



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. WATHELET
van 16 februari 2017¹

Zaak C-228/16 P

**Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)
tegen**

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Staatssteun — Weigering om een bevel uit te vaardigen tot schorsing van een scheidsrechterlijke uitspraak met betrekking tot het elektriciteitsstarief dat Alouminion AE aan DEI moest betalen — Weigering om gevolg te geven aan de klacht van DEI met betrekking tot de vermeende aan Alouminion AE toegekende staatssteun — Verlaagde elektriciteitsstarieven”

I. Inleiding

1. Met haar hogere voorziening verzoekt Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) om vernietiging van de beschikking van het Gerecht van de Europese Unie van 9 februari 2016, DEI/Commissie (T-639/14, niet gepubliceerd, EU:T:2016:77; hierna: „bestreden beschikking”), waarmee het Gerecht heeft geoordeeld dat niet meer hoefde te worden beslist op het beroep tot nietigverklaring van de brief van de Europese Commissie COMP/E3/ON/AB/ark *2014/61460 van 12 juni 2014 (hierna: „litigieuze brief”), houdende afwijzing van de klachten van DEI inzake staatssteun.

2. DEI voert met haar middelen in hogere voorziening aan dat het Gerecht met zijn oordeel dat niet meer hoefde te worden beslist op het beroep van DEI, blijk heeft gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen, haar recht om te worden gehoord heeft geschonden, een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt en de feiten en haar argumenten onjuist heeft weergegeven. Deze middelen doen geen nieuwe rechtsvragen rijzen, met uitzondering van het tweede middel, volgens hetwelk het Gerecht de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en effectieve rechterlijke bescherming heeft geschonden.

3. Bijgevolg zal ik, in overeenstemming met het verzoek van het Hof, mijn aandacht in deze conclusie toespitsen op het tweede middel van de hogere voorziening, waarin uitleggingsvragen aan de orde zijn met betrekking tot de beginselen die zijn aangehaald in punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), waarin het Hof heeft geoordeeld dat „[g]elet op de vereisten van behoorlijk bestuur en rechtszekerheid en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming moet worden geoordeeld dat de Commissie een besluit om een klacht betreffende beweerdelijk onrechtmatige staatssteun niet verder te behandelen, enkel kan intrekken om een aan dit besluit klevende onrechtmatigheid te verhelpen, en dat zij na een dergelijke intrekking de procedure niet weer kan voortzetten in het stadium dat juist voorafgaat aan het punt waarop de onrechtmatigheid is vastgesteld”.

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

II. Voorgeschiedenis van het geding

4. DEI is een Griekse vennootschap, met de Griekse Staat als meerderheidsaandeelhouder. Zij heeft als hoofdactiviteit het opwekken van elektriciteit. Een van haar klanten is Alouminion AE. Na een geschil tussen deze twee ondernemingen over het elektriciteitstarief, heeft de Griekse energieregulator (hierna: „RAE”) een voorlopig tarief vastgesteld. In een aan de Commissie gerichte klacht van 15 juni 2012 (hierna: „klacht van 2012”) stelde DEI dat zij met dit tarief aan Alouminion elektriciteit moest leveren onder de marktprijs en dat RAE aan laatstgenoemde vennootschap aldus onrechtmatige staatssteun had toegekend.

5. Op 31 oktober 2013 heeft een door DEI en Alouminion opgericht scheidsgerecht het tarief van de door DEI geleverde elektriciteit nog verder verlaagd ten opzichte van het door RAE voorlopig vastgestelde tarief en dit met terugwerkende kracht.

6. Op 23 december 2013 heeft DEI bij de Commissie een tweede klacht ingediend (hierna: „klacht van 2013”), waarin zij stelde dat de scheidsrechterlijke uitspraak staatssteun vormde.

7. Op 6 mei 2014 heeft de Commissie haar voorlopige beoordeling gegeven aan DEI, namelijk dat de klacht van 2013 niet verder hoefde te worden onderzocht, aangezien de scheidsrechterlijke uitspraak geen staatssteun vormde. Bij brief van 6 juni 2014 en als antwoord aan de Commissie, heeft DEI aan de Commissie bijkomende opmerkingen doen toekomen.

8. Met de litigieuze brief heeft de Commissie DEI ervan in kennis gesteld dat de inlichtingen van laatstgenoemde in haar brief van 6 juni 2014 niet afdeden aan de voorlopige beoordeling die de Commissie in haar brief van 6 mei 2014 had gegeven. Volgens de Commissie was de scheidsrechterlijke uitspraak geen aan de staat toerekenbare maatregel, aangezien de staat de beslissing van het scheidsgerecht niet kon voorschrijven², en kende deze uitspraak geen selectief voordeel toe aan Alouminion. Bijgevolg hebben „de diensten van het DG Concurrentie besloten dat [de inlichtingen in de brief van 6 juni 2014] ontoereikend [waren] om een nieuw onderzoek van [de] klacht te rechtvaardigen”.

III. Beroep tot nietigverklaring van de litigieuze brief bij het Gerecht en bestreden beschikking

9. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 22 augustus 2014, heeft DEI verzocht om nietigverklaring van het in de litigieuze brief besloten liggende besluit van de Commissie.

10. Bij brief van 7 oktober 2014, gericht aan de griffie van het Gerecht, hebben DEI en de Commissie, gezamenlijk, verzocht om de bij het Gerecht aanhangige procedure zes maanden te schorsen, tot en met 7 april 2015, om de Commissie in staat te stellen de in het verzoekschrift aan de orde gestelde punten opnieuw te onderzoeken. Bij beschikking van de president van de Vierde kamer van het Gerecht van 24 oktober 2014 is dit verzoek ingewilligd.

11. Op 25 maart 2015 heeft de Commissie beschikking C (2015) 1942 final met betrekking tot de vermeende staatssteun SA.38101 (2015/NN) (ex 2013/CP) aan Alouminion AE in de vorm van elektriciteitstarieven onder de kostprijs na een scheidsrechterlijke uitspraak (hierna: „formele beschikking”) vastgesteld. De Commissie heeft in punt 12 van haar beschikking gesteld dat „[DEI] in de klacht in deze zaak ook verwijst naar [de klacht van 2012]. In deze klacht heeft DEI aangevoerd door besluit nr. 346/2012 van [RAE] tot vaststelling van een voorlopig tarief voor de aan Alouminion geleverde elektriciteit dat geldt totdat het tariefgeschil tussen deze twee partijen is beslecht, te zijn

2 — „[T]he State does not seem to have had the possibility to dictate the decision of the arbitration tribunal”.

verplicht onder de marktprijs elektriciteit te leveren aan Alouminion en bijgevolg aan Alouminion staatssteun toe te kennen. Aangezien de scheidsrechterlijke uitspraak het door RAE vastgestelde voorlopige tarief volledig en met terugwerkende kracht heeft vervangen, oordeelt de Commissie dat de klacht [van 2012] zonder voorwerp is geraakt.”

12. Bij brieven van 27 april 2015 en 19 juni 2015, gericht aan de griffie van het Gerecht, heeft de Commissie het Gerecht verzocht vast te stellen dat het beroep tegen de litigieuze brief na de formele beschikking zonder voorwerp was geraakt en dat niet meer op het beroep hoefde te worden beslist. Bij brief van 3 juli 2015 heeft DEI haar opmerkingen op dat verzoek ingediend bij het Gerecht.

13. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 juni 2015, heeft DEI verzocht om nietigverklaring van de beschikking van 25 maart 2015 [zaak DEI/Commissie (T-352/15), aanhangig bij het Gerecht].

14. Bij de bestreden beschikking heeft het Gerecht vastgesteld dat niet meer hoefde te worden beslist op het beroep tot nietigverklaring van de litigieuze brief, aangezien de brief bij de formele beschikking was ingetrokken en formeel was vervangen, en derhalve niet meer tot de rechtsorde van de Unie behoorde.

15. Volgens het Gerecht konden de argumenten van DEI niet aan die conclusie afdoen.

16. In de eerste plaats heeft het Gerecht het geoordeeld dat het, in deze beschikking, niet aan hem stond zich uit te spreken over de rechtmatigheid van de formele beschikking, waaraan het vermoeden van rechtmatigheid van de handelingen van de instellingen kleefte zolang zij niet is ingetrokken, of nietig of ongeldig is verklaard. Aldus heeft het Gerecht het argument afgewezen dat deze beschikking onrechtmatig zou zijn, zodat het voorwerp van het beroep in de zaak T-639/14 blijft bestaan.

17. In de tweede plaats heeft het Gerecht de bewering van DEI van de hand gewezen dat zij een belang behield om in rechte op te komen tegen de litigieuze brief teneinde te verhinderen dat de gestelde onrechtmatigheid met betrekking tot de mogelijkheid om de scheidsrechterlijke uitspraak aan de Griekse Staat toe te rekenen, zich in de toekomst zou herhalen. Volgens het Gerecht is deze vermeende onrechtmatigheid niet aanwezig in de litigieuze brief en is het in ieder geval de vraag of DEI al dan niet heeft aangetoond dat sprake is van schending van de regels inzake staatssteun hetgeen het voorwerp van het beroep tegen de formele beschikking is.

18. Tot slot, in de derde plaats, heeft het Gerecht vastgesteld dat evenmin hoefde te worden beslist op het beroep wat de klacht van 2012 betreft, aangezien de Commissie deze klacht van 2012 met haar besluit van 25 maart 2015 impliciet heeft afgewezen.

IV. Procedure bij het Hof

19. Met haar hogere voorziening verzoekt DEI het Hof:

- de bestreden beschikking te vernietigen;
- de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor een uitspraak op haar vorderingen in het kader van de hogere voorziening tot nietigverklaring van de litigieuze brief, en
- de Commissie te verwijzen in alle kosten, zowel die van de eerste aanleg als die van de hogere voorziening.

20. De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en DEI te verwijzen in de kosten.

V. Tweede middel van de hogere voorziening: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en effectieve rechterlijke bescherming

A. Argumenten van partijen

21. DEI voert aan dat de Commissie de litigieuze brief met de vaststelling van de formele beschikking heeft ingetrokken zonder de uit het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), voortvloeiende vereisten na te leven. Uit de punten 70 en 71 van dat arrest blijkt dat de Commissie een handeling kan intrekken om een onrechtmatigheid te verhelpen op voorwaarde dat zij de aard van de aan de ingetrokken handeling klevende onrechtmatigheid in de handeling tot intrekking of vervanging vermeldt. Aangezien de Commissie deze aard niet in de formele beschikking heeft vermeld, heeft het Gerecht die voorwaarde in de punten 39 tot en met 41 van de bestreden beschikking ten onrechte niet in aanmerking genomen en daardoor de beginselen van behoorlijk bestuur, rechtszekerheid en effectieve rechterlijke bescherming geschonden.

22. De Commissie meent dat de punten 38 tot en met 51 van de bestreden beschikking slechts subsidiaire overwegingen bevatten. Bijgevolg is het tweede middel, dat gericht is tegen een van deze overwegingen, kennelijk niet ter zake dienend.

23. In ieder geval moeten deze argumenten ongegrond worden verklaard, aangezien de formele beschikking volledig voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783).

24. De Commissie had de litigieuze brief immers met terugwerkende kracht ingetrokken, aangezien hij door een vormgebrek was aangetast. Op het gebied van staatssteun moet zij op grond van artikel 4 van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (PB 1999, L 83, blz. 1)³, een formele beschikking vaststellen wanneer zij na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel geen staatssteun vormt.

25. Bovendien heeft de Commissie de procedure na intrekking van de litigieuze brief niet voortgezet in een stadium dat voorafgaat aan het punt waarop de onrechtmatigheid is vastgesteld. Aangezien deze brief als doel het afsluiten van de inleidende onderzoeksfase had, heeft de Commissie de formele beschikking terecht met ditzelfde doel vastgesteld op grond van artikel 4 van verordening nr. 659/1999. Anders zou het zijn wanneer de Commissie de litigieuze brief uitsluitend had ingetrokken zonder de inleidende onderzoeksfase af te sluiten.

26. Tot slot is het beginsel van de effectieve rechterlijke bescherming niet geschonden, aangezien DEI in het kader van de zaak T-352/15 de mogelijkheid heeft om de formele beschikking te betwisten en aan te voeren dat de Commissie een ander gevolg had moeten geven aan de klachten van 2012 en 2013.

3 — Sinds oktober 2015 is deze verordening vervangen door verordening (EU) 2015/1589 van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PB 2015, L 248, blz. 9). In deze conclusie verwijs ik naar de geconsolideerde versie van verordening nr. 659/1999, die van toepassing was op de datum van de litigieuze brief, namelijk 12 juni 2014.

B. Beoordeling

27. Volgens mij bevatten de punten 39 tot en met 41 van de bestreden beschikking die in de hogere voorziening van DEI aan de orde zijn, geen ten overvloede geformuleerde overwegingen, want indien DEI gelijk had met betrekking tot de uitlegging die moet worden gegeven aan punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), had het Gerecht niet kunnen oordelen dat niet op het beroep hoefde te worden beslist. In deze zin kan het tweede middel van DEI niet worden afgewezen als niet ter zake dienend.

28. Het middel is volgens mij echter ongegrond en moet om de volgende redenen worden afgewezen.

1. Voorafgaande opmerkingen

29. Het recht van de instellingen van de Europese Unie om hun handelingen in te trekken raakt ten eerste het legaliteitsbeginsel en het beginsel van gewettigd vertrouwen en ten tweede het al dan niet gunstige karakter van de handeling in kwestie voor diegene op wie zij betrekking heeft.⁴

30. Volgens vaste rechtspraak van het Hof⁵ mag een handeling van een instelling van de Unie waarbij subjectieve rechten worden verleend *in beginsel* niet worden ingetrokken, als het een rechtsgeldige handeling betreft, aangezien, gelet op het feit dat het subjectieve recht verkregen is, de noodzaak het vertrouwen in de duurzaamheid van de aldus geschapen toestand te beschermen zwaarder weegt dan het belang van de instelling die op haar beslissing zou willen terugkomen. Deze rechtspraak vermeldt niet onder welke uitzonderlijke voorwaarden een dergelijke rechtsgeldige handeling kan worden ingetrokken.

31. Daarentegen mag een instelling die vaststelt dat een van haar handelingen waarbij subjectieve rechten worden verleend onrechtmatig is, deze handeling binnen een redelijke termijn met terugwerkende kracht intrekken, maar met eerbiediging van de grenzen die worden gesteld door het beginsel van gewettigd vertrouwen van degenen die aan die handelingen rechten ontleen en op de rechtmatigheid ervan mochten vertrouwen.⁶

32. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, zijn deze beginselen echter niet van toepassing op bezwarende handelingen.⁷ De instellingen kunnen dergelijke handelingen inderdaad met terugwerkende kracht intrekken, los van de vraag of de handeling in kwestie rechtmatig of onrechtmatig is. Aangezien de intrekking van een bezwarende handeling gunstig is voor de betrokkene, kan deze intrekking immers niet in strijd zijn met het beginsel van gewettigd vertrouwen.⁸

33. Volgens mij geldt dit eveneens voor de gedeeltelijke intrekking van een bezwarende handeling. Want zelfs als een grief blijft bestaan, is de gedeeltelijke intrekking van de handeling gunstig voor de betrokkene, aangezien hierdoor de omvang van het geschil of van de grief of grieven wordt verminderd.

4 — Zie Craig, P., *EU Administrative Law*, 2e uitg., Oxford University Press, 2012, hoofdstuk 16.

5 — Zie arresten van 12 juli 1957, Algera e.a./Gemeenschappelijke Vergadering (7/56 en 3/57–7/57, EU:C:1957:7); 22 maart 1961, Snupat/Hoge Autoriteit (42/59 en 49/59, EU:C:1961:5); 13 juli 1965, Lemmerz-Werke/Hoge Autoriteit (111/63, EU:C:1965:76), en 22 september 1983, Verli-Wallace/Commissie (159/82, EU:C:1983:242, punt 8).

6 — Zie arresten van 9 maart 1978, Herpels/Commissie (54/77, EU:C:1978:45, punt 38); 3 maart 1982, Alpha Steel/Commissie (14/81, EU:C:1982:76, punt 10); 26 februari 1987, Consorzio Cooperative d'Abruzzo/Commissie (15/85, EU:C:1987:111, punt 12), en 17 april 1997, de Compte/Parlement (C-90/95 P, EU:C:1997:198, punt 35).

7 — Zie arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783, punt 60). Zie ook in deze zin punt 80 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:492).

8 — Zie Craig, P., op. cit., blz. 558.

2. Arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783)

34. De zaak die tot bovengenoemd arrest heeft geleid, had, zoals de onderhavige zaak, betrekking op staatssteun, namelijk een klacht van Athinaïki Techniki AE tegen de vermeende staatssteun van de Griekse Staat aan het consortium Hyatt Regency in het kader van de overheidsopdracht „Casino Mont Parnès”. In die zaak had de Commissie aanvankelijk besloten de klacht van Athinaïki Techniki niet verder te behandelen, maar na het arrest van 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie (C-521/06 P, EU:C:2008:422)⁹, haar besluit om de zaak niet verder te behandelen ingetrokken en het dossier heropend met het verzoek aan Athinaïki Techniki om haar opnieuw de gegevens over te leggen die de toekenning van onrechtmatige staatssteun konden aantonen.

35. Bijgevolg had zij de inleidende onderzoeksprocedure met betrekking tot de klacht van Athinaïki Techniki vanaf het begin ervan hernomen in de plaats van haar weer voort te zetten op het ogenblik waarop de door het arrest van 17 juli 2008, Athinaïki Techniki/Commissie (C-521/06 P, EU:C:2008:422), vastgestelde onrechtmatigheid had plaatsgevonden, namelijk op het ogenblik waarop de Commissie moest besluiten hetzij dat er geen sprake was van steun, hetzij geen bezwaar te maken, hetzij de formele onderzoeksprocedure in te leiden in overeenstemming met de bepalingen van artikel 4, leden 2 tot en met 4, en van artikel 20, lid 2, laatste alinea, van verordening nr. 659/1999.

36. Zoals advocaat-generaal Bot in punt 101 van zijn conclusie in de zaak Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:492) heeft opgemerkt, heeft de Commissie Athinaïki Techniki, door haar opnieuw te verzoeken de gegevens over te leggen die wezen op de toekenning van onrechtmatige staatssteun, verplicht „[...] in een cirkeltje [rond te draaien]”. Indien [...] wordt aanvaard dat deze intrekking rechtmatig is, dan kan dit tot gevolg hebben dat de Commissie wordt toegestaan om, in strijd met haar verplichtingen op het gebied van staatssteun, in een passieve houding te volharden, aangezien [...] die instelling ermee kan volstaan de door een belanghebbende ingediende klacht niet verder te behandelen, om vervolgens, nadat die belanghebbende beroep heeft ingesteld, de inleidende onderzoeksfase te heropenen, en dit net zo vaak te herhalen als nodig is om aan elke rechterlijke toetsing van haar handelen te ontsnappen”.

37. Het Hof heeft deze analyse van advocaat-generaal Bot uitdrukkelijk goedgekeurd door in punt 68 van zijn arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), te oordelen dat „[i]ndien de Commissie in omstandigheden als de onderhavige een handeling zoals de bestreden handeling kon intrekken, [...] zij in strijd met de krachtens de artikelen 13, lid 1, en 20, lid 2, van verordening nr. 659/1999 op haar rustende verplichtingen in een passieve houding [zou] kunnen volharden tijdens de inleidende fase van het onderzoek en aan elk rechterlijk toezicht [zou] kunnen ontsnappen. Zoals advocaat-generaal Bot in punt 101 van zijn conclusie heeft opgemerkt, zou die instelling ermee kunnen volstaan de door een belanghebbende ingediende klacht niet verder te behandelen, om vervolgens, nadat die belanghebbende beroep heeft ingesteld, de beslissing om de klacht niet verder te behandelen in te trekken, de inleidende onderzoeksfase te heropenen, en dit net zo vaak te herhalen als nodig is om aan elke rechterlijke toetsing van haar handelen te ontsnappen”.

38. Het Hof heeft dus ter vermijding van dit type situatie, dat men als proceduremisbruik door de Commissie kan beschouwen, in punt 70 van dat arrest geoordeeld dat „[g]elet op de vereisten van behoorlijk bestuur en rechtszekerheid en het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming moet worden geoordeeld dat de Commissie een besluit om een klacht betreffende beweerdelijk

9 — Met dit arrest heeft het Hof vastgesteld dat het Gerecht blijkt had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat Athinaïki Techniki een beroep tot nietigverklaring had ingesteld tegen een handeling die geen rechtsgevolg in het leven riep en derhalve niet vatbaar was voor beroep in de zin van artikel 263 VWEU. Bijgevolg heeft het Hof de beschikking van het Gerecht van 27 november 2009, Athinaïki Techniki/Commissie (T-94/05 RENV, niet gepubliceerd, EU:T:2009:471), vernietigd en de zaak naar het Gerecht terugverwezen voor een uitspraak over de argumenten van Athinaïki Techniki strekkende tot nietigverklaring van het eerste besluit van de Commissie waarmee laatstgenoemde had besloten de klacht van Athinaïki Techniki niet verder te behandelen.

onrechtmatige staatssteun niet verder te behandelen, enkel kan intrekken om een aan dit besluit klevende onrechtmatigheid te verhelpen, en dat zij na een dergelijke intrekking de procedure niet weer kan voortzetten in het stadium dat juist voorafgaat aan het punt waarop de onrechtmatigheid is vastgesteld”.

39. Op grond daarvan heeft het in punt 74 van dat arrest geoordeeld dat de Commissie de bestreden handeling niet mocht intrekken en dat het Gerecht niet kon oordelen dat het niet hoefde te beslissen op het beroep.

40. In punt 70 van dat arrest, dat centraal staat in de discussie in het tweede middel, heeft het Hof dus twee cumulatieve voorwaarden naast elkaar gesteld voor de rechtmatigheid van de intrekking van een besluit om een klacht niet verder te behandelen.

3. Toepassing op het onderhavige geval

a) *Primair*

41. Aanvaard moet worden dat de toepassing van de klassieke regel voor de intrekking van handelingen, volgens welke een bezwarende handeling gewoonweg kan worden ingetrokken, moet worden uitgesloten op het gebied van staatssteun wanneer het beschikkingen van de Commissie betreft waarin aan het einde van de inleidende onderzoeksprocedure met betrekking tot een klacht wordt vastgesteld dat de steun niet bestaat of geen bezwaar oplevert. Artikel 4 van verordening nr. 659/1999 verplicht de Commissie immers om aan het einde van die procedure een beschikking te geven.

42. Rekening houdend met het voorgaande, blijkt niet uit het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), dat het Hof alleen een nieuwe regel heeft willen opleggen voor besluiten tot niet verdere behandeling van klachten op het gebied van staatssteun. Een letterlijke lezing van punt 70 van dat arrest, die zou betekenen dat de eerste daarin gestelde voorwaarde, namelijk dat de intrekking van een besluit enkel mogelijk is „om een aan dit besluit klevende onrechtmatigheid te verhelpen”¹⁰, zou dan ook inhouden dat een intrekking om enige andere reden onmogelijk is.

43. Deze lezing, die elke intrekking van een bezwarende wettelijke handeling zou verhinderen, is volgens mij te rigide, gelet op de reden die het Hof ertoe heeft gebracht om de zaak die heeft geleid tot het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), te beslechten zoals het dat in punt 70 van dat arrest heeft gedaan.

44. Zoals ik heb uiteengezet in de punten 36 en 37 van deze conclusie, heeft de Commissie met de intrekking van haar besluit om de klacht van Athinaïki Techniki niet verder te behandelen en het verzoek aan laatstgenoemde om opnieuw opmerkingen over te leggen, immers enerzijds in een passieve houding volhard ten aanzien van haar uit artikel 4 van verordening nr. 659/1999 voortvloeiende verplichting om een beschikking te geven, dit wil zeggen om vast te stellen dat er geen sprake was van steun, geen bezwaar te maken, of de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Anderzijds verplichtte zij Athinaïki Techniki „in een cirkeltje rond te draaien”, aangezien de inleidende onderzoeksprocedure van voren af aan begon.

10 — Een getrouwe vertaling van de Griekse versie van dit arrest – aangezien het Grieks de procestaal is in deze zaak – die luidt dat de Commissie een dergelijk besluit „enkel om een aan dat besluit klevende onrechtmatigheid te verhelpen” („μόνο για να επανορθώσει έλλειψη νομιμότητας από την οποία πάσχει η εν λόγω απόφαση”) kan intrekken. Cursivering van mij.

45. Door in punt 70 van het genoemde arrest te oordelen dat „de Commissie een besluit om een klacht betreffende beweerdelijk onrechtmatige staatssteun niet verder te behandelen, enkel kan intrekken om een aan dit besluit klevende onrechtmatigheid te verhelpen”, richtte het Hof zich op deze passieve houding die de Commissie aannam, terwijl zij op grond van artikel 4 van verordening nr. 659/1999 een beschikking moest geven. Dat blijkt duidelijk uit de punten 64 en 68 van dat arrest, waarin het Hof uitdrukkelijk verwijst naar het risico „in haar passieve houding te volharden” en punt 101 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Athinaiki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:492).

46. Ik meen dat op basis van een teleologische en redelijke uitlegging van punt 70 van dit arrest en van de voorafgaande opmerkingen hierboven in de punten 29 tot en met 33 van deze conclusie, een rechtmatige beschikking om een klacht niet verder te behandelen, die is gegeven op basis van artikel 4 van verordening nr. 659/1999, kan worden ingetrokken voor zover deze intrekking niet leidt tot een passieve houding van de Commissie, wat niet het geval is wanneer die beschikking wordt vervangen door een andere beschikking om een klacht niet verder te behandelen, een beschikking om geen bezwaar te maken of een beschikking om de formele onderzoeksprocedure te openen.

47. Dat is niet het geval in de onderhavige zaak.

48. In de onderhavige zaak heeft de Commissie DEI bij haar litigieuze brief immers ingelicht dat zij had besloten het onderzoek van de klacht van 2013 niet voort te zetten, aangezien de scheidsrechterlijke uitspraak, waarmee het elektriciteitstarief dat het voorwerp was van de klacht van 2012 door een nieuw tarief was vervangen, geen maatregel was die aan de staat kon worden toegerekend, geen selectief voordeel toekende aan Alouminion en dus geen staatssteun vormde. Ze heeft geen dusdanige passieve houding aangenomen dat DEI verplicht zou zijn geweest „in een cirkeltje rond te draaien” en heeft evenmin de inleidende onderzoeksfase heropend.

49. Bijgevolg was de intrekking van de litigieuze brief rechtmatig en is de bestreden beschikking van het Gerecht dat niet meer hoefde te worden beslist op het beroep tot nietigverklaring volgens mij gerechtvaardigd.

b) *Subsidiair*

50. Als het Hof de teleologische uitlegging van punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaiki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), afwijst en een letterlijke uitlegging voorstaat, moet worden onderzocht of de Commissie in de onderhavige zaak de litigieuze brief heeft ingetrokken „om een aan [deze brief] klevende onrechtmatigheid te verhelpen, en [of] zij na een dergelijke intrekking de procedure niet weer [heeft voortgezet] in het stadium dat juist voorafgaat aan het punt waarop de onrechtmatigheid is vastgesteld”, wat een analyse van de formele beschikking impliceert.

51. Bij die formele beschikking heeft de Commissie de litigieuze brief in twee opzichten gewijzigd, zonder echter de strekking of het resultaat van haar niet-formele besluit te wijzigen.

52. In de eerste plaats heeft de formele beschikking de vorm van de litigieuze brief gewijzigd. Die brief, die het besluit bevatte dat de scheidsrechterlijke uitspraak geen staatssteun was, had de vorm van een door een ambtenaar van de Commissie ondertekende brief, terwijl de formele beschikking ondertekend was door het lid van de Commissie dat verantwoordelijk was op het gebied van staatssteun.

53. In de tweede plaats heeft de formele beschikking, zonder af te doen aan het resultaat van haar besluit dat de scheidsrechterlijke uitspraak geen staatssteun was, de motivering van de litigieuze brief gewijzigd, aangezien de Commissie hierin niet langer betoogde dat de scheidsrechterlijke uitspraak geen aan de staat toerekenbare maatregel was. In haar formele beschikking heeft de Commissie enkel aan de hand van het criterium van de particuliere investeerder onderzocht of de scheidsrechterlijke uitspraak een voordeel toekende aan Alouminion.

1) *Wijziging van de vorm van de beschikking*

54. Wat betreft de wijziging van de vorm van de beschikking van de Commissie volgens welke de scheidsrechterlijke uitspraak geen staatssteun vormt, bepaalt artikel 4, lid 2, van verordening nr. 659/1999 dat „[i]ndien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel geen steun vormt, [...] zij dat *bij beschikking* vast[stelt]”¹¹. Wat de rechten van de belanghebbenden zoals DEI betreft, bepaalt artikel 20, lid 2, derde alinea, van die verordening dat „[d]e Commissie [...] de klager een afschrift [stuurt] van het *besluit* over een geval dat betrekking heeft op het onderwerp van de klacht”¹².

55. In punt 31 van haar memorie van antwoord geeft de Commissie toe dat aan de litigieuze brief een onrechtmatigheid kleeft, aangezien hij niet de door verordening nr. 659/1999 vereiste vorm had en DEI zich bewust was van dit vormgebrek, aangezien zij dit voor het Gerecht als eerste middel tot nietigverklaring van de litigieuze brief had ingeroepen.

56. Los van de strikte en letterlijke of ruime en teleologische uitlegging van punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), is de intrekking van een onrechtmatige bezwarende handeling stellig mogelijk om deze onrechtmatigheid te verhelpen. De betrokkene kan geen enkel gewettigd vertrouwen hebben dat een onrechtmatige handeling wordt behouden, aangezien dat zou indruisen tegen het legaliteitsbeginsel dat de instellingen van de Unie moeten naleven.

57. Bovendien kan niet worden betwist dat de Commissie de procedure niet heeft voortgezet in een stadium dat voorafging aan het punt waarop het vormgebrek is vastgesteld. Zowel de litigieuze brief als de formele beschikking sluiten de inleidende onderzoeksfase af.

58. Uit het voorgaande vloeit voort dat wat de wijziging betreft van de vorm van haar besluit waarbij is vastgesteld dat de scheidsrechterlijke uitspraak geen staatssteun is, de formele beschikking van de Commissie de beginselen eerbiedigt waarnaar het Hof verwijst in punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783).

2) *Wijziging van de motivering van de beschikking*

59. Met betrekking tot de wijziging van de motivering van haar beschikking, geeft de Commissie niet toe dat aan de motivering van de litigieuze brief een onrechtmatigheid kleeft. Door het argument dat de scheidsrechterlijke uitspraak niet aan de staat kan worden toegerekend niet te herhalen, heeft de Commissie eenvoudigweg beslist dit argument niet langer te gebruiken.

60. Precies om dezelfde reden en op basis van punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaïki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783), voert DEI aan dat de intrekking van de litigieuze brief onrechtmatig is, aangezien deze intrekking alleen maar zou zijn toegestaan om een onrechtmatigheid te verhelpen en op voorwaarde dat in de intrekking- of vervangingshandeling de aard van de aan de ingetrokken handeling klevende onrechtmatigheid wordt vermeld.

11 — Cursivering van mij.

12 — Cursivering van mij.

61. Volgens mij verhinderden de in punt 70 van dit arrest vermelde beginselen om de redenen die ik in de punten 40 tot en met 46 van deze conclusie heb uiteengezet, de Commissie niet om de litigieuze brief in te trekken en de motivering van het niet verder behandelen van de klacht van DEI te wijzigen op de manier waarop zij dit heeft gedaan, aangezien deze intrekking er niet toe heeft geleid dat de Commissie in een passieve houding heeft volhard en dat DEI „in een cirkeltje moest ronddraaien”¹³.

62. De formele beschikking sluit niet enkel de inleidende onderzoeksprocedure af volgens de bepalingen van artikel 20, lid 2, derde alinea, van verordening nr. 659/1999, maar heeft ook dezelfde strekking als de litigieuze brief en biedt DEI een duidelijk gedetailleerdere en diepgaandere redenering dan die van de litigieuze brief wat het ontbreken van een voordeel betreft. De formele beschikking eerbiedigt aldus het beginsel van behoorlijk bestuur van artikel 41, lid 1 en lid 2, onder c), van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

63. Bovendien heeft DEI, zoals de Commissie opmerkt, een beroep ingesteld tegen de formele beschikking die het voorwerp is van de zaak DEI/Commissie (T-352/15), aanhangig bij het Gerecht. Tijdens die procedure heeft DEI de mogelijkheid om aan te voeren dat de Commissie een ander gevolg aan haar klachten had moeten geven. In die zin is er geen sprake van schending van het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming.

64. Aan deze beoordeling kan niet worden afgedaan door het argument van DEI dat de intrekking van de litigieuze brief tot gevolg heeft dat haar de mogelijkheid wordt ontnomen het argument te betwisten dat de scheidsrechterlijke uitspraak niet aan de staat kan worden toegerekend, zoals dat door de Commissie in die brief is ingeroepen.

65. Ik wijs er in dit verband op dat in werkelijkheid, aangezien de vier bestaansvoorwaarden voor staatssteun cumulatief zijn¹⁴, de wijziging van de motivering van het besluit van de Commissie om geen gevolg te geven aan de klachten van DEI, laatstgenoemde geen nadeel toebrengt aangezien de Commissie aldus de omvang van het debat gereduceerd heeft van twee criteria tot één enkel criterium, namelijk dat van het bestaan van een voordeel. In deze zin bevoordeelt de gedeeltelijke intrekking van de bezwarende handeling DEI en kan zij niet worden geacht het beginsel van gewettigd vertrouwen te schenden.

66. Het antwoord zou anders kunnen luiden als de Commissie na een eventuele nietigverklaring van de formele beschikking een nieuwe beschikking zou geven die overeenstemt met de formele beschikking en is gebaseerd op de niet-toerekenbaarheid van de scheidsrechterlijke uitspraak aan de staat. Dat is echter (nog) niet het geval in de onderhavige zaak en kan niet worden beoordeeld in het kader van deze hogere voorziening.

67. Ten overvloede voeg ik eraan toe dat de argumenten van DEI in geen geval kunnen slagen, zelfs niet op basis van een zeer strikte en letterlijke lezing van punt 70 van het arrest van 16 december 2010, Athinaiki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:783). In de eerste plaats is de litigieuze brief ingetrokken om een onrechtmatigheid, namelijk een vormgebrek, te verhelpen. In de tweede plaats had de Commissie met de vaststelling van de formele beschikking na de intrekking van de litigieuze brief, de procedure niet voortgezet in een stadium dat voorafging aan het precieze punt waarop het vormgebrek was vastgesteld.

13 — Zie de beeldende uitdrukking van advocaat-generaal Bot in punt 101 van zijn conclusie in de zaak Athinaiki Techniki/Commissie (C-362/09 P, EU:C:2010:492). Zie ook de punten 36 en 37 van deze conclusie.

14 — Volgens vaste rechtspraak moet een maatregel om als staatssteun onder artikel 107, lid 1, VWEU te vallen in de eerste plaats bestaan in een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd (de voorwaarde die hier aan de orde is), in de tweede plaats het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden, in de derde plaats de begunstigde een voordeel verschaffen (een voorwaarde die blijft bestaan in de motivering in de formele beschikking) en in de vierde plaats de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen. Deze voorwaarden gelden cumulatief. Zie in deze zin de arresten van 1 juli 2008, Chronopost en La Poste/UFEX e.a. (C-341/06 P en C-342/06 P, EU:C:2008:375, punt 121 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 16 april 2015, Trapeza Eurobank Ergasias (C-690/13, EU:C:2015:235, punt 17 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68. Uit het voorgaande volgt dat de intrekking van een besluit om een klacht niet verder te vervolgen, welke intrekking tot doel heeft een onrechtmatigheid te verhelpen, zonder dat de procedure wordt voortgezet in een stadium dat voorafgaat aan het precieze punt waarop het vormgebrek is vastgesteld, niet onrechtmatig wordt wanneer diegene die de nieuwe handeling vaststelt, de motivering van die handeling in een voor de betrokkene gunstige zin heeft gewijzigd.

VI. Conclusie

69. Om deze redenen en onverminderd het onderzoek van de andere middelen van de hogere voorziening, geef ik het Hof in overweging het tweede middel van de hogere voorziening af te wijzen.