

Sag C-11/22

Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement

Dato for indlevering:

5. januar 2022

Forelæggende ret:

Forvaltningsdomstolen i Tallinn (Estland)

Afgørelse af:

5. januar 2022

Sagsøger:

Est Wind Power OÜ

Sagsøgt:

AS Elering

Hovedsagens genstand

Søgsmål anlagt af Est Wind Power OÜ med påstand om ophævelse af Elering AS's afgørelse af 13. april 2021, hvorved sidstnævnte afgav den vurdering, at Est Wind Power OÜ's investeringsprojekt ikke opfylder betingelserne for tildeling af støtte til energi fra vedvarende kilder inden for rammerne af en støtteordning godkendt ved en afgørelse om statsstøtte, og om, at Elering AS tilpligtes at foretage en fornyet vurdering af Est Wind Power OÜ's ansøgning.

Den præjudicielle forelæggelses genstand og retsgrundlag

Ved anmodningen om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF anmodes om fortolkning om de EU-retlige forskrifter om statsstøtte, navnlig punkt 19 (44) og fodnote 66 til punkt 126 i meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020« og Kommissionens afgørelse om statsstøtte SA.47354 (2017/NN) af 6. december 2017.

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal Den Europæiske Unions bestemmelser om statsstøtte, navnlig første alternativ under begrebet »projektets påbegyndelse« i punkt 19 (44) i meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020«, nemlig »påbegyndelsen af arbejdet på investeringsprojektet«, fortolkes således, at dette betegner påbegyndelsen af arbejdet, uanset hvilket investeringsprojekt det er forbundet med, eller kun betegner påbegyndelsen af et arbejde, der har sammenhæng med anlæggelsen af det investeringsprojekt, hvormed der skal produceres energi fra vedvarende kilder?
2. Skal Den Europæiske Unions bestemmelser om statsstøtte, navnlig første alternativ under begrebet »projektets påbegyndelse« i punkt 19 (44) i meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020«, nemlig »påbegyndelsen af arbejdet på investeringsprojektet«, fortolkes således, at den kompetente myndighed i medlemsstaten i en situation, hvor den har konstateret, at arbejdet i forbindelse med en investering er påbegyndt, i henhold til princippet om beskyttelse af den berettigede forventning desuden skal vurdere investeringsprojektets udviklingstrin og sandsynligheden for, at dette investeringsprojekt fuldføres?
3. Såfremt det forrige spørgsmål besvares bekræftende, kan andre objektive omstændigheder, f.eks. verserende retssager, som hindrer fortsættelsen af investeringsprojektet, da tages i betragtning ved vurderingen af investeringsprojektets udviklingstrin?
4. Har det i den foreliggende sag betydning, at Den Europæiske Unions Domstol i sag C-349/17, Eesti Pagar, i præmis 61 og 68 har fastslået, at den eventuelle eksistens af en tilskyndelsesvirkning ikke kan anses for at være et kriterium, der er klart og enkelt at anvende for de nationale myndigheder, eftersom efterprøvelsen heraf kræver, at der i hver enkelt sag foretages komplekse økonomiske vurderinger, og at et sådant kriterium følgelig ikke er i overensstemmelse med kravet om, at kriterierne for anvendelsen af en undtagelse er klare og lette at anvende for de nationale myndigheder?
5. Såfremt det forrige spørgsmål besvares bekræftende, skal Den Europæiske Unions bestemmelser om statsstøtte, navnlig fodnote 66 til punkt 126 i meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020«, sammenholdt med punkt 19 (44) i samme meddelelse, da fortolkes således, at den nationale myndighed ved vurderingen af kriteriet om arbejdets påbegyndelse ikke skal foretage en økonomisk vurdering af investeringsprojektet i hver enkelt sag?
6. Såfremt det forrige spørgsmål besvares bekræftende, skal Den Europæiske Unions bestemmelser om statsstøtte, navnlig sidste alternativ under begrebet »påbegyndelsen af arbejdet« i punkt 19 (44) i meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020«, nemlig

»indgåelse af andre forpligtelser, som gør investeringen irreversibel«, da fortolkes således, at enhver anden forpligtelse – med undtagelse af køb af grunde og forberedende arbejde (såsom indhentelse af en byggetilladelse) – gør investeringen irreversibel, uafhængigt af omkostningerne ved den indgåede forpligtelse?

7. Skal Den Europæiske Unions bestemmelser om statsstøtte, navnlig begrebet »påbegyndelsen af arbejdet« i punkt 19 (44) i meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020«, fortolkes således, at de ufravigelige betingelser for påbegyndelsen af arbejdet er eksistensen af en brugsret for producenten til grunden og en national tilladelse til at gennemføre investeringsprojektet?

8. Såfremt det forrige spørgsmål besvares bekræftende, skal begrebet »national tilladelse til at gennemføre et investeringsprojekt« da fortolkes i lyset af den nationale lovgivning, og kan der i denne henseende kun være tale om en tilladelse, på grundlag af hvilken byggearbejdet i forbindelse med investeringsprojektet gennemføres?

Anførte EU-retlige forskrifter

Meddelelse fra Kommissionen »Retningslinjer for statsstøtte til miljøbeskyttelse og energi 2014-2020« (EUT 2014, C 200, s. 1, herefter »retningslinjerne«), punkt 19 (44) og fodnote 66 til punkt 126.

Europa-Kommissionens afgørelse C(2017) 8456 final af 6. december 2017 »vedrørende støtte SA.47354 (2017/NN) – Estlands ændringsforslag til den estiske støtteordning for energi fra vedvarende kilder og kraftvarmeproduktion« (herefter støtteafgørelse SA.47354).

Domstolens dom af 5. marts 2019, Eesti Pagar, C-349/17 (EU:C:2019:172), præmis 61 og 68.

Anførte nationale retsforskrifter

Elektrituseadus (elmarkedsloven)

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

- 1 Vindmølleparken Päite-Vaivina omfatter 28 vindturbiner med en samlet ydelse på 64,4 MW, som skal opføres på 28 grunde. Den 27. april 2004 indgik Est Wind Power OÜ (herefter »Est Wind Power«) en tilslutningsaftale med Elering AS (herefter »Elering«) og betalte tilslutningsgebyrer på 522 813,93 EUR. I 2008 opførte Est Wind Power vindmålemasterne i vindmølleparken Päite-Vaivina og afholdt i denne forbindelse udgifter på 212 002,15 EUR. Den 11. maj 2010

erhvervede Est Wind Power bygningsrettigheder til grundene i vindmølleparken Päite-Vaivina. Den 19. januar 2016 fastlagde kommunalbestyrelsen i Toila planlægningsvilkårene for vindmølleparken Päite-Vaivina. Den 4. februar 2016 ansøgte Est Wind Power om byggetilladelse for vindmølleparken. Den 20. april 2016 afviste forsvarsministeriet at godkende byggeplanerne for vindmølleparken, og ved afgørelse af 26. april 2016 afviste kommunalbestyrelsen i Toila at meddele byggetilladelser.

- 2 Den 29. september 2020 ansøgte Est Wind Power i henhold til elmarkedslovens § 59, stk. 2³, Elering om en vurdering af foreneligheden af investeringsprojektet for den vindmøllepark, der skulle opføres i Päite-Vaivina, Toila kommune, med de i elmarkedslovens § 59, stk. 2², anførte betingelser.
- 3 I sin vurdering nr. 22-7/2020/29-5 af 13. april 2021, fastslog Elering, at Est Wind Powers vindmøllepark Päite-Vaivina ikke opfylder de betingelser, der er fastsat i elmarkedslovens § 59, stk. 2², eftersom Est Wind Power den 31. december 2016 ikke havde påbegyndt arbejdet på investeringsprojektet som omhandlet i elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 2, og ikke havde indgået nogen forpligtelser, som gjorde investeringsprojektet irreversibelt som omhandlet i elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 4. Ansøgeren havde kun indgået irreversible forpligtelser i form af tilslutningsgebyret og bestillingen af vindmålemasten. De udgjorde ikke en væsentlig del af de samlede omkostninger ved investeringsprojektet og havde den 31. december 2016 ikke kunnet bringe projektet op på et trin, hvor en fuldførelse var yderst sandsynlig. Desuden manglede ansøgeren den påkrævede bygningsret til at gennemføre investeringsprojektet vedrørende vindmølleparken Päite-Vaivina. De samlede omkostninger ved investeringsprojektet for vindmølleparken Päite-Vaivina udgør 67 224 000 EUR.
- 4 Den 13. maj 2021 anlagde Est Wind Power søgsmål ved forvaltningsdomstolen i Tallinn med påstand om ophævelse af Elerings vurdering af 13. april 2021 og om, at Elering tilpligtes at foretage en fornyet vurdering af Est Wind Powers ansøgning.

Hovedsagens parter væsentlige argumenter

- 5 Sagsøgeren har gjort gældende, at Elerings vurdering af 13. april 2021 er retsstridig. Sagsøgeren har indgået en irreversibel forpligtelse og har indtil den 31. december 2016 foretaget investeringer på mere end 2,1 mio. EUR.
- 6 Elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 4, udelukker omkostninger til erhvervelse af fast ejendom fra de irreversible investeringer, eftersom fast ejendom kan anvendes til forskellige formål. De bygningsrettigheder, som sagsøgeren blev tildelt, er imidlertid kun tiltænkt opførelsen af vindmølleparken og har ikke noget andet muligt anvendelsesformål.
- 7 Af støtteafgørelse SA.47354 fremgår det udtrykkeligt, at begrebet irreversibel investering »hverken omfatter erhvervelse af grunde eller forberedende arbejde«

(punkt 36). I denne sammenhæng anføres det i denne afgørelses punkt 42 som en forudsætning for at blive betragtet som eksisterende producent, at producenten »har et retmæssigt krav på brugen af den grund, hvor projektet skal udvikles«. Således har Kommissionen i sin støtteafgørelse SA.47354 sondret klart mellem køb af grunde og erhvervelse af brugsrettigheder til grunde, idet førstnævnte ikke kan anses for at være en irreversibel investering. Således burde sagsøgte have taget omkostningerne til erhvervelse af bygningsrettigheder i betragtning som en del af sagsøgerens investering.

- 8 Sagsøgte tilgang, hvorefter ingen omkostninger til rådgivning, planlægning, konsultationer og undersøgelser tages i betragtning som irreversible omkostninger, er ubegrundet. Sagsøgte skal for hver enkelt undersøgelse og konsultation vurdere, om der er tale om en indledende gennemførlighedsundersøgelse, og på grundlag heraf afgøre, om omkostningerne skal henregnes under de irreversible omkostninger.
- 9 Sagsøgte begik en fejl ved beregningen af de samlede omkostninger ved projektet. Idet det forberedende arbejde ikke blev taget i betragtning som irreversible omkostninger, burde disse beløb også være blevet udeladt af det samlede budget for projektet. I budgettet blev det nemlig lagt til grund, at egenfinansieringen i det foreliggende tilfælde udgjorde 13 444 800 EUR, hvoraf 2 177 388,95 EUR er blevet betalt. Dette svarer til 16,2% af projektets egenfinansieringsbeløb. De resterende 53 779 300 EUR på projektets budget skulle tilføres af den finansierende myndighed i en senere fase af projektet. Investeringens omfang og konsekvenserne af at opgive investeringen er afgørende for vurderingen af, om forpligtelser er irreversible. Det er vigtigt, om projektet befinder sig på et udviklingstrin, hvor en fuldførelse er yderst sandsynlig. Såfremt andelen af de indgåede forpligtelser anses for at være udslagsgivende, kan selv et lille investeringsbeløb anses for at være irreversibelt i tilfælde af en investering med et relativt lille samlet budget. I selskabspraksis har de absolutte omkostninger ved ikke at gennemføre et projekt betydning (f.eks. afskrivning af en investering på 3 mio. EUR). I denne henseende er det uvæsentligt, om disse omkostninger er opstået som følge af manglende gennemførelse af et projekt til 20 mio. EUR eller til 100 mio. EUR.
- 10 I retsakterne er der ikke fastsat nogen tærskelværdi, hvorfra omfanget af de forpligtelser, der indgår i forbindelse med investeringsprojektet, er tilstrækkelig stort. Alligevel har sagsøgte selv etableret sådanne værdier. Hvis der overhovedet skal tages hensyn til andre (subjektive) omstændigheder end den absolutte størrelse af de afholdte udgifter, vil det være hensigtsmæssigt at tage hensyn til den enkeltes økonomiske situation og investeringskapacitet. De udgifter på mere end 2,1 mio. EUR, som sagsøgeren afholdt inden den 31. december 2016, udgør et objektivt betydeligt beløb, som sagsøgeren vil tabe, såfremt investeringen opgives. De afholdte udgifter udgjorde den 31. december 2016 95,7% af sagsøgerens egenkapital og 90,8% af selskabets anlægsaktiver.

- 11 Sagsøgeren påbegyndte arbejdet på vindmølleparken Päite-Vaivina. Det er ubestridt, at vindmølleparkens tilslutningssted til transformatorstationen Allika var færdiggjort inden den 31. december 2016. Desuden opstillede sagsøgeren vindmålemasterne. Sagsøgte anvendte den gældende lovgivning ukorrekt, idet selskabet knyttede yderligere betingelser til arbejdets omfang (jf. støtteafgørelse SA.47354, punkt 36; elmarkedslovens § 59, stk. 2²); i punkt 42 i støtteafgørelse SA.47354 kræves der ikke en byggeret, men en national tilladelse til at gennemføre projektet. Et dokument, hvorved en sådan national tilladelse tildeles, kan i forbindelse med støtte til energi fra vedvarende kilder og den tilsvarende godkendelse af statsstøtten også være en arealanvendelsesplan og de herpå baserede planlægningsvilkår.
- 12 Sagsøgte har bestridt søgsmålet og nedlagt påstand om frifindelse. Den anfægtede afgørelse var ifølge sagsøgte lovlig.
- 13 I henhold til elmarkedslovens § 59, stk. 2², er kun producenter, der eksisterede den 31. december 2016 med et produktionsanlæg på mere end 1 MW, støtteberettigede. Henset til elmarkedslovens § 59, stk. 2¹, fodnote 66 og punkt 19 (44) i retningslinjerne og punkt 42 i støtteafgørelse SA.47354 forudsætter et investeringsprojekts opfyldelse af de i elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 2-4, anførte betingelser, at 1) bygherren har fået den nødvendige tilladelse til at gennemføre projektet (navnlig en byggetilladelse) og har et retskrav på at udnytte den grund, der er udset til projektet, og at 2) bygherren har påbegyndt produktionen, har påbegyndt arbejdet i forbindelse med investeringsprojektet, har indgået en fast forpligtelse til at bestille udstyr til opførelsen af et produktionsanlæg eller en anden forpligtelse, som gør investeringsprojektet irreversibelt, og 3) for hver af disse underkategorier skal det vurderes, om projektet den 31. december 2016 befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med høj sandsynlighed ville kunne fuldføres.
- 14 Sagsøgeren opfylder ikke definitionen af en eksisterende producent, eftersom selskabet 1) den 31. december 2016 ikke havde påbegyndt arbejdet på projektet og ikke havde indgået nogen anden forpligtelse, som gjorde projektet irreversibelt, og 2) den 31. december 2016 ikke havde nogen byggetilladelse for vindturbiner. I alt havde sagsøgeren indtil den 31. december 2016 indgået faste forpligtelser på 734 816,08 EUR. De samlede omkostninger ved investeringsprojektet for vindmølleparken Päite-Vaivina udgør 67 224 000 EUR. Således var kun 1,09% af de samlede udgifter til investeringsprojektet opstået inden den 31. december 2016. Omfanget af de afholdte udgifter var altså sammenholdt med projektets samlede omkostninger ikke tilstrækkeligt til at skabe en berettiget forventning.
- 15 Den nøjagtige procentandel, som de afholdte udgifter udgør af de samlede omkostninger, er blevet anvendt som supplerende indikator i sagsøgtes vurdering, og det er blevet påpeget, at dette alene ikke er afgørende. Desuden har sagsøgte taget hensyn til forpligtelsernes generelle omfang i forhold til projektets samlede omfang og det forhold, at investeringerne ikke er blevet anvendt til vindkraftanlægget, som udgør det centrale element i investeringsprojektet.

- 16 I punkt 62-64 i støtteafgørelse SA.47354 har Kommissionen allerede vurderet, om den konkrete støtteordning har en tilskyndelsesvirkning, og fastslået, at støtten har en væsentlig tilskyndelsesvirkning. Det er sagsøgtes opfattelse, at der af denne støtteafgørelse fremgår det kriterium, at projektet i det væsentlige skal befinde sig på et udviklingstrin, hvor det med høj sandsynlighed vil kunne fuldføres. Tilskyndelsesvirkningens betydning ved sagsøgtes vurdering af den eksisterende producent i henhold til støtteafgørelse SA.47354 adskiller sig fra vurderingen af tilskyndelsesvirkningen i forbindelse med den generelle gruppefritagelsesforordning¹, eftersom støtteafgørelse SA.47354 udtrykkeligt kræver en vurdering af udviklingstrinet. Dermed kan Domstolens udtalelser i dom af 5. marts 2019 i sagen Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172) vedrørende den nationale myndigheds vurdering af tilskyndelsesvirkningen ikke overføres på kontrollen i den foreliggende sag, som gennemføres på grundlag af en statsstøtteordning. I punkt 42 i støtteafgørelse SA.47354 har Kommissionen udtrykkeligt henvist til, at de myndigheder, som tildeler støtten, skal anse de producenter, hvis projekt den 1. januar 2017 befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med høj sandsynlighed ville blive fuldført, for at være eksisterende producenter, hvilket i det væsentlige henviser til projektets irreversibilitet og en materiel vurdering. Dette betyder ikke, at sagsøgte i forbindelse med sin egen vurdering i henhold til retningslinjerne begyndte at vurdere, om tilskyndelsesvirkningen var reel, dvs. væsentlig, eftersom Kommissionen har enekompetence til at vurdere statsstøttens forenelighed med det indre marked. Sagsøgte foretog en materiel vurdering af påbegyndelsen af arbejdet i et omfang, der gjorde det muligt at fastslå, om projektet den 1. januar 2017 befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med høj sandsynlighed ville kunne fuldføres. Europa-Kommissionen har i sine bemærkninger af 17. januar 2020 i forvaltningssag nr. 3-19-218 bekræftet, at påbegyndelsen af arbejdet skal vurderes materielt. Kommissionen har også i skriftudvekslingen i forbindelse med støtteafgørelse SA.47354 bekræftet, at sagsøgte skal vurdere projektet materielt og tage hensyn til den foretagne investerings størrelse i forhold til hele projektets omfang. Dette bekræftes af begrebet forberedende arbejde. Et investeringsprojekts udviklingstrin skal vurderes for alle underkategorier af påbegyndelsen af arbejdet. I henhold til støtteafgørelse SA.47354 er det væsentligt, om projektet den 31. december 2016 befandt sig på et udviklingstrin, hvor der var yderst høj sandsynlighed for, at det ville blive fuldført, og dette gælder for alle alternativer for påbegyndelsen af arbejdet. I henhold til denne afgørelse er begrebet påbegyndelsen af arbejdet knyttet til princippet om beskyttelse af den berettigede forventning.
- 17 Såfremt der er tale om en eksisterende producent, er det nødvendigt, at producenten har fået en national tilladelse til at gennemføre projektet og har ret til at udnytte grunden (jf. støtteafgørelsens punkt 42; Kommissionens bemærkninger i forvaltningssag 3-19-218, punkt 13). Kriteriet om brugsretten til grunden og den nationale tilladelse, dvs. byggeretten, skal fastlægges i henhold til den nationale

¹ Kommissionens forordning (EU) nr. 651/2014 af 17.6.2014 om visse kategorier af støttes forenelighed med det indre marked i henhold til traktatens artikel 107 og 108 (EØS-relevant tekst) (EUT L 187 af 26.6.2014, s. 1).

lovgivning. Byggeretten kunne ikke tildeles i henhold til arealanvendelsesplanen eller planlægningsvilkårene, og det var også nødvendigt at gennemføre byggetilladelsesproceduren, herunder indhentelsen af de nødvendige tilladelser til byggeprojektet. Derfor havde investeringsprojektet for vindmølleparken Päite-Vaivina ikke nået et udviklingstrin, hvor det med høj sandsynlighed ville blive fuldført.

Kort fremstilling af begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse

- 18 Parterne er uenige om, hvorvidt sagsøgte på grundlag af elmarkedslovens § 59, stk. 2³, med rette fastslog, at sagsøgeren ikke opfylder betingelserne i henhold til elmarkedslovens § 59, stk. 2², dvs. begrebet eksisterende producent, der har krav på støtte til energi fra vedvarende kilder i henhold til en eksisterende støtteordning². Uenigheden vedrører spørgsmålet om, hvilke betingelser der er fastsat i elmarkedslovens § 59, stk. 2², og hvorvidt der ud over den anførte bestemmelse fremgår yderligere kriterier af støtteafgørelse SA.47354 og retningslinjerne.
- 19 Det er ubestridt, at en eksisterende producent i henhold til elmarkedslovens § 59, stk. 2², er en producent, der senest den 31. december 2016 har påbegyndt arbejdet på produktionsanlæg til investeringsprojektet, bl.a. 1) har påbegyndt elproduktion eller 2) har påbegyndt arbejdet i forbindelse med dette investeringsprojekt eller 3) har indgået en fast forpligtelse til at bestille udstyr til bygningen af produktionsanlægget eller 4) har indgået en øvrig forpligtelse, som gør investeringsprojektet irreversibelt; erhvervelse af den grund, hvor produktionsanlægget skal ligge, indhentning af tilladelser og forberedende arbejde betragtes ikke som forpligtelser, der gør investeringsprojektet irreversibelt.
- 20 I den foreliggende sag er det uomtvistet, at sagsøgeren den 31. januar 2016 endnu ikke havde påbegyndt elproduktionen eller indgået nogen fast forpligtelse til at bestille udstyr til bygningen af produktionsanlægget. Der er imidlertid uenighed om, hvorvidt sagsøgeren den 31. januar 2016 havde påbegyndt arbejdet på vindmølleparken Päite-Vaivina (elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 2), eller hvorvidt selskabet havde indgået en anden forpligtelse, som gjorde dette investeringsprojekt irreversibelt (elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 4). Med hensyn til sidstnævnte betingelse har parterne også divergerende opfattelser af, hvilket indhold der skal lægges i investeringsprojektets irreversibilitet, nemlig om dette indebærer en økonomisk analyse af de i forbindelse med investeringsprojektet afholdte udgifters andel af projektets samlede omkostninger og det tilfælde, at en hvilken som helst del af de afholdte udgifter skal betragtes som forberedende arbejde eller udgifter, der er undtaget fra de irreversible udgifter

²— Der henvises til undtagelsen i punkt 126 i retningslinjerne (fodnote 66), hvorefter eksisterende producenter har ret til at ansøge om støtte til projektet uden at gennemføre en udbudsprocedure (jf. støtteafgørelse SA.47354, punkt 35), dvs. hvis en producent opfylder kravene i henhold til elmarkedslovens § 59, stk. 2², har vedkommende automatisk ret til at ansøge om støtte i henhold til loven (jf. støtteafgørelse SA.47354, punkt 38).

(f.eks. erhvervelse af grunde eller erhvervelse af bygningsret), og om disse udgifter i dette sidstnævnte tilfælde ved gennemførelsen af den økonomiske analyse ligeledes skal udelades af sammenligningen af de afholdte udgifters procentuelle andel af hele projektets omkostninger. Der er også uenighed om, hvorvidt sagsøgeren den 31. januar 2016 havde en national tilladelse til at gennemføre projektet, og hvorvidt der med begrebet national tilladelse i retningslinjernes punkt 19 (44) menes en byggetilladelse, eller hvorvidt der også kan være tale om et planlægningsdokument (arealanvendelsesplan eller projektrelateret bebyggelsesplan) eller om planlægningsvilkår, der går forud for tildelingen af en byggetilladelse i henhold til national lovgivning.

- 21 Det er sagsøgerens opfattelse, at selskabet påbegyndte arbejdet, da det byggede vindmålemasterne og vindmølleparkens tilslutningssted til transformatorstationen Allika før den 31. december 2016. I denne forbindelse har sagsøgte henregnet omkostningerne til vindmålemasten på 212 002,15 EUR og tilslutningsgebyrerne på 522 813,93 EUR under de irreversible udgifter. Sagsøgte var imidlertid af den opfattelse, at betingelserne i elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 2, heller ikke kunne være opfyldt, hvis investeringsprojektet vedrørende vindmølleparken Päite-Vaivina den 31. januar 2016 ikke befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med yderst høj sandsynlighed ville blive fuldført; i modsat fald ville det system, der er etableret ved elmarkedslovens § 59, stk. 2², være meningsløs, og sagsøgeren ville kunne unddrage sig betingelserne for princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som denne bestemmelse hviler på. Således har sagsøgte ikke bestridt, at sagsøgeren færdiggjorde bygningen af vindmølleparken Päite-Vaivinas vindmålemast og tilslutningssted til transformatorstationen Allika, men det er sagsøgtes opfattelse, at investeringsprojektets udviklingstrin udelukker, at arbejdet var påbegyndt. Dermed er parterne uenige om, hvorvidt investeringsprojektets irreversibilitet skal vurderes for alle alternativer under »påbegyndelse af arbejdet« (elmarkedslovens § 59, stk. 2²) eller kun for det sidste alternativ, »en anden forpligtelse, som gør investeringsprojektet irreversibelt« (elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 4).
- 22 I punkt 42 i støtteafgørelse SA.47354 defineres begrebet »eksisterende producent« således: »[...] De myndigheder, som tildeler støtten, skal anse de producenter, hvis projekt den 1. januar 2017 befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med yderst høj sandsynlighed ville kunne fuldføres, for at være eksisterende producenter, således at de skal tildeles støtte i henhold til den eksisterende støtteordning (berettiget forventning). Dette forudsætter i det mindste, at bygherren har indhentet den nødvendige nationale tilladelse og har et retskrav på at udnytte den grund, hvor projektet skal udvikles.« Kommissionens afgørelse er bindende i alle enkeltheder for den person, den er rettet til³. For så vidt er de betingelser, der er anført i begrundelsen for Kommissionens afgørelse, en

³— Traktat om Den Europæiske Unions funktionsmåde (EUT C 326 af 26.10.2012, s. 47-390), artikel 288, stk. 4.

uadskillelig del af støtteordningen, uanset om disse betingelser er fastsat i den nationale lovgivning eller ej ⁴.

- 23 I sine bemærkninger af 17. januar 2020 i forvaltningssag 3-19-218 fastslog Kommissionen vedrørende begrebet »arbejdets påbegyndelse« som defineret i retningslinjernes punkt 19 (44), at denne definition omfatter »påbegyndelsen af arbejdet i forbindelse med investeringen eller den første bindende bestilling af udstyr eller en anden forpligtelse, som gør investeringen irreversibel, alt efter hvad der indtræffer først« (punkt 11); og tilføjede i punkt 13 vedrørende fodnote 66 i retningslinjerne, at »arbejdets påbegyndelse« skal være sket inden den 1. januar 2017, hvilket betyder, at en af de tre situationer, der er anført som alternativer i retningslinjernes punkt 19 (44), første punktum, skal være indtruffet. Kommissionen har desuden i sine bemærkninger af 17. januar 2020 bekræftet, at begrebet »eksisterende producent« kun omfatter producenter, hvis projekt den 1. januar 2017 befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med yderst høj sandsynlighed ville kunne fuldføres, således at de skulle tildeles støtte i henhold til den eksisterende støtteordning (berettiget forventning).
- 24 På denne baggrund er det uklart, hvorledes det første alternativ, »påbegyndelsen af arbejdet på investeringsprojektet«, under begrebet »projektets påbegyndelse« i retningslinjernes punkt 19 (44) skal forstås. Skal det fortolkes således, at der med disse arbejder henvises til påbegyndelsen af ethvert arbejde (f.eks. bygningen af tilslutningsstedet og vindmålemasten, som er nødvendige for opførelsen af vindmølleparken) i forbindelse med investeringsprojektet, eller kun arbejde i forbindelse med gennemførelsen af investeringsprojektet, hvormed der skal produceres energi fra vedvarende kilder (f.eks. vindkraftanlægget)? Såfremt den kompetente myndighed i medlemsstaten har fastslået, at arbejdet på investeringsprojektet er blevet påbegyndt, fremgår det da af retningslinjernes punkt 19 (44), at den nationale myndighed endvidere skal vurdere, om dette gør investeringen irreversibel, dvs. vurdere investeringsprojektets udviklingstrin? Såfremt den kompetente myndighed også skal tage hensyn til investeringsprojektets udviklingstrin, kan objektive omstændigheder såsom verserende retssager (f.eks. i forbindelse med en afvisning af at meddele byggetilladelse), som hindrer fortsættelsen af investeringsprojektet, da ligeledes tages i betragtning ved vurderingen af sandsynligheden for, at investeringsprojektet fuldføres?
- 25 Såfremt det fastslås, at sagsøgeren ikke påbegyndte arbejdet inden den 31. december 2016, skal det undersøges, om selskabet inden den 31. december 2016 indgik en anden forpligtelse, som gjorde investeringen irreversibel (elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 4). I et sådant tilfælde opstår det spørgsmål, hvorledes det skal vurderes, hvilke af de øvrige af sagsøgeren indgåede forpligtelser der er irreversible, og om dette omfatter en økonomisk analyse af

⁴– Domstolens dom af 13.6.2013, Ryanair mod Kommissionen, C-287/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:395, præmis 67.

projektet med henblik på at afklare, om investeringsprojektet har nået et udviklingstrin, hvor det med stor sandsynlighed vil fuldføres.

- 26 Sagsøgte har gjort gældende, at det inden for statsstøttereglerne er vigtigt at sondre mellem spørgsmålet om, hvorvidt der faktisk og materielt foreligger en tilskyndelsesvirkning, og spørgsmålet om, hvorvidt og hvorledes eksistensen af en tilskyndelsesvirkning i det enkelte tilfælde skal vurderes formelt af støttegiveren (tilskyndelsesvirkningen anses for at være opfyldt på grundlag af formelle kriterier). Sagsøgte har konkluderet, at selskabet i henhold til punkt 42 i støtteafgørelse SA.47354 skal vurdere producentens påbegyndelse af arbejdet materielt, dvs. i et omfang, der gør det muligt at fastslå, om projektet den 31. december 2016 befandt sig på et udviklingstrin, hvor det med yderst høj sandsynlighed ville kunne fuldføres. Det er ubestridt, at Kommissionen har enekompetence til at vurdere statslige støtteordningers forenelighed med det indre marked. Kommissionen vurderer også tilskyndelsesvirkningen materielt. Dette er også tilfældet i den foreliggende sag, hvor tilskyndelsesvirkningen af den eksisterende ordning er blevet vurderet i kapitel 3.3.4.4 i støtteafgørelse SA.47354. Samtidig har sagsøgte på grundlag af punkt 42 i støtteafgørelse SA.47354 vurderet de øvrige indgåede forpligtelser materielt.
- 27 Retten er enig med sagsøgte i, at alle udgifter skal undersøges særskilt, og at den præcise art af de indgåede forpligtelser skal fastslås med henblik på at vurdere spørgsmålet om, hvorvidt en anden af de af sagsøgeren indgåede forpligtelser gør investeringen irreversibel⁵. Idet sagsøgte har fastslået, at udgifterne til vindmålemasten og tilslutningsgebyrerne er berettigede i forbindelse med investeringsprojektet, mens betingelsen i elmarkedslovens § 59, stk. 2², nr. 4, ikke er opfyldt, opstår der imidlertid det spørgsmål, om og hvorledes den kompetente myndighed i medlemsstaten skal vurdere statsstøttens tilskyndelsesvirkning.
- 28 Domstolen har præciseret, at det i forbindelse med statsstøtte er af væsentlig betydning, at kriterierne for anvendelsen af en undtagelse er klare og lette at anvende for de nationale myndigheder⁶, og at den eventuelle eksistens af en tilskyndelsesvirkning ikke kan anses for at være et klart kriterium, eftersom efterprøvelsen heraf bl.a. kræver, at der i hver enkelt sag foretages komplekse økonomiske vurderinger⁷. Selv om der i den anførte sag C-349/17 blev tildelt statsstøtte på grundlag af den generelle gruppefritagelsesforordning til forskel fra den foreliggende sag, som vedrører tildeling af støtte på grundlag af en støtteordning godkendt ved en støtteafgørelse, vedrører den nævnte sag ligesom den foreliggende sag anvendelsen af en undtagelse samt støttens tilskyndelsesvirkning og de nationale myndigheders vurdering heraf. Der opstår derfor det spørgsmål, om de synspunkter, der blev fremført i dom af 5. marts 2019

⁵— Jf. Domstolens dom af 5.3.2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, præmis 75.

⁶— Jf. Domstolens dom af 5.3.2019, Eesti Pagar, C-349/17, EU:C:2019:172, præmis 61.

⁷— Ibid., præmis 68.

i sag C-349/17, Eesti Pagar, navnlig i præmis 61 og 68, også er relevante i den foreliggende sag. Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende, skal fodnote 66 til punkt 126 sammenholdt med punkt 19 (44) i retningslinjerne da fortolkes således, at den nationale myndighed ved vurderingen af kriteriet om påbegyndelsen af arbejdet ikke skal foretage nogen økonomisk vurdering af investeringsprojektet i hver enkelt sag? Såfremt dette er tilfældet, skal sidste alternativ under det i retningslinjernes punkt 19 (44) anførte begreb »påbegyndelsen af arbejdet«, nemlig »indgåelse af andre forpligtelser, som gør investeringen irreversibel«, da fortolkes således, at enhver anden forpligtelse – med undtagelse af køb af grunde og forberedende arbejde (såsom indhentelse af en byggetilladelse) – gør investeringen irreversibel, uafhængigt af omkostningerne ved den indgæede forpligtelse og sandsynligheden for, at projektet fuldføres?

- 29 Desuden opstår det spørgsmål, om de ufravigelige betingelser som omhandlet i retningslinjernes punkt 19 (44) er 1. eksistensen af en brugsret til grunden og 2. eksistensen af en national tilladelse til at gennemføre investeringsprojektet? Og endelig, såfremt det forrige spørgsmål besvares bekræftende, skal begrebet »national tilladelse til at gennemføre et investeringsprojekt« da fortolkes i lyset af den nationale lovgivning, og kan der i denne henseende kun være tale om en tilladelse, på grundlag af hvilken byggearbejdet i forbindelse med investeringsprojektet gennemføres, men ikke om de planlægningsdokumenter eller planlægningsvilkårene, som går forud for byggetilladelsen (såsom arealanvendelsesplanen)?
- 30 Det er den forelæggende rets opfattelse, at anmodningen om præjudiciel afgørelse ikke vedrører gyldigheden af støtteafgørelse nr. SA.47354, men derimod fortolkningen af de EU-retlige forskrifter om statsstøtte, og at anmodningen om præjudiciel afgørelse derfor kan antages til realitetsbehandling.