niet voor deze stimuleringsregeling in aanmerking; daarvoor werd een speciale vorm van vergoeding ingesteld.

6. In 2007 heeft de Spaanse wetgever de minister van Industrie, Toerisme en Handel de bevoegdheid verleend om de stroomgarantie te vervangen door een nieuwe vergoeding die bekendstaat als de „capaciteitsvergoeding”.

7. Deze beslissing werd geformaliseerd bij koninklijk besluit 871/2007⁴, waarbij de elektriciteitstarieven met ingang van 1 juli 2007 werden aangepast. Dit besluit, dat werd vastgesteld op 29 juni 2007⁵, bepaalde dat de capaciteitsvergoeding vanaf 1 oktober 2007 van toepassing zou zijn.

8. De regeling van de elektriciteitstarieven werd neergelegd in besluit ITC/2794/2007⁶, dat werd vastgesteld op 27 september 2007⁷ en in werking is getreden op 1 oktober 2007 (hierna: „ITC/2794/2007”).

⁴ Real Decreto 871/2007 por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007 (koninklijk besluit 871/2007 tot aanpassing van de elektriciteitstarieven met ingang van 1 juli 2007).

⁵ BOE nr. 156 van 30 juni 2007, blz. 28324.

⁶ Orden ITC/2794/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre de 2007 (besluit ITC/2794/2007 tot herziening van de elektriciteitstarieven met ingang van 1 oktober 2007).

⁷ BOE nr. 234 van 29 september 2007, blz. 39690.

9. Dit besluit specificiert welke maatregelen moeten worden genomen om in aanmerking te komen voor de capaciteitsvergoeding, waaronder een stimulans om de beschikbaarheid van installaties te garanderen en een stimulans om investeringen in de productie te bevorderen.

10. De beschikbaarheidsstimulans is bedoeld voor productie-installaties die onder de gewone regeling van het Spaanse stelsel vallen met een minimaal geïnstalleerd vermogen van 50 megawatt (MW). Dit geldt voor installaties die na 1 januari 1998 in gebruik zijn genomen en nog geen tien jaar in bedrijf zijn. Deze stimulans heeft tot doel de bouw en ingebruikname van nieuwe installaties aan te moedigen door te voorzien in betalingen waarmee een deel van de investeringskosten wordt vergoed. De vergoeding is vastgesteld op 20 000 EUR per MW per jaar.

11. Bijlage III bij ITC/2794/2007 geeft een overzicht van de investeringsstimulansen: in de tiende paragraaf is bepaald dat de minister van Industrie, Toerisme en Handel bevoegd is om dergelijke maatregelen goed te keuren voor investeringen in productie-installaties die onder de gewone regeling van het Spaanse stelsel vallen en een geïnstalleerd vermogen hebben van ten minste 50 MW. Dergelijke stimulansen kunnen worden verleend voor aanzienlijke investeringen die nodig zijn voor substantiële uitbreidingen of wijzigingen van bestaande centrales, of voor investeringen van nieuwe installaties in prioritaire technologieën in overeenstemming met de doelstellingen van energiebeleid en voorzieningszekerheid.

12. De maatregel in deze tekst werd toegepast om voor kolengestookte elektriciteitscentrales milieuvriendelijke investeringen in ontzwavelingsinstallaties te faciliteren. De voorwaarden voor dit voordeel werden vastgesteld in besluit ITC/3860/2007⁸ (hierna: „litigieuze maatregel”) van 28 december 2007⁹, waarbij de elektriciteitstarieven met ingang van 1 januari 2008 werden herzien.

13. Voor deze stimuleringsmaatregel komen uitsluitend kolengestookte elektriciteitscentrales in aanmerking die vallen onder het nationale plan voor de vermindering van emissies van bestaande grote stookinstallaties (Plan Nacional de Reducción de Emisiones de las Grandes Instalaciones de Combustión Existentes; hierna „PNRE-GIC”), dat is goedgekeurd bij besluit van de Spaanse raad van ministers van 7 december 2007, en die ook zijn opgenomen in de zogeheten „koepel” die is vastgesteld bij het PNRE-GIC, dat de toegestane emissiehoeveelheden per bedrijf voorschrijft.

14. Daarnaast moeten de investeringen zijn gedaan vóór de datum van inwerkingtreding van ITC/2794/2007, te weten 1 oktober 2007, of moet het verzoek tot goedkeuring ten minste drie maanden vóór die datum zijn ingediend.

15. In 2011 werd het voordeel van de omstreden maatregel uitgebreid tot kolengestookte elektriciteitscentrales die vóór 1 januari 2008 niet alleen in ontzwavelingsinstallaties hadden geïnvesteerd, maar ook andere milieuvriendelijke investeringen hadden gedaan om de uitstoot van zwaveloxide te verminderen.

16. De Europese Commissie heeft op 29 april 2015 onderzoeken naar de sector ingesteld in elf lidstaten, waaronder Spanje. Na dit onderzoek heeft de Commissie de Spaanse autoriteiten op 4 april 2017 meegedeeld dat zij de betrokken maatregel zou onderzoeken, en op 27 november 2017 heeft zij besloten om overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU een formele onderzoeksprocedure naar de maatregel in te leiden.

⁸ Orden ITC/3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 (besluit ITC/3860/2007 tot herziening van de elektriciteitstarieven met ingang van 1 januari 2008).

⁹ BOE nr. 312 van 29 december 2007 blz. 53781.

17. In dit besluit verklaart de Commissie dat zij tot de voorlopige conclusie is gekomen dat de litigieuze maatregel staatssteun vormt, en uit zij twijfels over de verenigbaarheid ervan met de interne markt. In het bijzonder stelt de Commissie dat de litigieuze maatregel kan worden aangemerkt als steun voor investeringen om kolengestookte elektriciteitscentrales in overeenstemming te brengen met richtlijn 2001/80/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2001 inzake de beperking van de emissies van bepaalde verontreinigende stoffen in de lucht door grote stookinstallaties (PB 2001, L 309, blz. 1).

III. Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest

18. Op 28 mei 2018 heeft Naturgy Energy Group, voorheen Gas Natural SDG, een Spaanse onderneming die opereert in de energiesector en zich bezighoudt met elektriciteitsopwekking met kolen, een verzoekschrift ter griffie van het Gerecht neergelegd. Het beroep strekte tot nietigverklaring van het besluit waartegen de vennootschap was opgekomen.

19. In deze procedure hebben EDP España en Viesgo Producción geïntervenieerd aan de zijde van verzoekster in eerste aanleg.

20. In het bestreden arrest heeft het Gerecht de verzoeken tot nietigverklaring afgewezen wegens ongegrondheid van het eerste middel inzake niet-nakoming van de motiveringsplicht met betrekking tot de selectiviteit van de betrokken maatregel.

21. Het Gerecht heeft in punt 60 van het bestreden arrest erop gewezen dat de formele onderzoeksprocedure volgens verordening 2015/1589 kan worden ingeleid door een samenvatting te geven van de relevante feiten en rechtspunten met betrekking tot de overheidsmaatregel, samen met een eerste beoordeling of de betrokken maatregel als steun kan worden aangemerkt en met vermelding van de redenen waarom wordt getwijfeld aan de verenigbaarheid ervan met de interne markt.

22. In punt 61 van het bestreden arrest heeft het Gerecht daaraan toegevoegd dat de Commissie deze procedure diende in te leiden indien een eerste onderzoek haar niet in staat stelde om alle vraagstukken op te helderen die waren gerezen bij de beoordeling of die maatregel kon worden aangemerkt als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

23. In punt 62 van het bestreden arrest heeft het Gerecht eraan herinnerd dat het inleidingsbesluit tot doel had, belanghebbenden in staat te stellen actief deel te nemen aan de formele onderzoeksprocedure. Voorts heeft het verduidelijkt dat het besluit een eerste beoordeling omvatte en dat de Commissie niet verplicht was om alle eventuele onopgeloste vraagstukken in deze eerste fase op te helderen.

24. In punt 63 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat voor ogen moet worden gehouden dat in een dergelijk besluit een overheidsmaatregel slechts voorlopig als zodanig wordt aangemerkt. Dit wordt bevestigd door artikel 9, lid 2, van verordening 2015/1589, waarin is bepaald dat de Commissie aan het einde van de formele onderzoeksprocedure tot de bevinding kan komen dat de betrokken maatregel geen steun vormt. De kwalificatie van een overheidsmaatregel als staatssteun kan dus worden gewijzigd en is niet noodzakelijkerwijs permanent.

25. In de punten 64 en 65 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de argumenten van verzoekster met betrekking tot twee eerdere zaken¹⁰ afgewezen. Volgens de rechter in eerste aanleg deden deze argumenten niet ter zake omdat de eerste zaak betrekking had op een besluit tot afsluiting van de formele onderzoeksprocedure en de tweede zaak geen betrekking had op de toetsing van de naleving van de motiveringsplicht.

26. In punt 73 van het bestreden arrest is het Gerecht tot de slotsom gekomen dat verzoekster op basis van de aard, de bewoordingen, de inhoud, de context en de relevante regelingen met betrekking tot het litigieuze besluit in staat was te begrijpen welke redenen ten grondslag lagen aan het voorlopige oordeel van de Commissie dat de maatregel selectief leek te zijn.

27. Punt 74 van het bestreden arrest betreft het argument van verzoekster dat de Commissie niet had onderzocht of de litigieuze maatregel bepaalde ondernemingen of bepaalde goederen bevoordeelde ten opzichte van andere die zich, wat het doel van de maatregel betreft, in een vergelijkbare situatie bevonden. Het Gerecht heeft dit argument evenwel afgewezen en uiteengezet dat een dergelijke vergelijking in de fase van het eerste onderzoek van de formele onderzoeksprocedure voorbarig zou zijn, en er daarbij op gewezen dat een redenering over de vergelijkbaarheid zou kunnen vooruitlopen op de conclusies van het onderzoek.

28. In punt 75 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat het argument betreffende de selectiviteit van de maatregel verzoekster niet had belet om al haar overwegingen over de vergelijkbaarheid van de in haar tweede middel genoemde situaties in te dienen.

29. In punt 76 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het niet was verhinderd om de rechtmatigheid van het litigieuze besluit te toetsen.

30. Bijgevolg heeft het Gerecht in punt 81 van het bestreden arrest het eerste middel ongegrond verklaard.

31. In de tweede plaats heeft het Gerecht het tweede middel, inzake schending van artikel 107, lid 1, VWEU, wat betreft de selectiviteit van de betrokken maatregel, ongegrond verklaard.

32. Om te beginnen moet erop worden gewezen dat in de punten 98 en 99 van het bestreden arrest is verduidelijkt dat wanneer beroep wordt ingesteld tegen een besluit van de Commissie tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure met betrekking tot de kwalificatie van de maatregel als staatssteun, de door de Unierechter verrichte toetsing beperkt blijft tot de vraag of de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt door vast te stellen dat zij niet in staat was om tijdens haar eerste onderzoek van de maatregel alle problemen op te lossen.

33. In het bestreden arrest, met name in de punten 102 tot en met 116, heeft het Gerecht de stelling van verzoekster dat de litigieuze maatregel louter tot doel had de relevante na 1998 verrichte investeringen gelijk te trekken met de daarvoor verrichte investeringen, zonder rekening te houden met de gebruikte specifieke technologie of het soort betrokken installaties, uitvoerig onderzocht en uiteindelijk afgewezen.

34. In de punten 117 tot en met 125 van het bestreden arrest heeft het Gerecht zich ook gebogen over en niet ingestemd met verzoeksters stelling dat kolengestookte elektriciteitscentrales niet vergelijkbaar zijn met elektriciteitscentrales die een andere technologie gebruiken.

¹⁰ Arresten van 20 december 2017, Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), en 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

35. In punt 126 van het bestreden arrest werd dan ook geoordeeld dat verzoekster niet kon aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout had gemaakt met betrekking tot de vergelijkbaarheidsanalyse.

36. In de punten 128 tot en met 130 van het bestreden arrest heeft het Gerecht de argumenten die Naturgy Energy Group en EDP España hebben ontleend aan het arrest Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie¹¹, afgewezen op grond dat het in dat arrest ging om besluiten van de Commissie die aan het einde van de formele onderzoeksprocedure waren vastgesteld.

37. In de punten 131 tot en met 133 van het bestreden arrest heeft het Gerecht ook verzoeksters argumenten over de noodzaak van de litigieuze maatregel voor de voorzieningszekerheid afgewezen, op grond dat zij betrekking hebben op de beoordeling van de verenigbaarheid van de steun en niet op de kwalificatie ervan en artikel 107, lid 1, VWEU volgens vaste rechtspraak geen onderscheid maakt naargelang de redenen of doelstellingen van overheidsmaatregelen, maar deze definieert aan de hand van de gevolgen ervan.

38. In punt 134 van het bestreden arrest heeft het Gerecht het tweede middel dan ook ongegrond verklaard en bijgevolg het beroep in zijn geheel verworpen.

39. Tot slot heeft het Gerecht verzoekster verwezen in haar eigen kosten en die van de Commissie, en Viego Producción en EDP España verwezen in hun eigen kosten.

IV. Conclusies van partijen

40. Met hun hogere voorziening verzoeken Naturgy Energy Group (verzoekster in eerste aanleg) en EDP España het Hof om het bestreden arrest te vernietigen, het litigieuze besluit nietig te verklaren en de Commissie te verwijzen in de kosten.

41. In haar verweerschrift verzoekt de Commissie het Hof om de hogere voorziening af te wijzen en rekwirantes te verwijzen in de kosten.

42. Generaciones Eléctricas Andalucía, oorspronkelijk Viesgo Producción en interveniënte in eerste aanleg, verzoekt het Hof om het bestreden arrest te vernietigen.

43. Bij beschikking van de president van het Hof van 31 mei 2022 is Endesa Generación toegelaten tot interventie aan de zijde van rekwirantes, en zij verzoekt het Hof om het bestreden arrest te vernietigen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

¹¹ Arrest van 20 december 2017 (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

V. Analyse van de hogere voorziening

A. Opmerkingen vooraf

44. De twee middelen in hogere voorziening zijn weliswaar verschillend, maar houden duidelijk verband met elkaar: met het eerste middel wordt aangevoerd dat het Gerecht de motiveringsplicht met betrekking tot het begrip selectiviteit onjuist heeft uitgelegd en toegepast; met het tweede middel wordt aangevoerd dat het Gerecht artikel 107, lid 1, VWEU onjuist heeft uitgelegd en toegepast wat het begrip selectiviteit betreft.

45. De artikelen 107 en 108 VWEU bevatten de regeling inzake staatssteun op het niveau van het primaire recht: in het eerste artikel zijn de algemene criteria vastgesteld op grond waarvan steun al dan niet verenigbaar met de interne markt kan worden geacht, in het tweede de procedure die de Commissie moet volgen bij de beoordeling of steun verenigbaar is met de interne markt. In verordening 2015/1589 is de toepassing van artikel 108 VWEU geregeld, en in het bijzonder, in de artikelen 4 tot en met 9, de procedure die moet worden gevolgd voor de beoordeling van steun: eerste onderzoek (artikel 4), besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure (artikel 6), besluit tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure (artikel 9).

46. In wezen bekritisieren rekwirantes en interveniëntes het bestreden arrest voor zover daarin is geoordeeld dat het besluit van de Commissie geen gebreken vertoont, terwijl het volgens hen ontoereikend is gemotiveerd. In het bijzonder stellen zij dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure ontoereikend is gemotiveerd met betrekking tot de selectiviteit van de vastgestelde maatregel, aangezien de vergelijkbaarheid van de situaties van de begunstigden van de stimuleringsmaatregel met die van de andere ondernemingen niet is geanalyseerd. Subsidiair wordt met het tweede middel in hogere voorziening tegen het bestreden arrest opgekomen omdat daarin is geoordeeld dat de litigieuze maatregel terecht als met de interne markt onverenigbare steun is gekwalificeerd (omdat bij die kwalificatie geen kennelijke beoordelingsfout is gemaakt).

47. In de onderhavige zaak staat, kort gezegd, de rechtsvraag centraal wat de omvang is van de motiveringsplicht van de Commissie binnen het bestek van het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure en, subsidiair en als gevolg daarvan, of de litigieuze maatregel terecht als met de interne markt onverenigbare steun is gekwalificeerd. Om te beoordelen of het Gerecht in het bestreden arrest blijkt heeft gegeven van de door rekwirantes en interveniëntes aangevoerde onjuiste rechtsopvattingen, zullen de volgende punten worden onderzocht: a) de toepassing van de algemene beginselen inzake motivering op het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure; b) de verschillen qua functie en inhoud tussen het inleidingsbesluit en het besluit tot beëindiging van de procedure, met name wat betreft de vereisten van de voorlopige aard en beknoptheid die het inleidingsbesluit kenmerken; c) de noodzaak om in dat inleidingsbesluit de vergelijkbaarheid van de situatie van de begunstigden van de stimuleringsmaatregel en die van de andere ondernemingen te analyseren, en d) de verdeling van de bewijslast over de Commissie en de partijen die tegen het besluit zijn opgekomen.

48. In wezen moet worden beoordeeld of het Gerecht bij de toetsing ten gronde van het besluit van de Commissie tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure de algemene beginselen inzake motivering van besluiten van de Unie-instellingen, en in het bijzonder enkele beginselen die op het gebied van staatssteun zijn ontwikkeld, correct heeft toegepast, of het Gerecht deze beginselen daarbij correct heeft toegepast op een besluit als in casu aan de orde is, waarin de Commissie bij de (zij het voorlopige) beoordeling van de selectiviteit van een maatregel geen

analyse heeft verricht van de vergelijkbaarheid van de situatie van de begunstigen van de stimuleringsmaatregel en die van de andere ondernemingen, en of de betrokken partijen daardoor in concreto hun recht van verdediging hebben kunnen uitoefenen overeenkomstig de regels inzake verdeling van de bewijslast.

B. Eerste middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht

1. Standpunten van partijen

49. Met hun eerste middel voeren rekwirantes aan dat de toepassing van de motiveringsplicht met betrekking tot het selectiviteitscriterium door het Gerecht onjuist is uitgelegd.

50. Intervenientes betogen dat het eerste middel gegrond is en voeren daartoe argumenten aan die te vergelijken zijn met die van rekwirantes.

51. Rekwirantes betogen dat overweging 28 van het litigieuze besluit niet volstaat als motivering voor de vaststelling dat de bestreden maatregel een selectief karakter heeft, temeer daar het inleidingsbesluit belangrijke rechtsgevolgen kan hebben, zoals opschorting of terugvordering van de uit hoofde daarvan betaalde bedragen.

52. Generaciones Eléctricas Andalucía voegt daaraan toe dat dit besluit niet alleen tot gevolg heeft dat de steunbetalingen worden opgeschort, maar ook de nationale rechterlijke instanties de bevoegdheid verleent om alle noodzakelijke maatregelen te nemen om degenen die de verplichting tot opschorting van de uitvoering van de maatregel niet nakomen, ter verantwoording te roepen (arrest van 21 november 2013, Deutsche Lufthansa, C-284/12, EU:C:2013:755).

53. Daarnaast betogen zowel rekwirantes als intervenientes dat het litigieuze besluit, ook al is het louter een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, een analyse van de vergelijkbaarheid van de betrokken ondernemingen moet bevatten en overeenkomstig artikel 296 VWEU moet verduidelijken om welke reden in de toepasselijke wetgeving een onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende technologieën en waarom kolengestookte elektriciteitscentrales zich in een situatie bevinden die feitelijk en juridisch vergelijkbaar is met die van elektriciteitscentrales die van andere technologieën gebruikmaken.

54. Zij stellen dat het Gerecht in de punten 64 en 65 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de op de arresten van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), en 20 december 2017, Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), gebaseerde argumenten af te wijzen.

55. Voorts heeft het Gerecht in punt 66 van het bestreden arrest de beginselen van de arresten van 10 maart 2016, HeidelbergCement/Commissie (C-247/14 P, EU:C:2016:149), en 21 juli 2011, Alcoa Trasformazioni/Commissie (C-194/09 P, EU:C:2011:497), onjuist uitgelegd en toegepast.

56. De selectiviteit van een maatregel moet dus grondig en goed gedocumenteerd worden beoordeeld op grond van vaste rechtspraak. Deze beoordeling moet voldoende gedetailleerd zijn om een volledige rechterlijke toetsing mogelijk te maken, met name wat betreft de beoordeling of de situatie van degenen die voor de maatregel in aanmerking komen vergelijkbaar is met die van

degenen die daarvoor niet in aanmerking komen. Die beoordelingen moeten namelijk „voldoende worden gemotiveerd” met het oog op een volledige rechterlijke toetsing (arrest van 21 december 2016, Commissie/World Duty Free Group SA e.a., C-20/15 P en C-21/15 P, EU:C:2016:981).

57. Volgens rekwirantes heeft het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het door de invoering van een voorafgaande vergelijkbaarheidsanalyse tijdens de formele onderzoeksprocedure lastig zou worden om een onderscheid te maken tussen het inleidingsbesluit en het besluit waarmee de procedure wordt afgesloten.

58. Generaciones Eléctricas Andalucía voert daarnaast aan dat het Gerecht ook de aard van de bevoegdheid van de Commissie om te besluiten een formele onderzoeksprocedure in te leiden, onjuist heeft opgevat, en stelt dat dit geen discretionaire maar een gebonden bevoegdheid is.

59. Daaraan voegt zij toe dat „louter een aanwijzing” niet volstaat binnen de context van artikel 6 van verordening 2015/1589, dat de Commissie verplicht tot een objectieve analyse van de potentiële staatssteun. De Commissie moet aantonen dat een maatregel als staatssteun kan worden aangemerkt voordat zij de formele onderzoeksprocedure inleidt.

60. De Commissie had zich dus moeten beroepen op de moeilijkheden die het noodzakelijk maken een diepgaander onderzoek in te stellen.

61. Volgens EDP España heeft het Gerecht in punt 73 van het bestreden arrest erkend dat de Commissie met betrekking tot de selectiviteit van de betrokken maatregel een „summierere” redenering heeft gevolgd. In punt 66 van dat arrest heeft het evenwel getracht dit „summierere” karakter te corrigeren door te oordelen dat de betrokken maatregel was vastgesteld „*in een context die verzoekster welbekend was, gelet op de aard van haar activiteiten*” en dat zij bovendien „*zoals blijkt uit het verzoekschrift*” bekend was met alle toepasselijke bepalingen.

62. Tot slot heeft het Gerecht in de punten 68 tot en met 73 van het bestreden arrest ten onrechte getracht dit motiveringsgebrek te verhelpen door een schijn van motivering te reconstrueren aan de hand van de verschillende punten van het besluit.

63. Het Gerecht heeft bijgevolg ten onrechte geoordeeld dat de Commissie haar motiveringsplicht was nagekomen.

64. De Commissie betoogt dat het eerste middel ongegrond moet worden verklaard. Volgens haar heeft het Gerecht de motiveringsplicht correct geanalyseerd in het bestreden arrest.

65. De Commissie voert aan dat het Gerecht in de punten 63 en 64 van het bestreden arrest geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de argumenten van rekwirantes en interveniëntes niet ter zake doen. De beslissing van het Gerecht vindt steun in het arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971), waarin het Hof niet is ingegaan op de motiveringplicht maar zich heeft toegespitst op de grond van de zaak. In het arrest van 20 december 2017, Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), heeft het Hof geoordeeld dat de motiveringsplicht niet was nagekomen wegens de selectiviteit van de maatregel die op slechts één

enkele bedrijfstak werd toegepast. In de onderhavige zaak bevatte het litigieuze besluit echter een voorlopige analyse en had de Commissie niet vastgesteld dat de maatregel aan één specifieke bedrijfstak ten goede kwam.

66. In antwoord op de stelling van rekwirantes dat een vergelijkbaarheidsanalyse ontbreekt, verwijst de Commissie naar artikel 6, lid 1, van verordening 2015/1589, dat bepaalt dat het besluit een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten en een eerste beoordeling moet bevatten. Indien het besluit voldoet aan de in de punten 73 en 76 van het bestreden arrest genoemde criteria, volstaat het enkele feit dat de analyse beknopt is, derhalve niet om te kunnen spreken van niet-nakoming van de motiveringsplicht.

67. Volgens de Commissie heeft het Gerecht terecht vastgesteld dat rekwirantes hebben begrepen om welke redenen de litigieuze maatregel als selectief werd aangemerkt, zoals is vermeld in punt 75 van het bestreden arrest.

68. Zij betoogt dat de rechtsgevolgen van de inleiding van de formele onderzoeksprocedure in casu hypothetisch zijn en zich niet verzetten tegen een eerste beknopte en voorlopige motivering in de zin van artikel 6, lid 1, van verordening nr. 2015/1589.

69. Het Gerecht heeft ter ondersteuning van zijn analyse van het litigieuze besluit verwezen naar andere elementen in de motivering daarvan. Het Hof heeft ook erkend dat voor besluiten van de Commissie geen specifieke structuur vereist is en dat de inhoud van het litigieuze besluit in zijn geheel moet worden onderzocht bij de beoordeling of de motiveringsplicht is nagekomen (arrest van 25 juli 2018, Commissie/Spanje e.a., C-128/16 P, EU:C:2018:591, punt 93).

2. *Beoordeling*

70. Met hun eerste middel in hogere voorziening stellen rekwirantes dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toetsing van de motivering van het litigieuze besluit wat betreft het selectieve karakter van de litigieuze maatregel.

71. De vraag die in het eerste middel in hogere voorziening aan de orde is, heeft betrekking op het feit dat het Gerecht in het bestreden arrest in wezen heeft verklaard dat een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure kan worden beperkt tot een samenvatting van de relevante feiten en rechtspunten en een eerste beoordeling bevat die in de procedure zelf nader zal worden onderzocht.

72. Deze verklaringen zijn correct en kunnen worden aanvaard. Het Gerecht, dat waarschijnlijk uitgaat van een radicaal verschil qua functie en inhoud (ook vanuit het oogpunt van de motivering) tussen het besluit tot inleiding en het besluit tot beëindiging van de procedure, trekt uit deze premissen evenwel een aantal consequenties die mijns inziens onjuist zijn en ertoe leiden dat de redenering in juridische en logische zin mank gaat.

73. Het Gerecht heeft namelijk verklaard dat bepaalde arresten van het Hof niet op de onderhavige zaak van toepassing zijn omdat zij betrekking hebben op een besluit tot beëindiging van de procedure¹² of op situaties waarin het specifieke aspect van de motiveringsplicht niet is onderzocht¹³; dat de motivering van het besluit van de Commissie, ondanks de beknoptheid

¹² Arrest van 20 december 2017, Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie (C-70/16 P, EU:C:2017:1002).

¹³ Arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971).

ervan, toereikend is omdat de partijen de aan dat besluit ten grondslag liggende redenen konden begrijpen, zoals uit later gevoerd verweer is gebleken, en omdat het besluit is vastgesteld in een context waarmee de partijen goed bekend waren; dat het voorbarig is om de analyse van de vergelijkbaarheid van de verschillende ondernemingen, met het oog op de vaststelling of de maatregel selectief is, in een inleidingsbesluit te verrichten, omdat daarmee zou worden vooruitgelopen op de conclusies die aan het einde van de procedure worden getrokken.

74. Volgens vaste rechtspraak moet de door artikel 296 VWEU vereiste motivering zijn aangepast aan de aard van de betrokken handeling en de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen. De motiveringsplicht moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een verklaring kunnen hebben. Het is niet vereist dat alle gegevens feitelijk en rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 296 VWEU voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de tekst ervan, doch ook op de context waarin de handeling is genomen, en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arrest van 10 maart 2016, HeidelbergCement/Commissie, C-247/14 P, EU:C:2016:149, punt 16).

75. Wanneer dit beginsel wordt toegepast op besluiten van de Commissie op het gebied van staatssteun, moet worden opgemerkt dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure geen maatregel is waarvoor een bijzonder lichte of oppervlakkige motiveringsplicht geldt.

76. Uit een zorgvuldige lezing van de artikelen 4, 6 en 7 van verordening 2015/1589 kan namelijk worden opgemaakt dat aan het besluit tot inleiding van de procedure in temporele en logische zin een eerste onderzoek moet voorafgaan: dit houdt in dat de Commissie samen met de betrokken staat een vooronderzoek uitvoert, waarbij de elementen reeds worden geanalyseerd op grond waarvan een bepaalde maatregel als steun zou kunnen worden aangemerkt, en de, zij het voorlopige, conclusie kan worden getrokken dat er twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de onderzochte maatregel met de interne markt. Indien dat niet het geval is, sluit de Commissie de procedure af met een besluit om geen bezwaar te maken.

77. Het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure is dus geen eerste handeling die wordt gevolgd door een analyse van alle elementen op grond waarvan een bepaalde maatregel al dan niet als verboden steun kan worden aangemerkt, maar een opvolgende handeling waarmee de Commissie, na reeds een eerste onderzoek te hebben uitgevoerd – voorlopig – heeft „geconcludeerd” dat er twijfel bestaat over de verenigbaarheid van de maatregel met de interne markt. De procedure die volgt op het inleidingsbesluit, dient om alle belanghebbenden in staat te stellen hun rechten van verdediging uit te oefenen door argumenten aan te voeren tegen de rechtsopvattingen op grond waarvan de Commissie (zij het voorlopig) van mening is dat een bepaalde maatregel als onverenigbaar met de interne markt moet worden beschouwd.

78. Hieruit volgt dat de Commissie, juist gelet op alle omstandigheden van de zaak, reeds in het inleidingsbesluit alle argumenten en rechtsopvattingen moet uiteenzetten op grond waarvan de maatregel volgens haar onverenigbaar is met de interne markt, aangezien zij haar analyse niet tot een later tijdstip kan uitstellen.

79. De voorlopige aard van de beoordeling mag niet met oppervlakkigheid worden verward en mag evenmin ertoe leiden dat analyses, toetsingen en vergelijkingen die bij de inleiding reeds mogelijk waren, achterwege worden gelaten.

80. Alleen als het in bepaalde technisch complexe gevallen onmogelijk is om een bepaalde analyse uit te voeren waarvoor feitelijke gegevens nodig zijn die alleen kunnen worden verkregen in het kader van de procedure die op de inleiding daarvan volgt, kan de Commissie, met opgaaf van redenen, de analyse, toetsing of beoordeling uitstellen tot het moment waarop het definitieve besluit wordt gegeven.

81. Daarom bezit het inleidingsbesluit reeds een eigen relevantie en kan het concrete en belangrijke gevolgen hebben voor de economische belangen van de partijen, zoals rekwirantes en interveniënten herhaaldelijk hebben betoogd. Wanneer de formele onderzoeksprocedure inzake staatssteun wordt ingeleid, moeten de betalingen van de vermeende steun worden opgeschort en is de nationale rechter bevoegd om de noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde consequenties te verbinden aan de niet-nakoming van de verplichting tot opschorting van de betwiste maatregel.¹⁴

82. Om dezelfde redenen moet zorgvuldig worden onderzocht of de in de rechtspraak inzake steun ontwikkelde beginselen van toepassing zijn, aangezien enkele beginselen die zijn geformuleerd in zaken waarin besluiten tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure zijn geanalyseerd, niet buiten beschouwing mogen worden gelaten omdat zij niet ter zake dienend zouden worden geacht.

83. Het besluit tot inleiding en het besluit tot beëindiging van de procedure bedoeld in de artikelen 6 en 9 van verordening 2015/1589 zijn zonder meer verschillende besluiten en zij vervullen verschillende functies. Om de bovenstaande redenen kunnen de door het Hof geformuleerde beginselen evenwel niet buiten beschouwing worden gelaten louter omdat zij betrekking hebben op de afsluiting van de procedure.

84. De procedure dient na de inleiding daarvan namelijk om de partijen de mogelijkheid te bieden de Commissie ervan te overtuigen af te stappen van haar aanvankelijke standpunt bij de inleiding van de procedure dat een bepaalde maatregel met de interne markt onverenigbare steun vormt.

85. In het arrest Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie heeft het Hof geoordeeld dat de motiveringsplicht niet was nagekomen met betrekking tot het selectiviteitsbeginsel, door erop te wijzen dat een maatregel die slechts ten goede komt aan één enkele bedrijfstak of slechts enkele ondernemingen binnen deze bedrijfstak niet noodzakelijkerwijs selectief is, en dat dit enkel het geval is indien deze maatregel, in het kader van een welbepaalde rechtsregeling, tot gevolg heeft dat bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld ten opzichte van andere ondernemingen die tot een andere of dezelfde bedrijfstak behoren en die zich uit het oogpunt van de doelstelling van die regeling in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden.¹⁵

¹⁴ Zie de beschikking van 13 november 2019 waarbij het Hof het verzoek tot interventie van EDP España heeft toegewezen omdat zij had aangetoond een rechtstreeks en actueel belang bij het geding te hebben.

¹⁵ Arrest van 20 december 2017 (C-70/16 P, EU:C:2017:1002), punt 61.

86. Hoewel het arrest Comunidad Autónoma de Galicia en Retegal/Commissie betrekking heeft op een besluit van de Commissie dat aan het einde van de formele procedure was vastgesteld, moet erop worden gewezen dat het Hof zich baseert op beginselen die zijn ontleend aan het arrest Commissie/Hansestadt Lübeck¹⁶, dat betrekking had op een besluit tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure.

87. Hieruit volgt ook dat de Commissie een vergelijkbaarheidsanalyse tussen de verschillende ondernemingen in de bedrijfstak had kunnen en moeten uitvoeren. Het Gerecht heeft derhalve ten onrechte geoordeeld dat „het hoe dan ook voorschrijven dat in de fase van het eerste onderzoek in een besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure een motivering wordt gegeven met betrekking tot de vergelijkbaarheid van situaties, [...] voorbarig [zou] kunnen zijn en daarmee zou worden vooruitgelopen op de conclusies die aan het einde van die procedure zullen worden getrokken”; met het gestelde risico dat „de grens tussen het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure en het besluit tot beëindiging van die procedure vervaagt”.¹⁷

88. Naar mijn mening dient de Commissie ook in de fase van inleiding van de formele onderzoeksprocedure aan te geven om welke redenen het feit dat een maatregel slechts aan bepaalde ondernemingen in een bedrijfstak ten goede komt, a priori als selectief kan worden beschouwd, en mag zij in dit verband ook niet nalaten om vooraf te onderzoeken of de ondernemingen die voor de maatregel in aanmerking komen, vergelijkbaar zijn met de ondernemingen die in dezelfde bedrijfstak actief zijn en daar niet voor in aanmerking komen.

89. Wat voorts de verklaring van het Gerecht betreft dat partijen zich terdege bewust waren van de context en zich ook hebben verdedigd met betrekking tot de vergelijking met andere ondernemingen, ben ik van mening dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting die een negatieve invloed heeft op de verdeling van de bewijslast en ook het tweede middel in hogere voorziening raakt.¹⁸

90. In het inleidingsbesluit moet de Commissie alle relevante analyses uitvoeren aan de hand waarvan de partijen kunnen proberen om de juridische argumenten te weerleggen op grond waarvan de door de lidstaat genomen maatregel (voorlopig) wordt aangemerkt als staatssteun die onverenigbaar kan zijn met de interne markt.

91. Het zou in strijd zijn met de normale verdeling van de bewijslast om partijen te belasten met de taak om de door de Commissie aangevoerde juridische argumenten indirect of inductief te reconstrueren teneinde deze te weerleggen.

92. De Commissie moest de vergelijkbaarheid van de situaties van de marktdeelnemers dus analyseren en daarbij alle argumenten aanvoeren op grond waarvan er sprake kan zijn van met de interne markt onverenigbare steun, ondanks het voorlopige karakter van de analyse, die in de loop van de formele onderzoeksprocedure kan worden gewijzigd.

¹⁶ Arrest van 21 december 2016 (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 58: „[E]en maatregel die slechts ten goede komt aan een bedrijfstak of een deel van de ondernemingen binnen deze bedrijfstak [is] [...] niet noodzakelijk selectief. [...] [E]en dergelijke maatregel [is] namelijk enkel selectief indien hij in het kader van een welbepaalde rechtsregeling bepaalde ondernemingen bevoordeelt ten opzichte van andere ondernemingen die tot een andere of dezelfde bedrijfstak behoren en die zich uit het oogpunt van de doelstelling van die regeling in een vergelijkbare feitelijke en juridische situatie bevinden.”

¹⁷ Bestreden arrest, punt 74.

¹⁸ Zie infra.

93. In het arrest *Deutsche Post/Commissie*¹⁹, betreffende een besluit houdende uitbreiding van een formele onderzoeksprocedure dat werd geacht ontoereikend te zijn gemotiveerd, werd goed verduidelijkt dat de Commissie haar besluit na afloop van de voorlopige beoordeling van de maatregel moet motiveren indien zij besluit een formele onderzoeksprocedure in te leiden.²⁰

94. Voorts heeft het Gerecht in datzelfde arrest geoordeeld dat „een besluit van de Commissie na afloop van het vooronderzoek een voorlopige beoordeling omtrent de steunverlenende aard van de betrokken overheidsmaatregel moet omvatten”.²¹

95. De vergelijkbaarheidsanalyse kan dus nooit worden overgelaten aan de formele onderzoeksprocedure, aangezien het altijd mogelijk is om ook slechts voorlopige overwegingen te maken.

96. Hoewel de Commissie terecht stelt dat het van essentieel belang is dat de volledige inhoud van een besluit in aanmerking wordt genomen bij de beoordeling van de motivering ervan²², moet erop worden gewezen dat een analyse van de vergelijkbaarheid in het betrokken besluit volledig ontbreekt.

97. In het licht van het bovenstaande ben ik van mening dat het eerste middel in hogere voorziening moet worden aanvaard.

C. Tweede middel: schending van artikel 107, lid 1, VWEU met betrekking tot het selectiviteitscriterium

1. Standpunten van partijen

98. Met hun tweede middel voeren zij schending aan van artikel 107, lid 1, VWEU met betrekking tot het selectiviteitscriterium.

99. Intervenientes betogen dat het tweede middel gegrond is en voeren daarbij soortgelijke argumenten aan als die van rekwirantes.

100. Naturgy Energy Group is het oneens met het Gerecht met betrekking tot punt 82 van het bestreden arrest, door erop te wijzen dat rekwirante had aangevoerd dat de Commissie een kennelijke fout had gemaakt bij de beoordeling van de selectiviteit van de betrokken maatregel.

101. Rekwirantes en intervenientes betogen dat het Gerecht de door de Commissie verrichte analyse van de selectiviteit van de betrokken maatregel grondig had moeten onderzoeken [Naturgy Energy Group verwijst naar het arrest van 22 december 2008, *British Aggregates/Commissie* (C-487/06 P, EU:C:2008:757, punt 111)]. In dit verband verwijzen rekwirantes naar de analyse van het Hof in zijn arrest van 21 december 2016, *Commissie/Hansestadt Lübeck*, (C-524/14 P, EU:C:2016:971), waarin het een onjuiste

¹⁹ Arrest van 10 april 2019, *Deutsche Post/Commissie* (T-388/11, EU:T:2019:237).

²⁰ „[...] [W]il men de in artikel 296, tweede alinea, VWEU neergelegde motiveringsplicht niet uithollen[, moet] een besluit van de Commissie na afloop van het vooronderzoek een voorlopige beoordeling omtrent de steunverlenende aard van de betrokken overheidsmaatregel [...] omvatten, evenals, wanneer de Commissie besluit de formele onderzoeksprocedure in te leiden, een uiteenzetting van de redenen waarom zij twijfelt aan de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt [...].”

²¹ Arrest van 10 april 2019, *Deutsche Post/Commissie* (T-388/11, EU:T:2019:237, punt 72).

²² Arrest van 25 juli 2018, *Commissie/Spanje e.a.* (C-128/16 P, EU:C:2018:591, punt 93).

rechtsopvatting en geen kennelijke beoordelingsfout heeft vastgesteld met betrekking tot de selectiviteit van een maatregel waarover een besluit tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure was genomen.

102. Volgens Naturgy Energy Group heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door investeringen van vóór en na 1998 te vergelijken in plaats van te bepalen of de tiende paragraaf, tweede alinea, van bijlage III bij ITC/2794/2007 een selectieve maatregel vormt. Op grond van deze bepaling kan de overheid aanzienlijke investeringen doen in alle energiecentrales, ongeacht hun technologie.

103. Met betrekking tot de vergelijkbaarheid van de situaties van kolengestookte elektriciteitscentrales en elektriciteitscentrales die geen kolen als voornaamste brandstof gebruiken, betogen rekwirantes en interveniëntes dat het Gerecht niet alleen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toetsing of er sprake is van een kennelijke beoordelingsfout, maar ook in de punten 102 tot en met 126 van het bestreden arrest de bewijslast heeft omgekeerd door te oordelen dat rekwirantes hadden moeten aantonen dat elektriciteitscentrales die geen kolen als voornaamste brandstof gebruiken niet worden gediscrimineerd (arrest van 8 september 2011, Commissie/Nederland, C-279/08 P, EU:C:2011:551, punt 62).

104. Het staat aan de Commissie om gevallen van discriminatie vast te stellen, ook al betreft het een voorlopige analyse. Daarbij moeten tevens vergelijkbare gevallen worden vastgesteld als die welke worden genoemd in de punten 121 en 124 van het bestreden arrest, zoals het Gerecht heeft opgemerkt.

105. EDP España benadrukt met name dat het Gerecht heeft erkend dat de analyse of het opportuun is om een formele onderzoeksprocedure in te leiden niet beperkt kan blijven tot het zoeken naar kennelijke beoordelingsfouten, maar verder moet gaan (arrest van 8 september 2021, Achema en Achema Gas Trade/Commissie, T-193/19, niet gepubliceerd, EU:T:2021:558, punten 43 en 44).

106. Indien het Gerecht de wettigheid had getoetst in overeenstemming met de rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie, had het in het bestreden arrest bijgevolg tot dezelfde conclusie moeten komen.

107. Voorts voert Endesa Generación aan dat indien het criterium voor de beoordeling of er sprake is van steun gebaseerd is op een kennelijke beoordelingsfout, het Gerecht had moeten oordelen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt bij de analyse of de litigieuze maatregel al dan niet selectief is. Dit wordt bevestigd door de toelichting in punt 28 van het litigieuze besluit.

108. Zij stelt dat het Gerecht in het bestreden arrest hoe dan ook blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het heeft geoordeeld dat de Commissie in het litigieuze besluit geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door – voorlopig – tot de slotsom te komen dat de litigieuze maatregel selectief was enkel op grond van het feit dat deze maatregel op bepaalde ondernemingen van toepassing was, zonder de door de rechtspraak vereiste vergelijkbaarheidsanalyse uit te voeren om de selectieve aard van de maatregel vast te stellen.

109. Tot slot betoogt Generaciones Eléctricas Andalucía dat het Gerecht zich ten onrechte uitsluitend op het vereiste van een kennelijke beoordelingsfout heeft toegespitst, omdat de inleiding van de formele onderzoeksprocedure aanzienlijke gevolgen heeft. Zij betoogt dat de Commissie niet bevoegd is om te besluiten een formele onderzoeksprocedure in te leiden en daarentegen had moeten bevestigen dat de onderzochte situaties aan het selectiviteitscriterium voldoen.

110. Zij voert nogmaals aan dat het Gerecht in het bestreden arrest de voorlopige aard van de analyse in het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure heeft verward met het bestaan van een discretionaire bevoegdheid van de Commissie.

111. Volgens de Commissie moet het tweede middel ongegrond worden verklaard.

112. Zij betoogt dat de Spaanse wet die gedifferentieerde betalingen aan elektriciteitsproducenten toestaat, niet afdoet aan de selectiviteit van de maatregel. Hoewel energiecentrales die na een bepaalde datum zijn gebouwd een rendement op de investering kunnen genieten, geeft de maatregel hoe dan ook een selectief voordeel van een variabel bedrag (arrest van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie, C-182/03 en C-217/03, EU:C:2006:416, punten 112 en 120). Bovendien komen alleen de in het PNRE-GIC vermelde kolengestookte centrales voor deze maatregel in aanmerking.

113. Volgens haar volgt uit vaste rechtspraak dat de toetsing van de rechtmatigheid van een besluit tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure beperkt blijft tot het onderzoek of geen kennelijke beoordelingsfouten zijn gemaakt (arrest van 21 december 2016, Commissie/Hansestadt Lübeck, C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 78).

114. Voorts voert zij aan dat om aan te tonen dat bij de beoordeling van ingewikkelde feiten een kennelijke fout is gemaakt die de nietigverklaring van het besluit rechtvaardigt, de door rekwirantes aangevoerde bewijzen moeten volstaan om de in dat besluit vervatte beoordelingen van de feiten onwaarschijnlijk te maken, en dat het Gerecht, onverminderd dit waarschijnlijkheidscriterium, zijn eigen beoordeling van de ingewikkelde feiten niet in de plaats kan stellen van die van de instelling die dat besluit heeft vastgesteld (arrest van 15 oktober 2009, Enviro Tech (Europe), C-425/08, EU:C:2009:635, punt 47).

115. Bijgevolg kan volgens de Commissie zelfs niet worden aangevoerd dat het Gerecht bij zijn beoordeling van de selectiviteit blijk van een onjuiste rechtsopvatting heeft gegeven indien geen bewijs is geleverd dat de beoordelingen in het litigieuze besluit onwaarschijnlijk maakt. Deze bewijsplicht is inherent aan elke beoordeling van een kennelijke fout en heeft niets te maken met het feit dat het aan de Commissie staat om, bij een eerste onderzoek, aan te tonen op welke wijze de maatregel selectief is.

116. De beoordeling van het Gerecht in de punten 102 tot en met 126 van het bestreden arrest is volledig in overeenstemming met de noodzakelijke rechtmatigheidstoetsing op basis van de rechtspraak. Het Gerecht heeft de juistheid, de betrouwbaarheid en de samenhang van de aangevoerde bewijselementen gecontroleerd en is daarbij nagegaan of alle relevante feiten in aanmerking zijn genomen bij de beoordeling van een complexe toestand (arresten van 22 november 2007, Spanje/Lenzing, C-525/04 P, EU:C:2007:698, punt 57, en 6 november 2008, Nederland/Commissie, C-405/07 P, EU:C:2008:613).

117. De stelling dat het Gerecht niet correct heeft beoordeeld of bijlage III, tiende paragraaf, tweede alinea, van besluit ITC/2794/2007 een selectieve maatregel vormde, is ongegrond. De steun is immers daadwerkelijk verleend bij een later besluit (besluit ITC/3860/2007), zoals is bevestigd in overweging 4 van het litigieuze besluit en het Gerecht heeft erkend in punt 109 van het bestreden arrest.

118. Naturgy Energy Group heeft haar stelling dat de beoordelingen van het Gerecht onjuist zijn, met name in de punten 102 tot en met 105 van het bestreden arrest, niet onderbouwd. De Commissie betoogt dat het Gerecht de nationale wettelijke regeling grondig heeft onderzocht en tot de bevinding is gekomen dat er geen aanwijzingen waren dat de betrokken regeling bedoeld was om alleen grote investeringen die na 1998 zijn verricht, te bevoordelen.

119. Volgens de Commissie zijn de aangevoerde argumenten niet alleen ongegrond, maar ook niet ter zake dienend. De reden daarvoor is dat artikel 107, lid 1, VWEU volgens vaste rechtspraak geen onderscheid maakt naargelang van de redenen of doeleinden van overheidsmaatregelen, maar deze definieert aan de hand van de gevolgen ervan. Het begrip steun is dus een objectief begrip en hangt hoofdzakelijk af van de vraag of een overheidsmaatregel voordeel oplevert voor een of meer ondernemingen. Als eenmaal is vastgesteld dat er sprake is van steun, moet de Commissie onderzoeken of de steun zodanig is gestructureerd dat de positieve gevolgen ervan door het behalen van een doelstelling van algemeen belang opwegen tegen de eventuele negatieve gevolgen ervan voor het handelsverkeer en de mededinging.

120. Aangaande tot slot de vergelijkbaarheid van kolengestookte elektriciteitscentrales met elektriciteitscentrales die geen kolen als brandstof gebruiken, en het argument dat het Gerecht het litigieuze besluit in wezen nietig had moeten verklaren omdat het geen gedetailleerde analyse bevat van de vergelijkbaarheid van deze twee groepen ondernemingen, herinnert de Commissie eraan dat in het litigieuze besluit is uitgelegd dat zij de bestreden maatregel als selectief beschouwt omdat hij alleen ten goede komt aan de kolengestookte elektriciteitscentrales die op de lijst in het PNRE-GIC staan, en niet aan andere kolengestookte elektriciteitscentrales of elektriciteitscentrales die een andere technologie gebruiken. Zij komt tot de slotsom dat het Gerecht in de punten 117 tot en met 126 van het bestreden arrest op basis van de argumenten van rekwirantes en interveniëntes terecht heeft onderzocht of de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt aangezien de situatie van kolengestookte elektriciteitscentrales feitelijk en rechtens niet vergelijkbaar was met die van elektriciteitscentrales die andere soorten technologieën gebruiken, en terecht heeft geoordeeld dat deze conclusie niet in twijfel wordt getrokken door de argumenten van rekwirantes en interveniëntes.

121. De Commissie betoogt dat de bewijslast dus op geen enkel punt is omgekeerd; het Gerecht heeft onderzocht of de beoordeling van de Commissie in het litigieuze besluit gegrond was en of de argumenten van rekwirantes deze beoordeling niet onwaarschijnlijk maakten. Rekwirantes hebben bijgevolg niet aangetoond en zelfs niet aangevoerd dat het Gerecht de feiten waarop het zijn oordeel heeft gebaseerd, onjuist heeft opgevat.

2. *Beoordeling*

122. Het tweede middel wordt subsidiair aangevoerd voor het geval het Hof het eerste middel in hogere voorziening niet aanvaardt. Aangezien ik het Hof in overweging geef om het eerste middel in hogere voorziening toe te wijzen, zal ik over het tweede middel enkel een paar korte opmerkingen maken, ook omdat de twee middelen, zoals gezegd, nauw met elkaar samenhangen.

123. Met hun tweede middel stellen rekwirantes namelijk dat het Gerecht bij de toetsing van de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de selectiviteit van de betrokken maatregel.

124. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de toetsing van de rechtmatigheid van een besluit van de Commissie tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure waarin een maatregel als „staatssteun” is aangemerkt, is beperkt tot het onderzoek of de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt.²³ De Commissie moet de formele onderzoeksprocedure inleiden als zij niet kan vaststellen dat de aangemelde maatregel verenigbaar is met de interne markt of als zij twijfelt of de maatregel kan worden aangemerkt als steun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.²⁴

125. In hetzelfde arrest heeft het Hof geoordeeld dat wanneer een lidstaat tijdens het eerste onderzoek van de Commissie betoogt dat zijn maatregelen niet als steun kunnen worden aangemerkt, de Commissie deze kwestie grondig moet onderzoeken op basis van de door de staat verstrekte informatie, ook al resulteert dit onderzoek in een niet-definitieve beoordeling. Bovendien moet het besluit om de procedure tegen deze maatregel voort te zetten, nietig worden verklaard indien uit de bij de inleiding van de procedure beschikbare informatie duidelijk blijkt dat de maatregel niet als nieuwe steun kan worden aangemerkt.²⁵

126. In de tweede plaats heeft het Gerecht in punt 99 van het bestreden arrest verklaard dat het niet aan het Gerecht staat om definitief uitspraak te doen over de vraag of de litigieuze maatregel kennelijk selectief is.²⁶ Volgens Hof moet namelijk worden voorkomen dat een definitieve beoordeling wordt gegeven over vragen waarover de Commissie zich slechts voorlopig heeft uitgesproken.²⁷

127. Op basis van deze rechtspraak heeft het Gerecht het middel betreffende een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de kwalificatie van de litigieuze maatregel als steun afgewezen op grond dat rekwirantes en interveniëntes niet kunnen aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

128. Het kritieke punt van deze redenering ligt in het meermaals genoemde verband tussen de twee middelen in hogere voorziening: volgens het Gerecht heeft de Commissie met betrekking tot het inleidingsbesluit in wezen een vrij beperkte motiveringsplicht die zich beperkt tot het geven van een beknopte reconstructie van de feiten en de rechtspunten, met de mogelijkheid om een verdere diepgaande analyse uit te stellen tot de procedure na de inleiding, met inbegrip van de analyse van de vergelijkbaarheid van de ondernemingen die voor de maatregel in aanmerking komen met die welke in dezelfde sector actief zijn en daarvoor niet in aanmerking komen.

129. Wat vervolgens de uitbreiding van het onderzoek door het Gerecht betreft en de daaraan verbonden bewijslast voor de betrokken partijen om aan de stellingen van de Commissie tegengestelde argumenten aan te voeren (in de zin dat zij niet voldoende argumenten heeft aangevoerd om de betrokken maatregel als een met de interne markt onverenigbare

²³ Arresten van 21 juli 2011, *Alcoa Trasformazioni/Commissie* (C-194/09 P, EU:C:2011:497, punt 61), en 21 december 2016, *Commissie/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 78).

²⁴ Arrest van 16 maart 2021, *Commissie/Polen* (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punt 50).

²⁵ Arrest van 16 maart 2021, *Commissie/Polen* (C-562/19, EU:C:2021:201, punt 53).

²⁶ Zie in die zin arrest van 21 december 2016, *Commissie/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punt 73).

²⁷ Zie in die zin arresten van 23 oktober 2002, *Diputación Foral de Guipúzcoa/Comisión* (T-269/99, T-271/99 en T-272/99, EU:T:2002:258, punt 48), en 25 maart 2009, *Alcoa Trasformazioni/Commissie* (T-332/06, niet gepubliceerd, EU:T:2009:79, punt 61).

steunmaatregel te kunnen aanmerken), zouden de partijen een kennelijke beoordelingsfout moeten aantonen door de onvolledige (want in de loop van de procedure aan te vullen) argumenten van de Commissie naar behoren met argumenten en bewijzen te weerleggen.

130. Een dergelijke redenering verstoort de juiste verdeling van de bewijslast.

131. De Commissie is verplicht om samen met de lidstaat een eerste onderzoek uit te voeren dat het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure rechtvaardigt, omdat de litigieuze maatregel volgens haar op basis van de bekende elementen als steun moet worden aangemerkt en er twijfel bestaat over de verenigbaarheid ervan met de interne markt.

132. Het inleidingsbesluit moet een voorlopige, maar volledige analyse bevatten op basis van de bekende gegevens en elementen, zodat de partijen kennis kunnen nemen van alle juridische redenen op grond waarvan de maatregel als met de interne markt onverenigbare steun wordt aangemerkt. Dit is een voorlopige (maar, nogmaals, geen onvolledige) beoordeling van de Commissie omdat zij in de loop van de procedure kan worden gewijzigd op grond van door belanghebbenden aangevoerde argumenten.

133. De rechten van de verdediging van de partijen worden evenwel ten volle geëerbiedigd indien zij reeds bij de vaststelling van het inleidingsbesluit in staat worden gesteld om kennis te nemen van alle elementen en juridische argumenten waarop de Commissie haar kwalificatie, zij het voorlopig, heeft gebaseerd. Alleen als bepaalde beoordelingen of toetsingen vanwege de bijzondere technische complexiteit nadere elementen vereisen die de Commissie alleen kan onderzoeken na tussenkomst van andere belanghebbenden dan de lidstaat (met wie de Commissie reeds tijdens het eerste onderzoek contact heeft gehad), kunnen die beoordelingen worden uitgesteld tot het tijdstip van de procedure, met een specifieke rechtvaardiging daarvoor. Dit geldt ook voor de vergelijkbaarheidsanalyse.

134. Als eenmaal de hierboven beschreven bewijsverplichtingen zijn nagekomen, kan terecht worden gesteld dat het onderzoek van het Gerecht beperkt moet blijven tot het bestaan van een kennelijke beoordelingsfout in de analyse van de Commissie, aangezien de rechter de reeds verrichte complexe en grondige beoordelingen niet ten gronde kan onderzoeken. In het tegengestelde geval, dat wil zeggen, in geval van een ontoereikende en onvolledige motivering, dreigt de beperking van het onderzoek van de rechter tot het bestaan van een kennelijke fout in de analyse van de Commissie de juiste verdeling van bewijslast te verstoren ten nadele van de partijen die belang hebben bij de ondersteuning van het standpunt dat tegengesteld is aan dat van de Commissie.

135. Hoewel ik het in casu eens ben met de stellingen van de Commissie over de grenzen van de rechterlijke toetsing, zoals is bevestigd in de meest recente rechtspraak van het Hof²⁸, kan ik aangaande de vraag of de betrokken maatregel als selectief kan worden aangemerkt, op grond van de bovengenoemde motiveringsgebreken niet tot de conclusie komen dat het tweede middel in hogere voorziening, dat immers terecht subsidiair is ten opzichte van het eerste, moet worden afgewezen.

136. Voor het geval het Hof zou oordelen dat het eerste middel in hogere voorziening niet moet worden toegewezen en dat het Gerecht een geldige redenering heeft gevolgd om tot zijn oordeel te komen dat het besluit van de Commissie niet ontoereikend is gemotiveerd, zijn de gegevens in het

²⁸ Arrest van 16 maart 2021, Commissie/Polen (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punten 50 en 52).

dossier, met name het ontbreken van een vergelijkende analyse in het inleidingsbesluit, van dien aard dat het besluit van de Commissie moet worden geacht een kennelijke beoordelingsfout te bevatten.

VI. Conclusie

137. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

- het eerste middel in hogere voorziening toe te wijzen
- het bestreden arrest te vernietigen en het besluit van de Commissie nietig te verklaren.