



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 7 september 2023¹

Gevoegde zaken C-701/21 P en C-739/21 P

**Mytilinaios AE – Omilos Epicheiriseon
tegen**

**Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI),
Europese Commissie (C-701/21 P)**

en

**Europese Commissie
tegen**

Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) (C-739/21 P)

„Hogere voorziening – Staatssteun – Begrip ‚steun’ – Toerekenbaarheid van een maatregel aan de staat – Voordeel – Criterium van de particuliere marktdeelnemer –
Scheidsrechterlijke uitspraak waarbij verlaagde elektriciteitsstarieven worden vastgesteld –
Toerekenbaarheid van de scheidsrechterlijke uitspraak aan de staat – Verordening (EU) 2015/1589 – Artikel 4, lid 2 – Besluit waarbij wordt verklaard dat de maatregel geen steun is – Ernstige twijfels of moeilijkheden”

I. Inleiding

1. Met hun hogere voorzieningen verzoeken Mytilinaios AE – Omilos Epicheiriseon (voorheen Alouminion tis Ellados VEAΕ; hierna: „Mytilinaios”) (zaak C-701/21 P) en de Europese Commissie (zaak C-739/21 P) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 22 september 2021, DEI/Commissie² (hierna: „bestreden arrest”).

2. De onderhavige hogere voorzieningen bieden het Hof de gelegenheid de omvang te verduidelijken van de controle die de Commissie volgens artikel 108, lid 3, VWEU en artikel 24, lid 2, van verordening (EU) 2015/1589³ dient te verrichten wanneer een onder zeggenschap van een lidstaat staande onderneming een geschil onderwerpt aan een handelsarbitrageprocedure.

¹ Oorspronkelijke taal: Frans.

² T-639/14 RENV, T-352/15 en T-740/17, EU:T:2021:604.

³ Verordening van de Raad van 13 juli 2015 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 108 [VWEU] (PB 2015, L 248, blz. 9).

3. In casu bestaat het belangrijkste probleem erin te bepalen of de Commissie, om in de fase van het vooronderzoek van een bij haar ingediende klacht uit te sluiten dat er sprake is van staatssteun, zich kan beperken tot het onderzoeken van de voorwaarden van een door een openbaar bedrijf⁴ ondertekende arbitrageovereenkomst om vast te stellen dat daarbij geen voordeel is toegekend dat met staatsmiddelen is bekostigd, dan wel of zij ook de inhoud van de arbitrale uitspraak moet controleren om zich ervan te vergewissen dat deze uitspraak de andere partij geen voordeel verschaft dat afwijkt van de normale marktvoorwaarden.

4. In casu heeft het Gerecht zich uitgesproken voor een uitgebreide controle, door te oordelen dat de Commissie het arbitrale vonnis had moeten onderzoeken dat is gewezen in het kader van een geschil tussen de grootste leverancier van elektriciteit in Griekenland, de vennootschap Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (hierna: „DEI”), en haar grootste afnemer, Mytilinaios, over de tarieven die voor Mytilinaios moesten gelden.

5. Door het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde scheidsgerecht⁵, dat is toegevoegd aan de nationale toezichthoudende instantie voor de energiemarkt, gelijk te stellen met een Griekse gewone rechterlijke instantie, heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie het recht onjuist had toegepast door te weigeren de arbitrale uitspraak toe te rekenen aan de Griekse Staat⁶, zodat zij de inhoud ervan had moeten controleren vanuit het oogpunt van de toekenning van eventuele staatssteun.

6. Volgens mij berust deze slotsom op een onjuiste premisse. Net als rekwirantes ben ik namelijk van mening dat de gelijkstelling van het betrokken scheidsgerecht met een overheidsinstantie blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

7. Ernstige argumenten pleiten er echter voor om de door het Gerecht gekozen oplossing te behouden, die de enige geschikte oplossing lijkt om te waarborgen dat de artikelen 107 en 108 VWEU volledig worden nageleefd in het kader van arbitrageprocedures waarbij overheidsinstanties betrokken zijn. Derhalve geef ik het Hof in overweging om een alternatieve motivering te formuleren, die in de plaats zou kunnen komen van de in het bestreden arrest in aanmerking genomen onjuiste gronden.

II. Toepasselijke bepalingen

8. In artikel 1, onder h), van verordening 2015/1589 wordt een „belanghebbende” gedefinieerd als een lidstaat en een persoon, onderneming of ondernemersvereniging waarvan de belangen door de toekenning van steun kunnen worden geraakt, in het bijzonder de begunstigde van de steun, concurrerende ondernemingen en beroepsverenigingen.

⁴ Met „openbaar bedrijf” bedoel ik een bedrijf waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen in de zin van artikel 2, onder b), van richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (PB 2006, L 318, blz. 17).

⁵ Dit is het permanente scheidsgerecht van de Rythmistiki Archi Energeias (hierna: „RAE”).

⁶ De desbetreffende motivering in de punten 150-159 van het bestreden arrest is door het Gerecht ten onrechte aangevoerd in het kader van de analyse van „het bestaan van een economisch voordeel”. De kwestie die wordt behandeld, is die van de toerekenbaarheid van het arbitrale vonnis aan de Griekse Staat.

9. Artikel 4 van deze verordening, met het opschrift „Eerste onderzoek van de aanmelding en besluiten van de Commissie”, bepaalt:

„1. De Commissie onderzoekt de aanmelding onverwijld na ontvangst. Onverminderd artikel 10 neemt de Commissie een besluit overeenkomstig de leden 2, 3 of 4 van dit artikel.

2. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel geen steun vormt, stelt zij dat bij besluit vast.

3. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel, in zoverre deze binnen het toepassingsgebied van artikel 107, lid 1, VWEU valt, geen twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt, neemt zij een besluit houdende dat de maatregel verenigbaar is met de interne markt [...]. In het besluit wordt nader aangegeven welke uitzondering uit hoofde van het VWEU is toegepast.

4. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de interne markt, neemt zij een besluit dat ertoe strekt de procedure overeenkomstig artikel 108, lid 2, VWEU in te leiden [...].

[...]”

10. Artikel 16 van die verordening heeft als opschrift „Terugvordering van steun” en bepaalt in de leden 1 en 3:

„1. Indien negatieve besluiten worden genomen in gevallen van onrechtmatige steun besluit de Commissie dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen dient te nemen om de steun van de begunstigde terug te vorderen [...]. De Commissie verlangt geen terugvordering van de steun indien zulks in strijd is met een algemeen beginsel van het Unierecht.

[...]

3. Onverminderd een beschikking van het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 278 VWEU, dient terugvordering onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures van de betrokken lidstaat te geschieden, voor zover die procedures een onverwijld en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van het besluit van de Commissie toelaten. Daartoe nemen de betrokken lidstaten in geval van een procedure voor een nationale rechterlijke instantie alle nodige maatregelen, met inbegrip van voorlopige maatregelen, waarover zij binnen hun nationale rechtsstelsel beschikken om dit doel te bereiken, onverminderd het Unierecht.”

11. Artikel 24 van verordening 2015/1589, met het opschrift „Rechten van de belanghebbenden”, bepaalt in lid 2:

„Elke belanghebbende kan een klacht indienen om de Commissie in kennis te stellen van mogelijk onrechtmatige steun of van mogelijk misbruik van steun. [...]

[...]”

III. Voorgeschiedenis van het geding, bestreden besluiten en procedure bij het Gerecht

12. De voorgeschiedenis van het geding en de procedure bij het Gerecht worden weergegeven in de punten 1 tot en met 53 van het bestreden arrest en kunnen als volgt worden samengevat.

13. Mytilinaios, een metaalproductiebedrijf, is de grootste verbruiker van elektriciteit in Griekenland.

14. DEI, een onderneming die werd opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap, is de grootste elektriciteitsleverancier van het land. Ten tijde van de voor de onderhavige procedures relevante feiten werd DEI grotendeels gecontroleerd door de Griekse Staat en stond zij onder toezicht van het ministerie van Milieu, Energie en Klimaatverandering. De institutionele banden tussen DEI en de Griekse autoriteiten kwamen met name tot uiting in de benoeming door de staat van de meerderheid van de leden van de raad van bestuur van de onderneming.

15. Op 4 augustus 2010 hebben Mytilinaios en DEI een raamovereenkomst ondertekend over het tarief voor de levering van elektriciteit dat gedurende de periode van 1 juli 2010 tot en met 31 december 2013 moest worden toegepast en over de modaliteiten van de schikking van een geschil over de schuld die Mytilinaios in de periode van 1 juli 2008 tot en met 30 juni 2010 had opgebouwd.

16. Aangezien Mytilinaios en DEI geen overeenstemming konden bereiken over de ontwerpovereenkomst waarover zij in het kader van de raamovereenkomst hadden onderhandeld, hebben zij op 16 november 2011 een arbitrageovereenkomst gesloten waarbij hun geschil krachtens artikel 37 van de nomos 4001/2011, gia ti leitourgia Energeiakon Agoron Ilektrismou kai fysikou Aeriou, gia Erevna, Paragogi kai diktya metaforas Ydrogonanthrakon kai alles ritmiseis (wet nr. 4001/2011 betreffende de werking van de elektriciteits- en gasmarkt, betreffende het onderzoek naar, de productie van en de netwerken voor het vervoer van koolwaterstoffen en betreffende andere regelingen)⁷ aan het scheidsgerecht van de RAE hebben voorgelegd.

17. Dat scheidsgerecht heeft het geschil beslecht bij beslissing van 31 oktober 2013 (hierna: „arbitrale uitspraak”). Het beroep van DEI tegen de arbitrale uitspraak werd verworpen bij uitspraak van de Efeteio Athinon (rechter in tweede aanleg Athene, Griekenland) van 18 februari 2016.

18. Op 23 december 2013 heeft DEI bij de Commissie een klacht ingediend en daarbij aangevoerd dat het in de arbitrale uitspraak vastgestelde tarief voor de levering van elektriciteit lager was dan haar werkelijke kosten en dat die uitspraak daarom vermeende onrechtmatige staatssteun vormde.

19. Bij brief van 12 juni 2014 (hierna: „betwiste brief”) heeft de Commissie DEI ervan op de hoogte gesteld dat haar klacht niet in behandeling werd genomen op grond dat, ten eerste, de Griekse Staat geen beslissende invloed kon uitoefenen op de inhoud van de arbitrale uitspraak, die hem niet kon worden toegerekend, en, ten tweede, de door DEI gebruikte methode voor de berekening van de werkelijke kosten afweek van de methode waarvoor het scheidsgerecht had gekozen in het kader van in de arbitrageovereenkomst vastgestelde parameters.

⁷ FEK A' 179/22.8.2011.

20. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 22 augustus 2014, heeft DEI beroep ingesteld tot nietigverklaring van de betwiste brief. Dat beroep is ingeschreven onder nummer T-639/14. Bij beschikking van 24 oktober 2014 heeft het Gerecht een verzoek tot schorsing van de procedure ingewilligd, teneinde de Commissie in staat te stellen de in het verzoekschrift aan de orde gestelde punten opnieuw te onderzoeken.

21. Bij besluit van 25 maart 2015 (hierna: „eerste bestreden besluit”), ter „vervanging” van de betwiste brief, heeft de Commissie haar beoordeling bevestigd dat er in casu geen sprake was van staatssteun, op grond dat de beslissing om het geschil ter arbitrage voor te leggen en de voorwaarden van de overeenkomst tussen DEI en Mytilinaios niet afweken van de praktijken van een voorzichtige investeerder in een markteconomie.

22. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 29 juni 2015, heeft DEI beroep ingesteld tot nietigverklaring van het eerste bestreden besluit. Dat beroep is ingeschreven onder nummer T-352/15.

23. Bij beschikking van 9 februari 2016⁸ heeft het Gerecht beslist dat er geen uitspraak meer hoefde te worden gedaan op het beroep in zaak T-639/14, met name omdat het eerste bestreden besluit formeel in de plaats was gekomen van de betwiste brief.

24. Bij arrest van 31 mei 2017⁹ heeft het Hof de beschikking van het Gerecht van 9 februari 2016 vernietigd en de zaak terugverwezen naar het Gerecht. Het Hof heeft geoordeeld dat de Commissie met de vaststelling van het eerste bestreden besluit de betwiste brief niet had ingetrokken maar deze enkel had bevestigd, zodat het beroep in zaak T-639/14 niet zonder voorwerp was geraakt.

25. Bij besluit van 14 augustus 2017 (hierna: „tweede bestreden besluit”) heeft de Commissie de betwiste brief en het eerste bestreden besluit ingetrokken en vervangen, waarbij zij haar conclusie heeft herhaald dat er in casu geen sprake was van staatssteun. De in het tweede bestreden besluit in aanmerking genomen gronden waren identiek aan die welke in het eerste bestreden besluit waren aangevoerd.¹⁰

26. Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 3 november 2017, heeft DEI beroep ingesteld tot nietigverklaring van het tweede bestreden besluit. Dat beroep is ingeschreven onder nummer T-740/17.

27. Bij beslissing van de president van de Derde kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 26 februari 2020 zijn de zaken T-639/14 RENV, T-352/15 en T-740/17 overeenkomstig artikel 68 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gevoegd voor de mondelinge behandeling en het eindarrest.

IV. Bestreden arrest

28. Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht de betwiste brief en beide bestreden besluiten nietig verklaard.

⁸ Beschikking DEI/Commissie (T-639/14, niet-gepubliceerd, EU:T:2016:77).

⁹ Arrest DEI/Commissie (C-228/16 P, EU:C:2017:409).

¹⁰ Punten 37-48 van het tweede bestreden besluit.

29. In de eerste plaats heeft het Gerecht zich uitgesproken over het beroep tegen het tweede bestreden besluit, gelet op de mogelijke gevolgen daarvan voor het voortbestaan van het voorwerp van het geding en het procesbelang van DEI in de zaken T-639/14 RENV en T-352/15.

30. Wat de ontvankelijkheid van het beroep in zaak T-740/17 betreft, heeft het Gerecht ten eerste geoordeeld dat het tweede bestreden besluit een voor beroep vatbare handeling met bindende rechtsgevolgen voor DEI was, met name omdat DEI door de beëindiging van de procedure in de fase van het vooronderzoek haar argumenten niet had kunnen aanvoeren in het kader van de formele onderzoeksprocedure, en ten tweede dat DEI de hoedanigheid van „belanghebbende” in de zin van artikel 1, onder h), van verordening 2015/1589 had, gelet op de ruime bewoordingen van deze bepaling.

31. Door de afwijzing van de aan het beginsel *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* potest ontleende exceptie van niet-ontvankelijkheid, die door de Commissie was opgeworpen vanwege het feit dat DEI de uitkomst betwistte van de arbitrageprocedure waarmee zij vrijwillig had ingestemd, heeft het Gerecht geoordeeld dat een dergelijke exceptie berustte op een onterechte gelijkschakeling tussen de Griekse Staat en DEI, waardoor de vermeende tevredenheid van de Griekse autoriteiten over het resultaat van de arbitrage was toegerekend aan DEI.¹¹

32. In zijn uitspraak ten gronde in zaak T-740/17 heeft het Gerecht de gegrondheid bevestigd van de middelen volgens welke de Commissie de inhoud van de arbitrale uitspraak niet had onderzocht vanuit het oogpunt van de mogelijke toekenning van staatssteun. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof¹² dat een door een nationale rechter aan een partij bij een geding toegekend voordeel kan worden aangemerkt als toekenning van staatssteun, heeft het Gerecht een parallel getrokken tussen de activiteit van het permanente scheidsgerecht van de RAE en die van de Griekse gewone rechterlijke instanties¹³ en daaruit afgeleid dat de Commissie de inhoud van de arbitrale uitspraak had moeten verifiëren.

33. Met betrekking tot het argument over het bestaan van een mogelijk voordeel en de omvang van de controle die de Commissie uit hoofde daarvan moet uitvoeren, heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie in de omstandigheden van het onderhavige geval ingewikkelde economische en technische beoordelingen had moeten verrichten alvorens in de fase van het vooronderzoek elke ernstige twijfel over het ontbreken van staatssteun weg te nemen.

34. Volgens het Gerecht had de Commissie twijfels moeten koesteren over met name de volgende aspecten¹⁴:

- de karakterisering van de kosten van DEI op grond van haar hoedanigheid van verticaal geïntegreerde onderneming, waarvan de geconsolideerde balans berust op een interne boekhoudkundige overdracht van financiële stromen tussen haar toeleverings- en productie-eenheden;
- de gestelde noodzaak om de werkelijke kosten van DEI niet op uurbasis, maar op jaarbasis vast te stellen, waarbij onder meer rekening moet worden gehouden met de totale variabele en vaste kosten van alle energiecentrales waarover zij beschikt;

¹¹ Punten 89 en 91 van het bestreden arrest.

¹² Punt 147 van het bestreden arrest.

¹³ Punten 150-159 van het bestreden arrest.

¹⁴ Punt 188 van het bestreden arrest.

- de geschiktheid van de keuze tussen enerzijds het tarief op basis van de marginale prijs van het systeem en het tijdgewogen gemiddelde, wat een „horizontaal distributietarief” oplevert, en anderzijds het tarief op basis van de vaste en variabele kosten van de bruinkoolcentrales van DEI, dat wil zeggen op basis van de minimumkost op lange termijn voor elke gebruiker;
- het verband tussen deze voorgestelde tarieven en de noodzaak om de werkelijke (variabele en vaste) kosten van DEI te dekken, en de gevolgen daarvan voor de tarieven die aan de verschillende verbruiksprofielen in rekening moeten worden gebracht, hetzij tegen basislast, zoals dat van Mytilinaios, hetzij tegen pieklast of hoge last;
- de mogelijke gevolgen van de keuze van de prijsstellingsmethode voor de mededinging op de Griekse energiemarkt, en
- de vermeende ontoereikendheid van de door DEI verstrekte informatie om haar werkelijke kosten aan te tonen, in het bijzonder de informatie over de activiteit van haar bruinkoolcentrales.

35. Bijgevolg heeft het Gerecht het beroep in zaak T-740/17 toegewezen en het tweede bestreden besluit nietig verklaard.

36. In de tweede plaats heeft het Gerecht het beroep tegen het eerste bestreden besluit in zaak T-352/15 toegewezen, aangezien de gronden die ten grondslag lagen aan beide bestreden besluiten hetzelfde waren.

37. In de derde plaats heeft het Gerecht, door het beroep in zaak T-639/14 RENV toe te wijzen, de betwiste brief nietig verklaard, met name op grond dat de arbitrale uitspraak, waarvan de rechtsgevolgen vergelijkbaar zijn met die van uitspraken van een Griekse gewone rechterlijke instantie, een aan de Griekse Staat toerekenbare overheidshandeling vormde.¹⁵

V. Procedure bij het Hof en conclusies van partijen

38. Met haar hogere voorziening in zaak C-701/21 P verzoekt Mytilinaios het Hof het bestreden arrest te vernietigen, indien nodig de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht en DEI in de kosten te verwijzen.

39. De Commissie sluit zich aan bij de verzoeken van Mytilinaios.

40. DEI verzoekt het Hof de hogere voorziening in haar geheel af te wijzen, definitief uitspraak te doen in het onderhavige geding en Mytilinaios te verwijzen in alle kosten van DEI in de onderhavige procedure en in de procedures in de gevoegde zaken T-639/14 RENV, T-352/15 en T-740/17.

41. Met haar hogere voorziening in zaak C-739/21 P verzoekt de Commissie het Hof, primair, het bestreden arrest te vernietigen, het beroep in zaak T-740/17 definitief af te doen en het te verwerpen, te verklaren dat de beroepen in de zaken T-639/14 RENV en T-352/15 zonder voorwerp zijn geraakt en dat er niet meer op hoeft te worden beslist, en DEI in de kosten te verwijzen.

¹⁵ Punten 230-233 van het bestreden arrest.

42. Subsidiair verzoekt de Commissie het Hof het bestreden arrest te vernietigen, definitief uitspraak te doen over bepaalde middelen van het beroep in zaak T-740/17 en deze zaak terug te verwijzen naar het Gerecht voor een uitspraak over de overige middelen, te verklaren dat de beroepen in de zaken T-639/14 RENV en T-352/15 zonder voorwerp zijn geraakt en dat er niet meer op hoeft te worden beslist, en DEI in de kosten te verwijzen.

43. Mytilinaios verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen, het beroep in zaak T-740/17 definitief af te doen en het te verwerpen, te verklaren dat de beroepen in de zaken T-639/14 RENV en T-352/15 zonder voorwerp zijn geraakt en dat er niet meer op hoeft te worden beslist, en DEI in de kosten te verwijzen.

44. DEI verzoekt het Hof de hogere voorziening in haar geheel niet-ontvankelijk en, subsidiair, ongegrond te verklaren, en de Commissie te verwijzen in alle kosten van DEI in de onderhavige procedure en in de procedures in de gevoegde zaken T-639/14 RENV, T-352/15 en T-740/17.

45. Subsidiair verzoekt DEI het Hof het beroep in de zaken T-639/14 RENV, T-352/15 en T-740/17 definitief af te doen en het verzoek van de Commissie om de zaken T-639/14 RENV en T-352/15 zonder beslissing af te doen, af te wijzen.

46. Bij beslissing van de algemene vergadering van 28 februari 2023 zijn de zaken C-701/21 P en C-739/21 P gevoegd voor de mondelinge behandeling en het eindarrest.

47. Bij beslissing van 7 april 2023 heeft de president van het Hof de Bondsrepubliek Duitsland toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie.

48. Tijdens de terechtzitting van 27 april 2023 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door Mytilinaios, DEI, de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland.

VI. Beoordeling

49. Met uitzondering van een deel van het eerste onderdeel van het derde middel in zaak C-701/21 P¹⁶ lijkt de ontvankelijkheid van de onderhavige hogere voorzieningen mij niet voor betwisting vatbaar. Ik stel derhalve voor achtereenvolgens te onderzoeken of de drie door Mytilinaios in deze zaak aangevoerde middelen gegrond zijn.

50. Aangezien het tweede onderdeel van het tweede middel van Mytilinaios in zaak C-701/21 P in wezen overeenkomt met de enige grief van de Commissie in zaak C-739/21 P, zal ik deze samen behandelen.

A. Eerste middel in zaak C-701/21 P

51. Het eerste middel bestaat uit twee onderdelen.

52. Met het eerste onderdeel van haar eerste middel betoogt Mytilinaios dat het Gerecht niet heeft geantwoord op de excepties van niet-ontvankelijkheid op grond van de beginselen *nemo auditur propriam turpitudinem allegans potest* en *nemo potest venire contra factum proprium*,

¹⁶ Zie punten 114 en 115 van deze conclusie.

die zijn opgeworpen vanwege het feit dat DEI met haar beroep de uitkomst betwistte van de arbitrageprocedure waarmee zij vrijwillig had ingestemd en waarvan de parameters door de partijen bij het geding in onderling overleg waren vastgesteld.

53. Met het tweede onderdeel van haar eerste middel verwijt Mytilinaios het Gerecht dat het haar bezwaren met betrekking tot het beginsel *nemo potest venire contra factum proprium* heeft afgewezen op basis van een onjuiste motivering in punt 91 van het bestreden arrest.

54. Afgezien van het feit dat de grief inzake ontoereikende motivering in tegenspraak is met het tweede onderdeel van het eerste middel, moet worden vastgesteld dat het Gerecht in punt 91 van het bestreden arrest, door te verwijzen naar het procesbelang van DEI¹⁷, heeft geoordeeld dat het aan het beginsel *nemo propriam turpitudinem* ontleende argument „niet meer is dan een andere variant van het argument waarmee verzoeksters situatie op één lijn wordt gesteld met die van de Griekse Staat en de mogelijke tevredenheid van de Griekse autoriteiten over de uitkomst van de arbitrageprocedure wordt toegerekend aan verzoekster, zodat dit argument evenmin kan slagen”. Het Gerecht heeft zijn oordeel dus gemotiveerd, zij het beknopt.

55. Ik vraag mij echter af of deze motivering toereikend is en of zij gegrond kan worden geacht in het licht van de omstandigheden van de zaak. Deze vragen maken deel uit van het tweede onderdeel van het eerste middel.

56. Volgens mij berust de grond in punt 91 van het bestreden arrest op een onduidelijk geformuleerde premisse volgens welke de beslissing om een beroep te doen op arbitrage moest worden toegerekend aan de Griekse Staat, terwijl de klacht bij de Commissie uitsluitend op initiatief van DEI is ingediend, dat zich voor het Gerecht kon beroepen op een eigen procesbelang, dat verschilt van het belang van deze lidstaat. Alleen een dergelijke lezing van de bestreden motivering kan immers een antwoord geven op de grief van Mytilinaios dat de handelingen van een en dezelfde partij – namelijk DEI –, die erin bestaan dat DEI de arbitrageprocedure heeft ingeleid en vervolgens de uitkomst ervan bij de Commissie heeft betwist, tegenstrijdig en oneerlijk waren.

57. Ook al had de beslissing om gebruik te maken van arbitrage daadwerkelijk kunnen worden toegerekend aan de Griekse autoriteiten – hetgeen had moeten worden vastgesteld in het licht van alle omstandigheden van de onderhavige zaak¹⁸, met name gelet op de meerderheidsparticipatie van de staat in het maatschappelijk kapitaal van DEI en de nauwe institutionele banden tussen de Griekse regering en de leiding van de onderneming –, het Gerecht heeft niet toegelicht waarom dit anders zou zijn voor het besluit om de arbitrale uitspraak aan te vechten door een klacht bij de Commissie in te dienen, die het Gerecht uitsluitend heeft toegerekend aan DEI in haar hoedanigheid van andere belanghebbende dan de staat.

¹⁷ Punten 86-89 van het bestreden arrest.

¹⁸ Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof op het gebied van staatssteun „[volstaat het feit] dat een openbaar bedrijf onder staatscontrole staat, [...] op zich [...] niet om door dit bedrijf genomen maatregelen [...] aan de staat toe te rekenen. Daarnaast dient te worden nagegaan of de overheid op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregelen was betrokken. Dienaangaande kan niet worden geëist dat op basis van een gedetailleerd onderzoek wordt aangetoond dat de overheid het openbare bedrijf er concreet toe heeft aangezet de betrokken steunmaatregelen te nemen. Gelet op de nauwe relatie tussen de staat en de openbare bedrijven is het risico immers reëel dat de via deze bedrijven toegekende staatssteun op weinig transparante wijze en in strijd met de in het Verdrag vastgelegde regeling inzake staatssteun wordt verleend. [...] Op deze gronden dient te worden aangenomen dat de toerekenbaarheid aan de staat van een door een openbaar bedrijf genomen steunmaatregel kan worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen.” Zie arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie (C-482/99, EU:C:2002:294, punten 52-55).

58. Derhalve ben ik van mening dat het Gerecht niet rechtens genoegzaam heeft geantwoord op de door Mytilinaios aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid.

59. Ik vraag mij echter af of deze exceptie wel doeltreffend is in het licht van de logica die ten grondslag ligt aan het Unierecht inzake staatssteun, met name in de context van de verplichtingen die op de lidstaten rusten krachtens de toepasselijke regels voor de terugvordering van onrechtmatige steun.

60. De logica achter de controle door de Commissie op dat gebied bestaat er namelijk in de volle werking van de bepalingen van de artikelen 107 en 108 VWEU te verzekeren, ongeacht of er sprake is van tegenstrijdige gedragingen van de lidstaat die aan de oorsprong van de steunmaatregel liggen. De doeltreffendheid van die controle zou worden ondergraven indien de overheidsinstanties niet de mogelijkheid zouden hebben om de Commissie en, in voorkomend geval, het Gerecht op de hoogte te stellen van de potentieel mededingingsbeperkende gevolgen van hun eerdere besluiten.

61. In dit verband wil ik eraan herinneren dat de betrokken lidstaat de illegale steun onverwijld en in overeenstemming met zijn nationaalrechtelijke procedures dient terug te vorderen, en met name door zich daartoe tot de nationale rechterlijke instanties te wenden, onverminderd een beschikking van het Hof overeenkomstig artikel 278 VWEU.¹⁹ In die omstandigheden valt moeilijk aan te nemen dat een exceptie van niet-ontvankelijkheid als die welke in casu voor het Gerecht is opgeworpen, kan verhinderen dat de Unierechter wordt aangezocht om het bestaan van onrechtmatige staatssteun te doen vaststellen.

62. In geval van schending van de in artikel 108, lid 3, VWEU opgenomen verplichting tot schorsing, kan een lidstaat waarvan de instanties in strijd met de procedureregels van het VWEU steun hebben toegekend, zich bovendien niet beroepen op het gewettigde vertrouwen van de ontvangers van de steun om zich te onttrekken aan zijn verplichting om de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een besluit waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen.²⁰ Zou dit worden toegelaten, dan zouden de artikelen 107 en 108 VWEU elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag zouden kunnen beroepen om door de Commissie op grond van deze bepalingen van het VWEU gegeven besluiten elke werking te ontnemen.²¹

63. Ik ben van mening dat de in de voorgaande punten genoemde regels relevant zijn voor de beoordeling of de in casu voor het Gerecht aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid doeltreffend is, met name omdat de grieven op grond van de beginselen *nemo propriam turpitudinem* en *venire contra factum proprium* een variant vormen van het argument dat op het vertrouwensbeginsel berust.

¹⁹ Artikel 16, lid 3, van verordening 2015/1589.

²⁰ Volgens vaste rechtspraak kunnen alleen ondernemingen die de steun hebben ontvangen zich uitsluitend in uitzonderlijke omstandigheden verzetten tegen de terugvordering van onrechtmatige steun door zich te beroepen op het gewettigde vertrouwen dat bij hen is gewekt. Zie arresten van 24 november 1987, RSV/Commissie (223/85, EU:C:1987:502, punt 17), en 29 april 2004, Italië/Commissie (C-298/00 P, EU:C:2004:240, punt 90). Het in een dergelijk geval aangevoerde gewettigde vertrouwen kan echter alleen voortvloeien uit de gedragingen van de Commissie zelf, gelet op haar exclusieve bevoegdheid om de verenigbaarheid van steun met de interne markt te beoordelen. Gedragingen die niets te maken hebben met de Commissie, zoals die van de autoriteiten van de betrokken lidstaat, zijn in dit verband irrelevant. Zie arrest van 15 november 2018, Deutsche Telekom/Commissie (T-207/10, EU:T:2018:786, punten 69-71). Ik voeg hieraan toe dat de in dat verband verrichte beoordeling of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden, de grond van de zaak betreft en niet in de weg mag staan aan de ontvankelijkheid van een beroep bij het Gerecht tot het doen vaststellen van het bestaan van staatssteun.

²¹ Zie met name arresten van 20 september 1990, Commissie/Duitsland (C-5/89, EU:C:1990:320, punt 17), en 7 maart 2002, Italië/Commissie (C-310/99, EU:C:2002:143, punt 104).

64. Gelet op de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om het bestaan en de verenigbaarheid van steun met de interne markt te beoordelen, moet een betrokken lidstaat – net als een „belanghebbende” in de zin van artikel 1, onder h), van verordening 2015/1589, mits hij merkbaar wordt aangetast door het besluit van de Commissie waarin wordt vastgesteld dat er geen sprake is van steun²² – bij de rechterlijke instanties van de Unie kunnen opkomen tegen besluiten van de Commissie houdende weigering om de formele onderzoeksprocedure in te leiden, zonder dat hem een exceptie van niet-ontvankelijkheid op grond van zijn eerdere gedrag kan worden tegengeworpen.

65. Mocht een dergelijke exceptie worden aanvaard, dan zou de staatssteunregeling ernstig ondergraven worden, aangezien het eigen onrechtmatige gedrag zou kunnen worden tegengeworpen aan de nationale autoriteiten en, in voorkomend geval, aan de belanghebbenden, zoals DEI, zodat de rechterlijke instanties van de Unie de besluiten van de Commissie waarbij in de fase van het vooronderzoek wordt vastgesteld dat er geen sprake is van steun, niet zouden kunnen toetsen.

66. Een dergelijke mogelijkheid zou niet alleen afbreuk doen aan het nuttig effect van de bepalingen van het VWEU, maar ook aan dat van artikel 24, lid 2, van verordening 2015/1589, aangezien de in deze bepaling geboden mogelijkheid om een klacht in te dienen noodzakelijkerwijs impliceert dat bij het Gerecht beroep kan worden ingesteld tot vaststelling van het bestaan van steun, welke klacht door de Commissie is afgewezen.²³

67. Hieruit volgt dat de grieven in verband met de handelwijze van DEI vóór de instelling van het beroep tot nietigverklaring bij het Gerecht niet slagen, zelfs als zij gegrond zouden zijn.²⁴

68. Ik geef het Hof derhalve in overweging de onjuiste motivering van het Gerecht in punt 91 van het bestreden arrest te vervangen door een grond die verband houdt met het feit dat de voor het Gerecht²⁵ opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid niet ter zake dienend is.

69. Bijgevolg stel ik voor de twee onderdelen van het eerste middel van Mytilinaios in zaak C-701/21 P af te wijzen.

²² Arrest van 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, EU:C:2008:482, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

²³ Op voorwaarde dat de belanghebbende merkbaar wordt aangetast door het besluit van de Commissie waarin wordt vastgesteld dat er geen sprake is van steun (zie punt 64 van de onderhavige conclusie).

²⁴ De conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak Residex Capital IV (C-275/10, EU:C:2011:354, punt 80) lijkt mijn beoordeling te ondersteunen. In die zaak trachtte de Gemeente Rotterdam (Nederland) de nietigheid in te roepen van een garantie die zij aan een onderneming had verstrekt, door zich te beroepen op de vermeende onrechtmatigheid ervan in het licht van de staatssteunregeling van het VWEU. Bij haar beoordeling dienaangaande van de gegrondheid van een exceptie op grond van de beginselen *venire contra factum proprium* en *nemo propriam turpitudinem*, die in die zaak aan de Gemeente Rotterdam was tegengeworpen, heeft advocaat-generaal Kokott zich op het standpunt gesteld dat de toepassing ervan „rechtstreeks [zou] indruisen tegen de bescherming die het Europese mededingingsrecht in het algemeen en artikel 108, lid 3, derde alinea, VWEU in het bijzonder beogen te bieden. Een overheidsinstantie moet zich in rechte kunnen verweren met het argument dat het voordeel of de betaling die een onderneming van haar verlangt, tot schending van de mededingingsregels van het Unierecht zou leiden. Omgekeerd mag, zoals bekend, ook een onderneming in rechte aanvoeren dat een van haar gevorderde betaling onverenigbaar is met het mededingingsrecht.” In het verlengde van deze redenering ben ik van mening dat een openbaar bedrijf zoals DEI, dat wil aantonen dat er sprake is van staatssteun die door haar tussenkomst zou zijn verleend, zich moet kunnen wenden tot de rechterlijke instanties van de Unie, ongeacht haar eerdere, zelfs onrechtmatige, gedrag.

²⁵ In herinnering moet worden gebracht dat wanneer blijkt dat de motivering van een beslissing van het Gerecht het Unierecht schendt, maar het dictum ervan op andere rechtsgronden gerechtvaardigd voorkomt, dit niet betekent dat deze beslissing moet worden vernietigd maar dat zij anders dient te worden gemotiveerd (arrest van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci, C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

B. Tweede middel in zaak C-701/21 P

70. Het tweede middel van Mytilinaios, waarmee zij stelt dat artikel 107, lid 2, VWEU is geschonden, bestaat uit twee onderdelen.

1. Eerste onderdeel van het tweede middel

71. Met het eerste onderdeel van het tweede middel betoogt Mytilinaios dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van het criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie, dat dient om te beoordelen of er sprake is van een voordeel, doordat het Gerecht deze voorwaarde alleen heeft toegepast op de analyse van het enige in de arbitrale uitspraak vastgestelde tarief.

72. Volgens Mytilinaios heeft het Gerecht op grond van deze „uiterst restrictieve” uitlegging vastgesteld dat er sprake was van steun, zonder echter alle relevante gegevens van de zaak te beoordelen, waaronder de omstandigheden die de partijen ertoe hebben gebracht een arbitrageovereenkomst te sluiten en de in de arbitrageovereenkomst vastgestelde technische parameters voor de beslechting van het geschil.

73. Ik ben van mening dat het eerste onderdeel van het tweede middel feitelijke grondslag mist.

74. Om te beginnen heeft het Gerecht in het bestreden arrest immers niet vastgesteld dat er sprake was van steun, maar enkel geoordeeld dat de Commissie ernstige moeilijkheden had moeten ondervinden bij de beoordeling van het bestaan van een voordeel in de fase van het vooronderzoek.²⁶

75. Voorts is het Gerecht bij de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer niet voorbijgegaan aan de feiten van de aan de arbitrale uitspraak voorafgaande zaak²⁷, maar heeft het alleen vastgesteld dat de beoordeling die de Commissie vanuit het oogpunt van het bestaan van een voordeel had uitgevoerd onvolledig was, omdat zij rekening had moeten houden met de aan het einde van de arbitrage vastgestelde tariefvoorwaarden.²⁸

76. Derhalve ben ik van mening dat het eerste onderdeel van het tweede middel moet worden afgewezen.

2. Tweede onderdeel van het tweede middel

77. Met het tweede onderdeel van het tweede middel²⁹ betwisten Mytilinaios en de Commissie de mogelijkheid om de gevolgen van de arbitrageprocedure aan de Griekse Staat toe te rekenen, die voortvloeit uit de gelijkstelling door het Gerecht van het permanente scheidsgerecht van de RAE met een gewone overheidsrechter.³⁰

²⁶ Punten 190 en 191 van het bestreden arrest.

²⁷ Het Gerecht heeft rekening gehouden met bijzondere omstandigheden die met name betrekking hadden op de vaag geformuleerde bewoordingen van de arbitrageovereenkomst en de daarin gehanteerde parameters inzake prijsstelling, door te oordelen dat de Commissie op grond van die omstandigheden „zorgvuldig, toereikend en omstandig” had moeten onderzoeken of er bij de arbitrale uitspraak een voordeel aan Mytilinaios was toegekend (punten 167-170 van het bestreden arrest).

²⁸ Punten 142 en 185 van het bestreden arrest.

²⁹ Ik herinner eraan dat het tweede onderdeel van dit tweede middel overeenkomt met het enige middel dat de Commissie in zaak C-739/21 P heeft aangevoerd. De hiernavolgende beoordeling heeft dus ook betrekking op dit laatste middel.

³⁰ Punten 150-159 van het bestreden arrest.

78. De redenering van het Gerecht is gebaseerd op de in punt 147 van het bestreden arrest genoemde rechtspraak van het Hof, volgens welke het mogelijk is dat een nationale rechter de krachtens het VWEU op hem rustende verplichtingen niet nakomt door de toekenning van onrechtmatige steun te bestendigen of daartoe aanleiding te geven.³¹

79. Door het permanente scheidsgerecht van de RAE gelijk te stellen met een overheidsrechter heeft het Gerecht geoordeeld dat de in casu gewezen arbitrale uitspraak Mytilinaios een aan de Griekse Staat toe te rekenen onrechtmatig voordeel kon verschaffen.

80. De gegrondheid van deze motivering moet worden beoordeeld in het licht van het arrest DOBELES HES³² – dat op 12 januari 2023 is uitgesproken, dus na het bestreden arrest – waarin de Grote kamer van het Hof heeft geoordeeld dat de invoering van een steunmaatregel niet uit een gerechtelijke beslissing kan voortvloeien³³.

81. De Commissie heeft ter terechtzitting betoogd dat de redenering van het Gerecht door het arrest Dobeles wordt ontkracht, aangezien uit de gelijkstelling van het permanente scheidsgerecht van de RAE met een gewone rechterlijke instantie, gesteld dat deze vaststaat, niet kan worden afgeleid dat het voordeel dat Mytilinaios bij de arbitrale uitspraak zou zijn toegekend toe te schrijven is aan de Griekse Staat.

82. Die conclusie lijkt mij voorbarig. Mijns inziens heeft het Hof in het arrest Dobeles alleen uitgesloten dat staatssteun kan worden toegerekend aan een rechterlijke instantie, zonder evenwel uit te sluiten dat de mededingingsbeperkende gevolgen van een rechterlijke beslissing waarbij steun wordt toegekend, aan de staat zelf kunnen worden toegerekend.

83. In de eerste plaats acht ik het dan ook nodig om een beoordeling te verrichten van de eventuele gevolgen van het arrest Dobeles voor de mogelijkheid om de uitkomst van de in casu gevoerde arbitrageprocedure aan de Griekse Staat toe te rekenen.

84. In de tweede plaats zal ik de grieven van rekwirantes onderzoeken waarbij zij stellen dat de gelijkstelling van het scheidsgerecht van de RAE met een gewone overheidsrechter blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

85. In de derde plaats zal ik, gelet op het feit dat de betrokken grieven mij niet volstrekt ongegrond lijken, het Hof in overweging geven een alternatieve motivering te formuleren die in de plaats zou kunnen komen van de in het bestreden arrest genoemde gronden. Ik ben namelijk van mening dat ernstige argumenten in verband met de noodzaak om de nuttige werking van de bepalingen van de artikelen 107 en 108 VWEU te waarborgen, ervoor pleiten de oplossing te behouden waarvoor het Gerecht in het bestreden arrest heeft gekozen.

³¹ Arresten van 18 juli 2007, Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434, punten 61-63); 11 november 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, punten 41-45); 26 oktober 2016, DEI en Commissie/Alouminion tis Ellados (C-590/14 P, EU:C:2016:797, punten 107 en 108), en 4 maart 2020, Buonotourist/Commissie (C-586/18 P, EU:C:2020:152, punten 94 en 95).

³² Arrest van 12 januari 2023 (C-702/20 en C-17/21, EU:C:2023:1; hierna: „arrest Dobeles”).

³³ Punt 76 van het arrest Dobeles.

a) Gevolgen van het arrest Dobeles

86. In de zaak die tot het arrest Dobeles heeft geleid, strekte een van de prejudiciële vragen³⁴ ertoe te vernemen of een vordering tot betaling van een niet-ontvangen deel van een in de nationale wetgeving ingevoerd voordeel dat als staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU kon worden aangemerkt, kon worden beschouwd als een verzoek om nieuwe steun, die verschilt van die welke reeds aan verzoeksters was uitgekeerd.

87. In die specifieke context, waarin de nationale rechter uitspraak moest doen overeenkomstig een wet waarbij het litigieuze voordeel was ingevoerd, moet de vaststelling van het Hof worden gelezen dat de langs gerechtelijke weg aan verzoeksters toegekende bedragen „in geen geval worden beschouwd als van dat voordeel onderscheiden staatssteun”³⁵, aangezien „de invoering van een steunmaatregel als zodanig niet [kan] voortvloeien uit een gerechtelijke beslissing”³⁶.

88. In dit verband weerspiegelt de motivering van het Hof in het arrest Dobeles de traditionele benadering van de scheiding der machten, die de rol van de rechter beperkt tot het toepassen van reeds bestaande rechtsregels. In het licht van deze traditionele benadering berust een rechterlijke beslissing waarbij een voordeel wordt toegekend dat met de interne markt onverenigbaar is noodzakelijkerwijs op een reeds bestaande regel, die de rechtsgrondslag vormt voor de bij de betrokken rechter ingestelde vordering. Vanuit dit oogpunt kan de invoering van een steunmaatregel in geen geval voortvloeien uit de rechterlijke beslissing zelf, zoals het Hof heeft vastgesteld.

89. De kwestie van de rechtsgrondslag van de steun, die door het Hof is beslecht in het arrest Dobeles, sluit echter niet uit dat de staat aansprakelijk kan worden gesteld op grond dat langs gerechtelijke weg uitvoering is gegeven aan een nationale regeling³⁷ waarbij steun wordt verleend die onverenigbaar is met de interne markt. Integendeel zelfs, aangezien rechterlijke beslissingen noodzakelijkerwijs voortvloeien uit de rechtsorde van een staat, kan de staat zich niet onttrekken aan de krachtens de artikelen 107 en 108 VWEU op hem rustende verplichtingen door aan zijn rechterlijke instanties de bevoegdheid te delegeren om de wijze te bepalen waarop hij over de staatsmiddelen zal beschikken.

90. In dit verband is het irrelevant of de rechterlijke beslissing waarbij het litigieuze voordeel wordt toegekend, voortvloeit uit de toepassing van een precieze materiële bepaling of een algemeen rechtsbeginsel, of zelfs uit een discretionaire beoordeling door een rechter binnen de grenzen van de regels waarbij de omvang van zijn bevoegdheden is vastgelegd. In alle omstandigheden kan een rechterlijke beslissing worden toegerekend aan de staat.

91. Ik ben derhalve van mening dat het arrest Dobeles niet de draagwijdte heeft die de Commissie eraan toekent, voor zover deze instelling aanvoert dat de gelijkstelling tussen het scheidsgerecht en de Griekse gewone rechterlijke instanties er niet toe kan leiden dat de gevolgen van de arbitrageprocedure aan de Griekse Staat worden toegerekend.

92. Net als rekwirantes stel ik mij daarentegen de vraag of dat scheidsgerecht wel als een overheidsinstantie kan worden aangemerkt.

³⁴ Het gaat om de vierde van de dertien prejudiciële vragen die in deze zaak aan het Hof zijn voorgelegd.

³⁵ Punt 78 van het arrest Dobeles.

³⁶ Punt 76 van het arrest Dobeles.

³⁷ Dit zou ook het geval zijn voor de uitvoering van contractuele verplichtingen.

b) Gelijkstelling van het scheidsgerecht van de RAE met een overheidsrechter

93. Het Gerecht heeft zijn redenering inzake de gelijkstelling van het scheidsgerecht van de RAE met een overheidsrechter gebaseerd op verschillende aspecten, namelijk de functie van het gerecht van de RAE, die identiek is aan die van gewone rechterlijke instanties; de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die gelden voor de leden van het scheidsgerecht; de toepassing van het Griekse wetboek van burgerlijke rechtsvordering op de procedures bij dat scheidsgerecht; het gezag van gewijsde en de uitvoerbaarheid van zijn beslissingen, en, tot slot, de mogelijkheid om bij de Efeteio Athinon beroep in te stellen tegen de arbitrale uitspraak.³⁸

94. Geen van deze elementen rechtvaardigt mijns inziens een dergelijke gelijkstelling.

95. Om te beginnen kan namelijk op basis van de door het Gerecht in aanmerking genomen omstandigheden geen onderscheid worden gemaakt tussen de arbitrage van de RAE en andere handelsarbitrage. Het komt vaak voor dat een scheidsgerecht uitspraak doet volgens een wettelijk geregelde procedure en een bindende beslissing geeft waartegen beroep kan worden ingesteld bij de nationale rechterlijke instanties. Voorts wordt algemeen erkend dat de eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid inherent zijn aan elke arbitrageprocedure. De toepassing van de door het Gerecht gehanteerde criteria zou dus tot gevolg kunnen hebben dat een groot aantal scheidsgerechten onder de staat vallen, hetgeen mijns inziens niet de bedoeling is.

96. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, is de gelijkstelling van het scheidsgerecht van de RAE met een overheidsrechter daarnaast in strijd met de rechtspraak van het Hof over artikel 267 VWEU. Uit deze rechtspraak volgt dat scheidsgerechten die een facultatieve bevoegdheid hebben, doordat zij afhangt van een voorafgaande overeenkomst tussen beide partijen³⁹, geen rechterlijke instanties van de lidstaten zijn in de zin van artikel 267, tweede alinea, VWEU⁴⁰.

97. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheden dat het fungeren van een scheidsgerecht een zekere gelijkenis vertoont met de rechterlijke werkzaamheid, dat de arbitrageprocedure wettelijk is geregeld, de arbiter naar de regelen des rechts heeft te beslissen, en zijn beslissing tussen partijen de werking van een in kracht van gewijsde gegaan vonnis heeft en een uitvoerbare titel kan opleveren, niet volstaan om het scheidsgerecht de status van „rechterlijke instantie van een der lidstaten” te verlenen, met name vanwege het feit dat er voor de partijen geen verplichting bestaat om hun geschil aan een scheidsgerecht voor te leggen.⁴¹

98. Gelet op de voorgaande overwegingen ben ik van mening dat de grond die het Gerecht in de punten 150 tot en met 159 van het bestreden arrest in aanmerking heeft genomen, blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Ik ben echter van mening dat die onjuiste opvatting niet uitsluit dat de gevolgen van de betrokken arbitrage aan de Griekse Staat kunnen worden toegerekend.

³⁸ Punten 153-157 van het bestreden arrest.

³⁹ Dit facultatieve karakter onderscheidt het permanente scheidsgerecht van de RAE van een „semi-facultatief” scheidsgerecht, waarvan de adiëring afhangt van één partij bij het geding, op grond waarvan het onder bepaalde voorwaarden kan worden gelijkgesteld met een overheidsrechter in de context van de toepassing van artikel 267 VWEU. Zie arrest van 12 juni 2014, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, EU:C:2014:1754, punten 27-29), en mijn conclusie in die zaak (C-377/13, EU:C:2014:246, punten 38-40).

⁴⁰ Arresten van 23 maart 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punten 10-12), en 1 juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, EU:C:1999:269, punt 34).

⁴¹ Arrest van 23 maart 1982, *Nordsee* (102/81, EU:C:1982:107, punten 10 en 11),

c) *Toerekening van de uitkomst van de arbitrageprocedure aan de Griekse Staat*

99. Net zoals de motivering van het Gerecht waren de memories en pleidooien van partijen voornamelijk toegespitst op de vraag of de permanente arbitrage van de RAE tot de overheidsrechtspraak behoort. Deze vraag lijkt mij echter niet bepalend in het licht van hetgeen mijns inziens de kernvraag van de onderhavige hogere voorzieningen is.

100. In dit verband wil ik eraan herinneren dat aan de in artikel 107, lid 1, VWEU gestelde voorwaarde dat het gaat om een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd, niet alleen is voldaan wanneer steun rechtstreeks door de staat wordt toegekend, maar ook wanneer steun wordt verleend door van overheidswege ingestelde publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen.⁴² Volgens vaste rechtspraak mag er derhalve geen onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de steun rechtstreeks door de staat wordt verleend en gevallen waarin de steun via publiek- of privaatrechtelijke lichamen wordt verleend⁴³, aangezien de status van een dergelijke instelling niet beslissend is voor de toepassing van de staatssteunregels van het VWEU⁴⁴.

101. Ik ben derhalve van mening dat de vraag die in de onderhavige zaken moet worden beantwoord, niet erin bestaat te bepalen of het scheidsgerecht van de RAE daadwerkelijk vergelijkbaar is met een overheidsrechter, maar wel of een openbaar bedrijf, zoals DEI, kan ontkomen aan de toepassing van de bepalingen van de artikelen 107 en 108 VWEU door een geschil over de toewijzing van staatsmiddelen aan arbitrage te onderwerpen.

102. Mijns inziens moet de aldus opgeworpen vraag beslist ontkennend worden beantwoord.

103. Ongeacht de – publiek- of privaatrechtelijke – aard van de arbitrage die onder toezicht van de RAE wordt georganiseerd, moet worden vastgesteld dat DEI, dat gelet op haar nauwe organieke banden en kapitaalbanden met de Griekse Staat *onder de overheersende invloed van deze staat* stond⁴⁵, gebruik heeft gemaakt van de *door de Griekse wetgeving geboden* mogelijkheid om een alternatieve wijze van geschillenbeslechting toe te passen. In de omstandigheden van de onderhavige zaak zijn de beslissing om beroep te doen op een scheidsgerecht en de rechtsgevolgen van de arbitrale uitspraak toe te rekenen aan de Griekse Staat.

104. Anders dan de Commissie denk ik niet dat de voorwaarden van de arbitrageovereenkomst in een dergelijk geval de grenzen afbakenen van de controle die zij moet uitoefenen vanuit het oogpunt van het bestaan van een eventueel aan de staat toerekenbaar voordeel. Het besluit om een beroep te doen op arbitrage bevat niet alleen de modaliteiten van de beslechting van het

⁴² Arrest van 13 september 2017, ENEA (C-329/15, EU:C:2017:671, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴³ Conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe in de zaak ENEA (C-329/15, EU:C:2017:233, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

⁴⁴ Arrest van 20 september 2007, Salvat père & fils e.a./Commissie (T-136/05, EU:T:2007:295, punt 139).

⁴⁵ Ik wijs erop dat de Griekse Staat ten tijde van de feiten de meerderheid van het maatschappelijk kapitaal van DEI en de meerderheid van de stemmen in haar raad van bestuur bezat. Bij de aanwijzingen aan de hand waarvan de door openbare bedrijven genomen maatregelen aan de staat kunnen worden toegerekend, dient met name rekening te worden gehouden met de aanwezigheid van organieke factoren die het overheidsbedrijf met de staat verbinden, de mate waarin de overheid toezicht uitoefent op de bedrijfsvoering van het bedrijf en de vaststelling dat de betrokken instantie het kwetsieuze besluit niet kon nemen zonder rekening te houden met de door de overheid gestelde eisen, alsmede met alle andere aanwijzingen waaruit blijkt dat overheid bij de vaststelling van een maatregel betrokken is of dat het onwaarschijnlijk is dat zij hierbij niet betrokken is, mede gelet op de omvang van deze maatregel, op de inhoud ervan of op de eraan verbonden voorwaarden. Zie de mededeling van de Commissie betreffende het begrip „staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, [VWEU] (PB 2016, C 262, blz. 1, punten 39-43). Ik herinner er ook aan dat volgens artikel 2, onder b), van richtlijn 2006/111 de dominerende invloed wordt vermoed te kunnen worden uitgeoefend wanneer de overheden ten aanzien van het bedrijf de meerderheid van het geplaatste kapitaal van dat bedrijf bezitten of meer dan de helft van de leden van het orgaan van bestuur, van beheer of van toezicht van het bedrijf kunnen benoemen.

geschil, maar ook het risico van een geding, dat verband houdt met de mogelijkheid dat de oplossing van het geschil niet aan de verwachtingen van partijen beantwoordt of zelfs niet strookt met de voorwaarden van de arbitrageovereenkomst, waarvan de toepassing zou kunnen leiden tot toekenning van een met staatsmiddelen bekostigd onrechtmatig voordeel.

105. Een element van onzekerheid is weliswaar ook kenmerkend voor gebruikelijke gerechtelijke procedures, maar is des te belangrijker voor scheidsgerechten, omdat zij fungeren buiten het nationale rechtssysteem en de daarmee onlosmakelijk verbonden waarborgen. De ervaringen van de lidstaten op het gebied van handelsarbitrage tonen overigens aan dat de daaraan verbonden risico's niet zuiver hypothetisch zijn.⁴⁶

106. Ik ben dan ook van mening dat een openbaar bedrijf dat een beroep doet op arbitrage, moet aanvaarden dat de kans bestaat, ook al is zij gering, dat het zijn middelen dient aan te wenden op een wijze die afwijkt van de normale marktvoorwaarden. Vanuit dat oogpunt, zelfs al zou een scheidsgerecht niet onder de staat kunnen vallen, ligt dit anders voor het risico van een geding dat verbonden is aan het besluit om zich tot een scheidsgerecht te wenden en aan het voordeel dat eventueel bij de arbitrale uitspraak aan de andere partij bij het geschil zal worden toegekend.

107. Indien een dergelijk risico zich voordoet – zoals DEI in casu stelt door aan te voeren dat de in de arbitrale uitspraak vastgestelde prijsstelling niet in overeenstemming is met de voorwaarden van de arbitrageovereenkomst –, lijkt de omstandigheid dat niet een overheidsrechter maar een scheidsgerecht uitspraak moet doen over het geschil, mijns inziens de staat niet te bevrijden van zijn verplichtingen uit hoofde van de artikelen 107 en 108 VWEU. Door de bindende kracht van arbitrale uitspraken te erkennen, blijft de staat verantwoordelijk voor de uitvoeringsmaatregelen die hij na afloop van de arbitrage zal moeten nemen.

108. Deze slotsom lijkt mij steun te vinden in de rechtspraak van het Hof inzake arbitrage in het kader van een bilateraal investeringsverdrag, voor zover het feit dat er internationale gerechten op dit gebied actief zijn niet eraan in de weg staat dat de gevolgen van hun beslissingen in de vorm van de toekenning van eventuele steun kunnen worden toegerekend aan de lidstaten.⁴⁷

109. In dit verband ben ik het niet eens met de argumenten van partijen in hogere voorziening en de Duitse regering, die hebben benadrukt dat arbitrage inzake investeringen en handelsarbitrage van elkaar moeten worden onderscheiden voor wat de toerekenbaarheid van eventuele steun aan de staat betreft. Een staat die besluit om een investeringsverdrag te ratificeren of een arbitrageovereenkomst te ondertekenen, moet het risico dragen dat de gevolgen van toekomstige uitspraken die op grond daarvan worden gewezen, aan hem worden toegerekend. Indien de mogelijkheid om de beslechting van een geschil te delegeren aan een instantie die niet tot de overheid behoort zou resulteren in de onmogelijkheid om de staat aansprakelijk te stellen, zou dat leiden tot een blinde vlek in het controlesysteem voor met staatsmiddelen bekostigde

⁴⁶ Ter illustratie van dit punt herinner ik enkel aan de zaak *Tapie/Crédit Lyonnais*, waarin een beroemd zakenman en een Franse overheidsbank tegenover elkaar stonden. Na de arbitrale uitspraak in die zaak – waarbij het bedrag van 45 miljoen EUR aan immateriële schade en het bedrag van 358 miljoen EUR aan materiële schade aan de belanghebbende werd toegekend – is een voormalig minister, in haar hoedanigheid van autoriteit die toezicht hield op de betrokken bank, door het hooggerechtshof van de Franse Republiek veroordeeld wegens een door nalatigheid gepleegd delict dat tot verduistering van overheidsmiddelen heeft geleid. De aan de minister toegerekende nalatigheid had geen betrekking op het besluit zelf om gebruik te maken van arbitrage – die in het licht van de omstandigheden van de zaak kon worden gewettigd –, maar wel op haar weigering om de arbitrale uitspraak aan te vechten bij de nationale rechter, waardoor een mogelijkerwijs frauduleuze wijziging van de voorwaarden van de arbitrageovereenkomst, die had plaatsgevonden na de goedkeuring van deze overeenkomst door de overheidsinstanties, niet kon worden onthuld.

⁴⁷ Zie arrest van 25 januari 2022, *Commissie/European Food e.a.* (C-638/19 P, EU:C:2022:50), en mijn conclusie in die zaak (C-638/19 P, EU:C:2021:529, punten 124-135).

voordelen. Aangezien er veel op het spel staat in arbitrageprocedures waarbij overheidsentiteiten zijn betrokken, zou een dergelijke situatie het nuttig effect van de relevante bepalingen van het VWEU ernstig ondermijnen.

110. In het licht van de voorgaande overwegingen ben ik van mening dat een motivering op basis van de noodzaak om aan de Griekse Staat de juridisch bindende uitkomst toe te rekenen van de arbitrageprocedure waarvan deze lidstaat via DEI heeft gebruikgemaakt en waarbij hij het daaraan verbonden risico van een geding heeft aanvaard, in de plaats moet worden gesteld van de onjuiste grond die het Gerecht in de punten 150 tot en met 159 van het bestreden arrest heeft aangevoerd.

111. Derhalve geef ik in overweging om het tweede onderdeel van het tweede middel in zaak C-701/21 P en het enige middel in zaak C-739/21 P af te wijzen.

C. Derde middel in zaak C-701/21 P

112. Het derde middel van Mytilinaios inzake schending van artikel 4 van verordening 2015/1589 bestaat eveneens uit twee onderdelen.

113. Met het eerste onderdeel van het derde middel betoogt Mytilinaios dat het Gerecht ten eerste blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, door te oordelen dat de Commissie verplicht was de inhoud van de arbitrale uitspraak te onderzoeken⁴⁸, en ten tweede ten onrechte heeft geoordeeld dat de Commissie ingewikkelde economische en technische beoordelingen had moeten verrichten om in de fase van het vooronderzoek te kunnen uitsluiten dat er sprake was van staatssteun⁴⁹.

114. Om de redenen die ik heb uiteengezet in het kader van de beoordeling van het tweede onderdeel van het tweede middel, dat betrekking heeft op de toerekenbaarheid van de uitkomst van de arbitrageprocedure aan de Griekse Staat, ben ik van mening dat het eerste deel van het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond is. Ik ben dan ook van mening dat het moet worden afgewezen.

115. Met het tweede deel van het eerste onderdeel van dit middel lijkt Mytilinaios in wezen op te komen tegen de door het Gerecht in de punten 167 tot en met 188 van het bestreden arrest uitgevoerde feitelijke beoordelingen van de onnauwkeurig geformuleerde voorwaarden van de arbitrageovereenkomst, het productie- en verbruiksprofiel van Mytilinaios en de bijzondere kenmerken van haar handelsbetrekkingen met DEI. Aangezien het Gerecht niet heeft geoordeeld dat de Commissie in de fase van het vooronderzoek een algemene verplichting had om een ingewikkelde beoordeling te verrichten, maar louter de gevolgtrekking heeft gemaakt dat een dergelijke beoordeling moest worden uitgevoerd *in het licht van de bijzondere omstandigheden van de zaak*, ben ik van mening dat deze grief geen rechtsvraag maar een feitenkwestie betreft.

116. Ik ben dan ook van mening dat het tweede deel van het eerste onderdeel van het derde middel niet-ontvankelijk is en moet worden afgewezen.

⁴⁸ Punt 164 van het bestreden arrest.

⁴⁹ Punten 167-189 van het bestreden arrest.

117. Met het tweede onderdeel van het derde middel verwijst Mytilinaios het Gerecht dat het de bewijslast heeft omgekeerd met betrekking tot het bestaan van ernstige moeilijkheden of twijfels die de inleiding van de formele onderzoeksprocedure door de Commissie zouden rechtvaardigen. Volgens haar heeft het Gerecht DEI daarmee ontheven van de verplichting om aan te tonen dat het onderzoek door de Commissie tijdens het vooronderzoek ontoereikend of onvolledig was.

118. Ter onderbouwing van haar grief verwijst Mytilinaios met name naar punt 167 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft geoordeeld dat de bijzondere omstandigheden van de zaak de Commissie ertoe hadden moeten brengen alle relevante omstandigheden van de zaak „zorgvuldig, toereikend en omstandig” te onderzoeken vanuit het oogpunt van het bestaan van steun.

119. De in punt 167 van het bestreden arrest bedoelde verplichtingen van de Commissie in het stadium van het onderzoek van een klacht en de verplichtingen met betrekking tot het bewijs die op de verzoeker rusten in het stadium van het beroep voor het Gerecht, moeten echter duidelijk van elkaar worden onderscheiden.

120. Wat deze laatste verplichtingen betreft, blijkt echter geenszins dat het Gerecht DEI heeft ontheven van de verplichting om bewijzen aan te dragen tot staving van haar beroep tot nietigverklaring, aangezien met name het Gerecht uitdrukkelijk verwijst naar de door DEI aangevoerde omstandigheden die volgens het Gerecht de twijfels konden rechtvaardigen die de Commissie in de fase van het vooronderzoek van haar klacht had moeten koesteren.⁵⁰

121. Ik ben dan ook van mening dat het tweede onderdeel van het derde middel ongegrond is en dat derhalve het derde middel in zaak C-701/21 P in zijn geheel moet worden afgewezen.

VII. Conclusie

122. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

- de hogere voorziening in zaak C-701/21 P af te wijzen,
- de hogere voorziening in zaak C-739/21 P af te wijzen.

⁵⁰ Zie summiere uiteenzetting van de grieven in de punten 120 en 124 van het bestreden arrest, die het Gerecht heeft overgenomen in het kader van de beoordeling in de punten 167-189 van dat arrest.