

University of Groningen

Duitse dubbele staatssteunzaak

Nieuwenhout, C. T.

Published in:
 Tijdschrift voor Staatssteun

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Nieuwenhout, C. T. (2019). Duitse dubbele staatssteunzaak: RES en grootverbruikers in één systeem - Annotatie arrest C-405/16 P. *Tijdschrift voor Staatssteun*, 2019(2), 55-61.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Duitse dubbele staatssteunzaak: RES en grootverbruikers in één systeem

Annotatie arrest C-405/16 P

mr. C.T. Nieuwenhout¹

1. Inleiding

Op 28 maart 2019 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie een arrest gewezen in de zaak rond de Duitse *Erneuerbare Energien Gesetz 2012* (Wet hernieuwbare Energie 2012, hierna EEG 2012), specifiek over het heffingsysteem bedoeld om de productie van hernieuwbare energie te steunen en over de ontheffing hiervan voor energie-intensieve industrie.² In het tamelijk ingewikkelde systeem worden netbeheerders verplicht om groene stroom af te nemen van producenten. Tegelijkertijd wordt een heffingsysteem voor leveranciers gecreëerd om dit te financieren. Leveranciers berekenen dit vaak door aan hun klanten, de eindverbruikers.³ De wet voorziet naast het heffingsysteem ook in een uitzonderingssysteem voor energie-intensieve industrie, om tegemoet te komen aan de vrees voor verlies van concurrentiepositie.

In het arrest worden beide systemen als één beoordeeld, omdat het om dezelfde rechtsvraag gaat: of het hier gaat om steun 'van de staat of met staatsmiddelen bekostigd', waardoor het onder het staatssteuntoezicht op grond van art. 107 en 108 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) zou vallen.

Dit arrest is het nieuwste in een jurisprudentiële lijn rond indirecte steun voor hernieuwbare energie.⁴ In deze annotatie zullen eerst de feiten van de zaak zelf en het EEG-systeem dat eraan ten grondslag ligt worden behandeld. Vervolgens wordt de plaats van dit arrest in de jurisprudentiële lijn rond indirecte steun aan duurzame energie bekeken.⁵ Hoewel het arrest slecht in de jurisprudentiële lijn past en het verschil tussen de zaken miniem is, kiest het Hof in deze zaak voor rechtszekerheid betreffende de energie-intensieve industrie. Dat betekent dat er geen gedeeltelijke terugbetaling van steun, in de vorm van kortingen op heffingen, hoeft plaats te vinden. Op korte termijn wordt duidelijkheid gecreëerd over de EEG 2012, maar op de lange termijn creëert het Hof weinig duidelijkheid over het criterium 'van staatsmiddelen' in het geval van vermoedelijke indirecte staatssteun.

1. Ceciel Nieuwenhout is promovenda aan de Rijksuniversiteit Groningen. Naast staatssteun- en mededingingsrecht in de energiesector onderzoekt zij de regulering van elektriciteitsinfrastructuur op zee. De auteur bedankt Hans Vedder en Peter van de Waardt voor hun waardevolle opmerkingen.
2. HvJ EU 28 maart 2019, C-405/16 P *Bondsrepubliek Duitsland tegen de Europese Commissie*, ECLI:EU:C:2019:268.
3. Wet tot herziening van het juridische kader voor de bevordering van elektriciteitsopwekking uit hernieuwbare energiebronnen (*Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien*), BGBl. 2011 I, blz. 1634; (hierna: EEG 2012) artt. 34-37.

4. Met indirecte steun wordt bedoeld dat er geen rechtstreekse steun van de staat is, maar een aankoopverplichting die gefinancierd wordt via een fonds dat weer gevuld wordt met middelen uit een heffing op energieverbruik.

5. Eerdere arresten in deze jurisprudentiële lijn zijn HvJ EG 13 maart 2001, C-379/98 *PreussenElektra AG v. Schleswag AG*, ECLI:EU:C:2001:160 (PreussenElektra); HvJ EU 17 juli 2008, C-206/06 *Essent Netwerk Noord v. Aluminium Delfzijl BV*, ECLI:EU:C:2008:413 (Essent Netwerk Noord); HvJ EU 19 december 2013, C-262/12, *Association Vent De Colère! Fédération nationale e.a. tegen Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement en Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, ECLI:EU:C:2013:851 (Vent de Colère).

2. Het arrest Duitsland v. Europese Commissie

2.1. EEG 2012: het systeem

De Duitse EEG 2012, die van kracht was van 1 januari 2012 tot 31 juli 2014, had als doel om het aandeel elektriciteit uit hernieuwbare bronnen in de elektriciteitsvoorziening te verhogen. De wet voorzag ten eerste in een aansluitverplichting voor netbeheerders voor hernieuwbare energie in hun verzorgingsgebied, ten tweede in een voorrangregeling (priority dispatch)⁶ voor deze energie en ten derde in een vergoedingensysteem. Dat laatste systeem vraagt netbeheerders (in de praktijk vooral distributienetbeheerders) om exploitanten van hernieuwbare energie-installaties een vergoeding voor in het net ingevoerde stroom te betalen.⁷ Een alternatief hiervoor is de *Direktvermarktung*, waarbij exploitanten de stroom geheel of gedeeltelijk direct verkopen aan afnemers, maar toch eenzelfde vergoeding krijgen alsof ze de stroom zouden invoeden op het (distributie)netwerk.⁸

De distributienetbeheerders dragen op hun beurt weer de elektriciteit over aan de transmissienetbeheerders, en ontvangen hier een vergoeding voor, betaald door de transmissienetbeheerders. Deze vergoeding aan de distributienetbeheerders is ter compensatie van de vergoeding die ze zelf eerder betaald hebben aan de groenestroomproducenten.⁹ Uiteindelijk zijn de transmissienetbeheerders weer verplicht om de elektriciteit te verhandelen op de Duitse groothandelsmarkt. Als de prijs die ze daarvoor ontvangen niet genoeg is om de hierboven genoemde vergoedingen te dekken, dan hebben ze het recht om het verschil daartussen op te eisen van de leveranciers die de eindafnemers bevoorraden, naar rato van de verkochte hoeveelheden.¹⁰ Dat laatste mechanisme wordt de EEG-heffing (*EEG-Umlage*) genoemd. De EEG 2012 verplicht leveranciers niet om deze heffing door te berekenen aan hun klanten, maar verbiedt het evenmin. In de praktijk werd de heffing vrijwel altijd doorberekend aan de eindverbruiker.¹¹

Kort gezegd komt het erop neer dat de Duitse groene elektriciteitsproducent zeker is van de afname van zijn groene energie tegen een van tevoren vastgestelde prijs, dat de netbeheerders proberen die groene energie te vermarkten en dat de Duitse elektriciteitsverbruiker een extra heffing per kWh be-

taalt voor het verschil tussen de vastgestelde prijs en de marktprijs voor groene energie.

Het EEG-heffingensysteem voorziet in een uitzondering voor twee bijzondere groepen verbruikers, namelijk 'elektriciteitsintensieve ondernemingen in de maakindustrie' en 'spoorwegondernemingen'.¹² Voor deze groepen wordt, op hun verzoek, elk jaar een bovengrens aan de totale heffing en de heffing per kWh vastgesteld, om ervoor te zorgen dat deze ondernemingen hun concurrentievermogen behouden.¹³ De details van deze uitzondering staan in de wet en worden ook in het arrest besproken.¹⁴

2.2. Feiten en procesverloop

2.2.1. Aanleiding: Energieverbruikers klagen over nieuwe wet

De zaak begon met een klacht van de Duitse organisatie voor energieverbruikers (*Bund der Energieverbraucher*) in december 2011. De klacht aan de Europese Commissie was dat het EEG-systeem, en dan specifiek de begrenzing van de heffing voor energie-intensieve industrie, een vorm was van onverenigbare staatssteun. Op basis daarvan heeft de Commissie in december 2013 een formele onderzoeksprocedure gestart. Duitsland heeft hiertegen een beroep tot nietigverklaring aangetekend, maar dit is later weer ingetrokken.¹⁵ Ondertussen heeft de Commissie besloten dat de premie voor hernieuwbare energie met de interne markt verenigbare staatssteun vormde,¹⁶ en dat ook het kortingensysteem voor energie-intensieve industrie onder voorwaarden verenigbaar was met de interne markt.¹⁷ De voorwaarden zijn geënt op de in de tussentijd door de Commissie ontwikkelde Richtsnoeren¹⁸ en hebben tot doel om de invloed op de interne markt zo klein mogelijk te maken.

Duitsland stelde beroep in tegen dit besluit. Ten eerste betwistte Duitsland de feitenvaststelling, ten tweede dat er aan de compensatieregeling voor energie-intensieve ondernemingen enig voordeel was verbonden en ten derde dat het ging om staatsmiddelen. Met de laatste twee middelen vecht Duitsland in feite aan dat het hier gaat om staatssteun.

6. Ibid., artt. 8-12. Dit is een implementatie van de Hernieuwbare Energie Richtlijn 2009/28/EC OJ L 140/16, 5-6-2009, art. 16(2).

7. EEG 2012, artt. 16-33. In de wet is per technologie aangegeven wat de vergoeding is.

8. EEG 2012, artt. 33a-33i.

9. EEG 2012, artt. 34 en 35. Tussen de netbeheerders onderling vindt verrekening plaats, EEG 2012, art. 36.

10. EEG 2012, art. 37.

11. Besluit (EU) 2015/1585 betreffende de steunmaatregel SA.33995 (2013/C) (ex 2013/NN), PB 2015, L 250, p. 122, r.o. 20.

12. EEG 2012, art. 40.

13. Ibid.

14. Gerecht (EU), T-47/15, 10 mei 2016, *Bondsrepubliek Duitsland v. Europese Commissie*, ECLI:EU:T:2016:281, r.o. 11.

15. Ibid., r.o. 13-15.

16. Mits de verbintenis in bijlage I van het betreffende besluit wordt uitgevoerd.

17. Besluit (EU) 2015/1585, *supra* noot 11, art. 3 *jo*. Bijlage II.

18. Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, OJ 2014/C 200/01.

2.2.2. *Gerecht: grote invloed staat op EEG 2012*

Het Gerecht schaart het eerste middel, feitenvaststelling over welke rol de staat vervult in de EEG 2012, onder het derde middel, omdat het daar ook gaat om de vraag of er sprake is van steun van staatswege of staatsmiddelen. Het tweede middel, dat er geen voordeel was verbonden aan de begrenzing van de EEG-heffing voor energie-intensieve industrie, wordt gemakkelijk weerlegd door de constatering dat het begrip 'voordeel' niet alleen positieve prestaties zoals subsidie beslaat, maar dat ook het verminderen van de lasten hieronder kan vallen.¹⁹ Dat het hier ging om het compenseren van een ontstaan concurrentienadeel is daarbij niet relevant, want eenzijdige steunmaatregelen die de mededingingsvoorwaarden van één sector proberen aan te passen zijn ook een vorm van steun.²⁰ Aangezien Duitsland zelf erkend had dat het doel van de maatregel was om de economische overlast van de EEG-heffing voor energie-intensieve industrie te beperken, neemt het Gerecht aan dat hier sprake was van voordeel.²¹

Het derde middel, of de steun komt van de staat of van staatswege, is de kern van de zaak. Het gaat hier zowel om de EEG-heffing *an sich* als de compensatieregeling voor energie-intensieve industrie. Duitsland trekt een parallel met *PreussenElektra*:²² het ging in beide gevallen om elektriciteitsbedrijven en leveranciers, waarbij de lasten niet via de staat verdeeld werden.²³ Duitsland pleitte ten eerste dat er helemaal geen verband tussen de EEG 2012 en de staatsbegroting was, omdat netbeheerders geen staatsbedrijven zijn en omdat overschotten en tekorten in de heffingen ook niet worden aangevuld vanuit de overheid. Ten tweede merkt Duitsland op dat er geen sprake is van toezicht van de staat op de EEG en hoe de gelden worden uitgegeven. Er is wel een toezicht op de wettigheid en behoorlijke werking van de mechanismen, maar er is geen sprake van invloed op de geldstromen. De Commissie bestrijdt dit, en voert aan dat de staat juist wel heeft gezorgd voor de inkomsten van het heffingensysteem, door precies vast te leggen wat de berekeningsmethode is, en doordat tekorten en overschotten het volgende jaar zouden worden gecorrigeerd met de heffing.²⁴ Hierdoor heeft de staat juist wel de netbeheerders de middelen verschaft om de heffing te kunnen bekostigen. Dat is een belangrijk verschil met *PreussenElektra*, waar de staat niet voor de inkomstenzijde zorgde.

Het Gerecht gaat in zijn overwegingen ook in op het verschil tussen *PreussenElektra* en de huidige zaak. De verplichtingen en bevoegdheden die de EEG 2012 aan de netbeheerders toekent zijn zo specifiek, dat zij geen vrije beschikking hebben over het geld. Het Gerecht ziet meer in een vergelijking met *Essent Netwerk Noord* dan met *PreussenElektra*;²⁵ de netbeheerders staan onder overheersende invloed van de overheid en kunnen gezamenlijk gezien worden als een entiteit die een openbare dienstverplichting uitvoert.

Het Gerecht geeft de Commissie gelijk, en meent dat de netbeheerders gelijk moeten worden gesteld aan beheerders van een staatsconcessie.²⁶ Ze handelen niet vrijelijk en voor eigen rekening, omdat het systeem dat de EEG 2012 voorschrijft strikte regels over de inkomsten en uitgaven oplegt.

Hiernaast voert Duitsland nog aan dat er sprake is van gedifferentieerde tarieven (Ramsey pricing) of van kruissubsidie tussen grote en kleine energieverbruikers. Het Gerecht stelt echter dat de compensatieregeling voor de EEG-heffing gezien moet worden als exploitatiesubsidie, omdat het lopende rechtspraak is dat regelingen die ervoor zorgen dat de lasten bij een specifieke onderneming of groep van ondernemingen lager worden dan de lasten die ze normaal gesproken hadden moeten dragen een vorm van steun zijn.²⁷

2.2.3. *Beroep bij HvJ: focus op staatsmiddelen*

Duitsland stelt beroep in tegen het arrest van het Gerecht. Vanaf nu focust de discussie zich vooral op het middel of er gebruik gemaakt is van staatsmiddelen bij de EEG 2012. Dat is ook het hoofdonderwerp in de behandeling van het Hof.

2.2.4. *Opinie AG: niets nieuws onder de zon?*

Interessant is dat het Hof, in samenwerking met Advocaat-Generaal Campos Sánchez-Bordona, heeft besloten dat de zaak zal worden berecht zonder conclusie van de A-G. Dit wordt normaal gesproken alleen gedaan als het Hof van mening is dat er geen nieuwe rechtsvraag aan de orde is.²⁸ Hoewel deze zaak volgt in een lange lijn van jurisprudentie over het begrip 'van de staat of met staatsmiddelen bekostigd', valt het te betwisten of deze zaak inderdaad niets nieuws brengt, zoals het Hof van oordeel is.

19. Gerecht T-47/15, *supra* noot 14, r.o. 49; Gerecht 7 maart 2012, T-210/02, *British Aggregates v. Commissie*, T-210/02 RENV, EU:T:2012:110, r.o. 46.

20. Gerecht T-47/15, *supra* noot 14, r.o. 56, arrest van 3 maart 2005, *Heiser*, C-172/03, EU:C:2005:130, punt 54.

21. *Ibid.*, r.o. 54.

22. C-379/98 *PreussenElektra AG*, *supra* noot 5. Zie paragraaf 4 van deze annotatie voor een uitgebreidere omschrijving van de in dit stuk genoemde arresten.

23. T-47/15, *supra* noot 14, r.o. 71.

24. *Ibid.*, r.o. 84.

25. *Ibid.*, r.o. 93.

26. *Ibid.*, r.o. 127.

27. *Ibid.*, r.o. 126.

28. Statuut van het Hof van Justitie, protocol nr. 3 (geconsolideerde versie), art. 20.

3. Overwegingen Hof

Zoals al gezegd focust het Hof zich volledig op de vraag of er sprake is van 'staatsmiddelen'. In eerste instantie geeft het Hof aan dat de redenering dat de gedetailleerde omschrijvingen in de EEG 2012, waardoor het Gerecht tot de conclusie kwam dat de netbeheerders niet vrijelijk over de geldstromen konden beschikken en dus als uitvoerders van een overheidsconcessie moesten worden gezien, wel een noodzakelijk element is om aan te tonen dat het hier gaat om 'staatsmiddelen', maar dat dit element op zich niet voldoende is om dit aan te nemen.²⁹ Er moet namelijk nog wel aangetoond worden dat het mechanisme direct of indirect met staatsmiddelen wordt bekostigd.³⁰ Het Hof is hier dus beduidend strenger dan het Gerecht.

Aangezien het dus niet mogelijk is om via de eerste redenering tot de conclusie te komen dat er sprake is van 'staatsmiddelen', gaat het Hof na of er andere redenen zijn om aan te nemen dat er toch sprake is van staatssteun.

Een van die redenen is dat de EEG-heffing in feite een verkapte belasting is, door de Commissie aangemerkt als 'speciale heffing'.³¹ Het Gerecht merkte daarover op dat de afwenteling van de heffing van leveranciers op eindgebruikers in feite voorzien en gepland was, en dat eindafnemers *de facto* verplicht waren om die toeslag te betalen, waardoor deze gelijkgesteld kon worden met een belasting op elektriciteitsverbruik.³² Het Gerecht verwijst hierbij naar *Essent Netwerk Noord*, en het Hof kijkt in zijn beoordeling naar hetzelfde arrest: in *Essent Netwerk Noord* is sprake van een bij wet opgelegde last die de afnemers dienden te betalen, en bij de EEG 2012 kan het Hof dat niet vaststellen.³³ De sleutel blijkt dus te zijn dat, hoewel de heffing in de praktijk wel werd doorberekend aan de eindverbruiker, daar geen verplichting toe bestond in de EEG 2012. Dat dit in de praktijk wel stevast gebeurde, doet daar voor het Hof niets aan af. De logica die hierachter zit, is dat als de staat bepaalt dat de geldstroom doorberekend moet worden, de geldstroom ook aan de staat kan worden toegerekend. Als de markt dat zelf bepaalt, dan is er sprake van een private geldstroom, ook al hield de staat er wel degelijk rekening mee dat dit zou gaan gebeuren, zoals de in de wet voorziene uitzondering voor energie-intensieve industrie bewijst.

Daarom gaat het Hof door naar de overige twee elementen van de redenering van het Gerecht. Ten eerste is dit dat de middelen voortdurend onder overheidscontrole stonden en daardoor dus ter beschikking van de overheid waren. Het Gerecht is hier niet verder op ingegaan, omdat het eerder oordeelde dat de staat de middelen niet ter beschik-

king had, maar dat deze enkel onder overheersende invloed van de overheid bleven. Het Hof komt echter tot de conclusie dat 'overheersende invloed' niet voldoende is om over de door netbeheerders beheerde middelen te beschikken.³⁴

Ten tweede is dit de vraag of de netbeheerders zelf voortdurend onder overheidscontrole bleven staan. Het Gerecht heeft dit niet vastgesteld, maar het heeft wel geprobeerd aan te tonen dat de netbeheerders in de EEG 2012 op verschillende manieren werden gecontroleerd.³⁵ Het Hof concludeert dat de overheid inderdaad wel toezicht uitoefent op de behoorlijke uitvoering van de EEG, maar dat de door het Gerecht naar voren gebrachte factoren niet de conclusie rechtvaardigen dat de EEG-middelen zelf daardoor ook onder toezicht staan.³⁶

Ten slotte gaat het Hof nog in op de vergelijking met *Vent de Colère*.³⁷ In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat middelen afkomstig uit bij wetgeving opgelegde verplichte bijdragen, die overeenkomstig deze wetgeving worden beheerd en verdeeld, kunnen worden aangemerkt als staatsmiddelen, zelfs indien zij worden beheerd door instellingen die losstaan van de overheid.³⁸ Er zitten echter twee grote verschillen tussen *Vent de Colère* en het onderhavige arrest. Ten eerste was er in *Vent de Colère* sprake van een volledige dekking van de afnameverplichting: de Franse staat vulde tekorten aan van zijn eigen begroting als de bijdrage van de eindafnemers niet voldoende was om de kosten van de afnameverplichting te dekken. Daardoor was er in Frankrijk in ieder geval sprake van een potentiële impact op de staatsbegroting. In de Duitse EEG 2012 is dat uitgesloten.³⁹ Ten tweede werden de bijdragen waarmee de meerkosten werden gecompenseerd in Frankrijk toevertrouwd aan een publiekrechtelijke rechtspersoon, de *Caisse des dépôts et consignations* (CDC) die door de staat gemachtigd was om het administratieve, boekhoudkundige en financiële beheer uit te voeren.⁴⁰ Daar is in de EEG 2012 geen sprake van, want daar wordt het beheer uitgevoerd door de netbeheerders. Zodoende is er in *Vent de Colère* wel sprake van steun uit staatsmiddelen, en in de onderhavige zaak niet.

Het Hof concludeert dat het Gerecht onterecht heeft geoordeeld dat er sprake was van steun die door staatsmiddelen bekostigd werd. Het Hof vernietigt de uitspraak van het Gerecht en het besluit van de Commissie daaronder.

29. C-405/16 P, *Bondsrepubliek Duitsland v. Commissie*, supra noot 2, r.o. 63.

30. Ibid.

31. Ibid., r.o. 65.

32. Ibid., r.o. 65-66.

33. Ibid., r.o. 66-69.

34. Ibid., r.o. 74-75.

35. Ibid., r.o. 78.

36. Ibid., r.o. 80.

37. C-262/12, *Vent De Colère*, supra noot 5.

38. C-405/16 P, *Bondsrepubliek Duitsland v. Commissie*, supra noot 2, r.o. 82; C-262/12, *Vent De Colère*, r.o. 25.

39. C-405/16 P, *Bondsrepubliek Duitsland v. Commissie*, supra noot 2, r.o. 84.

40. Ibid., r.o. 85.

4. Een plaats in de jurisprudentie: indirecte staatssteun energiesector

De zaak rond de *EEG 2012* is erg interessant in de lijn van eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie rond indirecte staatssteun in de energiesector. In de eerste zaak rond dit thema, *PreussenElektra*, een heffing voor hernieuwbare energie, besloot het hof dat er geen sprake was van staatssteun, omdat de steun voor hernieuwbare energie in dat geval verliep via een heffing op de energierekening die direct werd uitgegeven aan steun voor hernieuwbare energie, zonder dat de middelen eerst via de staat liepen.⁴¹ In volgende zaken werd het criterium 'van staatswege' voor dit soort constructies verder aangescherpt.

In *Essent Netwerk Noord* ging het om een prijsopslag op alle vervoerde elektriciteit (zowel uit Nederland als geïmporteerd), die door het Hof werd beoordeeld als belasting.⁴² Het ging hier overigens niet om een heffing om hernieuwbare energie te stimuleren, maar om een maatregel in het kader van de liberalisering van de Nederlandse elektriciteitsmarkt. De vraag was ook in dit arrest of er sprake was van steun van staatsmiddelen. De middelen, die geheven werden aan de afnemers van de elektriciteit, werden verzameld door de netbeheerder (in dit geval Essent, dat in handen was van centrale en decentrale overheden), die het vervolgens weer moest overdragen aan SEP, die belast was met een dienst van algemeen economisch belang, namelijk elektriciteitsproductie. Wat er overbleef van de middelen moest worden overgemaakt naar de minister, die het weer herbestemde voor tegemoetkoming in de kosten van de regeling.⁴³ Omdat het hier volgens het Hof ging om een belasting en omdat de geldstromen via de staat (in de vorm van de netbeheerder) liepen, ging het hier om steun die met staatsmiddelen bekostigd was. Zoals door het Gerecht ook in de onderhavige zaak over de *EEG 2012* aangehaald, werd in *Essent Netwerk Noord* nog gekeken of het ging om een openbare dienstverplichting waarop de Altmark-Trans criteria van toepassing waren, waardoor er niet langer sprake zou zijn van begunstiging.⁴⁴ Of dat zo is, laat het Hof aan de nationale rechter.⁴⁵

Er is een grote parallel tussen *Essent Netwerk Noord* en de onderhavige zaak. In beide gevallen is er een algemene heffing op elektriciteit, die in beide gevallen via de netbeheerder verder verdeeld wordt. In beide gevallen biedt de wettelijke regeling geen ruimte om het geld anders uit te geven dan aan de hernieuwbare energie. Een verschil is dat de netbeheerder in Nederland ten tijde van *Essent Netwerk*

Noord volledig in publieke handen was, en dat dit in Duitsland maar bij één van de vier netbeheerders zo is.⁴⁶ Een ander groot verschil is dat de heffing in *Essent Netwerk Noord* specifiek op de eindafnemers gericht was. In de *EEG 2012* was de heffing gericht op de leveranciers, die het al dan niet doorberekenen aan de eindafnemers.

De volgende zaak in deze jurisprudentielijn is *Vent de Colère*, al eerder ter sprake gekomen. In *Vent de Colère* vloeide de verplichte extra bijdrage van eindafnemers naar een publiekrechtelijk fonds, de CDC, dat het vervolgens herverdeelde om de afnameverplichting van hernieuwbare energie te bekostigen.⁴⁷ Het interessante aan deze constructie was dat een deel van de middelen niet via de CDC loopt: de aan afnameverplichting gebonden ondernemingen (de energieleveranciers) kunnen de bij eindverbruikers geïnde bijdragen behouden zolang deze bijdragen de meerkosten van de hernieuwbare energie niet volledig dekken.⁴⁸ De CDC vult de rest aan, of roomt af wat er te veel is binnengekomen. Een significant deel van de heffing gaat dus helemaal niet via het staatsfonds maar direct via de leveranciers. Dit maakt het een interessant arrest, waarbij een deel van de geldstromen direct gaat (zoals bij *PreussenElektra*, geen staatssteun) en een deel via een fonds (wel staatssteun), wat uiteindelijk het hele mechanisme onder staatssteun doet vallen.

In *Vent de Colère* zijn de uiterste grenzen verkend van de voorwaarde dat het voordeel 'door de staat of door staatsmiddelen' moet zijn bekostigd. Het valt op dat in de jurisprudentie die in dat arrest wordt aangehaald, de grenzen van het begrip staatssteun flink zijn uitgebreid. Het gaat daar om verschillende vormen van steun die niet direct via de staat worden gegeven maar die alsnog onder het begrip staatssteun vallen. Ten eerste heeft het Hof in *Banco Exterior* aangegeven dat zelfs maatregelen waarbij geen staatsmiddelen worden overgedragen, onder het begrip 'steunmaatregel van de staat' kunnen vallen.⁴⁹ Niet alleen voordelen die rechtstreeks door de staat worden toegekend gelden als staatssteun, maar ook voordelen die door publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen beheerd worden, als die van overheidswege zijn

41. C-379/98 *PreussenElektra AG*, supra noot 5, r.o. 58.

42. C-206/06 *Essent Netwerk Noord*, supra noot 5, r.o. 46-47.

43. *Ibid.*, r.o. 66.

44. *Ibid.*, r.o. 80-88. HvJ EG 24 juli 2003 C-280/00 *Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, ECLI:EU:C:2003:415, r.o. 88-93.

45. C-206/06 *Essent Netwerk Noord*, supra noot 5, r.o. 96.

46. TenneT GmbH is in handen van TenneT Holding, 100% in handen van de Nederlandse staat. Amprion is voor 74,9% in handen van institutionele beleggers en voor 25,1% in handen van RWE AG. 50Hertz is via Eurogrid GmbH voor 80% in handen van de Elia Group (waartoe ook de Belgische netbeheerder behoort) en voor 20% in eigendom ontwikkelingsbank KfW. TransnetBW is voor het grootste gedeelte in handen van de Duitse staat Baden-Württemberg en van het publiekrechtelijke energiebedrijf van die regio. TenneT en 50Hertz zijn dus voornamelijk in handen van een andere staat (respectievelijk Nederland en België), Amprion in private handen en TransnetBW voornamelijk in publieke handen.

47. C-262/12, *Vent De Colère*, supra noot 5, r.o. 5 jo. 3.

48. *Ibid.*, r.o. 27.

49. HvJ EG 15 maart 1994, C-387/92 *Banco Exterior*, ECLI:EU:C:1994:100, r.o. 14 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

ingesteld of aangewezen.⁵⁰ Daarnaast hoeven de middelen niet permanent deel uit te maken van het vermogen van de staat; als ze maar constant onder staatscontrole staan en ter beschikking van de bevoegde autoriteiten staan.⁵¹ Ten slotte heeft het Hof nog geoordeeld dat middelen die afkomstig zijn uit verplichte bijdragen die overeenkomstig wetgeving worden beheerd en verdeeld, als staatsmiddelen kunnen worden aangemerkt. Dat geldt zelfs indien die middelen worden beheerd door instellingen die losstaan van de overheid.⁵²

De vraag is of de EEG-heffing in Duitsland niet ook binnen deze grenzen valt, als de interpretatie van de grenzen in het verleden erg ruim was, zeker gezien de overwegingen van het Hof in *Vent de Colère*. Het Hof heeft hier in de onderhavige zaak echter op een andere manier over geoordeeld: hoewel de netbeheerders gezamenlijk de EEG-middelen beheerden was dat niet voldoende om te concluderen dat de staat de mogelijkheid had om over de middelen te beschikken. Het Hof zegt daarbij dat juist het feit dat de EEG-premie exclusief naar het financieren van het steunmechanisme voor hernieuwbare energie moest gaan, aangeeft dat de staat dus geen andere bestemming voor de middelen kon zoeken, en er dus niet over kon beschikken.⁵³

Het Gerecht vond dat de EEG-heffing een belastingheffing was, naar analogie van *Essent Netwerk Noord*. Echter, het Hof gaat hier tegenin omdat de EEG-heffing elektriciteitsleveranciers niet verplicht om de kosten door te berekenen aan consumenten. Ook al doen ze dat in de praktijk wel, dat is niet voldoende voor het Hof om de parallel met *Essent Netwerk Noord* te trekken. Dit is een vreemde redenering: zowel de Duitse wetgever, die al direct een uitzondering maakte voor energie-intensieve industrie, als de Commissie, die al in het eerste besluit aangeeft dat alle heffingen in de praktijk worden doorberekend, gingen er ook van uit dat de leveranciers de kosten doorberekenen. Ook vanuit economisch perspectief is het niet vreemd dat deze kosten direct worden doorberekend aan de eindverbruiker. Het Hof moest ergens een grens trekken over welke geldstromen nog aan de staat kunnen worden toegerekend, maar waarom de grens hier ligt ondanks dat alle partijen, inclusief de wetgever, verwachten dat het direct wordt doorberekend, had beter gemotiveerd kunnen worden, omdat het verschil met *Essent Netwerk Noord* maar klein is.

Verder is er ook een interessante tegenstrijdigheid in de redeneringen van het Hof zichtbaar: hetzelfde argument wordt twee kanten op gebruikt. In de onderhavige zaak is het feit dat de middelen op geen enkele andere manier gebruikt kunnen worden

een reden om aan te nemen dat de staat *niet* kan beschikken over de middelen. In *Essent Netwerk Noord* was de redenering juist omgekeerd: daar was het juist een reden om aan te nemen dat de middelen onder controle van de staat stonden.⁵⁴ In beide zaken is dit slechts een onderdeel van het systeem, maar toch is het verwarrend dat hetzelfde argument zowel kan worden gebruikt om staatssteun te bewijzen als om het te ontkrachten.

Het Hof geeft mede door het ontbreken van een opinie van de A-G aan, dat het in het onderhavige arrest vooral de eerder vastgestelde jurisprudentielijn volgt en dat er in feite niets nieuws is. Op basis van de voorgaande jurisprudentie lag het in de lijn der verwachting dat het Hof zou meegaan in de redeneringen van het Gerecht. Hoewel er geen volledig nieuwe weg is ingezet, is het onderscheid tussen de verschillende hierboven besproken zaken erg klein en, zoals hierboven aangegeven, af en toe tegenstrijdig. Dat is een gemiste kans: voor toekomstige rechtszekerheid in dit soort zaken was het fijner geweest als het Hof zich verder had verduidelijkt over waar precies de grens ligt betreffende het criterium dat staatssteun door de staat of door staatsmiddelen bekostigd is.

5. Maatschappelijke relevantie: een nachtmerrie voorkomen?

De maatschappelijke relevantie van dit arrest (en van eerdere arresten in deze jurisprudentielijn) is groot: in de financiering van hernieuwbare energie gaan grote bedragen om, en om de nationale en Europese CO₂-besparingsdoelen te halen is het belangrijk dat de transitie van de energiesector gestaag doorgaat. De stimulering van hernieuwbare energie is noodzakelijk voor de lidstaten, omdat de meeste hernieuwbare energieprojecten zonder subsidie nog niet gebouwd kunnen worden. Hiervoor is het belangrijk dat het duidelijk is waar de grens van (al dan niet toelaatbare) staatssteun ligt, zodat investeerders de zekerheid hebben dat steun niet later wordt teruggevorderd.

Aangevochten steunmechanismen kunnen zorgen voor lange onzekerheid bij zowel de betrokken overheden als bij de investeerders. Dit speelde bijvoorbeeld in *Vent de Colère*, waar Frankrijk het Hof verzocht om de gevolgen van het arrest in de tijd te beperken. Dat gebeurt alleen in uitzonderlijke gevallen en werd *in casu* dan ook niet toegekend. Rond de EEG 2012 was er ook veel onzekerheid, met name doordat een consequentie van het arrest van het Gerecht was dat de korting op de EEG-heffing voor energie-intensieve industrie in ieder geval gedeeltelijk zou moeten worden teruggevorderd. Het Hof heeft dat nu rechtgezet, waardoor de onzekerheid bij de energie-intensieve industrie over mogelijke terugvordering van het voordeel is weg-

50. HvJ EG 22 maart 1977, 78/76, *Steinike en Weinlig*, ECLI:EU:C:1977:52, r.o. 21.

51. C-262/12, *Vent De Colère*, *supra* noot 5, r.o. 20 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

52. *Ibid.*, r.o. 25 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

53. C-405/16 P, *Bondsrepubliek Duitsland v. Commissie*, *supra* noot 2, r.o. 76.

54. C-206/06, *Essent Netwerk Noord*, *supra* noot 5, r.o. 69 en 72.

genomen. De vraag is echter of het Hof dit ten koste had moeten laten gaan van solide juridische argumentatie. Achter dit beroep zit echter niet alleen een zoektocht naar rechtszekerheid maar ook naar ruimte voor de lidstaten om hun eigen energie- en industriebeleid te voeren.

Sinds de in dit arrest besproken zaken speelden is er meer zekerheid gekomen. Vanaf 2014 geven de 'Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020'⁵⁵ aan welke vormen van staatssteun als acceptabel gezien worden in het licht van art. 107(3). Dit moet meer duidelijkheid verschaffen en helpt toekomstige zaken op het gebied van de steun voor hernieuwbare energie voorkomen. De energiesector ontwikkelt zich echter door, met nieuwe ontwikkelingen op het gebied van indirecte staatssteun. In dat kader is de verscheidenheid aan maatregelen op het gebied van capaciteitsmarkten (en de onderzoeken van de Europese Commissie daarnaar)⁵⁶ interessant. Dit wordt wellicht de volgende kans voor het Hof om zich te verduidelijken.

6. Conclusie

In het onderhavige arrest geeft het Hof de grenzen aan van één van de kerneisen voor de kwalificatie 'staatssteun', namelijk, of de steun bekostigd is door de staat of door staatsmiddelen. In tegenstelling tot het Gerecht komt het Hof tot de conclusie dat er geen sprake is van staatssteun, vooral omdat de heffing voor leveranciers niet hoeft te worden doorberekend aan eindverbruikers, hoewel dat in de praktijk vaak gebeurt. Hier zijn in het verleden al verschillende zaken over geweest, met telkens een heffing en een indirect mechanisme waarbij het de vraag is of de middelen nog onder staatsmiddelen vallen of niet. Het verschil tussen deze zaken is dun en soms tegenstrijdig. Vanuit een juridisch perspectief was dit een kans voor het Hof om de grenzen voor het begrip 'staatsmiddelen' te verduidelijken – in plaats daarvan staan er juist nog vragen open. Voor de opgaven van de energiesector in de komende decennia heeft, is het te hopen dat het Hof duidelijkheid schept over hoe de grens precies loopt, ook voor toekomstige ontwikkelingen in de energiemarkt die mogelijk onder het staatssteunrecht vallen.

55. Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren staatssteun ten behoeve van milieubescherming en energie 2014-2020, OJ 2014/C 200/01.

56. Gerecht (EU) 15 november 2018, T-793/14 *Tempus Energy Ltd. Capaciteitsmechanismen* zijn wel opgenomen in de Richtsnoeren, maar de uitvoering hiervan was in de lidstaten nogal verschillend. Na een Sector Inquiry naar dit thema is het Engelse capaciteitssysteem verder onder de loep genomen.