

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

1 juli 2010*

In zaak T-53/08,

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

verzoekster,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Giolito en G. Conte als gemachtigden,

verweerster,

* Proceestaal: Italiaans.

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking 2008/408/EG van de Commissie van 20 november 2007 betreffende steunmaatregel C 36/A/06 (ex NN 38/06) die door Italië ten uitvoer is gelegd ten gunste van ThyssenKrupp, Cementir en Nuova Terni Industrie Chimiche (PB 2008, L 144, blz. 37),

wijst HET GERECHT (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: M. Vilaras (rapporteur), kamerpresident, M. Prek en V. M. Ciucă, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 juli 2009,

het navolgende

Arrest

Feiten van het geding

- ¹ De Italiaanse Republiek heeft de elektriciteitssector genationaliseerd bij wet nr. 1643 van 6 december 1962 houdende instelling van de Ente nazionale per l'energia elettrica

(ENEL) en overdracht van de elektriciteitsbedrijven aan deze laatste (GURI nr. 316, van 12 december 1962, blz. 5007; hierna: „wet nr. 1643/62”). Bij deze wet heeft zij aan ENEL het monopolie verleend op de productie, de invoer en uitvoer, het transport, de verwerking, de distributie en de verkoop op het nationale grondgebied van elektriciteit ongeacht de productiebron ervan, zij het met enkele uitzonderingen.

- 2 Zo zijn bij artikel 4, lid 6, van wet nr. 1643/62 de ondernemingen die hoofdzakelijk voor eigen gebruik elektriciteit produceerden (hierna: „zelfproducenten”) van de nationalisatie van de elektriciteitssector uitgesloten.

- 3 Destijds was Terni, een vennootschap waarvan de staat de meerderheidsaandeelhouder was, werkzaam in de sectoren staal, chemische producten en cement. Bovendien was zij eigenaar en exploitant van waterkrachtinstallaties waarvan de productie grotendeels werd gebruikt voor de energievoorziening van haar productie-eenheden.

- 4 Wegens het strategische belang ervan voor de energievoorziening van het land werd de afdeling waterkracht van Terni genationaliseerd ondanks het feit dat deze onderneming de status van zelfproducent had.

- 5 Bij besluit nr. 1165 van de president van de Republiek van 21 augustus 1963 houdende overdracht aan ENEL van de activa die bestemd zijn en gebruikt worden voor de in artikel 1, eerste alinea, van wet nr. 1643/62 bedoelde activiteiten van „Terni: Società per l’Industria e l’Elettricità” SpA (gewoon supplement bij GURI nr. 230, van 31 augustus 1963, blz. 58; hierna: „besluit nr. 1165/63”), heeft de Italiaanse Republiek Terni voor de overdracht van haar activa vergoed in de vorm van een preferent elektriciteitstarief (hierna: het „Terni-tarief”) voor de periode van 1963 tot en met 1992.

- 6 In 1964 is Terni gesplitst in drie vennootschappen: Terni Acciai Speciali, die staal produceert, Nuova Terni Industrie Chimiche, die werkzaam is in de sector chemische producten, en Cementir, die cement produceert (hierna samen: „de Terni-vennootschappen”). Deze vennootschappen werden later geprivatiseerd en overgenomen door respectievelijk ThyssenKrupp, Norsk Hydro en Caltagirone. Deze verrichtingen resulteerden in de oprichting van respectievelijk ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA, Nuova Terni Industrie Chimiche SpA en Cementir SpA, die nog steeds het Terni-tarief genoten.

- 7 Bij wet nr. 9 van 9 januari 1991 houdende uitvoeringsbepalingen van het nieuwe nationale energieplan: institutionele aspecten, waterkrachtcentrales en netwerken, koolwaterstoffen en geothermische energie, zelfproducenten en fiscale bepalingen (gewoon supplement bij GURI nr. 13, van 16 januari 1991, blz. 3; hierna: „wet nr. 9/91”) heeft de Italiaanse Republiek de looptijd van de bestaande waterkrachtconcessies, op basis waarvan de vennootschappen openbare wateren gebruikten voor de productie van elektriciteit, verlengd tot 31 december 2001.

- 8 Bij artikel 20, lid 4, van deze wet heeft de Italiaanse Republiek ook het Terni-tarief verlengd tot 31 december 2001. Tevens werd bepaald dat de aan de Terni-vennootschappen te leveren hoeveelheid gesubsidieerde elektriciteit in de loop van de zes volgende jaren (2002-2007) geleidelijk diende te worden afgebouwd, zodat het tariefvoordeel eind 2007 zou verdwijnen.

- 9 Wet nr. 9/91 is door de Italiaanse autoriteiten bij de Commissie aangemeld. Deze heeft op 6 augustus 1991 een beschikking van geen bezwaar gegeven (beschikking betreffende steunmaatregel NN 52/91).

- 10 Bij wetbesluit nr. 79 van 16 maart 1999 inzake richtlijn 96/92/EG betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit (GURI nr. 75, van 31 maart 1999, blz. 8; hierna: „wetsbesluit nr. 79/99”) heeft de Italiaanse Republiek de looptijd van de bestaande waterkrachtconcessies verlengd. Artikel 12, leden 7 en 8, van dit wetsbesluit luidt als volgt:

„7. De looptijd van de concessies die vóór of uiterlijk op 31 december 2010 aflopen, wordt op die datum verlengd en de houders van die concessies kunnen, zonder dat zij daartoe een administratief besluit nodig hebben, de betrokken activiteit voortzetten, mits zij de concessie verlenende instantie daarvan op de hoogte brengen binnen negentig dagen vanaf de datum van inwerkingtreding van het onderhavige wetsbesluit [...]

8. Voor de concessies die na 31 december 2010 aflopen, gelden de in het concessiebesluit opgenomen bepalingen betreffende het aflopen.”

- 11 Volgens artikel 11, lid 11, van voorlopig wetsbesluit nr. 35 van 14 maart 2005 houdende spoedmaatregelen betreffende het Actieplan voor de economische, sociale en territoriale ontwikkeling (GURI nr. 62, van 16 maart 2005, blz. 4), omgezet in wet nr. 80 van 14 mei 2005 (hierna: „wet nr. 80/05”), heeft de Italiaanse Republiek per 1 januari 2005 het Terni-tarief nogmaals verlengd, deze keer tot 2010 (hierna: de „omstreden maatregel”). Wet nr. 80/85 bepaalt dat de Terni-vennootschappen tot 2010 de behandeling zullen genieten die zij op 31 december 2004 genoten, zowel wat de te leveren hoeveelheden (in totaal 926 GWh voor de drie vennootschappen) als wat de prijs (1,32 cent/kWh) betreft. Kort daarna is bij wet nr. 266 van 23 december 2005 de looptijd van de waterkrachtconcessies algemeen verlengd tot 2020.

- 12 Nadat zij in het kader van de instructie van een andere zaak kennis had gekregen van deze verlengingsmaatregel, heeft de Commissie de Italiaanse autoriteiten bij brief van 23 december 2005 om inlichtingen verzocht. Deze inlichtingen zijn haar verstrekt bij brief van 24 februari 2006 en bij twee latere brieven van respectievelijk 2 maart en 27 april 2006.
- 13 Bij brief van 19 juli 2006 heeft de Commissie de Italiaanse Republiek in kennis gesteld van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden. Dit besluit is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB C 214, blz. 5) en de Commissie heeft de belanghebbende derden uitgenodigd om hun opmerkingen over de betrokken maatregelen in te dienen.
- 14 Bij brief van 25 oktober 2006 heeft de Italiaanse Republiek haar opmerkingen ingediend en bij brieven van 9 november en 7 december 2006 heeft zij aanvullende inlichtingen verstrekt.
- 15 De Commissie heeft opmerkingen van belanghebbende derden ontvangen. Zij heeft deze aan de Italiaanse autoriteiten toegestuurd en hun daarbij de mogelijkheid gegeven om daarop te reageren. De opmerkingen van de Italiaanse Republiek zijn haar bij brief van 22 december 2006 toegestuurd.
- 16 Bij brief van 20 februari 2007 heeft de Commissie om aanvullende inlichtingen verzocht. Deze zijn haar door de Italiaanse autoriteiten verstrekt bij brieven van 16 april en 10 en 14 mei 2007.
- 17 Op 20 november 2007 heeft de Commissie de beschikking betreffende steunmaatregel C 36/A/06 (ex NN 38/06) die door Italië ten uitvoer is gelegd ten gunste van ThyssenKrupp, Cementir en Nuova Terni Industrie Chimiche (PB 2008, L 144, blz. 37; hierna: de „bestreden beschikking”) gegeven.

18 Punt 163 van de bestreden beschikking luidt als volgt:

„De Commissie is van mening dat [de Italiaanse Republiek] in strijd met artikel 88, lid 3, [EG] onrechtmatig de bepaling ten uitvoer heeft gelegd van artikel 11, lid 11, van [voorlopig wetsbesluit nr. 35]/05, omgezet in wet [nr. 80/05] tot wijziging en verlenging tot 2010 van het preferente elektriciteitsstarief voor de drie Terni-vennootschappen]. De Commissie is van mening dat een dergelijke maatregel, die neerkomt op exploitatiesteun, onder geen enkele uitzondering van het EG-Verdrag valt en derhalve onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Derhalve dienen de delen van bovengenoemde maatregel die nog niet zijn toegekend of uitbetaald niet te worden uitgevoerd. Reeds uitbetaalde steun dient te worden teruggevorderd. De bedragen waarop de begunstigden op grond van wet [nr. 9/91] in 2005, 2006 en 2007 recht zouden hebben gehad, kunnen in mindering worden gebracht op het totaal terug te vorderen bedrag.”

19 Het dispositief van de bestreden beschikking bevat de volgende bepalingen:

„Artikel 1

1. De staatssteun die door [de Italiaanse Republiek] is verleend aan Thyssen-Krupp, Cementir en Nuova Terni Industrie Chimiche is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

2. De staatssteun die door [de Italiaanse Republiek] is toegekend maar nog niet is uitgekeerd aan ThyssenKrupp, Cementir en Nuova Terni Industrie Chimiche is eveneens onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en dient derhalve niet te worden verleend.

Artikel 2

1. [De Italiaanse Republiek] dient van de begunstigden de in artikel 1, lid 1, genoemde steun terug te vorderen.

[...]"

Procesverloop en conclusies van partijen

²⁰ Bij een op 31 januari 2008 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft de Italiaanse Republiek het onderhavige beroep ingesteld.

²¹ Zij concludeert dat het het Gerecht behage de bestreden beschikking nietig te verklaren.

²² De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— de Italiaanse Republiek te verwijzen in de kosten.

In rechte

- 23 De Italiaanse Republiek voert drie middelen aan: ten eerste schending van de artikelen 87, lid 1, EG en 88, lid 3, EG omdat de omstreden maatregel van compenserende aard is; ten tweede schending van diezelfde bepalingen omdat de omstreden maatregel geen overdracht van overheidsmiddelen meebrengt, en ten derde schending van wezenlijke vormvoorschriften, van het beginsel van hoor en wederhoor en van het vertrouwensbeginsel.
- 24 Ter terechtzitting heeft de Italiaanse Republiek echter uitdrukkelijk afstand gedaan van haar tweede middel. Het Gerecht heeft daarvan akte genomen in het proces-verbaal van de terechtzitting en zal dus uitsluitend het eerste en het derde middel onderzoeken.

Het middel inzake de gestelde compenserende aard van de omstreden maatregel

Argumenten van partijen

- 25 De Italiaanse Republiek betoogt dat de Commissie ten onrechte de omstreden maatregel als staatssteun heeft aangemerkt en op grond daarvan heeft geoordeeld dat die maatregel bij haar had moeten worden aangemeld.

- 26 Zij betoogt dat de toekenning van middelen ter compensatie van een in het algemeen belang opgelegd vermogensrechtelijk offer geen voordeel vormt wanneer zij niet op ongerechtvaardigde wijze de vergoeding overschrijdt die de betrokkene voor hetzelfde vermogensrechtelijke offer zou hebben ontvangen van een particuliere investeerder in een markteconomie.
- 27 De conclusie van de Commissie dat de omstreden maatregel de Terni-vennootschappen een voordeel heeft verschaft, zou op een onjuiste opvatting van het voorwerp van de door Terni in 1962 ondergane onteigening berusten. Deze onteigening zou niet alleen materiële zaken hebben betroffen, maar ook het recht om elektriciteit te produceren, het voorwerp van de op het tijdstip van de inwerkingtreding van wet nr. 1643/62 bestaande waterkrachtconcessies.
- 28 Volgens de Italiaanse Republiek was het in die omstandigheden van essentieel belang, rekening te houden met de waarde van de concessie als autonome immateriële zaak die deel uitmaakt van het vermogen van de onderneming en waarvan de waarde afhankelijk was van de looptijd van de concessie. De Commissie zou dus ten onrechte stellen dat de onderhavige zaak draait om de vergoeding van Terni voor de „marktwaaarde van de onteigende zaken” overeenkomstig het beginsel dat bij het bepalen van de vergoeding voor de onteigening van een zaak rekening moet worden gehouden met de waarde van deze zaak op het tijdstip van de onteigening.
- 29 Het aldus beschreven voorwerp van de door Terni ondergane onteigening zou voor de Italiaanse autoriteiten dus aanleiding zijn geweest om een vergoedingsregeling op te zetten volgens welke de vergoeding rechtstreeks verband houdt met de looptijd van de concessie. Om die reden zou de looptijd van de tariefregeling zijn afgestemd op de resterende looptijd van de concessie, die op 31 december 1992 zou aflopen.

- 30 De Italiaanse Republiek wijst erop dat dit rechtstreekse verband tussen de looptijd van het Terni-tarief, dat tot doel had ervoor te zorgen dat Terni voor energie de kosten draagt die haar zouden zijn opgekomen indien zij het recht om energie te produceren had mogen behouden, en de looptijd van de concessies beide partijen vrijwaarde tegen het risico van overcompensatie of ondercompensatie. Dit rechtstreekse verband zou een fundamenteel element zijn van de door de Commissie in de bestreden beschikking ter sprake gebrachte vergoedingsovereenkomst tussen de partijen, omdat het het economische evenwicht van de overeenkomst garandeerde.
- 31 De Commissie zelf zou deze vergoedingsregeling in de bestreden beschikking aanvaardbaar hebben geacht, doch daarbij de inderdaad essentiële vraag hebben opgeworpen, of de verlengingen van het bijzondere tarief kunnen worden geacht noodzakelijk deel uit te maken van de vergoeding.
- 32 De Italiaanse Republiek betoogt dienaangaande dat de aanvullende vergoeding niet is gebaseerd op de gewijzigde omstandigheden op de elektriciteitsmarkt, die tot het normale risico van de vergoedingsregeling behoorden, maar dat de twee wijzigingen waartoe in 1991 en in 2005 is besloten, in werkelijkheid waren ingegeven door het feit dat de looptijd van de concessies van de zelfproducenten zijn verlengd bij latere wettelijke bepalingen die ten tijde van de vergoedingsovereenkomst niet voorzienbaar waren.
- 33 De zeer uitzonderlijke aard van de onteigening van Terni zou ertoe hebben genoopt voor deze vennootschap een situatie te creëren die zoveel mogelijk overeenkomt met die waarin zij zonder die onteigening zou hebben verkeerd, wat zou verklaren waarom Terni in het kader van de door de Italiaanse autoriteiten opgezette vergoedingsregeling als een „virtuele zelfproducent” is behandeld. De Italiaanse Republiek wijst erop dat in een dergelijke context de cruciale vraag niet is of er een verband bestond tussen de vergoedingsregeling voor Terni en de concessies van de andere zelfproducenten, maar of de verlengingswetten op Terni van toepassing zouden zijn geweest indien deze laatste niet ware onteigend.

- 34 Welnu, het lijkt geen enkele twijfel dat de wettelijke bepalingen waarbij de looptijd van de concessies is verlengd, ook voor de concessies van Terni zouden hebben gegolden indien deze vennootschap die concessies had mogen behouden. Indien de Terni-vennootschappen zouden zijn belet van deze verlengingen te profiteren in de vorm van een verlenging van het Terni-tarief, zou de status van „virtuele zelfproducent”, waarop deze vennootschappen volgens de Commissie zelf redelijkerwijze recht hadden, zijn aangetast.
- 35 Volgens de Italiaanse Republiek vormden de twee verlengingen waartoe in 1991 en 2005 is besloten, dus helemaal geen herziening van de ratio van de aanvankelijke maatregelen, maar juist de toepassing van deze ratio en van het gemeenschappelijke beginsel van het overeenkomstenrecht van de lidstaten, volgens hetwelk in voortdurende juridische betrekkingen rekening moet worden gehouden met de verstoringen van het contractuele evenwicht die niet zijn te wijten aan het intreden van het normale risico dat de partijen bij het sluiten van de overeenkomst hebben aanvaard, maar aan een gebeurtenis die later heeft plaatsgevonden en die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet was voorzien en ook niet kon worden voorzien.
- 36 De Italiaanse Republiek verwijst naar het beginsel van goede trouw en billijkheid en voegt daaraan toe dat het in punt 35 hierboven bedoelde beginsel is gecodificeerd in de zogenoemde „hardship”-clausule waarin de Principles of International Commercial Contracts en de Principles of European Contract Law voorzien. In het onderhavige geval zouden de voorwaarden voor toepassing van die beginselen zijn vervuld.
- 37 De Italiaanse Republiek betoogt dat de Commissie niet op goede gronden kan aanvoeren dat Terni de vergoedingsregeling had kunnen aanvechten indien zij deze ontoereikend vond. Ten tijde van de vaststelling van besluit nr. 1165/63 zou Terni immers slechts hebben kunnen klagen indien de looptijd van het Terni-tarief korter ware geweest dan die van de concessies, die normaliter zouden aflopen op 31 december 1992, datum die ook als einddatum voor het Terni-tarief was gekozen. De Italiaanse Republiek voegt daaraan toe dat, wanneer wordt aanvaard dat de datum van afloop van het Terni-tarief niet is vastgesteld op basis een berekening van de globale winst die Terni op die datum zou hebben gemaakt, maar aldus is bepaald dat de looptijd van het Terni-tarief is afgestemd op die van de concessies, had Terni immers geen reden om te klagen over die regeling, aangezien de toepassing van die regeling

impliceerde dat dit tarief automatisch zou worden verlengd in evenredigheid met de verlenging van de looptijd van de concessies.

- 38 Met betrekking tot de door de Commissie geuite twijfel omtrent het werkelijke doel van de bepalingen houdende verlenging van het Terni-tarief, namelijk het aanvullen van de aanvankelijke vergoeding wegens de, zij het virtuele, verlenging van de looptijd van de onteigende concessie, betoogt de Italiaanse Republiek dat om een maatregel als staatssteun aan te merken alleen mag worden gekeken naar de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van die maatregel, en dat wanneer vaststaat dat de Terni-vennootschappen recht hadden op verlenging van het Terni-tarief om de aanvankelijke vergoeding naar behoren aan te vullen, de maatregel waarbij die verlenging wordt toegekend, niet als staatssteun kan worden aangemerkt, ongeacht de doelstellingen die de nationale wetgever bij de vaststelling ervan heeft nagestreefd.
- 39 Concluderend wijst de Italiaanse Republiek erop dat de omstreden maatregel tot doel had, ervoor te zorgen dat een noodzakelijkerwijze voor langere tijd vastgestelde regeling economisch actueel blijft, en dat hij, door distorsie van de fundamentele termen van de overeenkomst te voorkomen, de Terni-vennootschappen geen onverschuldigd voordeel heeft verschaft, maar integendeel ervoor heeft gezorgd dat deze geen ongerechtvaardig nadeel zouden lijden.
- 40 De Commissie antwoordt daarop dat verzoeksters middel moet worden afgewezen op grond dat het op een onjuiste premisse berust.
- 41 Volgens de Commissie gaat de Italiaanse Republiek eraan voorbij dat bij artikel 6 van besluit nr. 1165/63, ter vergoeding van de overdracht van de Terni-installaties aan ENEL, was voorzien in de levering van elektriciteit tegen een verminderd tarief tot en met 31 december 1992. Uit de tekst van deze bepaling zou duidelijk blijken dat

het Terni-tarief als vergoeding is toegekend voor een welbepaalde periode die op het tijdstip van de onteigening definitief was vastgesteld en bij de vaststelling waarvan waarschijnlijk rekening was gehouden met de resterende looptijd van Terni's waterkrachtconcessie, die een wezenlijk element voor het bepalen van de waarde van de onteigende concessie vormde.

- 42 De Commissie betoogt dat besluit nr. 1165/63 noch wet nr. 9/91 de verlenging van het Terni-tarief op enige wijze aan die van de looptijd van de waterkrachtconcessies van andere, niet-onteiende zelfproducenten heeft verbonden. Er zou geen enkele reden zijn om aan te nemen dat de in 2005 bij de omstreden maatregel toegekende verlenging van dat tarief inzonderheid verband hield met de zes jaar eerder bij wetsbesluit nr. 79/99 toegekende verlenging van de looptijd van de concessies. Integendeel, uit de tekst van wet nr. 80/05 zou duidelijk blijken dat de gunsttarieven, waaronder het Terni-tarief, algemeen zijn verlengd om „de ontwikkeling en de herstructurering van de productie van de betrokken ondernemingen mogelijk te maken.”
- 43 Zij betoogt dat besluit nr. 1165/63, indien het zou hebben voorzien in de automatische verlenging van het Terni-tarief in geval van verlenging van de looptijd van de concessies van andere zelfproducenten, in strijd zou zijn geweest met het beginsel dat de vergoeding voor de onteigening van een zaak (daaronder begrepen een immateriële zaak zoals een concessie) moet worden vastgesteld op basis van de waarde van de zaak op het tijdstip van de onteigening.
- 44 Bovendien zou de Italiaanse Republiek ten onrechte stellen dat „de Terni-vennootschappen aanspraak konden maken op een verlenging van het Terni-tarief als verschuldigde aanvulling van de aanvankelijke vergoeding.” De Commissie wijst erop dat de Italiaanse autoriteiten aldus lijken te stellen dat de Terni-vennootschappen „recht” hadden op verlenging van het Terni-tarief op grond van het enkele feit dat zij zonder de onteigening in aanmerking zouden zijn gekomen voor de verlenging van hun waterkrachtconcessies.

- 45 Volgens de Commissie konden de Terni-vennootschappen echter geen „recht” op verlenging claimen op grond van besluit nr. 1165/63, dat voorzag in de levering van elektriciteit tegen een verminderd tarief tot en met 31 december 1992, zonder mogelijkheid van verlenging van deze termijn. Het ontbreken van een „recht” op verlenging van het Terni-tarief zou ook voortvloeien uit het feit de verlengingen waarin wet nr. 9/91 en de omstreden maatregel voorzien, door de Italiaanse autoriteiten eenzijdig zijn toegekend in het kader van de uitoefening van de ruime discretionaire bevoegdheid die kenmerkend is voor een wetgevend optreden.
- 46 Ook het argument dat de wijziging van de looptijd van het Terni-tarief is gebaseerd op de privaatrechtelijke regels betreffende de overdreven kostprijs van de latere contractuele prestaties, zou volstrekt ongegrond zijn omdat die regels niet van toepassing lijken te zijn op onteigening ten algemenen nutte. De Commissie wijst er ook op dat, zelfs indien men onteigening zou willen gelijkstellen met een gewone overeenkomst, de verplichting van Terni om de waterkrachtconcessie samen met de desbetreffende installaties aan ENEL over te dragen moet worden aangemerkt als een „onmiddellijke” prestatie en niet als een voortdurende prestatie die na enkele tijd overdreven duur kan worden. Bovendien zou de verlenging van de waterkrachtconcessies niet als een „buitengewone en onvoorzienbare” gebeurtenis kunnen worden aangemerkt.

Beoordeling door het Gerecht

- 47 Volgens vaste rechtspraak is voor de kwalificatie als „steun” in de zin van artikel 87, lid 1, EG vereist dat is voldaan aan alle in deze bepaling bedoelde voorwaarden (arresten Hof van 21 maart 1990, België/Commissie, genoemd „Tubemeuse”, C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 25, en 1 juli 2008, Chronopost en La Poste/Ufex e.a., C-341/06 P en C-342/06 P, Jurispr. blz. I-4777, punt 121).

- 48 In de eerste plaats moet het gaan om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd. In de tweede plaats moet deze maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. In de derde plaats moet de maatregel de begunstigde een voordeel verschaffen. In de vierde plaats moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arrest Hof van 30 maart 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 56, en arrest *Chronopost en La Poste/Ufex e.a.*, aangehaald in punt 47 hierboven, punt 122).
- 49 Maatregelen die, in verschillende vormen, de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken, en die daardoor overeenkomen met een subsidie, vormen voordelen in de zin van artikel 87, lid 1, EG (arresten Hof van 29 juni 1999, *DM Transport*, C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 19, en 14 september 2004, *Spanje/Commissie*, C-276/02, Jurispr. blz. I-8091, punt 24), zoals onder meer het leveren van goederen of diensten op preferente voorwaarden (zie arrest Gerecht van 16 september 2004, *Valmont/Commissie*, T-274/01, Jurispr. blz. II-3145, punt 44 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 50 De Italiaanse Republiek betoogt dat de omstreden maatregel niet als staatsteun kon worden aangemerkt omdat niet is voldaan aan de voorwaarde van verschaffen van een voordeel aan de begunstigden, aangezien de maatregel van louter vergoedende aard is.
- 51 Vaststaat dat bepaalde vormen van vergoeding van ondernemingen geen steun vormen.
- 52 Zo heeft het Hof in een arrest van 27 september 1988, *Asteris e.a.* (106/87-120/87, Jurispr. blz. 5515, punten 23 en 24) gepreciseerd dat steunmaatregelen als maatregelen van de overheid ter begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producten juridisch een fundamenteel ander karakter hebben dan de vergoedingen die de nationale autoriteiten op grond van een rechterlijke uitspraak eventueel aan

particulieren moeten betalen ter zake van schade die zij aan die particulieren hebben veroorzaakt, en dus geen steun in de zin van de artikelen 87 EG en 88 EG vormen.

- 53 Het Hof heeft ook geoordeeld dat overheidssubsidies die aan uitdrukkelijk met openbaardienstverplichtingen belaste ondernemingen worden toegekend ter compensatie van de kosten in verband met de nakoming van die verplichtingen, en die voldoen aan bepaalde voorwaarden, niet binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, EG vallen (arrest Hof van 24 juli 2003, *Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg*, C-280/00, Jurispr. blz. I-7747, punt 94).
- 54 De Commissie wijst erop dat compensatie die door de staat wordt toegekend wegens onteigening van activa, doorgaans niet als staatsteun wordt aangemerkt (punt 70 van de bestreden beschikking).
- 55 De omstreden maatregel bestaat in de verlenging van een eerste maatregel waarbij aan Terni een preferent tarief voor de levering van elektriciteit is toegekend ter vergoeding van de nationalisatie van haar afdeling waterkracht in 1962.
- 56 Artikel 6 van besluit nr. 1165/63, waarin deze vergoeding is vastgesteld, luidt als volgt:

„ENEL is verplicht Terni jaarlijks [...] 1 025 000 000 (een miljard vijftwintig miljoen) kWh elektriciteit, met een vermogen van 170 000 (honderdzeventigduizend) kW, welke hoeveelheid overeenkomt met de elektriciteit die Terni in 1961 [...] voor andere dan de in artikel 1 van wet nr. 1643[62] bedoelde activiteiten heeft gebruikt, en

595 000 000 (vijfhonderdvijfennegentig miljoen) kWh, met een aanvullend vermogen van 100 000 (honderdduizend) kW voor de activiteiten die op de datum van inwerkingtreding van wet nr. 1643[/62] waren aangevat, maar nog niet waren voltooid, te leveren.

Die hoeveelheden moeten tot en met 31 december 1992 worden geleverd op de door partijen onderling overeengekomen leveringspunten bij de vestigingen van Terni.”

- 57 Deze vaste hoeveelheid elektriciteit moest worden geleverd tegen een preferent tarief, dat in artikel 7 van besluit nr. 1165/63 was omschreven als volgt:

„De prijs voor de jaarlijkse levering van 1 025 000 000 kWh [...] zal worden bepaald aan de hand van de interne prijzen die door de afdeling elektriciteitsproductie van Terni [...] in de periode 1959-1961 gemiddeld in rekening zijn gebracht aan de in de andere sectoren werkzame vestigingen van de vennootschap.

Voor de hoeveelheid energie die Terni [...] boven 1 025 000 000 kWh [...] per jaar tot en met 595 000 000 kWh [...] per jaar gebruikt, wordt de in de vorige alinea bedoelde prijs vermeerderd met 0,45 [Italiaanse] lire per kWh.”

- 58 De ten behoeve van Terni getroffen maatregel is dus het resultaat van drie factoren: de hoeveelheid elektriciteit, de prijs daarvan en de looptijd van het preferente tarief.

- 59 De Commissie is van mening dat de aanvankelijke maatregel een vergoeding vormde, dat hij passend was en dat het Terni-tarief de begunstigden tijdens het gehele in die maatregel bepaalde tijdvak, dus tot en met 1992, geen voordeel heeft verschaft. Onder verwijzing naar de letter van artikel 6 van besluit nr. 1165/63 en naar de duidelijke bepaling dat dit tarief 30 jaar lang zou gelden, betoogt de Commissie dat de verlenging van dit tarief niet kan worden geacht noodzakelijk deel uit te maken van de vergoeding, en concludeert zij dat het bij artikel 11, lid 11, van wet nr. 80/05 per 1 januari 2005 toegekende tarief staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt (punten 78, 79, 94 en 117 van de bestreden beschikking).
- 60 De Italiaanse Republiek betoogt dat de bestreden beschikking berust op een onjuiste beoordeling door de Commissie van de aard en de reële functie van de vergoedingsmaatregel waarin de regeling betreffende de nationalisatie van Terni voorziet. Deze regeling zou tot doel hebben gehad Terni te vergoeden voor de in 1962 ondergane onteigening, die een uitzondering op de algemene regeling voor de zelfproducenten vormde en niet alleen betrekking had op verschillende installaties, maar ook op het uit een waterkrachtconcessie voortvloeiende recht om elektriciteit te produceren.
- 61 Deze omstandigheid verklaart volgens de Italiaanse Republiek waarom de nationale wetgever een specifieke vergoedingsregeling heeft vastgesteld die erop was gericht, Terni in staat te stellen gedurende een met inachtneming van de looptijd van de concessie vastgestelde periode elektriciteit te betrekken tegen dezelfde economische voorwaarden als zij zou hebben genoten indien de onteigening niet had plaatsgevonden.
- 62 Allereerst wijst zij erop dat de nationale wetgever, door 31 december 1992 als datum van afloop van het Terni-tarief te kiezen, de looptijd van dat tarief heeft willen afstemmen op die van de waterkrachtconcessies van de niet-onteigende zelfproducenten, en aldus een rechtstreeks verband heeft gelegd tussen die twee elementen. Zij betoogt dat de twee verlengingen van het Terni-tarief gerechtvaardigd waren omdat de looptijd van de concessies van de zelfproducenten, de parameter voor de vergoeding waarop Terni recht had, is verlengd bij wettelijke bepalingen die ten tijde van de vaststelling van de vergoeding zeker niet voorzienbaar waren. Deze twee verlengingsmaatregelen

zouden helemaal geen herziening van de ratio van de aanvankelijke vergoedingsregeling vormen, maar juist een toepassing van deze ratio.

- 63 Er dient echter op te worden gewezen dat het onderhavige geding is ontstaan in het kader van de nationalisatie van de elektriciteitssector in Italië. Deze was gebaseerd op artikel 43 van de Italiaanse grondwet en is ten uitvoer gelegd bij wet nr. 1643/62 zoals aangevuld bij besluit nr. 1165/63.
- 64 Laatstgenoemde teksten moeten dus worden geraadpleegd om alle aspecten van de betrokken nationalisatie te begrijpen, daaronder begrepen de vergoeding die rechtens is vereist in deze situatie van een door een staat eenzijdig besloten overdracht van eigendom.
- 65 Welnu, uit de tekst van artikel 6 van besluit nr. 1165/63, die volstrekt ondubbelzinnig is, blijkt dat het Terni-tarief als vergoeding is toegekend voor een welbepaalde periode die niet kon worden verlengd. In dat artikel wordt namelijk bepaald dat de hoeveelheid elektriciteit „tot en met 31 december 1992 [moet] worden geleverd”, waarbij door vermelding van een precieze datum a priori elke moeilijkheid bij de uitlegging van de temporele draagwijdte van die bepaling is uitgesloten.
- 66 Bovendien noemt de Italiaanse Republiek geen enkele bepaling van wet nr. 1643/62 of van besluit nr. 1165/63 die voorziet in herziening van de looptijd van het Terni-tarief met de mogelijkheid om die looptijd te verlengen. Daartegenover staat dat de nationale wetgever in artikel 8 van besluit nr. 1165/63 uitdrukkelijk heeft voorzien in de mogelijkheid om de prijs van de aan Terni te leveren elektriciteit te herzien.

- 67 De Italiaanse Republiek wijst erop dat de nationale wetgever ten tijde van de nationalisatie voor het kiezen van de datum van 31 december 1992 in besluit nr. 1165/63 rekening heeft gehouden met de datum van afloop van de waterkrachtconcessies van de zelfproducenten, en betoogt dat het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid om de looptijd van het Terni-tarief aan te passen aan die van de concessies, wordt verklaard door het feit dat de verlenging van de looptijd van die concessies destijds voor diezelfde wetgever „volstrekt onvoorzienbaar” was.
- 68 Opgemerkt zij dat de aanvankelijke vaststelling van een looptijd voor de concessies reeds de vraag naar de toekomst van die concessies bij afloop daarvan inhield, en dat de handhaving van die concessies bij wege van een verlengingswet of bij wege van een aanbestedingsprocedure als een mogelijkheid werd gezien en dus geenszins „volstrekt onvoorzienbaar” was. Uit de stukken blijkt dus dat het ontbreken in de nationale wettelijke regeling van een uitdrukkelijke bepaling die voorziet in de mogelijkheid om de looptijd van het Terni-tarief te herzien, gewoon het resultaat is van de keuze van de wetgever om Terni te vergoeden in de vorm van een preferent tarief voor de levering van elektriciteit gedurende een welbepaalde periode, die ten tijde van de nationalisatie definitief was vastgesteld.
- 69 Hieraan dient te worden toegevoegd dat de na wet nr. 1643/62 en besluit nr. 1165/63 uitgevaardigde wettelijke bepalingen betreffende de verlenging van de looptijd van de waterkrachtconcessies in tegenspraak zijn met de lezing die de Italiaanse Republiek van die teksten geeft, namelijk dat zij de looptijd van het Terni-tarief bij wege van een soort evolutieve en stilzwijgende verwijzing verbinden aan die van de waterkrachtconcessies van de zelfproducenten, waarbij de verlenging van de looptijd van die concessies automatisch de verlenging van dat tarief meebrengt.
- 70 Deze uitlegging stuit reeds op het feit dat de verlengingen van het Terni-tarief geenszins automatisch gebeurden, maar de tussenkomst van de wetgever vergden om de aanvankelijk bij besluit nr. 1165/63 vastgestelde vergoeding te wijzigen.

- 71 De eerste verlenging van het Terni-tarief vloeit voort uit artikel 20, lid 4, van wet nr. 9/91, waarbij ook de looptijd van de destijds bestaande waterkrachtconcessies tot 2001 is verlengd. De inhoud van deze wet kan niet worden samengevat als de gelijktijdige verlenging van het Terni-tarief en van de looptijd van de waterkrachtconcessies van de zelfproducenten tot 2001, omdat de wet een tweeledig voorwerp had, namelijk de verlenging van het Terni-tarief, maar ook het volledige afbouwen ervan tegen eind 2007 (zie punt 19 van de bestreden beschikking), een tijdstip dat na het einde van de looptijd van de destijds bestaande waterkrachtconcessies ligt en daar dus los van staat. Deze twee elementen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en tonen in feite aan dat de looptijd van dat tarief losstaat van de situatie van de zelfproducenten.
- 72 Dat het lot van de Terni-vennootschappen losstond van dat van de zelfproducenten, blijkt ook uit het feit dat de Italiaanse autoriteiten in 1999 alleen de looptijd van de destijds bestaande waterkrachtconcessies tot 2010 hebben verlengd.
- 73 De tweede verlenging van het Terni-tarief vloeit voort uit artikel 11, lid 11, van wet nr. 80/05, waarin wordt bepaald:

„Om de ontwikkeling en de herstructurering van de productie van de betrokken ondernemingen mogelijk te maken wordt de toepassing van de gunsttarieven voor de elektriciteitsleveringen bedoeld in artikel 1, lid 1, [sub] c, van voorlopig wetsbesluit nr. 25 van 18 februari 2003, met wijzigingen omgezet in wet nr. 83 van 17 april 2003, volgens de op 31 december 2004 geldende tariefvoorwaarden verlengd tot eind 2010.”

- 74 Die bepaling verwijst zelfs niet naar de waterkrachtconcessies en bevat niets dat erop wijst dat de wetgever de looptijd van het Terni-tarief wilde afstemmen op de looptijd van die concessies.

- 75 Uit die bepaling blijkt integendeel dat het Terni-tarief slechts een van de gunsttarieven is waarvan de verlenging tot doel heeft „de ontwikkeling en de herstructurering van de productie van de betrokken ondernemingen mogelijk te maken.” In punt 67 van de bestreden beschikking, dat deel uitmaakt van de samenvatting van de opmerkingen die de Italiaanse autoriteiten in de loop van de formele onderzoeksprocedure hebben gemaakt, wordt gepreciseerd dat die autoriteiten benadrukken dat „de betwiste verlenging van het tarief uit artikel 11, lid 11 van wet [nr.] 80/2005 gekoppeld is aan een breed investeringsprogramma dat Thyssen-Krupp uitvoert in het industriegebied van Terni-Narni” en dat „[in] het kader van dit actieplan [...] in dat gebied nieuwe opwekkingscapaciteit [wordt] ontwikkeld.” Verder wordt daarin opgemerkt dat „[h]et tarief is [...] bedoeld als tijdelijke oplossing tot het moment dat die opwekkingscapaciteit gerealiseerd is. Afschaffing van het tarief zou de investeringen die momenteel worden voorbereid in gevaar brengen.”
- 76 Gelijk in punt 61 van de bestreden beschikking, betreffende de „beleidsredenen voor de tweede verlenging”, wordt bericht, hebben de Italiaanse autoriteiten het volgende verklaard:

„[H]et tarief [is] noodzakelijk [...] om gelijke kansen te waarborgen voor deze energie-intensieve ondernemingen in Italië en hun concurrenten in de [Europese Unie], die ook van verlaagde energieprijzen (tarief of op contractbasis) profiteren zolang lopende infrastructuurprojecten voor de opwekking en het transport van elektriciteit nog niet zijn afgerond. Bij afschaffing van het tarief zouden de desbetreffende ondernemingen hun activiteiten naar buiten de [Europese Unie] verplaatsen. Dit zou onvermijdelijk leiden tot een industriële crisis en grootschalig verlies van werkgelegenheid in de getroffen regio's. Volgens [de Italiaanse Republiek] moet de verlenging van het tarief dan ook als een tijdelijke oplossing worden gezien.”

- 77 Het gaat dus niet om een maatregel die de rechtmatige voortzetting is van de vergoeding die Terni voor de nationalisatie van haar afdeling waterkracht in 1962 heeft gekregen.

- 78 In de tweede plaats heeft de Italiaanse Republiek, na in repliek te hebben gepreciseerd dat de looptijd van de tariefregeling was afgestemd op de „resterende” looptijd van de concessie van Terni, verklaard dat „de cruciale vraag niet [was], of er een verband bestond tussen de vergoedingsregeling voor Terni en de concessies van de andere zelfproducenten, maar of de verlengingswetten op Terni van toepassing zouden zijn geweest indien, volgens de algemene regel, de installaties en de concessie van deze laatste niet waren onteigend.”
- 79 Volgens haar lijdt het geen twijfel dat de verlengingsbepalingen (te weten artikel 24 van wet nr. 9/91 en artikel 12, lid 7, van wetsbesluit nr. 79/99) ook voor de concessies van Terni zouden hebben gegolden „indien deze vennootschap die concessies had mogen behouden”, en is het duidelijk dat, indien de Terni-vennootschappen zouden zijn belet van deze verlengingen te profiteren, de status van „virtuele zelfproducent”, waarop deze vennootschappen volgens de Commissie zelf redelijkerwijze recht hadden, zou zijn tenietgedaan.
- 80 Vaststaat echter dat deze redenering van de Italiaanse Republiek van de bij artikel 6 van besluit nr. 1165/63 ingevoerde vergoedingsregeling een uitlegging beoogt te geven die berust op een postulaat dat geen rekening houdt met de onteigeningssituatie die ten grondslag ligt aan het geding en aan de discussie over de strekking van die regeling.
- 81 Het is mogelijk dat, indien de afdeling waterkracht van Terni niet ware genationaliseerd, de concessie van deze vennootschap zou zijn verlengd, net als die van de andere zelfproducenten. Het is ook mogelijk dat in dat geval de kwestie van de vergoeding van Terni in de vorm van de levering van elektriciteit tegen een preferent tarief niet zou zijn gerezen.

- 82 Dat neemt echter niet weg dat het gaat om zuiver hypothetische redeneringen die de in artikel 6 van besluit nr. 1165/63 zeer duidelijk vastgestelde einddatum voor de toepassing van het Terni-tarief beogen te omzeilen en die moeten worden verworpen.
- 83 De Italiaanse Republiek beklemtoont ook dat de Commissie betwijfelt of de bepalingen houdende verlenging van het Terni-tarief tot doel hadden, de aanvankelijk in artikel 6 van besluit nr. 1165/63 bepaalde vergoeding aan te vullen, terwijl volgens de rechtspraak om een maatregel als staatssteun aan te merken alleen mag worden gekeken naar de daadwerkelijke of potentiële gevolgen van die maatregel.
- 84 Opgemerkt zij echter dat de Commissie in punt 99 van de bestreden beschikking duidelijk heeft aangegeven dat het geen twijfel lijdt dat de levering van elektriciteit tegen prijzen die lager zijn dan het gewone elektriciteitstarief, een duidelijk economisch voordeel is voor de begunstigden, die hun productiekosten zien dalen en hun concurrentiepositie sterker zien worden.
- 85 Het reële doel van de omstreden maatregel is ter sprake gebracht in het kader van de discussie over de juiste strekking van de bij artikel 6 van besluit nr. 1165/63 ingevoerde vergoedingsregeling, waarbij de Italiaanse Republiek stelde dat deze maatregel de rechtmatige voortzetting was van de vergoeding die Terni voor de nationalisatie van haar afdeling waterkracht in 1962 heeft gekregen.
- 86 Deze stelling is zowel in tegenspraak met de tekst van artikel 11, lid 11, van wet nr. 80/85, waarbij de looptijd van het Terni-tarief tot 2010 is verlengd, als met de in de punten 61 en 67 van de bestreden beschikking samengevatte verklaringen van de Italiaanse autoriteiten tijdens de administratieve procedure, waaruit blijkt dat de omstreden verlenging van het Terni-tarief in werkelijkheid de tegenprestatie is voor een breed investeringsprogramma dat Thyssen-Krupp uitvoert in het industriegebied van Terni-Narni.

- 87 In de derde plaats betoogt de Italiaanse Republiek dat de twee verlengingen waartoe in 1991 en 2005 is besloten, ook de toepassing vormen van een gemeenschappelijk beginsel van het overeenkomstenrecht van de lidstaten, volgens hetwelk in voortdurende juridische betrekkingen rekening moet worden gehouden met de verstoringen van het contractuele evenwicht die niet zijn te wijten aan het intreden van het normale risico dat de partijen bij het sluiten van de overeenkomst hebben aanvaard, maar aan een gebeurtenis die later heeft plaatsgevonden en ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet was voorzien en ook niet kon worden voorzien, namelijk de vaststelling van wettelijke bepalingen waarbij de looptijd van de waterkrachtconcessies van de zelfproducenten wordt verlengd.
- 88 De Italiaanse Republiek verwijst niet alleen naar het beginsel van goede trouw en billijkheid, maar voegt daaraan toe dat het in punt 87 hierboven bedoelde beginsel is gecodificeerd in de zogenoemde „hardship”-clausule waarin de door de Commission on European Contract Law opgestelde Principles of International Commercial Contracts en Principles of European Contract Law voorzien.
- 89 Dit betoog moet worden verworpen omdat het op een onjuiste premisse berust, namelijk de gelijkstelling van de nationalisatie van verschillende activa, waarvoor noodzakelijk een vergoeding moet worden betaald, met een gewone overeenkomst.
- 90 Er dient immers aan te worden herinnerd dat het onderhavige geding is ontstaan in het kader van de nationalisatie van de elektriciteitssector in Italië. Deze nationalisatie was gebaseerd op artikel 43 van de Italiaanse grondwet, waarin wordt bepaald: „In het algemeen belang kunnen bij wet bepaalde ondernemingen of categorieën van ondernemingen op het gebied van essentiële openbare diensten of van energiebronnen of met een monopoliepositie, die van wezenlijk algemeen belang zijn, van meet af aan worden voorbehouden of bij wege van onteigening tegen vergoeding worden overdragen aan de staat, aan publiekrechtelijke lichamen of aan gemeenschappen van werknemers of gebruikers.”

- 91 Het juridische instrument waarbij de nationalisatie ten uitvoer is gelegd, is wet nr. 1643/62, zoals aangevuld bij besluit nr. 1165/63.
- 92 Uit dit instrument blijkt dat de overdracht van eigendom door de staat eenzijdig is besloten in het algemeen belang en dat de bepalingen van die wet en dat besluit moeten worden geraadpleegd om alle aspecten van de betrokken nationalisatie te begrijpen, daaronder begrepen de vergoeding die rechtens is vereist in deze situatie.
- 93 De Italiaanse Republiek heeft op geen enkele wijze aangetoond dat de regels of beginselen van het overeenkomstenrecht op een dergelijke situatie kunnen worden toegepast. Dat bij besluit nr. 1165/63 is voorzien in een specifieke vergoedingsregeling in de vorm van de levering van elektriciteit tegen een preferent tarief gedurende 30 jaar, kan geen rechtvaardiging vormen voor de door de Italiaanse Republiek verrichte gelijkstelling van de onderhavige situatie met een voortdurende contractuele betrekking.
- 94 Zelfs al zou een dergelijke gelijkstelling kunnen worden aanvaard, dan nog faalt het betoog dat de omstreden maatregel wordt gerechtvaardigd door het bestaan van beginselen die voorzien in het herstellen van het evenwicht van een voortdurende contractuele betrekking dat zou zijn verstoord door een gebeurtenis die ten tijde van het sluiten van de overeenkomst niet was voorzien en ook niet kon worden voorzien.
- 95 Afgezien van het feit dat de overdracht van de activa van Terni aan ENEL korte tijd na de vaststelling van besluit nr. 1165/63 volledig ten uitvoer is gelegd, en dus als een „onmiddellijke” prestatie moet worden aangemerkt en niet als een „voortdurende” prestatie kan worden beschouwd, kan de verlenging van de waterkrachtconcessies van de zelfproducenten niet als een „onvoorzienbare” gebeurtenis worden aangemerkt.

- 96 Er zij aan herinnerd dat de aanvankelijke vaststelling van een looptijd voor de concessies reeds de vraag naar de toekomst van die concessies bij afloop daarvan inhield, en dat de handhaving van die concessies bij wege van een verlengingswet of bij wege van een aanbestedingsprocedure dus zeer wel als een mogelijkheid werd gezien en bijgevolg niet „onvoorzienbaar” was. De vaststelling van bepalingen houdende verlenging van de waterkrachtconcessies van de zelfproducenten in 1991, 1999 en 2005 heeft dit a posteriori bevestigd.
- 97 Uit een en ander volgt dat het aan de compenserende aard van de omstreden maatregel ontleende middel dat die niet als staatssteun kan worden aangemerkt, moet worden afgewezen.

Het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het beginsel van hoor en wederhoor en schending van het vertrouwensbeginsel

Argumenten van partijen

- 98 De Italiaanse Republiek betoogt dat zij de Commissie op haar uitdrukkelijke verzoek een studie heeft voorgelegd waarin de boekwaarde van de onteigende zaken werd vergeleken met de voordelen die in de loop der jaren via het Terni-tarief waren toegekend, en waaruit bleek dat er geen sprake was van overcompensatie.

- 99 In de bestreden beschikking zou de Commissie echter hebben geoordeeld dat deze studie irrelevant is omdat de adequaatheid van de vergoedingsregeling slechts ex ante, dat wil zeggen op het ogenblik van de onteigening kon worden beoordeeld. De Commissie zou de inhoud van de studie dan ook slechts subsidiair hebben onderzocht en hebben geconcludeerd dat deze tot een onjuiste slotsom kwam.
- 100 De Italiaanse Republiek betoogt dat de Commissie, wegens deze ommekeer van haar mening over het nut van een beoordeling ex post van de adequaatheid van de vergoedingsregeling, de behandeling op tegenspraak had moeten heropenen door een analyse uit een ander perspectief te suggereren of zelfs door alternatieve voorstellen van de Italiaanse Republiek te aanvaarden, wat zij niet heeft gedaan. Indien de Commissie aldus had gehandeld, zou de Italiaanse Republiek zeker de in het eerste middel geformuleerde argumenten hebben kunnen aanvoeren.
- 101 Zij voegt daaraan toe dat, indien de Commissie de ommekeer van haar mening of haar verbazing over de in de betrokken studie voorgestelde beoordelingswijze vóór de vaststelling van de bestreden beschikking te kennen had gegeven, zij had kunnen aanvoeren dat, zo die instelling het voordeel van het Terni-tarief misschien te laag waardeerde, zij ook het economische offer van deze vennootschap te laag waardeerde door dit te beperken tot de waarde van de installaties en door het onteigende recht, te weten de productieconcessie, niet als een autonoom beoordelingselement in aanmerking te nemen.
- 102 Deze procedurefout zou zelfs de door de Commissie verrichte beoordeling van de inhoud van de betrokken studie aantasten.
- 103 Na erop te hebben gewezen dat de houding van de Commissie op zijn minst tegenstrijdigheden vertoonde, heeft de Italiaanse Republiek in repliek gesteld dat de Commissie, door om de betrokken studie te verzoeken teneinde te kunnen beoordelen of er sprake was van overcompensatie, bij de Italiaanse autoriteiten een gewettigd

vertrouwen heeft doen ontstaan dat de uitkomst van de studie op enigerlei wijze zou worden meegewogen voor de vaststelling van de bestreden beschikking. Door te verklaren dat de studie in elk geval niet relevant was, door dit oordeel pas in de bestreden beschikking te formuleren en door de inhoud van de studie slechts subsidiair te onderzoeken, zou de Commissie het gewettigde vertrouwen hebben geschonden dat door het in de brief van 20 februari 2007 geformuleerde verzoek om inlichtingen was gewekt.

- 104 De Commissie verklaart dat zij de Italiaanse Republiek in de loop van de procedure nooit te verstaan heeft gegeven dat zij de adequaatheid van het Terni-tarief ex post zou beoordelen zonder te onderzoeken of de bij de omstreden maatregel verrichte verlenging van de looptijd van dat tarief kon worden gerechtvaardigd uit hoofde van de vergoeding voor de onteigening die Terni in 1962 heeft ondergaan, wat zou blijken uit het feit dat de Italiaanse autoriteiten en de Terni-vennootschappen in de loop van de procedure de in het kader van het eerste middel geformuleerde argumenten daadwerkelijk hebben aangedragen om aan te tonen dat die verlenging een wezenlijk bestanddeel vormt van het criterium voor de vergoeding van Terni dat ex ante in besluit nr. 1165/63 was opgenomen.
- 105 Zij stelt dat, aangezien de Italiaanse autoriteiten de betrokken argumenten daadwerkelijk hebben aangevoerd tijdens de administratieve procedure en deze argumenten in elk geval ongegrond zijn, zoals bij het onderzoek van het eerste middel is gebleken, de door de Italiaanse Republiek gestelde schending van de rechten van de verdediging geen gevolgen kan hebben voor de geldigheid van de bestreden beschikking.
- 106 Deze conclusie zou niet op losse schroeven worden gezet door de stelling van de Italiaanse Republiek dat, indien zij kennis zou hebben gehad van de bezwaren van de Commissie tegen de betrokken studie, „zij eveneens haar twijfel had kunnen uiten.” Volgens de Commissie is het immers overduidelijk dat, aangezien de studie slechts subsidiair is onderzocht, de eventuele twijfel van de Italiaanse Republiek omtrent de geloofwaardigheid ervan, in elk geval geen enkele invloed had kunnen hebben op de primaire beoordeling waarop de bestreden beschikking is gebaseerd. Bovendien zouden de Italiaanse autoriteiten op geen enkele wijze hebben aangetoond dat het

oordeel van de Commissie over de inhoud van de betrokken studie door een of andere feitelijke of juridische fout is aangetast.

- ¹⁰⁷ Ten slotte betoogt de Commissie dat de grieven inzake tegenstrijdigheden in haar houding en schending van het vertrouwensbeginsel niet-ontvankelijk moeten worden verklaard omdat zij in strijd met artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voor het eerst in repliek zijn aangevoerd. In elk geval zou uit het feit dat de Commissie de studie van de Italiaanse autoriteiten slechts subsidiair heeft onderzocht, geen tegenstrijdigheid of schending van bovengenoemd beginsel kunnen worden afgeleid. Ten slotte herinnert de Commissie eraan dat volgens vaste rechtspraak er slechts sprake is van schending van het vertrouwensbeginsel wanneer de administratie aan de betrokken personen „nauwkeurige toezeggingen” heeft gedaan, wat in casu overduidelijk niet het geval is.

Beoordeling door het Gerecht

- ¹⁰⁸ Er zij aan herinnerd dat de Commissie de Italiaanse Republiek bij brief van 19 juli 2006 in kennis heeft gesteld van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden en met de bekendmaking van dat besluit in het *Publicatieblad van de Europese Unie* de belanghebbende derden heeft uitgenodigd, hun opmerkingen over de omstreden maatregel in te dienen.
- ¹⁰⁹ Bij brief van 20 februari 2007 heeft de Commissie, na te hebben vastgesteld dat andere gegevens nodig waren „om tot een conclusie te kunnen komen”, de Italiaanse Republiek verzocht, haar met name de gegevens te verstrekken die noodzakelijk zijn voor een objectieve vergelijking van de waarde van de onteigende activa met de waarde

van het voordeel dat het Terni-tarief vanaf het begin van die regeling tot in 2010 heeft verschaft, met een actualisatie van die waarden.

- 110 In antwoord op dit verzoek heeft de Italiaanse Republiek de Commissie in april 2007 een studie voorgelegd die op verzoek van de Terni-vennootschappen door een onafhankelijke consultant was opgesteld, en waarin stond dat de totale waarde van het door het Terni-tarief verschaft voordeel onder de (in 2006 geactualiseerde) waarde van de bij de nationalisatie onteigende zaken ligt, en dat er dus geen sprake is van overcompensatie.
- 111 Uit de punten 82 en 83 van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie primair heeft geoordeeld dat deze studie niet relevant was op grond dat de adequaatheid van de vergoedingsregeling alleen ex ante, dus op het ogenblik van de onteigening, kan worden onderzocht. In het kader van deze benadering heeft de Commissie geconcludeerd dat de begunstigen geen voordeel hebben genoten tot op het ogenblik waarop het aanvankelijke compenserende tarief afliep, en alleen tot op dat ogenblik, en dat deze conclusie niet op losse schroeven kan worden gezet door alternatieve berekeningen van kosten en baten, en met name niet wanneer deze achteraf worden gemaakt.
- 112 Subsidiair heeft de Commissie de inhoud van de door de Italiaanse autoriteiten voorgelegde studie onderzocht en zij is daarbij tot de bevinding gekomen dat de daarin aangewende methode onnauwkeurig en onjuist was voor zover het aan de Terni-vennootschappen verschaft voordeel stelselmatig te laag werd gewaardeerd en de waarde van de onteigende activa naar alle waarschijnlijkheid te hoog werd ingeschat (punten 87-90 van de bestreden beschikking).

- 113 Allereerst kan de in de punten 101 tot en met 103 hierboven ter sprake gebrachte grief van de Italiaanse Republiek dat de beoordeling door de Commissie van de door de Italiaanse autoriteiten voorgelegde studie over de waarde van de onteigende zaken is aangetast door het feit dat de Commissie het beginsel van hoor en wederhoor niet in acht heeft genomen, niet worden aanvaard.
- 114 Het beginsel van hoor en wederhoor, dat een fundamenteel beginsel van het recht van de Unie vormt, maakt met name deel uit van de rechten van de verdediging (zie naar analogie arrest Hof van 10 juli 2008, Bertelsmann en Sony Corporation of America/ Impala, C-413/06 P, Jurispr. blz. I-4951, punt 61). De eerbiediging van de rechten van de verdediging in elke tegen een persoon ingeleide procedure die tot een voor deze laatste bezwarend besluit kan leiden, is een fundamenteel rechtsbeginsel, dat zelfs bij ontbreken van enig specifiek voorschrift in acht moet worden genomen (arresten Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 27, en 11 november 1987, Frankrijk/Commissie, 259/85, Jurispr. blz. 4393, punt 12).
- 115 Op het gebied van de controle van overheidssteun vereist het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging, dat de betrokken lidstaat in staat wordt gesteld, naar behoren zijn standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de door belanghebbende derden overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG ingediende opmerkingen waarop de Commissie haar beschikking wil baseren, en dat in de mate waarin de lidstaat niet in staat is gesteld zijn mening over die opmerkingen kenbaar te maken, de Commissie ze in haar beschikking niet tegen die staat kan gebruiken. Een dergelijke schending van de rechten van de verdediging kan echter slechts tot nietigverklaring leiden, indien de procedure zonder die onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (arrest Frankrijk/Commissie, aangehaald in punt 114 hierboven, punten 12 en 13, en arrest Hof van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punten 29-31).

- 116 In het onderhavige geval behoeft slechts te worden vastgesteld dat aan de Commissie niet wordt verweten dat zij de bestreden beschikking heeft gebaseerd op opmerkingen van belanghebbende derden waarover de Italiaanse Republiek haar standpunt niet kenbaar heeft kunnen maken. De Italiaanse Republiek heeft overeenkomstig de eisen van artikel 88, lid 2, EG en van artikel 6, lid 2, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1) de gelegenheid gekregen om opmerkingen te maken over het besluit om de procedure in te leiden, en de opmerkingen die de belanghebbenden in dit verband hebben gemaakt, zijn haar meegedeeld en zijn door haar beantwoord in haar brief van 22 december 2006 (punt 6 van de bestreden beschikking).
- 117 Opgemerkt zij dat de Italiaanse Republiek in haar in de loop van de formele onderzoeksprocedure bij de Commissie ingediende opmerkingen heeft verklaard dat de aanvankelijke tariefregeling — die Terni rechtmatig vergoedde voor de onteigening van haar activa — noch de latere verlengingen ervan staatssteun vormden. Ter staving van deze stelling heeft zij verwezen naar een aantal arresten van het Hof waarin is geoordeeld dat bepaalde vormen van vergoeding van ondernemingen geen staatssteun vormen, met name wanneer het gaat om vergoeding voor schade en diensten van algemeen economisch belang (punt 58 van de bestreden beschikking).
- 118 In punt 59 van de bestreden beschikking wordt gepreciseerd:

„Met betrekking tot het feit dat het Terni-tarief geen staatssteun is, benadrukt [de Italiaanse Republiek] dat wet [nr.] 9/1991, waarin de eerste verlenging van het tarief werd geregeld, naar behoren bij de Commissie is aangemeld en door haar is goedgekeurd. De latere verlengingen van het tarief, die samenvallen met de verlenging van concessies voor de opwekking van waterkrachtenergie door producenten van waterkrachtenergie, zijn op dezelfde wijze tot stand gekomen en nooit door de Commissie ter discussie gesteld. Derhalve behoort het Terni-tarief volgens [de Italiaanse Republiek] te worden beschouwd als een bestaande maatregel die geen staatssteun is.”

- 119 De Italiaanse Republiek heeft in de loop van de formele onderzoeksprocedure haar standpunt over de vergoedende aard van de omstreden maatregel dus duidelijk kenbaar gemaakt, wat overeenkomt met de inhoud van het eerste in het verzoekschrift aangevoerde middel tot nietigverklaring. Welnu, het is juist dit punt dat de Commissie vooral heeft behandeld om te concluderen dat de omstreden maatregel staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde.
- 120 Voor zover de Commissie terecht heeft geoordeeld dat de in 2005 bij de omstreden maatregel toegekende verlenging van de looptijd van het Terni-tarief geen wezenlijk bestanddeel vormde van de vergoeding die voor de in 1962 verrichte onteigening aan Terni verschuldigd was, en dat het per 1 januari 2005 aan de Terni-vennootschappen toegekende preferente tarief staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde (zie punt 97 hierboven), kan de gestelde schending van de rechten van de verdediging in elk geval geen enkele invloed hebben op de geldigheid van de bestreden beschikking.
- 121 Bovendien gaat de grief van de Italiaanse Republiek voorbij aan het doel van de formele onderzoeksprocedure en berust zij op een onjuiste lezing van de brief van de Commissie van 20 februari 2007 waarin om inlichtingen werd verzocht.
- 122 De Commissie heeft het inderdaad nodig geacht informatie over de boekwaarde van de aan de staat overgedragen zaken op het tijdstip van de nationalisatie in te winnen. Dit was echter niet het enige voorwerp van het in de brief van 20 februari 2007 gedane verzoek om inlichtingen, dat in de context van de formele onderzoeksprocedure moet worden geplaatst en van het doel daarvan, namelijk de belanghebbenden de gelegenheid te geven hun standpunt kenbaar te maken en de Commissie in staat stellen zich vóór haar beslissing volledig over alle aspecten van de zaak te laten voorlichten (zie in die zin arrest Hof van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie, 84/82, Jurispr. blz.1451, punt 13).

- 123 De formele onderzoeksprocedure kan geen andere dan de hierboven beschreven strekking hebben en met name niet de strekking, vóór de vaststelling van de eindbeschikking definitief uitspraak te doen over bepaalde elementen van het dossier. In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat noch uit enige bepaling inzake staatssteun, noch uit de rechtspraak blijkt dat de Commissie verplicht zou zijn, de ontvanger van staatsmiddelen over haar juridische beoordeling van de betrokken maatregel te horen, dan wel de betrokken lidstaat — en a fortiori de ontvanger van de steun — vóór de vaststelling van haar beschikking van haar standpunt in kennis te stellen, wanneer de belanghebbenden en de lidstaat zijn aangemaand, hun opmerkingen te maken (arrest Gerecht van 8 juli 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01, Jurispr. blz. II-2717, punt 198).
- 124 De stelling van de Italiaanse Republiek betreffende een „ommekeer in de opvatting” van de Commissie berust op een onjuiste lezing van de brief van 20 februari 2007. Uit deze brief blijkt niet dat deze instelling van mening was dat het bewijs dat de (geactualiseerde) waarde van de compensatie gelijk was aan of lager was dan de waarde van de onteigende zaken, van beslissend belang was voor het beantwoorden van de vraag of het preferente tarief als staatssteun moest worden aangemerkt.
- 125 De Commissie heeft de Italiaanse Republiek of de Terni-vennootschappen in elk geval nooit te verstaan gegeven dat zij de adequaatheid van het Terni-tarief ex post zou beoordelen zonder te onderzoeken of de bij de omstreden maatregel verrichte verlenging van de looptijd van dat tarief kon worden gerechtvaardigd uit hoofde van de vergoeding voor de onteigening die Terni in 1962 heeft ondergaan.
- 126 In de tweede plaats heeft de Italiaanse Republiek, na erop te hebben gewezen dat de houding van de Commissie op zijn minst tegenstrijdigheden vertoonde, gesteld dat de Commissie, door om de betrokken studie te verzoeken teneinde te kunnen beoordelen of er sprake was van overcompensatie, bij de Italiaanse autoriteiten een gewettigd vertrouwen heeft doen ontstaan dat „de uitkomst van de studie op enigerlei wijze zou worden meegewogen voor de vaststelling van de bestreden beschikking.” Door te verklaren dat de studie in elk geval niet relevant was, door dit oordeel pas in

de bestreden beschikking te formuleren en door de inhoud van de studie slechts ad abundantiam te onderzoeken, zou de Commissie het gewettigde vertrouwen hebben geschonden dat door het in de brief van 20 februari 2007 geformuleerde verzoek om inlichtingen was gewekt.

127 Wat de stelling betreffende de tegenstrijdigheden in de houding van de Commissie betreft, deze maakt deel uit van het betoog met betrekking tot de grief inzake schending van het beginsel van hoor en wederhoor en van de rechten van de verdediging van de Italiaanse Republiek, welke grief ongegrond moet worden verklaard.

128 De grief inzake schending van het vertrouwensbeginsel is volgens de Commissie niet-ontvankelijk wegens schending van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, waarin wordt bepaald dat nieuwe middelen in de loop van het geding niet mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken.

129 Vaststaat dat de Italiaanse Republiek pas in replik schending van het vertrouwensbeginsel heeft aangevoerd en zich daarvoor heeft gebaseerd op de inhoud van de brief van 20 februari 2007 waarin om inlichtingen was verzocht, een feitelijk element dat reeds in het verzoekschrift en in het verweerschrift ter sprake was gebracht en door partijen was bediscussieerd.

130 Bijgevolg moet het betrokken middel niet-ontvankelijk worden verklaard.

- 131 Dit middel zou in elk geval slechts ongegrond kunnen worden verklaard. Enerzijds bevat de brief van 20 februari 2007 geen enkele nauwkeurige toezegging van de administratie, een voorwaarde om op goede gronden schending van het vertrouwensbeginsel te kunnen aanvoeren (zie in die zin arrest Hof van 22 juni 2006, België en Forum 187/Commissie, C-182/03 en C-217/03, Jurispr. blz. I-5479, punt 147, en arrest Gerecht van 23 oktober 2002, Diputación Foral de Álava e.a./Commissie, T-346/99 tot en met T-348/99, Jurispr. blz. II-4259, punt 93) ter zake van het feit dat de uitkomst van de in deze brief gevraagde studie „op enigerlei wijze zou worden meegewogen voor de vaststelling van de bestreden beschikking.” Anderzijds is de uitkomst van de studie door de Commissie in de bestreden beschikking daadwerkelijk in aanmerking genomen en onderzocht, zij het subsidiair.
- 132 In die omstandigheden moet het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften wegens ontoereikende instructie en inzake schending van het beginsel van hoor en wederhoor worden afgewezen, waarbij dient te worden opgemerkt dat de gestelde ontoereikende instructie geen autonome grief is, maar in feite deel uitmaakt van het betoog betreffende schending van bovengenoemd beginsel.
- 133 Mitsdien moet het beroep worden verworpen.

Kosten

- 134 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Italiaanse Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

- 1) **Het beroep wordt verworpen.**

- 2) **De Italiaanse Republiek wordt verwezen in de kosten.**

Vilaras

Prek

Ciucă

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 1 juli 2010.

ondertekeningen