CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
L. MEDINA
van 9 november 2023 [1]

Gevoegde zaken C-795/21 P en C-796/21 P

WEPA Hygieneprodukte GmbH,
WEPA Deutschland GmbH & Co. KG, voorheen Wepa Leuna GmbH en Wepa Papierfabrik Sachsen GmbH
tegen
Europese Commissie (C-795/21 P)
en
Bondsrepubliek Duitsland
tegen
WEPA Hygieneprodukte GmbH,
WEPA Deutschland GmbH & Co. KG, voorheen Wepa Leuna GmbH en Wepa Papierfabrik Sachsen GmbH,

Europese Commissie (C-796/21 P)

„Hogere voorziening – Staatssteun – Duitsland – Staatssteunregeling ten gunste van bepaalde grote elektriciteitsverbruikers – Vrijstelling van de nettarieven voor de periode 2012-2013 – Besluit waarbij de steunregeling onverenigbaar met de interne markt en onrechtmatig wordt verklaard, en terugvordering van de verleende steun wordt gelast – Beroep tot nietigverklaring – Beroepstermijn – Ontvankelijkheid – Begrip ‚steun' – Staatsmiddelen – Parafiscale heffing of andere verplichte heffingen – Controle van de staat over de middelen"

1. Deze conclusie wordt genomen in de gevoegde zaken C-795/21 P en C-796/21 P. Zij moet worden gelezen in samenhang met mijn drie andere conclusies in parallelle hogere voorzieningen [2], die ik ook vandaag neem en die alle betrekking hebben op dezelfde staatssteunregeling. Met hun hogere voorziening in zaak C-795/21 P verzoeken WEPA Hygieneprodukte GmbH en WEPA Deutschland GmbH & Co. KG, (hierna samen: „WEPA"), producenten van toiletpapier, om vernietiging van het arrest van 6 oktober 2021, Wepa Hygieneprodukte e.a./Commissie (T-238/19, EU:T:2021:648) (hierna: „bestreden arrest"). Bij dit arrest is haar beroep verworpen dat strekte tot nietigverklaring van het besluit van de Europese Commissie van 28 mei 2018 betreffende de steunmaatregel van Duitsland voor

[1] Oorspronkelijke taal: Engels.

[2] Het gaat om de volgende drie sets gevoegde zaken: (i) C-790/21 P en C-791/21 P; (ii) C-792/21 P en C-793/21 P, en (iii) C-794/21 P en C-800/21 P. Niet minder dan 37 elektriciteitsverbruikers, zoals die in de onderhavige hogere voorziening, hebben immers soortgelijke beroepen tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld bij het Gerecht. De zaken die hebben geleid tot de vier arresten van het Gerecht waartegen in de parallelle zaken hogere voorzieningen zijn ingesteld, zijn door het Gerecht aangemerkt als „proefzaken".

bandlastverbruikers volgens § 19 StromNEV[3] voor de jaren 2012 en 2013 (hierna: „litigieus besluit"). Met haar hogere voorziening in zaak C-796/21 P verzoekt de Bondsrepubliek Duitsland (die hierna ter vereenvoudiging „Duitsland" zal worden genoemd) om vernietiging van het bestreden arrest. De Commissie heeft in beide voornoemde zaken een incidentele hogere voorziening ingesteld, waarmee ook zij om vernietiging van het bestreden arrest verzoekt.

I. Voorgeschiedenis van het geding

2. De voorgeschiedenis van het geding is uiteengezet in de punten 1 tot en met 22 van het bestreden arrest. Aangezien de voorgeschiedenis overeenkomt met die welke ik heb samengevat in de parallelle conclusie in de gevoegde zaken C-790/21 P en C-791/21 P (hierna: „parallelle conclusie"), volstaat het om te verwijzen naar de punten 3 tot en met 14 van de parallelle conclusie. De conclusies in deze parallelle zaken moeten in onderlinge samenhang worden gelezen.

II. Juridische analyse

3. In haar twee identieke incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-795/21 P en C-796/21 P voert de Commissie twee middelen aan. Deze zijn in wezen identiek aan de eerste twee middelen die zijn aangevoerd in de incidentele hogere voorzieningen in de zaken C-790/21 P en C-791/21 P. In zaak C-795/21 P voert WEPA in hogere voorziening twee middelen aan. In zaak C-796/21 P beroept Duitsland zich op één enkel middel. Overeenkomstig het verzoek van het Hof zal er in deze conclusie echter uitsluitend worden ingegaan op het eerste middel van de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie (ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring) en op het enige middel van de hogere voorziening van Duitsland, dat overeenkomt met het eerste en tweede middel van de hogere voorziening van WEPA, voor zover deze middelen betrekking hebben op de voorwaarde dat er sprake is van een met „staatsmiddelen" bekostigde interventie.

A. Eerste middel van de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie: ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring

1. Voornaamste argumenten van partijen

4. De Commissie voert aan dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het begrip „bekendmaking" in de zin van artikel 263, zesde alinea, VWEU ruim uit te leggen. In de eerste plaats is de uitlegging van het Gerecht volgens de Commissie in strijd met de rechtspraak van het Hof, waarin een parallel is getrokken tussen artikel 263, zesde alinea, VWEU en artikel 297 VWEU. De Commissie is van mening dat uit deze rechtspraak blijkt dat de bekendmaking alleen het aanvangstijdstip van de beroepstermijn is wanneer zij een voorwaarde vormt voor de inwerkingtreding van de betrokken handeling en zij in het Verdrag zelf is voorzien. In de tweede plaats vormt, meer in het bijzonder, de bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (hierna: „Publicatieblad") van een besluit van de Commissie tot afsluiting van een formele onderzoeksprocedure geen „bekendmaking" in de zin van

[3] Besluit (EU) 2019/56 van 28 mei 2018 betreffende steunmaatregel SA.34045 (2013/C) (ex 2012/NN) (Kennisgeving geschied onder nummer C(2018) 3166) (PB 2019, L 14, blz. 1). Het woord „StromNEV" in de titel van dit besluit verwijst naar de Stromnetzentgeltverordnung (Duitse federale regeling inzake elektriciteitsnettarieven).

artikel 297, lid 2, tweede alinea, VWEU. Zij is dus niet het aanvangstijdstip van de beroepstermijn. In de derde plaats brengt de Commissie een reeks argumenten naar voren ter staving van haar uitlegging van artikel 263, zesde alinea, VWEU, zoals de opzet van deze bepaling, het beginsel van „wapengelijkheid" en het dwingende karakter van de beroepstermijnen.

5. Duitsland en WEPA betogen in wezen dat de uitlegging door het Gerecht van het begrip „bekendmaking" in de zin van artikel 263, zesde alinea, VWEU geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

2. Beoordeling

6. Aangezien de onderhavige incidentele hogere voorzieningen woordelijk identiek zijn aan die welke ik reeds in de parallelle conclusie heb behandeld, zal ik mij beperken tot een verwijzing naar die conclusie. De conclusies moeten namelijk in onderlinge samenhang worden gelezen.

7. De Commissie betoogt dat, anders dan het Gerecht in het bestreden arrest heeft geoordeeld, voor de berekening van de beroepstermijn moet worden uitgegaan van de datum waarop de begunstigde van de staatssteun kennis heeft gekregen van het litigieuze besluit, en niet van de datum waarop het is bekendgemaakt in het Publicatieblad. De Commissie voert dan ook aan dat het Gerecht het beroep van WEPA niet-ontvankelijk had moeten verklaren, aangezien het buiten de termijn was ingesteld.

8. Zoals ik in de punten 20 tot en met 30 van de parallelle conclusie uiteenzet, geef ik in overweging om de uitlegging van de Commissie te verwerpen, aangezien deze uitlegging noch door de bewoordingen van artikel 263, zesde alinea, VWEU, noch door de rechtspraak van het Hof, noch door het doel van deze bepaling wordt gesteund.

9. Bovendien zou, zoals ik in punt 31 van de parallelle conclusie heb benadrukt, de door de Commissie voorgestane uitlegging tot gevolg hebben dat de daadwerkelijke rechtsbescherming van de begunstigde van de steun wordt beperkt.

10. Ten slotte zet ik in de punten 32 tot en met 35 van de parallelle conclusie uiteen dat het argument van de Commissie dat in casu WEPA – die het litigieuze besluit heeft ontvangen in het kader van de nationale procedure tot terugvordering van de steun – haar beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld *vóór* de bekendmaking van het litigieuze besluit in het Publicatieblad, niets afdoet aan mijn conclusie.

11. Uit de voorgaande overwegingen volgt mijns inziens dat het Gerecht de door de Commissie in eerste aanleg opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid terecht heeft afgewezen en dat de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie ongegrond moeten worden verklaard.

B. Eerste en tweede middel van de hogere voorziening van WEPA en enige middel van de hogere voorziening van Duitsland: inbreuk op artikel 107, lid 1, VWEU betreffende staatsmiddelen

12. De door Duitsland ingestelde hogere voorzieningen (in zaak C-791/21 P en zaak C-796/21 P) zijn identiek. Ook komt een groot deel van de argumenten die Covestro in hogere voorziening (zaak C-790/21 P) heeft aangevoerd, overeen met de argumenten die WEPA in het kader van haar onderhavige hogere voorziening (zaak C-795/21 P) naar voren heeft gebracht. De conclusies in deze parallelle zaken moeten dan ook in onderlinge samenhang worden gelezen.

13. Met haar eerste middel in hogere voorziening stelt WEPA (zaak C-795/21 P) dat de feiten en het nationale recht onjuist zijn opgevat, voor zover het Gerecht ter motivering van zijn beslissing heeft uiteengezet dat (i) de BNetzA de hoogte van de litigieuze heffing op bindende wijze heeft vastgesteld; (ii) de BNetzA dienaangaande zeer gedetailleerde regels heeft vastgesteld, en (iii) het inkomstenverlies van de netbeheerders volledig werd gedekt door deze heffing. WEPA betoogt dat er geen sprake was van de voor de beslissing van het Gerecht relevante feiten die moesten aantonen dat de staat controle had over de uit de heffing voortvloeiende middelen. Met haar tweede middel in hogere voorziening betoogt WEPA dat het Gerecht eraan is voorbijgegaan dat (i) het bij de litigieuze heffing niet om een belasting, een verplichte heffing of een parafiscale heffing gaat, en (ii) de vrijstelling voor bandlastverbruikers en de litigieuze heffing geen met staatsmiddelen bekostigde steunmaatregelen vormen. Bovendien is de voorwaarde van artikel 107, lid 1, VWEU hoe dan ook niet vervuld, omdat deze heffing geen staatssteun of met staatsmiddelen bekostigde steun is.

14. Het enige middel van de hogere voorziening van Duitsland (zaak C-796/21 P) steunt op drie argumenten: (i) het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het bestaan van een verplichte heffing voor verbruikers of eindverbruikers en staatscontrole over de middelen of over de beheerders van die middelen, alternatieve criteria zijn; (ii) het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door met het oog op de beoordeling of er sprake is van een „verplichte heffing voor verbruikers of eindverbruikers" te oordelen dat de verhouding tussen een leverancier van elektriciteit en de eindverbruikers daarvan niet ter zake deed, alsmede door de verplichting om de heffing te innen in aanmerking te nemen en niet de wettelijke verplichting om nettarieven te betalen, en (iii) het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de doelbinding van de geïnde nettarieven niet uitsluit dat de staat over die middelen kan beschikken.

15. Volgens de Commissie moeten het enige middel van de hogere voorziening van Duitsland en het eerste en tweede middel van de hogere voorziening van WEPA ongegrond worden verklaard.

16. Aangezien er een aanzienlijke overlapping bestaat tussen de verschillende argumenten met betrekking tot staatsmiddelen die Duitsland heeft aangevoerd en die WEPA heeft aangevoerd, is het passend om deze argumenten tezamen te behandelen, en wel in de volgorde van en overeenkomstig de indeling in het bestreden arrest. Daarom moet er eerst worden ingegaan op het alternatieve karakter van de criteria, vervolgens op de kwalificatie van de litigieuze heffing [4] als „belasting", en ten slotte op het bestaan van staatscontrole over de opbrengsten uit de litigieuze heffing.

[4] Zie punten 8-12 van de parallelle conclusie. In wezen legden de distributiesysteembeheerders de eindverbruikers een heffing op, die aan de transmissiesysteembeheerders werd overgedragen ter compensatie van hun inkomstenderving als gevolg van de vrijstelling. De vrijstelling van de verplichting om nettarieven te betalen (hierna: „litigieuze vrijstelling") gold voor bandlastverbruikers.

1. Eerste reeks argumenten van WEPA en Duitsland (twee alternatieve voorwaarden)

a) Voornaamste argumenten van partijen

17. WEPA en Duitsland betogen in wezen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het bestaan van een belasting en staatscontrole over de met die belasting geïnde middelen (of over de beheerders van die middelen) „twee alternatieve voorwaarden" zijn. Het loutere bestaan van een dergelijke belasting volstaat niet om tot de slotsom te komen dat er in casu sprake was van „staatsmiddelen".

b) Beoordeling

18. Het Gerecht heeft de rechtspraak inzake het criterium voor „staatsmiddelen" onderzocht en geoordeeld dat „de […] rechtspraak van het Hof [in wezen berust] op twee hoofdelementen om te beoordelen of er sprake is van staatsmiddelen: ten eerste, het bestaan van een verplichte heffing ten laste van de eindverbruikers of eindafnemers, gewoonlijk omschreven als een ‚belasting' en meer in het bijzonder als een ‚parafiscale heffing', en ten tweede, de controle van de staat over het beheer van de regeling, met name door middel van controle van de staat over de middelen of de (derden-)beheerders van deze middelen. Het gaat in wezen om *twee alternatieve voorwaarden*" (bestreden arrest, punt 62, cursivering van mij).

19. Volgens het Gerecht „moet dan ook worden nagegaan of het [financierings]mechanisme in kwestie voldoet aan de in de betreffende rechtspraak neergelegde voorwaarden met betrekking tot het gebruik van staatsmiddelen […] en derhalve of de [litigieuze] heffing feitelijk een verplichte heffing is en zij bijgevolg vergelijkbaar is met een parafiscale heffing, dan wel, indien dit niet het geval is, of de staat op zijn minst controle heeft over de geïnde middelen of de entiteiten die verantwoordelijk zijn voor het beheer van deze middelen" (bestreden arrest, punt 76).

20. Duitsland en WEPA betogen dat de criteria van het bestaan van een „belasting" en staatscontrole cumulatief zijn en beroepen zich daartoe met name op de arresten in de zaken FVE Holýšov I e.a./Commissie[5], Duitsland/Commissie[6] en PreussenElektra[7]. Deze en andere (recentere) arresten van het Hof pleiten er echter voor dat het om alternatieve criteria gaat, in lijn met de vaststellingen van het Gerecht in de punten 57 en 62 tot en met 64 van het bestreden arrest.[8]

21. Ik ben van mening dat de bovenstaande argumenten ongegrond zijn, aangezien zij kunnen worden verworpen op basis van de meest recente rechtspraak van het Hof, die elke twijfel over het alternatieve of cumulatieve karakter van de criteria wegneemt.

5 Arrest van 16 september 2021 (C-850/19 P, EU:C:2021:740; hierna: „arrest FVE Holýšov I").

6 Arrest van 28 maart 2019 (C-405/16 P, EU:C:2019:268; hierna: „arrest EEG 2012").

7 Arrest van 13 maart 2001 (C-379/98, EU:C:2001:160; hierna: „arrest PreussenElektra").

8 Zie in dat verband arrest EEG 2012, punt 72; arresten van 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, punten 64-66); 17 juli 2008, Essent Netwerk Noord e.a. (C-206/06, EU:C:2008:413, punt 66; hierna: „arrest Essent Netwerk Noord"), en 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 30) [het Hof stelt vast dat niet is voldaan aan het eerste criterium, het bestaan van een belasting, maar onderzoekt vervolgens het tweede criterium, het beheer van de inzet van de middelen door de staat (punt 31) en het derde criterium, de uitoefening van controle door de staat over de entiteiten die de middelen beheren (punten 34 en 35)], en arrest FVE Holýšov I (punt 46).

22. In het arrest in de zaak DOBELES HES[9] heeft de Grote kamer van het Hof twee kwesties behandeld die relevant zijn voor de onderhavige hogere voorzieningen: ten eerste, de definitie van het begrip „belasting" en, ten tweede, de verhouding tussen het criterium van een belasting en het criterium van staatscontrole over het financieringsmechanisme.

23. In punt 39 van dat arrest heeft het Hof duidelijk gemaakt dat de relevante criteria in artikel 107, lid 1, VWEU alternatieve criteria zijn: „het in het vorige punt genoemde criterium [dat wil zeggen het bestaan van een heffing] [is] niet het enige criterium aan de hand waarvan kan worden bepaald of het om ‚staatsmiddelen' in de zin van die bepaling gaat. Om bedragen aan te merken als ‚staatsmiddelen' *volstaat het* dat zij constant onder staatscontrole en daarmee ter beschikking van de bevoegde nationale autoriteiten staan."

24. Hieruit volgt dat het volstaat dat aan een van beide criteria is voldaan, hetgeen wordt bevestigd door punt 42 van het arrest DOBELES HES, waarin het Hof rechtstreeks verwijst naar het bestaan van „twee […] alternatieve criteria".

25. Het Gerecht heeft derhalve bij de uitlegging van artikel 107, lid 1, VWEU geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het de reeds bestaande rechtspraak van het Hof heeft gevolgd toen het in punt 62 preciseerde dat voornoemde criteria „twee alternatieve voorwaarden" zijn en deze benadering sindsdien nogmaals is bevestigd in het arrest DOBELES HES. Bijgevolg hoefde het Gerecht in het bestreden arrest slechts het bestaan van ofwel een belasting, ofwel staatscontrole over het financieringsmechanisme vast te stellen, waarbij elk van deze criteria op zich volstond om te bevestigen dat er sprake was van staatsmiddelen. Het betoog van Duitsland dat deze criteria cumulatief zijn, moet mijns inziens dan ook kennelijk ongegrond worden verklaard.

26. Het Gerecht heeft dit weliswaar niet uitdrukkelijk aangegeven, maar uit de tekst van het bestreden arrest (met name punt 76) blijkt mijns inziens dat het tweede criterium louter volledigheidshalve is onderzocht. Aangezien partijen het voor het Gerecht in belangrijke mate oneens waren over het alternatieve karakter van de criteria, heeft het Gerecht zich laten leiden door het beginsel van een goede rechtsbedeling en heeft het beide alternatieve criteria onderzocht.

27. Ter staving van zijn argument dat de criteria van een „belasting" en staatscontrole cumulatief dienen te zijn, voert Duitsland vervolgens ook aan dat de uitlegging van artikel 107, lid 1, VWEU in het bestreden arrest (die door de rechtspraak van het Hof wordt bevestigd) hoe dan ook in strijd is met de opzet van de Verdragen en zou leiden tot „gevolgen die niet zijn voorzien in de Verdragen". Duitsland stelt dat elke door de staat opgelegde belasting of bijkomende heffing per definitie onder het begrip „staatsmiddelen" zou vallen, hetgeen in strijd is met de fiscale soevereiniteit van de lidstaten. Voorts voert Duitsland aan dat met het verbod op onrechtmatige staatssteun wordt beoogd inbreuken van de staat op de vrije mededinging te voorkomen, hetgeen impliceert dat het alleen inbreuken op de mededinging betreft die verband houden met de staatsbegroting of waarmee middelen gemoeid zijn waarover de staat beschikkingsbevoegdheid heeft.

[9] Arrest van 12 januari 2023, DOBELES HES (C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1; hierna: „arrest DOBELES HES").

28. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, berusten deze argumenten echter op een onjuiste uitlegging van de Verdragen [10] en worden daarin de rechtspraak betreffende de artikelen 30 en 110 VWEU, enerzijds, en die betreffende artikel 34 VWEU, anderzijds, door elkaar gehaald. Het discriminatieverbod dat is vervat in de twee eerstgenoemde artikelen wordt verklaard door het feit dat zowel douanerechten als belastingen naar hun aard fiscaal zijn (het zijn belastingen die door de staat worden gebruikt om beleidsdoelstellingen te verwezenlijken). Bovendien volstaat het te wijzen op de belangrijkste bepalende factor met betrekking tot staatsmiddelen: de mededinging wordt verstoord door de staat (en niet door een onderneming). Het is daarbij evenwel van belang dat, in tegenstelling tot wat Duitsland lijkt te suggereren (punt 27 van deze conclusie), niets in de opzet van de Verdragen erop wijst dat alleen „uit de staatsbegroting gefinancierde" steunmaatregelen als staatssteun moeten worden beschouwd. In de rechtspraak van het Hof is immers steeds gepreciseerd dat het bestaan van daadwerkelijke zeggenschap van de staat in de zin van het begrip „steun" niet kan worden weerlegd op grond van het enkele feit dat de middelenstroom uitsluitend via privaatrechtelijke entiteiten verloopt. [11]

29. Anders dan Duitsland betoogt, heeft het systematische verschil in positie in het VWEU tussen de artikelen 30 en 110 en artikel 107 geen wezenlijke gevolgen voor de onderhavige zaken. Daarentegen hebben deze drie bepalingen iets gemeen, namelijk dat zij betrekking hebben op het fiscale optreden van de staat. Het Hof heeft met betrekking tot de twee categorieën bepalingen immers gekozen voor een ruime uitlegging van het begrip „staatscontrole", met name om te voorkomen dat de in die bepalingen vervatte regels worden omzeild. [12]

30. Bovendien is het onjuist om te stellen dat „elke wettelijk verplichte [overdracht] van vermogensbestanddelen tussen privaatrechtelijke [rechtspersonen] [zou worden gelijkgesteld] met de inzet van staatsmiddelen". Een wettelijk vastgelegde minimumprijs is bijvoorbeeld geen belasting. Het volstaat te verwijzen naar de arresten PreussenElektra en EEG 2012. Het arrest PreussenElektra betrof een wettelijke minimumprijs die tussen twee privaatrechtelijke entiteiten werd toegepast. De privaatrechtelijke entiteit die de minimumprijs moest toepassen, kon de kosten niet doorberekenen aan haar klanten. Er was dus geen sprake van een belasting.

31. In het arrest EEG 2012 heeft het Hof gepreciseerd dat de ingezette middelen niet als staatsmiddelen kunnen worden aangemerkt op de enkele grond dat er *mogelijkerwijs* gevolgen voor klanten zijn. De inzet van staatsmiddelen – in de vorm van een belasting – kan slechts worden verondersteld indien de privaatrechtelijke entiteit waarop de verplichting rust, ook *verplicht* is om de extra kosten aan een derde door te berekenen door bij hem een belasting te innen.

32. Naar mijn mening volgt uit alle voorgaande overwegingen dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat deze criteria alternatieve voorwaarden zijn. Bijgevolg geeft het bestreden arrest op dit punt geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en moet de eerste reeks argumenten van Duitsland en WEPA ongegrond worden verklaard.

[10] Duitsland gaat voorbij aan de precieze opzet van de Verdragen. Artikel 30 VWEU is opgenomen in titel II, hoofdstuk 1, met het opschrift „Douane-unie"; artikel 110 VWEU is opgenomen in titel VII, hoofdstuk 2, met het opschrift „Bepalingen betreffende belastingen". Deze artikelen bevatten een absoluut discriminatieverbod. Hiermee verschillen zij van artikel 34 VWEU, dat is opgenomen in titel II, hoofdstuk 3, met het opschrift „Verbod op kwantitatieve beperkingen tussen de lidstaten", waarin het vrije verkeer van goederen wordt geregeld en dat tegelijkertijd, anders dan de artikelen 30 en 110 VWEU, voorziet in de mogelijkheid dat beperkingen van het vrije verkeer van goederen gerechtvaardigd zijn.

[11] Zie beschikking van 22 oktober 2014, Elcogás (C-275/13, EU:C:2014:2314, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arrest van 9 november 2017, Commissie/TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, punt 48).

[12] Zie punt 28 en voetnoot 11 van deze conclusie.

2. Tweede reeks argumenten van WEPA en Duitsland (kwalificatie van de litigieuze heffing als „belasting”)

33. WEPA en Duitsland verwijten het Gerecht met betrekking tot het eerste van de hierboven besproken alternatieve criteria dat het de litigieuze heffing ten onrechte als een „belasting” heeft aangemerkt. Zij betogen dat deze kwalificatie berust op een onjuiste uitlegging van het begrip „belasting” en op een onjuiste opvatting van het nationale recht.

a) Eerste groep argumenten (uiteindelijke schuldenaar van de litigieuze heffing)

34. Met de eerste groep argumenten betogen WEPA en Duitsland in wezen dat het Gerecht het begrip „eindverbruiker” in de zin van het nationale recht onjuist heeft uitgelegd, aangezien noch het nationale recht noch de Duitse nationale autoriteiten een betalingsverplichting opleggen aan consumenten of systeembeheerders. WEPA betoogt in wezen dat, zelfs indien elektriciteitsleveranciers de heffing in de praktijk altijd aan de eindverbruikers van de elektriciteit zouden hebben doorberekend, dit volgens de uit het arrest EEG 2012 voortvloeiende rechtspraak niet volstond voor de vaststelling dat er sprake was van een verplichte, door de staat opgelegde heffing.

35. Mijns inziens moet worden onderzocht of de vraag wie de uiteindelijke schuldenaren van de litigieuze heffing waren, bepalend is.

36. WEPA heeft in eerste aanleg aangevoerd dat de heffing enkel bij de netgebruikers werd geïnd en dat er geen verplichting bestond om deze door te berekenen aan de eindverbruikers van elektriciteit, zodat de heffing had moeten worden opgevat als een netvergoeding en niet als een belasting. In punt 83 van het bestreden arrest heeft het Gerecht echter geoordeeld dat dit argument irrelevant was, gelet op het feit dat de netgebruikers de uiteindelijke schuldenaren van deze heffing waren (dat wil zeggen de leveranciers zelf en de rechtstreeks op het net aangesloten eindverbruikers), en niet andere eindverbruikers.

37. Voorts heeft het Gerecht in punt 84 van het bestreden arrest geoordeeld dat het litigieuze besluit een verplichting inhoudt om de litigieuze heffing te innen en af te wentelen op de „eindverbruikers”. Volgens mij is het relevant dat deze uitlegging wordt gestaafd door punt 20 van het arrest van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) van 6 oktober 2015, waarbij het in eerste aanleg aangevoerde argument dat de litigieuze heffing een netvergoeding was, is verworpen. Die rechterlijke instantie heeft bevestigd dat de heffing geen contractuele schadeloosstelling was, maar een externe heffing, die de beheerders verplicht moesten innen.

38. Bovendien volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het voor de kwalificatie van een maatregel als „heffing” in de zin van de artikelen 30 en 110 VWEU volstaat dat deze wordt geheven op tussenproducten of -diensten, zonder noodzakelijkerwijs op de eindverbruikers van de downstreamgoederen of -diensten te worden afgewenteld. Deze rechtspraak van het Hof[13] biedt geen enkele steun voor het standpunt dat het bestaan van een belasting slechts op staatsmiddelen wijst indien deze belasting bij eindverbruikers wordt geheven. Sterker nog, het begrip „belasting”, waarnaar in de artikelen 30 en 110 VWEU wordt verwezen, moet mijns inziens op basis van een teleologische uitlegging ruim worden opgevat.

[13] Zie met name arrest Essent Netwerk Noord (punt 49).

39. Het Gerecht heeft zich in punt 85 van het bestreden arrest terecht op dezelfde rechtspraak gebaseerd.

40. Ik ben van mening dat het Gerecht zijn benadering terecht heeft gebaseerd op de vraag of particuliere entiteiten of overheidsinstanties die belast zijn met de uitvoering van de regeling, de kosten daarvan uit eigen financiële middelen moeten dragen (een situatie waarin er geen sprake is van staatssteun), dan wel of zij die middelen bij derden kunnen innen (een situatie waarin er wel sprake is van staatssteun). Het maakt geen verschil of deze derden eindverbruikers zijn of een tussenliggende schakel in de waardeketen. De enige bepalende factor is immers het herverdelingseffect van de belasting, namelijk dat een staat of een privaatrechtelijke entiteit deze belasting bij ondernemingen int en haar gebruikt om een voordeel te financieren dat aan een andere categorie ondernemingen wordt verleend.

41. Uit een teleologische uitlegging en de rechtspraak van het Hof over het begrip „belasting” in de zin van de artikelen 30 en 110 VWEU volgt dat de hoedanigheid van de belastingschuldenaar hoe dan ook niet ter zake doet. Doorslaggevend is of de belasting betrekking heeft op het product in kwestie of op een noodzakelijke activiteit in verband met dat product. [14]

42. Hieruit volgt mijns inziens dat de eerste groep argumenten ongegrond moet worden verklaard.

b) Tweede groep argumenten (de litigieuze belasting was niet verplicht)

1) Het BNetzA-besluit 2011 is door de nationale rechterlijke instanties onrechtmatig verklaard

43. Ter terechtzitting heeft Duitsland met name betoogd dat het instemt met het argument dat in deze parallelle hogere voorzieningen door de betrokken begunstigden van de steun wordt aangevoerd en volgens hetwelk het Gerecht zich ten onrechte heeft gebaseerd op het BNetzA-besluit 2011, terwijl dit besluit door de Duitse rechterlijke instanties met terugwerkende kracht onrechtmatig was verklaard.

44. De vraag rijst of het Gerecht op grond van dit BNetzA-besluit tot de slotsom mocht komen dat de litigieuze heffing verplicht was, ondanks het feit dat dit besluit vervolgens nietig was verklaard door het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechterlijke instantie van de deelstaat Noordrijn-Westfalen, Düsseldorf, Duitsland) en in cassatieberoep door het Bundesgerichtshof.

45. Ik herinner eraan dat uit de arresten in de zaken Commissie/Aer Lingus en Ryanair Designated Activity [15] en Heiser [16] volgt dat de eventuele onrechtmatigheid van een nationale regeling het staatssteunkarakter ervan niet kan wegnemen.

46. In het arrest Heiser staat te lezen: „Ook al is de regeling tot herziening van aftrek […] onrechtmatig, dan nog *kan zij effect sorteren zolang zij niet is ingetrokken of toch in ieder geval zolang niet is vastgesteld dat zij onrechtmatig is*” (cursivering van mij).

[14] Ibidem.

[15] Arrest van 21 december 2016 (C-164/15 P en C-165/15 P, EU:C:2016:990, punt 69).

[16] Arrest van 3 maart 2005 (C-172/03, EU:C:2005:130, punt 38).

47. Zo ook geldt volgens het arrest Commissie/Aer Lingus en Ryanair Designated Activity dat „[d]e omstandigheid dat een belastingmaatregel in strijd is met andere bepalingen van het recht van de Unie dan de artikelen 107 en 108 VWEU [niet betekent] dat de vrijstelling van deze maatregel voor bepaalde belastingplichtigen niet als staatssteun kan worden gekwalificeerd, *zolang de betrokken maatregel effect sorteert* jegens andere belastingplichtigen en niet is ingetrokken, noch dat is vastgesteld dat hij onrechtmatig en dus niet van toepassing is" (cursivering van mij).

48. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft verklaard, heeft de Duitse wetgever de situatie aldus geregeld dat is gewaarborgd dat de inning van de litigieuze heffing na de nietigverklaring door het Bundesgerichtshof met terugwerkende kracht werd gecorrigeerd en rechtsgevolgen bleef sorteren, zodat de verplichting van de litigieuze heffing bleef bestaan.

49. Naar mijn mening moet in het kader van het Unierecht inzake staatssteun een maatregel worden onderzocht in het licht van de gevolgen ervan.

50. Uit voormelde rechtspraak volgt mijns inziens dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld (in de punten 74 en 89 van het bestreden arrest) dat voor de toetsing van staatssteun doorslaggevend is dat het BNetzA-besluit 2011 in de relevante periode daadwerkelijk is toegepast en rechtsgevolgen heeft gesorteerd.

51. Dit besluit had in de relevante periode juridisch bindende kracht en heeft netbeheerders ertoe verplicht om de litigieuze heffing bij netgebruikers te innen.

52. De tekst van punt 3 van het BNetzA-besluit 2011 legde de verplichting tot inning van de litigieuze heffing op aan de distributiesysteembeheerders, die deze heffing zodoende moesten innen bij hun afnemers. Aangezien dit besluit deel uitmaakte van de tijdens de relevante periode geldende regeling en bindende gevolgen heeft gehad – te meer daar deze gevolgen na de nietigverklaring door de nationale rechterlijke instanties niet zijn tenietgedaan (door de bepalingen waarbij deze regeling achtereenvolgens is ingetrokken) – heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat de op de litigieuze heffing gebaseerde regeling juridisch bindende kracht heeft gehad (bestreden arrest, punt 89).

53. Mijn beoordeling in deze conclusie vindt ook steun in het arrest van het Hof in de zaak Deutsche Post/Commissie[17], waarin is geoordeeld dat een nietig verklaard besluit nog steeds rechtsgevolgen kan sorteren. Aangezien het beroep tot nietigverklaring in die zaak was ingesteld voordat het Gerecht het arrest had gewezen waarbij het betrokken besluit nietig werd verklaard (en dit dus met terugwerkende kracht van de rechtsorde werd uitgesloten), moest de ontvankelijkheid van dat beroep worden beoordeeld aan de hand van het tijdstip waarop het was ingesteld, aangezien het negatieve besluit van 2002 nog steeds van kracht was en deel bleef uitmaken van de rechtsorde van de Unie.

[17] Arrest van 24 oktober 2013 (C-77/12 P, EU:C:2013:695, punten 65 en 66).

54. Ten slotte moet in dit verband worden opgemerkt dat de Duitse wetgever uitdrukkelijk beoogde dat rechtsgevolgen werden gesorteerd. [18]

55. De argumenten die zijn gebaseerd op het feit dat het BNetzA-besluit 2011 onrechtmatig was verklaard door de nationale rechterlijke instanties moeten naar mijn mening dan ook ongegrond worden verklaard.

2) Artikelen 30 en 110 VWEU (begrip „belasting") en arrest Essent Netwerk Noord (verplicht karakter van de heffing)

i) Artikelen 30 en 110 VWEU (begrip „belasting")

56. WEPA en Duitsland voeren in wezen aan dat het Gerecht met name in punt 85 van het bestreden arrest het begrip „belasting" in de zin van de artikelen 30 en 110 VWEU onjuist heeft uitgelegd teneinde vast te stellen dat de litigieuze heffing onder dit begrip valt. Het is juist dat het Gerecht, ter rechtvaardiging van het feit dat ook een verplichting tot het innen van een heffing in verband met het gebruik van het net een belasting kan zijn, naar het begrip „belasting" in de zin van de artikelen 30 en 110 VWEU verwijst.

57. Zoals in punt 38 van deze conclusie is toegelicht, moet het begrip „belasting", waarnaar in de artikelen 30 en 110 VWEU wordt verwezen, ruim worden opgevat.

58. In het arrest Essent Netwerk Noord heeft het Hof (in punt 40) geoordeeld dat „de artikelen [30 en 110 VWEU] […] complementaire functies vervullen [en] beide tot doel [hebben] elke nationale fiscale regeling tegen te gaan die *producten* afkomstig uit of bestemd voor andere lidstaten kan discrimineren door het vrije verkeer ervan binnen de [Unie] onder normale mededingingsvoorwaarden te belemmeren" (cursivering van mij).

59. Zoals in punt 41 van deze conclusie is opgemerkt, volgt uit het begrip „belasting" in de zin van de artikelen 30 en 110 VWEU dat de hoedanigheid van de belastingschuldenaar hoe dan ook niet ter zake doet. Doorslaggevend is of een dergelijke belasting betrekking heeft op het product in kwestie of op een noodzakelijke activiteit in verband met dat product.

60. In casu wordt de litigieuze heffing geïnd met betrekking tot het gebruik van het net. Naar het – juiste – oordeel van het Gerecht is het feit dat de heffing niet de tegenprestatie is voor het gebruik van het net, maar veeleer een verplichte heffing, bepalend voor de kwalificatie als belasting.

61. Het gebruik van het net moet in het kader van de artikelen 30 en 110 VWEU worden beschouwd als een tussenproduct of, meer in het bijzonder, als een tussendienst, overeenkomstig de hierboven besproken rechtspraak van het Hof. Het Gerecht heeft dus mijns inziens geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door met een beroep op de artikelen 30 en 110 VWEU „belasting" te definiëren als een heffing op een geleverd product of een geleverde dienst.

[18] In document 18/8915 van de Bundestag (tweede kamer van het Duitse federale parlement) van 22 juni 2016, staat op de bladzijden 39 en 40 het volgende te lezen: „De bepalingen van de nieuwe § 24, eerste volzin, punt 3, en tweede volzin, punt 5, EnWG treden krachtens het nieuwe lid 9, eerste volzin, met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2012 in werking. De wijzigingen hebben derhalve ook met terugwerkende kracht betrekking op een voldongen en tot het verleden behorend feit, namelijk de inning van de [litigieuze] heffing op het eindverbruik van elektriciteit. […] De in het nieuwe lid 9 voorgeschreven terugwerkende kracht is tevens noodzakelijk om een onduidelijke juridische situatie te verduidelijken. […] Ongedaanmaking zou leiden tot ingewikkelde wederzijdse verrekeningen, zonder dat er bij degenen die de heffing tot nu toe moesten betalen sprake is van gewettigd vertrouwen ter zake."

ii) Arrest Essent Netwerk Noord en de latere rechtspraak van het Hof (verplicht karakter van de heffing)

62. Voorts kan het antwoord op de vraag of het voor de vaststelling dat er sprake is van staatsmiddelen noodzakelijk is dat de heffing verplicht is, worden afgeleid uit de bestaande rechtspraak van het Hof, aangezien de onderhavige zaken vergelijkbaar zijn met de feitelijke situatie die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Essent Netwerk Noord.

63. De zaak Essent Netwerk Noord betrof een belasting in Nederland. Een netbeheerder (die volledig door de overheid werd gecontroleerd) inde bij binnenlandse afnemers van elektriciteit een belasting (tarieftoeslag) op het gebruik van zijn elektriciteitsnet. Net als in de onderhavige zaken was in die zaak bij nationale wetgeving voorzien in de belasting en inde de netbeheerder geld bij consumenten en financierde hij op die manier de staatssteun.

64. Het Gerecht heeft terecht naar het arrest in die zaak verwezen en in punt 58 van het bestreden arrest opgemerkt dat „het Hof tot de slotsom was gekomen dat een toeslag op getransporteerde elektriciteit die volgens objectieve criteria is vastgesteld, bij wet aan de elektriciteitsverbruikers is opgelegd en door de systeembeheerders wordt geïnd, een ‚heffing' vormt waarvan de opbrengsten staatsmiddelen zijn".

65. In het arrest Essent Netwerk Noord maakt het Hof een aantal opmerkingen die voor de onderhavige hogere voorzieningen van belang zijn.

66. Ten eerste volgt uit een opmerking van het Hof dat het geen verschil maakt of de belasting betrekking heeft op het product als zodanig, bijvoorbeeld elektriciteit, of op een noodzakelijke activiteit in verband met het product, bijvoorbeeld het transport van elektriciteit (arrest Essent Netwerk Noord, punt 44). In casu heeft de belasting betrekking op het transport van elektriciteit.

67. Ten tweede wijst het Hof erop dat het feit dat de toeslag een eenzijdig opgelegde last is, doorslaggevend is voor het bestaan van een belasting (arrest Essent Netwerk Noord, punt 45). In casu is bij het BNetzA-besluit 2011 aan de distributiesysteembeheerders op juridisch bindende wijze de verplichting opgelegd om de litigieuze heffing bij netgebruikers te innen (punt 96 van het bestreden arrest).

68. Ten derde oordeelt het Hof dat het „weinig relevant [is] dat de financiële last niet door de staat wordt geheven" (arrest Essent Netwerk Noord, punt 46). In casu waren de distributiesysteembeheerders verantwoordelijk voor het innen van de litigieuze heffing.

69. Ten slotte is in de onderhavige zaken, net als in de situatie die heeft geleid tot het arrest Essent Netwerk Noord, de litigieuze heffing bedoeld ter dekking van de kosten voor het gebruik van het net die de Duitse bandlastverbruikers normaliter zelf hadden moeten dragen.

70. De vrijstelling van de nettarieven voor bandlastverbruikers heeft hun mededingingspositie dus verbeterd. Gelet op het fiscale karakter van de heffing die in casu aan de orde is, dienen deze middelen als staatsmiddelen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU te worden aangemerkt. Dit stemt bovendien overeen met de rechtspraak, volgens welke de financiering van een voordeel uit de opbrengst van een belasting impliceert dat het voordeel met staatsmiddelen is bekostigd. [19]

[19] Arrest Essent Netwerk Noord (punt 66).

71. Mijns inziens is niet alleen het arrest Essent Netwerk Noord, maar ook het arrest FVE Holýšov I bijzonder relevant. De zaken die tot deze twee arresten hebben geleid, zijn wat de feitelijke context betreft vergelijkbaar met de onderhavige zaken en tonen aan dat het Hof de in de onderhavige hogere voorzieningen opgeworpen vragen in feite reeds heeft behandeld.

72. In het arrest FVE Holýšov I (punt 46) heeft het Hof uiteengezet dat het niet van belang is of het betrokken financieringsmechanisme naar nationaal recht al dan niet als een belasting of parafiscale heffing is gekwalificeerd. Voor het Unierecht inzake staatssteun volstaat het te weten dat een dergelijke heffing wordt geheven en dat zij eenzijdig bij een handeling van de staat is opgelegd.

73. In beide arresten merkt het Hof op dat het gaat om een verplichting om eenzijdig geld te innen en dat er dus sprake is van staatsmiddelen. Deze kwestie brengt ons bij het recente arrest DOBELES HES (punt 34), waarin het arrest Essent Netwerk Noord nader wordt toegelicht. Volgens mij is dit van belang voor de uitkomst van de onderhavige hogere voorzieningen.

74. In dat punt 34 overweegt het Hof het volgende: „Wat in de tweede plaats de voorwaarde betreft dat het voordeel ‚met staatsmiddelen is bekostigd', waarover de verwijzende rechter specifiek twijfels heeft, heeft het Hof geoordeeld dat bedragen die voortvloeien uit de door de staat aan afnemers van elektriciteit opgelegde prijstoeslag, neerkomen op een op de elektriciteit drukkende belasting en met ‚staatsmiddelen' zijn bekostigd in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU". [20]

75. Ik wijs erop dat in het arrest DOBELES HES niet alleen het arrest Essent Netwerk Noord wordt toegelicht, maar in de punten 36 en 37 ook andere bestaande rechtspraak (met name het arrest EEG 2012, punten 70 en 71).

76. Het Hof wijst op verschillen tussen de arresten EEG 2012 en DOBELES HES. Het Hof zet uiteen dat er in eerstgenoemde zaak geen sprake was van een verplichte bijdrage, aangezien het niet wettelijk verplicht was om de EEG-heffing te innen en dit uitsluitend op vrijwillige basis werd gedaan. Hiermee maakt het Hof duidelijk dat het dwingende karakter doorslaggevend is voor de vaststelling of de litigieuze heffing een verplichte bijdrage is. Het enkele feit dat geld wordt overgedragen of kan worden overgedragen, volstaat op zich niet. In casu bestond er echter juist een verplichting om de belasting (of heffing) te innen, terwijl het arrest EEG 2012 geen betrekking had op een belasting.

77. Anders dan in het arrest EEG 2012 is het innen van de heffing in de onderhavige zaken geen commerciële beslissing van de netbeheerders, maar vindt zij plaats op basis van wettelijke bepalingen (in het bijzonder het besluit van de BNetzA).

78. Bijgevolg moet er een onderscheid worden gemaakt tussen het financieringsmechanisme dat in casu aan de orde is en het mechanisme waar het in het arrest EEG 2012 om ging. In casu volstaat *het bestaan van de heffing* op zich voor de kwalificatie als staatsmiddelen.

79. Wat het tweede criterium uit het arrest EEG 2012 betreft, namelijk *staatscontrole* (de bevoegdheid om te beschikken) over de middelen zelf of over de entiteit die deze middelen beheert, heb ik er reeds op gewezen dat het gaat om twee alternatieve – en niet cumulatieve – criteria.

[20] Het Hof haalt hiertoe arrest Essent Netwerk Noord (punten 47 en 66) aan.

80. Indien er in het arrest EEG 2012 sprake was geweest van een verplichte heffing, waren de overwegingen van het Hof in punt 72 van dat arrest niet nodig geweest.

81. Juist omdat niet was voldaan aan de voorwaarden in punt 71, achtte het Hof het immers noodzakelijk om zijn redenering in punt 72 voort te zetten.

82. In punt 71 van dat arrest oordeelde het Hof dat „[h]et door het Gerecht […] geconstateerde feit dat de uit de EEG-heffing voortvloeiende financiële last ‚in de praktijk' werd doorberekend aan de eindafnemers en derhalve ‚uit het oogpunt van de gevolgen ervan' kon ‚worden gelijkgesteld met een belasting die wordt geheven op het elektriciteitsverbruik in Duitsland', [niet volstond] om daaruit te besluiten dat de EEG-heffing dezelfde kenmerken had als de prijsopslag voor elektriciteit die het Hof heeft onderzocht in het arrest [Essent Netwerk Noord]".

83. Het Hof begint punt 72 dan ook met het woord „bijgevolg": „Bijgevolg moet worden onderzocht of het Gerecht op basis van de overige twee elementen die […] in herinnering zijn gebracht in punt 62 van het onderhavige arrest, niettemin tot de slotsom kon komen dat de door de EEG-heffing gegenereerde middelen staatsmiddelen waren omdat zij voortdurend onder overheidscontrole en dus ter beschikking van de overheid stonden […]. In dat geval maakt het weinig uit of de EEG-heffing als ‚belasting' kan worden aangemerkt."

84. Met andere woorden, in de zaak EEG 2012 was de situatie totaal anders dan in de onderhavige zaken.

85. In de zaak EEG 2012 stond de Duitse wetgever de elektriciteitsbedrijven toe om bepaalde heffingen te innen, maar dit was slechts een mogelijkheid en geen verplichting. De staat gaf de beheerders een keuze: indien zij van deze mogelijkheid gebruikmaakten, dan moest het geïnde geld worden bestemd voor een specifiek, door de staat bepaald gebruik (te weten ter compensatie van de extra kosten in verband met hernieuwbare energie). In die zaak kwam het Hof dan ook tot de slotsom dat, aangezien er geen verplichting tot inning van deze heffingen bestond, de staat geen controle over deze middelen uitoefende.

86. Blijkens de voorgaande overwegingen en de rechtspraak, en zoals door de Commissie in het litigieuze besluit en door het Bundesgerichtshof is vastgesteld, was de litigieuze heffing een belasting die op grond van een wettelijke verplichting werd geïnd. In het arrest DOBELES HES is recentelijk bevestigd dat dit volstaat om te oordelen dat er sprake is van staatsmiddelen.

87. Ik ben derhalve van mening dat het bestreden arrest op dit punt geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

88. De argumenten die zijn gebaseerd op de artikelen 30 en 110 VWEU (het begrip „belasting") en op het arrest Essent Netwerk Noord en de daaropvolgende rechtspraak (verplicht karakter van de heffing) moeten mijns inziens ongegrond worden verklaard.

3) Onjuiste opvatting van het nationale recht en geen verplichting om de litigieuze heffing te innen of te betalen

89. WEPA en Duitsland betogen in wezen dat het Gerecht het nationale recht in zoverre onjuist heeft opgevat dat het innen van de litigieuze heffing niet verplicht was.

90. Ten eerste is deze vaststelling van het Gerecht met betrekking tot het nationale recht een feitelijke vaststelling, die Duitsland in een hogere voorziening bij het Hof niet kan betwisten, en deze lidstaat heeft dit in feite ook niet rechtstreeks gedaan.

91. Ten tweede ben ik van mening dat de kwalificatie van de litigieuze heffing als belasting niet berust op een onjuiste opvatting van het nationale recht. WEPA betwist feitelijke vaststellingen van het Gerecht. Hoewel zij stelt dat het Gerecht de feiten onjuist heeft opgevat en de inhoud en draagwijdte van het nationale recht verkeerd heeft begrepen, wenst zij uiteindelijk een nieuwe beoordeling van de feiten door het Hof. Daartoe is het Hof in hogere voorziening echter niet bevoegd. [21]

92. Volgens de rechtspraak is het Hof „[w]at in het kader van een hogere voorziening het onderzoek van de vaststellingen van het Gerecht met betrekking tot […] nationale wetgeving betreft, […] bevoegd om te onderzoeken, ten eerste of het Gerecht op basis van de hem overgelegde documenten en andere stukken de formulering van de betrokken nationale bepalingen [of] van de nationale rechtspraak […] niet onjuist heeft voorgesteld, ten tweede of het Gerecht gelet op deze gegevens geen vaststellingen heeft verricht die duidelijk in strijd zijn met de inhoud ervan, en ten slotte of het Gerecht bij het onderzoek van alle gegevens voor de vaststelling van de inhoud van de betrokken nationale wetgeving niet aan één gegeven een belang heeft toegekend dat het niet heeft ten opzichte van de andere gegevens, voor zover dit duidelijk blijkt uit de stukken in het dossier”. [22]

93. Mijns inziens voldoen de door WEPA aangevoerde argumenten duidelijk niet aan deze vereisten. Het volstaat immers niet dat WEPA zich beperkt tot een schematische weergave van de feitelijke vaststellingen van het Gerecht en haar eigen opvatting van de juiste uitlegging van het nationale recht daar tegenover stelt. Zij geeft niet aan welk bewijselement het Gerecht in het bijzonder onjuist zou hebben opgevat en zet niet uiteen op welke wijze deze onjuiste opvatting duidelijk zou blijken uit de stukken van het dossier waarover het Hof beschikt.

94. In de punten 84 en 86 tot en met 88 van het bestreden arrest heeft het Gerecht op basis van het nationale recht (in het bijzonder het BNetzA-besluit 2011) vastgesteld dat de litigieuze heffing werd geïnd bij eindverbruikers. Het door WEPA en Duitsland naar voren gebrachte argument dat er enkel sprake is van een „heffing” in de zin van het arrest Essent Netwerk Noord wanneer de eindverbruiker de tot betaling van de heffing gehouden persoon is, treft dus geen doel.

95. Zoals in de punten 36 tot en met 41 van deze conclusie is toegelicht, volgt mijns inziens uit de rechtspraak dat de hoedanigheid van de belastingschuldenaar hoe dan ook niet ter zake doet. Doorslaggevend is daarentegen of de belasting betrekking heeft op het product in kwestie of op een noodzakelijke activiteit in verband met dat product.

96. Bovendien deel ik het standpunt van de Commissie dat de inningsverplichting en de betalingsverplichting twee kanten van dezelfde medaille zijn [23], zodat evenmin relevant is of de aan de netgebruikers opgelegde betalingsverplichting voortvloeit uit de nationale wetgeving of uit het BNetzA-besluit 2011.

[21] Zie bijvoorbeeld arrest van 25 juli 2018, QuaMa Quality Management/EUIPO (C-139/17 P, EU:C:2018:608, punten 33 en 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

[22] Arrest van 5 juli 2011, Edwin/BHIM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, punt 53).

[23] Wanneer de reguleringsinstantie van een aan regelgeving onderworpen entiteit verlangt dat deze een belasting int, verlangt zij tegelijkertijd van de belastingschuldenaar dat deze de belasting betaalt. Anders zou die entiteit de door de autoriteit opgelegde verplichting niet kunnen nakomen.

97. Hieruit volgt dat de argumenten die zijn gebaseerd op de onjuiste opvatting van het nationale recht en op het ontbreken van een verplichting om de litigieuze heffing te innen en deze te betalen, mijns inziens ongegrond moeten worden verklaard.

4) Geen volledige compensatie voor minderopbrengsten en kosten

98. WEPA voert in wezen aan dat de nationale autoriteiten, anders dan het Gerecht in het bestreden arrest veronderstelt, de netbeheerders niet volledig hebben gecompenseerd voor de minderopbrengsten en de kosten als gevolg van de vrijstelling van de nettarieven.

99. Evenwel heeft het Gerecht op goede gronden geoordeeld dat het verlies dat de netbeheerders door de vrijstellingen van de nettarieven hebben geleden, geheel kon worden gecompenseerd uit de litigieuze heffing. Dit vloeide voort uit § 19, lid 2, zesde en zevende volzin, StromNEV 2011 [24] en het BNetzA-besluit 2011. Voor de toetsing van de heffing aan het Unierecht inzake staatssteun was het van belang dat de vrijstelling van bandlastverbruikers van de nettarieven en het daaruit voortvloeiende voordeel volledig uit de heffing werden gefinancierd. [25]

100. In punt 95 van het bestreden arrest heeft het Gerecht terecht het argument verworpen dat er geen wettelijke regeling bestond om te verzekeren dat de minderopbrengsten volledig werden gecompenseerd (met name omdat de kosten van de litigieuze heffing in geval van oninbare schuldvorderingen niet konden worden doorberekend). De kwalificatie van de litigieuze heffing als parafiscale heffing volstaat immers om de opbrengsten uit die heffing als staatsmiddelen aan te merken, zonder dat de staat zich hoeft te verbinden tot compensatie van de minderopbrengsten die het gevolg zijn van niet-betaling van die heffing, met name in het geval van oninbare schuldvorderingen.

101. Hieruit volgt mijns inziens dat de argumenten die zijn gebaseerd op het ontbreken van een volledige vergoeding van de minderopbrengsten en de kosten ongegrond moeten worden verklaard.

102. Gelet op een en ander ben ik van mening dat de tweede reeks argumenten van WEPA en Duitsland niet ter zake dienend of ongegrond moet worden verklaard.

3. Derde reeks argumenten van WEPA en Duitsland (bestaan van staatscontrole over de opbrengsten uit de litigieuze heffing)

a) Voornaamste argumenten van partijen

103. WEPA betoogt in wezen dat het bestreden arrest blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting doordat het Gerecht heeft geoordeeld dat de staat controle uitoefende over de opbrengsten uit de litigieuze heffing. Door in deze omstandigheden te oordelen dat aan het criterium „staatsmiddelen” in de zin van dat artikel 107, lid 1, VWEU was voldaan, heeft het Gerecht de strekking van het begrip „staatsmiddelen” miskend.

[24] Stromnetzentgeltverordnung van 25 juli 2005, zoals gewijzigd bij het Energiewirtschaftsgesetz (wet op de bescherming van de energievoorziening), zoals gewijzigd bij het Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften (wet tot herziening van de regelgeving voor de energiesector) van 26 juli 2011, BGBl. 2011 I, blz. 1554.

[25] Zie met name punten 91 tot en met 98 van het bestreden arrest.

104. Duitsland voert in wezen aan dat de punten 62 tot en met 64 en 76 van het bestreden arrest in tegenspraak zijn met de punten 98 en 99 van dat arrest. Volgens de rechtspraak van het Hof vormen de controle en de bevoegdheid om over de betrokken middelen te beschikken de doorslaggevende factor. Ook betoogt Duitsland dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de verhouding tussen de leverancier en de eindverbruiker van de elektriciteit niet doorslaggevend was door in casu te oordelen dat er sprake was van een verplichte heffing omdat de litigieuze heffing niet op het elektriciteitsverbruik wordt geheven maar op het gebruik van het net.

b) Beoordeling

105. Gelet op het alternatieve karakter van de twee criteria waarnaar ik in mijn beoordeling hierboven heb verwezen, volstaat het bestaan van een belasting reeds om het staatskarakter van de middelen te erkennen. Aangezien in casu aan het criterium van de „belasting" is voldaan en de beoordeling van het Gerecht op dit punt juist is, treft de derde reeks argumenten in de onderhavige hogere voorzieningen geen doel en hoeft zij niet meer te worden onderzocht.

106. De volgende opmerkingen maak ik dus slechts voor de volledigheid.

107. Niettegenstaande het feit dat aan het criterium van de „belasting" is voldaan en de beoordeling van het Gerecht – en nu in hogere voorziening die van het Hof – hier kan eindigen, neemt dit niet weg dat in casu ook dient te worden bevestigd dat het Gerecht het criterium „staatscontrole" juist heeft beoordeeld.

108. De extra kosten die voortvloeien uit de vrijstelling van de nettarieven voor bepaalde verbruikers zijn overeenkomstig de dwingende bepalingen van het recht van de betrokken lidstaat afgewenteld op de eindverbruikers.[26] Bovendien waarborgde het mechanisme van de litigieuze heffing dat de netbeheerders volledig werden gecompenseerd voor de minderopbrengsten, aangezien het bedrag van die heffing werd aangepast aan het bedrag dat door de litigieuze vrijstelling nodig werd.[27]

109. Met betrekking tot het argument van WEPA dat het bedrag van deze heffing niet door de staat werd vastgesteld, volstaat het erop te wijzen dat de transmissiesysteembeheerders bij de vaststelling van deze heffing geen enkele speelruimte hadden en dat, zoals het Gerecht in punt 98 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld, de staat wel degelijk controle uitoefende over de middelen, dat wil zeggen over het volledige mechanisme voor inning en aanwending van de litigieuze heffing.

110. Duitsland en WEPA voeren onder verwijzing naar het arrest EEG 2012 met name aan dat het exclusieve gebruik van de opbrengsten uit de litigieuze heffing staatscontrole uitsluit. Het Gerecht heeft in de punten 108 en 109 van het bestreden arrest echter terecht uiteengezet dat het Hof in dat arrest niet is teruggevallen op zijn vaste rechtspraak – die overigens door recentere rechtspraak is bevestigd[28] – maar het zich heeft beperkt tot de vaststelling dat, *bij gebreke van*

[26] Zoals het Gerecht in de punten 86 tot en met 89 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld.

[27] Zoals het Gerecht in de punten 90 en 91 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld.

[28] Zie arrest Essent Netwerk Noord (punt 69); arrest van 15 mei 2019, Achema e.a. (C-706/17, EU:C:2019:407, punt 66), en arrest EEG 2012 (punt 76). Zie ook arrest van 11 december 2014, Oostenrijk/Commissie (T-251/11, EU:T:2014:1060, punt 70).

andere elementen, dit element *op zich* niet doorslaggevend was om het bestaan van staatscontrole aan te tonen. In casu heeft het Gerecht juist een ander element vastgesteld: het bestaan van een belasting.

111. Het argument dat er geen staatscontrole is over het volledige mechanisme voor de inning van de litigieuze heffing wordt tegengesproken door het feit dat er een dwingend bestemmingsverband bestaat tussen enerzijds de litigieuze heffing (als parafiscale heffing) en anderzijds de steun die wordt verleend in de vorm van een vrijstelling van de nettarieven. Wanneer er een dergelijk verband is tussen de steunmaatregel en de financiering ervan, betekent het bestaan van een belasting die wordt ingezet om een duidelijk omschreven deel van de steun te financieren volgens de rechtspraak van het Hof automatisch dat de steun uit staatsmiddelen (dat wil zeggen uit de opbrengst van de belasting) wordt verleend. [29]

112. Ten slotte wil ik erop wijzen dat de regels voor de litigieuze heffing strenger lijken te zijn dan die voor de heffing in de zaak EEG 2012, aangezien de onderhavige heffing gebaseerd is op bindende wettelijke bepalingen en niet op een commercieel/vrijwillig besluit van de netbeheerders zoals in die zaak.

113. Hieruit volgt dat de derde reeks argumenten van WEPA en Duitsland mijns inziens niet ter zake dienend en hoe dan ook ongegrond moet worden verklaard.

114. Derhalve moeten het eerste en tweede middel van de hogere voorziening van WEPA en het enige middel van de hogere voorziening van Duitsland ongegrond worden verklaard voor zover deze betrekking hebben op de voorwaarde dat er sprake is van een met staatsmiddelen bekostigde interventie.

III. Conclusie

115. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om (i) het eerste middel van de incidentele hogere voorzieningen van de Commissie te verwerpen, en (ii) het eerste en tweede middel van de hogere voorziening van WEPA en het enige middel van de hogere voorziening van de Bondsrepubliek Duitsland te verwerpen voor zover deze betrekking hebben op de voorwaarde dat er sprake is van een met staatsmiddelen bekostigde interventie.

[29] Zie in die zin arresten van 13 januari 2005, Streekgewest (C-174/02, EU:C:2005:10, punt 26), en 27 oktober 2005, Distribution Casino France e.a. (C-266/04–C-270/04, C-276/04 en C-321/04–C-325/04, EU:C:2005:657, punt 40), en arrest Essent Netwerk Noord (punt 90).