



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 27 februari 2018¹

Mål C-135/16

**Georgsmarienhütte GmbH,
Stahlwerk Bous GmbH,
Schmiedag GmbH,
Harz Guss Zorge GmbH
mot
Bundesrepublik Deutschland**

(begäran av förhandsavgörande från Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Förvaltningsdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande avseende giltighet – Kommissionens beslut (EU) 2015/1585 av den 25 november 2014 om stödordningen SA.33995 (2013/C) (f.d. 2013/NN) – Tyskt statligt stöd för el från förnybara energikällor – Begränsning av EEG-tilläggsavgift till förmån för energiintensiva användarföretag – Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning – Tillämpning av domen TWD – Begreppet statligt stöd – Fördel – Selektivt stöd – Överföring av statliga medel – Finansiella flöden mellan privata aktörer som kontrolleras av offentliga myndigheter”

1. Genom den tyska lagstiftningen i kraft sedan den 1 januari 2012 infördes en mekanism för främjandet av elektricitet från förnybara energikällor (nedan kallad ”EEG-elektricitet”). Konkret infördes ett system med stöd till producenterna av denna typ av energi, vilka genom reglerade taxor och marknadsincitament garanterades kunna ta ut ett högre pris än priset på den elektricitet som såldes på marknaden.
2. För att finansiera denna stödordning antogs en tilläggsavgift (nedan kallad EEG-tilläggsavgift) som i praktiken skulle betalas av slutkonsumenterna. Järnvägsföretagen och företag som konsumerar stora mängder elektricitet (nedan kallade energislukande företag)² hade i princip en skyldighet att erlagga EEG-tilläggsavgift. Den tyska lagstiftaren valde emellertid att sänka sitt bidrag som en åtgärd för att bidra till att minska dess kostnader och, således, bibehålla dess konkurrenskraft.
3. Den 25 november 2014 angav Europeiska kommissionen att nedsättningen av EEG-tilläggsavgiften, vilken tillämpades på dessa företag, var ett statligt stöd som endast var förenligt med den inre marknaden om det uppfyllde vissa villkor, angivna i artikel 3 i kommissionens beslut (EU) 2015/1585 om stödordningen SA.33995 (2013/C) (f.d. 2013/NN) som Tyskland har genomfört till stöd för el från förnybara energikällor och energiintensiva användare.³

1 Originalspråk: spanska.

2 Jag använde denna nybildning, hämtad från den italienska terminologin, i mitt förslag till avgörande i målet IRCCS – Fondazione Santa Lucia (C-189/15, EU:C:2016:287). Även om den italienska ordning som var föremål för den i målet aktuella begäran om förhandsavgörande hade liknande egenskaper i förhållande till denna, förekom inte i det fallet problemen avseende dess klassificering som statligt stöd.

3 EUT L 250, 2015, s. 122.

4. Stödet (i form av nedsättning av EEG-avgiften) som inte ansågs vara marknadsmässigt förklarades i beslut 2015/1585 oförenligt med den inre marknaden. Eftersom detta gällde i samband med några företag inom gruppen Georgsmarienhütte GmbH beslutade den tyska myndigheten, i ett tillägg till detta beslut, om återbetalning av respektive belopp.

5. Några av de företag som ålades att återbetala stödbeloppen väckte vid den hänskjutande domstolen talan mot de tyska myndigheternas beslut och gjorde gällande att beslut 2015/1585 skulle ogiltigförklaras. Den tyska regeringen väckte å sin sida talan om ogiltigförklaring (mål T-47/15) av detta beslut vid tribunalen, som ogillade talan i dom av den 10 maj 2016.⁴

6. Den hänskjutande domstolen, som är mottaglig för det argument som anförts av de företag som vid denna har väckt talan mot beslut 2015/1585, har hänskjutit en begäran om förhandsavgörande avseende giltigheten av detta beslut, ett hänskjutande som medför vissa problem såväl ur processrättsligt hänseende som beträffande den materiella frågan.

7. I processrättsligt hänseende ska domstolen uttala sig om hur domen TWD Textilwerke Deggendorf⁵ ska tillämpas på ett mål som detta, där flera företag tenderar att väcka talan vid nationella domstolar om återbetalning av stöd som kommissionen har förklarat rättsstridiga.

8. Domstolen ska i synnerhet klargöra a) huruvida en talan om ogiltigförklaring ska väckas och att en begäran om förhandsavgörande med sådant innehåll inte ska tas upp till sakprövning, eller b) huruvida det, tvärtom, ska ges ett utrymme för företagen att väcka talan vid nationella domstolar, varvid de uppmanas att begära ett förhandsavgörande avseende giltigheten av det beslut i vilket kommissionen förklarat ett statligt stöd olagligt.

9. Beträffande den materiella frågan, är tvisten ytterligare en del i den långa raden av mål angående statligt stöd inom energisektorn. Nedsättningen av EEG-avgifter för vissa energiintensiva användarföretag befinner sig mellan de åtgärder som bedömdes i domen PreussenElektra⁶ och i domen Association Vent De Colère! m.fl.⁷ Domstolen ska i förevarande mål avgöra frågor om den mer eller mindre omfattande statliga kontrollen över privata aktörers medel, som en faktor för definitionen av begreppet statligt stöd.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätten: Beslut 2015/1585

10. I artikel 1 föreskrivs följande:

”Statligt stöd till stöd för produktion av el från förnybara energikällor och gruvgas, inbegripet dess finansieringsmekanism, som beviljas på grundval av Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012 (2012 års EEG-lag), som Tyskland olagligen har genomfört i strid med artikel 108.3 i fördraget, är förenlig[t] med den inre marknaden under förutsättning att de åtaganden som anges i bilaga I genomförs av Tyskland.”

4 Domen Tyskland/kommissionen, T-47/15, EU:T:2016:281. Den tyska regeringen har överklagat denna dom till domstolen, vid vilken målet fortfarande är anhängigt (mål C-405/16 P Tyskland/kommissionen).

5 Dom av den 9 mars 1994, C-188/92 (nedan kallad domen TWD), EU:C:1994:90.

6 Dom av den 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160).

7 Dom av den 19 december 2013, Association Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851).

11. Artikel 3 har följande lydelse:

”1. Det statliga stöd som utgörs av nedsättning av tilläggsavgiften för finansiering av stöd till el från förnybara källor (nedan kallad *EEG-tilläggsavgift*) under åren 2013 och 2014 för energiintensiva användare (Besondere ausgleichsregelung, BesAR), som Tyskland olagligen har genomfört i strid med artikel 108.3 i fördraget, är förenligt med den inre marknaden om det ingår i en av de fyra kategorier som anges i denna punkt.

Om statligt stöd beviljas ett företag som tillhör en sektor som finns förtecknad i bilaga 3 till riktlinjerna för statligt stöd till miljöskydd och energi för 2014–2020 (nedan kallade *2014 års riktlinjer*), är det förenligt med den inre marknaden om företaget betalar minst 15 % av merkostnaderna som elleverantörer ådrar sig till följd av skyldigheten att köpa förnybar energi, som sedan förs över på deras kunder. Om företaget har betalat mindre än 15 % av dessa merkostnader, är det statliga stödet ändå förenligt med den inre marknaden om företaget betalade ett belopp som motsvarar minst 4 % av bruttoförelädlingsvärdet eller, för företag som har en el-intensitet på minst 20 %, minst 0,5 % av bruttoförelädlingsvärdet.

Om statligt stöd beviljas ett företag som inte tillhör en sektor som finns förtecknad i bilaga 3 till 2014-års riktlinjer men som hade en el-intensitet på minst 20 % under 2012 och under det året tillhörde en sektor med en handelsintensitet på minst 4 % på EU-nivå, är det förenligt med den inre marknaden om företaget betalar minst 15 % av merkostnaderna som elleverantörer ådrar sig till följd av skyldigheten att köpa förnybar energi som sedan förs över på elförbrukarna. Om företaget har betalat mindre än 15 % av dessa merkostnader, är det statliga stödet ändå förenligt med den inre marknaden om företaget betalade ett belopp som motsvarar minst 4 % av bruttoförelädlingsvärdet eller, för företag som har en el-intensitet på minst 20 %, minst 0,5 % av bruttoförelädlingsvärdet. Om statligt stöd beviljas ett företag som är berättigat till förenligt statligt stöd på grundval av andra eller tredje stycket, men EEG-tilläggsavgiften som betalas av företaget inte når upp till den nivå som krävs enligt dessa stycken, är följande delar av stödet förenligt med den inre marknaden:

- a) För 2013, den delen av stödet som överskrider 125 % av tilläggsavgiften som företaget faktiskt betalat under 2013.
- b) För 2014, den delen av stödet som överskrider 150 % av tilläggsavgiften som företaget faktiskt betalat under 2013.

Om statligt stöd beviljas ett företag som inte är berättigat till förenligt statligt stöd på grundval av andra eller tredje stycket, och om företaget betalat mindre än 20 % av merkostnaderna för tilläggsavgiften utan nedsättning, är följande delar av stödet förenligt med den inre marknaden:

- a) För 2013, den delen av stödet som överskrider 125 % av tilläggsavgiften som företaget faktiskt betalat under 2013.
- b) För 2014, den delen av stödet som överskrider 150 % av tilläggsavgiften som företaget faktiskt betalat under 2013.

2. Varje stöd som inte omfattas av punkt 1 är oförenligt med den inre marknaden.”

12. I artikel 6.1 anges följande:

”Tyskland ska återkräva det oförenliga stödet som avses i artikel 3.2 från stödmottagarna enligt metoden som beskrivs i bilaga III.”

13. I artikel 7 åläggs Tyskland att omedelbart och effektivt återkräva det oförenliga stödet genom beslut som ska genomföras inom fyra månader från dagen för delgivningen av detta beslut.

B. Nationell rätt: Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien⁸

14. I 40 § föreskrivs följande:

”Efter inkommen ansökan för en förbrukningspunkt begränsar Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle den EEG-tilläggsavgift som kraftföretag överför till slutkonsumenterna, [det vill säga] elintensiva tillverkande företag eller järnvägsföretag, i enlighet med 41 § och 42 §. Denna begränsning genomförs för att sänka företagens elkostnader och därigenom bevara deras internationella och intermodala konkurrenskraft, i den mån detta är förenligt med målen för denna lag och begränsningen är förenlig med el-användarnas intressen som helhet.”

15. Artikel 41 har följande lydelse:”1) Begränsningen för ett tillverkande företag genomförs endast om det kan styrka att det

1. under föregående räkenskapsår

- a) vid en förbrukningspunkt har köpt och självt använt el från ett kraftföretag på minst 1 GWh,
- b) ska bära elkostnader som uppgår till minst 14 procent av företagets bruttoföreläggingsvärde [...],
- c) EEG-tilläggsavgiften har förts vidare till företaget proportionellt och att

2. det har genomförts en certifiering i syfte att fastställa och bedöma energiförbrukningen samt potentialen för minskad energiförbrukning (detta villkor gäller inte för företag med en elförbrukning under 10 GWh).

(2) Att villkoren i punkt 1.1 är uppfyllda ska styrkas genom elleveransavtal och el-fakturor för föregående räkenskapsår samt genom intyg från en godkänd eller auktoriserad revisor eller en revisionsfirma på grundval av årsredovisningen för föregående räkenskapsår. [...] Att villkoren i punkt 1.2 är uppfyllda ska styrkas genom ett intyg från certifieringsorganet.

...

(3) För företag som har köpt el enligt punkt 1.1 a

1. på minst 1 GWh gäller att EEG-tilläggsavgiften för den el som företaget själv har använt vid den aktuella förbrukningspunkten under begränsningsperioden

- a) inte ska begränsas för elförbrukning upp till och med 1 GWh,
- b) begränsas till 10 procent av EEG-tilläggsavgiften fastställd enligt 37 § andra stycket för elförbrukning över 1 GWh och upp till och med 10 GWh,
- c) begränsas till 1 procent av EEG-tilläggsavgiften fastställd enligt 37 § andra stycket för elförbrukning över 10 GWh och upp till och med 100 GWh,
- d) begränsas till 0,05 cent för elförbrukning över 100 GWh eller

⁸ Lag genom vilken infördes en ny reglering på det rättsliga området marknadsföring av el från förnybara källor, av den 28 juli 2011 (BGBl. 2011 I, s. 1634) (nedan kallad 2012 års EEG-lag).

2. EEG-tilläggsavgiften fastställd enligt 37 § andra stycket begränsas till 0,05 cent per kWh om förbrukningen uppgår till minst 100 GWh och om elkostnaderna utgör mer än 20 procent av bruttoföreläggsvärdet.

Detta ska styrkas på motsvarande sätt enligt punkt 2.

- (4) En förbrukningspunkt består av summan av ett företags samtliga geografiskt och fysikaliskt sammanhängande anordningar som finns inom ett avgränsat anläggningsområde och är sammankopplade med nätoperatörens nät via en eller flera leveranspunkter.”

16. I 43 § anges följande:”(1) Ansökan enligt 40 § första stycket jämförd med 41 § eller 42 § inklusive fullständiga ansökningshandlingar ska lämnas in senast den 30 juni det aktuella året (materiell frist för uteslutande). Beslutets effekter ska omfatta den person som inkommer med ansökan, kraftföretaget samt de systemansvariga för överföringsnäten som ansvarar för regelverket. Beslutet gäller fram till och med den 1 januari följande år med en giltighetstid på ett år. Effekterna av ett tidigare beslut ska inte beaktas när elkostnaderna beräknas i förhållande till bruttoföreläggsvärdet enligt 41 § första stycket punkt 1 b och 41 § tredje stycket.

...

- (3) En systemansvarig för överföringsnäten som ansvarar för regelverket vid den aktuella förbrukningspunkten kan göra anspråk på betalning av EEG-tilläggsavgiften gentemot det berörda kraftföretaget inom de ramar som anges i beslutet från Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle, och den systemansvariga för överföringsnäten måste beakta denna begränsning inom ramen för 36 §.”

17. Villkoren för EEG-tilläggsavgiften preciseras särskilt i Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (förordningen om utjämningsmekanismen) av den 17 juli 2009⁹ i ändrad version enligt 2 § i Gesetz zur Änderung des Rechtsrahmens für Strom aus solarer Strahlungsenergie und zu weiteren Änderungen im Recht der erneuerbaren Energien (lag om ändring av den rättsliga ramen för solenergi och om ändring av lagen om förnybar energi) av den 17 augusti 2012¹⁰ samt i Verordnung zur Ausführung der Verordnung zur Weiterentwicklung des bundesweiten Ausgleichsmechanismus (tillämpningsförordning till förordningen om utjämningsmekanismen) av den 22 februari 2010,¹¹ i ändrad version enligt Zweite Verordnung zur Änderung der Ausgleichsmechanismus-Ausführungsverordnung (andra förordningen om ändring av tillämpningsförordning till förordningen om utjämningsmekanismen) av den 19 februari 2013.¹²

II. Målet vid den hänskjutande domstolen, talan vid tribunalen och tolkningsfrågorna

18. Den 18 december 2013 delgav kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland sitt beslut att inleda förfarandet enligt artikel 108.2 FEUF med avseende på åtgärden för stöd för el från förnybara energikällor och nedsättning av EEG-tilläggsavgiften för energiintensiva användare.¹³

9 BGBl. 2009 I, s. 2101.

10 BGBl. 2012 I, s. 1754.

11 BGBl. 2010 I, s. 134.

12 BGBl. 2013 I, s. 310.

13 Statligt stöd – Tyskland – Statligt stöd SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN) – stöd för elektricitet från förnybara energikällor och energiintensiva användare – Uppmaning att inkomma med synpunkter med tillämpning av artikel 108.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUT C 37, 2014, s. 73).

19. Nio företag inom gruppen Georgsmarienhütte lämnade in överklaganden av detta (ursprungliga) beslut till tribunalen.¹⁴

20. Tribunalen angav i besluten av den 9 juni 2015 följande:

- Den avskrev fem av dessa överklaganden,¹⁵ på grund av att de saknade föremål efter det att kommissionen, i beslut 2015/1585, hade angett att de stöd som Tyskland hade beviljat motsvarande företag var förenliga med den inre marknaden.
- Den avskrev även de återstående fyra överklagandena,¹⁶ också på grund av att de saknade föremål, eftersom sökandeföretagen, enligt beslut 2015/1585, hade erhållit delvis olagligt stöd som de skulle återbetala. I dessa fyra domar, fastställde tribunalen att klagandeföretagens yrkande inte kunde tas upp till sakprövning, varvid de uppmanades att utvidga sin respektive talan genom att bestrida lagligheten av beslut 2015/1585. Tribunalen erinrade dessa företag om att de hade en möjlighet att väcka talan om ogiltigförklaring mot beslut 2015/1585, liksom de själva hade anfört för det fall deras yrkanden skulle ogillas.¹⁷

21. Dessa fyra företag inom gruppen Georgsmarienhütte, som ägnar sig åt tillverkning, behandling och förbrukning av stål, överklagade inte tribunalens domar av den 9 juni 2015 till domstolen. De väckte inte heller talan om ogiltigförklaring av beslut 2015/1585 vid tribunalen, till skillnad från de övriga företag som befann sig i samma situation¹⁸ och från den tyska regeringen själv.¹⁹

22. De fyra företagens processuella strategi var att vända sig till de tyska domstolarna för att väcka talan mot administrativa (nationella) rättsakter som, enligt beslut 2015/1585, ålade dem att betala tillbaka det stöd som ansågs olagligt.

23. Under åren 2012 och 2013, hade dessa företag, genom administrativa beslut riktade mot dem, beviljats nedsättning av EEG-tilläggsavgiften, på grund av att de var energiintensiva användare. Dessa beslut återkallades delvis, med retroaktiv verkan, genom andra beslut av den 25 november 2014 (det vill säga samma dag som beslut 2015/1585 antogs), samtidigt som de tyska myndigheterna krävde att företagen skulle återbetala stödet, som kommissionen delvis ansåg vara olagligt.²⁰

14 Beslut av den 9 juni 2015, Stahlwerk Bous/kommissionen (T-172/14, ej publicerat, EU:T:2015:402), WeserWind/kommissionen (T-173/14, ej publicerat, EU:T:2015:416), Dieckerhoff Guss/kommissionen (T-174/14, ej publicerat, EU:T:2015:415), Walter Hundhausen/kommissionen (T-175/14, ej publicerat, EU:T:2015:423), Georgsmarienhütte/kommissionen (T-176/14, ej publicerat, EU:T:2015:414), Harz Guss Zorge/kommissionen (T-177/14, ej publicerat, EU:T:2015:395), Friedrich Wilhelms-Hütte Eisenguss/kommissionen (T-178/14, ej publicerat, EU:T:2015:409), Schmiedewerke Gröditz/kommissionen (T-179/14, ej publicerat, EU:T:2015:401), och Schmiedag/kommissionen (T-183/14, ej publicerat, EU:T:2015:396).

15 Beslut av den 9 juni 2015, WeserWind/kommissionen (T-173/14, ej publicerat, EU:T:2015:416), Dieckerhoff Guss/kommissionen (T-174/14, ej publicerat, EU:T:2015:415), Walter Hundhausen/kommissionen (T-175/14, ej publicerat, EU:T:2015:423), Friedrich Wilhelms-Hütte Eisenguss/kommissionen (T-178/14, ej publicerat, EU:T:2015:409), och Schmiedewerke Gröditz/kommissionen (T-179/14, ej publicerat, EU:T:2015:401),

16 Beslut av den 9 juni 2015, Stahlwerk Bous/kommissionen (T-172/14, ej publicerat, EU:T:2015:402), Georgsmarienhütte/kommissionen (T-176/14, ej publicerat, EU:T:2015:414), Harz Guss Zorge/kommissionen (T-177/14, ej publicerat, EU:T:2015:395), och Schmiedag/kommissionen (T-183/14, ej publicerat, EU:T:2015:396).

17 Beslut av den 9 juni 2015, Georgsmarienhütte/kommissionen (T-176/14, EU:T:2015:414), punkt 24. I de övriga tre besluten finns en punkt med identisk lydelse.

18 Domarna T-103/15, T-108/15, T-109/15, T-294/15, T-319/15, T-605/15, T-737/15, T-738/15 och T-743/15.

19 Dom T-47/15, Tyskland/kommissionen.

20 Trots att den tyska regeringen hade väckt talan mot beslut 2015/1585 vid tribunalen, ansåg BAFA att det hade en skyldighet att verkställa det, eftersom det var tvingande, i enlighet med artikel 288 FEUF, och att ett stöd i strid med unionsrätten skulle återkallas genom ett administrativt beslut, utan att det, i enlighet med artikel 48.2 i den tyska förvaltningsprocesslagen, förelåg berättigade förväntningar för mottagaren.

24. Sökandena i målet vid den hänskjutande domstolen överklagade besluten om delvis återkallande vid Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (federal byrå för ekonomi och exportkontroll) (nedan kallad BAFA). Då de inte fick något uttryckligt svar på deras klagomål, väckte de den 26 mars 2015 talan vid Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Förvaltningsdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland), vilken har ställt följande giltighetsfråga till domstolen:

”Strider Europeiska kommissionens beslut av den 25 november 2014 (kommissionens beslut av den 25 november 2014 om stödordningen SA.33995 (2013/C) (f.d. 2013/NN) som Tyskland genomfört till stöd för el från förnybara energikällor och energiintensiva användare, (C(2014) 8786 final)) mot fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, eftersom kommissionen anser att begränsningen av EEG-tilläggsavgiften ska klassificeras som stöd enligt artikel 107 FEUF?”

25. Skriftliga yttranden har inkommit från företagen i gruppen Georgsmarienhütte, den tyska regeringen och kommissionen, vilka deltog i förhandlingen den 5 december 2017. Målet tilldelades domstolens stora avdelning.

III. Huruvida begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning

26. Kommissionen har gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning av två skäl.

- För det första ska domen TWD tillämpas, enligt vilken möjligheten för ett rättssubjekt att vid en nationell domstol göra gällande en unionsrättsakts ogiltighet förutsätter att vederbörande inte hade rätt, enligt bestämmelsen i artikel 263 FEUF, att väcka talan direkt mot denna rättsakt.
- För det andra ska även domen Adiamix²¹ tillämpas, enligt vilken den hänskjutande domstolen i sin dom ska redogöra för sina tvivel beträffande unionsbestämmelsens giltighet, utan att begränsa sig till att endast upprepa de argument som parterna i målet vid den har anfört.

27. Den tyska regeringen och företagen i Georgsmarienhüttekoncernen har bestritt kommissionens argument och anser tvärtom att begäran om förhandsavgörande ska tas upp till sakprövning.

A. Tillämpning av TWD-undantaget

28. ”TWD-undantaget” begränsar möjligheterna för parterna att uppmana de nationella domstolarna att tillämpa rättspraxis för att ifrågasätta giltigheten av unionsakter. Innan jag prövar målet i sig anser jag att det är nödvändigt att fördjupa analysen av dessa väsentliga karaktärsdrag.

1. Inledande anmärkning

29. I samband med en talan som väcks vid domstolarna i en medlemsstat, får var och en begära att de inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen avseende ”giltigheten av rättsakter som antagits av unionens institutioner, organ eller byråer” när dessa har utgjort grund för de beslut av nationella myndigheter som är föremål för talan.

21 Beslut av den 18 april 2013, Adiamix (C-368/12, ej publicerat, EU:C:2013:257), punkterna 21 och 22.

30. Inledandet av ett förfarande för förhandsavgörande är en möjlighet som uteslutande tillkommer de nationella domstolarna,²² vilka har behörighet att förklara en unionsrättsakt giltig, men inte ogiltig.²³

31. I domen TWD angav domstolen att "[p]å grund av ... rättssäkerhetskrav är det inte heller möjligt för en stödmottagare – som hade kunnat väcka talan mot ett på grundval av artikel 93 i fördraget fattat beslut av kommissionen vars föremål var detta stöd, men som låtit den i detta hänseende i artikel 173 tredje stycket i fördraget föreskrivna tvingande tidsfristen löpa ut – att ifrågasätta lagenligheten av detta beslut vid de nationella domstolarna i samband med en talan som väckts mot de åtgärder som de nationella myndigheterna har vidtagit för att genomföra beslutet".²⁴

32. Redan år 1994 bekräftade domstolen, ännu en gång, giltigheten av domen TWD. Dess senaste bekräftande och dess begränsning gavs i domen A m.fl., som meddelades av stora avdelningen,²⁵ som i huvudsak upprepade domstolens ovannämnda tidigare praxis.

33. Domen TWD markerade sedan en begränsning av möjligheten att bestrida lagligheten av unionsrättsakter som medför rättsliga verkningar, i syfte att säkerställa rättssäkerheten.²⁶ Samma begränsning ska tillämpas på medlemsstaterna.²⁷ På detta sätt utesluts inte möjligheten att väcka talan mot unionsrättsakter, men denna rätt ska utövas på ett korrekt sätt. Den som har en obestriddig rätt att överklaga akterna ska göra det inom den föreskrivna fristen (i princip två månader) och vid det organ som har behörighet att fastställa dess ogiltighet (tribunalen).²⁸

22 Artikel 267 FEUF. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), punkt 39 och där angiven rättspraxis.

23 Dom av den 22 oktober 1987, Foto-Frost (C-314/85, EU:C:1987:452), punkterna 14 och 15. Se även dom av den 10 januari 2006, IATA och ELFAA (C-344/04, EU:C:2006:10), punkterna 27 och 30, samt dom av den 3 oktober 2013, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl./Europaparlamentet och rådet (C-583/11 P, EU:C:2013:625), punkt 95.

24 Dom TWD, punkt 17.

25 Dom av den 14 mars 2017, A m.fl. (C-158/14, EU:C:2017:202), punkt 70, i vilken hänvisas till domen TWD, punkt 18, och dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101). Enligt dess punkt 70 "[kan e]n begäran om förhandsavgörande som rör giltigheten av en unionsakt ... således avvisas endast för det fall den fysiska eller juridiska person som hade kunnat väcka talan om ogiltigförklaring av en unionsakt, trots att det var uppenbart att en sådan talan hade kunnat tas upp till sakprövning, inte har gjort detta inom den utsatta tidsfristen och gör gällande att denna akt är olaglig inom ramen för ett nationellt förfarande för att förmå den nationella domstolen att hänskjuta frågan om nämnda akts giltighet till EU-domstolen för ett förhandsavgörande, och på så sätt kringgå den laga kraft som denna rättsakt erhållit gentemot vederbörande efter utgången av tidsfristen".

26 Domen TWD, punkt 16: "tidsfristerna för väckande av talan skall säkerställa rättssäkerheten genom att hindra ett ifrågasättande under obegränsad tid av gemenskapsåtgärder som medför rättsverkningar". Se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 januari 1997, Wiljo (C-178/95, EU:C:1997:46), punkt 19, och dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), punkt 29.

27 Dom av den 22 oktober 2002, National Farmers' Union (C-241/01, EU:C:2002:604), punkt 36.

28 Dom TWD, punkt 18: "Att i sådana fall tillåta att den berörda personen vid den nationella domstolen kan motsätta sig beslutets genomförande under åberopande av beslutets rättsstridighet, skulle nämligen göra det möjligt för den berörda personen att kringgå den laga kraft som beslutet får gentemot den personen efter utgången av tidsfristen för väckande av talan." Se, för ett liknande resonemang, senare dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), punkt 30, dom av den 27 november 2012, Pringle (C-370/12, EU:C:2012:756), punkt 41, samt dom av den 5 mars 2015, Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), punkterna 28 och 30.

34. Räckvidden av domen TWD är därför begränsad till situationer där det är uppenbart att en enskilds talan om ogiltigförklaring skulle kunna tas upp till sakprövning av tribunalen. Denna omständighet har hittills endast inträffat i sällsynta fall,²⁹ otvivelaktigt på grund av de restriktioner som artikel 263 FEUF³⁰ medför för enskildas³¹ möjligheter att direkt väcka talan om ogiltigförklaring vid tribunalen. När det inte är uppenbart att den talan som sökandena väckt skulle ha kunnat tas upp till sakprövning, ska tribunalen inte tillämpa TWD-undantaget.³²

35. Det ska även understrykas att domstolen, i domen Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português,³³ underkände återopandet att talan tvärtom skulle kunna kvalificeras som ett TWD-undantag. I det målet hade staten Portugal inte väckt talan vid tribunalen om ogiltigförklaring av beslut 2011/346/EU,³⁴ såsom två privata banker hade gjort (utan framgång)³⁵, men hade senare begärt bekräftelse av domen i förhållande till denna stat, liksom TWD-undantaget, i samband med den tolkningsfråga som ställts inom ramen för målet vid den nationella domstolen.³⁶

36. TWD-undantaget medför ingen skyldighet för de nationella domstolarna att, vid någon tidpunkt, begära förhandsavgörande ex officio eller på parternas begäran (då det inte är uppenbart att dessa har en direkt behörighet att väcka talan om ogiltigförklaring), avseende dess tvivel beträffande giltigheten av en unionsrättsakt.³⁷ Undantagets logik begränsar sig till att undvika missbruk av de rättsmedel som unionsrätten ställer till parternas förfogande.

29 Dom TWD, punkterna 17–25, dom av den 30 januari 1997, Wiljo (C-178/95, EU:C:1997:46), punkterna 15–25, och dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), punkterna 29–40.

30 Lydelsen i artikel 263 fjärde stycket hade, till följd av Lissabonfördraget, till syfte att förstärka fysiska och juridiska personers rättsliga skydd mot unionsakter, genom att utvidga villkoren för upptagande till sakprövning av talan om ogiltigförklaring av rättsakter som direkt påverkar enskilda och som inte omfattar genomförandeåtgärder. Domstolen fann emellertid att denna utvidgning av villkoren för upptagande till sakprövning inte ledde till att TWD-undantaget undanröjdes. Se ovan, för ett liknande resonemang, dom av den 9 juni 2011, "Venezia vuole vivere" m.fl./kommissionen (C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, EU:C:2011:368), samt dom av den 14 mars 2017, A m.fl. (C-158/14, EU:C:2017:202), i vilken punkt 69 har följande lydelse: "Denna utvidgning av villkoren för att en talan om ogiltigförklaring ska kunna upptas till sakprövning innebär emellertid inte att det är omöjligt att vid nationell domstol ifrågasätta giltigheten av en unionsakt när det inte är uppenbart att den talan om ogiltigförklaring som en av parterna i målet vid tribunalen skulle ha kunnat väcka vid denna domstol hade kunnat tas upp till sakprövning".

31 Dessa restriktioner föreligger inte när sökanden är en medlemsstat, som alltid åtnjuter rätt att väcka talan om ogiltigförklaring.

32 Se, särskilt, dom av den 23 februari 2006, Atzeni m.fl. (C-346/03 och C-529/03, EU:C:2006:130), punkterna 30–34, dom av den 8 mars 2007, Roquette Frères (C-441/05, EU:C:2007:150), punkterna 35–48, dom av den 29 juni 2010, E och F (C-550/09, EU:C:2010:382), punkterna 37–52, dom av den 18 september 2014, Valimar (C-374/12, EU:C:2014:2231), punkterna 24–38, dom av den 5 mars 2015, Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), punkterna 27–32, dom av den 28 april 2016, Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311), punkt 57, och dom av den 14 mars 2017, A m.fl. (C-158/14, EU:C:2017:202), punkterna 71–75.

33 I dom av den 5 mars 2015, Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português (C-667/13, EU:C:2015:151), anges i punkt 30 att TWD-undantaget "endast [är] tillämpligt i förhållande till en part som vid en nationell domstol gör gällande att en unionsrättsakt är olaglig trots att parten – utan tvivel – hade kunnat väcka en talan om ogiltigförklaring av denna rättsakt enligt artikel 263 FEUF, men underlåtit att göra det inom föreskriven frist. Den omständigheten att den portugisiska staten, som inte ifrågasatt lagligheten av beslut 2011/346 vid den nationella domstolen, inte väckt talan om ogiltigförklaring av beslutet vid tribunalen saknar följaktligen betydelse för frågan huruvida frågorna rörande giltigheten av beslutet kan tas upp till sakprövning".

34 Kommissionens beslut av den 20 juli 2010 om det statliga stöd C 33/09 (f.d. NN 57/09, CP 191/09) som Portugal har genomfört i form av en statlig garanti till BPP (EUT L 159, 2011, s. 95).

35 Dom av den 12 december 2014, Banco Privado Português och Massa Insolvente do Banco Privado Português (T-487/11, EU:T:2014:1077).

36 Målet gällde inskrivningen av staten Portugals fordran i BBP:s likvidationsbalansräkning, med ett belopp på 24 462.921,24 euro, jämte ränta, som motsvarade återbetalning av det påstått olagliga stöd som beviljats BPP, till vilket företag staten hade beviljat ett lån på 450 miljoner euro.

37 Detta slog domstolen fast i dom av den 10 januari 2006, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (C-222/04, EU:C:2006:8), punkterna 72 och 74, genom att ange att begäran om förhandsavgörande hade framställts av den nationella domstolen på eget initiativ och inte på initiativ av någon av parterna i målet vid den hänskjutande domstolen med möjlighet att väcka talan om ogiltigförklaring av det aktuella beslutet, men utan att ha gjort det. Generaladvokaten Jacobs angav i sitt förslag till avgörande (C-222/04, EU:C:2005:655), punkt 63, att "[d]ärmed föreligger inte i förevarande mål det potentiella rättegångsmissbruket av en part som borde ha ifrågasatt beslutet direkt vid domstolen, men som inte gjorde det, vilket jag anser utgör kärnan i TWD-målet".

37. Det ska erinras om att TWD-domen, enligt denna tolkning, inte medför någon skyldighet för den nationella domstolen att ta upp tolkningsfrågor, när den hyser tvivel beträffande giltigheten av en rättsakt, vars nationella tillämpningsbestämmelser den har att bedöma.³⁸ TWD-undantaget behöver inte hindra den *ordinarie* samarbetsmekanismen, genom en begäran om förhandsavgörande, mellan den nationella domstolen och EU-domstolen.

38. Sammanfattningsvis kräver TWD-undantaget i) en unionsrättsakt, ii) frånvaro av talan om ogiltigförklaring, iii) en uppenbar och otvivelaktig behörighet för den enskilde att väcka talan om ogiltigförklaring av unionsrättsakten vid tribunalen, och iv) nationella genomförandeåtgärder mot vilka en nationell talan har väckts, i syfte att unionsrättsakten ska ogiltigförklaras.

39. Då TWD-undantaget utformats på detta sätt, och med beaktande av den kritik som har framförts mot det,³⁹ tycks det uppfattas som meningsfullt och det finns inga skäl att uppmana domstolen att överge det. Tvärtom anser jag att det är en del av den praxis i vilken principen att appellationsdomstolar är bundna av sina egna avgöranden i principfrågor och att den högsta instansen avgöranden är bindande för underinstanserna (*stare decisis*) finner hela sin innebörd.

40. TWD-undantaget fyller enligt min uppfattning två syften.

- För det första medför det en skyldighet att använda talan om ogiltigförklaring (för den som har en uppenbar direkt behörighet), eftersom det är nödvändigt att fastställa en tidsfrist för möjligheten att bestrida lagligheten av unionsrättsakter som medför rättsliga verkningar⁴⁰ och för att garantera rättssäkerheten.⁴¹
- För det andra skapar det ett logiskt förhållande mellan talan om ogiltigförklaring och begäran om förhandsavgörande om beslutets giltighet. Den förstnämnda är den *lämpliga* processuella vägen för att ifrågasätta giltigheten av en unionsrättsakt, då artikel 263 FEUF ger enskilda som åtnjuter behörighet ett fullständigt rättsskydd.

41. Genom en direkt talan, efter sökandens processuella skriftväxling med den byrå, organism eller institution inom unionen som har avfattat rättsakten, inleds ett kontradiktoriskt förfarande vid tribunalen, med omfattande möjligheter att vidta undersökningsåtgärder. Denna mekanism underlättar bevismedel genom att exakt fastställa de faktiska omständigheterna, samt att tillåta inblandning av andra parter i egenskap av intervenienter (exempelvis konkurrerande företag som inte har åtnjutit stödet).⁴²

38 Vidare kan den nationella domstolen själv tillämpa TWD-undantaget genom att inte begära förhandsavgörande. I domen av den 18 juli 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), punkt 56, angav domstolen att "det var med rätta som den hänskjutande domstolen beslutade att inte fråga domstolen huruvida beslut 90/555 var giltigt. Lucchini kunde ha väckt talan mot beslutet inom en månad från det att beslutet offentliggjordes enligt artikel 33 i EKSG-fördraget, men gjorde det inte".

39 Barav, A., "Déviation préjudicielle", *Le renvoi préjudicielle dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bryssel, 2011, sidorna 217–282, Ritleng, D., "Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective", *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, 50 ans de droit communautaire, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, volym 2, s. 735, Martínez Capdevila, C., "The action for annulment, the preliminary reference on validity and the plea of illegality: Complementary or alternative means?", *Yearbook of European Law*, 2006, volym. 25, s. 451, Schwensfeier, R., "The TWD principle post-Lisbon", *European Law Review*, 2012, s. 156.

40 Dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101), punkt 29 och där angiven rättspraxis.

41 Domen TWD, punkt 16.

42 I beslut av den 6 oktober 2017, Greenpeace Energy/kommissionen (C-640/16 P, ej publicerat, EU:C:2017:752), punkterna 61–63, anges att enskilda som inte direkt och individuellt påverkas av ett beslut av kommissionen om statligt stöd får ifrågasätta dess giltighet vid nationella domstolar och göra gällande att dessa ska begära ett förhandsavgörande. Av detta kan slutsatsen dras att begäran om förhandsavgörande om giltighet är underordnad i förhållande till talan om ogiltigförklaring och att detta är en indikation på att enskilda som påverkas direkt och individuellt bör väcka talan mot kommissionens beslut.

42. I mål om statligt stöd, vilka tenderar att vara faktiskt och tekniskt mycket komplicerade, framgår fördelarna med talan om ogiltigförklaring ännu tydligare.⁴³ Av dessa följer existensberättigandet av logiken i TWD-undantaget (som meddelats i ett mål om statligt stöd), det vill säga att tvinga den enskilde med direkt behörighet att tillämpa denna rätt att väcka talan. Parterna åtnjuter således den ytterligare garanti som avser domstolsprövning i två instanser, eftersom tribunalens dom kan överklagas till domstolen.

43. Vidare vågar jag säga att på det specifika området statligt stöd (och andra liknande områden, till vilka kommissionen har hänvisat i sitt yttrande),⁴⁴ kan begäran om förhandsavgörande ge upphov till fler frågor än dem som den avser. När en prövning ska göras av giltigheten av ett enskilt beslut (och inte av normalt tillämpliga bestämmelser), vars granskning kräver en fullständig analys av faktiska omständigheterna och bevis, med ofrånkomliga tekniska komponenter, visar sig det nationella förfarandet vara otillräckligt, för att den nationella domstolen i avsaknad av närvaron av den institution som avfattat rättsakten, ”med tillräcklig precision” före hänskjutandet ska kunna fastställa resultatet av en sådan analys.⁴⁵

44. Det skulle kunna invändas att dessa brister kan avhjälpas under förfarandet vid domstolen. Detta är sannolikt fallet, men genom en ändring av själva dess funktion genom att detta, enligt unionens domstolssystem, har överlåtits till tribunalen. Såsom domstolen har erinrat om angavs vid inrättandet av tribunalen att ”[i] ärenden som kräver en ingående undersökning av komplicerade faktiska omständigheter kommer inrättandet av en första instans att förbättra rättsskyddet för enskilda”. Skapandet av denna instans skulle göra det möjligt att ”låta domstolen koncentrera sina aktiviteter på sin huvudsakliga uppgift nämligen att säkerställa en enhetlig tolkning av gemenskapslagstiftningen”.⁴⁶

45. Kritiken mot domen TWD som främst är inriktad på enskildas rätt till ett effektivt rättsligt skydd förefaller inte, ur denna synvinkel, övertygande. Enskilda har i realiteten ingen *rätt* till att den nationella domstolen ska begära ett förhandsavgörande, men de har, när de åtnjuter en direkt obestridlig behörighet, en rätt att angripa unionsrättsakten vid tribunalen, det vill säga vid det forum som *naturligt* sett ger dem detta skydd.

46. Jag stödjer inte heller uppfattningen att det ska stå parterna fritt att välja den processuella strategi som de föredrar, såtillvida att de inom den frist som föreskrivs i artikel 263 FEUF får välja mellan a) att väcka talan vid tribunalen och b) att göra gällande rättsaktens ogiltighet vid de nationella domstolarna och därvid uppmana dem att begära ett förhandsavgörande av EU-domstolen.

47. Jag anser att denna rätt att välja forum varken är önskvärd eller överensstämmer med företrädet för talan om ogiltigförklaring, som lämplig åtgärd, vilket erkänns i artikel 263 FEUF, för att bedöma giltigheten av unionsakter som ifrågasatts av sökanden med uppenbar direkt behörighet. En sådan valmöjlighet skulle medföra en ökning av processuellt komplicerade situationer (som den som är för handen i nämnda domar), vilka skulle motverka det system för väckande av talan som föreskrivs i unionsrätten.⁴⁷

43 Generaladvokaten Jacobs betonade detta på samma sätt i sitt förslag till avgörande TWD (C-188/92, EU:C:1993:358), punkterna 17–20.

44 Kommissionen har som exempel angett handelspolitiska beslut (antidumping), restriktiva åtgärder, rättsakter på områdena miljö, kemi och läkemedel, liksom dem som vidtagits på det jordbruks- och fiskepolitiska området.

45 Enligt domstolens rekommendationer till nationella domstolar om begäran av förhandsavgörande (EUT C 439, 2016, s. 1) är det ”nödvändigt att beslutet att begära förhandsavgörande fattas i ett skede av målets handläggning där den hänskjutande domstolen kan redogöra, på ett tillräckligt precist sätt, för de rättsliga och faktiska omständigheterna i det nationella målet samt för de rättsfrågor som uppkommer i målet”.

46 Rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom av den 24 oktober 1988 om upprättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (EGT L 319, 1988, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 2 s. 89), tredje och fjärde skälen.

47 Domstolen ska pröva denna fråga i sak (huruvida nedsättning av EEG-tilläggsavgiften för energiintensiva företag utgör ett statligt stöd) i två olika mål med olika processuella förutsättningar, a) inom ramen för förevarande begäran om förhandsavgörande och b) inom ramen för Tysklands överklagande av tribunalens dom i vilken kommissionens beslut bekräftades (mål C-405/16 P). Om, såsom jag anser, Georgmarienhütte och tre andra företag hade en uppenbar direkt behörighet att väcka talan om ogiltigförklaring, är tudelningen av rättsmedlet dysfunktionell. TWD-undantaget stänger dörrarna för denna dysfunktion och tillåter att domstolen uttalar sig om lagligheten av beslut 2015/1585 enbart i samband med överklagandet av tribunalens *pilot-dom* (som har skjutit upp funktionsstörningen i de övriga målen om ogiltigförklaring, till dess att domstolen avgör frågan genom dom i det överklagade målet).

2. Fristens relevans i domen TWD

48. TWD-undantaget är inte enbart avsett att förhindra kringgåendet av fristen för att väcka talan om ogiltigförklaring. Dess syfte är även, ska det erinras om, att privilegiera talan om ogiltigförklaring framför begäran om förhandsavgörande, som *ordinärt* rättsmedel mot unionsrättsakter, när den enskilde i princip har en möjlighet att använda båda.

49. Ur denna synvinkel är den tidpunkt då den enskilde väcker talan vid de nationella domstolarna och föreslår att de ska begära ett förhandsavgörande, som ett alternativ till en talan om ogiltigförklaring, inte den enda relevanta faktorn. I målen TWD och Nachi Europe,⁴⁸ vände sig sökandena till de nationella domstolarna *efter utgången av fristen* för att väcka talan om ogiltigförklaring, vilket utgör den normala hypotetiska situationen för tillämpning av TWD-domen. Men enligt min uppfattning ska denna även gälla när den enskilde väcker talan vid de nationella domstolarna och indirekt ifrågasätter giltigheten av unionsrättsakten inom *den utsatta frist* inom vilken den hade kunnat väcka talan om ogiltigförklaring av denna rättsakt vid tribunalen.

50. Det skulle inte vara logiskt att låta TWD-undantaget bero på vid vilken tidpunkt enskilda med uppenbar direkt behörighet önskar väcka talan vid de nationella domstolarna, eller på de nationella myndigheternas mer eller mindre skyndsamma handläggning vid antagandet av dess beslut om tillämpning av unionsakten. Det som är avgörande ska tvärtom vara att dessa enskilda har underlåtit att väcka talan vid tribunalen, med vetskapen om att denna var det forum som, enligt artikel 263 FEUF, stod till deras förfogande.

3. Tillämpning av TWD-undantaget i förevarande mål

51. Georgsmarienhütte och de tre övriga företag som vid den hänskjutande domstolen väckte talan mot BAFA:s beslut av den 3 december 2014 (i den del det i dessa krävs en återbetalning av det statliga stödet) när deras klagomål vid denna organism ännu inte hade avgjorts. Genom att använda de rättsmedel som deras nationella rättssystem erbjöd dem för att agera mot myndigheternas passivitet, *tidigarelades* så att säga deras rättsliga talan till den 26 mars 2015, och de gjorde inom ramen för denna gällande att beslut 2015/1585 skulle ogiltigförklaras. Det har redan fastställts att de inte väckte talan om ogiltigförklaring av detta beslut, trots att de tidigare vid tribunalen hade angripit beslutet om inledande av förfarandet om statligt stöd (en förutsättning, vilket är uppenbart, för det slutliga beslutet).

52. Denna följd av omständigheter (och underlåtelser) gör det nödvändigt att fokusera på två faktorer, a) sökandeföretagens direkta behörighet och b) konsekvenserna av fristen för att väcka talan mot beslut 2015/1585 vid tribunalen.

a) Sökandeföretagens behörighet

53. Hade Georgsmarienhütte och de övriga tre företagen en uppenbar direkt behörighet för att väcka talan om ogiltighet mot beslut 2015/1585?

54. Beslut 2015/1585 riktar sig, enligt dess artikel 10, till Förbundsrepubliken Tyskland. Enligt artikel 263 FEUF fjärde stycket får fysiska eller juridiska personer endast väcka talan mot en akt som är riktad till dem eller som direkt och personligen berör dem. Således är det nödvändigt att klargöra huruvida sökandeföretagen har denna egenskap.

48 Dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe (C-239/99, EU:C:2001:101).

55. För att sökandeföretagen ska anses *direkt* berörda av beslut 2015/1585 ska detta för det första, enligt fast praxis från domstolen⁴⁹ ha en direkt inverkan på deras rättsliga ställning och inte lämna något utrymme för skönsmässig bedömning till den som åtgärden riktar sig till (Tyskland) och som ska genomföra den, eftersom åtgärden har en rent automatisk karaktär och endast följer av unionslagstiftningen utan att några mellanliggande regler ska tillämpas.

56. Vidare medför artiklarna 6 och 7 i beslut 2015/1585 en skyldighet för Tyskland att återkräva den del av EEG-tilläggsavgiften som inte har återbetalats, vilken kvalificeras som statligt stöd, enligt de villkor som jag just har angett. I dessa två bestämmelser fastställs metoden för återkrav (med hänvisning till bilaga III), betalning av ränta och sättet för beräkning av denna och Tyskland åläggs att återkräva stödet omedelbart och effektivt, inom en frist på fyra månader från delgivningen av beslutet. Den tyska staten förfogar inte över något utrymme för skönsmässig bedömning och beslut 2015/1585 medför verkningar för företag enbart genom myndighetens administrativa tillämpning av det på företagen.

57. För det andra ska det fastställas huruvida dessa företag berörs *individuell*t av beslut 2015/1585, i den mening som avses i domstolens praxis enligt vilken

- ”andra rättssubjekt än dem som ett beslut är riktat till endast kan göra gällande att de är personligen berörda om beslutet påverkar dem på grund av vissa för dem utmärkande egenskaper eller på grund av faktiska omständigheter som särskiljer dem från alla andra rättssubjekt, och beslutet därigenom medför att de individualiseras på motsvarande sätt som den som beslutet är riktat till”.⁵⁰
- ”När ett beslut berör en grupp personer som, på grund av kriterier som är utmärkande för gruppmedlemmarna kunde identifieras eller skulle ha kunnat identifieras när rättsakten antogs, kan dessa personer vara personligen berörda av rättsakten då de ingår i en begränsad krets av ekonomiska aktörer, och kan det förhålla sig på det viset när beslutet innebär att de rättigheter som den enskilde har förvärvat före dess antagande ändras”.⁵¹

58. Beträffande det statliga stödet kan ett företag i princip inte väcka talan mot ett beslut av kommissionen att förbjuda en stödordning till förmån för en viss sektor om det enbart berörs av detta beslut på grund av att det är verksamt inom sektorn i fråga och eventuellt kan erhålla stöd enligt nämnda stödordning.⁵² Domstolen har emellertid slagit fast följande:

- ”De verkliga mottagarna av individuellt beviljat stöd enligt en stödordning där kommissionen har förordnat att stödet ska återkrävas är individuellt berörda i den mening som avses i artikel [263 fjärde stycket FEUF]”.
- ”[R]edan förordandet om återkrav [avser] personligen samtliga mottagare av den berörda ordningen, eftersom de redan från det ögonblick när det omtvistade beslutet antogs utsattes för risken att de förmåner de mottagit skulle komma att återkrävas, och således påverkades deras rättsställning. Dessa mottagare är således del i en sluten krets”.⁵³

49 Dom av den 5 maj 1998, Dreyfus/kommissionen (C-386/96 P, EU:C:1998:193), punkt 43, och dom av den 17 september 2009, kommissionen/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07, EU:C:2009:556), punkt 48.

50 Dom av den 28 april 2016, Borealis Polyolefine m.fl. (C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14 och C-391/14–C-393/14, EU:C:2016:311), punkt 51, med hänvisning till dom av den 15 juli 1963, Plaumann/kommissionen (25/62, EU:C:1963:17, och dom av den 28 april 2015, T & L Sugars och Sidul Açúcares/kommission (C-456/13 P, EU:C:2015:284), punkt 63.

51 *Ibidem*, punkt 53, med hänvisning till dom av den 27 februari 2014, Stichting Woonpunt m.fl./kommissionen (C-132/12 P, EU:C:2014:100), punkt 59.

52 Dom av den 19 oktober 2000, Italien och Sardegnas Lines/kommissionen (C-15/98 y C-105/99, EU:C:2000:570), punkt 33, och dom av den 17 september 2009, kommissionen/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07, EU:C:2009:556), punkt 53.

53 Se dom av den 19 oktober 2000, Italien och Sardegnas Lines/kommissionen (C-15/98 och C-105/99, EU:C:2000:570), punkt 34, dom av den 17 september 2009, kommissionen/Koninklijke FrieslandCampina (C-519/07 P, EU:C:2009:556), punkt 54, och dom av den 9 juni 2011, Comitato ”Venezia vuole vivere” m.fl./kommissionen (C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, EU:C:2011:368), punkterna 53 och 56.

59. De fyra sökandeföretagen i målet vid den hänskjutande domstolen skulle, i egenskap av enskilda mottagare av nedsättningar av EEG-tilläggsavgifter, som BAFA hade beviljat dem, återbetala detta belopp så snart dessa nedsättningar i beslut 2015/1585 förklarats delvis olagliga, såsom statligt stöd, varvid det fastställts att de skulle återbetalas (i enlighet med artiklarna 6 och 7 i detta beslut). De tyska myndigheterna, som handlade mycket skyndsamt, vidtog motsvarande åtgärder för återkrav, på grundval av beslut 2015/1585. Därmed berördes dessa fyra företag individuellt, i den mening som angetts ovan, enligt detta sistnämnda beslut, vilket på ett uppenbart sätt gav dem en direkt behörighet att väcka talan mot det vid tribunalen.

60. Dessa företag kunde inte hysa några tvivel beträffande detta, vilket bekräftas av att de väckte talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut genom vilken den inledde förfarandet för att granska huruvida stödet var lagligt. Vidare utvidgade de sin ursprungliga talan, så att dessa även kom att omfatta en talan mot kommissionens slutgiltiga beslut,⁵⁴ när detta hade antagits. Paradoxalt nog väckte de inte därefter, som tribunalen hade föreslagit, talan om ogiltigförklaring av beslut 2015/1585.⁵⁵ De övriga energiintensiva företag som befann sig i liknande situationer väckte en sådan talan om ogiltigförklaring och dessa förfaranden pågår fortfarande vid tribunalen i väntan på den slutgiltiga utgången av *pilot-målet* Tyskland/kommissionen.

61. Under dessa omständigheter anser jag att TWD-undantaget ska tillämpas på de fyra företag som inte väckte talan om ogiltigförklaring mot beslut 2015/1585 vid tribunalen, trots att de hade en uppenbar behörighet att göra detta.

b) Fristen för att väcka talan mot beslut 2015/1585

62. Vid förhandlingen konstaterades att ”den fullständiga och slutgiltiga texten” i beslut 2015/1585 ställdes till sökandeföretagens förfogande den 6 januari 2015, under förfarandet vid tribunalen mot inledandet av förfarandet avseende statligt stöd.⁵⁶

63. Eftersom publiceringen (som skedde mycket sent, i förhållande till dagen för antagandet) av beslut 2015/1585 inte var ett villkor för dess tillämpning, då det räckte att de företag som direkt och individuellt berördes fått kännedom om detta, vilket var fallet, påbörjades fristen för dessa företags rätt att väcka talan mot detta beslut den 6 januari 2015, enligt uppgift som bekräftades vid förhandlingen.⁵⁷

64. Utifrån denna premiss, hade dessa företag överskridit den frist på två månader som föreskrivs i artikel 263 FEUF (förlängd med tio dagar med hänsyn till avståndet)⁵⁸ när de, den 26 mars 2015, väckte talan vid den hänskjutande domstolen. Efter utgången av denna frist kunde de inte ”kringgå den laga kraft som [beslut 2015/1585 fick] gentemot [dem]”,⁵⁹ genom att väcka talan vid de nationella domstolarna i syfte att bestrida giltigheten av detta beslut.

54 Beslut av den 9 juni 2015, Stahlwerk Bous/kommissionen (T-172/14, ej publicerat, EU:T:2015:402), beslutet Georgsmarienhütte/kommissionen (T-176/14, ej publicerat, EU:T:2015:414), beslutet Harz Guss Zorge/kommissionen (T-177/14, ej publicerat, EU:T:2015:395), och beslutet Schmiedag/kommissionen (T-183/14, ej publicerat, EU:T:2015:396).

55 Beslut av den 9 juni 2015, Georgsmarienhütte/kommissionen (T-176/14, ej publicerat, EU:T:2015:414), punkt 24. I de övriga tre besluten finns en identisk punkt.

56 Tribunalen hade, den 10 december 2014, bett kommissionen att inge texten i beslut 2015/1585, så att sökandeföretagen skulle kunna ta ställning till den, vilket de kunde ske den 6 januari 2015. Tribunalen bad samma dag parterna att inkomma med synpunkter beträffande antagandet av detta beslut. Se dom av den 9 juni 2015, Georgsmarienhütte/kommissionen (T-176/14, EU:T:2015:414), punkterna 13–16.

57 Vid förhandlingen bekräftades även att sökandeföretagen kunde få tillgång till en icke-konfidentiell version, på engelska, av beslut 2015/1585, vilken publicerades i december 2014 på kommissionens webbplats.

58 Artikel 60 i tribunalens rättegångsregler.

59 Domen TWD, punkt 18.

65. Även om de inte hade överskridit denna frist skulle TWD-undantaget ha varit tillämpligt, mot bakgrund av ovan anförda överväganden. Jag har redan nämnt att de tyska myndigheterna handlade extremt skyndsamt, genom att besluta om de nationella åtgärderna för återkrav av stödet samma dag som beslutet antogs, den 25 november 2014. Det skulle enligt min uppfattning inte vara alltför logiskt att godta att TWD-undantaget tillämpades på dessa företag, om de hade väckt talan vid de tyska domstolarna efter utgången av fristen på två månader från det att de fick kännedom om beslut 2015/1585, och inte om deras talan vid nämnda domstolar hade väckts, mot bakgrund av de nationella myndigheternas skyndsamma agerande, före utgången av denna frist.

66. Sammanfattningsvis anser jag att domen i målet TWD är tillämplig på denna begäran om förhandsavgörande och att begäran följaktligen ska avvisas.

B. Tillämpning av beslutet Adiamix

67. Kommissionen har, till stöd för sin andra invändning om rättegångshinder, hänvisat till beslutet Adiamix.⁶⁰ Enligt kommissionen har den hänskjutande domstolen inte gjort en självständig undersökning eller förklarat skälen till varför den tvivlar på giltigheten av beslut 2015/1585, utan har endast hänvisat till sökandeföretagens resonemang.

68. Enligt domstolen ”är [det] därför viktigt att den nationella domstolen särskilt anger de specifika skäl som fått den att undra över giltigheten av vissa unionsbestämmelser och att den redogör för de ogiltighetsgrunder som den följaktligen anser godtagbara (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 mars 2000, Greenpeace France m.fl., C-6/99, EU:C:2000:148, punkt 55, och beslut av den 18 april 2013, Adiamix, C-368/12, EU:C:2013:257, punkt 22). Ett sådant krav följer även av artikel 94 c i domstolens rättegångsregler”.⁶¹

69. Vidare följer det av domstolens fasta praxis att de uppgifter som lämnas och de frågor som ställs i begäran om förhandsavgörande inte bara ska göra det möjligt för domstolen att lämna användbara svar utan också ge såväl medlemsstaternas regeringar som andra berörda parter möjlighet att avge yttranden i enlighet med artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol. Det ankommer på EU-domstolen att se till att denna möjlighet finns, eftersom det enligt denna artikel endast är begäran om förhandsavgörande som delges de berörda parterna, till vilken en översättning till varje medlemsstats officiella språk finns bifogad med undantag för de handlingar i det nationella målet som den hänskjutande domstolen eventuellt överlämnat till EU-domstolen.⁶² Att den nationella domstolen inhämtar yttranden från parterna i målet vid den, vilka kan variera beroende på deras intressen, garanterar emellertid inte regeringarna, unionens institutioner och andra berörda att adekvata yttranden inges i målet om förhandsavgörande.⁶³

70. I förevarande mål har den hänskjutande domstolen inte angett sina egna tvivel avseende giltigheten av beslut 2015/1585, utan har begränsat sig till att i detta hänseende göra gällande följande:

”I förevarande mål har klagandena ifrågasatt kommissionens tolkning av unionsrätten (artiklarna 107 och 108 FEUF). ...

För närmare uppgifter om de sakförhållanden som klagandena åberopat samt för att undvika upprepningar hänvisar den nationella domstolen till vad som anförts i ansökan av den 26 mars 2015 ...

60 Beslut av den 18 april 2013, C-368/12, ej publicerat, EU:C:2013:257.

61 Dom av den 4 maj 2016, Philip Morris Brand m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325), punkt 48.

62 Se, särskilt, dom av den 13 april 2000, Lehtonen och Castors Braine (C-176/96, EU:C:2000:201), punkt 23, beslut av den 18 april 2013, Adiamix (C-368/12, ej publicerat, EU:C:2013:257), punkt 24, och dom av den 4 maj 2016, Philip Morris Brand m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325), beslut 49.

63 Beslut av den 18 april 2013, Adiamix (C-368/12, ej publicerat, EU:C:2013:257), punkt 25.

[Klagandena] har här framfört väsentliga tvivel som är tillräckliga för att hänskjuta målet till EU-domstolen för förhandsavgörande ...

För att förhandsavgörande ska kunna begäras krävs det följaktligen inte att den nationella domstolen delar de tvivel som sökandena har anfört i fråga om kommissionens tolkning av artiklarna 107 och 108 FEUF. Den nationella domstolen anser under alla omständigheter att de tvivel i fråga om kommissionens beslut som anförts [av klagandena] är betydelsefulla.”⁶⁴

71. Efter en läsning av detta utdrag ur beslutet om hänskjutande, anser jag att en strikt tillämpning av den rättspraxis som sammanfattas i punkterna ovan skulle innebära att begäran om förhandsavgörande ska avvisas, med hänsyn till en otillräcklig *egen* motivering.

72. Det ska emellertid erkännas att domstolen vid andra tillfällen har tillämpat denna rättspraxis mer flexibelt, med hänsyn till att mekanismen för förhandsavgöranden har sitt ursprung i idén om domstolssamarbete. Ur denna synvinkel skulle det kunna invändas att talan inte kan tas upp till sakprövning, mot bakgrund av att den hänskjutande domstolen i beslutet om hänskjutande har återgett parternas argument avseende ogiltigheten av beslut 2015/1585 såsom utgörande tvivel.

IV. Saken

73. I andra hand ska domstolen, om den anser att begäran om förhandsavgörande ska tas upp till sakprövning, fastställa huruvida beslut 2015/1585 är ogiltigt, på grund av att begränsningen av EEG-tilläggsavgifter kvalificeras som statligt stöd, i den mening som avses i artikel 107 FEUF.

74. I punkt 1 i denna artikel anges att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

75. Därmed anges fyra rekvisit som ska tillämpas vid bedömningen av huruvida stödet är oförenligt. a) Det ska röra sig om ett ingripande av staten eller med hjälp av statliga medel. b) Detta ingripande ska påverka handeln mellan medlemsstaterna. c) Stödet ska gynna mottagaren. d) Det ska snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen.⁶⁵

76. Det förefaller vara ostridigt att begränsningen av EEG-tilläggsavgiften till förmån för energiintensiva företag uppfyller det andra kriteriet (eventuell påverkan på handeln mellan medlemsstaterna) och det fjärde kriteriet (snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen). Däremot är det kontroversiellt huruvida de övriga båda kriterierna är uppfyllda, vilket gör det nödvändigt att klargöra huruvida denna nedsättning medför en selektiv fördel för mottagarföretagen och, framför allt, att fastställa huruvida åtgärden kan tillskrivas staten och om den omfattar användning av statliga medel.

77. I brist på den hänskjutande domstolens *egna* överväganden avseende några av de diskuterade huvudfrågorna (i synnerhet avseende de tyska myndigheternas kontroll- och övervakningsfunktioner när det gäller hanteringen av de medel som kommer från EEG-tilläggsavgiften), bör det fästas avseende vid det som anges i beslut 2015/1585, såvitt det inte på ett tydligt sätt kan visas att kommissionen gjort en felaktig bedömning genom att anta det.

⁶⁴ Sidan 11 i beslutet om hänskjutande.

⁶⁵ Dom av den 17 mars 1993, *Slovan Neptun* (C-72/91 och C-73/91, EU:C:1993:97), punkt 18, dom av den 15 juli 2004, *Pearle* m.fl. (C-345/02, EU:C:2004:448), punkt 33, dom av den 19 december 2013, *Association Vent De Colère!* m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 15, dom av den 16 april 2015, *Trapeza Eurobank Ergasias* (C-690/13, EU:C:2015:235), punkt 17, dom av den 21 december 2016, *kommissionen/Hansestadt Lübeck* (C-524/14 P, EU:C:2016:971), punkt 40, dom av den 27 juni 2017, *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania* (C-74/16, EU:C:2017:496), punkt 38, och dom av den 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), punkt 17.

A. Huruvida det föreligger en selektiv fördel

78. En fördel avser, i förevarande sammanhang, varje förmån som ett företag inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor, det vill säga utan statens ingripande.⁶⁶ Det föreligger en fördel om ett företags ekonomiska situation förbättras som ett direkt resultat av en statlig åtgärd och inte genom den fria konkurrensen på marknaden.

79. I begreppet statligt stöd ingår såväl positiva fördelar (exempelvis en subvention) som statliga åtgärder som minskar eller tar bort de kostnader som normalt belastar företagets budget.⁶⁷

80. Enligt min uppfattning gav de tyska myndigheterna, genom nedsättningen av EEG-tilläggsavgiften för energiintensiva företag, dessa företag en obestridlig fördel, i ekonomisk mening, eftersom de hindrade de systemansvariga och el-producenterna från att återkräva de ytterligare kostnaderna för den EEG-el som nämnda företag konsumerade och som de annars skulle ha betalat.

81. I artikel 40 i 2012 års EEG-lag fastställdes begränsningen av EEG-tilläggsavgiften, som elleverantörer kunde övervältra på de stora energiförbrukarna. BAFA utfärdade på begäran en administrativ handling som förbjöd elleverantörerna att övervältra hela EEG-tilläggsavgiften på slutanvändaren, när den sistnämnda är ett energiintensivt företag. Enligt artikel 41 i 2012 års EEG-lag var nedsättningen beroende av att dessa företag uppfyllde vissa villkor, vilka i huvudsak var knutna till vilken energivolymer de konsumerade.

82. Den tyska regeringen har konstaterat att undantagssystemet i dessa artiklar har till syfte att fastställa den ekonomiska merkostnad som för de energiintensiva företagen följer av produktionen av EEG-el. Detta system har vidare till syfte att minska en av de kostnader som normalt belastar dessa företags budget.

83. Sökandeföretagen och den tyska regeringen har emellertid gjort gällande att begränsningen av EEG-tilläggsavgiften snarare kompenserar de energiintensiva företagen för deras konkurrensmässiga *nackdel* i förhållande till företag i andra medlemsstater än att den ger dem en *fördel*.

84. Argumentet hindrar inte att åtgärden klassificeras som fördel, inte minst eftersom det strider mot domstolens praxis, enligt vilken den omständigheten att en medlemsstat genom ensidiga åtgärder försöker anpassa konkurrensvillkoren i en viss näringssektor till de villkor som gäller i andra medlemsstater inte kan frånta dessa åtgärder deras karaktär av stöd.⁶⁸

85. Vidare har kommissionen angett uppgifter⁶⁹ som tillbakavisar den faktiska förutsättning som argumentet grundas på: Det förefaller inte som om de elpriser som dessa företag betalar i Tyskland, trots EEG-tilläggsavgiften, är högre än de priser som motsvarar genomsnittet i medlemsstaterna. Dessa företags påstådda konkurrensmässiga *nackdel* är följaktligen inte fastställd.

66 Dom av den 11 juli 1996, SFEI m.fl. (C-39/94, EU:C:1996:285), punkt 60, dom av den 29 april 1999, Spanien/kommissionen (C-342/96, EU:C:1999:210), punkt 41, dom av den 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413), punkt 79, dom av den 16 april 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235), punkt 20, och dom av den 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496), punkt 65.

67 Dom av den 15 mars 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, EU:C:1994:100), punkt 13, dom av den 19 september 2000, Tyskland/kommissionen (C-156/98, EU:C:2000:467), punkt 25, dom av den 19 maj 1999, Italien/kommissionen (C-6/97, EU:C:1999:251), punkt 15, dom av den 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130), punkt 36, och dom av den 27 juni 2017, Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (C-74/16, EU:C:2017:496), punkt 66.

68 Dom av den 3 mars 2005, Heiser (C-172/03, EU:C:2005:130), punkt 54 och där angiven praxis.

69 Kommissionen, "Energy Prices and Costs in Europe" SWD(2014) 20 final, bilaga III. Eurostats uppgifter vid antagandet av beslut 2015/1585 visade att elpriserna i Tyskland för industrikunder var de åttonde lägsta i unionen och för konsumenter lägre än genomsnittet i unionen.

86. Sökandeföretagen har likaså gjort gällande att med ”normala marknadsmässiga villkor” avses de villkor som skulle föreligga i total avsaknad av EEG-tilläggsavgifter och inte de som skapats efter införandet av dessa. Under sådana omständigheter skulle nedsättningen av EEG-tilläggsavgiften försvinna som fördel, eftersom det inte skulle finnas någon EEG-tilläggsavgift att begränsa.

87. Detta argument övertygar mig inte heller. EEG-tilläggsavgiften är en mekanism som påför kostnader på alla aktörer inom det tyska elsystemet, varför bland normala marknadsmässiga villkor, vid bedömningen av huruvida det föreligger en fördel, även ska inbegripas dem som följer av införandet av EEG-tilläggsavgiften. Nedsättningen av denna kostnad för de energiintensiva företagen innebär ett undantagssystem, som ger dem en specifik fördel, genom att det sänker det pris som de annars skulle ha behövt betala för den el som de konsumerar.

88. För att ett statligt stöd ska föreligga, är det vidare oundgängligt att den fördel som beviljats företagen var *selektiv*. Sökandeföretagen har gjort gällande att begränsningen av tilläggsavgiften inte uppfyller detta villkor, eftersom den är objektivt motiverad och är nödvändig för bevarandet av de grundläggande rättigheterna.

89. Mot bakgrund av domstolens praxis,⁷⁰ kan inte heller detta argument godtas. Jag instämmer med kommissionen i att begränsningen av EEG-tilläggsavgiften är av selektiv karaktär, eftersom den endast gynnar några få företag som konsumerar stora mängder energi inom tillverkningssektorn.

90. En fördels selektivitet kan lättare preciseras vid positiva åtgärder som ett eller flera identifierade företag åtnjuter. Det är däremot svårare att bedöma den när medlemsstaterna antar bestämmelser som är tillämpliga på dem som uppfyller vissa kriterier, vars ekonomiska kostnader minskas till följd av dessa. Begränsningen av EEG-tilläggsavgiften för de energiintensiva företagen omfattas av denna (andra hypotes).

91. I dessa fall ska bedömningen av selektivitet göras i tre etapper.

- För det första, ska det tillämpliga rättssystemet fastställas.
- För det andra ska det undersökas huruvida en viss åtgärd utgör ett undantag inom detta system, som markerar skillnader mellan ekonomiska aktörer som, mot bakgrund av systemets inneboende mål, befinner sig i en jämförbar faktisk och rättslig situation. Förekomsten av ett undantag är en avgörande faktor som gör det möjligt att avgöra huruvida åtgärden i princip är selektiv.
- För det tredje bör det, om åtgärden är ett undantag, klargöras huruvida den är berättigad med hänsyn till det aktuella skattesystemets beskaffenhet och struktur.⁷¹

92. I den ordning som 2012 års EEG-lag bygger på är den allmänna bestämmelsen att EEG-tilläggsavgiften ska erläggas av alla användare av elektrisk energi (i realiteten fastställs i lagen möjligheten att denna tilläggsavgift övervältras på dessa, vilket i praktiken är vad som oundvikligen sker).

93. Minskningen av EEG-tilläggsavgiften för några företag inom tillverkningssektorn, såsom sökandeföretagen, är ett undantag från detta allmänna system, som endast gynnar dessa och inte energianvändande företag inom andra produktionssektorer. Begränsningen av EEG-tilläggsavgiften för dessa energiintensiva företag är följaktligen selektiv.

⁷⁰ Dom av den 16 april 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235), punkt 22 och där angiven rättspraxis.

⁷¹ Dom av den 9 oktober 2014, Ministerio de Defensa och Navantia (C-522/13, EU:C:2014:2262), punkterna 42 och 43, dom av den 18 juli 2013, P (C-6/12, EU:C:2013:525), punkt 19, dom av den 8 september 2011, kommissionen/Nederländerna (C-279/08 P, EU:C:2011:551), punkt 62, dom av den 8 september 2011, Paint Graphos m.fl. (C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550), punkt 49 och följande punkter, och dom av den 8 november 2001, Adria-Wien Pipeline och Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke (C-143/99, EU:C:2001:598), punkt 48.

94. Sökandeföretagen har gjort gällande att minskningen av de EEG-tilläggsavgifter som de ska betala bidrar till skyddet för klimat och miljö, samt en hållbar utveckling och energiförsörjningstrygghet. Dessa skäl av allmänt intresse skulle emellertid på sin höjd gälla för det allmänna systemet för EEG-tilläggsavgifterna, inte för nedsättningen av dessa för en specifik kategori av industriaktörer. Vidare gäller att när de (delvis) befrias från den allmänna kostnad som EEG-tilläggsavgifterna medför, stimuleras samtidigt den högsta elenergiförbrukningen av denna kategori av ekonomiska aktörer och en minskning sker av de tillgängliga intäkterna för att finansiera de förnybara energikällorna. Detta är därför enligt domstolens praxis inte ett skäl att godta undantaget.⁷²

95. Det kan inte heller godtas på grund av det påstådda skydd för de grundläggande rättigheterna, som sökandeföretagen har gjort gällande. Enligt dem skulle en full betalning av EEG-tilläggsavgifterna förutsätta en motsvarande ökning av deras produktionskostnader som skulle följa av utvecklingen av deras ekonomiska verksamhet, i strid med artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, vilken garanterar näringsfriheten.

96. Förutom att det rör sig om ett externt allmänt intresse och inte om ett intresse som ingår i det allmänna systemet för EEG-tilläggsavgifter, har varken företagen eller den tyska regeringen lämnat några exakta uppgifter för att styrka att betalningen av dessa avgifter, på de villkor som anges i beslut 2015/1585, skulle äventyra företagens existens. Denna brist på bevis räcker för att vederlägga det påstådda sambandet, utan att det krävs någon analys av förhållandet mellan näringsfriheten och innehållet i åtgärderna för den sektorspecifika regleringen.

97. Slutligen ska inte förglömmas att Europeiska kommissionen, i beslut 2015/1585, erkände att det stöd som föreskrevs i 2012 års EEG-lag skulle kunna godkännas (det vill säga nedsättningen av kostnaderna för stödet till EEG) om "[s]tödmottagarna uppfyller de kriterier för stödberättigande som fastställs i punkterna 185, 186 och 187 i 2014 års riktlinjer"⁷³ och denna nedsättning "är proportionell enligt kriterierna i punkterna 188, 189 i 2014 års riktlinjer".⁷⁴

98. Det kan således konstateras att om EEG-tilläggsavgiften verkligen äventyrade ställningen på marknaden för de företag som använder elektrisk energi intensivt, inom de gränser som fastställts i 2014 års riktlinjer, skulle den vara förenlig med den inre marknaden. Det rör sig således inte om ett absolut förbud mot att minska denna kostnad, utan mot att minska den mer än vad dessa riktlinjer tillåter. Det har i samband med förfarandet för förhandsavgörande inte visats att de villkor som föreskrivs i beslut 2015/1585 inte uppfyller detta villkor.

99. Således medför minskningen av marknadsavgiften i 2012 års EEG-lag en selektiv fördel för de företag som är mottagare av detta undantagssystem, i förhållande till den allmänna avgift som är tillämplig på resten av användarna.

72 Dom av den 8 september 2011, *Paint Graphos m.fl.* (C-78/08–C-80/08, EU:C:2011:550), punkterna 69 och 70, dom av den 6 september 2006, *Portugal/kommissionen* (C-88/03, EU:C:2006:511), punkt 81, dom av den 8 september 2011, *kommissionen/Nederländerna* (C-279/08 P, EU:C:2011:551), dom av den 22 december 2008, *British Aggregates/kommissionen* (C-487/06 P, EU:C:2008:757), och dom av den 18 juli 2013, *P* (C-6/12, EU:C:2013:525), punkterna 27 och flera följande punkter.

73 Riktlinjer för statligt stöd till miljöskydd och energi 2014–2020 (EUT C 200, 2014, s. 1).

74 Skäl 215 i beslut 2015/1585.

B. Förekomsten av ett statligt ingripande eller ett ingripande genom överföring av statliga medel

100. Enligt domstolens praxis krävs det, för att förmåner ska anses vara stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF, för det första att de tilldelas direkt eller indirekt med statliga medel och för det andra att de kan tillskrivas staten.⁷⁵ Det rör sig om två kumulativa villkor,⁷⁶ som emellertid ofta blir föremål för en samlad bedömning enligt denna bestämmelse.

101. Sökandeföretagen och den tyska regeringen anser, sammanfattningsvis, att begränsningen av EEG-tilläggsavgiften som dessa företag åtnjuter inte kan tillskrivas staten och inte tilldelas med statliga medel.

1. Huruvida åtgärden kan tillskrivas staten

102. För att fastställa huruvida en åtgärd kan tillskrivas staten ska det, enligt domstolens fasta praxis, för det första bedömas huruvida de offentliga myndigheterna har ingripit vid antagandet av denna. Det är uppenbart att så är fallet när de selektiva fördelarna för en kategori av företag har införts genom lag.⁷⁷

103. Såväl EEG-tilläggsavgiften som nedsättningen av denna till förmån för vissa energiintensiva företag inom tillverkningssektorn genomfördes i 2012 års EEG-lag (artiklarna 40–44). Nedsättningen för dessa företag gjordes inte *spontant* av elleverantörerna, utan följde av de bestämmelser som antagits av den tyska staten och som reglerade dess rättssystem. Det är således enligt min uppfattning obestriddigt att beviljandet av denna fördel ska tillskrivas staten.

2. Tilldelning med statliga medel till förmån för vissa företag

104. Förutom att fördelen ska tillskrivas staten, är det nödvändigt att åtgärden avser tilldelning med statliga medel till förmån för de mottagande företagen.

105. Domstolen har gjort en bred tolkning av begreppet ”statliga medel”, som inte bara omfattar den offentliga sektorn, i strikt mening, utan även några privata organ, under vissa omständigheter.

106. En indirekt minskning av statens intäkter som följer av antagandet av nationella bestämmelser och åtgärder, utgör inte en tilldelning av statliga medel om denna följd är oskiljaktigt förenad med en sådan reglering.⁷⁸ Således ska ett undantag från arbetsrättsliga bestämmelser som ändrar ramen för avtalsförhållandena mellan företag och arbetstagare inte anses som tilldelning av statliga medel, även om de kan minska de socialförsäkringsavgifter eller de skatter som företagen och arbetstagarna ska betala till staten.⁷⁹

75 Dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294), punkt 24, dom av den 19 december 2013, Association Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 16, och dom av den 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), punkt 20.

76 Se, exempelvis, dom av den 16 maj 2002, Frankrike/kommissionen (C-482/99, EU:C:2002:294), punkt 24.

77 Dom av den 19 december 2013, Association Vent De Colère! y otros (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 18, dom av den 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671), punkt 22, och beslut av den 22 oktober 2014, Elcogás (C-275/13, ej publicerat, EU:C:2014:2314), punkt 23.

78 Dom av den 13 mars 2001, PreussenElektra (C-379/98, EU:C:2001:160), punkt 62.

79 Dom av den 7 maj 1998, Viscido m.fl. (C-52/97, C-53/97 y C-54/97, EU:C:1998:209), punkterna 13 och 14, och dom av den 30 november 1993, Kirsammer-Hack (C-189/91, EU:C:1993:907), punkterna 17 och 18.

107. De största svårigheterna med att veta om tilldelning av statliga medel har skett eller inte uppkommer när stater godkänner mekanismer för ingripande i näringslivet, till följd av vilka vissa företag kan erhålla en ekonomisk fördel. Konkret motsvarar *gråzonen* fall av statligt ingripande som, då de går längre än antagandet av en enkel allmän reglering av sektorn, inte kommer att innebära en direkt tilldelning av statliga medel. Detta beslut om hänskjutande avser ett av dessa fall, vars lösning är just att på förhand skapa en förståelse för domstolens komplexa (och inte alltid linjära) praxis på området.

a) Domstolens praxis avseende indirekta tilldelningar av statliga medel: från *PreussenElektra* till *Association Vent De Colère!* m.fl.

108. En statlig åtgärd eller en åtgärd som vidtas med hjälp av statliga medel omfattar såväl stöd som ges direkt av staten som stöd som ges genom ett offentligt eller privat organ som har utsetts eller inrättats av denna stat i syfte att administrera stödet.⁸⁰ Det kan nämligen inte enligt unionsrätten vara tillåtet att genom att helt enkelt skapa självständiga myndigheter med uppgift att distribuera stöd kringgå reglerna om statligt stöd.⁸¹

109. En offentlig myndighets åtgärd, som innebär att vissa företag eller produkter gynnas, förlorar inte sin karaktär av gratisförmån på grund av att den helt eller delvis finansieras med avgifter som den offentliga myndigheten avkrävt de berörda företagen.⁸²

110. Artikel 107.1 FEUF omfattar alla likvida medel som myndigheterna faktiskt kan använda för att stödja företag och det är inte relevant huruvida dessa medel permanent ingår bland statens tillgångar. Följaktligen är det så, att även om de för åtgärden i fråga aktuella beloppen inte permanent disponeras av staten är det förhållandet att de fortlöpande kontrolleras av staten, och således kan disponeras av behöriga nationella myndigheter, tillräckligt för att de ska kunna anses utgöra statliga medel.⁸³

111. Beträffande elsektorn angav domstolen i domen av den 19 december 2013, *Association Vent De Colère!* m.fl., att ”om medlen i fråga tillförs genom obligatoriska bidrag som föreskrivs i den nationella lagstiftningen och de förvaltas och fördelas enligt denna lagstiftning, finns det anledning att betrakta dem som statliga medel i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF, även om de förvaltas av andra institutioner än de offentliga myndigheterna”.⁸⁴

112. Av denna rättspraxis följer att vad som är avgörande vid bedömningen av huruvida de omstridda medlen är statliga, i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF, är myndigheternas nivå av ingripande och kontroll över dessa.

80 Dom av den 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, EU:C:1977:52), punkt 21, dom av den 13 mars 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, EU:C:2001:160), punkt 58, och dom av den 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), punkt 23.

81 Dom av den 16 maj 2002, *Frankrike/kommissionen* (C-482/99, EU:C:2002:294), punkt 23.

82 Dom av den 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig* (78/76, EU:C:1977:52), punkt 22.

83 Dom av den 16 maj 2002, *Frankrike/kommissionen* (C-482/99, EU:C:2002:294), punkt 37, dom av den 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord* m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413), punkt 70, dom av den 19 december 2013, *Association Vent De Colère!* m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 21, och dom av den 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), punkt 25.

84 Domen i mål C-262/12, EU:C:2013:851, punkt 25, och dom av den 2 juli 1974, *Italien/kommissionen* (173/73, EU:C:1974:71), punkt 35.

113. Avsaknaden av myndighetskontroll förklarar att domstolen inte anser att stöd föreligger vad gäller exempelvis medel som tillhör medlemmar i en yrkesorganisation och är avsedda att finansiera ett specifikt mål i medlemmarnas intresse, beslutat av en privat organisation och i rent kommersiella syften, avseende vilka staten endast fungerar som förmedlare för att ge en obligatorisk karaktär åt de avgifter som införts av de kommersiella organisationerna. Som exempel på sådana fall kan nämnas målet *Pearle*⁸⁵ och *Doux Élevages*.⁸⁶

114. Avsaknaden av statlig kontroll över överföringarna av medel förklarar också att domstolen inte betraktar fall med regleringar som ger upphov till finansiell omfördelning från ett företag till ett annat, utan ytterligare ingripande av staten, som stöd. I princip föreligger ingen överföring av statliga medel om pengarna går direkt från en privat enhet till en annan, utan att gå via en offentlig eller privat organisation som utsetts av staten för att administrera överföringen.⁸⁷

115. Domstolen ansåg inte heller att det förekom någon överföring av statliga medel när företag, huvudsakligen privata, inte anförtröts av medlemsstaten att förvalta statliga medel, utan endast var skyldiga att göra inköp med sina egna ekonomiska medel.⁸⁸ Detta var hypotesen i domen *PreussenElektra*, enligt vilken skyldigheten för privata elförsörjningsföretag att köpa el från förnybara energikällor till fastställda minimipriser inte medförde att det direkt eller indirekt överfördes statliga medel till de företag som producerade denna typ av el. Denna slutsats påverkades inte av att de minskade intäkterna för de företag som ålagts nämnda skyldighet sannolikt skulle minska statens skatteintäkter, eftersom denna följd var oskiljaktigt förenad med åtgärden.⁸⁹ I det fallet var de berörda företagen (det vill säga de privata elproducenterna) bundna av en skyldighet att anskaffa en specifik typ av el med sina egna ekonomiska medel, men de hade inte utsetts av staten för att administrera ett stödsystem.

116. Domstolen fann inte heller att det förelåg statlig kontroll (och därmed överföring av statliga medel) i det polska system som bestod i att kräva att elleverantörerna skulle sälja kraftvärme-el uppgående till en andel på 15 procent av deras årliga elförsäljning till slutanvändare.⁹⁰

85 Dom av den 15 juli 2004, *Pearle* m.fl. (C-345/02, EU:C:2004:448), punkt 41. I detta mål avseende finansieringen av en reklamkampanj för optiker, togs medel för att betala denna reklam ut från privata företag, genom en offentligrättslig yrkesorganisation. Domstolen slog fast att det rörde sig om "statliga medel", eftersom nämnda organisation "inte vid någon tidpunkt [hade] haft fri förfoganderätt till" de "obligatoriska ... särskilda avgifterna ... avsedda att finansiera den aktuella reklamkampanjen".

86 Dom av den 30 maj 2013, *Doux Élevage och Coopérative agricole UKL-ARREE* (C-677/11, EU:C:2013:348), punkt 36. I detta mål, avseende ett beslut genom vilket myndigheter på ett tvingande sätt utvidgade ett avtal som ingåtts inom ramen för en branschorganisation (produktionsgren för produktion och uppfödning av kalkoner), genom vilket det hade införts en avgift för att finansiera gemensamma åtgärder som beslutats av organisationen, till att omfatta samtliga yrkesutövare inom den produktionsgrenen, fastställde domstolen att det inte rörde sig om statliga medel. De nationella myndigheterna kunde inte faktiskt använda de medel som härrörde från dessa avgifter för att stödja vissa företag, då det var den berörda branschorganisationen som bestämde hur dessa medel skulle användas, enligt de mål som organisationen själv har fastställt. Medlen kontrollerades inte heller fortlöpande av staten och de kunde inte disponeras av de statliga myndigheterna.

87 Dom av den 24 januari 1978, *Van Tiggele* (82/77, EU:C:1978:10), punkterna 25 och 26.

88 Dom av den 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord* m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413), punkt 74, dom av den 19 december 2013, *Association Vent De Colère!* m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 35, och dom av den 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), punkt 26.

89 Dom av den 13 mars 2001, *PreussenElektra* (C-379/98, EU:C:2001:160), punkterna 59–62. Se även dom av den 5 mars 2009, *UTECA* (C-222/07, EU:C:2009:124), punkterna 43–47, avseende obligatoriska avgifter som togs ut av programföretag för filmproduktion, vilka inte ansågs utgöra överföring av statliga medel.

90 Dom av den 13 september 2017, *ENEA* (C-329/15, EU:C:2017:671), punkterna 27–30. Den behöriga polska myndigheten godkände de högsta priser som fick tas ut vid försäljning av el till slutanvändarna, vilket innebar att företagen inte systematiskt kunde övervältra de kostnader som uppstod till följd av denna köpskyldighet på slutanvändarna. I detta syfte förvärvade elleverantörerna, under vissa omständigheter, kraftvärme-el till ett högre pris än det pris de kunde ta ut vid försäljning till slutanvändare, vilket ledde till en merkostnad för leverantörerna. Mot bakgrund av att en sådan merkostnad inte i sin helhet kunde övervältras på slutanvändarna eller finansierades genom en obligatorisk skatt infördd av medlemsstaten och eftersom det inte fanns någon ordning för full kompensation ansåg domstolen att elförsörjningsföretagen inte anförtröts av staten att administrera en statlig resurs, utan finansierade den köpskyldighet de ålagts med egna medel.

117. Det föreligger emellertid statlig kontroll och överföring av statliga medel när de belopp som betalas av enskilda går via en offentlig eller privat enhet som utsetts för att förmedla dem till mottagarna. Detta var fallet i målet Essent Netwerk Noord, där en privat enhet, enligt lag, ansvarade för uppbörd av en prisökning (avgift) för el, i statens namn, med skyldigheten att förmedla den till mottagarna, utan att ha behörighet att använda beloppet för andra ändamål än dem som angavs i lagen. Det totala beloppet för detta tillägg (som domstolen klassificerade som skatt) var föremål för offentlig kontroll, vilket var tillräckligt för att kategorisera det som statliga medel.⁹¹

118. Domstolen prövade även i målet Vent de Colère! m.fl. huruvida statlig kontroll förelåg, på grund av att det fanns en mekanism för ersättning för hela den merkostnad som företag har på grund av skyldigheten att köpa el från vindkraft (till ett pris som översteg marknadspriset). Det förelåg en överföring av statliga medel, inbegripet när denna mekanism delvis grundade sig på en direkt överföring av medel mellan privata företag.⁹²

119. I detta sammanhang ingår även domstolens beslut i målet Elcogás, i vilket det diskuterades ”huruvida ett statligt ingripande eller finansiering med hjälp av statliga medel föreligger när belopp som beviljats ett privat elproduktionsföretag finansieras av samtliga de slutanvändare av el som är etablerade inom landet”.⁹³

120. Domstolens svar var att det system för kompensation för merkostnaderna som detta företag åtnjöt (finansierat med den slutliga elavgift som tillämpades på samtliga spanska konsumenterna och användarna av överförings- och distributionssystem inom landet) skulle förstås som ett statligt ingripande eller finansiering med hjälp av statliga medel, i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I detta hänseende saknades det ”bevis ... för att de belopp som är avsedda att kompensera merkostnaderna inte kommer från en specifik höjning av elavgifterna och för att den aktuella finansieringsmekanismen inte i strikt mening kan anses tillhöra kategorin skatt eller skattelikhande avgifter enligt den nationella rätten”.⁹⁴

121. Denna offentliga kontroll var även för handen och domstolen fastställde att finansiering med hjälp av statliga medel förelåg beträffande de inkomster som genererades, enligt det danska systemet, för att kompensera det offentliga bolaget (TV2 Reklame) för det stöd som det administrerade och som utgjordes av rätten att saluföra reklamutrymme hos TV2.⁹⁵

b) Överföring av statliga medel i detta mål

122. Enligt den tyska regeringen och sökandeföretagen är EEG-avgiften och dess begränsning för vissa energiintensiva företag mekanismer som införts genom lag, men som inte innebär överföring av statliga medel och som inte är underställda kontroll av de tyska myndigheterna. Enligt denna regerings uppfattning omfattas denna mekanism av domen PreussenElektra, eftersom 2012 års EEG-lag inte har medfört några väsentliga ändringar i den tyska lagstiftningen av 1990, som domstolen inte ansåg innebära statligt stöd.

91 Dom av den 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord (C-206/06, EU:C:2008:413), punkterna 69–75.

92 Dom av den 19 december 2013, Association Vent de Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkterna 25 och 26.

93 Beslut av den 22 oktober 2014, C-275/13, ej publicerat, EU:C:2014:2314, punkt 20.

94 Ibidem, punkterna 30 och 31. Denna sistnämnda precision kan vara relevant för att vederlägga invändningen (som avses i skäl 116 i beslut 2015/1585) enligt vilken ”EEG-tilläggsavgiften inte utgjorde en särskild avgift (sonderabgabe) i den mening som avses i tysk konstitutionell rätt, eftersom intäkterna från EEG-tilläggsavgiften inte anslags till statsbudgeten och eftersom myndigheterna inte kan förfoga över medlen, ens indirekt”.

95 Dom av den 9 november 2017, kommissionen/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836), punkterna 59–63. I detta mål hade två reklamföretag (TV2 Reklame och TV2-fonden) skapats, kontrollerats och fått ansvaret för att förvalta intäkterna från försäljningen av reklamutrymme för ett annat offentligt företag (TV2/Danmark) för den danska statens räkning. Dessa intäkter var fortfarande föremål för offentlig kontroll och stod till statens förfogande. Kulturministeriet hade möjlighet att besluta att dessa intäkter skulle användas på ett annat sätt än att överföras till TV2-fonden.

123. Kommissionen har däremot, liksom den gjorde i beslut 2015/1585, gjort gällande att en överföring av medel har skett till förmån för företag med hög energiförbrukning, under de tyska myndigheternas kontroll. Enligt kommissionens uppfattning rör det sig om en mekanism för marknadsföring av förnybar energi som skiljer sig från den som analyserades i domen PreussenElektra och som bättre kan likställas med dem som tillämpas i andra medlemsstater (Belgien, Frankrike, Spanien, Österrike), vilka domstolen har klassificerat som statligt stöd, då de utgör ett flöde av medel under myndighetskontroll, till förmån för vissa företag.⁹⁶

124. En analys av domstolens praxis på detta område får mig att dela kommissionens uppfattning. Som utgångspunkt ska det erinras om att den EEG-tilläggsavgift som tas ut och administreras av de systemansvariga infördes av de tyska myndigheterna för att täcka de kostnader som genererades av inmatningspriserna och marknadsavgiften, vilka föreskrevs i 2012 års EEG-lag, som garanterade producenterna av grön el (EEG) ett bättre pris än marknadspriset. Följaktligen var EEG-tilläggsavgiften en del av den tyska statens politik för stöd till producenterna av EEG-el, vilken fastställdes i 2012 års EEG-lag och av dess tilläggsbestämmelser. Med nedsättningen av denna avgift till förmån för vissa energiintensiva företag inom tillverkningssektorn avsåg den att kompensera för den verkan som kostnaden för nämnda stöd hade i deras respektive budgetar.

125. De huvudsakliga omständigheter som visar de tyska myndigheternas kontroll över de medel som genereras av EEG-tilläggsavgiften (inbegripet nedsättningen av den till förmån för vissa energiintensiva företag) och, således, dess egenskap av ”statliga medel” är följande:

- Den offentliga karaktären av dessa medel,
- de systemansvarigas administration av EEG-avgiften, enligt en rättslig skyldighet, och
- de tyska myndigheternas administrativa kontroll över EEG-avgifter och över begränsningen av den för vissa energiintensiva företag.

1) Den offentliga karaktären av de medel som erhålls genom EEG-avgiften och nedsättningen av dess belopp för energiintensiva företag

126. Producenterna av el från förnybara källor garanterar en förköpsrätt beträffande denna el, liksom uttagandet av beloppet för den (genom i lag föreskrivna premier) av ansvariga för lokala distributionssystem. Dessa överför el som härrör från förnybara källor till de systemansvariga, vilka har en skyldighet att utge de premier som har betalats. EEG-tilläggsavgiften beräknas på grundval av saluföringen av el på elektricitetsbörsen. Sedan fördelas EEG-tilläggsavgiften endast ekonomiskt mellan de olika systemansvariga vilka i sin tur övervältrar dem på de företag som levererar el till slutanvändare.

127. Övervältringen av EEG-tilläggsavgiften är ett beslut av elleverantörerna, med den sker de facto systematiskt och är förenlig med det bakomliggande syftet med 2012 års EEG-lag. Begränsningen av avgiften för vissa energiintensiva företag kompenseras med en motsvarande höjning för resten av användarna,⁹⁷ det vill säga för dem som inte åtnjuter denna begränsning.

⁹⁶ Dom av den 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413), dom av den 19 december 2013, Association Vent De Colère! m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), beslut av den 22 oktober 2014, Elcogás (C-275/13, ej publicerat, EU:C:2014:2314), och tribunalens dom av den 11 december 2014, Österrike/kommissionen (T-251/11, EU:T:2014:1060).

⁹⁷ I skäl 54 i beslut 2015/1585 anges i detta hänseende följande: ”[D]et tyska förbundet för energikonsumenterna (Bund der Energieverbraucher), som ursprungligen klagat till kommissionen om 2012 års EEG-lag, [hävdade] att den nedsatta EEG-tilläggsavgiften verkligen utgör statligt stöd ... och att de energiintensiva användarna skadar tyska företag och konsumenterna som måste betala en högre EEG-tilläggsavgift utan att omfattas av liknande nedsättningar”.

128. Enligt den tyska regeringen och sökandeföretagen omfattar EEG-tilläggsavgiften (och följaktligen begränsningen av den) endast mobilisering av privata finansieringskällor mellan likaledes privata företag, vars relationer omfattas av civilrätten, på en rent avtalsmässig grund. Det rör sig om ett system för att, genom lag, fastställa ett lägsta försäljningspris för en produkt av privata företag.

129. Jag håller inte med om detta argument, eftersom EEG-tilläggsavgiften inte är frukten av ett enkelt initiativ av de systemansvariga som, utan tillämpning av den tyska lagen, har identifierat mottagarna av fördelen (producenter av EEG-el och vissa energiintensiva företag), nämnda "kriterier för stödberättigande" och stödets nivå, i syfte att skaffa fram finansiella medel för att täcka kostnaderna för stödet till EEG-el.

130. Det står inte de systemansvariga fritt att ta ut den EEG-tilläggsavgift de önskar och de tyska myndigheterna övervakar formeln för dess beräkning, uttagande och förvaltning, liksom den begränsning som är tillämplig på de energiintensiva företagen, vilken görs enligt en tidigare administrativ akt. De bestämmelser som reglerar denna avgift garanterar erhållandet av en tillräcklig ekonomisk täckning för att betala stödet till EEG-el. De omfattar sänkningen till förmån för de energiintensiva företagen. Dessa bestämmelser tillåter inte uttag av ytterligare avgifter, som går utöver täckningen av dessa kostnader. De systemansvariga får vidare inte använda EEG-tilläggsavgiften för att finansiera andra typer av verksamhet.

131. Finansieringen av EEG-tilläggsavgiften, liksom begränsningen av denna, har utformats så att kostnaderna för stödet till produktionen av EEG-el övervältras på aktörerna på den tyska elmarknaden. Som jag tidigare har nämnt är logiken i systemet följande:

- Slutanvändarna av elen betalar EEG-tilläggsavgiften, med begränsning av beloppet för vissa energiintensiva företag.
- Producenterna av grön el mottar motsvarande ekonomiskt stöd.
- De lokala distributionsföretagen, de systemansvariga och leverantörerna har ansvaret för att övervältra kostnaden för EEG-tilläggsavgifterna, hela tiden under de tyska myndigheternas kontroll.

132. EEG-tilläggsavgiftens är således till sin art statliga medel som används till stöd för produktion av grön el, och inte privata medel från företag och slutanvändare, som dessa sinsemellan kan förhandla om.

133. Denna egenskap hindras inte av att det, i Tyskland, inte finns något offentligt organ som är specifikt utformat för att förvalta dessa medel, en uppgift som tillskrivs aktörerna på elmarknaden (särskilt, kollektivt, de systemansvariga). Som jag redan har erinrat om, krävs det enligt domstolen för att det ska föreligga en överföring av statliga medel, i den mening som avses i artikel 107 FEUF, inte att dessa härrör från statens budget eller tillgångar, eller att de uppburits, omfördelats och förvaltats av ett offentligt organ.

134. Det räcker för att fastställa att det rör sig om statliga medel att de inhämtats av enskilda till andra, genom att de gjorts till slutgiltiga mottagare av stödet och står under förvaltning av enheter som är skilda från de offentliga myndigheterna, under förutsättning att överföringen av ekonomiska medel (i detta fall, från de slutgiltiga konsumenterna till de företag som producerar grön el) genomförs enligt en laglig beskattning och under myndighetskontroll. Detta är den stödmekanism som föreskrivs i 2012 års EEG-lag, vilken förefaller jämförbar med den som gav upphov till domen *Association Vent De Colère!* m.fl.⁹⁸

⁹⁸ Dom av den 19 december 2013, *Association Vent De Colère!* m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 25, dom av den 17 juli 2008, *Essent Netwerk Noord* m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413), punkt 70, och beslut av den 22 oktober 2014, *Elcogás* (C-275/13, EU:C:2014:2314), punkt 32.

135. Konstruktionen av stödsystemet passade den tyska lagstiftaren, eftersom det rör sig om en räckvidd som är jämförbar med den som var för handen i domen *Doux Élevage*.⁹⁹ Vidare är det lagstiftaren själv som fastställt vad dessa belopp ska gå till (stödet till produktion av EEG-el) och användningen av dem avgörs inte skönsmässigt av de systemansvariga.¹⁰⁰

136. I motsats till vad den tyska regeringen och sökandeföretagen har gjort gällande kan det aktuella fallet inte likställas med det som avsågs i domen *PreussenElektra*. I den sistnämnda domen fann domstolen att möjligheten, som föreskrivits av den tyska lagstiftaren, att de företag som producerar el från förnybara källor sålde till ett högre pris än marknadspriset inte medförde mobilisering av statliga medel. De grundläggande skillnaderna mellan dessa mål är enligt min uppfattning följande:

- I *PreussenElektra* hade inte de privata företagen något ansvar enligt lag att förvalta statliga medel, utan en skyldighet att köpa energi med egna ekonomiska tillgångar.¹⁰¹ I motsats därtill uppfylldes inte den skyldighet till ytterligare betalning för producenterna av EEG-el som åligger de systemansvariga genom egna ekonomiska tillgångar, utan via EEG-tilläggsavgiften, vars belopp uteslutande var avsett för finansiering av systemen för stöd och kompensation som skapats genom 2012 års EEG-lag.
- Det fanns inte i den mekanism som granskades i *PreussenElektra* något kompensationssystem, medan staten i 2012 års EEG-lag garanterade de privata aktörer som producerade grön el full täckning för de merkostnader som uppkom och tillät att dessa fullt övervältrades på slutanvändarna.
- 2012 års EEG-lag fastställer EEG-tilläggsavgiften (med begränsning för vissa energiintensiva företag inom tillverkningssektorn) och beaktar följderna av dessa, som försäkras av de systemansvariga, så att dess totala belopp de facto betalas av slutkonsumenterna genom deras fakturor och att producenterna erhåller EEG-el. Denna omständighet förelåg däremot inte i målet *PreussenElektra*.

137. Dessa drag i beslutssystemet gör att det inte kan klassificeras som en ren mekanism för fastställande av lägsta försäljningspris för en produkt (EEG-el) mellan privata företag, i den mening som avses i domarna *PreussenElektra* och *Van Tiggele*. Det rör sig tvärtom om ett mer globalt system för marknadsföring av förnybar energi vars producenter garanterats ett flöde av statliga medel, vilka i slutändan bärs av slutanvändarna, och som de systemansvariga på ett centraliserat sätt förvaltar under kontroll och övervakning av tre tyska myndigheter, nämligen Bundesnetzagentur (federal nätmyndighet) (nedan kallad BNetzA), BAFA och Umweltbundesamt (miljöskyddsmyndighet). Jag kommer nedan att hänföra till dessa funktioner.

2) Lagstiftad skyldighet för de systemansvariga att förvalta EEG-tilläggsavgiften och nedsättningen av denna för energiintensiva företag

138. Den tyska regeringen och sökandeföretagen har bestritt bedömningen i beslut 2015/1585 att de systemansvariga hade utsetts kollektivt för att förvalta en statlig tillgång. Enligt dem fastställer de olika aktörer som påverkas av 2012 års EEG-lag endast fordringar sinsemellan till följd av de rättigheter som de tillskrivs i lagstiftningen. I detta hänseende skiljer de sig från de offentliga eller privata organ vars ingripande i mekanismer för stöd för EEG-el analyserades i domen *Association Vent De Colère!* m.fl.

99 Dom av den 30 maj 2013, *Doux Élevage och Coopérative agricole UKL-ARREE* (C-677/11, EU:C:2013:348).

100 Dom av den 15 juni 2006, *Air Liquide Industries Belgium* (C-393/04 och C-41/05, EU:C:2006:403), punkt 46 och där angiven rättspraxis.

101 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 december 2013, *Association Vent De Colère!* m.fl. (C-262/12, EU:C:2013:851), punkt 35.

139. Jag anser tvärtom att de systemansvariga nödvändigtvis har en skyldighet att förvalta EEG-tilläggsavgiften (inbegripet nedsättningen av denna för energiintensiva företag) i enlighet med den skyldighet som de åläggs i 2012 års EEG-lag, det vill säga den centrala punkten för att systemet för stöd till EEG-el ska fungera. Detta framgår av de funktioner som föreskrivs i synnerhet i artiklarna 34–39 i 2012 års EEG-lag.¹⁰²

140. EEG-tilläggsavgifter samlas i några fonder avsedda för ändamål som har beskrivits och uteslutande fastställts av den tyska lagstiftaren och vars behållning avser ingripande av vissa mellanhänder, med ansvar för uppbörd och förvaltning av dessa. Det rör sig om belopp som är föremål för en separat bokföring och som varken omfattas av de systemansvarigas allmänna budget eller står till de systemansvarigas fria förfogande. De systemansvariga ansvarar just, enligt en statlig ansvarsfördelning, för att underlätta det finansiella flödet från slutanvändare till producenter, inom ramen för en skyldighet som de ålagts enligt lag. De reglerar således inte privata krediter, utan förvaltar, under statlig övervakning, en avgift av offentlighetsrättslig art.

3) De tyska myndigheternas kontroll över EEG-avgiften

141. Den tyska regeringen och sökandeföretagen har gjort gällande att befogenheterna för de offentliga myndigheterna, särskilt BNetzA och BAFA, är alltför begränsade för att de ska kunna utöva en meningsfull kontroll över EEG-tilläggsavgifterna (och, således över begränsningen för energiintensiva företag). Enligt Tyskland har bestämmelserna i 2012 års EEG-lag om metoden för beräkning av avgiften, insynsvillkoren och övervakningen genomförts av BNetzA och endast inriktats på att förhindra att någon av de privata aktörerna på ett olagligt sätt berikar sig längs betalningslinjen.

142. De tyska myndigheterna övervakar emellertid inte enbart lagligheten av agerandet hos de aktörer som är inblandade i uppbörden av EEG-avgiften, utan godkänner också vid behov (BNetzA) och kontrollerar ett energiintensivt företags rätt att beviljas nedsättning av avgiften (BAFA). Kontrollen och den administrativa övervakningen av EEG-avgiften är enligt min uppfattning obestridda.

¹⁰² Enligt skäl 106 i beslut 2015/1585 måste de systemansvariga

”– köpa EEG-el som produceras inom deras område, antingen direkt av producenten om den är direkt ansluten till överföringsledningen eller av systemansvariga för distributionssystem till inmatningspriser eller betala marknadspremien. Till följd av detta är EEG-el samt den finansiella bördan av de stöd som föreskrivs av 2012 års EEG-lag centraliserade på var och en av de fyra systemansvarigas nivå,

tillämpa det gröna el-privilegiet för de leverantörer som begär det och uppfyller de relevanta villkoren i punkt 39.1 i 2012 års EEG-lag,

sinsemellan utjämna mängden EEG-el så att var och en av dem köper samma andel av EEG-el,

sälja EEG-elen på spotmarknaden enligt regler som fastställts i 2012 års EEG-lag och dess genomförandebestämmelser, vilket kan utföras gemensamt,

gemensamt beräkna EEG-tilläggsavgiften, som ska vara densamma för varje kWh som förbrukas i Tyskland, som skillnaden mellan intäkter från försäljning av EEG-el och kostnader i samband med inköp av EEG-el,

gemensamt offentliggöra EEG-tilläggsavgiften i ett särskilt format på en gemensam webbplats,

offentliggöra aggregerade uppgifter om EEG-el,

jämföra den beräknade EEG-tilläggsavgiften med vad den egentligen skulle ha varit under ett visst år och anpassa tilläggsavgiften för det kommande året,

offentliggöra prognoser för flera år i förväg,

ta ut EEG-tilläggsavgiften från elleverantörer,

(var och en) föra alla finansiella flöden (utgifter och inkomster) som hänger samman med 2012 års EEG-lag i separata bankkonton”.

143. Konkret innebär lydelsen i artikel 61 i 2012 års EEG-lag en skyldighet för BNetzA att, inom ramen för dess övervakningsuppdrag, kontrollera att de systemansvariga saluför EEG-elen i enlighet med villkoren i artikel 37 i samma lag, samt fastställer, offentliggör och fakturerar EEG-tilläggsavgiften i förhållande till elleverantörerna och iakttar de rättsliga bestämmelserna. Vidare ska de systemansvariga, enligt artikel 48 i 2012 års EEG-lag meddela BNetzA de datum som använts för kompensationsmekanismen.¹⁰³

144. BNetzA har en genomförandebefogenhet och funktioner beträffande de olika kostnader och intäkter som de systemansvariga tillåts att inkludera i beräkningen av EEG-tilläggsavgiften. Detta organ kan anta genomförandebeslut för att korrigera nivån på EEG-tilläggsavgiften, samt bötfälla de aktörer som omfattas av systemet, i syfte att uppfylla villkoren i 2012 års EEG-lag.

145. När det gäller energiintensiva företag är även administrativa åtgärder relevanta. Dessa bolag måste underlätta för det behöriga ministeriet att få nödvändig information för att kunna bedöma huruvida de mål som eftersträvas inom ramen för artikel 40 i 2012 års EEG-lag är uppfyllda. BNetzA måste garantera att EEG-tilläggsavgiften endast minskas för de elleverantörer som uppfyller villkoren i artikel 39 i 2012 års EEG-lag. Vidare ska BAFA besluta huruvida de energiintensiva företag som begärt det har möjlighet att endast betala en begränsad EEG-tilläggsavgift. Talan kan väckas mot detta beslut vid de tyska förvaltningsrättsliga eller civilrättsliga domstolarna.

146. Vid denna icke-uttömmande uppräknings- och kontrollbefogenheter över de medel som uppburits genom EEG-tilläggsavgiften, anser jag inte att det finns tillräckliga skäl för att anse att beslut 2015/1585 är ogiltigt på grund av att det däri anges att dessa medel stod under myndigheternas kontroll.

147. Vidare anser jag att begränsningen av EEG-tilläggsavgiften, såsom den tillämpats på sökandeföretagen, förutsätter en överföring av statliga medel till deras fördel, i den mening som avses i artikel 107.1.

V. Förslag till avgörande

148. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

- 1) i första hand avvisa den begäran om förändringsavgörande som framställts av Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (Förvaltningsdomstolen i Frankfurt am Main, Tyskland),
- 2) i andra hand fastställa att det i förevarande mål inte har visats att det föreligger sådana uppenbara omständigheter som medför att kommissionens beslut (EU) 2015/1585 av den 25 november 2014 om stödordningen SA.33995 (2013/C) (f.d. 2013/NN) som Tyskland har genomfört till stöd för el från förnybara energikällor och energiintensiva användare kan förklaras ogiltigt när det gäller nedsättningen, till förmån för vissa företag som använder stora mängder elektrisk energi, av den allmänna avgift som fastställts i den tyska lagstiftningen.

¹⁰³ Enligt skäl 39 i beslut 2015/1585 har BNetzA i uppgift att se till att
”– systemansvariga säljer el på spotmarknaden för vilken inmatningspriser har betalats i enlighet med tillämpliga regler ...,
systemansvariga på rätt sätt bestämmer, fastställer och offentliggör EEG-tilläggsavgiften,
systemansvariga på rätt sätt tar ut EEG-tilläggsavgiften för elleverantörer,
nätoperatörer tar ut korrekta inmatningspriser och premier från systemansvariga,
...”