Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
L. MEDINA
fremsat den 9. november 2023[1]

Forenede sager C-794/21 P og C-800/21 P

Forbundsrepublikken Tyskland
mod
Infineon Technologies Dresden GmbH & Co. KG,
Infineon Technologies AG,
Europa-Kommissionen (C-794/21 P)
og
Infineon Technologies AG,
Infineon Technologies Dresden GmbH & Co. KG
mod

Europa-Kommissionen (C-800/21 P)

»Appel – statsstøtte – Tyskland – statsstøtte til fordel for visse elintensive virksomheder – fritagelse for netafgifter for perioden 2012-2013 – afgørelse, hvorved støtteordningen erklæres uforenelig med det indre marked og ulovlig, og hvorved der anordnes tilbagesøgning af den udbetalte støtte – annullationssøgsmål – søgsmålsfrist – formaliteten – støttebegrebet – statsmidler – skattelignende afgift eller andre obligatoriske bidrag – statslig kontrol over midlerne«

1. Dette forslag til afgørelse fremsættes i de forenede sager C-794/21 P og C-800/21 P. Det bør sammenholdes med mine tre øvrige forslag til afgørelse i parallelle appelsager[2], som ligeledes fremsættes i dag, og som alle vedrører den samme statsstøtteordning. Med appellen i sag C-794/21 P har Infineon Technologies Dresden GmbH & Co. KG og Infineon Technologies AG (herefter samlet »Infineon-selskaberne«), der fremstiller halvledere, nedlagt påstand om ophævelse af dom af 6. oktober 2021, Infineon Technologies Dresden og Infineon Technologies mod Kommissionen (T-233/19 og T-234/19, EU:T:2021:647) (herefter »den appellerede dom«). Ved denne dom blev Europa-Kommissionen frifundet for Infineon-selskabernes påstand om annullation af Europa-Kommissionens afgørelse af 28. maj 2018 i statsstøttesag gennemført af Tyskland til fordel for båndlastbrugere i henhold til § 19 i elnetsbekendtgørelsen[3] vedrørende

[1] – Originalsprog: engelsk.

[2] – Der er tale om følgende tre sæt af forenede sager: i) C-790/21 P og C-791/21 P, ii) C-792/21 P og C-793/21 P samt iii) C-795/21 P og C-796/21 P. Således har hele 37 elkunder, bl.a. de i nærværende appel omhandlede, anlagt tilsvarende sager for Retten med påstand om annullation af den omtvistede afgørelse. De sager, der gav anledning til Rettens fire domme, som appelleres i de parallelle sager, blev af Retten udpeget som »prøvesager«.

[3] – Afgørelse (EU) 2019/56 af 28.5.2018 i statsstøttesag SA.34045 (2013/c) (ex 2012/NN) (meddelt under nummer C(2018) 3166) (EUT 2019, L 14, s. 1). »Elnetsbekendtgørelsen« i denne afgørelses titel henviser til den tyske Stromnetzentgeltverordnung (forbundsbekendtgørelse om elektricitetstakster).

årene 2012 og 2013 (herefter »den omtvistede afgørelse«). Med appellen i sag C-800/21 P har Forbundsrepublikken Tyskland (af forenklingshensyn henvises i det følgende til »Tyskland« i stedet for til Forbundsrepublikken Tyskland) nedlagt påstand om ophævelse af den appellerede dom. Kommissionen har iværksat en kontraappel i begge de ovennævnte sager, ligeledes med påstand om ophævelse af den appellerede dom.

I. Tvistens baggrund

2. Tvistens baggrund er beskrevet i den appellerede doms præmis 1-22. Eftersom baggrunden er den samme som den baggrund, jeg har sammenfattet i det parallelle forslag til afgørelse i de forenede sager C-790/21 P og C-791/21 P (herefter »det parallelle forslag til afgørelse«), er det tilstrækkeligt at krydshenvise til det parallelle forslag til afgørelses punkt 3-14, og forslagene til afgørelse i disse parallelle sager bør sammenholdes.

II. Retlig bedømmelse

3. Kommissionen har i sine to identiske kontraappeller i sag C-794/21 P og sag C-800/21 P fremsat to anbringender til støtte herfor. Kontraappellernes to anbringender er i det væsentlige identiske med de første to anbringender i kontraappellerne i sag C-790/21 P og sag C-791/21 P. I sag C-794/21 P har Tyskland fremsat et enkelt anbringende til støtte for appellen. I sag C-800/21 P har Infineon-selskaberne fremsat to anbringender til støtte for appellen. Efter anmodning fra Domstolen vil nærværende forslag til afgørelse imidlertid alene behandle det første anbringende i Kommissionens kontraappeller (formaliteten vedrørende et annullationssøgsmål) og Tysklands eneste appelanbringende, som stemmer overens med Infineon-selskabernes første og andet appelanbringende, for så vidt som disse vedrører betingelsen om forekomsten af et indgreb finansieret ved hjælp af »statsmidler«.

A. Det første anbringende i Kommissionens kontraappeller om formaliteten vedrørende et annullationssøgsmål

1. Parternes væsentligste argumenter

4. Kommissionen har gjort gældende, at Retten begik en retlig fejl i den appellerede doms præmis 36-43 ved at anlægge en bred fortolkning af begrebet »offentliggørelse« som omhandlet i artikel 263, stk. 6, TEUF. For det første er Rettens fortolkning, ifølge Kommissionen, i strid med Domstolens praksis, i hvilken sidstnævnte drog en parallel mellem artikel 263, stk. 6, TEUF og artikel 297 TEUF. Kommissionen har hævdet, at det klart fremgår af denne retspraksis, at datoen for offentliggørelsen kun er udgangspunkt for søgsmålsfristen, hvis den pågældende retsakts ikrafttræden afhænger af offentliggørelsen, og hvis den er foreskrevet i selve traktaten. For det andet – hvad mere specifikt angår offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* (herefter »EU-Tidende«) af en afgørelse fra Kommissionen om afslutning af en formel undersøgelsesprocedure – er dette ikke en »offentliggørelse« som omhandlet i artikel 297, stk. 2, andet afsnit, TEUF. Det er derfor ikke udgangspunkt for søgsmålsfristen. For det tredje har Kommissionen fremsat en række argumenter, som efter dens opfattelse underbygger dens fortolkning af artikel 263, stk. 6, TEUF, herunder denne bestemmelses opbygning, princippet om parternes processuelle ligestilling og søgsmålsfristernes præceptive karakter.

5. Tyskland og Infineon-selskaberne har i det væsentlige gjort gældende, at Rettens fortolkning af begrebet »offentliggørelse« som omhandlet i artikel 263, stk. 6, TEUF ikke er behæftet med en retlig fejl.

2. Bedømmelse

6. Eftersom disse kontraappeller er identiske ord for ord med de kontraappeller, jeg allerede har behandlet i det parallelle forslag til afgørelse, vil jeg begrænse mig til at krydshenvise til dette forslag til afgørelse. Forslagene til afgørelse bør således sammenholdes.

7. Ifølge Kommissionen er det – i modsætning til, hvad Retten fastslog i den appellerede dom – den dato, hvor modtageren af statsstøtten fik kendskab til den omtvistede afgørelse, hvortil der skal tages hensyn ved beregningen af fristen for at anlægge et annullationssøgsmål, og ikke datoen for dens offentliggørelse i EU-Tidende. Kommissionen har derfor gjort gældende, at Retten burde have afvist Infineon-selskabernes søgsmål, idet det blev iværksat for sent.

8. Som jeg har redegjort for i det parallelle forslag til afgørelses punkt 20-30, foreslår jeg, at Kommissionens fortolkning forkastes, da den hverken understøttes af artikel 263, stk. 6, TEUF, af Domstolens praksis eller af formålet med denne bestemmelse.

9. Desuden ville Kommissionens fortolkning – som jeg har påpeget i det parallelle forslag til afgørelses punkt 31 – indebære, at støttemodtagerens effektive retsbeskyttelse ville blive begrænset.

10. Endelig forklarer jeg i det parallelle forslag til afgørelses punkt 32-35, at Kommissionens argument om, at Infineon-selskaberne – som modtog den omtvistede afgørelse i forbindelse med den nationale procedure for tilbagesøgning af støtten – i den foreliggende sag iværksatte deres annullationssøgsmål *før* offentliggørelsen af den omtvistede afgørelse i EU-Tidende, ikke ændrer ved min konklusion.

11. Det er følgelig min opfattelse, at Retten med rette fastslog, at Kommissionens formalitetsindsigelse i første instans skulle forkastes, og at Kommissionens kontraappeller bør forkastes som ugrundede.

B. Tysklands eneste appelanbringende og Infineon-selskabernes første og andet appelanbringende om tilsidesættelse af artikel 107, stk. 1, TEUF vedrørende statsmidler

12. Appellerne iværksat af Tyskland (sag C-791/21 P og sag C-794/21 P) er identiske. Desuden svarer en stor del af de argumenter, som er fremsat i appellen iværksat af Covestro (sag C-790/21 P), til Infineon-selskabernes argumenter i nærværende appel (sag C-800/21 P). Derfor bør forslagene til afgørelse i disse parallelle sager sammenholdes.

13. Tysklands eneste appelanbringende (sag C-794/21 P) er baseret på tre argumenter: i) Retten fastslog ukorrekt, at betalingspligten for forbrugerne eller slutbrugerne og den statslige kontrol over midlerne eller forvalteren af disse midler var alternative kriterier, ii) Retten lagde i forbindelse med bedømmelsen af, om der foreligger et »obligatorisk bidrag, som skal bæres af de endelige forbrugere eller kunder«, ukorrekt til grund, at forholdet mellem elleverandøren og slutbrugerne af elektricitet ikke var afgørende, og tog i forbindelse med opkrævningspligten

retligt ukorrekt ikke udgangspunkt i den ved lov fastsatte forpligtelse til at betale netafgifter, og iii) Retten lagde retligt ukorrekt til grund, at det forhold, at de opkrævede netafgifter skulle anvendes til et bestemt formål, ikke udelukkede, at staten kunne råde over disse midler.

14. Infineon-selskabernes første appelanbringende (sag C-800/21 P) er opdelt i fire dele: i) For at der er tale om statsstøtte, kræver det, at finansieringen »koster staten penge«, ii) der foreligger kun statsmidler, når der består en tilstrækkelig direkte forbindelse til statsbudgettet, iii) Retten anvendte Domstolens praksis ukorrekt i denne henseende, og iv) Retten begik en retlig fejl, idet den anså den omtvistede tillægsafgift for statsmidler, skønt den reelt var private midler. Ifølge det andet appelanbringende gengav Retten faktiske omstændigheder urigtigt og tog fejl med hensyn til indhold og rækkevidde af national ret. Det gøres – i modsætning til Rettens konklusioner – gældende i) at forbundsagenturet ikke fastsatte størrelsen af den omtvistede tillægsafgift, ii) at forbundsagenturet ikke pålagde netoperatørerne en detaljeret metode til beregningen af denne tillægsafgift, iii) at netoperatørernes indtægtstab, som skyldtes fritagelserne for netafgifter, ikke var fuldt finansieret ved den omtvistede tillægsafgift, og iv) at national ret ikke krævede, at netoperatørerne skulle opkræve den omtvistede tillægsafgift.

15. Kommissionen har gjort gældende, at Tysklands eneste appelanbringende: og Infineon-selskabernes første og andet appelanbringende skal forkastes som ugrundede.

16. Eftersom de forskellige argumenter vedrørende statsmidler, som er fremsat af Tyskland i det eneste appelanbringende (sag C-794/21 P) og af Infineon-selskaberne i det første og det andet appelanbringende (sag C-800/21 P), i høj grad er sammenfaldende, er det hensigtsmæssigt at behandle dem samlet og i en rækkefølge, der følger den appellerede doms opbygning. Derfor er det først nødvendigt at se på kriteriernes karakter af alternativer, derefter kvalificeringen af den omtvistede tillægsafgift[4] som en »afgift« og endelig spørgsmålet om, hvorvidt indtægterne fra den omtvistede tillægsafgift var undergivet statslig kontrol.

1. Den første række argumenter fremsat af Tyskland og Infineon-selskaberne (to elementer, som udgør dele af et alternativ)

a) Parternes væsentligste argumenter

17. Tyskland har navnlig hævdet, at Retten begik en retlig fejl, idet den anså den omstændighed, at der forelå en afgift, og at der var statslig kontrol med indtægterne fra denne afgift (eller med forvalteren af de pågældende midler), for at være »to elementer, som er dele af et alternativ«. Den omstændighed alene, at der forelå en sådan afgift, er ikke tilstrækkeligt til, at det kan konkluderes, at der i den foreliggende sag blev anvendt »statsmidler«. Infineon-selskaberne har, mere generelt, gjort gældende, at Retten anvendte et urigtigt støtteretligt kriterium, da den anerkendte, at midler fra en »afgift« havde egenskab af statsmidler. Infineon-selskaberne har bl.a. anført, at det, for at der er tale om statsstøtte, kræves, at finansieringen af støtten »koster staten penge«, og der skal bestå en tilstrækkelig direkte forbindelse til statens budget.

[4] – Jf. det parallelle forslag til afgørelses punkt 8-12. Nærmere bestemt opkrævede distributionsnetoperatørerne en tillægsafgift af slutbrugerne, hvis beløb blev tilbageført til transmissionsnetoperatørerne for at kompensere for det indtægtstab, som fritagelsen havde givet anledning til. Fritagelsen for forpligtelsen til at betale netafgifter gjaldt for båndlastbrugere (herefter »den omtvistede fritagelse«).

b) Bedømmelse

18. Retten undersøgte retspraksis vedrørende kriteriet om »statsmidler« og fastslog, at »[i] det væsentlige bygger [Domstolens praksis] med hensyn til vurderingen af, om der er tale om statslige midler, på to centrale faktorer: Dels om der foreligger et obligatorisk bidrag, som skal bæres af de endelige forbrugere eller kunder, og som normalt betegnes som en »afgift« eller nærmere som en »skattelignende afgift«, dels om staten kontrollerer forvaltningen af systemet, navnlig gennem statslig kontrol med midlerne eller med de (ikke-statslige) organer, der forvalter disse. Der er i realiteten tale om *to elementer, som udgør dele af et alternativ*« (den appellerede dom, præmis 63, min fremhævelse).

19. Ifølge Retten »er [det] derfor nødvendigt at efterprøve, hvorvidt den omhandlede [finansierings]ordning opfylder de betingelser, der er fastsat i den relevante retspraksis vedrørende anvendelse af statsmidler […], og derfor, hvorvidt den omtvistede tillægsafgift reelt er en obligatorisk byrde og derfor sammenlignelig med en skattelignende afgift, eller – i modsat fald – hvorvidt staten i det mindste har kontrol med de opkrævede beløb eller med de organer, som varetager forvaltningen af disse midler« (den appellerede dom, præmis 77).

20. Tyskland har gjort gældende, at kriteriet om en »afgift« og kriteriet om statslig kontrol er kumulative, og har henvist til dommen i sagen FVE Holýšov I m.fl. mod Kommissionen [5], dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen [6] og PreussenElektra-dommen [7]. Disse og andre (nyere) domme fra Domstolen taler imidlertid snarere for, at kriterierne er alternativer, således som Retten også fastslog i den appellerede doms præmis 58 og 63-65 [8].

21. Efter min opfattelse er Tysklands argumenter ugrundede, for så vidt som de kan forkastes på grundlag af Domstolens seneste praksis, som bortvejrer enhver tvivl om, hvorvidt kriterierne er alternativer eller kumulative.

22. I DOBELES HES-dommen [9] behandlede Domstolens Store Afdeling to spørgsmål, som er relevante for de foreliggende appeller: i) definitionen af begrebet »afgift« og ii) forholdet mellem afgiftskriteriet og kriteriet om statslig kontrol med finansieringsordningen.

23. I denne doms præmis 39 gjorde Domstolen det klart, at de relevante kriterier i artikel 107, stk. 1, TEUF er dele af et alternativ: »[D]et kriterium, der er nævnt i denne doms foregående præmis, [dvs. forekomsten af en afgift,] [er] ikke det eneste, der gør det muligt at identificere »statsmidler« i denne bestemmelses forstand. Den omstændighed, at beløbene til stadighed er under offentlig kontrol og dermed står til rådighed for de kompetente nationale myndigheder, *er tilstrækkelig* for at kvalificere dem som »statsmidler«.«

24. Det følger heraf, at det er tilstrækkeligt, at det ene af de to kriterier er opfyldt, hvilket bekræftes af DOBELES HES-dommens præmis 42, hvori Domstolen direkte nævner, at der er »alternative kriterier«.

[5] – Dom af 16.9.2021 (C-850/19 P, EU:C:2021:740) (herefter »dommen i sagen FVE Holýšov I«).

[6] – Dom af 28.3.2019 (C-405/16 P, EU:C:2019:268, herefter »EEG 2012-dommen«).

[7] – Dom af 13.3.2001 (C-379/98, EU:C:2001:160, herefter »PreussenElektra-dommen«).

[8] – Jf. i denne retning EEG 2012-dommen, præmis 72, dom af 15.5.2019, Achema m.fl. (C-706/17, EU:C:2019:407, præmis 64-66), af 17.7.2008, Essent Netwerk Noord m.fl. (C-206/06, EU:C:2008:413, herefter »dommen i sagen Essent Netwerk Noord«, præmis 66), og af 13.9.2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, præmis 30) (Domstolen afviste, at det første kriterium, forekomsten af en afgift, var opfyldt, men undersøgte derefter det andet kriterium, statslig forvaltning af anvendelsen af midlerne (præmis 31), og det tredje kriterium, statslig kontrol med midlernes forvaltere (præmis 34 og 35)), samt dommen i sagen FVE Holýšov I (præmis 46).

[9] – Dom af 12.1.2023, DOBELES HES (C-702/20 og C-17/21, EU:C:2023:1, herefter »DOBELES HES-dommen«).

25. Retten begik derfor ikke en retlig fejl i fortolkningen af artikel 107, stk. 1, TEUF i den appellerede dom, idet den fulgte Domstolens eksisterende praksis, da den i præmis 63 fastslog, at de ovennævnte kriterier »udgør dele af et alternativ«, og denne tilgang er efterfølgende blevet bekræftet på ny i DOBELES HES-dommen. Det var følgelig tilstrækkeligt, at Domstolen i den appellerede dom enten konstaterede, at der forelå en afgift, eller at finansieringsordningen var under statslig kontrol, idet hvert af disse kriterier ville have været tilstrækkeligt i sig selv til at bekræfte, at der var tale om statsmidler. Det følger heraf, at Tysklands argumenter om, at disse kriterier er kumulative, efter min opfattelse bør forkastes som åbenbart ugrundede.

26. Ganske vist anførte Retten ikke dette udtrykkeligt, men efter min opfattelse fremgår det klart af læsningen af den appellerede dom (navnlig præmis 77), at den alene undersøgte det andet kriterium for fuldstændighedens skyld. Eftersom kriteriernes karakter af alternativer var genstand for stor uenighed blandt parterne for Retten, fulgte denne princippet om god retspleje og undersøgte begge elementer af alternativet.

27. Endvidere har Tyskland til støtte for sit argument om, at kriteriet om en »afgift« og kriteriet om statslig kontrol bør være kumulative, ligeledes gjort gældende, at den appellerede doms fortolkning af artikel 107, stk. 1, TEUF (som bekræftes af Domstolens praksis) under alle omstændigheder er i strid med traktaternes opbygning og ville resultere i »konsekvenser, som ikke er foreskrevet i traktaterne«. Tyskland har anført, at en hvilken som helst afgift eller supplerende byrde, som pålægges af staten, nødvendigvis ville blive omfattet af begrebet »statsmidler«, hvilket ville stride mod medlemsstaternes beskatningskompetence. Tyskland har videre gjort gældende, at formålet med forbuddet mod ulovlig statsstøtte er at beskytte mod overtrædelser af den frie konkurrence fra statens side, hvilket indebærer, at det kun vedrører tilsidesættelser af konkurrencen med forbindelse til statsbudgettet, eller som involverer midler, der er underlagt statens rådighedsbeføjelse. Infineon-selskaberne har fremsat et lignende argument.

28. Som Kommissionen har påpeget, er disse argumenter imidlertid baseret på en fejlagtig forståelse af traktaterne [10] samt på en sammenblanding af på den ene side retspraksis vedrørende artikel 30 TEUF og 110 TEUF og på den anden side retspraksis vedrørende artikel 34 TEUF. Forbuddet mod forskelsbehandling i de to førstnævnte artikler forklares ved det forhold, at både told og afgifter i sagens natur er skatter (de er afgifter, som anvendes af staten til at opnå politiske mål). Desuden er det tilstrækkeligt at påpege, at den primære afgørende faktor i forbindelse med statsmidler er, at konkurrencefordrejningen er statens værk (og ikke en virksomheds). Hvad der er vigtigt – i strid med, hvad Tyskland synes at foreslå (dette forslag til afgørelses punkt 27) – er imidlertid, at der ikke er noget i traktaternes opbygning, som indikerer, at alene støtte, »som finansieres af statsbudgettet«, skal anses for statsstøtte. Det er altid fremgået klart af Domstolens praksis, at den omstændighed alene, at ressourcestrømmene udelukkende går gennem privatretlige juridiske enheder, ikke er tilstrækkeligt til at tilbagevise, at der er tale om statens effektive kontrol i henhold til støttebegrebet [11].

[10] – Tyskland overser traktaternes nøjagtige opbygning. Artikel 30 TEUF indgår i afsnit II, kapitel 1, med overskriften »Toldunion«; artikel 110 TEUF indgår i afsnit VII, kapitel 2, med overskriften »Fiskale bestemmelser«. De indeholder et absolut forbud mod forskelsbehandling. Herved adskiller de sig fra artikel 34 TEUF, som indgår i afsnit II, kapitel 3, med overskriften »Forbud mod kvantitative restriktioner mellem medlemsstaterne«, som vedrører frie varebevægelser, og som samtidig, i modsætning til artikel 30 TEUF og 110 TEUF, giver mulighed for, at restriktioner for de frie varebevægelser kan begrundes.

[11] – Jf. kendelse af 22.10.2014, Elcogás (C-275/13, EU:C:2014:2314, præmis 25 og den deri nævnte retspraksis). Jf. desuden dom af 9.11.2017, Kommissionen mod TV2/Danmark (C-656/15 P, EU:C:2017:836, præmis 48).

29. I modsætning til, hvad Tyskland har gjort gældende, har den systematiske forskel – med hensyn til placering i EUF-traktaten – mellem artikel 30 og 110 og artikel 107 ingen væsentlig indflydelse i forbindelse med de foreliggende sager. De nævnte tre bestemmelser har derimod noget tilfælles, nemlig at de vedrører statens skattemæssige foranstaltninger. Domstolen har således – vedrørende de to kategorier af bestemmelser – anlagt en bred fortolkning af »statslig kontrol«, navnlig for at forhindre omgåelse af reglerne i disse bestemmelser [12].

30. Desuden er det ikke korrekt at hævde, at »enhver [overførsel] af aktiver mellem private [juridiske personer], som er foreskrevet i loven, [ville blive sidestillet] med anvendelse af statsmidler«. F.eks. er en mindstepris, som er fastsat ved lov, ikke en afgift. Her er det tilstrækkeligt at henvise til PreussenElektra-dommen og EEG 2012-dommen. PreussenElektra-dommen vedrørte en lovbestemt mindstepris, som blev anvendt mellem to privatretlige juridiske enheder. Den privatretlige juridiske enhed, som skulle anvende mindsteprisen, kunne ikke vælte omkostningerne over på sine kunder. Der forelå derfor ikke en afgift.

31. I EEG 2012-dommen præciserede Domstolen, at alene *muligheden* for, at kunderne kunne blive påvirket, ikke var tilstrækkelig til at anse de anvendte midler for at være statsmidler. Det kan kun formodes, at der er tale om anvendelse af statsmidler – i form af en afgift – hvis den privatretlige juridiske enhed, som er underlagt forpligtelsen, ligeledes har en *forpligtelse* til at overvælte meromkostningerne på en tredjepart ved at opkræve en afgift af denne.

32. Efter min opfattelse følger det af ovenstående betragtninger, at Retten korrekt fastslog, at disse kriterier udgør dele af et alternativ. Den appellerede dom er derfor ikke behæftet med en retlig fejl i denne henseende, og den første række argumenter fremsat af Tyskland og af Infineon-selskaberne bør forkastes som ugrundede.

2. Den anden række argumenter fremsat af Tyskland og Infineon-selskaberne (kvalificeringen af den omtvistede tillægsafgift som en »afgift«)

33. Tyskland og Infineon-selskaberne har i forbindelse med det første af de alternative kriterier, som jeg har behandlet ovenfor, foreholdt Retten, at den med urette kvalificerede den omtvistede tillægsafgift som en »afgift«. De har gjort gældende, at kvalificeringen er baseret på en fejlagtig fortolkning af begrebet »afgift« og på en urigtig gengivelse af national lovgivning.

a) Den første gruppe argumenter (den endelige debitor for den omtvistede tillægsafgift)

34. I den første gruppe argumenter har Tyskland og Infineon-selskaberne i det væsentlige hævdet, at Retten fejlfortolkede begrebet »slutbruger« som omhandlet i national lovgivning, idet hverken den nationale lovgivning eller de tyske nationale myndigheder pålægger forbrugere eller netoperatører en betalingsforpligtelse. Infineon-selskaberne har bl.a. anført, at selv om elleverandørerne i praksis altid væltede tillægsafgiften over på slutbrugere af elektricitet, ville dette ifølge retspraksis i EEG-2012-dommen ikke være tilstrækkeligt til at fastslå, er der foreligger en obligatorisk afgift, som er pålagt af staten.

35. Jeg finder det nødvendigt at undersøge, om det har afgørende betydning, hvem der var de endelige debitorer for den omtvistede tillægsafgift.

[12] – Jf. dette forslag til afgørelses punkt 28 og fodnote 11.

36. I første instans gjorde Infineon-selskaberne gældende, at tillægsafgiften kun blev opkrævet hos netbrugerne, og at der ikke var noget krav om, at den skulle overvæltes på slutbrugerne af elektricitet, hvorfor den skulle have været anset for et netværksgebyr og ikke en afgift. I den appellerede doms præmis 84 fastslog Retten imidlertid, at dette argument var irrelevant, henset til, at de endelige debitorer for denne tillægsafgift var netbrugerne (leverandørerne selv samt de slutbrugere, som var direkte tilsluttet forsyningsnettet), ikke de øvrige slutbrugere.

37. Desuden fastslog Retten i den appellerede doms præmis 85, at den omtvistede afgørelse konstaterede, at der var en forpligtelse til at opkræve den omtvistede tillægsafgift og overvælte den på »slutbrugerne«. Jeg finder det relevant, at denne fortolkning var underbygget af præmis 20 i afgørelsen fra Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) af 6. oktober 2015, hvorved argumentet fremsat i første instans om, at den omtvistede tillægsafgift var et netværksgebyr, blev forkastet. Denne ret bekræftede, at tillægsafgiften ikke udgjorde en aftalemæssig modydelse, men en ekstern opkrævning af afgifter, som operatørerne var pålagt.

38. Endvidere fremgår det af Domstolens praksis, at det, for at en foranstaltning betragtes som en »afgift« som omhandlet i artikel 30 TEUF og 110 TEUF, er tilstrækkeligt, at den opkræves af mellemprodukter eller formidlingstjenester uden nødvendigvis at blive væltet over på slutbrugerne af produkterne eller tjenesterne i et efterfølgende led. Domstolens nævnte praksis [13] underbygger ikke det synspunkt, at en afgift kun indebærer, at der er tale om statsmidler, hvis den pågældende afgift opkræves hos slutbrugerne. Det er således min opfattelse, at begrebet »afgift« som omhandlet i artikel 30 TEUF og 110 TEUF skal forstås i bred forstand på grundlag af en formålsfortolkning.

39. Retten henviste med rette til samme praksis i den appellerede doms præmis 86.

40. Det er min opfattelse, at Retten i sin tilgang med rette tog udgangspunkt i spørgsmålet om, hvorvidt private eller offentlige instanser, som har til opgave at gennemføre ordningen, skal påtage sig udgifterne ved brug af deres egne økonomiske midler (en situation, der ikke involverer statsstøtte), eller hvorvidt de kan opkræve disse midler fra tredjeparter (en situation, hvor der er tale om statsstøtte). Det er ikke af afgørende betydning, om disse tredjeparter er slutbrugere, eller om de er et mellemled i værdikæden. Den eneste afgørende faktor er således afgiftens omfordelende virkning, dvs. at en stat eller en privatretlig juridisk enhed opkræver denne afgift fra virksomheder og anvender den til at finansiere en fordel, som ydes en anden kategori af virksomheder.

41. Det følger af en formålsfortolkning og af Domstolens praksis om begrebet »afgift« som omhandlet i artikel 30 TEUF og 110 TEUF, at der er irrelevant, hvem der i det enkelte tilfælde er debitor i forhold til afgiften. Den afgørende faktor er, hvorvidt afgiften vedrører den pågældende vare eller en varerelateret aktivitet [14].

42. Efter min opfattelse følger det heraf, at den første gruppe argumenter bør forkastes som ugrundede.

[13] – Navnlig dommen i sagen Essent Netwerk Noord (præmis 49).

[14] – Ibidem.

b) Den anden gruppe argumenter (den omtvistede afgift var ikke obligatorisk)

1) Forbundsagenturets afgørelse af 2011 blev erklæret ulovlig af nationale retter

43. Infineon-selskaberne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten med urette lagde forbundsagenturets afgørelse af 2011 til grund, skønt de tyske retter havde erklæret denne afgørelse ulovlig med tilbagevirkende kraft.

44. Spørgsmålet er, om Retten med rette kunne lægge forbundsagenturets afgørelse til grund for at konkludere, at den omtvistede tillægsafgift var obligatorisk, til trods for at den efterfølgende blev annulleret og erklæret ugyldig af Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale ret i første instans i Düsseldorf) og af Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) i en appelsag.

45. Jeg gør opmærksom på, at det følger af dommen i sagen Kommissionen mod Aer Lingus og Ryanair Designated Activity[15] og af Heiser-dommen[16], at den omstændighed, at en national ordning muligvis er ulovlig, ikke kan fjerne dens karakter af statsstøtte.

46. I henhold til Heiser-dommen »[står det, s]elv hvis det forudsættes, at den lovgivning, der foreskriver berigtigelse af fradragene, […] er ulovlig, […] ikke desto mindre fast, at denne ordning *kan have virkninger, så længe den ikke er ophævet, eller i det mindste så længe ordningens ulovlighed ikke er blevet fastsl*ået« (min fremhævelse).

47. Tilsvarende fremgår det af dommen i sagen Kommissionen mod Aer Lingus og Ryanair Designated Activity, at »[d]en omstændighed, at en afgiftsforanstaltning er i modstrid med andre EU-retlige bestemmelser end artikel 107 TEUF og 108 TEUF, [ikke] giver […] mulighed for at udelukke en fritagelse fra denne foranstaltning, som visse afgiftspligtige nyder godt af, fra kvalificeringen som statsstøtte, *så længe den pågældende foranstaltning har virkninger* i forhold til andre afgiftspligtige og hverken er blevet ophævet eller erklæret ulovlig og dermed uanvendelig« (min fremhævelse).

48. Som Kommissionen anførte i retsmødet, håndterede den tyske lovgiver situationen på en måde, der sikrede, at opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift efter Bundesgerichtshofs (forbundsdomstol) annullation blev korrigeret med tilbagevirkende kraft og fortsat havde retsvirkninger, hvorved forpligtelsen i forbindelse med den omtvistede tillægsafgift blev opretholdt.

49. Det er min opfattelse, at en foranstaltning, ifølge EU's statsstøtteregler, skal betragtes med udgangspunkt i dens virkninger.

50. Efter min opfattelse følger det af ovennævnte retspraksis, at Retten med rette fastslog (i den appellerede doms præmis 75 og 90), at det i forbindelse med kontrollen af statsstøtte var en afgørende faktor, at forbundsagenturets afgørelse af 2011 rent faktisk blev anvendt og havde retsvirkninger i den relevante periode.

51. Denne afgørelse var retligt bindende i den relevante periode og krævede, at netoperatørerne opkrævede den omtvistede tillægsafgift af netbrugerne.

15 – Dom af 21.12.2016 (C-164/15 P og C-165/15 P, EU:C:2016:990, præmis 69).

16 – Dom af 3.3.2005 (C-172/03, EU:C:2005:130, præmis 38).

52. Ifølge ordlyden af punkt 3 i forbundsagenturets afgørelse af 2011 havde distributionsnetoperatørerne pligt til at opkræve den omtvistede tillægsafgift, hvorfor de var nødsaget til at opkræve tillægsafgiften af deres kunder. Eftersom denne afgørelse udgjorde en del af den ordning, der gjaldt i den relevante periode, og havde bindende virkninger – så meget desto mere som disse virkninger reelt ikke blev trukket tilbage efter de nationale retters annullation (ved bestemmelser, hvorved ordningen successivt blev ophævet) – fastslog Retten med rette, at den ordning, som var baseret på den omtvistede tillægsafgift, havde retligt bindende virkninger (den appellerede dom, præmis 90).

53. Min bedømmelse i nærværende forslag til afgørelse understøttes også af Domstolens dom i sagen Deutsche Post mod Kommissionen[17], hvori det blev fastslået, at en annulleret afgørelse stadig kan have retsvirkninger. Eftersom annullationssøgsmålet i den pågældende sag var blevet anlagt, før Retten afsagde dom om annullation af den omtvistede afgørelse (hvorved den blev udelukket af retsordenen med tilbagevirkende kraft), skulle spørgsmålet om, hvorvidt dette søgsmål kunne antages til realitetsbehandling, bedømmes på grundlag af det tidspunkt, hvor det blev anlagt, idet den negative afgørelse af 2002 stadig var i kraft og fortsat var en del af Unionens retsorden.

54. Endelig skal det i denne henseende påpeges, at det desuden var den tyske lovgivers erklærede formål, at afgørelsen skulle have retsvirkninger[18].

55. Efter min opfattelse bør de argumenter, som er baseret på den omstændighed, at forbundsagenturets afgørelse af 2011 blev erklæret ulovlig af de nationale retter, derfor forkastes som ugrundede.

2) Artikel 30 TEUF og 110 TEUF (begrebet »afgift«) og retspraksis i dommen i sagen Essent Netwerk Noord (afgiftens obligatoriske karakter)

i) Artikel 30 TEUF og 110 TEUF (begrebet »afgift«)

56. Tyskland og Infineon-selskaberne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten i den appellerede doms præmis 86 fejlfortolkede begrebet »afgift« som omhandlet i artikel 30 TEUF og 110 TEUF, idet den konkluderede, at den omtvistede tillægsafgift svarede til dette begreb. Det er korrekt, at Retten med henblik på at begrunde, at en forpligtelse til at opkræve en tillægsafgift knyttet til anvendelsen af nettet også kan være en afgift, henviste til afgiftsbegrebet som omhandlet i artikel 30 TEUF og 110 TEUF.

57. Som jeg har redegjort for i dette forslag til afgørelses punkt 38, skal afgiftsbegrebet, hvortil der henvises i artikel 30 TEUF og 110 TEUF, forstås i bred forstand.

17 – Dom af 24.10.2013 (C-77/12 P, EU:C:2013:695, præmis 65 og 66).

18 – Ifølge dokument 18/8915 af 22.6.2016, s. 39, fra Bundestag (den tyske forbundsdag) »[træder b]estemmelserne i den nye § 24, første punktum, nr. 3, og § 24, andet punktum, nr. 5, i Energiewirtschaftsgesetz [(lov om energiproduktion)] i kraft med tilbagevirkende kraft fra den 1.1.2012, jf. den nye § 9, første punktum. Ændringerne finder derfor også anvendelse, med tilbagevirkende kraft, på et fait accompli, som ligger i fortiden, dvs. opkrævningen af [den omtvistede tillægsafgift] vedrørende det endelige forbrug af elektricitet. […] Den i den nye § 9 foreskrevne tilbagevirkende kraft er ligeledes nødvendig for at afklare en tvetydig retlig situation. […] En annullation ville medføre komplekse indbyrdes udligninger, uden at der er en berettiget forventning fra de tidligere debitorer for tillægsafgiften«.

58. I dommen i sagen Essent Netwerk Noord (præmis 40) fastslog Domstolen, at »artikel [30 TEUF og 110 TEUF understøtter] målsætningen om at forbyde enhver national skattebestemmelse, som kan virke diskriminerende *over for varer*, der sendes fra eller til andre medlemsstater, ved at hindre deres frie bevægelighed på normale konkurrencevilkår inden for [Den Europæiske Union]« (min fremhævelse).

59. Som anført i dette forslag til afgørelses punkt 41 følger det af begrebet »afgift« som omhandlet i artikel 30 TEUF og 110 TEUF, at det er irrelevant, hvem der i det enkelte tilfælde er debitor i forhold til afgiften. Den afgørende faktor er, hvorvidt en sådan afgift vedrører den pågældende vare eller en varerelateret aktivitet.

60. I de foreliggende sager opkræves den omtvistede tillægsafgift vedrørende anvendelsen af nettet. Ifølge Rettens korrekte vurdering er den omstændighed, at tillægsafgiften ikke er en modydelse for anvendelsen af nettet, men en obligatorisk afgift, afgørende for dens kvalificering som en afgift.

61. Anvendelsen af nettet skal anses for et mellemprodukt eller mere specifikt en formidlingstjeneste i henhold til artikel 30 TEUF og 110 TEUF, jf. Domstolens ovennævnte praksis. Derfor begik Retten efter min opfattelse ikke en retlig fejl ved at lægge artikel 30 TEUF og 110 TEUF til grund for at definere den pågældende afgift som en afgift på en leveret vare eller tjenesteydelse.

ii) Dommen i sagen Essent Netwerk Noord og Domstolens senere praksis (afgiftens obligatoriske karakter)

62. Endvidere kan svaret på spørgsmålet vedrørende afgiftens obligatoriske karakter som en betingelse for, at det kan fastslås, at der foreligger statsstøtte, udledes af Domstolens gældende praksis, for så vidt som de foreliggende sager svarer til de faktiske omstændigheder i den situation, der gav anledning til dommen i sagen Essent Netwerk Noord.

63. Dommen i sagen Essent Netwerk Noord drejede sig om en afgift i Nederlandene. En netoperatør (som var fuldstændigt kontrolleret af offentlige myndigheder) opkrævede en afgift (et pristillæg) af indenlandske elektricitetskunder for anvendelsen af sit elnet. I lighed med de foreliggende sager var afgiften i dommen i sagen Essent Netwerk Noord foreskrevet i national ret, og netoperatøren opkrævede penge fra kunderne og finansierede på denne måde statsstøtten.

64. Retten henviste korrekt til dommen i den pågældende sag og bemærkede i den appellerede doms præmis 59, at »Domstolen fastslog, at et tillæg på transmitteret elektricitet, som er fastsat efter objektive kriterier, pålagt elkunder ved lov, og som opkræves af netoperatørerne, udgjorde en »afgift«, som var finansieret ved hjælp af statsmidler«.

65. I dommen i sagen Essent Netwerk Noord kom Domstolen med adskillige bemærkninger, som har betydning for de foreliggende appelsager.

66. For det første bemærkede Domstolen, at det er uvæsentligt, hvorvidt afgiften påvirker varen som sådan, f.eks. elektricitet, eller hvorvidt afgiften vil påvirke en varerelateret aktivitet, f.eks. transport af elektricitet (dommen i sagen Essent Netwerk Noord, præmis 44). I de foreliggende sager påvirker afgiften transport af elektricitet.

67. For det andet påpegede Domstolen, at den omstændighed, at pristillægget er en økonomisk byrde, som pålægges ensidigt, er afgørende for, at der foreligger en afgift (dommen i sagen Essent Netwerk Noord, præmis 45). I de foreliggende sager pålagde forbundsagenturets afgørelse af 2011 distributionsnetoperatørerne, på retligt bindende måde, at opkræve den omtvistede tillægsafgift af netbrugerne (den appellerede doms præmis 97).

68. For det tredje fastslog Domstolen, at »det [er] uvæsentligt, om den økonomiske byrde opkræves af staten« (dommen i sagen Essent Netwerk Noord, præmis 46). I de foreliggende sager havde distributionsnetoperatørerne ansvaret for at opkræve den omtvistede tillægsafgift.

69. Endelig var formålet med den omtvistede tillægsafgift i de foreliggende sager – ligesom det var tilfældet i den situation, der gav anledning til dommen i sagen Essent Netwerk Noord – at dække udgifter til anvendelsen af nettet, som tyske båndlastbrugere normalt selv skulle have båret.

70. Båndlastbrugernes fritagelse for netafgifter har derfor forbedret deres konkurrencemæssige stilling. Da den omtvistede tillægsafgift i de foreliggende sager kvalificeres som en afgift, vil det være korrekt at anerkende, at disse midler er statsmidler som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF. Endvidere vil dette være i overensstemmelse med retspraksis, hvorefter finansieringen af en fordel med provenuet fra en afgift indebærer, at fordelen hidrører fra statsmidler [19].

71. Jeg anser ikke kun dommen i sagen Essent Netwerk Noord, men også dommen i sagen FVE Holýšov I for at være særlig relevant. I begge disse sager svarede de faktiske omstændigheder, der lå til grund herfor, til de faktiske omstændigheder i de foreliggende sager, og det fremgår af disse, at Domstolen faktisk allerede har behandlet de spørgsmål, som rejses i de foreliggende appelsager.

72. I dommen i sagen FVE Holýšov I (præmis 46) fastslog Domstolen, at det ikke har nogen betydning, om den pågældende finansieringsordning i henhold til national ret kvalificeres som en afgift eller en skattelignende afgift. Ifølge EU's statsstøtteregler er det kun vigtigt at vide, at der opkræves en sådan afgift, og at opkrævningen pålægges ensidigt og ved en statslig foranstaltning.

73. I begge disse domme bemærkede Domstolen, at dette udgør en forpligtelse til ensidigt at opkræve penge, og at der derfor er tale om statsmidler. Dette spørgsmål bringer os frem til den nyligt afsagte DOBELES HES-dom (præmis 34), som yderligere præciserer dommen i sagen Essent Netwerk Noord. Efter min opfattelse er dette vigtigt for afgørelsen af de foreliggende appelsager.

74. I denne præmis 34 bemærkede Domstolen, at »[Domstolen f]or det andet […] med hensyn til betingelsen om, at fordelen »ydes ved hjælp af statsmidler«, som den forelæggende ret netop nærer tvivl om, [har] fastslået, at beløb, der hidrører fra det pristillæg, som staten har pålagt elektricitetskunderne, svarer til en afgift på elektricitet og hidrører fra »statsmidler« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF« [20].

75. Det skal påpeges, at DOBELES HES-dommen videre, i præmis 36 og 37, præciserede anden retspraksis ud over dommen i sagen Essent Netwerk Noord (navnlig EEG 2012-dommen, præmis 70 og 71).

[19] – Dommen i sagen Essent Netwerk Noord (præmis 66).

[20] – Domstolen citerede i denne forbindelse dommen i sagen Essent Netwerk Noord (præmis 47 og 66).

76. Domstolen fremhævede forskelle mellem EEG 2012-dommen og DOBELES HES-dommen. Den præciserede, at der i den førstnævnte sag ikke var tale om et obligatorisk bidrag, eftersom opkrævningen af EEG-afgiften ikke var retligt bindende og kun skete på frivilligt grundlag. Domstolen fastslog derfor, at det er den obligatoriske karakter, der er afgørende ved fastlæggelsen af, om den pågældende afgift er et obligatorisk bidrag. Den omstændighed alene, at pengene overføres eller kan overføres, er ikke tilstrækkeligt. I de foreliggende sager forelå der imidlertid netop en forpligtelse til at opkræve afgiften, hvorimod EEG 2012-dommen ikke vedrørte en afgift.

77. I modsætning til situationen i EEG 2012-sagen er opkrævningen af den omtvistede tillægsafgift i de foreliggende sager ikke resultat af en kommerciel beslutning truffet af netoperatørerne, men udføres på grundlag af lovbestemmelser (navnlig forbundsagenturets afgørelse).

78. Der skal derfor sondres mellem den i de foreliggende sager omhandlede finansieringsordning og ordningen i EEG 2012-dommen. I de foreliggende sager er selve den omstændighed, at *tillægsafgiften eksisterer*, tilstrækkeligt til, at den kvalificeres som statsmidler.

79. For så vidt angår det andet af de to kriterier fra EEG 2012-dommen – dvs. *statslig kontrol* (rådighedsbeføjelse) over selve midlerne eller over den enhed, som forvalter disse midler – er de to kriterier, som det fremgår ovenfor, alternative og ikke kumulative.

80. Såfremt der havde været tale om en obligatorisk tillægsafgift i EEG 2012-dommen, ville Domstolen ikke have behøvet at behandle spørgsmålet i denne doms præmis 72.

81. Det var således netop, fordi betingelserne i præmis 71 ikke var opfyldt, at Domstolen fandt det nødvendigt at fortsætte sin argumentationskæde i præmis 72.

82. I dommens præmis 71 fastslog Domstolen, at »[d]en […] af Retten konstaterede omstændighed, at den økonomiske byrde i tilknytning til EEG-afgiften »i praksis« blev væltet over på de endelige forbrugere og derfor »med hensyn til dens virkninger [kunne] sidestilles med en afgift af elforbruget i Tyskland«, er ikke tilstrækkeligt til at konkludere, at EEG-afgiften har samme egenskaber som det pristillæg på elektricitet, der blev undersøgt af Domstolen i [dommen i sagen Essent Netwerk Noord]«.

83. Derfor indledte Domstolen præmis 72 med ordene »Det skal derfor«: »Det skal derfor efterprøves, om de to øvrige elementer, […] som er gentaget i nærværende doms præmis 62, alligevel gjorde det muligt for Retten at konkludere, at midlerne fra EEG-afgiften udgjorde statsmidler, eftersom de til stadighed var under de offentlige myndigheders kontrol og dermed stod til rådighed for de offentlige myndigheder […]. Såfremt dette er tilfældet, vil det være underordnet, om EEG-afgiften kan kvalificeres som en »afgift«.«

84. Med andre ord var situationen i EEG 2012-dommen en helt anden end i de foreliggende sager.

85. I EEG 2012-dommen tillod den tyske lovgiver elselskaber at opkræve visse afgifter, men dette var kun en mulighed, ikke en forpligtelse. Staten gav operatørerne en valgmulighed: Hvis de gjorde brug af denne mulighed, skulle de opkrævede midler anvendes til et særligt formål, som var fastsat af staten (de skulle således kompensere for merudgifter i forbindelse med vedvarende energikilder). Derfor konkluderede Domstolen i denne sag, at staten ikke kontrollerede disse midler, eftersom der ikke var en forpligtelse til at opkræve den pågældende afgift.

86. Det følger af ovenstående betragtninger og den nævnte retspraksis, at den omtvistede tillægsafgift var en lovbestemt obligatorisk opkrævning af en afgift – således som Kommissionen fastslog i den omtvistede afgørelse, og som Bundesgerichtshof (forbundsdomstol) ligeledes fastslog – hvilket, som bekræftet for nylig i DOBELES HES-dommen, er tilstrækkeligt til at fastslå, at der er tale om statsmidler.

87. Det er derfor min opfattelse, at den appellerede dom ikke er behæftet med en retlig fejl i denne henseende.

88. Efter min opfattelse bør de argumenter, som er baseret på artikel 30 TEUF og 110 TEUF (begrebet »afgift«) og på dommen i sagen Essent Netwerk Noord og senere retspraksis (afgiftens obligatoriske karakter), forkastes som ugrundede.

3) Urigtig gengivelse af national lovgivning og ingen forpligtelse til at opkræve den omtvistede tillægsafgift eller til at betale den

89. Infineon-selskaberne og Tyskland har i det væsentlige gjort gældende, at Retten gengav national lovgivning urigtigt, for så vidt som der ikke var nogen forpligtelse til at opkræve den omtvistede tillægsafgift.

90. For det første kan Tyskland ikke bestride Rettens konstatering vedrørende national lovgivning, som er en vurdering af de faktiske omstændigheder, i en appelsag for Domstolen, og denne medlemsstat har reelt direkte afstået fra at gøre dette.

91. For det andet anser jeg ikke kvalificeringen af den omtvistede tillægsafgift som en afgift for at være baseret på en urigtig gengivelse af national lovgivning. Infineon-selskaberne har bestridt Rettens vurdering af de faktiske omstændigheder. Selv om de har gjort gældende, at Retten gengav de faktiske omstændigheder urigtigt og misforstod de nationale bestemmelsers indhold og rækkevidde, er det, de ønsker, i sidste ende, at Domstolen foretager en ny vurdering af de faktiske omstændigheder. Domstolen har imidlertid ikke beføjelse til at gøre dette inden for rammerne af en appelsag [21].

92. I henhold til Domstolens praksis »[har Domstolen f]or så vidt angår den gennemgang, der under appellen finder sted af de faktiske omstændigheder, som Retten har lagt til grund i forhold til [national] lovgivning, […] kompetence til først at efterprøve, at Retten på grundlag af de dokumenter og andre oplysninger, som er blevet fremlagt for den, ikke har foretaget en urigtig gengivelse af ordlyden af de pågældende nationale bestemmelser eller af den nationale retspraksis, som er relevant for dem, […] og derefter at Retten i forhold til disse oplysninger ikke har foretaget konstateringer, der er åbenbart i strid med oplysningernes indhold, og endelig at Retten ved bedømmelsen af alle oplysningerne for at fastlægge indholdet af den pågældende nationale lovgivning ikke har tillagt en af dem en betydning, som ikke kan udledes deraf i forhold til de øvrige oplysninger, for så vidt som dette fremgår åbenbart af sagsakterne« [22].

93. Det er efter min opfattelse åbenbart, at Infineon-selskabernes argumenter ikke opfylder disse krav. Det er således ikke tilstrækkeligt, at appellanterne begrænser sig til systematisk at gentage Rettens konstateringer og sammenligne dem med deres egne synspunkter med hensyn til, hvad

[21] – Jf. f.eks. dom af 25.7.2018, QuaMa Quality Management mod EUIPO (C-139/17 P, EU:C:2018:608, præmis 33 og 34 og den deri nævnte retspraksis).

[22] – Dom af 5.7.2011, Edwin mod OHIM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, præmis 53).

de anser for at være den korrekte fortolkning af national lovgivning. De har ikke nærmere anført, hvilket bevis Retten angiveligt har gengivet urigtigt, og har heller ikke forklaret, hvorledes denne urigtige gengivelse fremgår åbenbart af sagsakterne for Domstolen.

94. I den appellerede doms præmis 85 og 87-89 fastslog Retten på grundlag af national lovgivning (navnlig forbundsagenturets afgørelse af 2011), at den omtvistede afgift blev opkrævet hos slutbrugerne. Argumentet fremsat af Infineon-selskaberne og Tyskland – dvs. at der kun er tale om en »afgift« som defineret i dommen i sagen Essent Netwerk Noord, når slutbrugeren er debitor i forhold til afgiften – er således uvirksomt.

95. Som jeg har redegjort for i dette forslag til afgørelses punkt 36-41, fremgår det efter min opfattelse af retspraksis, at det er irrelevant, hvem der i det enkelte tilfælde er debitor i forhold til afgiften. Den afgørende faktor er derimod, hvorvidt afgiften vedrører den pågældende vare eller en varerelateret aktivitet.

96. Jeg er desuden enig med Kommissionen i, at forpligtelsen til at opkræve afgiften og forpligtelsen til at betale den er to sider af samme sag [23], hvilket indebærer, at det ligeledes er irrelevant at afgøre, hvorvidt den pligt til at betale afgiften, som var pålagt netbrugerne, hidrørte fra den nationale lovgivning eller fra forbundsagenturets afgørelse af 2011.

97. I denne forbindelse er den omstændighed, at der i forbundsagenturets afgørelse af 2011 ikke var fastsat sanktioner ved manglende opkrævning af den omtvistede afgift – i modsætning til Infineon-selskabernes argumenter – ikke afgørende. Forbundsagenturet udøvede normale kontrolbeføjelser over transmissionsnetoperatørerne og kunne rette bindende afgørelser til disse operatører, såfremt de ikke opfyldte deres forpligtelser [24].

98. Det følger heraf, at argumenterne baseret på urigtig gengivelse af national lovgivning, manglende forpligtelse til at opkræve den omtvistede tillægsafgift og manglende forpligtelse til at betale den efter min opfattelse bør forkastes som ugrundede.

4) Ikke fuld kompensation for indtægtstab og udgifter

99. Infineon-selskaberne har i det væsentlige gjort gældende, at de nationale myndigheder – i modsætning til, hvad Retten anførte i den appellerede doms præmis 93, 99 og 106 ff. – ikke ydede netoperatørerne fuld kompensation for indtægtstab og udgifter, som skyldtes fritagelsen for netafgifter.

100. I modsætning til, hvad Infineon-selskaberne har gjort gældende, fastslog Retten med rette, at den omtvistede tillægsafgift gjorde det muligt at yde fuld kompensation for netoperatørernes tab som følge af fritagelserne for netafgifter. Dette fulgte af § 19, stk. 2, sjette og syvende punktum, i elnetsbekendtgørelsen af 2011 [25] og forbundsagenturets afgørelse af 2011. En afgørende faktor for bedømmelsen af tillægsafgiften ifølge EU's statsstøtteregler var, at båndlastbrugernes fritagelse for netafgifter og den heraf følgende fordel var fuldt finansieret af tillægsafgiften [26].

[23] – Når tilsynsmyndigheden kræver, at en enhed, der er underlagt regulering, opkræver en afgift, kræver den samtidig, at den afgiftspligtige betaler den. I modsat fald ville den pågældende enhed ikke være i stand til at opfylde den forpligtelse, som myndigheden har pålagt den.

[24] – § 29 og 54 i Energiewirtschaftsgesetz, som ændret ved Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften (lov om ændring af energiforsyningsreglerne) af 26.7.2011, BGBl. 2011 I, s. 1554. Jf. den omtvistede afgørelse (123. betragtning).

[25] – Stromnetzentgeltverordnung af 25.7.2005, som ændret ved Energiewirtschaftsgesetz, som ændret ved Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften (lov om ændring af energiforsyningsreglerne) af 26.7.2011, BGBl. 2011 I, s. 1554.

[26] – Jf. navnlig den appellerede doms præmis 91-97.

101. I den appellerede doms præmis 95 forkastede Retten imidlertid med rette argumentet om, at der ikke forelå en retlig ordning, som sikrede fuld kompensation for de lidte tab (bl.a. med den begrundelse, at det ikke var muligt at overvælte udgifterne til den omtvistede tillægsafgift i tilfælde af uinddrivelige fordringer). Kvalificeringen af den omtvistede tillægsafgift som en skattelignende afgift er således tilstrækkeligt til, at indtægten fra denne afgift kan anses for statsmidler, uden at det er nødvendigt, at staten har forpligtet sig til at kompensere for tab som følge af manglende betaling af tillægsafgiften, bl.a. i tilfælde af uinddrivelige fordringer.

102. Efter min opfattelse følger det heraf, at argumenterne om, at indtægtstabet og udgifterne ikke blev fuldt kompenseret, bør forkastes som ugrundede.

103. Det følger efter min opfattelse af ovenstående betragtninger, at den anden række argumenter fremsat af Tyskland og Infineon-selskaberne bør forkastes som enten uvirksomme eller ugrundede.

3. Den tredje række argumenter fremsat af Tyskland og Infineon-selskaberne (statslig kontrol over indtægterne fra den omtvistede tillægsafgift)

a) Parternes væsentligste argumenter

104. Tyskland har nærmere bestemt gjort gældende, at den appellerede doms præmis 63-65 og 77 strider mod denne doms præmis 99 og 100. Ifølge Domstolens praksis er den afgørende faktor kontrollen og rådighedsbeføjelserne over de pågældende midler. Tyskland har ligeledes gjort gældende, at Retten fejlagtigt fastslog, at forholdet mellem leverandøren og slutbrugeren af elektricitet ikke var afgørende for, at det i det foreliggende tilfælde kunne konkluderes, at der forelå en obligatorisk afgift, eftersom den omtvistede tillægsafgift ikke opkræves på elforbruget, men på anvendelsen af nettet.

105. Infineon-selskaberne har i det væsentlige gjort gældende, at den appellerede dom er behæftet med en retlig fejl, idet Retten fastslog, at midlerne fra den omtvistede tillægsafgift var undergivet statslig kontrol. Appellanterne har anført, at staten ikke havde nogen direkte eller indirekte beføjelse til at råde over de opkrævede beløb, men blot overvågede, at tillægsafgiften blev anvendt korrekt. Idet Retten under disse omstændigheder fastslog, at kriteriet om »statsmidler« som omhandlet i artikel 107, stk. 1, TEUF var opfyldt, tilsidesatte den begrebet »statsstøtte«.

b) Bedømmelse

106. Eftersom de to kriterier, som anført i min bedømmelse ovenfor, er alternativer, er den omstændighed, at der foreligger en afgift, allerede tilstrækkeligt til at anerkende, at midlerne havde statslig karakter. Idet »afgiftskriteriet« er opfyldt i de foreliggende sager, og Rettens vurdering i denne henseende er korrekt, er den tredje række argumenter i de foreliggende appelsager uvirksomme, og det er ikke længere nødvendigt at behandle disse.

107. Det er således alene for fuldstændighedens skyld, at jeg skal knytte følgende bemærkninger hertil.

108. Selv om »afgiftskriteriet« er opfyldt, og Rettens vurdering – og, nu i appelsagen, Domstolens vurdering – kan afsluttes her, vil Rettens vurdering af kriteriet om statslig kontrol ligeledes skulle stadfæstes i den foreliggende sag.

109. De meromkostninger, som skyldtes visse brugeres fritagelse for netafgifter, blev væltet over på slutbrugerne i overensstemmelse med de bindende bestemmelser i den pågældende medlemsstats lovgivning [27]. Endvidere sikrede ordningen med den omtvistede tillægsafgift, at netoperatørerne blev fuldt kompenseret for indtægtstabet, eftersom tillægsafgiftens størrelse var tilpasset de midler, der krævedes på grund af den omtvistede fritagelse [28].

110. For så vidt angår Infineon-selskabernes argument om, at størrelsen af den pågældende tillægsafgift ikke var foreskrevet af staten, er det tilstrækkeligt at påpege, at transmissionsnetoperatørerne ikke frit kunne fastsætte afgiften, og at midlerne, dvs. hele ordningen for opkrævning og anvendelse af den omtvistede tillægsafgift – som Retten korrekt fastslog i den appellerede doms præmis 99 – var undergivet statslig kontrol.

111. Tyskland og Infineon-selskaberne har med henvisning til EEG 2012-dommen gjort gældende, at den omstændighed, at indtægterne fra den omtvistede tillægsafgift kun kunne anvendes til et bestemt formål, udelukker, at der er tale om statslig kontrol. Som Retten korrekt redegjorde for i den appellerede doms præmis 109 og 110, revurderede Domstolen imidlertid ikke sin faste praksis i denne sag – og den blev desuden bekræftet i senere praksis [29] – men begrænsede sig til at udtale, at denne faktor, *i mangel af andre faktorer*, ikke i sig selv var afgørende for, at det kunne godtgøres, at der forelå en sådan kontrol. I de foreliggende sager identificerede Retten således en anden faktor, nemlig at der forelå en afgift.

112. Argumentet om, at der ikke er statslig kontrol over hele ordningen med opkrævning af den omtvistede tillægsafgift, modsiges af den omstændighed, at der er en tvungen forbindelse mellem på den ene side den omtvistede tillægsafgift (som en skattelignende afgift) og på den anden side den støtte, der ydes i form af en fritagelse for netafgifter. I henhold til Domstolens praksis følger det automatisk – når der er en sådan forbindelse mellem støtteforanstaltningen og dens finansiering – af den omstændighed, at der er tale om en afgift, som har til formål at finansiere støtten i en nærmere defineret andel, at støtten ydes ved hjælp af statsmidler (dvs. provenuet fra afgiften) [30].

113. Endelig vil jeg gøre opmærksom på, at de regler, der gælder for den omtvistede tillægsafgift i de foreliggende sager, synes at være strengere end reglerne vedrørende den i EEG 2012-sagen omhandlede afgift, idet den foreliggende tillægsafgift er baseret på bindende lovbestemmelser og ikke på netoperatørernes kommercielle/frivillige beslutning, som det var tilfældet i den nævnte sag.

114. Det følger heraf, at den tredje række argumenter, som er fremsat af Tyskland og Infineon-selskaberne, efter min opfattelse bør forkastes som uvirksomme og under alle omstændigheder ugrundede.

[27] – Som Retten korrekt fastslog i den appellerede doms præmis 87-90.

[28] – Som Retten korrekt fastslog i den appellerede doms præmis 91 og 92.

[29] – Jf. dommen i sagen Essent Netwerk Noord (præmis 69), dom af 15.5.2019, Achema m.fl. (C-706/17, EU:C:2019:407, præmis 66), og EEG 2012-dommen (præmis 76). Jf. ligeledes dom af 11.12.2014, Østrig mod Kommissionen, T-251/11, EU:T:2014:1060, præmis 70).

[30] – Jf. i denne retning dom af 13.1.2005, Streekgewest (C-174/02, EU:C:2005:10, præmis 26), og af 27.10.2005, Distribution Casino France m.fl. (C-266/04 – C-270/04, C-276/04 og C-321/04 – C-325/04, EU:C:2005:657, præmis 40), samt dommen i sagen Essent Netwerk Noord (præmis 90).

115. Derfor bør Tysklands eneste appelanbringende og Infineon-selskabernes første og andet appelanbringende, for så vidt som de vedrører betingelsen om forekomsten af et indgreb finansieret ved hjælp af statsmidler, forkastes som ugrundede.

III. Forslag til afgørelse

116. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen i) forkaster det første anbringende i Europa-Kommissionens kontraappeller og ii) forkaster Forbundsrepublikken Tysklands eneste appelanbringende og Infineon Technologies Dresden GmbH & Co. KG's og Infineon Technologies AG's første og andet appelanbringende, for så vidt som de vedrører betingelsen om forekomsten af et indgreb finansieret ved hjælp af statsmidler.