

## CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. TIZZANO

van 9 februari 2006<sup>1</sup>

1. De onderhavige zaken betreffen de hogere voorziening ingesteld door P&O European Ferries (Vizcaya) SA (hierna: „P&O”) en door de Diputación Foral de Vizcaya (provincieraad van Biskaje; hierna: „Diputación”) tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 5 augustus 2003 in de gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01, P&O European Ferries (Vizcaya) SA en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (hierna: „bestreden arrest”)<sup>2</sup>, waarbij beschikking 2001/247/EG van de Commissie van 29 november 2000 (hierna: „litigieuze beschikking”)<sup>3</sup>, betreffende de door Spanje ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van de scheepvaartmaatschappij P&O, voorheen „Ferries Golfo de Vizcaya”, in haar totaliteit is bevestigd.

maatregelen van de staten of met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

3. Volgens artikel 88, lid 3, EG moet de Commissie van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte worden gebracht en kan de betrokken lidstaat de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat de Commissie tot een eindbeslissing is gekomen.

### I — Rechtskader

2. Zoals bekend, bevestigt artikel 87, lid 1, EG, behoudens de uitzonderingen waarin dit Verdrag voorziet, de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van steun-

4. Bovendien beschikt de Europese Gemeenschap met verordening (EG) nr. 659/1999<sup>4</sup> van de Raad (hierna: „verordening nr. 659/1999”) over een nauwkeurig systeem van procedureregels voor de toepassing van de communautaire bepalingen inzake het toezicht op staatssteun.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — Jurispr. blz. II-2957

3 — PB 2001, L 89, blz. 28.

4 — Verordening van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1).

## II — Feiten en procedure

### *De aan het geding ten grondslag liggende feiten*

5. Gelet op de complexiteit van de gebeurtenis waarop de onderhavige zaken betrekking hebben en die bovendien reeds tot twee uitspraken van het Gerecht heeft geleid, alsmede het relatief lange tijdsbestek waarover deze gebeurtenis zich uitstrekt, zal ik mij hier beperken tot een beknopt overzicht van de belangrijkste feiten die relevant zijn voor de onderhavige procedure.

6. De gebeurtenis vindt haar oorsprong in een overeenkomst (hierna: „oorspronkelijke overeenkomst”) ondertekend op 9 juli 1992 door de Diputación en het ministerie van Handel en Toerisme van de Baskische regering enerzijds, en de scheepvaartmaatschappij, thans P&O, anderzijds. Deze overeenkomst betrof de opening van een veerdienst tussen Bilbao en Portsmouth en voorzag in de aankoop, in de periode 1993-1996, van een zeker aantal vouchers door de ondertekenende autoriteiten, tegen betaling van een in de overeenkomst vastgestelde financiële tegenprestatie. De bedoelde overeenkomst is niet bij de Commissie aangemeld.

7. Reeds op 21 september van datzelfde jaar echter, heeft een concurrerende scheepvaartmaatschappij, Bretagne Angleterre Irlande (hierna: „BAI”), bij de Commissie een klacht ingediend waarin zij bezwaar maakte tegen subsidies die door de Diputación en de Baskische regering aan P&O zouden worden

toegekend. Na inwinning van de noodzakelijke informatie hieromtrent, heeft de Commissie op 29 september 1993 besloten de procedure ex artikel 93, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2, EG)<sup>5</sup> in te leiden.

8. Na een vooronderzoek heeft de Commissie geconcludeerd dat de oorspronkelijke overeenkomst geen normale handelstransactie vormde, maar staatssteun in de zin van artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG) en niet voldeed aan de voorwaarden om verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te kunnen worden verklaard.

9. De overwegingen van de Commissie waren, inter alia, gebaseerd op het feit dat de overeengekomen prijs voor de door de ondertekenende autoriteiten aangeschafte vouchers hoger was dan het normale commerciële tarief en dat de overeenkomst voor de overheid een verbintenis inhield om alle verliezen van P&O tijdens de eerste drie bedrijfsjaren van de nieuwe lijn te vergoeden. Naar de mening van de Commissie werd dus elk commercieel risico voor P&O uitgesloten.

10. Naar aanleiding van de kennisgeving betreffende het besluit de procedure in te leiden, heeft de Baskische regering de Commissie laten weten dat de uitvoering

5 — PB 1994, C 70, blz. 5.

van de overeenkomst was opgeschort. Tezelfdertijd heeft P&O, in het kader van de administratieve procedure om de maatregel te beoordelen, met de Commissie een langdurige correspondentie onderhouden om vast te stellen welke soort van overeenkomst kon worden gesloten tussen de scheepvaartmaatschappij en de openbare autoriteiten, zonder de communautaire bepalingen inzake staatssteun te schenden.

11. In dit verband heeft P&O, bij brief van 27 maart 1995 (hierna: „brief van 27 maart 1995”), een ambtenaar van het directoraat-generaal (DG) „Vervoer” van de Commissie<sup>6</sup> in kennis gesteld van een nieuwe overeenkomst (hierna: „nieuwe overeenkomst”), die op 7 maart 1995 tussen de Diputación en P&O was gesloten. Met deze overeenkomst, die zou gelden van 1995 tot en met 1998, verbond de Diputación zich tot de aanschaf van in totaal 46 500 vouchers voor gebruik op de door P&O geëxploiteerde scheepvaartlijn Bilbao-Portsmouth. In deze overeenkomst werden tevens de financiële tegenprestatie en de overige voorwaarden voor de bedoelde aanschaf vastgelegd.

12. Op 7 juni 1995 gaf de Commissie haar beschikking betreffende de sluiting van de op 29 september 1993 ingeleide procedure (hierna: „beschikking van 7 juni 1995”)<sup>7</sup>, waarin werd verklaard dat in de nieuwe overeenkomst ten opzichte van de voorgaande versie talrijke wijzigingen waren aangebracht. In het bijzonder stelde de Commissie vast dat de regering van Baskenland geen partij meer was bij die overeen-

komst; dat de prijs van de vouchers volgens nieuwe criteria werd vastgesteld en derhalve minder hoog was dan de prijs die in de oorspronkelijke overeenkomst was vastgelegd; dat talrijke andere elementen van de oorspronkelijke overeenkomst — waarvoor de Commissie tevens een voorbehoud maakte — waren geschrapt. Op grond van deze overwegingen heeft de Commissie derhalve verklaard dat de nieuwe overeenkomst geen staatssteun vormde.

13. Tegen deze beschikking werd echter onmiddellijk bij het Gerecht van eerste aanleg beroep ingesteld door BAI, in haar hoedanigheid van concurrent van P&O en indiener van de klacht over staatssteun, terwijl ter ondersteuning van de Commissie het Koninkrijk Spanje en P&O partij waren in de daaropvolgende gerechtelijke procedure.

14. Bij arrest van 28 januari 1999, zaak T-14/96, BAI/Commissie<sup>8</sup> (hierna: „arrest BAI”), heeft het Gerecht de beschikking van 7 juni 1995 nietig verklaard, daar het van oordeel was dat de nieuwe overeenkomst geen normale handelstransactie betrof en dat derhalve de Commissie een foute beoordeling had gemaakt van de bedoelde overeenkomst in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

15. In het bijzonder merkte het Gerecht op, dat de door de openbare autoriteit op grond van de nieuwe overeenkomst aan P&O betaalde bedragen in hun totaliteit volstrekt niet waren gedaald ten opzichte van de

6 — Ambtenaar belast met het dossier inzake de hier behandelde staatssteun.

7 — PB C 321, blz. 4.

8 — Jurispr. blz. II-139.

bedragen die waren vastgelegd in de oorspronkelijke overeenkomst, maar zelfs licht waren gestegen. Ondanks het feit dat de referentie-eenheidsprijs van de vouchers was gedaald, lag het totale aantal aangeschafte vouchers namelijk aanzienlijk hoger (46 500 vouchers tegenover de 26 000 vouchers die oorspronkelijk waren voorzien). Voorts is bij het vaststellen van het totaalbedrag van de aangeschafte vouchers op geen enkele wijze uitgegaan van de daadwerkelijke behoefte van de koper, z'o oordeelde het Gerecht. Bovendien zou P&O ten gevolge van dit grotere aantal vouchers geen extra kosten hebben hoeven maken, daar zij slechts in het laagseizoen konden worden gebruikt. Derhalve concludeerde de rechter in eerste aanleg dat met betrekking tot de concurrentie de gevolgen van de nieuwe overeenkomst in wezen niet verschilden van die van de oorspronkelijke overeenkomst.<sup>9</sup>

16. In het licht van dit arrest heeft de Commissie op 26 mei 1999<sup>10</sup> besloten om met betrekking tot de nieuwe overeenkomst de procedure ex artikel 88, lid 2, EG in te leiden. Volgens de Commissie hadden de Baskische autoriteiten het aantal van P&O te kopen vouchers namelijk kunstmatig verhoogd, teneinde de prijsverlaging van de vouchers te compenseren en op deze wijze de hoogte van de overheidssubsidie aan de scheepvaartmaatschappij die was vastgelegd in de oorspronkelijke overeenkomst, in stand te houden.

17. Aan het einde van deze procedure heeft de Commissie in de litigieuze beschikking<sup>11</sup>

verklaard dat de nieuwe overeenkomst staatssteun betrof die onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt (artikel 1) en derhalve het Koninkrijk Spanje gelast de reeds gestorte bedragen terug te vorderen (artikel 2).

*Het procesverloop voor het Gerecht en het bestreden arrest*

18. Tegen deze beschikking werden bij het Gerecht van eerste aanleg beroepen ingesteld door zowel de Diputación als P&O, maar terwijl laatstgenoemde zich beperkte tot een verzoek om nietigverklaring van de gelasting de reeds verleende steun terug te vorderen, verzocht de Diputación om nietigverklaring van deze beschikking in haar geheel.

19. Ter ondersteuning van de wettigheid van de door de Commissie afgewezen overeenkomst, hebben beide rekwirantes vooraf benadrukt dat de litigieuze steun naar behoren bij de Commissie was aangemeld door de begunstigde, door middel van de reeds vermelde brief van 27 maart 1995.

20. Ten gronde wierpen zij voorts een aantal grieven op, met betrekking tot zowel inhoudelijke aspecten van de beschikking als beweerde procedurefouten tijdens de administratieve procedure die is afgehandeld door de diensten van de Commissie. In hoofdzaak betroffen deze grieven: a) de kwalificatie van

9 — Punten 74-80.

10 — PB C 233, blz. 22.

11 — Zie voetnoot 3.

de aan de orde zijnde maatregel als staatssteun; b) de schending van het eigendomsrecht en van artikel 295 EG; c) het niet toepassen van de vrijstelling krachtens artikel 87, lid 2, sub a, EG; d) de schending van de procedureregels die worden voorgeschreven door het EG-Verdrag en verordening nr. 659/1999, in het bijzonder wat betreft het nagelaten verzoek om aanvullende inlichtingen van de autoriteiten; e) de schending van de beginselen van gewettigd vertrouwen, rechtszekerheid en behoorlijk bestuur; f) de schending van artikel 88 EG, daar de staatssteun als impliciet toegestaan had moeten worden beschouwd; g) de ontoereikendheid of irrelevantie van de motivering in de zin van artikel 253 EG.

21. Harerzijds heeft de Commissie, behalve dat zij de gegrondheid van al deze middelen heeft bestreden, zich beroepen op de niet-ontvankelijkheid van het middel met betrekking tot de kwalificatie van staatssteun die aan de litigieuze maatregel is gegeven, daar het in strijd is met het gezag van gewijsde van het arrest BAI.

22. Het Gerecht heeft de beroepen volledig ontvankelijk verklaard, maar alle middelen van P&O en de Diputación verworpen, op grond van de overwegingen die ik hierna beknopt zal samenvatten in de volgorde die het Gerecht in het bestreden arrest heeft gevolgd.

23. Eerst heeft het Gerecht geoordeeld dat de nieuwe overeenkomst niet in overeenstemming met de procedure van artikel 88, lid 3, EG tot stand was gekomen en derhalve

als onwettig diende te worden beschouwd.

24. Dienaangaande verwierp het Gerecht de door rekwirantes aangevoerde argumenten, dat aangezien de nieuwe overeenkomst als een nieuwe steunmaatregel moest worden beschouwd, zij naar behoren door de begunstigde onderneming bij de Commissie was aangemeld. Naar het oordeel van het Gerecht namelijk kon de kennisgeving van de bedoelde overeenkomst aan de Commissie door de advocaten van de begunstigde, op geen enkele wijze worden gezien als een formele aanmelding van een nieuwe steunmaatregel in de zin van het EG-Verdrag.<sup>12</sup>

25. Het Gerecht oordeelde voorts dat de nieuwe maatregel hoe dan ook geen nieuwe en afwijkende steunmaatregel vormde ten opzichte van de oorspronkelijk toegepaste steunmaatregel (die nimmer was aangemeld), daar de wijzigingen die in de laatstgenoemde steunmaatregel werden aangebracht, niet substantieel waren. Daar dus de oorspronkelijke overeenkomst en de nieuwe overeenkomst dienden te worden beschouwd als één enkele steunmaatregel, die werd ingevoerd en tot uitvoering werd gebracht in 1992 en vervolgens werd gewijzigd, was de bij de eerste overeenkomst nagelaten aanmelding tevens van invloed op de wettigheid van de tweede.

26. Ten aanzien voorts van de kwalificatie van de litigieuze maatregel als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG, heeft het

<sup>12</sup> — Punten 57-74

Gerecht vooraf de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen, daar het van oordeel was dat men zich slechts op het gezag van gewijsde dat toekomt aan een voorgaand arrest kon beroepen, indien in het beroep dat heeft geleid tot het betrokken arrest dezelfde partijen tegenover elkaar stonden, en het beroep hetzelfde voorwerp had en op dezelfde middelen beruiste. In het onderhavige geding<sup>13</sup> waren deze omstandigheden niet alle aanwezig.

27. Ten gronde echter werd de vaststelling van de Commissie bevestigd.

28. Ten eerste was het Gerecht namelijk van mening dat er tal van aanwijzingen waren dat de Diputación deze overeenkomst niet had gesloten om te voorzien in werkelijke behoeften. Naar zijn oordeel „is deze verrichting enkel doordat een lidstaat goederen en diensten tegen marktvoorwaarden koopt, nog niet aan te merken als een handelstransactie die onder voor een particulier investeerder aanvaardbare omstandigheden is verricht [...], indien blijkt dat de staat geen werkelijke behoefte aan die goederen of diensten had. [...] Zeker wanneer, zoals in casu, de keuze van de ondernemer niet is voorafgegaan door een openbare aanbestedingsprocedure waaraan voldoende publiciteit is gegeven, moet een lidstaat aantonen dat zijn aankoop van goederen of diensten een normale handelstransactie is.”<sup>14</sup> In het onderhavige geding heeft de Commissie

derhalve terecht geconcludeerd dat de nieuwe overeenkomst P&O een economisch voordeel kon verlenen<sup>15</sup>, daar het bestaan van deze behoefte niet kon worden aangetoond.

29. Naar het oordeel van het Gerecht heeft de Commissie correct het mogelijk concurrentieverstorend effect van de betrokken maatregel opgemerkt, alsmede de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten.<sup>16</sup>

30. Ten aanzien van de veronderstelde schending van het eigendomsrecht bedoeld in artikel 295 EG, voerde de Diputación vervolgens aan dat de litigieuze beschikking een onbillijke beperking vormde van haar vermogen tot sluiting van contracten en haar het eigendomsrecht op de wettig aangekochte vouchers ontnam. Het Gerecht antwoordde hierop dat artikel 295 EG niet tot gevolg heeft dat de nationale regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen en dat het, derhalve, de strekking van het begrip staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG niet beperkt.<sup>17</sup>

31. De rechter in eerste aanleg bepaalde voorts dat de litigieuze maatregel niet verenigbaar kon zijn op basis van artikel 87, lid 2, sub a, EG, daar de steun niet aan

13 — Punten 75-82.

14 — Punten 117 en 118.

15 — Punten 121-140.

16 — Punten 141-144.

17 — Punten 148-153.

individuele verbruikers en zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten werd toegekend, maar één enkele onderneming begunstigde, te weten P&O.<sup>18</sup>

32. Ten aanzien van de gestelde schending van de procedureregels kon het Gerecht zich niet vinden in de door de Diputación opgeworpen grief over het verzuim van de Commissie om de Spaanse autoriteiten de uitleg of opheldering te vragen die nodig was ter vaststelling van haar beschikking. Naar het oordeel van het Gerecht namelijk, berustte deze grief op een onjuiste lezing van de litigieuze beschikking, in die zin dat de door de Diputación bestreden passages van de beschikking niet een echt gebrek aan informatie betroffen, maar een andere beoordeling — door de Commissie — van het in de administratieve procedure door de Spaanse autoriteiten aangevoerde bewijs.<sup>19</sup>

33. Het Gerecht analyseerde, en verwierp, vervolgens de zienswijzen van beide rekwirantes ten aanzien van de gestelde schending van de beginselen van gewettigd vertrouwen en behoorlijk bestuur door de gelasting in de litigieuze beschikking de steun terug te vorderen.

34. Ten aanzien van de gestelde schending van het beginsel van gewettigd vertrouwen,

wees het Gerecht er bovenal op, dat zeker niet valt uit te sluiten dat de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen. De autoriteiten die deze steun echter in strijd met de aanmeldingsplicht hebben toegekend, kunnen zich niet met een beroep op het gewettigd vertrouwen van de steunontvangers onttrekken aan hun verplichting de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een negatieve beschikking van de Commissie. Op dit punt heeft de Diputación onwettig gehandeld.<sup>20</sup>

35. Anderzijds stelde de rechter in eerste aanleg dat, buiten het feit dat de Commissie aanvankelijk een positieve beschikking had gegeven, P&O geen uitzonderlijke omstandigheden had aangevoerd die bij haar een gewettigd vertrouwen konden wekken. Stellen dat een eerdere positieve beschikking van de Commissie inzake staatssteun — waartegen binnen de beroepstermijn van artikel 230 EG is opgekomen en die door de gemeenschapsrechter nietig is verklaard — automatisch aan de terugvordering van de onwettige steun in de weg zou staan, zou meebrengen dat de wettigheidstoetsing van deze beschikkingen door de gemeenschapsrechter haar nuttige werking zou verliezen. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 14 januari 1997 in de zaak Spanje/Commissie<sup>21</sup>, is het Gerecht in het bijzonder van oordeel dat de concurrenten van de begunstigde zouden worden uitgesloten van het recht op een effectief rechtsmiddel tegen

18 — Punten 162-171

19 — Punten 176-187.

20 — Punten 201-203

21 — Zaak C-169/95 (Jurispr. blz. 1-135, punt 53).

voor hen nadelige beschikkingen van de Commissie.<sup>22</sup> Dientengevolge zijn ook de door P&O ten aanzien van haar gewettigd vertrouwen aangevoerde argumenten verworpen.

36. Wat de gestelde schending van het beginsel van behoorlijk bestuur betreft, was de rechter in eerste aanleg van mening dat verzoekster zich met deze grief richtte tegen de handelwijze van de Commissie bij het onderzoek van het dossier, teneinde de onwettigheid van de steun opnieuw ter discussie te stellen. De rechter heeft deze grief derhalve afgewezen onder verwijzing naar het onderzoek dienaangaande in hetzelfde arrest.<sup>23</sup>

37. Na onderzoek voorts van de gestelde schending van artikel 88 EG, kon het Gerecht zich niet vinden in het door de Diputación aangevoerde argument, dat aangezien de Commissie niet binnen twee maanden na de uitspraak van het arrest BAI de procedure van artikel 88 EG met betrekking tot de betrokken maatregel had ingeleid, de steun impliciet goedgekeurd moest worden geacht. Het Gerecht oordeelde op grond van de Lorenz-rechtspraak<sup>24</sup> dat de betrokken voorwaarden in casu niet vervuld waren.<sup>25</sup>

22 — Punten 204-210.

23 — Punten 211-212.

24 — Arrest van 11 december 1973, Lorenz (120/73, Jurispr. blz. 1471). Volgens deze rechtspraak kan, wanneer de Commissie binnen twee maanden na de aanmelding van een nieuwe steunmaatregel dienaangaande geen standpunt inneemt (door de contradictoire procedure te openen of een gunstige beslissing te nemen), bedoelde staat de voorgenomen steunmaatregel tot uitvoering brengen mits hij de Commissie daarvan tevoren op de hoogte brengt.

25 — Punten 216-219.

38. Tot slot oordeelde de rechter van eerste aanleg dat de door P&O aangevoerde grief van ontoereikende motivering, kennelijk ongegrond is.<sup>26</sup>

### *Het procesverloop voor het Hof*

39. Bij hogere voorzieningen van respectievelijk 17 oktober 2003 en 10 november 2003 bestrijden P&O (zaak C-442/03 P) en de Diputación (zaak C-471/03 P) de conclusies van het Gerecht. P&O verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen en de zaak naar het Gerecht te verwijzen met het oog op een uitspraak over artikel 2 van de litigieuze beschikking. De Diputación verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen en, indien de stand van het geding het toelaat, zelf uitspraak te doen over het geding en de litigieuze beschikking nietig te verklaren (of, subsidiair, artikel 2 van deze beschikking nietig te verklaren). De Diputación verzoekt subsidiair, na vernietiging van het arrest in eerste aanleg de zaak naar het Gerecht te verwijzen.

40. De Commissie, die zich in beide procedures partij heeft gesteld, heeft hiertegen verweer gevoerd door het Hof te verzoeken de hogere voorzieningen af te wijzen en rekwirantes te verwijzen in de kosten. Voorts heeft de Diputación geïntervenieerd in de

26 — Punten 223-227.



door P&O ingestelde hogere voorziening, ter ondersteuning van de conclusies van laatstgenoemde, en — gelijktijdig — heeft P&O geïntervenieerd ter ondersteuning van de rekwirante in de door de Diputación ingestelde hogere voorziening.

*De gestelde laattijdigheid van de door de Diputación ingestelde hogere voorziening*

41. Bij beschikking van de president van het Hof van 7 juni 2005 werden de twee zaken gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest. Vervolgens zijn partijen gehoord ter terechtzitting van 22 september 2005.

43. Dienaangaande merk ik allereerst op, dat ter zake van de hogere voorziening de Diputación geen domicilie heeft gekozen in Luxemburg, maar ten kantore van haar advocaten in Bilbao, Spanje, en dat zij heeft ingestemd met de ontvangst van betekeningen per telefax. Ik herinner eraan dat het arrest van het Gerecht is uitgesproken op 5 augustus 2003 en dat de Diputación op dezelfde dag een persmededeling heeft uitgegeven waarin publiekelijk haar voornemen om tegen het arrest een hogere voorziening in te stellen, werd bekendgemaakt. Na de uitspraak heeft de griffie van het Gerecht, overeenkomstig de genoemde bepalingen, bovendien een eensluidend afschrift van het arrest naar de Diputación verzonden via een aangetekende brief met ontvangstbewijs, die op 11 augustus op het Luxemburgse postkantoor werd bezorgd. Op het door rekwirante gekozen domicilie werd de postzending, zoals blijkt uit het ontvangstbewijs, echter pas op 1 september betekend. De Diputación was derhalve van mening dat de termijn voor de hogere voorziening op die datum inging en heeft dus haar hogere voorziening op 10 november daaropvolgend ingesteld. De afschriften van het arrest die aan de Commissie en aan P&O zijn betekend, werden echter op respectievelijk 13 en 14 augustus 2003 door hen ontvangen en de hogere voorziening van P&O is derhalve, zoals gezegd, ingesteld op 17 oktober.

### III — Beoordeling

#### *Inleiding*

42. Rekwirantes hebben tegen het arrest van het Gerecht verschillende middelen in hogere voorziening aangevoerd, die ik hierna nader zal onderzoeken. Allereerst moet ik mij uitspreken over de door de Commissie geuite twijfels met betrekking tot de ontvankelijkheid van de door de Diputación ingestelde hogere voorziening, die vervolgens ter terechtzitting nader zijn gepreciseerd en gekwalificeerd als een formele exceptie van niet-ontvankelijkheid wegens te late instelling ervan.

44. Tegen deze achtergrond is de Commissie van mening dat, in het licht van artikel 100, lid 2, tweede alinea, van het

Reglement voor de procesvoering van het Gerecht van eerste aanleg<sup>27</sup>, de hogere voorziening van de Diputación te laat zou zijn ingesteld.

45. Naar de mening van de Commissie bevat, indien ik het goed heb begrepen, de laatste zin van die bepaling tegelijkertijd een vermoeden van kennisgeving na tien dagen na de bezorging van de zending op het Luxemburgse postkantoor en een afwijking ervan („tenzij uit het bericht van ontvangst blijkt [...], etc.”). Deze afwijking is alleen van toepassing indien de *effectieve* datum van ontvangst van het stuk vóór de datum ligt van het genoemde vermoeden. Anders dreigt een situatie van rechtsonzekerheid te ontstaan, daar de ontvanger van de kennisgeving het afhalen van het stuk tot in eeuwigheid kan uitstellen en daarmee het moment waarop de termijn voor het instellen van de hogere voorziening ingaat.

27 — Herhaald zij dat, ofschoon volgens lid 1 van deze bepaling in beginsel „de in dit reglement voorziene betekeningen geschieden door de griffier aan de gekozen woonplaats, [...] bij aangetekende postzending met bericht van ontvangst van een afschrift van de akte welke wordt betekend”, lid 2 hieraan toevoegt dat „wanneer de geadresseerde overeenkomstig artikel 44, lid 2, tweede alinea, ermee heeft ingestemd, dat te betekenen stukken hem per telefax of met een ander technisch communicatiemiddel worden toegezonden, de betekening van elk processtuk, met uitzondering van arresten en beschikkingen van het Gerecht, kan geschieden door middel van verzending van een afschrift van het stuk langs die weg” (eerste alinea; cursivering van mij); „Indien zodanige verzending om technische redenen of wegens de aard of omvang van het stuk niet mogelijk is, wordt het stuk, wanneer de geadresseerde geen domicilie heeft gekozen, aan diens adres betekend op de wijze als voorzien in lid 1. De geadresseerde wordt daarvan verwittigd per telefax of met enig ander technisch communicatiemiddel. Een aangetekende postzending wordt dan geacht de geadresseerde te hebben bereikt op de tiende dag na de bezorging van die zending op het postkantoor van de plaats waar het Gerecht is gevestigd, tenzij uit het bericht van ontvangst blijkt dat zij op een andere datum is ontvangen [...]” (tweede alinea).

46. Maar bovenal is de Commissie van mening dat het in casu volkomen duidelijk was dat de Diputación reeds vóór 1 september 2003 op de hoogte was van het arrest van het Gerecht. Ook de door de Diputación op de dag van de uitspraak van het arrest uitgegeven persmededeling, alsmede het feit dat de tekst van dit arrest beschikbaar was op internet, zou dit overigens aantonen. Rekwirante zou derhalve haar zorgvuldigheidsplicht, waaraan de partijen in een procedure in rechte gehouden zijn, niet zijn nagekomen, door moedwillig het afhalen van het stuk (en derhalve de ondertekening van het ontvangstbewijs) te vertragen, teneinde een langere termijn voor het instellen van de hogere voorziening te genieten.

47. De Diputación stelt daarentegen, haar hogere voorziening te hebben ingesteld binnen de daarvoor geldende termijn, uitgaand van de effectieve datum van ontvangst van het afschrift van het arrest en de reguliere termijn voor de hogere voorziening (twee maanden), alsmede de extra termijn van 10 dagen wegens de afstand tot het door de rekwirant gekozen domicilie. Daartoe beroept rekwirante zich in het bijzonder op artikel 100, lid 2, tweede alinea, laatste zin, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, dat, haars inziens, de effectieve datum van ontvangst van het stuk laat gelden boven de vermoede datum van ontvangst.

48. Herhaald zij allereerst dat artikel 100, lid 2, eerste alinea, uitsluitend de modaliteiten regelt voor de betekening van de stukken die, in beginsel, mogen worden verzonden via telefax of enig ander technisch commu-

nicatiemiddel. Deze modaliteiten zijn echter uitdrukkelijk niet van toepassing op de betekening van arresten en beschikkingen van het Gerecht.

49. Volgens de tweede alinea van de vornoemde bepaling (aangehaald door zowel rekwirante als de Commissie) moet voorts in de gevallen waarin vanwege — onder meer — „de aard [...] van het stuk” (arrest of beschikking) geen verzending mag plaatsvinden via telefax of enig ander technisch communicatiemiddel, de betekening geschieden volgens de reguliere procedure bedoeld in lid 1 van de bepaling, te weten bij aangetekende postzending met bericht van ontvangst. Daarbij moet de geadresseerde tezelfdertijd worden verwittigd via telefax of enig ander technisch communicatiemiddel. Is aan deze verplichting voldaan, dan wordt de aangetekende brief geacht de geadresseerde te hebben bereikt op de tiende dag na de bezorging ervan op het postkantoor van Luxemburg (vanzelfsprekend indien in dat land geen domicilie is gekozen), tenzij uit het ontvangstbewijs blijkt dat hij op een andere datum is ontvangen.

50. Er moet derhalve onderscheid worden gemaakt tussen het in artikel 100, lid 2, tweede alinea, bedoelde vermoeden en het vermoeden bedoeld in artikel 44, lid 2, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, op grond waarvan de regelmatige betekening wordt geacht plaats te vinden door bezorging van de aangete-

kende zending op het postkantoor van Luxemburg.<sup>28</sup>

51. Het eerste vermoeden is namelijk van toepassing in het geval dat met de verzending van processtukken via telefax of andere technische communicatiemiddelen is ingestemd, maar die verzending niet mogelijk is vanwege, onder meer, de aard van het stuk (arrest of beschikking).<sup>29</sup> Het tweede vermoeden heeft daarentegen werking in het geval dat de rekwirant niet heeft voldaan aan de vormvereisten van artikel 44, lid 2, eerste en tweede alinea, en dus geen domicilie heeft gekozen in Luxemburg en niet heeft ingestemd met de verzending van de processtukken via telefax of enig ander technisch communicatiemiddel.<sup>30</sup>

52. In casu heeft de Diputación, zoals gezegd, geen domicilie gekozen in Luxemburg, maar wel ingestemd met verzending van de processtukken via telefax of enig ander technisch communicatiemiddel. Derhalve is artikel 100, lid 2, tweede alinea, hier van toepassing.

28 — Voor het gemak van de lezer zij herhaald dat het bedoelde artikel 44 bepaalt: „In het verzoekschrift wordt [...] domicilie gekozen ter plaatse waar het Gerecht gevestigd is» (eerste alinea); „Naast of in plaats van de in de eerste alinea bedoelde domiciliekeuze kan in het verzoekschrift worden vermeld, dat de advocaat of gemachtigde ermee instemt, dat betekeningen aan hem plaatsvinden per telefax of met enig ander technisch communicatiemiddel” (tweede alinea); „Indien het verzoekschrift niet aan de in de eerste twee alinea's bedoelde voorwaarden beantwoordt en zolang dit verzum niet is hersteld, geschieden alle betekeningen aan de betrokken partij per aangetekende post aan het adres van haar gemachtigde of raadsman. In afwijking van artikel 100, lid 1, wordt de regelmatige betekening dan geacht plaats te vinden door bezorging van de aangetekende zending op het postkantoor van de plaats waar het Gerecht is gevestigd” (derde alinea).

29 — Zoals ik reeds heb aangegeven, moet de geadresseerde echter van de bezorging worden verwittigd, anders heeft het vermoeden geen werking.

30 — Zie in die zin beschikking van 29 oktober 2004, Ripa di Meana (C-360/02 P Jurispr. blz. I 10339).

53. Nu dit is opgehelderd, moet, in het licht van deze bepaling, nog worden vastgesteld waar het vermoeden van de ontvangst van de aangetekende postzending op de tiende dag na neerlegging ervan op het postkantoor van Luxemburg, kan stranden. Of dit dus het geval is telkens als uit het ontvangstbewijs blijkt dat de zending op een andere datum is ontvangen (zoals rekwirante stelt) of uitsluitend als deze datum gelegen is vóór de vermoede datum (zoals de Commissie suggereert).

hebben voor de rekwirant en zijn rechten van de verdediging en dat derhalve de uitlegging moet worden gekozen die deze rechten het best eerbiedigt.

56. Derhalve ben ik van mening dat de hogere voorziening van de Diputación tijdig is ingesteld en om die reden ontvankelijk is.

54. Van beide zienswijzen acht ik die van de Diputación zonder meer het meest overtuigend. Bovenal lijkt die namelijk beter te stroken met de letter van de bepaling, die geen enkele steun biedt aan de conclusies van de Commissie. Anderzijds ben ik, meer in algemene zin, van oordeel dat indien de rekwirant volgens de relevante procedure-regels over een termijn beschikt, hij het recht heeft deze ten volle te benutten, behoudens uitdrukkelijke uitzondering. De vaststelling van beroepstermijnen strekt namelijk ook tot bescherming van de rechten van de verdediging; om deze rechten in te perken, moet dus een veel solidere rechtsgrond worden gekozen dan een indirect en bovendien geforceerd argument dat gebaseerd is op een zin waarvan de bewoordingen iets heel anders zeggen.

*De middelen in de hogere voorziening*

57. Ik ga nu over tot de gegrondheid van de hogere voorzieningen. P&O heeft in haar hogere voorziening zeven middelen aangevoerd en de Diputación negen, welke ten dele samenvallen. Voorzover mogelijk zal ik ze derhalve gezamenlijk behandelen.

55. Gelet op de algemene beginselen, ben ik hoe dan ook van mening dat, mochten er op dit punt al objectief twijfels over de uitlegging bestaan, dit geen nadelige gevolgen mag

58. Ik zal mijn onderzoek beginnen bij de middelen betreffende de kwalificatie van de bestreden maatregel als staatssteun (A), mij vervolgens concentreren op de middelen betreffende de gestelde onjuiste uitlegging van artikel 88, lid 3, EG (B) en ten slotte ingaan op de middelen betreffende andere onjuiste rechtsopvattingen van de rechter in eerste aanleg (C).

*A — Middelen betreffende de kwalificatie van de maatregel als staatssteun*

59. Met verschillende grieven bestrijdt de Diputación vooral de overwegingen waarin het Gerecht de conclusies van de litigieuze beschikking inzake de kwalificatie van de nieuwe overeenkomst als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG bevestigt.

1. De ontvankelijkheid van deze middelen

60. Alvorens de gegrondheid van deze grieven te onderzoeken, moeten een aantal twijfels met betrekking tot de ontvankelijkheid ervan worden weggenomen.

61. In het bijzonder moet worden vastgesteld of de kwalificatie van de betrokken maatregel als staatssteun nog kan worden aangevochten voor de gemeenschapsrechter. In het arrest BAI heeft het Gerecht zich namelijk reeds min of meer over deze maatregel uitgesproken, door de beschikking van 7 juni 1995, waarin die maatregel werd goedgekeurd, nietig te verklaren. Daar dit arrest vervolgens niet door de partijen werd bestreden, is het onherroepelijk geworden en heeft het gezag van gewijsde verkregen. Men kan zich bijgevolg afvragen of het beroep van de Diputación bij het Gerecht van eerste aanleg het arrest BAI indirect ter discussie heeft gesteld, in strijd met het beginsel van het gezag van gewijsde.

62. Inderdaad had de Commissie in eerste aanleg formeel dit bezwaar opgeworpen. Echter zonder succes, daar het Gerecht oordeelde dat volgens vaste rechtspraak „het gezag van gewijsde dat toekomt aan een arrest slechts aan de ontvankelijkheid van een beroep in de weg kan staan, indien in het beroep dat heeft geleid tot het betrokken arrest, dezelfde partijen tegenover elkaar stonden, en het beroep hetzelfde voorwerp had en op dezelfde middelen berustte”.<sup>31</sup> In casu echter, aldus het Gerecht, was het door de Diputación ingestelde beroep tegen een andere handeling gericht dan die welke in het arrest BAI aan de orde was (respectievelijk de litigieuze beschikking en de beschikking van 7 juni 1995), en stonden anderzijds niet dezelfde partijen tegenover elkaar als in de zaak BAI, waarin de Diputación geen partij was.<sup>32</sup>

63. De exceptie is door de Commissie in de onderhavige hogere voorziening niet meer opgeworpen, hoewel de partijen werd verzocht dienaangaande hun zienswijze te geven, en zij ter terechtzitting daadwerkelijk hun (verschillende) standpunten hebben uiteengezet.

64. Ofschoon partijen geen formele exceptie hebben opgeworpen, ben ik van mening dat de vaststelling of in casu daadwerkelijk sprake is van een schending van het gezag van gewijsde, niet buiten de bevoegdheid van

31 — Arresten van het Hof van 19 september 1985, Hoogovens Groep (172/83 en 226/83, Jurispr. blz. 2831, punt 9), en 22 september 1988, Frankrijk/Parlement (358/85 en 51/86, Jurispr. blz. 4821, punt 12).

32 — Punten 77-80.

het Hof valt. Ofschoon daarover in de teksten<sup>33</sup> niets wordt gezegd, kan het Hof mijns inziens namelijk in hogere voorziening ten aanzien van het arrest in eerste aanleg ambtshalve een exceptie opwerpen die wordt gerechtvaardigd door redenen van openbare orde.

65. Voor het overige wijs ik erop dat deze bevoegdheid door dezelfde rechtspraak van het Hof duidelijk wordt bevestigd en uitgebreid wordt onderbouwd door advocaat-generaal Jacobs in de conclusie in de zaak Salzgitter. Ik beperk mij er hier toe, naar diens betoeg te verwijzen.<sup>34</sup>

66. Anderzijds betwijfel ik ook niet dat de eerbiediging van het beginsel van het gezag van gewijsde moet worden beschouwd als een vraag van openbare orde die door het Hof ambtshalve op elk moment kan worden opgeworpen. Het gaat immers om een fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht (en niet alleen van gemeenschapsrecht), dat niet alleen in het belang van de

partijen, maar ook in het algemeen belang moet worden gegarandeerd.<sup>35</sup>

67. Na deze opheldering blijft nog de vraag of in de onderhavige zaak de genoemde exceptie gegrond is en of het Gerecht, door de ontvankelijkheid van het beroep in eerste aanleg te erkennen en zich opnieuw uit te spreken over de kwalificatie als staatssteun van de betrokken maatregel, het gezag van gewijsde van het arrest BAI heeft geschonden.

68. In dit verband zij herhaald dat het Gerecht in eerste aanleg de door de Commissie opgeworpen exceptie heeft verworpen, daar het de in de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarden voor een beroep op het gezag van gewijsde, niet aanwezig achtte. Het Gerecht sloot in het bijzonder uit, dat in de twee zaken dezelfde partijen tegenover elkaar stonden en het beroep hetzelfde voorwerp had.

69. Ten aanzien van het eerste punt wijs ik erop dat de Diputación in de zaak BAI geen partij was en dat de openbare belangen in die zaak werden verdedigd door de Spaanse

33 — Artikel 92, lid 2, van het reglement voor de procesvoering van het Hof, waarin het ambtshalve opwerpen van excepties om redenen van openbare orde wordt geregeld, wordt in artikel 118 van datzelfde reglement inderdaad niet vermeld in verband met hogere voorzieningen.

34 — Arrest van 13 juli 2000, Salzgitter (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punten 56-57), en de bijbehorende conclusie, punten 125 e.v.

35 — Zie wat betreft de beoordelingscriteria voor de middelen van openbare orde, de uitgebreide en overeenstemmende conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Salzgitter, punten 140 e.v., reeds aangehaald. Meer in het bijzonder, wat betreft de opvatting dat de vraagstukken betreffende het gezag van gewijsde van openbare orde zijn en derhalve ambtshalve moeten worden opgeworpen, wordt verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal Roemer van 19 oktober 1965 in de zaak Société Anonyme des laminoirs, hauts fourneaux, forges, fonderies et usines de la Providence e.a./Hoge Autoriteit (arrest van 9 december 1965, 29/63, 31/63, 36/63, 39/63-47/63, 5/63 en 51/63, Jurispr. blz. 1123, 1153), en van advocaat-generaal Jacobs van 4 mei 1994 in de zaak Peterbroeck (arrest van 14 december 1995, C-312/93, Jurispr. blz. I-4601, in het bijzonder blz. I-4606, punt 24).

regering, als interveniënte aan de zijde van de Commissie, die toen verweerster was. Ofschoon er dus in beide zaken sprake is van openbare autoriteiten van dezelfde lidstaat die voor het Gerecht het standpunt van het steunverlenende orgaan hebben verdedigd, gaat het toch om verschillende rechtspersonen. Ik ben echter niet zeker dat het bezwaar echt doorslaggevend is, in het bijzonder wanneer het aangehaalde verschil gerechtvaardigd is door eventuele beperkingen van de locus standi van de Diputación in de eerste procedure.

70. Doorslaggevend lijkt mij dus het onderzoek van de andere voorwaarde. Weliswaar lijkt ook het resultaat hiervan voor de hand te liggen, daar de bestreden beschikkingen in de twee procedures formeel verschillend waren. Ik ben echter van mening dat het vraagstuk ingewikkelder is.

71. Zo moet ik opmerken dat het begrip „hetzelfde onderwerp” „niet [beperkt kan zijn] tot de formele identiteit van de twee vorderingen”<sup>36</sup>, en meer in het bijzonder, in casu, van de bestreden handeling, omdat dat begrip niet zozeer met die identiteit verbonden is als wel met de identiteit van de aan de rechter voorgelegde rechtsvraag. Hierover handelt het arrest en ten aanzien hiervan wordt gezag van gewijsde verkregen.

72. Dit verklaart trouwens ook waarom, volgens het Hof, de Commissie ingevolge artikel 233 EG, bij het nemen van de noodzakelijke maatregelen „om zich te voegen [naar een arrest tot nietigverklaring] en hieraan volledige uitvoering te geven, [...] niet alleen het dictum [moet] naleven, maar ook de rechtsoverwegingen die daartoe hebben geleid en er de noodzakelijke steun aan bieden [...]”. Het zijn immers de rechtsoverwegingen die aangeven [...] wat precies de redenen zijn van de in het dictum vastgestelde onwettigheid, en waarmee de betrokken instelling bij de vervanging van de nietig verklaarde handeling rekening moet houden”.<sup>37</sup>

73. In beide hier ter zake doende procedures leek de omstreden vraag in wezen identiek. Zoals in de zaak BAI namelijk, was ook in de nieuwe procedure het voorwerp van het beroep ontegenzeggelijk de geldigheid van de specifieke (en in de twee zaken verschillende) handeling waartegen bij de rechter is opgekomen, maar het in beide zaken werkelijk omstreden rechtspunt, waarover mijns inziens uitspraak is gedaan, was de beoordeling van de Commissie over de bestreden maatregel, in het licht van artikel 87, lid 1, EG, om, in beide zaken, vast te stellen of de overeenkomst al dan niet als staatssteun moest worden aangemerkt.

74. Juist vanwege die beoordeling is de handeling bij het arrest BAI nietig verklaard, en de rechtsgronden hiervoor zouden in beginsel ook in de daaropvolgende proce-

36 — Arrest van 8 december 1987, (Gubisch 144/86, Jurispr. blz. 4861, punt 17).

37 — Arrest van 26 april 1988, Asteris (97/86, 193/86, 99/86 en 215/86, Jurispr. blz. 2181, punt 27).

dure voor het Gerecht hebben moeten gelden, toen het werd verzocht een uitspraak te doen over een beschikking waarin de aanwijzingen van het arrest BAI exact werden gevolgd.

economische kader en/of rechtskader enz.), welke feiten om voor de hand liggende redenen in dat arrest niet in overweging konden worden genomen, maar die van invloed konden zijn op het eindoordeel van de Commissie.

75. Ik moet er echter op wijzen dat de Commissie zich na het arrest BAI niet ertoe heeft beperkt, zonder meer opnieuw dezelfde handeling vast te stellen, met een nieuwe motivering die beantwoordt aan dat arrest. Zij heeft in verband met de betrokken maatregel de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 3, EG ingeleid „teneinde de belanghebbenden de mogelijkheid te bieden opmerkingen te maken over het standpunt dat de Commissie wil[de] innemen [ten aanzien van de overeenkomst] in het licht van het arrest van het Gerecht”.<sup>38</sup> En zoals uit de tekst van de litigieuze beschikking blijkt, hebben P&O, de Baskische autoriteiten en BAI in deze procedure ten aanzien van de bestreden maatregel ook daadwerkelijk aanvullende opmerkingen gemaakt en inlichtingen verstrekt.<sup>39</sup>

76. Hoe getrouw de Commissie zich ook moest voegen naar het arrest BAI, zij kon vanzelfsprekend niet voorbijgaan aan eventuele, door de deelnemers aan de procedure aangevoerde nieuwe of aanvullende feiten (bijvoorbeeld verdere wijzigingen van de maatregel, verandering van het relevante

77. Maar als de partijen daadwerkelijk verdere aanwijzingen hebben geleverd<sup>40</sup> en deze door de Commissie in de eerder genoemde formele onderzoeksprocedure in overweging zijn genomen<sup>41</sup>, dan kon het Gerecht niet aan deze nieuwe informatie voorbijgaan en moest het vraagstuk opnieuw worden onderzocht. Zulks ondanks het arrest BAI, daar het Hof reeds meermaals heeft herhaald dat „het gezag van gewijsde [van een arrest van de gemeenschapsrechter] enkel geldt voor de punten, feitelijk en rechtens, die door de rechter daadwerkelijk of noodzakelijkerwijze zijn beslecht”.<sup>42</sup>

78. Derhalve ben ik van mening dat het Gerecht in het bestreden arrest terecht de aard van de bestreden maatregel opnieuw heeft onderzocht. Dit geldt des te meer nu een andere oplossing voor de partijen in de onderhavige procedure, en in het bijzonder voor de Diputación, een weigering van

40 — Bijvoorbeeld het feit dat de aangekochte vouchers ook na de periode konden worden gebruikt die in de nieuwe overeenkomst was vastgelegd (zie punt 25 van de litigieuze beschikking) of aanvullende informatie over de door de autoriteiten gehanteerde rekenmethode voor de vaststelling van het benodigde aantal vouchers (zie punt 47 van de litigieuze beschikking).

41 — Zie bijvoorbeeld punten 48-50 van de litigieuze beschikking.

42 — Zie arrest van 19 februari 1991, Italië/Commissie (C-281/89, Jurispr. blz. I-347, punt 14), en beschikking van 28 november 1996, Lenz (C-277/95 P, Jurispr. blz. I-6109, punt 50).

38 — Beschikking van 26 mei 1999 (aangehaald in voetnoot 10), lid 1, punt 6.

39 — Zie punten 20-40 van de litigieuze beschikking.



rechtsbescherming zou hebben betekend, daar het oordeel van de Commissie over de door de partijen aangevoerde nieuwe elementen, nimmer door de gemeenschapsrechter zou zijn onderzocht.

b) ten onrechte heeft geoordeeld dat de Diputación geen behoefte had om de vouchers te kopen;

79. Mijns inziens is de beslissing van het Gerecht ten aanzien van dit punt dus correct geweest. Derhalve stel ik het Hof voor, de middelen in hogere voorziening van rekwirantes ontvankelijk te verklaren.

c) geen kritiek had op het ontbreken, in de litigieuze beschikking, van een economische analyse van het voordeel dat de steun heeft opgeleverd, wat de reeds aan P&O gestorte sommen betreft;

## 2. Ten gronde

d) heeft geoordeeld dat de Commissie de werkelijke invloed van die steun op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten niet hoefde te onderzoeken.

80. Gelet op het vorenstaande, moet de gegrondheid worden onderzocht van de middelen betreffende de uitlegging van artikel 87, lid 1, EG.

82. Ik zal deze grieven nu onderzoeken.

81. Ik herhaal dienaangaande dat het Gerecht volgens rekwirante blijkt heeft gegeven van onjuiste rechtsopvattingen bij de uitlegging van deze bepaling, omdat het:

a) Het criterium van de noodzaak van een interventie van de overheid

a) om uit te maken of de Spaanse autoriteit als een onder normale voorwaarden van een markteconomie optredende particuliere investeerder had gehandeld, het criterium betreffende de noodzaak van een interventie van de overheid in aanmerking heeft genomen, dat niets van doen heeft met het beginsel van de particuliere investeerder;

83. Zoals gezegd, betoogt de Diputación allereerst dat het Gerecht een onjuiste uitlegging heeft gegeven van artikel 87, lid 1, EG, toen het, om het bekende beginsel van de particuliere investeerder toe te passen, meende te moeten onderzoeken of in casu bij de betrokken openbare autoriteit daadwerkelijk behoefte bestond aan de goederen of diensten die zij had gekocht.

84. Naar haar oordeel namelijk moest men zich voor een correcte toepassing van dat beginsel uitsluitend baseren op de prijs van die goederen en diensten en op de overeenstemming ervan met de marktwaarde, welke gegevens objectief kunnen worden vastgesteld. Het gewraakte criterium, dat in de rechtspraak van het Hof overigens niet te vinden is, zou echter geleid hebben tot een subjectief onderzoek van de redenen en motieven van de interventie van de overheid. Het zou er bovendien toe leiden, dat de lidstaten de Commissie zouden moeten inlichten over alle door hen gekochte goederen en diensten en de daadwerkelijke behoefte daaraan zouden moeten aantonen.

85. De Commissie verklaart echter dat de vaststelling dat een koop kennelijk overbodig is, een volkomen relevant criterium vormt voor de toepassing van de toets van de particuliere marktdeelnemer. Het kopen van goederen of diensten die duidelijk overbodig zijn, zou de leverancier namelijk een aanzienlijk economisch voordeel opleveren in de zin van artikel 87, lid 1, EG.

86. Om te beginnen, wil ik erop wijzen dat door het bekende beginsel van de particuliere investeerder kan worden vastgesteld of een interventie van de overheid aan een zuivere marktlogica beantwoordt en niet bedoeld is om bepaalde ondernemingen te bevoordelen, met een verstoringseffect voor de gemeenschappelijk markt tot gevolg. Zoals bekend, heeft de vaste gemeenschapsrechtspraak namelijk reeds verduidelijkt dat, teneinde vast te stellen of een interventie van de overheid staatssteun vormt, moet worden

beoordeeld of een particuliere marktdeelnemer onder soortgelijke omstandigheden de betrokken economische handeling tegen dezelfde voorwaarden zou hebben verricht als de openbare autoriteit dat heeft gedaan.<sup>43</sup>

87. Niets bewijst dat de Commissie, om dit onderzoek volledig en correct uit te voeren, alleen moet kijken naar de door de overheidsafnemer betaalde „correcte” prijs (of marktprijs) van een goed of dienst, en daarbij de termijnen, de voorwaarden en de omstandigheden van de koop buiten beschouwing moet laten. Mijns inziens kan juist alleen door deze elementen samen te beoordelen, worden vastgesteld of de betrokken economische handeling correct is dan wel een door artikel 87, lid 1, EG verboden voordeel voor de verkoper beoogt. Voor het beginsel van de particuliere investeerder is het hoe dan ook van belang dat niet (alleen) de prijs, maar de handeling in haar geheel aan een marktlogica beantwoordt.

88. Het spreekt bijvoorbeeld voor zich dat, ook als de prijs op het eerste gezicht marktconform is, de beslissing van een openbare autoriteit om een aankoop te verrichten met betalingstermijnen (of andere voorwaarden) die voor de verkoper veel gunstiger zijn dan die welke normaal op de markt worden gehanteerd, strijdig zou zijn met het beginsel van de particuliere markt-

<sup>43</sup> — Zie onder meer arresten van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. 1-959, punt 29); 3 oktober 1991, Italië/Commissie (C-261/89, Jurispr. blz. 1-4437, punt 8), en 14 september 1994, Spanje/Commissie (C-42/93, Jurispr. blz. 1-4175, punt 13).

deelnemer. Hetzelfde geldt wanneer, zoals in casu, de koop tegen marktprijs heeft plaatsgevonden, maar veel grotere aantallen dan noodzakelijk zijn gekocht, waardoor de leverancier een buitensporig grote toename van zijn omzet kan realiseren. Zoals de Commissie heeft benadrukt, zou geen enkele particuliere marktdeelnemer goederen of diensten kopen waaraan hij niet echt behoefte heeft.

89. Mijns inziens heeft het Gerecht dus juist geoordeeld door te stellen dat „enkel doordat een lidstaat goederen en diensten tegen marktvoorwaarden koopt, [deze verrichting] nog niet [is] aan te merken als een handelstransactie die onder voor een particulier investeerder aanvaardbare omstandigheden is verricht, of, anders gezegd, als een normale handelstransactie, indien blijkt dat de staat geen werkelijke behoefte aan die goederen of diensten had”.<sup>44</sup>

90. Ik erken dat de behoefte van de openbare autoriteiten om bepaalde goederen of diensten te kopen, niet altijd gemakkelijk objectief kan worden vastgesteld; is dat echter wel mogelijk en blijkt die behoefte niet te bestaan, dan is dat een duidelijke aanwijzing dat de betrokken koop geen normale handelstransactie vormt.

91. In casu bijvoorbeeld bevestigen de door het Gerecht in overweging genomen elementen (laag gebruikspercentage van de

vouchers, onwil van de autoriteiten om vouchers voor andere, mogelijk populairdere reisbestemmingen te kopen, ten gunste van de enige door P&O bediende route)<sup>45</sup>, dat bij de Diputación geen daadwerkelijke behoefte bestond om een dusdanig grote hoeveelheid vouchers van P&O te kopen.

92. Ten aanzien van het door rekwirante benadrukte feit dat het onderzochte criterium een te grote last voor de lidstaten zou meebrengen, omdat zij daardoor verplicht zouden zijn om alle door hen gekochte goederen en diensten bij de Commissie aan te melden, kan worden tegengeworpen dat aanmelding uitsluitend nodig zou zijn als de interventie, wegens de specifieke omstandigheden, voor de contracterende ondernemingen meer economisch voordeel zou opleveren dan wanneer zij te maken zouden hebben met een particuliere contractant. De openbare autoriteiten moeten met andere woorden per geval beoordelen of het contract conform de marktvoorwaarden is. Maar deze beoordeling is mijns inziens niet anders dan de beoordeling die de openbare autoriteiten moeten maken als zij, bijvoorbeeld, besluiten te investeren in het kapitaal van een vennootschap, of een goed dat openbaar bezit is aan een particulier te vervreemden.

93. Om deze redenen moet het onderzochte middel naar mijn mening worden verworpen.

<sup>44</sup> – Punt 117 van het bestreden arrest.

<sup>45</sup> – Zie punten 128-137 van het bestreden arrest.

b) De gestelde behoefte aan de overeenkomst

94. De Diputación is van mening dat het Gerecht voorts ten onrechte heeft geoordeeld dat in casu de nieuwe overeenkomst niet beantwoordde aan een daadwerkelijke behoefte om de vouchers te kopen.

95. De Commissie stelt echter dat deze grief niet-ontvankelijk is, omdat hij de feitelijke beoordelingen van het Gerecht zou betwisten.

96. Hogere voorzieningen tegen de arresten van het Gerecht zijn inderdaad krachtens artikel 225 EG en artikel 51 van het Statuut van het Hof „tot rechtsvragen beperkt”, met, volgens vaste rechtspraak, als gevolg dat „het Hof niet [...] bevoegd is om de feiten vast te stellen noch, in beginsel, om de bewijzen te onderzoeken op basis waarvan het Gerecht deze feiten heeft vastgesteld. Wanneer deze bewijzen namelijk regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsbeginselen en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn gerespecteerd, staat het alleen aan het Gerecht te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem voorgelegde bewijzen [...]. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een verkeerde opvatting van dit bewijs”.<sup>46</sup>

46 — Arrest van het Hof van 28 mei 1998, Deere (C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punten 21 en 22). Zie in dezelfde zin, onder meer, arrest van 8 mei 2003, T. Port (C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 27), en beschikking van 9 juli 2004, Fichtner (C-116/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 33).

97. Het is duidelijk dat het onderzochte middel het Hof poogt te bewegen tot een nieuwe beoordeling van de door het Gerecht vastgestelde feiten en de aan het Gerecht voorgelegde bewijzen met betrekking tot het ontbreken van een behoefte van de Diputación om een dusdanig groot aantal vouchers te kopen.

98. Hieraan voeg ik toe dat rekwirante zich zelfs niet heeft beroepen op een verkeerde opvatting van de feiten, en ik ben hoe dan ook van mening dat het Gerecht, om tot zijn vaststelling te komen, een grondige beoordeling heeft gemaakt van de door zowel rekwirantes als de Commissie aangevoerde bewijzen.<sup>47</sup>

99. Om deze redenen is dit middel mijns inziens niet-ontvankelijk.

c) Het ontbreken van een economische analyse betreffende de reeds door de Diputación gestorte sommen

100. Met een ander middel in hogere voorziening betoogt de Diputación dat het Gerecht artikel 87, lid 1, EG verkeerd heeft

47 — Zie punten 121-137 van het bestreden arrest.

uitgelegd door geen sanctie te verbinden aan de afwezigheid, in de beschikking van de Commissie, van een economische analyse om vast te stellen of de ter uitvoering van de maatregel reeds aan P&O gestorte sommen, en in het bijzonder de sommen met betrekking tot reeds gebruikte vouchers, voor laatstgenoemde een economisch voordeel zouden kunnen opleveren. Deze sommen zouden namelijk de tegenprestatie vormen voor een daadwerkelijk door P&O geleverde vervoersdienst en zouden derhalve niet als steunmaatregelen kunnen worden aangemerkt.

101. Volgens de Commissie echter bevatte de litigieuze beschikking een gedetailleerde economische analyse van de gevolgen van de maatregel.

102. Ik stel voorop dat ik mij niet kan vinden in de door rekwirante opgeworpen grief. Bij nadere beschouwing veronderstelt hij immers enerzijds, dat de Commissie achteraf had moeten kijken naar de economische waarde van de met het Verdrag strijdige maatregel (dus van de reeds gestorte sommen); anderzijds zou zij de verschillende onderdelen van de gestelde steun voor de beoordeling kunstmatig moeten hebben opdelen (koop van reeds betaalde vouchers en koop van nog niet betaalde vouchers), ofschoon het slechts om één enkele steunmaatregel gaat, die weliswaar in verschillende delen is onderverdeeld.

103. Met betrekking tot het eerste punt wijs ik erop dat, volgens vaste rechtspraak, een steunmaatregel in het algemeen moet worden onderzocht vanuit het standpunt van de

steunverlenende instantie vóór de steun werd toegekend. Het Hof heeft namelijk uitgelegd dat „met betrekking tot de vraag of de staat zich als een voorzichtige investeerder in een markteconomie heeft gedragen, voor de beoordeling van de economische rationaliteit van het gedrag van de staat moet worden uitgegaan van de periode waarin de financiële steunmaatregelen zijn genomen, en dus niet van een latere situatie”.<sup>48</sup>

104. Met betrekking tot het tweede punt beperk ik mij ertoe op te merken dat de koop van vouchers van P&O door de openbare autoriteit een enkele handelstransactie vormde. De economische waarde en de totale omvang van de transactie konden dus uitsluitend worden beoordeeld door de maatregel in zijn totaliteit te onderzoeken. Van de Commissie kon dus zeker niet worden verlangd dat zij een afzonderlijke beoordeling zou maken van de verschillende onderdelen van de steun om vast te stellen of en in welke mate de — overigens in strijd met het Verdrag — reeds gestorte sommen concreet van nut waren voor de onderneming die ze ontving.

105. In het licht van deze overwegingen moet het middel betreffende de ontbrekende beoordeling van het economische voordeel van de reeds aan P&O betaalde sommen worden verworpen.

<sup>48</sup> — Arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 71). Zie ook arresten van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie (C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punten 43-45), en 3 oktober 1991, Italië/Commissie (C 261/89, Jurispr. blz. I-4437, punt 21).

d) De werkelijke invloed van de bestreden maatregel op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten

heden van het concrete geval, echter wel aantonen dat de maatregelen de mededinging dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten kunnen beïnvloeden.<sup>49</sup> Zoals de Commissie heeft benadrukt, bevatten enkele passages van de litigieuze beschikking (in het bijzonder de punten 54 en 55) daadwerkelijk een dergelijke analyse.

106. Tot slot is de Diputación van mening dat het Gerecht een onjuiste uitlegging heeft gegeven van artikel 87, lid 1, EG, door geen kritiek te hebben op het ontbreken, in de litigieuze beschikking, van enige analyse van de concrete invloed van de bestreden maatregel op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten. Volgens rekwirante zou de Commissie zich op dit punt namelijk hebben laten leiden door zuivere vermoedens.

109. Zoals het Gerecht onder verwijzing naar vaste rechtspraak terecht heeft opgemerkt, is het anderzijds zo, dat indien de Commissie in al haar beschikkingen de daadwerkelijke gevolgen van reeds verleende staatssteun zou moeten aantonen, de lidstaten die steun verlenen zonder zich te houden aan de aanmeldingsplicht, zouden worden bevoordeeld ten opzichte van de lidstaten die hun steunvoornemens wél in de planningsfase aanmelden, omdat de bewijslast in het eerste geval moeilijker zou zijn dan in het tweede.<sup>50</sup>

107. Mijns inziens heeft de Commissie echter gelijk wanneer zij stelt dat de beschikking de gevolgen van de betrokken maatregel voldoende belicht.

110. Gelet op het vorenstaande, concludeer ik dat de middelen betreffende de uitlegging van artikel 87, lid 1, EG door het Gerecht, ten dele niet-ontvankelijk zijn en ten dele ongegrond.

108. Volgens vaste gemeenschapsrechtpraak is het namelijk niet noodzakelijk dat in het kader van beschikkingen inzake niet-aangemelde staatsteun de daadwerkelijke gevolgen van deze steun voor de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten concreet worden onderzocht. De Commissie moet, gelet op de omstandig-

49 — Zie in het bijzonder arrest van het Hof van 17 september 1980, Philip Morris (730/79, Jurispr. blz. 2671, punten 11-12); arrest van het Gerecht van 4 april 2001, Regione Autonoma Friuli-Venezia Giulia (T-288/97, Jurispr. blz. II-1169, punten 49-50), en conclusie van advocaat-generaal Saggio van 27 januari 2000 in de zaak Duitsland/Commissie (arrest van 19 september 2000, C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 24).

50 — Zie punt 142 van het bestreden arrest en de daarin aangehaalde rechtspraak.

*B — Middelen betreffende de onjuiste uitlegging van artikel 88, lid 3, EG*

111. Zoals gezegd, verwijten beide rekwirantes het Gerecht eveneens een onjuiste uitlegging van artikel 88, lid 3, EG, omdat het:

a) de nieuwe overeenkomst als onwettige steun heeft gekwalificeerd;

b) de oorspronkelijke overeenkomst en de nieuwe overeenkomst heeft beschouwd als één enkele steunmaatregel, die werd ingevoerd en tot uitvoering werd gebracht in 1992.

112. Ik zal deze middelen nu onderzoeken.

a) De wettigheid van de bestreden maatregel

113. P&O en de Diputación voerden verschillende, grotendeels overeenkomende, argumenten aan tegen het oordeel van het Gerecht, dat de brief van 27 maart 1995 geen geldige aanmelding vormde in de zin van het Verdrag.

114. In het bestreden arrest oordeelde het Gerecht namelijk om te beginnen, dat de

nieuwe overeenkomst enkel een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst was en dat beide overeenkomsten één enkele steunmaatregel vormden, die werd ingevoerd en tot uitvoering werd gebracht in 1992. Voorts noemde het een aantal elementen waaruit blijkt dat de brief van 27 maart 1995 niet was bedoeld als een regelmatige aanmelding van de nieuwe overeenkomst. Het achtte met name van belang het feit dat de brief niet aan het Secretariaat-generaal van de Commissie was gezonden, maar aan een bepaalde ambtenaar; dat in de brief niet specifiek werd verwezen naar artikel 88, lid 3, EG; dat in de brief het referentienummer „NN 40/93” was vermeld, dat de Commissie in het dossier betreffende de oorspronkelijke overeenkomst had gebruikt.

115. Zoals gezegd, zijn rekwirantes het hiermee oneens. Naar hun mening berust dit oordeel niet slechts op elementen zonder bewijswaarde, maar gaat het zelfs voorbij aan aanwijzingen voor een tegengestelde opvatting. In het bijzonder houdt het volgens rekwirantes geen rekening met een zeer belangrijk feit, namelijk dat de advocaten van P&O de betrokken brief met goedkeuring van de Spaanse autoriteiten hadden verzonden.

116. Volgens rekwirantes moest de aanmelding van steunmaatregelen door particulieren toentertijd als geldig worden beschouwd. Enerzijds omdat het Verdrag niets zegt over wie de procedure van artikel 88, lid 3, mag inleiden, en anderzijds omdat de beperking die artikel 2 van verordening nr. 659/1999

dienaangaande ten gunste van uitsluitend de lidstaten stelt, van na de feiten in de onderhavige zaak dateert en dus in casu niet ter zake doet.

117. Maar als de steun rechtmatig was aangemeld, zo stelt P&O, dan zou de Lorenz-rechtspraak<sup>51</sup> in casu volledig toepasselijk zijn geweest. Op grond hiervan had de staatssteun als impliciet toegestaan moeten worden beschouwd, omdat na de nietigverklaring van de beschikking van 7 juni 1995 door het Gerecht, de Commissie niet binnen twee maanden na het arrest een standpunt had ingenomen over de litigieuze maatregel.

118. P&O stelt voorts dat, zelfs indien zou worden aanvaard dat de nieuwe overeenkomst niet correct werd aangemeld, de Commissie op grond van het beginsel van estoppel de onregelmatigheid van deze aanmelding niet meer zou hebben kunnen aanvoeren. Omdat de Commissie deze onregelmatigheid tijdens de administratieve procedure nooit ten aanzien van de Spaanse autoriteiten heeft opgeworpen, voelden deze zich niet genoodzaakt de aanmelding nogmaals volgens de regels uit te voeren, hetgeen zij eenvoudig hadden kunnen doen.

119. De Commissie, die zich kan vinden in de analyse van het Gerecht, antwoordt dat de aard van het controlesysteem inzake staats-

steun, alsmede impliciet de rechtspraak van het Hof, en in primis het aangehaalde arrest Lorenz, de zienswijze bevestigen dat steunvoornemens uitsluitend door de lidstaten mogen worden aangemeld.<sup>52</sup> Zij onderstreept voorts dat de door het Gerecht in de punten 64-68 van het bestreden arrest beschreven elementen (genoemd in punt 114 hierboven) de conclusie staven dat de Commissie de brief van 27 maart 1995 nimmer als een echte aanmelding heeft behandeld.

120. Ook hier ben ik het niet eens met de argumenten van rekwirantes.

121. Wat eerst en vooral de mogelijkheid betreft om in de zin van artikel 88, lid 3, EG een aanmelding door anderen dan de openbare autoriteiten als geldig te beschouwen, is deze kwestie, zoals gezegd, thans ondervangen door artikel 2 van verordening nr. 659/1999, op grond waarvan „elk voornemen om nieuwe steun te verlenen tijdig *door de betrokken lidstaat* bij de Commissie wordt aangemeld”.<sup>53</sup> Maar hoe was het vóór de inwerkingtreding van deze bepaling, aangezien artikel 88, lid 3, EG zich beperkt tot de vaststelling dat „de Commissie [...] van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte [wordt] gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken”?

52 — De Commissie verwijst in het bijzonder naar de arresten van het Hof van 2 april 1998, Sytraval (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719), en 15 februari 2001, Oostenrijk/Commissie (C-99/98, Jurispr. blz. I-1101, punt 32), en naar het arrest van het Gerecht van 15 september 1998, BP Chemicals Ltd (T-11/95, Jurispr. blz. II-3235, punt 75).

53 — Cursivering van mij.

51 — Arrest van 11 december 1973, Lorenz, aangehaald in voetnoot 24.



122. Ook als men ervan zou uitgaan dat de magere tekst van deze bepaling geen oplossing biedt voor het probleem, kon mijns inziens na een grondige en systematische lezing van artikel 88 destijds al worden uitgesloten dat anderen dan de openbare autoriteiten een aanmelding mogen doen. Evenals de overige bepalingen van het Verdrag inzake staatssteun, is ook artikel 88 geheel gericht op de betrekkingen tussen lidstaat en Commissie.

123. Voor het overige — zoals het Hof heeft benadrukt in het arrest SFEL, dat is uitgesproken voorafgaand aan de goedkeuring van verordening nr. 659/1999 — „zijn de in artikel [88, lid 3] neergelegde aanmeldingsplicht en het voorafgaandelijk verbod op de tenuitvoerlegging van voorgenomen steunmaatregelen, *gericht tot delidstaat* [en] is ook de beslissing waarbij de Commissie de onverenigbaarheid van een steunmaatregel vaststelt en de lidstaat uitnodigt de maatregel binnen de door haar vastgestelde termijn op te heffen, tot de lidstaat gericht”.<sup>54</sup>

124. Anderzijds wijs ik erop dat in de rechtspraak van het Hof, thans ruimschoots gecodificeerd in verordening nr. 659/1999<sup>55</sup>, de mogelijke begunstigden van de steun eenvoudigweg worden gekwalificeerd als bij de procedure „betrokken partijen”, niet veel verschillend van de

situatie waarin andere derden verkeren (bijvoorbeeld de concurrenten van de begunstigde). In de recente zaak Acciaierie di Bolzano kon het Hof zo oordelen dat „[i]n de procedure van controle van staatssteun andere belanghebbenden dan de lidstaat die de steun heeft verleend, slechts als rol hebben [opmerkingen te maken naar aanleiding van de inleiding van een formele onderzoeksprocedure] en dienaangaande zelf geen aanspraak kunnen maken op een contradictoir debat met de Commissie, zoals dit ten gunste van de genoemde lidstaat is vastgesteld. [...] *Geen enkele bepaling van de procedure van controle van staatssteun kent aan de ontvanger van de steun tussen de belanghebbenden een bijzondere rol toe.* In dit verband moet worden verduidelijkt dat de procedure van controle van staatssteun niet wordt ingeleid jegens de begunstigde(n) van de steun, hetgeen zou betekenen dat hij of zij zich zou(de)n kunnen beroepen op zo ruime rechten als de rechten van de verdediging als zodanig.”<sup>56</sup>

125. Mijns inziens is het dus de aard van de procedures inzake controle van staatssteun die uitsluit dat particulieren staatssteun mogen aanmelden.

126. Dit betekent in casu dat de nieuwe overeenkomst niet kon worden beschouwd als rechtmatig aangemelde staatssteun in de zin van het Verdrag. En ook als de nieuwe overeenkomst bij de Commissie was aange-

54 — Arrest van 11 juli 1996 (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 73). Zie ook arrest Sytraval (aangehaald in voetnoot 52), punt 45 *Cursivering van mij*.

55 — Ten aanzien van verordening nr. 659/1999 heeft het Hof in het arrest van 10 mei 2005, *Italië/Commissie* (C-400/99, Jurispr. pag. I-3657, punt 23), erop gewezen dat „[die] voor een aanzienlijk deel een gedetailleerde codificatie is van de door de communautaire rechter voor de vaststelling van deze verordening gegeven uitlegging van de procedurebepalingen van het Verdrag inzake staatssteun”.

56 — Arrest van 24 september 2002 (C-74/00 P en C-75/00 P, Jurispr. blz. I-7869, punten 80-83). *Cursivering van mij*. Zie ook het arrest Sytraval (aangehaald in voetnoot 52), punten 58-59, en het arrest van het Gerecht van 6 maart 2003 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* (T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435, punten 122-125).

meld met goedkeuring van de nationale autoriteiten, zoals rekwirante stelt, dan nog zou deze conclusie onveranderd blijven. Deze autoriteiten zouden zich namelijk niet aan de hun door het Verdrag opgelegde aanmeldingsplicht hebben kunnen onttrekken door te dulden dat de staatssteun door een particulier via niet-officiële kanalen aan de Commissie kenbaar werd gemaakt.

127. Om deze redenen ben ik van oordeel dat het Gerecht de analyse van de Commissie dienaangaande niet ten onrechte heeft bevestigd.

128. Ten aanzien van de bezwaren van rekwirantes over de bewijswaarde van de elementen die het Gerecht heeft aangevoerd om vast te stellen dat de steun ten tijde van de kennisgeving aan de Commissie als onrechtmatig werd beschouwd, beperk ik mij ertoe op te merken dat deze bezwaren betrekking hebben op de door het Gerecht uitgevoerde beoordeling van feitelijke elementen. Zoals ik reeds heb opgemerkt (punt 96 hierboven), kunnen dergelijke beoordelingen niet door het Hof in hogere voorziening worden getoetst, behoudens in het geval dat rekwirantes stellen en aantonen dat sprake is van een verkeerde opvatting van de bewijzen, hetgeen in casu niet aan de orde was.

129. Het is voorts haast overbodig erop te wijzen dat het feit dat de staatssteun niet is aangemeld, elke eventuele toepassing van de rechtspraak Lorenz in casu uitsluit, omdat deze rechtspraak, zoals bekend, verwijst naar

staatssteun die naar behoren is aangemeld door de nationale autoriteiten.

130. Wat tot slot het argument op grond van het zogenaamde beginsel van estoppel<sup>57</sup> betreft, dus het argument dat de Commissie, om de hiervoor uiteengezette redenen (punt 118 hierboven), de onregelmatige aanmelding niet tegen P&O kan aanvoeren, ben ik van oordeel dat ook dit argument moet worden verworpen, en wel om twee redenen.

131. In de eerste plaats blijkt niet dat de Commissie ooit heeft bevestigd dat de brief van 27 maart 1995 een regelmatige aanmelding van de bestreden maatregel vormde. In de tweede plaats betekent het feit dat de Commissie de informatie uit die brief in acht heeft genomen niet dat zij de brief als een regelmatige aanmelding beschouwde. De gangbare praktijk is namelijk dat, in het kader van het onderzoek van staatssteun, de Commissie alle ter zake doende informatie ontvangt en gebruikt, ongeacht de herkomst ervan (autoriteiten van de staat, mogelijke begunstigden van de staatssteun, concurrenten van de begunstigden, enz.).

132. Laat ik hieraan nog toevoegen dat rekwirante geen enkele reden heeft aangevoerd waarom de Commissie de Spaanse

57 — Wat betreft het beginsel van estoppel, zie arresten van 10 februari 1983, Luxemburg/Parlement (230/81, Jurispr. blz. 255, punten 22-26), en 7 mei 1991, Nakajima (C-69/89, Jurispr. blz. I-2069, punt 131).

autoriteiten had moeten melden dat zij de nieuwe overeenkomst als niet-aangemelde staatssteun beschouwde. Het feit dat de brief van 27 maart 1995 geen regelmatige aanmelding vormt, had voor deze autoriteiten integendeel duidelijk moeten zijn in het licht van een aantal door het Gerecht terecht naar voren gebrachte elementen (punt 114 hierboven).<sup>58</sup>

133. Men kan derhalve concluderen dat het Gerecht geenszins blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de nieuwe overeenkomst niet-aangemelde staatssteun vormde. Derhalve geef ik het Hof in overweging de middelen in hogere voorziening te verwerpen, hetzij omdat zij niet-ontvankelijk zijn, hetzij omdat zij ongegrond zijn.

b) De kwalificatie als één enkele steunmaatregel

134. Rekwirantes voeren verschillende, grotendeels overeenkomende grieven aan om in wezen aan te tonen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de nieuwe overeenkomst als een integrerend deel van de oorspronkelijke overeenkomst te beschouwen. Volgens de rechter in eerste aanleg namelijk „vormen de oorspronkelijke overeenkomst en de nieuwe overeenkomst één enkele steunmaatregel, die werd ingevoerd en tot uitvoering werd gebracht in 1992”.<sup>59</sup>

135. Behalve dat zij de relevantie bestrijden van de door het Gerecht ter staving van zijn conclusies aangehaalde rechtspraak<sup>60</sup>, leiden rekwirantes specifiek uit artikel 88, lid 3, EG af, dat de voornemens tot wijziging van steunmaatregelen moeten worden beschouwd als „nieuwe steunmaatregelen”. Hieruit volgt naar hun mening dat de aanmeldingsplicht voor een gewijzigde steunmaatregel los moet worden gezien van de verplichting om de oorspronkelijke steunmaatregel aan te melden. Het feit dat een steunmaatregel niet is aangemeld, zou derhalve op geen enkele wijze van invloed mogen zijn op de rechtmatigheid van een wijziging van die steunmaatregel, indien deze volgens de regels is aangemeld.

136. Rekwirantes voegen hieraan toe dat vanwege de aanzienlijke verschillen tussen de twee overeenkomsten niet mocht worden geconcludeerd — zoals het Gerecht nochtans heeft gedaan — dat „de wijzigingen van de oorspronkelijke overeenkomst, zoals zij uit de nieuwe overeenkomst voortvloeien, niet de kern [raakten] van de bij de oorspronkelijke overeenkomst ingevoerde steunmaatregel”.<sup>61</sup>

137. Tot slot verwijten rekwirantes het Gerecht, de aard van de beschikking van 7 juni 1995 van de Commissie verkeerd te hebben opgevat, door in het bijzonder het feit te miskennen dat deze beschikking een dubbele strekking had: enerzijds werd hiermee de tegen de oorspronkelijke overeen-

58 — Punten 64-68 van het bestreden arrest.  
59 — Punt 58.

60 — P&O verwijst in het bijzonder naar het arrest van 30 april 2002, *Government of Gibraltar* (T-195/01 en T-207/01, *Jurispr. blz. II-2309*), door het Gerecht aangehaald in punt 60 van het bestreden arrest.

61 — Punt 60.

komst ingeleide procedure gesloten en anderzijds werd erin vastgesteld dat de nieuwe overeenkomst geen staatssteun vormde. Bij een juiste lezing van deze beschikking zou dus duidelijk zijn geworden dat de twee overeenkomsten door de Commissie als verschillende maatregelen waren behandeld.

andere onjuiste rechtsopvattingen. In de litigieuze beschikking:

a) zouden de vorderingen van partijen die gebaseerd waren op hun gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de maatregel zijn verworpen;

138. Ik beperk mij ertoe op te merken dat deze grieven berusten op het onjuiste uitgangspunt, dat de nieuwe overeenkomst volgens de regels is aangemeld. Daar ik dit uitgangspunt reeds eerder heb weerlegd (punten 122-126 hierboven), ben ik van mening dat de onderzochte middelen ongegrond zijn. Ook als de nieuwe overeenkomst los van de eerdere niet-aangemelde steun wordt beoordeeld, blijft zij namelijk een onrechtmatige steunmaatregel, omdat zij niet overeenkomstig het Verdrag is aangemeld.

b) zou het door de Diputación aangevoerde middel in hogere voorziening betreffende de gestelde schending van artikel 10 EG en het beginsel van behoorlijk bestuur, verkeerd zijn opgevat;

c) zou op de betrokken steun de vrijstelling krachtens artikel 87, lid 2, sub a, EG niet zijn toegepast;

139. In het licht van het vorenstaande ben ik dan ook van mening dat de onderzochte middelen in hogere voorziening moeten worden verworpen.

d) zou geen standpunt zijn ingenomen ten aanzien van het verzoek van de Diputación om overlegging van de documenten die in het bezit waren van de Commissie, zodat sprake was van schending van de rechten van de verdediging van rekwirante en artikel 66 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

*C — Middelen betreffende andere gestelde onjuiste rechtsopvattingen*

140. Tot slot zou het Gerecht volgens rekwirantes ook blijk hebben gegeven van

141. Ik zal deze grieven nu nader onderzoeken.

a) Het gewettigd vertrouwen

142. De Diputación voert aan, dat het Gerecht in het bestreden arrest het door haar op dit punt in eerste aanleg aangevoerde middel verkeerd heeft opgevat. Volgens rekwirante betrof haar voor het Gerecht gevoerde betoog immers de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de autoriteit die de steun heeft verleend en niet van dat van de begunstigde; de rechter in eerste aanleg zou zich echter uitsluitend op laatstgenoemde hebben gericht.

143. P&O bevestigt dat de gelasting in de litigieuze beschikking de steun terug te vorderen, haar gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de betrokken maatregel schendt en dat het Gerecht derhalve onjuist heeft geoordeeld door haar beroep op dat punt te verwerpen. P&O is namelijk van mening dat de eerste beschikking van de Commissie, waarin werd vastgesteld dat de litigieuze maatregel geen staatssteun vormde, bij P&O de legitieme verwachting heeft gewekt dat zij van die maatregel zou kunnen profiteren.

144. De Commissie bestrijdt beide grieven ten gronde. Bovendien antwoordt zij aan de Diputación dat haar grief in werkelijkheid een nieuw middel tegen de in eerste aanleg bestreden beschikking is, dat in eerste aanleg niet is voorgedragen. Voor het Gerecht zou rekwirante namelijk de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de begunstigde hebben aangevoerd en niet dat van haarzelf. Volgens de Commissie is deze grief dus slechts een middel tot het omzeilen van het verbod in artikel 113, lid 2, van het

Reglement voor de procesvoering van het Hof om in hogere voorziening het onderwerp van de procedure in eerste aanleg te wijzigen.

145. Ik wil echter meteen al zeggen dat die exceptie mij ongegrond voorkomt. Het in eerste aanleg door de rekwirante ingediende verzoekschrift verwees namelijk naar het gewettigd vertrouwen dat was ontstaan „*en las partes en el Acuerdo de 1995*”.<sup>62</sup> Voorzover dit begrip van „partijen” niet is uitgewerkt of nader onderbouwd in de tijdens de procedure in eerste aanleg ingediende memories, is mijns inziens de conclusie gerechtvaardigd dat de bovenstaande definitie ook de Diputación, als partij bij de overeenkomst, moet omvatten.

146. Ten aanzien voorts van de gegrondheid van de onderzochte grieven, is het mijns inziens gepast een onderscheid te maken tussen het beroep op het gewettigd vertrouwen door de openbare autoriteiten die de steun hebben verleend en door de begunstigde van deze steun. De rechtspraak van het Hof is in beide gevallen duidelijk en vast.

147. In het eerste geval ben ik van mening dat een deel van het in eerste aanleg door de Diputación aangevoerde middel (namelijk

<sup>62</sup> — Zie punt 53 van het bij het Gerecht ingediende verzoekschrift.

dat van haar *eigen* gewettigd vertrouwen) weliswaar niet expliciet door het Gerecht is verworpen, maar dat de verwerping ervan impliciet blijkt uit de gehele redenering van de rechter in eerste aanleg, die — op grond van vaste rechtspraak — correct heeft geconcludeerd dat in casu de Spaanse autoriteiten zich niet op enig vertrouwen met betrekking tot de rechtmatigheid van niet-aangemelde steun konden beroepen om zich tegen de terugvordering ervan te verzetten.<sup>63</sup>

148. Ik ben bovendien van mening dat de in eerste aanleg door de Diputación aangevoerde argumenten betreffende het gewettigd vertrouwen, op zijn zachtst gezegd, beknopt en algemeen waren. In de bij het Gerecht ingediende memories werden namelijk niet de redenen toegelicht waarom het vertrouwen van de steunverlenende instantie in de rechtmatigheid van de steunmaatregel beschermd zou moeten worden. Ten aanzien van de algemene argumenten van rekwirante kan — mijns inziens — het Gerecht geen verwijt worden gemaakt dat het niet uitdrukkelijk op dit aspect is ingegaan.

149. Wat betreft de grief van P&O die berust op de bescherming van het gewettigd vertrouwen van de *begunstigde* van de steun, breng ik meteen in herinnering dat volgens vaste rechtspraak „ondernemingen die steun genieten in beginsel [...] slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kunnen hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat

artikel is toegekend. Een behoedzame ondernemer zal normaliter in staat zijn, zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd [...]”<sup>64</sup>

150. De gemeenschapsrechter heeft echter ook gepreciseerd dat „uiteeraard niet valt uit te sluiten, dat de ontvanger van een onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van die steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten”.<sup>65</sup>

151. Omdat, zoals reeds gezegd, de betrokken staatssteun niet is aangemeld, moet worden onderzocht of de nietigverklaring van de gunstige beschikking van de Commissie door de gemeenschapsrechter behoort te worden beschouwd als een „uitzonderlijke omstandigheid” in de zin van de hiervoor aangehaalde rechtspraak.

152. Vanzelfsprekend moet deze beoordeling plaatsvinden in het licht van het doel van de bescherming van het gewettigd vertrouwen. Dienaangaande heeft het Hof reeds verklaard dat „het vertrouwensbeginsel het uitvloeisel is van het rechtszekerheidsbegin-

64 — Arrest van 20 september 1990, Commissie/Duitsland (C-5/89, Jurispr. blz. I-3437, punt 14). Zie ook arrest van 14 januari 1997, Spanje/Commissie (aangehaald in voetnoot 21), punt 51.

65 — Commissie/Duitsland, aangehaald in voetnoot 64, punt 16.

63 — Zie punten 201-210.

sel, [en] ertoe strekt te waarborgen, dat door het gemeenschapsrecht beheerste rechtssituaties en -betrekkingen voorzienbaar zijn".<sup>66</sup>

153. Het lijkt mij duidelijk dat de toetsing door de gemeenschapsrechter van beschikkingen inzake staatssteun niet kan worden beschouwd als een uitzonderlijke en onvoorzienbare gebeurtenis, daar het onlosmakelijk deel uitmaakt van het op dit gebied in het Verdrag vervatte stelsel. Een behoedzame ondernemer zou er dus alert op moeten zijn dat een beschikking van de Commissie waarin is bepaald dat een maatregel van een staat geen staatssteun vormt, binnen de in artikel 230 EG vastgelegde termijn van twee maanden voor de gemeenschapsrechter kan worden bestreden.

154. Voorts oordeelde het Hof recentelijk nog dat „ondernemingen die steun genieten, gelet op het dwingend karakter van het door de Commissie krachtens artikel 88 EG uitgeoefende toezicht op staatssteun, in beginsel slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kunnen hebben wanneer de steun met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend [...] Hieruit volgt dat, zolang de Commissie geen goedkeuringsbeschikking heeft vastgesteld, en *zelfs zolang de termijn voor beroep tegen die beschikking niet is verstreken*, de begunstigde geen zekerheid heeft over de wettigheid van de voorgenomen steun, zon-

der dewelke bij hem geen gewettigd vertrouwen kan ontstaan.”<sup>67</sup>

155. In dezelfde zin heeft het Hof in het arrest Spanje/Commissie verder verduidelijkt dat het feit „[d]at de Commissie aanvankelijk had besloten geen bezwaar te maken tegen de betrokken steun, niet kan worden aangemerkt als omstandigheid waardoor bij de ontvangende onderneming een gewettigd vertrouwen kon worden gewekt, aangezien dit besluit binnen de beroepstermijn is aangevochten en vervolgens door het Hof nietig is verklaard. Deze fout van de Commissie mag worden betreurd, maar de consequenties van het onrechtmatige optreden van het Koninkrijk Spanje worden daardoor niet opgeheven.”<sup>68</sup>

156. Anderzijds zou — zoals het Gerecht heeft opgemerkt — de stelling van rekwirantes meebrengen dat de wettigheidstoetsing van een positieve beschikking van de Commissie inzake staatssteun door de gemeenschapsrechter haar nuttige werking zou verliezen. Zou men namelijk oordelen dat door een dergelijke beschikking vanzelf een gewettigd vertrouwen van de begunstigten zou ontstaan, dan zouden de concurrenten van de begunstigten, of andere door de beschikking geschade derden, er geen enkel belang meer bij hebben om tegen de betrokken beschikking op te komen. De eventuele nietigverklaring van een positieve beschikking van de Commissie inzake staats-

66 — Arrest van 18 mei 2000, Rombi en Arkopharma (C-107/97, Jurispr. blz. I-3367, punt 66).

67 — Arrest van 29 april 2004, Italië/Commissie (C-91/01, Jurispr. blz. I-4355, punten 65-66). Cursivering van mij.

68 — Zie het arrest van 14 januari 1997 (aangehaald in voetnoot 21), punt 53.

steun zou dan namelijk in een onvervalste Pyrusoverwinning eindigen, daar de negatieve gevolgen van de beschikking nimmer zouden kunnen worden weggenomen.

157. Derhalve ben ik van mening dat een gunstige beschikking van de Commissie inzake staatssteun op zichzelf niet kan worden beschouwd als een gebeurtenis die bij de mogelijke begunstigen een gewettigd vertrouwen kan wekken omtrent de rechtmatigheid van de steun. Het Gerecht heeft dan ook terecht de grieven van rekwirantes met betrekking tot een schending van het beginsel van het gewettigd vertrouwen verworpen.

158. Dientengevolge concludeer ik dat de onderzochte grieven niet kunnen slagen.

b) Schending van artikel 10 EG en het beginsel van behoorlijk bestuur

159. De Diputación is van mening dat het Gerecht haar argumenten in eerste aanleg betreffende de schending van artikel 10 EG en het beginsel van behoorlijk bestuur bij de behandeling van het dossier door de Commissie, verkeerd heeft opgevat.

160. Het Gerecht verwierp deze argumenten in het bestreden arrest en oordeelde dat zij in werkelijkheid beoogden de onwettigheid van de bestreden steun opnieuw ter discussie te stellen. Het Gerecht ging niet ten gronde op

deze argumenten in en beperkte zich ertoe te verwijzen naar zijn eerdere overwegingen met betrekking tot de ontbrekende aanmelding van de staatssteun.

161. Rekwirant beweert echter de grief niet te hebben aangevoerd om de onwettigheid van de steun te bestrijden, maar om de terugvordering ervan te voorkomen.

162. Ik ben het met de Commissie eens dat rekwirante in de tijdens de onderhavige procedure ingediende memories niet duidelijk en nauwkeurig heeft uiteengezet in welke zin en op welke wijze de Commissie het beginsel van behoorlijk bestuur of artikel 10 EG heeft geschonden. In de memories die in eerste aanleg zijn ingediend, berustte de grief van rekwirante op dit punt wel op dezelfde argumenten als die welke werden aangevoerd om aan te tonen dat de staatssteun volgens de regels was aangemeld. Gelet hierop en gezien het feit dat deze argumenten door het Gerecht werden weerlegd, ben ik van oordeel dat het Gerecht terecht heeft verwezen naar zijn vaststellingen met betrekking tot de onwettigheid van de staatssteun en derhalve de grief heeft verworpen.

163. Dit is wat ik ook in overweging geef.

c) De niet-toegepaste vrijstelling krachtens artikel 87, lid 2, sub a, EG

164. De Diputación verwijt het Gerecht voorts te hebben geoordeeld dat de vrijstel-



ling krachtens artikel 87, lid 2, sub a, EG niet van toepassing was op de bestreden maatregel.<sup>69</sup>

van enkele documenten uit het administratieve dossier van de Commissie met betrekking tot zaak C-32/93, waaruit volgens rekwirante bleek dat de Commissie de overeenkomst van 1995 in die fase als rechtmatige staatssteun had behandeld.

165. Mijns inziens heeft het Gerecht terecht geoordeeld dat aan de voorwaarden voor deze vrijstelling niet was voldaan. Enerzijds bevoordeelde de betrokken maatregel namelijk direct één enkele onderneming (en niet de verbruikers) en anderzijds was hij discriminerend omdat hij andere mogelijke dienstverleners van zijn werkingssfeer uitsloot.

166. Ik geef het Hof derhalve in overweging ook dit middel in hogere voorziening te verwerpen.

d) De uitgebleven overlegging van documenten

167. De Diputación verwijt het Gerecht tot slot, niet te hebben gereageerd op een door haar ingediend verzoek om overlegging van documenten, zodat sprake was van schending van de rechten van de verdediging van de Diputación en artikel 66 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.<sup>70</sup> Dit verzoek betrof de overlegging

168. Herhaald zij echter, dat volgens vaste rechtspraak „het aan de gemeenschapsrechter staat om op basis van de omstandigheden van het geding te beslissen over de noodzaak tot overlegging van een stuk, overeenkomstig de bepalingen van het Reglement voor de procesvoering inzake de maatregelen van instructie”.<sup>71</sup> Een zeer recente uitspraak van het Hof maakte voorts duidelijk dat indien het Gerecht het gelasten van de door de partijen gevraagde maatregelen van instructie overbodig acht, het die verzoeken impliciet kan verwerpen zonder dit in het arrest te hoeven motiveren.<sup>72</sup>

69 — Op grond van deze bepaling zijn met de gemeenschappelijke markt verenigbaar „steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers, op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten”.

70 — Dit luidt als volgt: „Het Gerecht [...] bepaalt de maatregelen die nodig worden geacht; de ter zake gegeven beschikking omschrijft de te bewijzen feiten.”

71 — Arrest van 2 oktober 2003, Salzgitter (C-182/99 P, Jurispr. blz. I-10761, punt 41); Zie ook arrest van 6 april 2000, Commissie/ICI (C-286/95 P, Jurispr. blz. I-2341, punten 49 en 50).

72 — Beschikking van 15 september 2005, Marlines (C-112/04 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 35-39).

169. Mijns inziens moet dit middel derhalve worden verworpen. **IV — Kosten**

170. Ik concludeer dat geen van de grieven van rekwirantes mij gegrond lijkt. Daaruit volgt dat de onderhavige hogere voorzieningen moeten worden afgewezen.

171. Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering en gelet op mijn conclusie, moeten rekwiranten mijns inziens in de kosten worden verwezen.

## V — Conclusie

172. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

1. De hogere voorzieningen worden afgewezen.
2. P&O European Ferries (Vizcaya) SA en de Diputación Foral de Vizcaya worden verwezen in de kosten.”