



# Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

11 november 2021 \*

„Hogere voorziening – Staatssteun – Concessie van een tolsnelweg – Wet waarbij bepaalde voertuigen worden vrijgesteld van tolgelden – Door de lidstaat aan de concessiehouder verleende compensatie voor inkomstenderving – Schaduwtoel – Door de Europese Commissie buitensporig geachte compensatie die steun vormt – Besluit van de Commissie waarbij deze steun onverenigbaar met de interne markt wordt verklaard en de terugvordering ervan wordt gelast – Procedurele rechten van de steunontvanger – Verplichting voor de Commissie om bijzondere waakzaamheid aan de dag te leggen – Begrip ‚staatssteun‘ – Voordeel – Verbetering van de verwachte financiële situatie van de concessiehouder – Criterium van de particuliere marktdeelnemer in een markteconomie – Onjuiste opvatting van het bewijs – Ontoereikende motivering – Onjuiste opvatting van het litigieuze besluit – Substitutie van gronden – Omkering van de bewijslast – Schending van het beginsel van voorrang van het Unierecht – Rechterlijke toetsing door het Gerecht – Verplichtingen en grenzen”

In zaak C-933/19 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 20 december 2019,

**Autostrada Wielkopolska S.A.**, gevestigd te Poznań (Polen), vertegenwoordigd door O. Geiss, Rechtsanwalt, en T. Siakka, dikigoros,

rekwirante,

andere partijen in de procedure:

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door L. Armati, K. Herrmann en S. Noë als gemachtigden,

verweerster in eerste aanleg,

**Republiek Polen**, vertegenwoordigd door B. Majczyna en M. Rzotkiewicz als gemachtigden,

interveniente in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

\* Procestaal: Engels.

samengesteld als volgt: A. Arabadjiev (rapporteur), president van de Eerste kamer, waarnemend voor de president van de Tweede kamer, I. Ziemele, T. von Danwitz, P. G. Xuereb en A. Kumin, rechters,

advocaat-generaal: H. Saugmandsgaard Øe,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

### Arrest

- 1 Met haar hogere voorziening verzoekt Autostrada Wielkopolska S.A. (hierna: „AW”) om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 24 oktober 2019, Autostrada Wielkopolska/Commissie (T-778/17, EU:T:2019:756; hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van haar beroep tot nietigverklaring van besluit (EU) 2018/556 van de Commissie van 25 augustus 2017 betreffende steunmaatregel SA.35356 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2012/N) die Polen ten uitvoer heeft gelegd voor Autostrada Wielkopolska (PB 2018, L 92, blz. 19; hierna: „litigieus besluit”).

### Voorgeschiedenis van het geding

- 2 De voorgeschiedenis van het geding is door het Gerecht uiteengezet in de punten 1 tot en met 37 van het bestreden arrest en kan ten behoeve van de onderhavige procedure als volgt worden samengevat.
- 3 Na afloop van een aanbestedingsprocedure heeft de Republiek Polen op 10 maart 1997 aan AW een concessie verleend voor de aanleg en exploitatie van het deel van snelweg A 2 tussen Nowy Tomyśl (Polen) en Konin (Polen) (hierna: „betrokken deel van snelweg A 2”) voor een periode van veertig jaar.
- 4 Volgens de op 12 september 1997 ondertekende concessieovereenkomst (hierna: „concessieovereenkomst”) moest AW op eigen kosten en risico externe financiering vinden voor de aanleg en de exploitatie van het betrokken deel van snelweg A 2 en had zij, in ruil daarvoor, het recht om de tolgelden van de snelweggebruikers te innen. Volgens deze overeenkomst mocht zij tevens, om haar inkomsten te maximaliseren, de toltarieven verhogen binnen de grenzen van de per categorie voertuigen bepaalde maximumtarieven.
- 5 Na haar toetreding tot de Europese Unie in 2004 heeft de Republiek Polen richtlijn 1999/62/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 1999 betreffende het in rekening brengen van het gebruik van bepaalde infrastructuurvoorzieningen aan zware vrachtvoertuigen (PB 1999, L 187, blz. 42) omgezet in Pools recht. Volgens artikel 7, lid 3, van deze richtlijn mogen tolgelden en gebruiksrechten niet beide tegelijkertijd voor het gebruik van hetzelfde traject worden geheven.

- 6 Daarom heeft het Poolse parlement de ustawa o zmianie ustawy o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym oraz ustawy o transporcie drogowym (wet tot wijziging van de wet op de tolwegen en het nationaal wegenfonds en van de wet op het wegverkeer) van 28 juli 2005 vastgesteld (Dz. U. nr. 155, volgnr. 1297; hierna: „wet van 28 juli 2005”). Deze wet heeft een einde gemaakt aan de dubbele heffing voor vrachtwagens voor het gebruik van één weggedeelte. Met ingang van 1 september 2005 waren vrachtwagens die in het bezit waren van een vignet (wegenheffing) voor het gebruik nationale wegen in Polen dan ook vrijgesteld van tolheffingen op snelwegen die onder concessieovereenkomsten vallen.
- 7 De wet van 28 juli 2005 bepaalde dat het nationale wegenfonds de concessiehouders moest schadeloosstellen voor de inkomstenderving die de tolvrijstelling met zich bracht. Zij hadden volgens deze wet recht op een terugbetaling van 70 % van het bedrag verkregen door het werkelijke aantal ritten van vrachtwagens met vignet te vermenigvuldigen met de schaduwtol die met de concessiehouders was overeengekomen voor vrachtwagens, afhankelijk van hun categorie. De verlaging van de schaduwtol naar 70 % waarin die wet voorzag, werd ingevoerd ter compensatie voor de verwachte toename van het verkeer van vrachtwagens op de in concessie gegeven snelwegen na de tolvrijstelling. Deze wet bepaalde tevens dat de schaduwtol niet hoger mocht zijn dan de reële tarieven voor de overeenkomstige voertuigcategorie. Tot slot moest volgens die wet in elke concessieovereenkomst de compensatiemethode worden gespecificeerd.
- 8 Voor AW zijn de compensatiemethode en de schaduwtol na onderhandelingen met de Poolse autoriteiten vastgelegd in de op 14 oktober 2005 vastgestelde bijlage 6 bij de concessieovereenkomst (hierna: „bijlage 6”).
- 9 De Republiek Polen heeft verklaard dat de in bijlage 6 beschreven compensatiemethode gebaseerd was op het beginsel dat de verwachte financiële situatie van de concessiehouder na de wet van 28 juli 2005 niet mocht veranderen. Om dat doel te bereiken, moest de verwachte interneopbrengstvoet (hierna: „IRR”) van de investering van AW in het desbetreffende gedeelte van de snelweg A2 op de hoogte blijven waarop deze zonder de wetswijziging – dat wil zeggen zonder de inkomstenderving als gevolg van de wet van 28 juli 2005 – zou zijn gebleven.
- 10 De partijen die bijlage 6 ondertekenden (hierna: „contractpartijen”) zijn overeengekomen dat de berekening van de compensatie zou gebeuren volgens een procedure in twee stappen die zou worden uitgevoerd op basis van financiële modellen die de werkelijke en de verwachte kasstromen weergeven en het mogelijk maken om de IRR te berekenen. In de eerste fase moesten de schaduwtooltarieven worden vastgesteld die de Republiek Polen aan AS moest betalen. In de tweede fase moesten die tarieven uiterlijk op 30 november 2007 worden geverifieerd en indien nodig gewijzigd.
- 11 Zo werden in de eerste fase de schaduwtooltarieven vastgesteld op basis van de volgende drie door AW overgelegde financiële modellen:
  - het basismodel gaf de financiële situatie van AW weer op het moment van de financiële afsluiting in 2000 en er werd uitgegaan van een reële tolheffing vanaf het begin tot het einde van de concessie. De IRR bedroeg 10,62 %;
  - in het model van reële tolheffing werd de financiële situatie van AW beschreven die vanaf december 2004 zou gelden indien vrachtwagens niet van tolheffing werden vrijgesteld. De IRR bedroeg 10,77 %, en

- in het vignetmodel werd de financiële situatie van AW beschreven die vanaf juni 2005 zou gelden als vrachtwagens van tolheffing werden vrijgesteld. In dit model bestonden de inkomsten uit de compensatie in de vorm van een schaduwtol voor vrachtwagens en reële tolheffing voor de andere voertuigen. De schaduwtoeltarieven werden vastgesteld op het maximumniveau dat in de concessieovereenkomst was toegestaan. De IRR bedroeg 8,20 %.
- 12 Met deze financiële modellen toonde AW aan dat zelfs met de maximaal toegestane schaduwtoeltarieven de IRR van 10,77 % van het model van reële tolheffing niet zou worden bereikt. Daarom stelde zij de schaduwtoeltarieven vast op de maximaal toegestane niveaus in de concessieovereenkomst.
- 13 Met ingang van 1 september 2005 werden vrachtwagens met een vignet vrijgesteld van tolheffingen en ontving AW elke maand een compensatie, berekend op basis van het aantal betrokken vrachtwagens op de snelweg en de overeengekomen schaduwtoeltarieven.
- 14 In de tweede fase moesten de contractpartijen nagaan hoe het vrachtverkeer zich had ontwikkeld na de tolvrijstelling en moesten zij de schaduwtoeltarieven dienovereenkomstig aanpassen om over- of onderbetaling te voorkomen. AW diende een bijgewerkt financieel model (hierna: „verificatiemodel”) in te dienen dat het effect aangaf van die tarieven op de fundamentele financiële indicatoren van de concessieovereenkomst met inbegrip van de IRR. Indien de IRR in het verificatiemodel hoger bleek te zijn dan de IRR in het model van reële tolheffing, moesten de schaduwtoeltarieven worden verlaagd om het overschot aan rendement te liquideren. Indien de IRR van het verificatiemodel daarentegen lager bleek te zijn dan de IRR van het model van reële tolheffing, moesten de betrokken tarieven worden verhoogd.
- 15 In 2007 verstrekke AW het verificatiemodel. In dit model bedroeg de IRR in juni 2006 9,20 %. Het bij dit model gevoegde verificatiemodel dat door AW was overgelegd, suggereerde dat de schaduwtoeltarieven moesten worden verhoogd.
- 16 Bij brief van 28 november 2007 heeft de Generalna Dyrekcja dróg krajowych i autostrad (directoraat-generaal voor nationale wegen en snelwegen, Polen) AW medegedeeld dat hij de voorgestelde aanpassing van de schaduwtoeltarieven niet had aanvaard, omdat hij twijfels had over de juistheid van de veronderstellingen voor bijlage 6. Ondanks deze brief ontving AW nog steeds maandelijkse betalingen van schaduwtol zoals in deze bijlage was bepaald. Vervolgens heeft de Poolse minister van Infrastructuur op 13 november 2008 verklaard zich te onttrekken aan de toepassing van deze bijlage waarbij hij onder andere aanvoerde dat hij deze per vergissing had gesloten.
- 17 Volgens de Republiek Polen heeft AW de IRR in het model van reële tolheffing overgewaardeerd door gebruik te maken van verouderde prognoses voor verkeer en inkomsten. AW heeft zich gebaseerd op een verkeers- en inkomstenstudie die was uitgevoerd door het adviesbureau Wilbur Smith Associates (WSA) in 1999 (hierna: „WSA-studie van 1999”) terwijl er een recentere studie uit juni 2004 beschikbaar was (hierna: „WSA-studie van 2004”). Volgens het verslag van PricewaterhouseCoopers van 24 september 2010, dat in opdracht van het Poolse ministerie van Infrastructuur was opgesteld (hierna: „PwC-verslag”), leidde de gebruikmaking van de verkeers- en inkomstenveronderstellingen uit de WSA-studie van 2004 in plaats van die uit de WSA-studie van 1999 tot een daling van de IRR van het model van reële tolheffing van 10,77 % naar 7,42 %.

- 18 Volgens de Poolse minister van Infrastructuur ontving AW met het schaduwtoetsysteem een buitensporige compensatie. Daar AW weigerde het volgens de Republiek Polen te veel betaalde bedrag terug te betalen, heeft de minister verzocht om een gerechtelijke procedure in te leiden om dit bedrag terug te vorderen.
- 19 Tegelijkertijd betwistte AW de afwijzing van bijlage 6 door de zaak voor een scheidsgerecht te brengen. Bij uitspraak van 20 maart 2013 (hierna: „scheidsgerechterlijke uitspraak”) heeft het scheidsgerecht ten gunste van AW beslist dat de bijlage geldig was en dat de Republiek Polen die moest naleven. Bij vonnis van 26 januari 2018 heeft de Sąd Okręgowy w Warszawie, I Wydział Cywilny (rechter in eerste aanleg Warschau, eerste afdeling burgerlijke zaken, Polen) het door de Poolse minister van Infrastructuur tegen die scheidsgerechterlijke uitspraak ingestelde beroep verworpen. Tegen dat vonnis is hoger beroep ingesteld bij de Sąd Apelacyjny w Warszawie (rechter in tweede aanleg Warschau, Polen).
- 20 De toepassing van de compensatieregeling in de vorm van een schaduwtoel is op 30 juni 2011 geëindigd met de invoering door de Republiek Polen van een elektronisch toelstelsysteem dat de plaats innam van de vignettes.
- 21 Op 31 augustus 2012 heeft de Republiek Polen bij de Europese Commissie een maatregel aangemeld die erin bestond dat AW financiële compensatie in de vorm van een schaduwtoel verkreeg voor de inkomstenderving die was veroorzaakt door de wet van 28 juli 2005.
- 22 Op 20 september 2014 heeft de Commissie besloten een formele onderzoeksprocedure met betrekking tot de aangemelde maatregel in te leiden (hierna: „inleidingsbesluit”). Dit besluit is op 20 september 2014 bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (PB 2014, C 328, blz. 12).
- 23 Op 25 augustus 2017 heeft de Commissie het litigieuze besluit vastgesteld.
- 24 Wat in de eerste plaats het bestaan van staatssteun betreft, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat AW recht had op schadevergoeding wegens de bij de wet van 28 juli 2005 aangebrachte wijzigingen die haar de mogelijkheid hadden ontnomen om bij vrachtwagens toel te heffen, maar dat, indien een dergelijke compensatie haar verwachte financiële situatie zou verbeteren doordat zij de compensatie in verband met de rechtstreekse gevolgen van de bij die wet aangebrachte wijzigingen zou overschrijden, AW een onrechtmatig voordeel zou ontvangen dat staatssteun vormt.
- 25 Met betrekking tot het model van reële toelheffing heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat AW gebruik had moeten maken van de beschikbare actuele verkeers- en inkomstenprognoses van de WSA-studie van 2004. Zij heeft vastgesteld dat, in vergelijking met de WSA-studie van 1999 uit de WSA-studie van 2004 bleek dat het aantal voertuigen van de categorieën 2 en 3 aanzienlijk lager was en dat de reële toeltarieven voor voertuigen uit de categorieën 2 tot en met 4 veel lager lagen. Volgens de Commissie had het gebruik van het model van reële toelheffing op basis van de WSA-studie van 1999 geleid tot een hogere IRR dan ten tijde van de wijzigingen door de wet van 28 juli 2005 redelijkerwijs mocht worden verwacht. Dit heeft geleid tot overcompensatie in de vorm van hogere schaduwtoelbetalingen.
- 26 Wat de verificatie van de schaduwtoeltarieven betreft, heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat de Republiek Polen het risico van de verkeersontwikkeling op zich heeft genomen voor de periode vanaf de invoering van het schaduwtoelstelsysteem tot en met de verificatie van 2007.

Zij aanvaardde dit verificatiemechanisme echter op grond dat het de Republiek Polen in staat had gesteld de schaduwtoelariëven vast te stellen op een niveau dat voorkwam dat te veel werd betaald. De Commissie heeft ook opgemerkt dat de verificatie plaatsvond na een beperkte periode vergeleken met de volledige looptijd van de concessieovereenkomst, maar deze periode de partijen net in staat stelde de nodige verkeersgegevens te verzamelen en op basis daarvan betrouwbare verkeersprognoses op te stellen.

- 27 Wat de berekening van de overcompensatie betreft, was de Commissie van mening dat het door PwC geactualiseerde en door die laatste in haar verslag gebruikte model van reële tolheffing (hierna: „PwC-model van reële tolheffing”) de verkeers- en inkomstenprognoses van de WSA-studie van 2004 bevatte en de geactualiseerde prognoses op de datum van vaststelling van de wet van 28 juli 2005 correct weergaf. Zij was het ermee eens dat de IRR van 7,42 % van het PwC-model van reële tolheffing kon worden beschouwd als de IRR die AW net vóór de wijzigingen door deze wet had kunnen verwachten. Zij was van mening dat de door AW in het kader van de onderhandelingen gebruikte IRR van 10,77 % in vergelijking met de 7,42 % van het PwC-model van reële tolheffing buitensporig hoog was. Ook heeft zij opgemerkt dat de IRR van 8,20 % van het model met vignet boven 7,42 % lag.
- 28 De Commissie stelde vast dat PwC voor de vaststelling van het bedrag van de overcompensatie voor de periode van september 2005 tot en met oktober 2007 en voorafgaand aan de verificatie, het vignetmodel had gebruikt om de schaduwtoelariëven te herberekenen die vanaf september 2005 hadden moeten worden toegepast om een IRR van 7,42 % te bereiken. Zij heeft opgemerkt dat het bedrag van de compensatie dat werd bepaald op basis van de herberekende schaduwtoelariëven was vergeleken met de werkelijke betalingen aan AW. Volgens haar bedroegen de te veel betaalde bedragen in deze periode naar schatting 64,7 miljoen EUR.
- 29 De Commissie heeft vastgesteld dat PwC voor de vaststelling van het bedrag van de overcompensatie voor de periode na de verificatie, van november 2007 tot en met juni 2011, het verificatiemodel had gebruikt om de schaduwtoelariëven opnieuw te berekenen om een IRR van 7,42 % te bereiken. Zij heeft opgemerkt dat het bedrag van de compensatie dat werd bepaald op basis van de herberekende schaduwtoelariëven was vergeleken met de werkelijke betalingen aan AW. Volgens haar bedroegen in deze periode de te veel betaalde bedragen naar schatting 159 miljoen EUR.
- 30 De Commissie was het niet eens met het argument van AW dat het beginsel van de markteconomische operator was nageleefd.
- 31 In de tweede plaats was de Commissie van mening dat, aangezien de compensatie vóór de aanmelding van deze maatregel bij de Commissie ter beschikking van AW was gesteld, het verbod van artikel 108, lid 3, VWEU niet was nageleefd door de Republiek Polen, en dat de toegekende steun bijgevolg onrechtmatig was. Zij is bovendien tot de slotsom gekomen dat die steun niet verenigbaar was met de interne markt, zodat deze moest worden teruggevorderd teneinde de situatie op de markt te herstellen die vóór de toekenning ervan bestond.

### **Procedure bij het Gerecht en bestreden arrest**

- 32 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 november 2017, heeft AW een beroep tot nietigverklaring van het litigieuze besluit ingesteld.

- 33 Ter ondersteuning van dit beroep heeft AW in wezen zes middelen aangevoerd, waarvan het eerste was ontleend aan schending van het recht om te worden betrokken bij de administratieve procedure, het tweede aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU wegens het gebruik van een onjuist criterium voor de beoordeling van het bestaan van een economisch voordeel en een kennelijk onjuiste toepassing van dat criterium, het derde aan schending van artikel 107, lid 1, VWEU wegens onjuiste toepassing van het criterium van de particuliere investeerder en een ontoereikende motivering van de Commissie, het vierde aan het feit dat de Commissie haar conclusie over de onverenigbaarheid van de steun gebaseerd had op onjuiste overwegingen, het vijfde aan een kennelijke beoordelingsfout bij de berekening van het bedrag van de staatssteun en het zesde aan een ontoereikende motivering van het litigieuze besluit.
- 34 Bij het bestreden arrest heeft het Gerecht het beroep in zijn geheel verworpen.

### **Conclusies van partijen voor het Hof**

- 35 AW verzoekt het Hof:
- het bestreden arrest te vernietigen;
  - het litigieuze besluit nietig te verklaren of de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en
  - de Commissie te verwijzen in de kosten.
- 36 De Commissie verzoekt het Hof de hogere voorziening af te wijzen en AW te verwijzen in de kosten.

### **Hogere voorziening**

- 37 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert AW vier middelen aan.

### ***Eerste middel***

- 38 Het eerste middel, met betrekking tot de procedurele rechten van AW, is ontleend aan een onjuiste rechtsopvatting, een onjuiste opvatting van de bewijzen en ontoereikende motivering. Hoewel de Commissie het betoog van AW betwist, geeft zij het Hof tevens in overweging dit middel af te wijzen door de motivering te vervangen.

### ***Argumenten van partijen***

- *Betoog van AW in hogere voorziening*
- 39 AW is van mening dat het Gerecht in punt 60 van het bestreden arrest terecht heeft geoordeeld dat de Commissie haar niet op passende wijze bij de administratieve procedure had betrokken, hetgeen een schending vormt van een wezenlijk vormvoorschrift die op zichzelf tot nietigverklaring van het litigieuze besluit had moeten leiden. Daarentegen heeft het Gerecht in punt 61 van dat arrest ten onrechte verklaard dat met het oog op de nietigverklaring van dat besluit moest worden aangetoond dat de juridische analyse van de Commissie zonder een

dergelijk verzuim anders had kunnen zijn. Het Gerecht heeft dus een onjuist juridisch criterium toegepast en bijgevolg blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Bovendien is de redenering van het Gerecht in de punten 63, 64, 67 en 68 van dat arrest ontoereikend en tegenstrijdig en berust zij op een onjuiste opvatting van de bewijzen.

- 40 Dienaangaande merkt AW om te beginnen op dat uit de overwegingen 76 tot en met 78 van het inleidingsbesluit blijkt dat de schaduwtoel moet worden berekend aan de hand van de meest recente verkeersprognoses en dat de Commissie de WSA-studie van 2004 als de meest recente studie had aangemerkt. In de opmerkingen over het inleidingsbesluit heeft AW de studie van de onderneming Faber Maunsell van 2005 (hierna: „FM-studie van 2005”) als de meest recente aangemerkt. De Commissie en de Republiek Polen hebben de relevantie van deze studie besproken tijdens de periode waarvoor het Gerecht heeft vastgesteld dat AW in staat had moeten worden gesteld om opnieuw opmerkingen te maken. Indien AW had kunnen aantonen dat deze studie, anders dan de Commissie na die uitwisselingen had gemeend, bruikbaar was, had de Commissie deze als de meest recente studie in aanmerking moeten nemen, en had de hoogte van de IRR net vóór de wijzigingen door de wet van 28 juli 2005 (hierna: „IRR van de reële toelheffing”) kunnen worden vastgesteld op 8,2 % of had die IRR hoger dan dat tarief kunnen liggen, zodat er geen voordeel of staatssteun zou zijn geweest en de uitkomst van de procedure anders zou zijn geweest.
- 41 Vervolgens heeft het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest de argumentatie verdraaid waarmee AW in werkelijkheid aanvoerde dat zij niet de mogelijkheid had gekregen om opmerkingen in te dienen over de argumenten van de Republiek Polen. Indien dit punt aldus moet worden gelezen dat de FM-studie van 2005 niet in aanmerking werd genomen in de redenering van de Commissie, moet bovendien worden geoordeeld dat het Gerecht de inhoud van het litigieuze besluit onjuist heeft opgevat en zich heeft tegengesproken door te verklaren dat de Commissie van plan was de meest recente gegevens te gebruiken. Indien dit punt daarentegen aldus moet worden gelezen dat in het kader van de procedurele rechten van AW een algemeen onderscheid moet worden gemaakt tussen „positieve verklaringen” (de WSA-studie van 2004 is de „meest recente” studie) en „negatieve verklaringen” (de FM-studie van 2005 moet van de hand worden gewezen) van de Commissie, moet worden geoordeeld dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.
- 42 Ten slotte zou de uitkomst van de procedure ook anders kunnen zijn geweest indien AW de gelegenheid had gehad om opmerkingen in te dienen over het gestelde kortetermijnkarakter van het schaduwtoelstelsel van bijlage 6, en zij met name had kunnen aanvoeren dat deze overweging in tegenspraak was met artikel 4 van deze bijlage. Hoewel in het litigieuze besluit geen melding wordt gemaakt van deze overweging, heeft de Commissie deze in eerste aanleg echter wel aangevoerd en daarbij beklemtoond dat wegens het gestelde kortetermijnkarakter van het schaduwtoelstelsel van bijlage 6 inflatie- of wisselkoersrisico’s beperkt waren. Aangezien de Commissie ter terechtzitting voor het Gerecht dienaangaande geen andere argumenten heeft aangevoerd, moet worden aangenomen dat de Commissie deze overweging reeds tijdens de administratieve fase had aangevoerd.
- 43 De Commissie antwoordt om te beginnen dat de stelling van AW dat betrokken worden bij de administratieve procedure een wezenlijk vormvoorschrift is, neerkomt op een onjuiste lezing van het bestreden arrest. Bovendien vormt het recht van de belanghebbenden om op passende wijze bij de administratieve procedure te worden betrokken, anders dan het wezenlijke vormvoorschrift waarbij de belanghebbenden worden uitgenodigd om opmerkingen in te dienen via de bekendmaking van het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure, geen



dergelijk wezenlijk vormvoorschrift, maar een subjectief recht waarvan de draagwijdte kan afhangen van de specifieke situatie van de betrokkene en van de omstandigheden van het geval. Indien het feit dat de begunstigde niet opnieuw in staat wordt gesteld om zijn opmerkingen in te dienen, als een procedurefout moet worden beschouwd – quod non – zou het door het Gerecht in de punten 61 en volgende van het bestreden arrest toegepaste criterium volgens de Commissie dus correct zijn.

- 44 Met betrekking tot het in punt 40 van het onderhavige arrest samengevatte betoog van AW, merkt de Commissie op dat AW geen andere juridische redenering voorstelt, maar slechts een andere uitkomst – omdat voor dezelfde berekeningen verschillende cijfers zijn gebruikt – hetgeen niet aantoont dat het Gerecht de bewijzen kennelijk onjuist heeft opgevat. Zo betoogt AW dat, indien zij betrokken was geweest bij de contacten met de Republiek Polen, het resultaat van de analyse van de Commissie anders zou zijn geweest. Volgens de Commissie beoogt dit argument in werkelijkheid een feitelijke beoordeling te betwisten, hetgeen buiten het toezicht van het Hof in het stadium van de hogere voorziening valt.
- 45 Wat het in de punten 41 en 42 van het onderhavige arrest samengevatte betoog van AW betreft, herinnert de Commissie eraan dat het voor de motivering van het bestreden arrest niet nodig is elk voor het Gerecht aangevoerde argument een voor een te behandelen, dat het verwijt dat niet is ingegaan op een element dat rekwirante niet had aangevoerd, geen geldig middel vormt en dat de in de punten 41 en 42 van het onderhavige arrest samengevatte stellingen derhalve niet ter zake dienend zijn. Bovendien geeft AW volgens de Commissie toe dat het litigieuze besluit geen melding maakt van het gestelde kortetermijnkarakter van het schaduwtoelystelsysteem van bijlage 6. In dat verband is het Gerecht enkel tot de slotsom gekomen dat het procedurele argument van AW niet ter zake dienend was omdat het punt waarvoor zij zich beriep op het recht om te worden gehoord, geen deel uitmaakte van de motivering van het litigieuze besluit.
- 46 De Republiek Polen betoogt dat AW, anders dan zij stelt, na de bekendmaking van het inleidingsbesluit schriftelijke en mondelinge opmerkingen heeft kunnen maken in het kader van een op 27 januari 2015 aan de Commissie overgelegde brief en vergaderingen die op 24 november 2015 en 21 maart 2017 met de Commissie zijn gehouden. In dit verband benadrukt zij dat de Commissie aan AW de gelegenheid heeft geboden om opmerkingen in te dienen in een mate die veel verder ging dan die waartoe zij verplicht was, gelet op het feit dat de begunstigden van de steun slechts belanghebbenden in de procedure zijn en zij het optreden van de Commissie tijdens de administratieve procedure niet zelfstandig kunnen betwisten, het inleidingsbesluit van de procedure geen fouten bevat die een correctie behoeven, en de Republiek Polen in de loop van de formele onderzoeksprocedure geen nieuw bewijs heeft aangedragen. In het bijzonder had AW opmerkingen kunnen maken over de relevantie en de invloed van de FM-studie van 2005 op de berekeningsmethode van de IRR toen zij deze aan de Commissie heeft overgelegd, maar zij heeft zowel voor de Commissie als voor het Gerecht er de voorkeur aan gegeven naar de WSA-studie van 1999 te verwijzen.

– *Verzoek van de Commissie om vervanging van de motivering*

- 47 De Commissie is van mening dat de redenering in de punten 58 tot en met 60 van het bestreden arrest rechtens onjuist is, aangezien AW als begunstigde van de betreffende steunmaatregel een „belanghebbende” is in de zin van artikel 108, lid 2, VWEU, die zich volgens de rechtspraak niet kan beroepen op de rechten van de verdediging en die, net als een lidstaat, geen aanspraak kan maken op een contradictoir debat met de Commissie en slechts het recht heeft om, gelet op de

omstandigheden van het geval, op passende wijze bij de administratieve procedure te worden betrokken. Het Gerecht is echter voorbijgegaan aan deze rechtspraak door te oordelen dat de Commissie AW opnieuw in de gelegenheid had moeten stellen om haar opmerkingen in te dienen.

- 48 Na in punt 63 van het bestreden arrest te hebben vastgesteld dat het inleidingsbesluit AW in staat had gesteld om haar recht uit te oefenen om opmerkingen in te dienen, had het Gerecht immers moeten erkennen dat de omstandigheden van het geval de Commissie niet verplichtten om verder te gaan dan het bieden van die mogelijkheid. In het bijzonder kunnen de uiteenlopende belangen van AW en de Republiek Polen niet rechtvaardigen dat aan AW soortgelijke rechten worden toegekend als die van deze lidstaat. Voorts waren noch de duur noch de intensiteit van de uitwisselingen met de Republiek Polen ongebruikelijk en rechtvaardigden zij in geen geval dat aan AW aanvullende rechten werden toegekend. Door te oordelen dat de Commissie AW het recht had moeten verlenen om commentaar te leveren op de opmerkingen van deze lidstaat, heeft het Gerecht in wezen aan die onderneming een recht op een contradictoair debat toegekend en blijkt gegeven van een onjuiste opvatting van de procedure, volgens welke alleen de lidstaat de mogelijkheid krijgt om opmerkingen te formuleren over de door de andere belanghebbenden medegedeelde informatie.
- 49 AW betoogt dat de Commissie zich niet beroept op een onjuiste rechtsopvatting, maar dat zij – zonder zich te beroepen op een onjuiste opvatting van de feiten – enkel opkomt tegen de feitelijke beoordeling van het Gerecht volgens welke de specifieke omstandigheden van de zaak vereisten dat AW aanvullende opmerkingen kon indienen. Aangezien de toetsing van die beoordeling niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort en de verwerende partijen niet om verwijzing van de zaak naar het Gerecht hebben verzocht, is het verzoek van de Commissie niet-ontvankelijk en zou het Hof *ultra petita* beslissen. Bovendien behandelt de Commissie de verschillende factoren afzonderlijk, terwijl het Gerecht in punt 58 van het bestreden arrest de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval samen heeft behandeld. Voorts heeft het Gerecht niet verklaard dat AW de gelegenheid had moeten krijgen om opmerkingen in te dienen over alle meegedeelde informatie, en komt het louter indienen van aanvullende opmerkingen – met name gelet op het feit dat het dossier niet volledig bekend was – niet neer op een contradictoair debat en stemt evenmin overeen met de ter zake aan de lidstaten toegekende rechten.

#### *Beoordeling door het Hof*

- 50 Wat in de eerste plaats het in de punten 40 en 41 van het onderhavige arrest samengevatte betoog betreft, dat is ontleend aan een onjuiste opvatting van het bewijs en aan een motiveringsgebrek, zij eraan herinnerd dat het toezicht van het Hof in het kader van een hogere voorziening met name tot doel heeft na te gaan of het Gerecht rechtens genoegzaam heeft geantwoord op alle door de verzoeker aangevoerde argumenten (arrest van 22 oktober 2014, *British Telecommunications/Commissie*, C-620/13 P, niet gepubliceerd, EU:C:2014:2309, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 51 In punt 60 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de Commissie in de bijzondere omstandigheden van de zaak, die in punt 58 van dat arrest zijn uiteengezet, AW opnieuw in de gelegenheid had moeten stellen om opmerkingen in te dienen.
- 52 In punt 61 van het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de omstandigheid dat de Commissie AW niet heeft betrokken bij de contacten die zij na het inleidingsbesluit met de Republiek Polen had gehad, evenwel – hoe betreurenswaardig ook – niet van dien aard was dat

het litigieuze besluit daardoor nietig moest worden verklaard, aangezien de juridische analyse van de Commissie in dit besluit in de omstandigheden van de onderhavige zaak zonder dit verzuim niet anders had kunnen zijn.

53 In punt 67 van dat arrest heeft het Gerecht in dit verband gepreciseerd dat „[rekwirantes] argument dat het inleidingsbesluit, anders dan het [litigieuze] besluit, de [FM-studie van 2005] niet vermeldde, niet [kon] slagen [aangezien] de Commissie in punt 138 van het [litigieuze] besluit weliswaar naar deze studie [had] verwezen, maar enkel om vast te stellen dat die studie niet kon worden gebruikt om de IRR van het project te berekenen”. Het heeft daaraan toegevoegd dat de Commissie zich aldus „ertoe [had] beperkt een studie die verzoekster zelf in haar opmerkingen [had] aangevoerd, als irrelevant aan te merken en terzijde te schuiven [en dat] de Commissie in die omstandigheden niet [kon] worden verweten dat zij de [FM-studie van 2005] niet in het inleidingsbesluit [had] vermeld”.

54 Dit punt 67 beoogde dus te antwoorden op het betoog in punt 39 van het verzoekschrift in eerste aanleg, dat luidt als volgt:

„[...] [I]ndien [rekwirante] op de hoogte was gesteld van het standpunt van de Commissie dat de [FM]-studie van 2005 niet betrouwbaar was [...] omdat zij geacht werd zich uitsluitend te baseren op de verkeersprognoses en niet op de inkomstenprognoses, had [rekwirante] kunnen aantonen dat deze stelling duidelijk onjuist was. Het valt niet uit te sluiten dat de Commissie dan een ander standpunt zou hebben ingenomen over de betekenis van de [FM]-studie van 2005, die haar gehele beoordeling zou hebben beïnvloed. Indien [rekwirante] had geweten dat de Commissie akkoord was gegaan met de wijzigingen van de financiële modellen van PwC (de modellen die de Commissie vóór het inleidingsbesluit niet heeft kunnen openen), dan zou zij ook hebben getracht dit standpunt te weerleggen. Aangezien de Commissie veel belang heeft gehecht aan het verslag van PwC, kunnen de argumenten die de geloofwaardigheid van dit verslag ondermijnen, van invloed zijn op de uitkomst van het onderzoek van de Commissie.”

55 Uit punt 67 van het bestreden arrest, gelezen in samenhang met punt 39 van het verzoekschrift in eerste aanleg, zoals vermeld in de punten 53 en 54 van het onderhavige arrest, blijkt dat AW voor het Hof terecht stelt dat het Gerecht het betoog dat zij niet de mogelijkheid had gekregen om opmerkingen over de argumenten van de Republiek Polen in te dienen onjuist heeft opgevat. In het bijzonder heeft AW gesteld dat, indien zij deze mogelijkheid had gekregen, zij zou hebben kunnen aantonen dat de FM-studie van 2005 bruikbaar en relevant was.

56 Aangezien het Gerecht in de punten 60 en 61 van het bestreden arrest ten eerste heeft geoordeeld dat de Commissie AW in de gelegenheid had moeten stellen om haar opmerkingen in te dienen, en ten tweede dat de juridische analyse van de Commissie in het litigieuze besluit niet anders had kunnen zijn, kon het Gerecht er niet van afzien specifiek een standpunt in te nemen over het in punt 54 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte argument. In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat het Gerecht zijn arrest op dit punt ontoereikend heeft gemotiveerd.

57 Zonder dat hoeft te worden onderzocht of de redenering van het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest berust op een onjuiste opvatting van het bewijs, moet dus worden vastgesteld dat dit punt blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

58 Niettemin is het vaste rechtspraak van het Hof 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 wel dat zij anders dient te worden gemotiveerd (arrest van 6 november 2018, Scuola Elementare Maria Montessori/Commissie, Commissie/Scuola Elementare Maria Montessori en Commissie/Ferracci, C-622/16 P–C-624/16 P, EU:C:2018:873, punt 48).
- 59 In die omstandigheden moet het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering worden onderzocht. In dat verzoek betoogt de Commissie dat het Gerecht, anders dan AW stelt, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat AW een tweede keer had moeten worden gehoord tijdens de administratieve procedure.
- 60 Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat de procedure van controle van staatssteun, gelet op de algemene opzet ervan, een procedure is die wordt ingeleid jegens de lidstaat die, gezien zijn verplichtingen krachtens het Unierecht, verantwoordelijk is voor de toekenning van de steun. Om de rechten van de verdediging te eerbiedigen kan de Commissie derhalve, voor zover deze lidstaat niet in staat is gesteld zijn mening over bepaalde gegevens te verstrekken, deze in haar besluit jegens die lidstaat niet gebruiken (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 73).
- 61 Het is eveneens vaste rechtspraak dat de ondernemingen die mogelijk begunstigen zijn van staatssteun, worden beschouwd als belanghebbenden, en dat de Commissie de plicht heeft om deze ondernemingen tijdens de in artikel 108, lid 2, VWEU bedoelde onderzoeksfase uit te nodigen opmerkingen te maken (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 70).
- 62 Ofschoon die belanghebbenden zich niet kunnen beroepen op de rechten van de verdediging, beschikken zij daarentegen wel over het recht om – rekening houdend met de omstandigheden van de zaak – op passende wijze bij de door de Commissie gevolgde administratieve procedure te worden betrokken (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 71).
- 63 Uit met name artikel 108, lid 2, VWEU volgt immers dat de Commissie, wanneer zij beslist met betrekking tot een voorgenomen steunmaatregel de formele onderzoeksprocedure in te leiden, de belanghebbenden, waaronder de betrokken ondernemingen, de gelegenheid moet bieden hun opmerkingen in te dienen. Dat is een wezenlijk vormvoorschrift (arrest van 11 december 2008, Commissie/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punt 55).
- 64 Het Hof heeft in het kader van de toepassing van artikel 108, lid 2, VWEU geoordeeld dat een mededeling in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een doeltreffend middel is om alle belanghebbenden op de hoogte te brengen van het feit dat een procedure is ingeleid. Deze mededeling strekt ertoe bij belanghebbenden alle inlichtingen ter voorlichting van de Commissie met het oog op haar toekomstige beleid in te winnen. Een dergelijke procedure biedt de lidstaten en de belanghebbende kringen tevens de zekerheid dat zij zullen worden gehoord (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 72).
- 65 In de procedure van controle van staatssteun spelen andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat alleen de rol die in het vorige punt van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, en kunnen zij dienaangaande zelf geen aanspraak maken op een contradictoir debat met de Commissie, zoals dit ten gunste van deze lidstaat is vastgesteld (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 74).

- 66 Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat wanneer de regeling die gold toen een lidstaat een voorgenomen steunregeling heeft aangemeld, wordt gewijzigd alvorens de Commissie haar besluit geeft, de Commissie met het oog op de uitspraak die zij op grond van de nieuwe regels moet geven, de belanghebbenden moet verzoeken een standpunt te bepalen inzake de verenigbaarheid van de steun met de nieuwe regels. Daarvan kan enkel worden afgeweken wanneer die nieuwe regeling niet wezenlijk verschilt van de vorige (arrest van 11 december 2008, Commissie/Freistaat Sachsen, C-334/07 P, EU:C:2008:709, punt 56).
- 67 Een onregelmatigheid in de procedure leidt echter slechts tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van een besluit indien vaststaat dat dit besluit bij ontbreken van deze onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 80).
- 68 Dienaangaande heeft het Hof met betrekking tot de procedurele rechten van de belanghebbenden reeds geoordeeld dat, wanneer er een wijziging is van de rechtsregeling nadat de Commissie de belanghebbenden de mogelijkheid heeft geboden om opmerkingen te maken en voordat de Commissie een besluit heeft genomen met betrekking tot een steunvoornemen, en de Commissie dat besluit baseert op de nieuwe rechtsregeling zonder die partijen uit te nodigen daarover opmerkingen te maken, enkel en alleen het bestaan van verschillen tussen de rechtsregeling waaromtrent die partijen hun opmerkingen konden maken en die waarop dat besluit is gebaseerd, als zodanig niet kan leiden tot nietigverklaring van datzelfde besluit. Ook al zijn de betrokken regelingen gewijzigd, de vraag rijst immers of die wijziging, uit het oogpunt van de bepalingen van die regelingen die relevant zijn voor de zaak, de strekking van het besluit van de Commissie had kunnen wijzigen (arrest van 11 maart 2020, Commissie/Gmina Miasto Gdynia en Port Lotniczy Gdynia Kosakowo, C-56/18 P, EU:C:2020:192, punt 81).
- 69 Uit deze rechtspraak volgt met name dat het verzuim van de Commissie om belanghebbenden uit te nodigen om hun opmerkingen kenbaar te maken over een wijziging van de rechtsregeling, zoals de inwerkingtreding tijdens een administratieve procedure inzake staatssteun van richtsnoeren die deze instelling voornemens is toe te passen in een besluit dat deze procedure afsluit, geen schending van een wezenlijk vormvoorschrift oplevert.
- 70 Zoals de Commissie terecht aanvoert, geldt deze redenering a fortiori in casu, aangezien de begunstigde van de onderzochte maatregel niet in staat is gesteld om een standpunt in te nemen over de opmerkingen van de betrokken lidstaat met betrekking tot de door deze begunstigde verstrekte informatie.
- 71 Bovendien kunnen er – zoals de Commissie erkent – weliswaar omstandigheden zijn waarin de vaststelling van nieuwe of andere feiten dan die welke in het inleidingsbesluit zijn vermeld, of van wezenlijke wijzigingen van het relevante rechtskader, een grotere betrokkenheid van de belanghebbenden noodzakelijk maakt of zelfs de publicatie van een aanvullend of gerectificeerd inleidingsbesluit kan vereisen, maar in de onderhavige zaak doet geen van deze situaties zich voor.
- 72 In het bijzonder volstaan de door het Gerecht in de punten 58 en 59 van het bestreden arrest genoemde omstandigheden niet om aan te tonen dat de Commissie verplicht was om AW de mogelijkheid te bieden om te reageren op de opmerkingen van de Republiek Polen, hetgeen zou neerkomen op een contradictoir debat met deze lidstaat voor de Commissie.

- 73 In de tweede plaats volgt uit de vaststelling in het vorige punt van het onderhavige arrest volgens welke de omstandigheden van het onderhavige geval niet volstaan als bewijs dat de Commissie verplicht was om AW de mogelijkheid te bieden om te reageren op de opmerkingen van de Republiek Polen, dat het in de punten 39 en 42 van het onderhavige arrest samengevatte betoog van AW inzake een onjuiste rechtsopvatting, niet ter zake dienend is.
- 74 Wanneer zoals in casu een dergelijke verplichting niet is komen vast te staan, moet immers worden vastgesteld dat de vraag of de juridische analyse van de Commissie anders had kunnen zijn indien de mogelijkheid was geboden om te reageren op de opmerkingen van de betrokken lidstaat, niet aan de orde is.
- 75 Voor het overige volgt uit de in punt 67 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak dat, anders dan AW stelt, het door het Gerecht gehanteerde juridische criterium als zodanig niet onjuist is.
- 76 Gelet op een en ander moet het verzoek van de Commissie tot vervanging van de motivering worden toegewezen en moet het eerste middel van de hogere voorziening worden afgewezen.

### *Tweede en derde middel*

- 77 Het tweede middel betreffende het criterium van de particuliere investeerder, bestaat uit vier onderdelen.
- 78 Het derde middel betreffende het bestaan van een economisch voordeel, bestaat uit twee onderdelen.

### *Eerste onderdeel van het tweede middel en eerste onderdeel van het derde middel*

- 79 Met het eerste onderdeel van het tweede middel, betreffende de inflatie- en wisselkoersrisico's, betoogt AW dat het Gerecht het criterium van de particuliere investeerder heeft miskend, dat het zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van het litigieuze besluit en dat het de bewijslast heeft omgekeerd.
- 80 Met het eerste onderdeel van het derde middel, betreffende de relevantie van een overdracht van deze risico's, voert AW aan dat dit criterium onjuist is toegepast om te beoordelen of er sprake is van een economisch voordeel, dat de motivering van het litigieuze besluit is vervangen, dat de bewijslast is omgekeerd en dat de motivering ontoereikend is.

### *– Argumenten van partijen*

- 81 In het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel herinnert AW eraan dat het Gerecht in de punten 110 tot en met 112 en 170 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de Commissie terecht had vastgesteld dat een hypothetische particuliere investeerder geen rekening zou hebben gehouden met de overdracht van de door AW tijdens de administratieve procedure aangevoerde wisselkoers- en inflatierisico's, op grond dat zij niet door de contractpartijen zijn besproken en dat de nadelen die daaruit voor AW voortvloeien, of de voordelen daarvan voor de Republiek Polen, niet waren aangetoond.

- 82 Door aldus het onderzoek te hebben beperkt tot de door de contractpartijen in bijlage 6 bedoelde opties, is het Gerecht er evenwel aan voorbijgegaan dat het onderzoek van het criterium van de particuliere investeerder noodzakelijkerwijs betrekking moet hebben op alle opties die een particuliere marktdeelnemer in een dergelijke situatie redelijkerwijs zou hebben overwogen. Bovendien bepaalt een overeenkomst weliswaar het definitieve standpunt van de partijen, maar geeft zij in beginsel niet alle overwegingen weer op grond waarvan die partijen deze overeenkomst hebben gesloten. In casu blijkt uit het bewijsmateriaal in het dossier dat de contractpartijen zijn gewaarschuwd, geholpen zijn door deskundigen en in staat waren te begrijpen wat de impact van de bovengrens was op de schaduwtoeltarieven en waarin een schaduwtoelsysteem verschilde van een reël toelsysteem. Uit het dossier blijkt eveneens dat deze bovengrens was opgenomen in de voorlaatste alinea van punt 4 van bijlage 1 bij bijlage 6. Daarom moet worden geoordeeld dat het Gerecht de bewijzen onjuist heeft opgevat, aangezien een contractbepaling in beginsel wordt besproken tussen de betrokken contractpartijen.
- 83 Door te oordelen dat de Commissie niet verplicht was om de risico-overdracht te onderzoeken op grond dat die risico's niet waren aangetoond, heeft het Gerecht de bewijslast omgekeerd, aangezien het aan de Commissie staat om aan te tonen dat de begunstigde kennelijk geen vergelijkbare faciliteiten zou hebben gekregen van een hypothetische particuliere investeerder, en dat het in dit verband aan de Commissie staat om alle informatie in aanmerking te nemen die het besluitvormingsproces kan beïnvloeden van een normaal voorzichtige en verstandige particuliere marktdeelnemer wiens situatie die van de betrokken staat zo dicht mogelijk benadert. De Commissie had dus moeten aantonen dat een particuliere investeerder de betrokken informatie niet a priori relevant zou hebben geacht.
- 84 Volgens AW stond het dus aan het Gerecht om vast te stellen of de Commissie rekening had gehouden met alle beschikbare informatie en of de motivering van het litigieuze besluit een onderzoek van de overdracht van wisselkoers- en inflatierisico's omvatte. In plaats van een dergelijk onderzoek te verrichten, vult het Gerecht in het bestreden arrest op dit punt een leemte in het litigieuze besluit op door de motivering te vervangen. De redenering in de punten 110 tot en met 112 van het bestreden arrest houdt immers geen verband met een van de beoordelingen in dat besluit.
- 85 Aangezien wisselkoers- en inflatierisico's rechtstreeks van invloed zijn op de omvang van het verschuldigde bedrag en op de mogelijkheid om dergelijke bedragen gedurende de gehele looptijd van de concessie te financieren, gaat het bovendien duidelijk om een factor die een aanzienlijke invloed kan hebben op de besluitvorming van een particuliere marktdeelnemer, zodat het Gerecht het criterium van de particuliere investeerder onjuist heeft toegepast door te verwijzen naar een investeerder die geen belang hecht aan zijn eigen winst en eigen risico.
- 86 Ten slotte is AW van mening dat de motivering in punt 112 van het bestreden arrest ontoereikend is, aangezien uit dit punt niet duidelijk blijkt of het Gerecht heeft geoordeeld dat de wissel- en inflatierisico's op de Republiek Polen zijn overgegaan niet alleen wanneer de schommelingen onder de absolute bovengrens op het vastgestelde schaduwtoeltarief lagen, maar ook wanneer zij daarboven lagen, quod non. In dat geval zou het Gerecht de bewijzen van het dossier onjuist hebben opgevat, aangezien uit het dossier duidelijk blijkt dat er een absolute bovengrens bestaat. Geen van de andere in dat punt genoemde elementen kan de conclusie van het Gerecht ondersteunen.

- 87 Met het eerste onderdeel van het derde middel voert AW aan dat de onjuiste beoordeling door het Gerecht van het criterium van de particuliere investeerder, dat in casu van toepassing is, ook ruimer betrekking heeft op de beoordeling van het bestaan van een economisch voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU. Wat de fouten betreft die het Gerecht zou hebben begaan in de punten 110 tot en met 112 van het bestreden arrest, verwijst AW naar haar betoog dat is samengevat in de punten 81 tot en met 86 van het onderhavige arrest, waaruit blijkt dat dit criterium onjuist is toegepast, dat de motivering ontoereikend is, dat de motivering is vervangen en dat de bewijslast is omgekeerd.
- 88 Bovendien heeft het Gerecht in de laatste twee volzinnen van punt 112 van het bestreden arrest een ingewikkelde economische beoordeling verricht die zijn controlebevoegdheden overschrijdt en op basis waarvan het zijn motivering in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie, die in het litigieuze besluit niet ingaat op de inhoud van deze laatste twee volzinnen. De redenering op dit punt kan bovendien de conclusie van het Gerecht niet ondersteunen en komt neer op een onjuiste opvatting van de bewijzen, aangezien vrachtwagens 81 % van de inkomsten van AW vertegenwoordigen en het Gerecht niet uitlegt hoe een nadeel van het schaduwtoelatingssysteem dat invloed heeft op deze inkomsten, kan worden gecompenseerd door het feit dat 19 % van de inkomsten van AW niet door dit nadeel worden geraakt.
- 89 Aangezien het betoog van AW in eerste aanleg betrekking had op de nadelen van het schaduwtoelatingssysteem die niet in de berekening van de IRR zijn opgenomen maar niettemin van invloed zijn op de financiële situatie van deze onderneming, zijn de overwegingen van het Gerecht over de in deze berekening opgenomen nadelen van dit systeem dus niet relevant. Volgens AW is de relevante vraag of vanuit het oogpunt van AW een hogere verwachte IRR met hogere inflatie- en wisselkoersrisico's, economisch voordeliger zou zijn dan een lagere verwachte IRR maar met geringere inflatie- en wisselkoersrisico's. Deze vraag kan echter niet worden beantwoord zonder de bovengrens van de schaduwtoelatingstarieven te beoordelen.
- 90 De Commissie en de Republiek Polen betwisten het betoog van AW. De Commissie is in het bijzonder van mening dat uit de punten 110 en 111 van het bestreden arrest blijkt dat bijlage 6 geen enkele overweging bevat met betrekking tot de toename van de inflatie- en wisselkoersrisico's, dat dus niet is bewezen dat de contractpartijen met een dergelijke toename rekening wilden houden, en dat de IRR van het door AW in eerste aanleg meegedeelde vignetmodel is voorgesteld zonder een compensatie voor de inflatie- en wisselkoersrisico's te bevatten. Bovendien is de stelling dat de bewijslast is omgekeerd, niet-ontvankelijk, aangezien zij niet vergezeld gaat van enig juridisch argument dat deze stelling onderbouwt. Voorts betogen de Commissie en de Republiek Polen dat het eerste onderdeel van het tweede en het eerste onderdeel van het derde middel ongegrond zijn.

– *Beoordeling door het Hof*

- 91 In het kader van het eerste onderdeel van het tweede en het eerste onderdeel van het derde middel verwijst AW het Gerecht een onjuiste opvatting van de bewijselementen en verschillende onjuiste rechtsopvattingen door foute toepassingen van het criterium van de particuliere investeerder, een onjuiste verdeling van de bewijslast, vervanging van de motivering, en een ontoereikende motivering van het bestreden arrest.
- 92 Wat in de eerste plaats de aangevoerde onjuiste opvatting van bewijselementen betreft, dient eraan herinnerd te worden dat uit artikel 256, lid 1, tweede alinea, VWEU en artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie volgt dat het Gerecht bij



uitsluiting bevoegd is om ten eerste de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van zijn vaststellingen blijkt uit de aan het Gerecht overgelegde processtukken, en ten tweede om die feiten te beoordelen (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 93 De beoordeling van de feiten levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht overgelegde bewijzen (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 98 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 94 Wanneer een rekwirant stelt dat het Gerecht bewijzen onjuist heeft opgevat, moet hij op basis van artikel 256 VWEU, artikel 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 168, lid 1, onder d), van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, precies aangeven welke elementen volgens hem onjuist zijn opgevat en aantonen welke fouten in de analyse het Gerecht tot die onjuiste opvatting hebben gebracht. Het is overigens vaste rechtspraak van het Hof dat een onjuiste opvatting duidelijk moet blijken uit de stukken van het dossier, zonder dat de feiten en de bewijzen opnieuw hoeven te worden beoordeeld (arrest van 30 november 2016, Commissie/Frankrijk en Orange, C-486/15 P, EU:C:2016:912, punt 99 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 95 In casu heeft de eerste door AW aangevoerde onjuiste opvatting betrekking op punt 110 van het bestreden arrest, volgens hetwelk „uit bijlage 6 niet blijkt dat de contractpartijen rekening hebben willen houden met de gestelde nadelen van het schaduwtoelstelsel waarop [AW] zich thans beroept, laat staan dat zij dienaangaande een overeenkomst hebben gesloten. Deze bijlage bevat met name geen enkele overweging met betrekking tot de toename van de door [AW] gestelde risico's”.
- 96 Wanneer AW het Gerecht verwijt te zijn voorbijgegaan aan het feit dat de bovengrens van de schaduwtoelstelsel is opgenomen in bijlage 6, in de voorlaatste alinea van punt 4 van bijlage 1 erbij, en dat deze contractbepaling tussen de partijen bij de overeenkomst is besproken, voert zij echter geen onjuiste opvatting aan, maar betwist zij in werkelijkheid de feitelijke beoordeling van het Gerecht dat het enkele bestaan van deze bovengrens bij gebreke van andere elementen die dit bevestigen, niet betekent dat deze partijen een overdracht van de door AW aangevoerde wissel- en inflatierisico's in aanmerking hebben genomen.
- 97 Zoals de Commissie terecht betoogt, zijn de vorderingen van AW dienaangaande dus niet-ontvankelijk in het stadium van de hogere voorziening.
- 98 De tweede door AW aangevoerde onjuiste opvatting betreft punt 112 van het bestreden arrest, dat met name luidt als volgt:

„[...] [O]vereenkomstig bijlage 6 werden de schaduwtoelstelsel geïndexeerd aan de hand van inflatie- en wisselkoersschommelingen, en bovendien vanaf 1 september 2007 om de zes maanden verhoogd met een extra factor, ‚WWR’ genoemd. Met het verificatiemechanisme heeft de Republiek Polen ook de risico's in verband met de ontwikkeling van het verkeer en de inkomsten op haar genomen en gewaarborgd dat de IRR in de periode van 1 september 2005 tot en met 31 december 2006 op hetzelfde niveau zou blijven als het niveau dat vóór de wijziging door de wet werd verwacht. In die omstandigheden kan niet worden aangenomen dat het enkele

bestaan van een bovengrens voor de schaduwtoelagen, die niet is geïndexeerd aan de hand van inflatie- en wisselkoersschommelingen, het inflatie- en het wisselkoersrisico aan verzoekster heeft overgedragen en de betaling van een ‚premie‘ aan verzoekster rechtvaardigt.”

- 99 Voor zover AW het Gerecht verwijt hiermee te hebben geoordeeld dat de wisselkoers- en inflatierisico's niet alleen aan de Republiek Polen zijn overgedragen wanneer de schommelingen onder de absolute bovengrens van het vastgestelde schaduwtoelagetarief lagen, maar ook wanneer zij daarboven lagen, moet worden vastgesteld dat het Gerecht in de eerste zin die in het vorige punt is aangehaald, enkel het mechanisme van bijlage 6 heeft beschreven, dat de tweede zin geen betrekking heeft op wisselkoers- en inflatierisico's, maar wel op de risico's die verband houden met de ontwikkeling van het verkeer en de inkomsten, en dat de derde zin een feitelijke beoordeling bevat op basis van de bewijselementen die in de voorafgaande twee zinnen zijn vermeld.
- 100 Uit deze passage van het bestreden arrest blijkt dus niet dat het bewijs onjuist is opgevat en AW betwist opnieuw slechts een soevereine feitelijke beoordeling van het Gerecht, hetgeen in hogere voorziening niet-ontvankelijk is.
- 101 De derde door AW aangevoerde onjuiste opvatting betreft ook punt 112 van het bestreden arrest, dat met name luidt als volgt:

„[...] [M]et betrekking tot de onmogelijkheid om tol vast te stellen op het optimale niveau en de onmogelijkheid om een hoger rendement te behalen dan aanvankelijk was voorzien, moet ten eerste worden vastgesteld [dat AW] de vrijheid behield om de toelagen vast te stellen voor andere voertuigen dan vrachtwagens met een vignet, zodat zij haar commerciële strategie aan de marktontwikkelingen kon aanpassen, en ten tweede dat zij op 1 september 2005 gebruik had gemaakt van alle mogelijkheden om haar reële toelagen voor vrachtwagens te verhogen tot de [door de concessieovereenkomst] toegelaten maximumtoelagen voor vrachtwagens. De door [rekwirante] gestelde nadelen konden haar verwachte financiële situatie dus niet merkbaar beïnvloeden.”

- 102 Wanneer AW opmerkt dat de vrachtwagens 81 % van haar inkomsten vertegenwoordigen en stelt dat het Gerecht niet uitlegt hoe een nadeel van het schaduwtoelagesysteem dat van invloed is op deze inkomsten, zou kunnen worden gecompenseerd door het feit dat 19 % van haar inkomsten niet door dit nadeel wordt geraakt, tracht zij niet aan te tonen dat het Gerecht de contractuele bedingen in het kader van de eerste volzin van de in het vorige punt genoemde zinnen onjuist heeft opgevat, maar tracht zij aan te tonen dat de feitelijke beoordeling door het Gerecht, namelijk dat de gestelde nadelen van het schaduwtoelagesysteem haar verwachte financiële situatie niet merkbaar konden wijzigen, onjuist is. Ook dit betoog moet dus niet-ontvankelijk worden geacht.
- 103 Wat in de tweede plaats de onjuiste rechtsopvattingen betreft waarvan het Gerecht blij zou hebben gegeven, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een maatregel pas kan worden aangemerkt als een „steunmaatregel van de staat” in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU wanneer is voldaan aan alle hierna genoemde voorwaarden. Ten eerste moet het gaan om een maatregel die uitgaat van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd. Ten tweede moet de maatregel het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Ten derde moet de maatregel de begunstigde een selectief voordeel verschaffen. Ten vierde moet hij de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen (arrest van 10 december 2020, Comune di Milano/Commissie, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 104 Aangezien het betoog van AW in het kader van het eerste onderdeel van het tweede middel en het eerste onderdeel van het derde middel uitsluitend betrekking heeft op de derde voorwaarde, moet worden opgemerkt dat het tevens vaste rechtspraak van het Hof is dat maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen direct of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen verkrijgen, als staatssteun worden beschouwd (arrest van 6 maart 2018, Commissie/FIH Holding en FIH Erhvervsbank, C-579/16 P, EU:C:2018:159, punt 44).
- 105 Gelet op het in artikel 107, lid 1, VWEU neergelegde doel om onvervalste mededinging te verzekeren, ook tussen publieke en private ondernemingen, kan het begrip „steunmaatregel” in de zin van deze bepaling dus geen betrekking hebben op een ten behoeve van een onderneming genomen maatregel die met staatsmiddelen is bekostigd, wanneer de onderneming onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden hetzelfde voordeel had kunnen genieten. De beoordeling van de voorwaarden waaronder een dergelijk voordeel is verstrekt, gebeurt dus in beginsel aan de hand van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer (arrest van 10 december 2020, Comune di Milano/Commissie, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, punt 103 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 106 Wanneer er in dat verband twijfel bestaat over de toepasselijkheid van dat beginsel, met name omdat de betrokken lidstaat bij de vaststelling van de maatregel in kwestie gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheden van openbaar gezag, staat het aan de lidstaat om ondubbelzinnig en op basis van objectieve en controleerbare gegevens aan te tonen dat hij de maatregel in zijn hoedanigheid van particuliere marktdeelnemer ten uitvoer heeft gelegd (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 107 Wanneer het beginsel van de particuliere marktdeelnemer toepasselijk is, is het daarentegen een van de aspecten waarmee de Commissie rekening moet houden om vast te stellen of er sprake is van steun, en vormt het dus geen uitzondering die enkel geldt op verzoek van een lidstaat, wanneer is vastgesteld dat de bestanddelen van het begrip „staatssteun” als bedoeld in artikel 107, lid 1, VWEU aanwezig zijn (arrest van 10 december 2020, Comune di Milano/Commissie, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, punt 109 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 108 In dat geval staat het dus aan de Commissie om, met name rekening houdend met de door de betrokken lidstaat verstrekte informatie, te bewijzen dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, zodat de betrokken overheidsmaatregel een voordeel verschaft in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (arrest van 10 december 2020, Comune di Milano/Commissie, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, punt 110).
- 109 In dit verband zij eraan herinnerd dat voor de beoordeling of een particuliere marktdeelnemer onder normale marktomstandigheden dezelfde maatregel zou hebben genomen, moet worden uitgegaan van een dergelijke marktdeelnemer wiens situatie die van de betrokken staat zo dicht mogelijk benadert (zie in die zin arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 110 In dit kader is het de taak van de Commissie om een globale beoordeling te verrichten aan de hand van alle relevante gegevens van de zaak op basis waarvan zij kan uitmaken of de begunstigde onderneming kennelijk geen vergelijkbare betalingsfaciliteiten van een dergelijke particuliere marktdeelnemer zou hebben gekregen (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 111 Daaruit vloeit voort dat de beoordeling die de Commissie in voorkomend geval moet verrichten, niet kan worden beperkt tot de opties die de bevoegde openbare autoriteit daadwerkelijk in aanmerking heeft genomen, maar noodzakelijkerwijs betrekking moet hebben op alle opties die een particuliere marktdeelnemer in een dergelijke situatie redelijkerwijs zou hebben overwogen (zie in die zin arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punt 29).
- 112 In deze context komt relevantie toe aan alle informatie die in aanzienlijke mate invloed kan hebben op de besluitvorming van een normaal voorzichtige en verstandige particuliere marktdeelnemer wiens situatie die van de openbare marktdeelnemer het dichtst benadert (zie in die zin arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punt 60).
- 113 Verder zijn alleen de gegevens die beschikbaar en de ontwikkelingen die voorzienbaar waren op het ogenblik waarop de beslissing is genomen, relevant voor de toepassing van het criterium van de particuliere marktdeelnemer (zie in die zin arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punt 61).
- 114 In het belang van een goede toepassing van de fundamentele bepalingen van het VWEU inzake steunmaatregelen is de Commissie bovendien gehouden om het onderzoek van de betrokken maatregelen zorgvuldig en onpartijdig te voeren, zodat zij haar eindbesluit kan vaststellen op basis van zo volledig en betrouwbaar mogelijke gegevens (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 115 Voor zover AW het Gerecht verwijt de grenzen van zijn controle te hebben overschreden, zij eraan herinnerd dat het Hof en het Gerecht bij de in artikel 263 VWEU bedoelde wettigheidstoetsing bevoegd zijn om uitspraak te doen over beroepen wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het VWEU of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid. Artikel 264 VWEU bepaalt dat indien het beroep gegrond is, de betwiste handeling nietig wordt verklaard. Het Hof en het Gerecht kunnen dus in geen geval hun eigen motivering in de plaats stellen van de die van de auteur van de betwiste handeling (arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 104 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 116 Bovendien is het vaste rechtspraak dat het onderzoek dat de Commissie bij de toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer dient te verrichten een complexe economische beoordeling vergt en dat de rechterlijke instanties van de Unie, wanneer zij de complexe economische beoordelingen van de Commissie in steunaangelegenheden toetsen, hun economische beoordeling niet in de plaats kunnen stellen van die van de Commissie (arrest van 10 december 2020, Comune di Milano/Commissie, C-160/19 P, EU:C:2020:1012, punt 100).

- 117 Evenwel dient de Unierechter niet alleen de feitelijke juistheid, de betrouwbaarheid en de samenhang van de aangevoerde gegevens te controleren, maar moet hij ook nagaan of deze gegevens het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punt 64).
- 118 In dit verband moet de wettigheid van een besluit inzake staatssteun door de Unierechter worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar besluit heeft vastgesteld, waaronder die welke van belang zijn voor de overeenkomstig de rechtspraak bedoeld in de punten 110 tot en met 113 van het onderhavige arrest te verrichten beoordeling en die zij in het kader van de administratieve procedure had kunnen laten overleggen (arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice, C-300/16 P, EU:C:2017:706, punten 70 en 71).
- 119 Het betoog van AW moet worden onderzocht in het licht van de overwegingen in de punten 103 tot en met 118 van het onderhavige arrest.
- 120 Wat ten eerste de grief betreft dat het Gerecht zijn onderzoek heeft beperkt tot de door de contractpartijen overwogen opties en geen rekening heeft gehouden met de aanzienlijke invloed van de gestelde risico's op de besluitvorming van een particuliere investeerder, volgt uit de in de punten 110 en 111 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak inderdaad dat de beoordeling die de Commissie in voorkomend geval moet verrichten, niet kan worden beperkt tot de opties die de bevoegde openbare autoriteit daadwerkelijk in aanmerking heeft genomen, maar noodzakelijkerwijs betrekking moet hebben op alle opties die een particuliere marktdeelnemer in een dergelijke situatie redelijkerwijs zou hebben overwogen.
- 121 Uit deze rechtspraak volgt echter ook dat dit vereiste niet impliceert dat de Commissie bovendien rekening moet houden met de opties die een particuliere marktdeelnemer in een dergelijke situatie redelijkerwijs niet zou hebben overwogen.
- 122 Bovendien ging het in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 20 september 2017, Commissie/Frucona Košice (C-300/16 P, EU:C:2017:706), om de toepassing van het criterium van de particuliere schuldeiser op een schuldeiser die trachtte de terugvordering van bedragen die hem door een gefailleerde schuldenaar verschuldigd waren, te maximaliseren. In een dergelijke situatie heeft het Hof geoordeeld dat het aan de Commissie stond om, naast de door de bevoegde openbare autoriteit overwogen terugvorderingsopties, elke andere optie te onderzoeken die een particuliere schuldeiser redelijkerwijs in aanmerking zou hebben genomen.
- 123 Uit de in casu aan de orde zijnde situatie blijkt daarentegen dat de Republiek Polen ten opzichte van AW niet in de situatie van een particuliere schuldeiser en overigens evenmin in die van een particuliere investeerder verkeerde. Aangezien deze lidstaat verplicht was AW te vergoeden voor schade die zij in het kader van hun contractuele betrekkingen had geleden, moest namelijk worden uitgegaan van het criterium van een particuliere schuldenaar die in het kader van een contractuele relatie aan zijn medecontractant een geldsom verschuldigd is wegens schade die hij aan die medecontractant heeft berokkend.
- 124 Vastgesteld moet worden dat het niet in het belang van een particuliere schuldenaar is om zijn schuldeiser te compenseren voor wisselkoers- en inflatierisico's die deze schuldeiser jegens hem niet heeft aangevoerd. Aangezien een hogere compensatie in beginsel zou indruisen tegen de belangen van een particuliere schuldenaar, moet er immers van worden uitgegaan dat een

dergelijke schuldenaar geen rekening zou hebben gehouden met dergelijke risico's, tenzij hij daartoe op verzoek van zijn medecontractant verplicht was of het, gelet op de betrokken contractuele relatie, in zijn ruimere belang zou zijn geweest.

- 125 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 152 tot en met 154 en 165 tot en met 171 van het bestreden arrest te oordelen dat een particuliere marktdeelnemer in de situatie van de Republiek Polen in beginsel niet zou hebben aanvaard om een hoger bedrag te betalen dan het bedrag dat hij ten gevolge van de betrokken schadeveroorzakende gebeurtenis aan AW verschuldigd was, en meer in het bijzonder in de punten 110 tot en met 112 van dat arrest, dat er geen rekening hoefde te worden gehouden met de risico's die beweerdelijk op AW rustten en die niet het voorwerp lijken te zijn geweest van een verzoek van AW in het kader van haar onderhandelingen met deze lidstaat noch anderszins in hun briefwisseling aan bod te zijn gekomen.
- 126 Daaruit volgt ten tweede dat AW het Gerecht ten onrechte verwijt de bewijslast te hebben omgekeerd, aangezien de door AW aangevoerde risico's bijgevolg niet moeten worden beschouwd als relevante informatie die in aanzienlijke mate invloed kan hebben op de besluitvorming van een normaal voorzichtige en verstandige particuliere marktdeelnemer wiens situatie die van de openbare marktdeelnemer het dichtst benadert. In die omstandigheden kan, anders dan AW stelt, niet worden geoordeeld dat de Commissie verplicht was om in het litigieuze besluit de redenen aan te geven waarom zij de door AW aangevoerde risico's niet in aanmerking had genomen.
- 127 Ten derde kan AW, gelet op de voorgaande overwegingen, niet met succes stellen dat het Gerecht de motivering heeft vervangen of de grenzen van zijn controle heeft overschreden door in de punten 110 tot en met 112 van het bestreden arrest vast te stellen dat de door AW aangevoerde risico's noch relevant waren voor de door de Commissie te verrichten beoordeling, noch bewezen waren. Het Gerecht heeft zich immers ertoe beperkt de voor het Gerecht aangevoerde argumenten te beoordelen en na te gaan of het litigieuze besluit al dan niet onwettig was in het licht van de vorderingen van AW.
- 128 Ten slotte, voor zover AW aanvoert dat de redenering in die punten van het bestreden arrest de conclusie van het Gerecht in punt 113 van dat arrest niet kan ondersteunen, moet worden vastgesteld dat zij geen ontoereikende motivering van dat arrest aanvoert, maar kritiek levert op de inhoud van de beoordelingen van het Gerecht, en het Hof derhalve verzoekt de feiten opnieuw te beoordelen, hetgeen niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort en dus in het stadium van de hogere voorziening niet-ontvankelijk moet worden verklaard.
- 129 Gelet op een en ander moeten het eerste onderdeel van het tweede en het eerste onderdeel van het derde middel van de hogere voorziening gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond worden verklaard.

*Tweede onderdeel van het tweede middel*

- 130 Het tweede onderdeel van het tweede middel, betreffende de opties die een hypothetische particuliere investeerder zou hebben overwogen, is ontleend aan schending van het criterium van de particuliere investeerder, het beginsel van voorrang van het Unierecht, de motiveringsplicht, de bewijsregels en de grenzen van de door het Gerecht te verrichten controle.

– *Argumenten van partijen*

- 131 AW betoogt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat een particuliere investeerder bij de onderhandelingen over het schaduwtolbedrag zou zijn beperkt door de bepalingen en de doelstellingen van de wet van 28 juli 2005, aangezien het de onjuiste benadering van de Commissie om enkel rekening te houden met de door de betrokken lidstaat overwogen opties, heeft bevestigd. Bovendien is het passende niveau van compensatie voor AW geen doorslaggevende overweging voor een particuliere investeerder, aangezien dit niveau niet rechtstreeks verband houdt met zijn winstgevendheid of zijn risico.
- 132 Indien een met een nationale wet strijdige maatregel een voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt op de enkele grond dat een particuliere investeerder niet meer zou betalen dan door die wet wordt vereist, zou deze wet voorts de toepassing van die bepaling van hogere rang beperken, hetgeen schending oplevert van het beginsel van voorrang van het Unierecht.
- 133 Bovendien heeft het Gerecht, door te oordelen dat de wet van 28 juli 2005 de contractpartijen beperkingen oplegt met betrekking tot de bepaling van het schaduwtolgeld, het bestreden arrest ontoereikend gemotiveerd, de bewijsregels geschonden en de motivering van het litigieuze besluit vervangen door een andere motivering. Hoewel deze wet reële tol verbod, heeft zij immers ook verwezen naar onderhandelingen over de compensatiemethode en de terugbetalingstermijnen. Aangezien deze wet de IRR niet specificeert, niet bepaalt dat deze enkel de inkomstenderving moet compenseren, en evenmin aangeeft welke overwegingen de staat in aanmerking kan nemen of wat de commerciële positie van de staat is, laat zij een ruime beoordelingsbevoegdheid om de overeenkomst over schaduwtolgelden te structureren.
- 134 AW heeft het Gerecht overigens als bewijs van de draagwijdte en de inhoud van de wet van 28 juli 2005 de scheidsrechterlijke uitspraak overgelegd waarin de juiste uitlegging van de wet van 28 juli 2005 wordt uiteengezet, en die het Gerecht ten onrechte en met een ontoereikende motivering als irrelevant heeft afgewezen. Het feit dat deze uitspraak niet bindend was voor de Commissie en dat daarin de WSA-studie van 1999 niet relevanter wordt geacht dan de WSA-studie van 2004, doet immers niet af aan de bewijskracht van die uitspraak. Het Gerecht heeft aldus zijn conclusies getrokken uit onvolledige en niet-onderbouwde bewijzen, aangezien niets in het dossier deze conclusies ondersteunt. Het Gerecht is ook voorbijgegaan aan het feit dat het onderzoek van de draagwijdte en de inhoud van de wet van 28 juli 2005 technische kennis veronderstelde en dat de Commissie zich niet met de nodige deskundigheid heeft omringd, wat nog werd verergerd door het feit dat in de scheidsrechterlijke uitspraak en de tekst van de wet van 28 juli 2005 was aangegeven dat over de schaduwtol tussen de contractpartijen moest worden onderhandeld. Ten slotte is de scheidsrechterlijke uitspraak door de Sąd Apelacyjny w Warszawie vernietigd op de enkele grond dat die uitspraak in strijd was met het litigieuze besluit, hetgeen de bewijskracht ervan voor de uitlegging van die wet niet ter discussie stelt.
- 135 Door in punt 153 van het bestreden arrest de in punt 152 van het litigieuze besluit opgenomen stelling te bevestigen die niet berust op nauwkeurige, betrouwbare en samenhangende bewijzen en volgens welke bijlage 6 een grotere compensatie toekent dan was vereist volgens de wet van 28 juli 2005 en er een tegenstrijdigheid bestaat met de concessieovereenkomst, heeft het Gerecht bovendien verzuimd om na te gaan of aan de bewijsvereisten was voldaan. Het bestreden arrest is dus ontoereikend gemotiveerd, zodat AW niet in staat is de redenen te kennen waarom het Gerecht die uitlegging van die wet heeft gekozen, en evenmin de redenen kan kennen voor de afwijzing van haar betoog dat de vermeende tegenstrijdigheid niet bestaat.

136 De Commissie en de Republiek Polen betwisten het betoog van AW. De Commissie is in het bijzonder van mening dat de grief dat een particuliere investeerder door de bepalingen en de doelstellingen van de wet van 28 juli 2005 niet wordt beperkt, niet-ontvankelijk is, aangezien de aard van de onjuiste rechtsopvatting niet is gepreciseerd en geen enkel juridisch argument wordt aangevoerd tot staving van een dergelijke grief. Aangezien de strekking en de inhoud van deze wet bovendien feitelijke elementen zijn, kan de soevereine beoordeling van deze elementen door het Gerecht slechts worden betwist indien wordt aangevoerd dat die bewijzen onjuist zijn opgevat, hetgeen niet is aangevoerd en a fortiori niet is bewezen. Tot slot betogen de Commissie en de Republiek Polen dat het tweede onderdeel van het tweede middel ongegrond is.

– *Beoordeling door het Hof*

137 Om te beginnen moet de stelling van de Commissie dat het door AW in het kader van het tweede onderdeel van het tweede middel aangevoerde argument niet-ontvankelijk is, worden afgewezen, aangezien dit betoog voldoende duidelijk is en ertoe strekt te doen vaststellen dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het de elementen heeft beperkt die in aanmerking zijn genomen voor de beoordeling uit hoofde van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, het beginsel van voorrang van het Unierecht heeft geschonden, de regels inzake de bewijsvoering niet heeft nageleefd, de motivering heeft vervangen en het bestreden arrest ontoereikend heeft gemotiveerd.

138 Deze grieven van AW hebben betrekking op de punten 152 tot en met 154 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht met name heeft geoordeeld dat de Commissie terecht had vastgesteld dat de wet van 28 juli 2005 en de concessieovereenkomst de Republiek Polen verplichtten om AW uitsluitend schadeloos te stellen voor de inkomstenderving als gevolg van de wijzigingen door deze wet, en dat geen enkele rationele particuliere marktdeelnemer bereid zou zijn geweest een hoger bedrag te betalen dan het bedrag dat die wet en die overeenkomst hem oplegden.

139 In de punten 121 tot en met 125 van het onderhavige arrest is reeds opgemerkt dat het Gerecht terecht heeft geoordeeld dat een particuliere schuldenaar in de situatie van de Republiek Polen niet zou trachten aan AW een hogere schadevergoeding te betalen dan die welke hij ten gevolge van de impact van de wet van 28 juli 2005 op hun contractuele verhouding zou moeten betalen. Aangezien de beoordeling van het Gerecht dus in overeenstemming is met het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, moet worden geoordeeld dat die beoordeling geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en evenmin in strijd is met het beginsel van voorrang van het Unierecht.

140 Daaruit volgt ook dat AW niet met succes kan stellen dat het Gerecht de motivering heeft vervangen of de grenzen van zijn controle heeft overschreden door in de punten 152 tot en met 154 van het bestreden arrest de in punt 138 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte vaststellingen te verrichten. Het Gerecht heeft zich immers ertoe beperkt de voor hem aangevoerde argumenten te beoordelen en na te gaan of het litigieuze besluit al dan niet onwettig was in het licht van de vorderingen van AW.

141 Wat de gestelde gebrekkige motivering van het bestreden arrest betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat AW enkel betwist dat het bestreden arrest toereikend is gemotiveerd om de conclusies van het Gerecht te ondersteunen.



- 142 Vervolgens berust dit betoog ten dele op een onjuiste lezing van de punten 152 en 153 van het bestreden arrest, waarin niet wordt vastgesteld dat bijlage 6 aan AW een hogere compensatie zou toekennen dan die welke is vereist op grond van de wet van 28 juli 2005, en evenmin dat er sprake is van een tegenstrijdigheid tussen de concessieovereenkomst en deze bijlage, maar wel dat het bedrag van de compensatie waarop AW recht had voortvloeide uit een algehele beoordeling van het schadeveroorzakende feit dat door deze wet is veroorzaakt en van de krachtens die overeenkomst op de Republiek Polen rustende verplichtingen.
- 143 Aangezien het Gerecht in die punten van het bestreden arrest geen dergelijke vaststellingen heeft gedaan, kan het betoog van AW dat het Gerecht de regels inzake de bewijsvoering heeft geschonden door deze vaststellingen te doen, niet slagen.
- 144 Ten slotte beoogt AW, zoals de Commissie terecht heeft betoogd, een nieuwe beoordeling van de feiten te verkrijgen, met name van de inhoud van de wet van 28 juli 2005, hetgeen niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort.
- 145 Hieruit volgt dat het tweede onderdeel van het tweede middel ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond moet worden verklaard.

*Derde onderdeel van het tweede middel*

- 146 Met het derde onderdeel van het tweede middel, betreffende het risico op mislukking van de onderhandelingen en het gevaar van rechtszaken, beroept AW zich op een onjuiste opvatting van de bewijzen alsook op de niet-naleving van het criterium van de particuliere investeerder, het beginsel van voorrang van het Unierecht, de motiveringsplicht, de bewijsregels en de grenzen van de door het Gerecht te verrichten controle.

*– Argumenten van partijen*

- 147 AW betoogt dat, net als de adviseurs van de Republiek Polen die bijlage 6 als aanvaardbaar hebben beschouwd, een hypothetische particuliere investeerder rekening zou hebben gehouden met het risico dat AW uiteindelijk de opzegging van de concessieovereenkomst zou vragen of een beroep zou instellen en de professionele mening van haar adviseurs dienaangaande zou vragen, en dat de Commissie dus zowel dit risico moest beoordelen als rekening diende te houden met dat advies, hetgeen zij niet heeft gedaan en hetgeen het Gerecht niet heeft bekritiseerd.
- 148 In punt 165 van het bestreden arrest zou het Gerecht de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder immers hebben beperkt tot de in de wet van 28 juli 2005 opgenomen opties en aldus in het bestreden arrest dezelfde fouten hebben gemaakt als die welke reeds in het kader van het tweede onderdeel van het tweede middel van de hogere voorziening zijn aangevoerd. De redenering in punt 166 van dat arrest is een cirkelredenering die ontoereikend is en een vervanging van de motivering bevat met betrekking tot de in het vorige punt van het onderhavige arrest genoemde risico's van opzegging en rechtszaken.
- 149 Voor zover het Gerecht in punt 167 van dat arrest heeft geoordeeld dat AW er ook belang bij had om een geschil te vermijden, zou het Gerecht zijn redenering opnieuw in de plaats stellen van die van de Commissie in het litigieuze besluit, zou het niet antwoorden op het argument met betrekking tot het punt waarop AW de handelsrelatie die werd gekenmerkt door het vooruitzicht van verliezen niet zou hebben voortgezet, en zou het de analyses van de adviseurs van de

Republiek Polen verdraaien. De laatste volzin van dit punt bevat bovendien een denkfout en dus een ontoereikende motivering, doordat de inaanmerkingneming van de risico's van opzegging en rechtszaken wordt beperkt tot de periode vóór de vaststelling van de wet van 28 juli 2005, terwijl deze risico's ook voor de periode ná de vaststelling ervan bestonden.

150 De Commissie en de Republiek Polen betwisten het betoog van AW.

– *Beoordeling door het Hof*

151 Met haar betoog in het kader van het derde onderdeel van het tweede middel, dat betrekking heeft op de punten 165 tot en met 167 van het bestreden arrest, beroept AW zich op een onjuiste toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer, een ontoereikende motivering, vervanging van de motivering en een onjuiste opvatting van het bewijs.

152 In punt 165 van het bestreden arrest heeft het Gerecht met betrekking tot de risico's die een particuliere marktdeelnemer bij mislukking van de onderhandelingen zou hebben gelopen, benadrukt dat een dergelijke marktdeelnemer slechts een addendum bij de concessieovereenkomst zou hebben gesloten om overeenkomstig de wet van 28 juli 2005 AW alleen schadeloos te stellen voor de door deze wet veroorzaakte inkomstenderving, en dat hij bijgevolg geen rekening zou hebben gehouden met deze gestelde risico's en evenmin zou hebben aanvaard om uit dien hoofde een hogere compensatie te betalen. Het Gerecht heeft daaraan toegevoegd dat de contractpartijen deze risico's niet hebben besproken tijdens de onderhandelingen over bijlage 6 en dat zij niet in aanmerking zijn genomen voor de berekening van het bedrag van de aan AW betaalde compensatie.

153 In punt 166 van het bestreden arrest heeft het Gerecht eraan herinnerd dat de Commissie zich er in het litigieuze besluit grotendeels toe heeft beperkt om de in de financiële modellen van bijlage 6 gebruikte gegevens te betwisten. Aangezien de risico's die een particuliere marktdeelnemer zonder transactie zou hebben gelopen geen verband hielden met de relevantie van de in de financiële modellen gebruikte gegevens, heeft het Gerecht geoordeeld dat niets erop wees dat een particuliere marktdeelnemer ermee zou hebben ingestemd om de irrelevante gegevens van de WSA-studie van 1999 te gebruiken in plaats van die van de WSA-studie van 2004, teneinde rekening te houden met die risico's.

154 In punt 167 van het bestreden arrest heeft het Gerecht om te beginnen daaraan toegevoegd dat een particuliere marktdeelnemer in het kader van de onderhandelingen bij de berekening van het bedrag van de aan AW verschuldigde compensatie geen rekening zou hebben gehouden met het risico op mislukking van de onderhandelingen en het gevaar van rechtszaken, aangezien deze risico's geen verband houden met de inkomstenderving als gevolg van de wetswijziging. Vervolgens heeft het Gerecht geoordeeld dat AW er ook belang bij had dat de onderhandelingen slaagden en dat een beroep in rechte ter verkrijging van schadevergoeding werd vermeden. Ten slotte heeft het opgemerkt dat AW niet had aangetoond en zelfs niet had aangevoerd dat de adviseurs van de Republiek Polen van mening waren dat het risico op mislukking van de onderhandelingen en het gevaar van rechtszaken in aanmerking moesten worden genomen om de IRR van net voor de wijzigingen door de wet van 28 juli 2005 te bepalen.

155 Wat de vermeende onjuiste opvatting van de bewijzen betreft, volstaat het op te merken dat AW, in strijd met de in punt 94 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte vereisten, niet aangeeft welk bewijselement zou zijn verdraaid door de vaststelling van het Gerecht in de laatste zin van punt 167 van het bestreden arrest.

- 156 Wat de door AW aangevoerde onjuiste toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer betreft, zij er om te beginnen aan herinnerd dat het in casu in aanmerking te nemen beoordelingscriterium dat van een particuliere schuldenaar was die in het kader van een contractuele relatie aan zijn medecontractant een geldbedrag verschuldigd was wegens schade die hij hem had berokkend. Zoals in het onderhavige arrest reeds herhaaldelijk is vastgesteld, geeft het oordeel van het Gerecht dat een dergelijke schuldenaar AW in beginsel niet meer zou hebben vergoed dan het bedrag dat wegens het schadeveroorzakende feit verschuldigd is, dus geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.
- 157 Zelfs indien wordt aangenomen dat deze betalingsverplichting voortvloeide uit een ruimere contractuele relatie tussen de Republiek Polen en AW, en een particuliere schuldenaar in de situatie van die lidstaat dus rekening had kunnen houden met de risico's van mislukking van de onderhandelingen en rechtszaken, dan nog hadden deze reëel moeten zijn en voor hem hogere kosten moeten kunnen meebrengen dan die welke verband houden met de vergoeding van AW wegens de gevolgen voor haar van de wet van 28 juli 2005.
- 158 Ten slotte blijkt uit de feitelijke beoordelingen van het Gerecht in de punten 165 en 167 van het bestreden arrest dat het bestaan van dergelijke risico's evenwel niet was aangetoond. Het Gerecht heeft in dit verband immers opgemerkt dat dit punt niet tussen de contractpartijen is besproken en uit het bestreden arrest blijkt bovendien dat de overeengekomen regeling van compensatie van de verliezen de volledige vervanging van de gederfde inkomsten moest verzekeren en ervoor moest zorgen dat AW in staat was de leningen die waren aangegaan voor de aanleg van het betrokken autoweggedeelte, terug te betalen.
- 159 In die omstandigheden moet de grief inzake de onjuiste toepassing van het beginsel van de particuliere marktdeelnemer ongegrond worden verklaard.
- 160 Wat de gestelde vervanging van de motivering betreft, zij opgemerkt dat het Gerecht in de punten 165 tot en met 167 van het bestreden arrest het betoog van AW dat de Commissie ten onrechte geen rekening had gehouden met het risico op mislukking van de onderhandelingen en het gevaar van rechtszaken, heeft onderzocht. Dienaangaande heeft het Gerecht vastgesteld dat de door AW aangevoerde risico's niet waren bewezen. De Commissie is in beginsel niet verplicht om in haar besluiten aan te geven waarom zij geen rekening heeft gehouden met gegevens die niet zijn bewezen. Bijgevolg heeft het Gerecht in die punten van het bestreden arrest geen motivering gegeven die in het litigieuze besluit had moeten worden opgenomen, maar heeft het een redenering uiteengezet waarbij het voor hem aangevoerde betoog dat het litigieuze besluit ontoereikend was gemotiveerd, werd afgewezen.
- 161 Ten slotte beoogt AW, onder het mom van een vermeende ontoereikende motivering van het bestreden arrest, in werkelijkheid van het Hof een nieuwe beoordeling van de feiten te verkrijgen, waartoe het Hof niet bevoegd is.
- 162 Gelet op een en ander moet het derde onderdeel van het tweede middel worden afgewezen omdat het ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond is.

*Vierde onderdeel van het tweede middel*

163 Het vierde onderdeel van het tweede middel, betreffende de in aanmerking te nemen verkeers- en inkomstenstudie, is ontleend aan een onjuiste opvatting van het litigieuze besluit, de vervanging door het Gerecht van de motivering van dat besluit door een andere motivering, de onjuiste toepassing van het criterium van de particuliere investeerder, schending van het beginsel van voorrang van het Unierecht, schending van de bewijsregels en ontoereikende motivering.

*– Argumenten van partijen*

164 AW merkt op dat in punt 152 van het litigieuze besluit wordt verklaard dat „het hoogst twijfelachtig is” of een particuliere investeerder ermee instemt de compensatie van AW te berekenen op basis van de WSA-studie van 1999 en niet op basis van de WSA-studie van 2004, en beklemt toont dat de Commissie niet over bewijs beschikte dat dit het geval was. Aangezien de bewijslast op de Commissie rust, kan deze redenering geen steun bieden aan haar conclusie dat niet was voldaan aan het criterium van de particuliere investeerder. Door in punt 153 van het bestreden arrest te verklaren dat het litigieuze besluit voldoende was gemotiveerd wat de toepassing van dit criterium betreft, heeft het Gerecht dus een onjuist juridisch criterium toegepast, de evidente betekenis van het litigieuze besluit onjuist voorgesteld en zijn motivering in de plaats gesteld van die van dat besluit.

165 AW is van mening dat uit de bewoordingen van de Commissie, evenals uit de structuur van het litigieuze besluit, overigens blijkt dat de Commissie het criterium van de particuliere investeerder heeft behandeld als een uitzondering die zij pas op verzoek van AW diende te onderzoeken, zodat punt 142 van het bestreden arrest, waarin het tegendeel wordt vastgesteld, niet overtuigend is.

166 AW merkt op dat punt 154 van het bestreden arrest voor de analyse van de financiële situatie van AW vóór de betrokken wetwijziging uitsluitend verwijst naar de respectieve verdiensten van de WSA-studie van 2004 ten opzichte van de WSA-studie van 1999. Een particuliere investeerder zou zich echter niet beperken tot de vaststelling dat bepaalde elementen van een formule anders hadden kunnen worden gekozen, maar zou op basis van hun eindresultaat kiezen tussen de optie van deze formule en andere beschikbare opties. De redenering van het Gerecht verklaart niet waarom bijlage 6 geen deel uitmaakte van die andere opties waarmee een dergelijke investeerder eventueel rekening zou hebben gehouden, zodat de motivering van het bestreden arrest op dit punt ontoereikend is.

167 Door de doelstelling van de wet van 28 juli 2005 in de analyse op te nemen, is de redenering van het Gerecht bovendien aangetast door de in punt 82 van het onderhavige arrest uiteengezette fouten. Aangezien uit de motivering van dit punt 154 niet blijkt welke keuze een particuliere investeerder volgens het Gerecht zou hebben overwogen, is die motivering ontoereikend. In het bijzonder is niet duidelijk of het Gerecht rekening heeft gehouden met de tussen partijen bereikte overeenkomst met als enige wijziging de actualisering van het financiële basismodel aan de hand van de gegevens van de WSA-verkeersstudie van 2004, dat wil zeggen met een bovengrens voor de schaduwtoelagen, of met een overeenkomst die is gebaseerd op het geactualiseerde financiële basismodel, maar waarin geen bovengrens is vastgesteld. In het eerste geval is de motivering van het Gerecht tegenstrijdig, omdat een dergelijke bovengrens volgens het Gerecht niet noodzakelijk is om „compensatie te garanderen” aangezien de IRR 7,42 % bedroeg, en in het tweede geval is het duidelijk dat de bovengrens van de schaduwtoelagen had moeten worden onderzocht.

168 Nog in dit verband merkt AW op dat een andere optie voor de particuliere investeerder had kunnen bestaan in een overeenkomst zonder actualisering van de verkeershypothese in het financiële basismodel, maar met een lagere bovengrens voor de schaduwtoelagen, die tot een IRR van minder dan 7,42 % had kunnen leiden. Een particuliere investeerder zou uiteraard niet meer betalen enkel om de „juiste” studie te gebruiken. De „juiste” studie is dus op zich irrelevant. Het criterium van de particuliere investeerder veronderstelt immers een analyse van het „complete pakket”, zodat de analyse van het Gerecht een onjuiste toepassing van dit criterium vormt. Evenzo is het Gerecht voorbijgegaan aan het argument van AW dat een particuliere investeerder van mening zou zijn geweest dat geen van de beschikbare studies aan de nagestreefde doelstelling beantwoordde, hetgeen strookt met de conclusies van de financieel adviseur van de Republiek Polen, een feit waarvan geen enkele investeerder onkundig kon zijn.

169 De Commissie bestrijdt het betoog van AW.

– *Beoordeling door het Hof*

170 Met het vierde onderdeel van het tweede middel verwijt AW het Gerecht dat het in de punten 142, 153 en 154 van het bestreden arrest onjuiste juridische criteria heeft gebruikt, de betekenis van het litigieuze besluit onjuist heeft voorgesteld, zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van dit besluit, het bestreden arrest ontoereikend heeft gemotiveerd en niet heeft geantwoord op een van haar argumenten.

171 Wat om te beginnen het betoog van AW betreft dat het Gerecht in punt 142 van het bestreden arrest ten onrechte haar argument heeft afgewezen dat de Commissie het criterium van de particuliere investeerder als een uitzondering had behandeld, zij eraan herinnert dat het Gerecht in dit punt heeft geoordeeld dat AW datzelfde betoog niet kon aanvoeren voor het Gerecht, aangezien „de Commissie de hoogte van de overcompensatie zoals die voortvloeide uit het PwC-verslag [...] inderdaad had onderzocht [...] voordat zij zich over het criterium van de particuliere investeerder heeft uitgesproken, maar zij zich pas definitief heeft uitgesproken over het bestaan van een economisch voordeel of over de hoogte van de overcompensatie nadat zij dat criterium had onderzocht”.

172 In dit verband moet worden vastgesteld dat uit het litigieuze besluit ondubbelzinnig blijkt dat de Commissie vanaf de punten 125 en 126 van dat besluit haar gehele analyse van het bestaan van een economisch voordeel heeft verricht vanuit het oogpunt dat de Republiek Polen krachtens de concessieovereenkomst verplicht was om AW de door de wet van 28 juli 2005 veroorzaakte schade te vergoeden, en dat een compensatie die meer bedroeg dan deze schade, een economisch voordeel in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU opleverde. Hieruit volgt dat deze analyse in wezen overeenkomt met die welke deze instelling overeenkomstig het beginsel van de particuliere marktdeelnemer diende te verrichten.

173 Aangezien de overeenstemming van die analyse met dit beginsel door de Commissie ook in punt 152 van het litigieuze besluit is vastgesteld en door het Gerecht in de punten 152 tot en met 154 en 165 tot en met 171 van het bestreden arrest nader is toegelicht, moet het betoog van AW ongegrond worden verklaard.

174 Wat vervolgens de kritiek van AW op de laatste zin van punt 153 van het bestreden arrest betreft, zij eraan herinnert dat het Gerecht in dit punt heeft geoordeeld dat de Commissie, door te „overwegen dat het ‚hoogst twijfelachtig’ is of een rationele particuliere exploitant ermee instemt de compensatie te berekenen op basis van de WSA-studie van 1999 en niet op basis van de

[recentere WSA-studie van 2004], voldoende duidelijk [had] uiteengezet dat uit de stukken van het dossier niet bleek dat een dergelijke entiteit de WSA-studie van 1999 zou hebben gebruikt, en haar beoordeling [had] onderbouwd door te benadrukken dat de WSA-studie van 2004 recenter was”.

- 175 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de uitlegging van een besluit inzake staatssteun dat door de Commissie is vastgesteld in de uitoefening van haar bevoegdheden, een juridische beoordeling vormt die onder het toezicht van het Gerecht en het Hof valt (zie in die zin arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punten 102 en 105).
- 176 Bovendien moet een specifiek punt van een dergelijk besluit in de context van het gehele betrokken besluit worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 26 maart 2020, Larko/Commissie, C-244/18 P, EU:C:2020:238, punt 111).
- 177 In casu moet de verklaring van de Commissie in punt 152 van het litigieuze besluit, dat het „hoogst twijfelachtig” was dat een particuliere marktdeelnemer gebruik zou hebben gemaakt van de WSA-studie van 1999, dus worden gelezen in de context van de onderhavige situatie, zoals die met name blijkt uit punt 135 van het litigieuze besluit waarin de Commissie heeft gepreciseerd dat het noodzakelijk was zich te baseren op een verkeers- en inkomstenprognose ten tijde van de wet van 28 juli 2005.
- 178 Hieruit volgt dat het Gerecht, anders dan AW stelt, in punt 153 van het bestreden arrest noch een onjuist juridisch criterium heeft gehanteerd, noch de betekenis van het litigieuze besluit onjuist heeft voorgesteld. Het heeft evenmin zijn eigen motivering in de plaats gesteld van die van het litigieuze besluit, maar heeft de motivering van dat besluit bevestigd door AW’s argumenten af te wijzen.
- 179 Wat ten slotte het tegen punt 154 van het bestreden arrest gerichte betoog van AW betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat dit betoog berust op een onjuiste opvatting van het toepasselijke criterium. Zoals het Gerecht in dit punt van het bestreden arrest in wezen in herinnering heeft gebracht, zou een particuliere schuldenaar in de situatie van de Republiek Polen, die AW in het kader van zijn contractuele relatie met haar een bedrag verschuldigd was voor de schade die hij die onderneming door de vaststelling van de wet van 28 juli 2005 had berokkend, namelijk beoogd hebben AW enkel te vergoeden voor de nadelige gevolgen van deze wet.
- 180 De redenering van het Gerecht dat er, gelet op dit doel, geen enkele reden is om aan te nemen dat een particuliere marktdeelnemer ermee zou hebben ingestemd zich te baseren op de gegevens van de WSA-studie van 1999 en niet op die van de WSA-studie van 2004, bovendien de aanstelling van een deskundige zou hebben geëist of er de voorkeur aan zou hebben gegeven de gegevens van de FM-studie van 2005 te gebruiken, maakt het dus mogelijk om duidelijk te begrijpen, anders dan AW stelt, dat een dergelijke particuliere marktdeelnemer uit alle beschikbare onvolmaakte opties voor de waardering, de optie zou kiezen die het best toelaat om de nadelige gevolgen van de genoemde wet te bepalen zodat de toegekende schadevergoeding in overeenstemming is met de contractuele verplichtingen zonder deze te overschrijden.
- 181 Hieruit volgt dat deze redenering het juiste criterium toepast en een duidelijk en coherent antwoord geeft op het betoog van AW dat in de punten 134, 136 en 147 tot en met 150 van het bestreden arrest is samengevat.

- 182 Voor zover AW stelt dat deze redenering niet toereikend is omdat andere opties dan die welke door de Commissie zijn gekozen en die door het Gerecht zijn bevestigd, in aanmerking hadden moeten worden genomen, volstaat het op te merken dat AW daarmee in werkelijkheid het Hof verzoekt om de feiten opnieuw te beoordelen, waartoe het Hof niet bevoegd is.
- 183 Gelet op een en ander moet het vierde onderdeel van het tweede middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond worden verklaard.

*Tweede onderdeel van het derde middel*

- 184 Het tweede onderdeel van het derde middel, betreffende de hoogte van de IRR van de reële tolheffing, is ontleend aan ontoereikende motivering, niet-nakoming door het Gerecht van de op het Gerecht rustende controleverplichtingen en schending van de bewijsregels.

*– Argumenten van partijen*

- 185 AW betoogt dat de motivering in de punten 120 tot en met 127 van het bestreden arrest ontoereikend is om de afwijzing van haar in punt 115 van dat arrest samengevatte argumenten te staven. Om te beginnen heeft het Gerecht zich ertoe beperkt zijn conclusie te formuleren zonder een ingewikkelde economische beoordeling te hebben verricht, zodat het zijn verplichting om na te gaan of het litigieuze besluit was gebaseerd op nauwkeurige, betrouwbare, samenhangende en volledige bewijzen, en zijn verplichting om de bewijsregels in acht te nemen, niet is nagekomen.
- 186 Punt 120 van het bestreden arrest is immers uitsluitend gewijd aan de respectieve verdiensten van de WSA-studies van 1999 en 2004 en antwoordt niet op het in punt 115 van dat arrest samengevatte argument. Dat de WSA-studie van 1999 minder relevant was dan de WSA-studie van 2004, betekent niet dat deze laatste studie betrouwbaar was. De redenering in punt 121 van dat arrest houdt geen verband met de relevante vraag of de IRR van 7,42 % op passende wijze was bepaald. In punt 122 van het bestreden arrest wordt dit argument vermeld zonder dat op enige wijze wordt uiteengezet waarom het niet relevant is om bepaalde verkeers- en inkomstengegevens te actualiseren in het kader van een studie betreffende een ander gedeelte van de snelweg. In punt 123 van dat arrest behandelt het Gerecht opnieuw de vergelijking van de respectieve verdiensten van de WSA-studies van 1999 en 2004 en verklaart het dat de aanstelling van een deskundige niet noodzakelijk was, hetgeen niet is gemotiveerd en ertoe leidt dat de bewijslast ten onrechte wordt omgekeerd. De motivering van punt 124 van dat arrest houdt ook geen verband met die vraag. Punt 125 van het bestreden arrest betreft uitsluitend het tweede argument, dat verband houdt met de FM-studie van 2005, en punt 126 ervan is slechts een antwoord op het derde argument betreffende het PwC-model van reële tolheffing.
- 187 Bovendien is het Gerecht zijn verplichting niet nagekomen om na te gaan of het litigieuze besluit was gebaseerd op nauwkeurige, betrouwbare, samenhangende en volledige bewijzen en heeft het de bewijsregels niet nageleefd door ten onrechte te oordelen dat de Commissie niet gehouden was om aanvullende informatie over de bruikbaarheid van de FM-studie van 2005 in te winnen. In dat verband volgt uit punt 138 van het litigieuze besluit dat de Commissie zich, hoewel zij de bewijzen onpartijdig en grondig moet beoordelen, uitsluitend op de van de Republiek Polen ontvangen informatie heeft gebaseerd om deze studie als onbruikbaar af te wijzen. Gelet op de conflictueuze aard van de relatie tussen deze lidstaat en AW en op het feit dat deze lidstaat had nagelaten de FM-studie van 2005 te vermelden, had de Commissie waakzamer moeten zijn en de Republiek Polen of derden om aanvullende informatie moeten verzoeken.

188 De Commissie is van mening dat AW kritiek levert op de bewijskracht van het bewijsmateriaal door te stellen dat het onbetrouwbaar was, door de volledigheid ervan ter discussie te stellen en door te beweren dat er dus opdracht had moeten worden gegeven tot een aanvullend verslag. Met dit betoog tracht AW volgens de Commissie in wezen de beoordeling van het Gerecht opnieuw te doen onderzoeken, hetgeen niet tot de bevoegdheid van het Hof behoort. Bovendien betwisten de Commissie en de Republiek Polen het betoog van AW ten gronde.

– *Beoordeling door het Hof*

189 Met haar betoog in het kader van het tweede onderdeel van het derde middel, dat betrekking heeft op de punten 120 tot en met 127 van het bestreden arrest, voert AW aan dat de motivering van het bestreden arrest ontoereikend is, dat het Gerecht onvoldoende rechterlijk toezicht heeft uitgeoefend, de bewijsregels heeft geschonden, niet heeft geantwoord op het in punt 115 van het bestreden arrest samengevatte betoog van AW en de bewijslast heeft omgekeerd.

190 Wat om te beginnen de stelling van AW betreft dat het Gerecht niet heeft geantwoord op haar in punt 115 van het bestreden arrest samengevatte betoog, zij eraan herinnerd dat AW met dit betoog te kennen gaf dat de conclusies van de Commissie met betrekking tot de WSA-studie van 2004 kennelijk onjuist waren, aangezien de bewijskracht van de verkeersstudies beperkt was en de contractpartijen, bij gebreke van een betrouwbare verkeersstudie, overeenstemming hadden bereikt over een methode waarbij de aanvankelijke rendementsverwachtingen van AW als basis werden gehanteerd voor de berekening maar werden verlaagd door de toepassing van de bovengrens van de schaduwtoelagen tot een niveau dat aanvaardbaar was voor de Republiek Polen.

191 Met dit betoog stelde AW dus dat de WSA-studie van 2004 onvoldoende bewijskracht had vergeleken met de WSA-studie van 1999, waaraan AW in wezen voldoende bewijskracht toekende door zich te baseren op de tussen de contractpartijen overeengekomen methode.

192 Anders dan AW stelt, heeft het Gerecht in de punten 122 tot en met 124 van het bestreden arrest dit betoog echter uitdrukkelijk van de hand gewezen.

193 Het Gerecht heeft in die punten immers ten eerste opgemerkt dat WSA een reeks studies had uitgevoerd die door dezelfde adviseur waren voorbereid aan de hand van dezelfde methode, en met de bedoeling om verkeers- en inkomstenprognoses te maken met betrekking tot de snelweg A 2, ten tweede dat de WSA-studie van 2004 die door AW zelf was voorbereid, tot doel had om de eerder uitgevoerde verkeers- en inkomstenprognoses te actualiseren, ten derde dat deze studie het dus mogelijk had gemaakt de prognoses van de WSA-studie van 1999 te actualiseren door rekening te houden met de reële ontwikkeling van het verkeer en de inkomsten op het betrokken traject van de snelweg A 2 en de economische ontwikkeling van Polen, ten vierde dat de WSA-studie van 2004 bijgevolg relevantere verkeers- en inkomstenprognoses bevatte dan de WSA-studie van 1999 en op een meer nauwkeurige wijze de realiteit van de markt weergaf ten tijde van de wijzigingen door de wet van 28 juli 2005, en ten vijfde dat bijlage 6 het financieel model vermeldde dat de contractpartijen overeengekomen waren te gebruiken voor de berekening van de IRR net voor de wijzigingen door die wet door te verwijzen naar het „aandeelhoudersdossier van [WSA] dat de actualisering op 31 december 2004 [vormde]”.

194 Voorts heeft het Gerecht in punt 124 van het bestreden arrest daaruit afgeleid dat „de meest recente prognoses van WSA in deze context relevanter waren dan die van de WSA-studie van 1999”.



- 195 Vervolgens is de vraag of in die omstandigheden uit de gegevens van het dossier blijkt of de aanvullende aanstelling van een deskundige al dan niet noodzakelijk was, een feitelijke beoordeling van de bewijskracht van deze elementen en keert die, anders dan AW stelt, de bewijslast niet om.
- 196 Ten slotte moet worden vastgesteld dat de punten 120 tot en met 127 van het bestreden arrest een gedetailleerde analyse bevatten van de elementen van het dossier in het licht van de door AW voor het Gerecht aangevoerde argumenten en een precieze redenering met betrekking tot de relevantie en de bewijskracht van elk van de in die punten bedoelde elementen. In het bijzonder heeft het Gerecht in die punten de bewijskracht onderzocht van de WSA-studies van 1999 en 2004, de reële verkeersgegevens die AW aan het directoraat-generaal nationale wegen en snelwegen had verstrekt, de studie die in 2005 door de adviseur van de banken was verricht met betrekking tot het in punt 125 van het bestreden arrest genoemde scenario van schaduwtoel, en de FM-studie van 2005. Voorts heeft het Gerecht onderzocht of het PwC-model van reële toelheffing dat de Commissie had gebruikt om het bedrag van de betrokken steun te berekenen, passend was.
- 197 Het betoog van AW inzake ontoereikende motivering van de punten 120 tot en met 127 van het bestreden arrest, ontoereikende rechterlijke toetsing en schending van de bewijsregels moet dus ongegrond worden verklaard.
- 198 Hieruit volgt dat het tweede onderdeel van het derde middel ongegrond moet worden verklaard.
- 199 Bijgevolg moeten het tweede en het derde middel worden afgewezen omdat zij ten dele niet-ontvankelijk en ten dele ongegrond zijn.

#### ***Vierde middel***

- 200 Met het vierde middel, betreffende de berekening van het bedrag van de betrokken steun, betoogt AW dat het Gerecht de bewijzen onjuist heeft opgevat en het bestreden arrest ontoereikend heeft gemotiveerd.

#### ***Argumenten van partijen***

- 201 AW merkt op dat het Gerecht in punt 192 van het bestreden arrest heeft aangegeven dat de schaduwtoel vóór de verificatie van 2007 was gebaseerd op een te hoge IRR van 10,77 %. Om te beginnen blijkt uit bijlage 6, in het bijzonder uit punt 3 van bijlage 1 erbij, dat de schaduwtoel was vastgesteld op een specifiek bedrag uitgedrukt in Poolse zloty (PLN), zonder enige verwijzing naar een IRR. Vervolgens blijkt uit bijlage 6, in het bijzonder punt 4 van bijlage 1 erbij, dat dit tarief werd geïndexeerd volgens een formule, zonder enige verwijzing naar een IRR. Ten slotte blijkt uit bijlage 6, in het bijzonder clause 4, onder d), ervan, dat de IRR slechts van toepassing is geworden na verificatie van de schaduwtoel, namelijk na 1 november 2007. De stelling dat de schaduwtoel tarieven van vóór oktober 2007 werden bepaald door het gebruik van een IRR, geeft derhalve blijk van een onjuiste opvatting van de bewijselementen van het dossier.
- 202 Punt 193 van het bestreden arrest geeft ook blijk van een onjuiste opvatting van de bewijzen omdat het Gerecht daarin heeft vastgesteld dat het verificatiemodel niet tot doel had de overcompensatie te berekenen, aangezien de Commissie de hoogte van de IRR van het model van reële toelheffing ter discussie had gesteld, terwijl deze IRR vóór de verificatie van 2007 geen enkele

rol heeft gespeeld bij de berekening van de schaduwtol. Bovendien kan volgens AW uit de vaststelling dat het verificatiemodel niet tot doel had de overcompensatie te berekenen, niet worden afgeleid dat er vóór de verificatie overcompensatie heeft plaatsgevonden.

203 De Commissie en de Republiek Polen betwisten het betoog van AW.

### *Beoordeling door het Hof*

204 In de punten 192 en 193 van het bestreden arrest heeft het Gerecht ten eerste vastgesteld dat het door de Commissie geraamde bedrag van de overcompensatie overeenstemde met het verschil tussen de werkelijk aan AW verrichte betalingen en de bedragen die zij op basis van de volgens het PwC-model van reële tolheffing vastgestelde IRR had moeten ontvangen, ten tweede dat de overcompensatie voor de periode van september 2005 tot en met oktober 2007 overeenstemde met het verschil tussen de betalingen die AW werkelijk had ontvangen en de op basis van de IRR berekende compensatie die zij kon verwachten net voor de wijzigingen door de wet van 28 juli 2005, ten derde dat bijgevolg de IRR van 10,77 % van het model van reële tolheffing dat door AW was gebruikt om de schaduwtoelariëven vast te stellen in de periode voor oktober 2007 reeds te hoog was in vergelijking met de IRR die zij kon verwachten, ten vierde dat het verificatiemechanisme van bijlage 6 de fout in de IRR alleen maar bevestigde, ten vijfde dat dit mechanisme in die omstandigheden geen afbreuk kon doen aan het feit dat AW oorspronkelijk geen betaling had mogen ontvangen van dergelijke omvangrijke bedragen in de periode van september 2005 tot en met oktober 2007, en ten zesde dat het verificatiemechanisme van bijlage 6 gebaseerd was op een vergelijking van de IRR van het verificatiemodel en de IRR van het model van reële tolheffing en het mogelijk maakte de schaduwtoelariëven aan te passen op basis van de gegevens over het reële verkeer na de inrichting van het schaduwtoelarsysteem.

205 Het Gerecht heeft hieruit in punt 193 van het bestreden arrest afgeleid dat „een dergelijk mechanisme niet hetzelfde voorwerp heeft als de redenering die de Commissie [had] gevolgd om de overcompensatie te berekenen, aangezien de Commissie in die redenering het niveau van de IRR van het model van reële tolheffing ter discussie [had] gesteld”.

206 Uit die redenering en die conclusie blijkt ondubbelzinnig dat die redenering, anders dan AW suggereert, niet beoogt het mechanisme van bijlage 6 te beschrijven, maar betrekking heeft op de berekening die de Commissie heeft gemaakt om het bedrag van de staatssteun vast te stellen. Met die punten van het bestreden arrest wilde het Gerecht immers antwoorden op het in punt 191 van dat arrest samengevatte betoog van AW dat ertoe strekte aan te tonen dat er voor de periode van september 2005 tot en met oktober 2007 geen sprake was van overcompensatie.

207 Bijgevolg berust het vierde middel op een onjuiste lezing van het bestreden arrest en moet het dus ongegrond worden verklaard.

208 Gelet op een en ander moet de hogere voorziening worden afgewezen.

### **Kosten**

209 Artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt dat het Hof over de kosten beslist wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

- 210 Ingevolge artikel 138, lid 1, van dit Reglement voor de procesvoering, dat op grond van artikel 184, lid 1, ervan van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.
- 211 Aangezien AW in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie worden verwezen in haar eigen kosten en de kosten van de Commissie.
- 212 Overeenkomstig artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 184, lid 1, van dit Reglement van overeenkomstige toepassing is op de procedure in hogere voorziening, dragen de lidstaten die in het geding hebben geïntervenieerd, hun eigen kosten. Bijgevolg zal de Republiek Polen, die heeft deelgenomen aan de procedure bij het Hof, haar eigen kosten dragen.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.**
- 2) Autostrada Wielkopolska S.A. wordt verwezen in haar eigen kosten en in die van de Europese Commissie.**
- 3) De Republiek Polen draagt haar eigen kosten.**

ondertekeningen