

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

17 juli 2008*

In zaak C-521/06 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 18 december 2006,

Athinaïki Techniki AE, gevestigd te Athene (Griekenland), vertegenwoordigd door S. Pappas, dikigoros,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Triantafyllou als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

* Procestaal: Frans.

Athens Resort Casino AE Symmetochon, gevestigd te Marrousi (Griekenland),
vertegenwoordigd door F. Carlin, barrister, en N. Korogiannakis, dikigoros,

interveniente in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, G. Arestis, R. Silva de Lapuerta,
J. Malenovský (rapporteur) en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,
griffier: R. Grass,

gezien de stukken,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 april 2008,

het navolgende

Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt Athinaïki Techniki AE (hierna: „Athinaïki Techniki”) om vernietiging van de beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 26 september 2006, Athinaïki Techniki/ Commissie (T-94/05; hierna: „bestreden beschikking”), houdende niet-ontvankelijkverklaring van het beroep van Athinaïki Techniki tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 2 juni 2004 om haar klacht tegen de staatssteun die de Helleense Republiek in het kader van de overheidsopdracht betreffende de overdracht van 49 % van het kapitaal van het casino Mont Parnès zou hebben verleend aan het consortium Hyatt Regency, niet verder te behandelen, van welk besluit rekwirante kennis heeft genomen bij brief van 2 december 2004 (hierna: „litigieuze brief”).

Toepasselijke bepalingen

- 2 Artikel 87, lid 1, EG luidt:

„Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.”

3 Artikel 88, lid 2, eerste alinea, EG, bepaalt:

„Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, volgens artikel 87 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt, bepaalt zij dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn.”

4 Artikel 88, lid 3, EG, luidt als volgt:

„De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken. Indien zij meent dat zulk een voornemen volgens artikel 87 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan. De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.”

5 Zoals blijkt uit punt 2 van de considerans ervan, codificeert en versterkt verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88] van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1) de door de Commissie in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof ontwikkelde praktijk op het gebied van het onderzoek van steunmaatregelen.

6 In hoofdstuk II van deze verordening, getiteld „Procedure betreffende aangemelde steun”, bepaalt artikel 4:

„1. De Commissie onderzoekt de aanmelding onverwijld na ontvangst. Onverminderd artikel 8 geeft de Commissie een beschikking overeenkomstig de leden 2, 3 of 4.

2. Indien de Commissie na een eerste onderzoek tot de bevinding komt dat de aangemelde maatregel geen steun vormt, stelt zij dat bij beschikking 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 [87], lid 1, van het Verdrag valt, geen twijfel doet rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking houdende dat de maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (,beschikking om geen bezwaar te maken'). In de beschikking wordt nader aangegeven welke uitzondering uit hoofde van het Verdrag 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 gemeenschappelijke markt, geeft zij een beschikking welke ertoe strekt de procedure overeenkomstig artikel [88], lid 2, van het Verdrag in te leiden (,beschikking tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure').

[...]"

⁷ Artikel 7 van verordening nr. 659/1999 preciseert de gevallen waarin de Commissie het besluit neemt tot beëindiging van de formele onderzoeksprocedure overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG.

⁸ Hoofdstuk III van deze verordening regelt de procedure betreffende onrechtmatige steun.

9 Artikel 10, lid 1, van dit hoofdstuk luidt:

„Indien de Commissie, uit welke bron ook, over informatie beschikt met betrekking tot beweerdelijk onrechtmatige steun, onderwerpt zij die informatie onverwijld aan een onderzoek.”

10 Artikel 13, lid 1, van hoofdstuk III bepaalt:

„Het onderzoek naar mogelijke onrechtmatige steun resulteert in een beschikking overeenkomstig artikel 4, leden 2, 3 of 4. In geval van een beschikking tot inleiding van een formele onderzoeksprocedure wordt de procedure afgesloten bij een beschikking overeenkomstig artikel 7. Indien een lidstaat niet voldoet aan een bevel tot het verstrekken van informatie, wordt de beschikking op grond van de beschikbare informatie gegeven.”

11 In hoofdstuk VI van verordening nr. 659/1999, getiteld „Belanghebbenden”, bepaalt artikel 20:

„1. Elke belanghebbende kan overeenkomstig artikel 6 opmerkingen indienen naar aanleiding van een beschikking van de Commissie om een formele onderzoeksprocedure in te leiden. Elke belanghebbende die opmerkingen heeft ingediend en elke ontvanger van individuele steun krijgt een afschrift van de door de Commissie overeenkomstig artikel 7 gegeven beschikking toegezonden.

2. Elke belanghebbende kan de Commissie in kennis stellen van beweerdelijk onrechtmatige steun en van beweerd misbruik van steun. Indien de Commissie op basis van de informatie waarover zij beschikt meent dat er onvoldoende gronden zijn om in de zaak een standpunt in te nemen, stelt zij de belanghebbende daarvan op

de hoogte. Indien de Commissie een beschikking geeft in een geval dat betrekking heeft op het onderwerp van de verstrekte informatie, zendt zij de belanghebbende een afschrift van die beschikking.

3. Desgewenst ontvangt elke belanghebbende een afschrift van krachtens artikel 4, artikel 7, artikel 10, lid 3, en artikel 11 gegeven beschikkingen.”

¹² Artikel 25 van verordening nr. 659/1999 luidt:

„De overeenkomstig de hoofdstukken II, III, IV, V en VII gegeven beschikkingen worden tot de betrokken lidstaat gericht. [...]”

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

¹³ De voorgeschiedenis van het geding wordt door het Gerecht in de bestreden beschikking beschreven als volgt:

„1 In oktober 2001 hebben de Griekse autoriteiten een procedure ingeleid voor het plaatsen van een overheidsopdracht met als doel de overdracht van 49 % van het kapitaal van het casino Mont Parnès. Twee kandidaten concurreerden met elkaar, te weten het consortium Casino Attikis en Hyatt Consortium. Na een beweerdelijk gebrekkige procedure, werd de opdracht gegund aan Hyatt Consortium.

2 Egnatia SA, lid van het consortium Casino Attikis, die na een fusie is opgevolgd door [Athinaïki Techniki], heeft klachten ingediend bij de diensten van

het directoraat-generaal (DG) 'Interne markt' en bij het DG 'Mededinging' van de Commissie. Het eerste DG werd gevraagd zich uit te spreken over de regelmatigheid van de procedure [van overdracht van 49 % van het kapitaal van het casino Mont Parnès] in het licht van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, terwijl bij het tweede DG een klacht werd ingediend betreffende staatssteun die in het kader van diezelfde procedure aan Hyatt Consortium zou zijn verleend.

- 3 Bij brief van 15 juli 2003 heeft het DG 'Mededinging' [Athinaïki Techniki] gewezen op haar beschikkingspraktijk volgens welke de overdracht van een publiek goed in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht geen staatssteun vormt wanneer deze procedure transparant en niet-discriminerend is verlopen. Bijgevolg heeft dit DG haar meegedeeld dat zij geen standpunt in zou nemen voordat het DG 'Interne markt' het onderzoek van de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht zou hebben afgerond.
- 4 Bij e-mail van 28 augustus 2003 heeft de vertegenwoordiger [van Athinaïki Techniki] in wezen gepreciseerd dat de klacht inzake het bestaan van staatssteun betrekking had op andere factoren dan de procedure voor het plaatsen van de overheidsopdracht, en dat de diensten van het DG 'Mededinging' derhalve niet hoefden te wachten op de conclusies van het DG 'Interne markt'.
- 5 Bij brief van 16 september 2003 hebben de diensten van het DG 'Mededinging' de inhoud van de brief van 15 juli 2003 herhaald, en [Athinaïki Techniki] desalniettemin verzocht aan hen aanvullende informatie te verstrekken over elke andere eventuele steunmaatregel die geen verband hield met de aanbesteding van het casino.
- 6 Bij brieven van 22 januari en 4 augustus 2004 hebben de diensten van het DG 'Interne markt' aan [Athinaïki Techniki] meegedeeld dat zij niet voornemens waren het onderzoek van de twee klachten die hun waren toegezonden, voort te zetten."

- 14 Vervolgens heeft de Commissie aan Athinaïki Techniki de litigieuze brief gezonden, die luidde als volgt:

„Ik refereer aan uw telefonische vraag om bevestiging of de Commissie haar onderzoek in bovengenoemde zaak voortzet, of dat zij heeft besloten deze zaak niet verder te behandelen.

Bij brief van 16 september 2003 heeft de Commissie u meegedeeld dat er op grond van de informatie waarover zij beschikt, niet voldoende redenen zijn om het onderzoek van deze zaak (krachtens artikel 20 van [verordening nr. 659/1999]) voort te zetten.

Aangezien er geen aanvullende informatie is die de voortzetting van het onderzoek rechtvaardigt, heeft de Commissie op 2 juni 2004 besloten de zaak administratief niet verder te behandelen.”

Beroep voor het Gerecht en bestreden beschikking

- 15 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht, heeft Athinaïki Techniki beroep ingesteld tot nietigverklaring van het in punt 1 van het onderhavige arrest genoemde besluit van de Commissie, waarvan zij kennis heeft genomen bij de litigieuze brief.
- 16 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 21 april 2005, heeft de Commissie krachtens artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen. Het Gerecht heeft deze exceptie toegewezen bij de bestreden beschikking.

- 17 Onder verwijzing naar verordening nr. 659/1999 heeft het Gerecht opgemerkt dat de beschikkingen die de Commissie geeft op het gebied van staatssteun, tot de lidstaten zijn gericht.
- 18 Het heeft vervolgens in de punten 29 tot en met 31 van de bestreden beschikking geoordeeld:

„29 In casu heeft de [litigieuze] brief, die enkel was gericht tot [Athinaïki Techniki], haar overeenkomstig artikel 20 van verordening nr. 659/1999 ervan op de hoogte gesteld dat de Commissie op basis van de informatie waarover zij beschikte, van mening was dat er onvoldoende gronden waren om zich uit te spreken over de zaak die in de klacht aan haar was voorgelegd. In de [litigieuze] brief heeft de Commissie vervolgens verklaard dat, aangezien zij geen aanvullende informatie had ontvangen die de voortzetting van het onderzoek rechtvaardigde, zij op 2 juni 2004 had besloten de klacht [van Athinaïki Techniki] administratief niet verder te behandelen. De Commissie heeft dus geen definitief standpunt ingenomen ten aanzien van de kwalificatie en de verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt van de maatregel waarop de klacht [van Athinaïki Techniki] betrekking heeft.

30 Hieruit volgt dat de [litigieuze] brief geen beschikking vormt in de zin van artikel 25 van verordening nr. 659/1999 en dat deze geen rechtsgevolg in het leven roept. Deze brief is dus niet vatbaar voor beroep in de zin van artikel 230 EG.

31 Opgemerkt zij [dat Athinaïki Techniki] niet kan stellen dat het feit dat niet kan worden opgekomen tegen een brief waarin een klacht wordt afgewezen, tot gevolg heeft dat burgers de toegang tot de gemeenschapsrechter wordt ontzegd, aangezien de klager aanvullende informatie kan verstrekken teneinde zijn klacht te staven. Wanneer deze informatie toereikend is, is de Commissie immers gehouden een standpunt in te nemen over de betrokken overheidsmaatregel middels een beschikking in de zin van artikel 4 van verordening nr. 659/1999, en wordt de klager aldus de mogelijkheid geboden overeenkomstig artikel 230, vierde alinea, EG een beroep tot nietigverklaring in te stellen. Bovendien heeft, zoals de Commissie opmerkt, de klager ook de mogelijkheid om krachtens artikel 232, derde alinea, EG een beroep wegens nalaten in te stellen.”

19 Ten slotte heeft het Gerecht vastgesteld dat de procedure inzake staatssteun niet kan worden gelijkgesteld met de procedure inzake mededinging. Anders dan de artikelen 81 EG en 82 EG, kent verordening nr. 659/1999 aan klagers geen procedurele rechten toe vóór de inleiding van de formele onderzoeksprocedure inzake steunmaatregelen.

Conclusie van partijen

20 Met haar hogere voorziening verzoekt Athinaïki Techniki het Hof:

- de bestreden beschikking te vernietigen;

- de conclusies in eerste aanleg toe te wijzen, en

- de Commissie te verwijzen in de kosten.

21 De Commissie verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening ongegrond te verklaren, en

- Athinaïki Techniki te verwijzen in de kosten.

22 Athens Resort Casino AE Symmetochon verzoekt het Hof:

- de hogere voorziening af te wijzen, en

- Athinaïki Techniki te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

Argumenten van partijen

- 23 Athinaïki Techniki betoogt dat de bestreden beschikking blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, doordat het Gerecht het in punt 1 van het onderhavige arrest genoemde besluit niet heeft aangemerkt als een „beschikking”. Athinaïki Techniki stelt dat een definitief en gemotiveerd standpunt ten aanzien van de kwalificatie van een vermeende staatssteun, zoals die in casu, een „beschikking” vormt in de zin van artikel 230 EG.
- 24 Aangaande, enerzijds, de definitieve aard van het in de litigieuze brief vervatte standpunt, stelt Athinaïki Techniki dat hieraan geen afbreuk wordt gedaan door het feit dat zij na de vaststelling van deze handeling nieuwe elementen had kunnen aanvoeren.
- 25 Aangaande, anderzijds, de vraag of de litigieuze brief is gemotiveerd, is Athinaïki Techniki van mening dat de Commissie impliciet een gemotiveerde beschikking heeft gegeven over de kwalificatie van de vermeende staatssteun. Deze motivering vloeit namelijk voort uit de context waarbinnen de litigieuze brief is opgesteld. Het

Gerecht heeft dus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door vast te houden aan de bewoordingen van die brief in plaats van deze binnen zijn context te plaatsen. Athinaïki Techniki stelt dat de Commissie de litigieuze brief weloverwogen beknopt heeft geformuleerd, teneinde te vermijden dat een mogelijke inbreuk op de regeling betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten aan het licht zou komen.

26 De Commissie betoogt dat de kwalificatie van de litigieuze brief berust op artikel 20, lid 2, van verordening nr. 659/1999, op grond waarvan kan worden voorkomen dat gebruik zou moeten worden gemaakt van het mechanisme van de beschikking zonder dat serieuze en onderbouwde gegevens voorhanden zijn. Volgens de Commissie volgt uit artikel 25 van deze verordening dat beschikkingen die zij geeft op het gebied van staatssteun, tot de lidstaten zijn gericht. Zij wijst erop dat het onderscheid tussen handelingen die beschikkingen zijn en informatieve brieven ook voorkomt in de vaste rechtspraak van het Gerecht. Een informatieve brief, zoals de litigieuze brief, roept geen bindende rechtsgevolgen in het leven en is derhalve niet vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring.

27 Voor het overige is de Commissie van mening dat, bij het ontbreken van motivering, de litigieuze brief moet worden aangemerkt als een niet-bestaande beschikking, die als zodanig geen enkel rechtsgevolg in het leven roept, en, bijgevolg, voor Athinaïki Techniki niet bezwarend kan zijn. De Commissie stelt tevens dat het betoog van deze vennootschap dat de litigieuze brief gemotiveerd zou zijn, faalt, aangezien dit geen afbreuk doet aan het onderscheid tussen handelingen die beschikkingen zijn, en informatieve brieven. Zij is van oordeel dat Athinaïki Techniki het feit tracht te omzeilen dat niet kan worden opgekomen tegen de weigering door de Commissie om tegen een lidstaat beroep wegens niet-nakoming in te stellen, door het beroep tot nietigverklaring te gebruiken tegen een eenvoudige informatieve brief.

28 Volgens Athens Resort Casino AE Symmetochon vormt de litigieuze brief geen beschikking in de zin van artikel 25 van verordening nr. 659/1999 en roept hij geen rechtsgevolg in het leven. Blijkens de artikelen 20 en 25 van deze verordening worden brieven van informele aard aan de belanghebbenden gezonden en vormen deze brieven geen handelingen waartegen kan worden opgekomen, in de zin van artikel 230 EG. De litigieuze brief is dus niet vatbaar voor beroep krachtens dat artikel.

Beoordeling door het Hof

- 29 Volgens vaste rechtspraak staat beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG open tegen alle handelingen van de instellingen, ongeacht hun aard of vorm, die beogen bindende rechtsgevolgen in het leven te roepen welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen (zie met name arresten van 11 november 1981, IBM/Commissie, 60/81, Jurispr. blz. 2639, punt 9; 6 april 2000, Spanje/Commissie, C-443/97, Jurispr. blz. I-2415, punt 27, en 12 september 2006, Reynolds Tobacco e.a./Commissie, C-131/03 P, Jurispr. blz. I-7795, punt 54).

Opmerkingen vooraf over het voorwerp van het voor het Gerecht ingestelde beroep tot nietigverklaring

- 30 Vooraf dient te worden opgemerkt dat het door Athinaïki Techniki ingestelde beroep tot nietigverklaring geen betrekking had op de litigieuze brief als zodanig. Blijkens het verzoekschrift in eerste aanleg heeft Athinaïki Techniki namelijk verzocht om „nietigverklaring van het besluit van het directoraat-generaal Mededinging om verzoeksters klacht met betrekking tot staatssteun die door de Helleense Republiek in het kader van de overheidsopdracht ‚casino Mont Parnès’ is toegekend aan het consortium van Hyatt Regency, niet verder te behandelen” (hierna: „bestreden handeling”). Deze bestreden handeling is aan Athinaïki Techniki meegedeeld bij de litigieuze brief. Derhalve vormt deze brief enkel de handeling waarbij Athinaïki Techniki kennis heeft genomen van de bestreden handeling, en die de termijn voor het instellen van een beroep daartegen deed ingaan, overeenkomstig artikel 230, vijfde alinea, EG.
- 31 Vervolgens moet worden benadrukt dat Athinaïki Techniki heeft verzocht om nietigverklaring van de bestreden handeling op grond dat deze is vastgesteld op basis van artikel 88, lid 3, EG, zonder dat de Commissie vooraf de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG heeft ingeleid, hetgeen haar in staat zou hebben gesteld haar opmerkingen in te dienen.

32 In deze omstandigheden moet allereerst worden gepreciseerd wat de aard is van de handelingen die worden vastgesteld vóór deze formele onderzoeksprocedure, en moet vervolgens worden onderzocht of het Gerecht tot de slotsom kon komen dat de bestreden handeling niet beoogt bindende rechtsgevolgen in het leven te roepen welke de belangen van Athinaïki Techniki kunnen aantasten doordat zij haar rechtspositie aanmerkelijk wijzigen.

Aard van de na afloop van de inleidende fase van het onderzoek van steunmaatregelen vastgestelde handelingen

33 In het kader van de procedure van toezicht op staatssteun moet onderscheid worden gemaakt tussen, enerzijds, de in artikel 88, lid 3, EG bedoelde en in de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 659/1999 geregelde inleidende fase van het onderzoek van steunmaatregelen, die er slechts toe dient de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over de gedeeltelijke of volledige verenigbaarheid van de betrokken steunmaatregel, en, anderzijds, de fase van het eigenlijke onderzoek bedoeld in artikel 88, lid 2, EG, die wordt beheerst door de artikelen 6 en 7 van de voornoemde verordening en de Commissie in staat moet stellen zich volledig te informeren over alle gegevens van de zaak (zie in die zin arresten van 19 mei 1993, *Cook/Commissie*, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 22; 15 juni 1993, *Matra/Commissie*, C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 16, en 15 april 2008, *Nuova Agricast*, C-390/06, Jurispr. blz. I-2577, punt 57).

34 De procedure van artikel 88, lid 2, EG is volstrekt noodzakelijk wanneer de Commissie op ernstige problemen stuit bij de beoordeling van de vraag of een steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In geval van een positieve beslissing over de steunmaatregel mag de Commissie zich dus slechts tot de in artikel 88, lid 3, EG bedoelde inleidende fase van het onderzoek beperken, indien zij na een eerste onderzoek tot de overtuiging kan komen dat die maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Brengt het eerste onderzoek de Commissie echter tot een tegengestelde conclusie, of heeft zij niet alle problemen weten op te lossen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt voordoen, dan is zij verplicht alle nodige adviezen in te winnen en hiertoe de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (zie met name reeds aangehaalde arresten *Cook/Commissie*, punt 29, en *Matra/Commissie*, punt 33, en arrest van 2 april 1998, *Commissie/Sytraval en Brink's France*, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 39).

- 35 Slechts in het kader van deze laatste procedure, die bedoeld is om de Commissie volledig te informeren over alle gegevens van de zaak, is de Commissie volgens het Verdrag verplicht, de belanghebbenden aan te manen hun opmerkingen te maken (reeds aangehaalde arresten *Cook/Commissie*, punt 22, en *Matra/Commissie*, punt 16, en arrest van 13 december 2005, *Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, C-78/03 P, Jurispr. blz. I-10737, punt 34).
- 36 Wanneer de Commissie, zonder de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden, bij een op basis van artikel 88, lid 3, EG en artikel 4 van verordening nr. 659/1999 vastgestelde beschikking constateert dat een steunmaatregel geen met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun vormt, kunnen degenen die door de in lid 2 geboden procedurele waarborgen worden beschermd, de eerbiediging daarvan slechts afdwingen indien zij de mogelijkheid hebben die beschikking van de Commissie voor de gemeenschapsrechter te betwisten. Om deze redenen verklaart de gemeenschapsrechter een door een belanghebbende in de zin van artikel 88, lid 2, EG ingesteld beroep tot nietigverklaring van een dergelijke beschikking ontvankelijk, wanneer degene die het beroep instelt, met het beroep de procedurele rechten wil doen eerbiedigen die hij aan deze laatste bepaling ontleent (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *Cook/Commissie*, punten 23-26; *Matra/Commissie*, punten 17-20; *Commissie/Sytraval en Brink's France*, punt 40, en *Commissie/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, punt 35).
- 37 Bovendien kennen de artikelen 10, lid 1, en 20, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 659/1999 aan een dergelijke belanghebbende het recht toe om de in artikel 88, lid 3, EG bedoelde inleidende fase van het onderzoek in te leiden door de Commissie informatie te zenden met betrekking tot beweerdelijk onrechtmatige steun, aangezien de Commissie verplicht is om het eventuele bestaan van een steunmaatregel en de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt onverwijld te onderzoeken.
- 38 Hoewel de belanghebbenden zich in deze procedure niet kunnen beroepen op een recht van verweer, hebben zij daarentegen wel het recht om, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, op passende wijze hierbij te worden betrokken (zie in die zin arrest van 8 mei 2008, *Ferriere Nord/Commissie*, C-49/05 P, punt 69).

39 Dit betrokken worden bij de genoemde procedure moet inhouden dat wanneer de Commissie hen overeenkomstig artikel 20, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 659/1999 meedeelt dat er onvoldoende gronden zijn om in de zaak een standpunt in te nemen, zij, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 101 van zijn conclusie, tevens gehouden is om hen in de gelegenheid te stellen binnen een redelijke termijn aanvullende opmerkingen bij haar in te dienen.

40 Wanneer deze opmerkingen eenmaal zijn ingediend of de redelijke termijn is verstreken, dient de Commissie ingevolge artikel 13, lid 1, van verordening nr. 659/1999 de inleidende fase van het onderzoek af te sluiten met een beschikking overeenkomstig artikel 4, leden 2, 3 of 4, van deze verordening, te weten een beschikking waarin wordt vastgesteld dat van staatssteun geen sprake is, een beschikking om geen bezwaar te maken, of een beschikking om de formele onderzoeksprocedure in te leiden. Het staat deze instelling aldus niet vrij om tijdens de inleidende fase van het onderzoek in haar passieve houding te volharden. Uiteindelijk moet zij hetzij de volgende onderzoeksfase inleiden hetzij besluiten de zaak niet verder te behandelen door een beschikking in die zin te geven (zie met betrekking tot de procedure op het gebied van de mededinging arrest van 18 maart 1997, *Guérin automobiles/Commissie*, C-282/95 P, *Jurispr.* blz. I-1503, punt 36). Krachtens artikel 20, lid 2, derde volzin, van verordening nr. 659/1999 dient de Commissie, wanneer zij een beschikking geeft naar aanleiding van door een belanghebbende verstrekte informatie, deze een afschrift van die beschikking te zenden.

41 Binnen deze context zij opgemerkt dat de Commissie een van de bovenstaande beschikkingen van artikel 4 van verordening nr. 659/1999 kan geven zonder deze als een beschikking uit hoofde van deze bepaling aan te duiden.

42 Uit vaste rechtspraak inzake de ontvankelijkheid van beroepen tot nietigverklaring volgt namelijk dat voor de kwalificatie van deze handelingen moet worden gekeken naar de wezenlijke inhoud van de bestreden handelingen zelf, alsmede naar de bedoeling van de auteurs ervan. In dit verband vormen maatregelen die het standpunt van de Commissie definitief vastleggen na afloop van een administratieve procedure en die beogen bindende rechtsgevolgen in het leven te roepen welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten, met uitsluiting van tussentijdse maatregelen die de voorbereiding van de eindbeschikking tot doel hebben en die niet dergelijke gevolgen hebben, in beginsel handelingen waartegen kan worden opgekomen (zie in die zin arrest *IBM/Commissie*, reeds aangehaald, punten 9 en 10, en arrest van 22 juni 2000, *Nederland/Commissie*, C-147/96, *Jurispr.* blz. I-4723, punten 26 en 27).

- 43 Daarentegen is de vorm waarin een handeling of besluit is gegoten in principe van geen belang voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring (zie in die zin arrest IBM/Commissie, reeds aangehaald, punt 9, en arrest van 7 juli 2005, Le Pen/Parlement, C-208/03 P, Jurispr. blz. I-6051, punt 46).
- 44 Het is dus in beginsel niet van invloed op de kwalificatie van de betrokken handeling of deze al dan niet aan bepaalde formele vereisten voldoet, te weten of daaraan door haar auteur de juiste benaming is gegeven, of zij voldoende is gemotiveerd, en of zij de bepalingen noemt die haar wettelijke grondslag vormen (zie wat het motiveringvereiste betreft arrest van 16 juni 1994, SFEI e.a./Commissie, C-39/93 P, Jurispr. blz. I-2681, punt 31). Zo is het irrelevant dat deze handeling niet als „beschikking” is aangeduid, of dat zij niet verwijst naar artikel 4, leden 2, 3 of 4, van verordening nr. 659/1999. Evenmin is van belang dat deze handeling, in strijd met artikel 25 van deze verordening, niet officieel door de Commissie ter kennis is gebracht aan de betrokken lidstaat, aangezien een dergelijk gebrek niet kan afdoen aan de inhoud van deze handeling (zie in dit verband arrest van 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie, C-57/95, Jurispr. blz. I-1627, punt 22).
- 45 Indien dit anders zou zijn, zou de Commissie zich met een enkele inbreuk op dergelijke formele vereisten aan het toezicht van de gemeenschapsrechter kunnen onttrekken. Uit de rechtspraak volgt dat aangezien de Europese Gemeenschap een rechtsgemeenschap is, in die zin dat de instellingen niet ontkomen aan het toezicht op de verenigbaarheid van hun handelingen met het Verdrag, de procesregels voor beroepen die voor de gemeenschapsrechter worden ingesteld, zo veel mogelijk aldus moeten worden uitgelegd dat zij kunnen worden toegepast op een wijze die bijdraagt tot de verwezenlijking van het doel dat erin bestaat een daadwerkelijke rechterlijke bescherming te waarborgen van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenuen (zie in die zin arresten van 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 44; 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad, C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 109, en 13 maart 2007, Unibet, C-432/05, Jurispr. blz. I-2271, punten 37 en 44).
- 46 Hieruit volgt dat, om te bepalen of een handeling inzake staatssteun een „beschikking” vormt in de zin van artikel 4 van verordening nr. 659/1999, moet worden nagegaan of de Commissie, gelet op de inhoud van de handeling en de bedoeling van deze instelling, met de onderzochte handeling, na afloop van de inleidende fase van het onderzoek, een definitief standpunt heeft ingenomen ten aanzien van de gewraakte

maatregel, en, bijgevolg, of zij tot een slotsom was gekomen dat deze al dan niet staatssteun vormde, dat zij geen twijfel deed rijzen over de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt, of dat zij juist wél twijfel hieromtrent deed rijzen.

Bestreden handeling

47 Zoals in punt 30 van dit arrest is overwogen, is Athinaïki Techniki met haar beroep niet opgekomen tegen de litigieuze brief, aangezien deze een eenvoudige, informatieve brief is waarmee haar de vaststelling van de bestreden handeling werd meege-deeld. Zij is uitdrukkelijk tegen deze laatste handeling opgekomen.

48 Bij voornoemde brief deelde de Commissie allereerst aan Athinaïki Techniki mee dat de Commissie haar bij een eerdere brief, van 16 september 2003, te kennen had gegeven dat „er op grond van de informatie waarover zij beschikt[e], niet voldoende redenen [waren] om het onderzoek van deze zaak voort te zetten”.

49 Vervolgens preciseerde de litigieuze brief dat „aangezien er geen aanvullende infor-matie [was] die de voortzetting van het onderzoek rechtvaardig[de], de Commissie op 2 juni 2004 [had] besloten de zaak administratief niet verder te behandelen”.

50 Aangenomen dat bovengenoemde brief van 16 september 2003 was geformuleerd in de bewoordingen die vermeld worden in de litigieuze brief, vormt deze de voor-afgaande handeling in de zin van artikel 20, lid 2, tweede volzin, van verordening nr. 659/1999, waarmee de Commissie heeft voldaan aan haar uit die bepaling voort-vloeiende verplichting om de belanghebbende mee te delen dat zij niet voornemens is om een standpunt in te nemen over de zaak. Bijgevolg had Athinaïki Techniki de Commissie aanvullende informatie kunnen verstrekken.

51 Voorts duidt de in de litigieuze brief opgenomen zinsnede „[a]angezien er geen aanvullende informatie is die de voortzetting van het onderzoek rechtvaardigt, heeft

de Commissie op 2 juni 2004 besloten de zaak administratief niet verder te behandelen” erop dat de Commissie op die datum daadwerkelijk een besluit om de zaak administratief niet verder te behandelen, dat wil zeggen de bestreden handeling, heeft vastgesteld.

- 52 Uit de inhoud van deze handeling en de bedoeling van de Commissie volgt dat deze aldus heeft besloten om de door Athinaïki Techniki ingeleide inleidende onderzoeksprocedure te beëindigen. Met de voornoemde handeling heeft de Commissie vastgesteld dat op basis van het ingestelde onderzoek niet tot het bestaan van staatssteun in de zin van artikel 87 EG kon worden geconcludeerd, en heeft zij impliciet geweigerd de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG te openen (zie in die zin arrest Commissie/Sytraval en Brink’s France, reeds aangehaald, punt 47).
- 53 Bovendien volgt uit de in punt 36 van dit arrest aangehaalde rechtspraak, dat in een dergelijke situatie degenen die door de in deze bepaling geboden procedurele waarborgen worden beschermd, de eerbiediging daarvan slechts kunnen afdwingen indien zij de mogelijkheid hebben die beschikking voor de gemeenschapsrechter te betwisten overeenkomstig artikel 230, vierde alinea, EG. Dat beginsel geldt zowel wanneer de Commissie de beschikking geeft omdat zij van mening is dat de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, als wanneer zij meent dat van steun in het geheel geen sprake is.
- 54 De bestreden handeling kan niet als een voorafgaande of voorbereidende handeling worden aangemerkt, aangezien zij binnen het kader van de ingeleide administratieve procedure niet wordt gevolgd door enige andere handeling waartegen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld (zie in die zin met name arrest SFEI e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 28).
- 55 Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, is hierbij niet van belang dat de belanghebbende de Commissie nog aanvullende informatie kan verstrekken, waardoor zij genoopt kan zijn haar standpunt over de betrokken overheidsmaatregel te herzien.
- 56 De rechtmatigheid van een na afloop van de inleidende fase van het onderzoek gegeven beschikking moet immers worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beschikking

gaf (zie reeds aangehaald arrest Nuova Agricast, punten 54-60), dat wil zeggen, in casu, op het moment waarop de bestreden handeling werd vastgesteld.

57 Indien een belanghebbende aanvullende informatie verstrekt nadat is besloten de zaak niet verder te behandelen, kan de Commissie gehouden zijn om, in voorkomend geval, een nieuwe administratieve procedure in te leiden. Deze informatie staat evenwel los van het feit dat de eerste inleidende onderzoeksprocedure reeds is afgesloten.

58 Hieruit volgt dat, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld in punt 29 van de bestreden beschikking, de Commissie een definitief standpunt heeft ingenomen ten aanzien van het verzoek van Athinaïki Techniki om schending van de artikelen 87 EG en 88 EG te doen vaststellen.

59 Ten slotte is, zoals in punt 44 van het onderhavige arrest is uiteengezet, voor de kwalificatie van de bestreden handeling niet van belang dat de Commissie hiervan geen kennis heeft gegeven aan de betrokken lidstaat, dat zij deze niet als „beschikking” heeft aangeduid, en dat zij niet heeft verwezen naar artikel 4 van verordening nr. 659/1999.

60 Dienaangaande blijkt uit het verloop van de administratieve procedure, zoals met name is uiteengezet in punt 6 van de bestreden beschikking, dat de Commissie tot haar standpunt is gekomen omdat de betrokken overheidsmaatregel geen staatssteun vormde. De bestreden handeling moet dus worden gekwalificeerd als een beschikking in de zin van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 659/1999, gelezen in samenhang met de artikelen 13, lid 1, en 20, lid 2, derde volzin, van deze verordening.

61 Aangezien deze handeling Athinaïki Techniki heeft belet om haar opmerkingen in te dienen in het kader van een in artikel 88, lid 2, EG bedoelde formele onderzoeksprocedure, heeft zij rechtsgevolgen in het leven geroepen die de belangen van deze vennootschap aantasten.

62 De bestreden handeling vormt derhalve een handeling waartegen kan worden opgekomen, in de zin van artikel 230 EG.

Vernietiging van de bestreden beschikking

63 Uit het voorgaande volgt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat Athinaïki Techniki een beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld tegen een handeling die geen rechtsgevolg in het leven roept en derhalve niet vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 230 EG.

64 Bijgevolg moet de bestreden beschikking worden vernietigd.

Beroep in eerste aanleg

65 Overeenkomstig artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht, de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is.

66 Het Hof is in dit stadium van de procedure niet in staat om ten gronde te beslissen op het bij het Gerecht ingestelde beroep. Dit aspect van het geding vereist immers een onderzoek van feitelijke vragen, op basis van gegevens die door het Gerecht niet zijn beoordeeld en voor het Hof niet zijn besproken, zodat de zaak op dit punt niet in staat van wijzen is. Het Hof beschikt daarentegen wel over de gegevens die nodig zijn om een definitieve uitspraak te doen over de door de Commissie tijdens de procedure in eerste aanleg opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid (zie arrest van 15 mei 2003, Pitsiorlas/Raad en ECB, C-193/01 P, Jurispr. blz. I-4837, punt 32).

67 Naast de door de Commissie opgeworpen exceptie, inhoudende dat de bestreden handeling niet vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring, welke exceptie moet worden verworpen om de in de punten 33 tot en met 61 van het onderhavige arrest genoemde redenen, betoogt de Commissie dat Athinaïki Techniki het beroep buiten de gestelde termijnen heeft ingesteld.

68 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat krachtens artikel 230, vijfde alinea, EG de in dat artikel bedoelde beroepen moeten worden ingesteld binnen twee maanden te rekenen, al naar gelang van het geval, vanaf de dag van kennisgeving aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen. Conform artikel 102, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moet deze termijn worden verlengd met een forfaitaire termijn wegens afstand van tien dagen.

69 Vaststaat dat de bestreden handeling niet is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en evenmin ter kennis is gebracht van Athinaïki Techniki als geadresseerde, zodat de termijn van twee maanden en tien dagen voor deze vennootschap pas is gaan lopen op de dag waarop zij volledig op de hoogte was van deze handeling, dat wil zeggen op de dag van ontvangst van de litigieuze brief.

70 Voorts blijkt uit de rechtspraak dat de partij die aanvoert dat het verzoekschrift te laat is ingediend, moet bewijzen op welke datum de termijn voor het instellen van dit beroep is gaan lopen (zie in die zin arresten van 5 juni 1980, Belfiore/Commissie, 108/79, Jurispr. blz. 1769, punt 7, en 23 oktober 2007, Parlement/Commissie, C-403/05, Jurispr. blz. I-9045, punt 35).

71 In casu heeft Athinaïki Techniki de griffie van het Gerecht op 11 februari 2005 per telefax een kopie gezonden van het verzoekschrift en op 18 februari 2005 het origineel ervan. Aangezien de laatste bladzijde van die kopie geen volledig identieke kopie was van het origineel, heeft de griffie van het Gerecht geoordeeld dat de genoemde kopie niet conform het origineel was.

72 Er behoeft niet te worden ingegaan op de vraag of Athinaïki Techniki haar verzoekschrift op 11 februari 2005 geldig heeft ingediend. Zelfs indien de datum waarop het origineel van het verzoekschrift bij het Gerecht is ingediend in aanmerking wordt

genomen, is het beroep van Athinaïki Techniki tegen de bestreden handeling namelijk in ieder geval ontvankelijk, mits zij de litigieuze brief op 8 december 2004 of later heeft ontvangen.

- 73 Dienaangaande bevestigt de Commissie dat de litigieuze brief uiterlijk op 6 december 2004 aan Athinaïki Techniki is verzonden en dat de gestelde termijn derhalve niet is geëerbiedigd. In dit verband betoogt zij dat zij deze brief hetzij op de dag waarop hij werd opgesteld, hetzij de dag erna heeft verzonden, en dat de postdienst deze uiterlijk de derde dag na verzending ervan bij Athinaïki Techniki moet hebben bezorgd.
- 74 Opgemerkt zij evenwel dat de Commissie de litigieuze brief niet aangetekend heeft verzonden, noch vergezeld heeft doen gaan van een verzoek om een bewijs van ontvangst.
- 75 Bijgevolg heeft zij het Hof geen enkele aanwijzing verstrekt op grond waarvan kan worden bewezen op welke dag zij de litigieuze brief daadwerkelijk per post heeft verzonden.
- 76 Ook heeft de Commissie geenszins haar betoog onderbouwd, dat de postdienst deze brief uiterlijk op de derde dag na de verzending ervan bij Athinaïki Techniki heeft bezorgd.
- 77 Aldus levert de Commissie geen enkel bewijs dat Athinaïki Techniki de litigieuze brief uiterlijk op 6 december 2004 heeft ontvangen. Zij beperkt zich tot argumenten die slechts vermoedens vormen en die niet als bewijs kunnen gelden (zie arrest van 11 mei 1989, Maurissen en Union syndicale/Rekenkamer, 193/87 en 194/87, Jurispr. blz. 1045, punt 47).
- 78 In die omstandigheden dient de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te worden verworpen.

Kosten

79 Daar de zaak naar het Gerecht wordt verwezen, dient de beslissing omtrent de kosten van de onderhavige hogere voorziening te worden aangehouden.

Het Hof van Justitie (Vierde kamer) verklaart:

- 1) **De beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 26 september 2006, Athinaïki Techniki/Commissie (T-94/05), wordt vernietigd.**

- 2) **De door de Commissie van de Europese Gemeenschappen voor het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid wordt verworpen.**

- 3) **De zaak wordt verwezen naar het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen voor een uitspraak over de vordering van Athinaïki Techniki AE tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 2 juni 2004 om haar klacht tegen de staatssteun die de Helleense Republiek in het kader van de overheidsopdracht betreffende de overdracht van 49 % van het kapitaal van het casino Mont Parnès zou hebben verleend aan het consortium Hyatt Regency, niet verder te behandelen.**

- 4) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

ondertekeningen