ARREST VAN HET GERECHT (Derde kamer — uitgebreid)
12 december 2000 *

In zaak T-296/97,

Alitalia — Linee aeree italiane SpA, gevestigd te Rome (Italië), vertegenwoordigd door F. Sciaudone en G. M. Roberti, advocaten te Napels, M. Siragusa, advocaat te Rome, G. Scassellati Sforzolini, advocaat te Bologna, M. Beretta, advocaat te Bergamo, en F. M. Moretti, advocaat te Venetië, alsook aanvankelijk door A. Tizzano, advocaat te Napels, en M. Bay, advocaat te Milaan, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger, Hoss en Prussen, advocaten aldaar, Place Winston Churchill 2,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door D. Triantafyllou, lid van de juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door A. Abate en E. Cappelli, advocaten te Rome, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van de juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

* Procestaal: Italiaans.

ondersteund door

Air Europe SpA, gevestigd te Gallarate (Italië), vertegenwoordigd door L. Pierallini en A. Costantini, advocaten te Rome, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. Lorang, advocaat aldaar, Rue Albert 1er 51,

en

Air One SpA, gevestigd te Chieti (Italië), vertegenwoordigd door M. Merola, advocaat te Rome, en A. Sodano del Foro Adele, advocaat te Napels, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van A. Lorang, advocaat aldaar, Rue Albert 1er 51,

interveniënten,

betreffende een beroep strekkende tot nietigverklaring van beschikking 97/789/EG van de Commissie van 15 juli 1997 betreffende de herkapitalisatie van Alitalia (PB L 322, blz. 44),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, J. Azizi, R. M. Moura Ramos, M. Jaeger en P. Mengozzi, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 27 juni 2000,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 Verzoekster is een luchtvaartmaatschappij waarvan het kapitaal op 1 juli 1996 ongeveer voor 90 % in handen was van de Italiaanse staatsholding „Istituto per la ricostruzione industriale SpA" (hierna: „IRI"), terwijl de rest van het kapitaal in handen was van particuliere investeerders.

2 Onder de Europese luchtvaartmaatschappijen komt verzoekster naar het aantal passagierkilometers gerekend op de vijfde plaats, na British Airways, Lufthansa, Air France en KLM. Haar omzet, omstreeks 7 830 miljard Italiaanse lire (ITL) (ongeveer 4 miljard euro) in 1996, is vergelijkbaar met die van SAS en ligt iets onder die van de groep Swissair. Hoewel verzoeksters net voornamelijk Europa en Italië betreft, omvat het ook 40 intercontinentale verbindingen met Noord- en Zuid-Amerika, Afrika, het Midden-Oosten en het Verre Oosten.

3 Verzoekster heeft participaties in het kapitaal van andere luchtvaartmaatschappijen. Zo heeft zij voor de volle 100 % zeggenschap over de maatschappij Avianova, die in juli 1996 werd omgevormd tot Alitalia Team SpA (hierna: „Alitalia Team"), en neemt zij voor 45 % deel in de chartermaatschappij Eurofly en voor 27,61 % in Air Europe. Ten tijde van de instelling van het beroep nam zij nog voor 30 % deel in de nationale Hongaarse luchtvaartmaatschappij Malev.

4 Verzoekster heeft ook een beperkt aantal participaties in het kapitaal van bedrijven die actief zijn in aan het luchtvervoer aanverwant gebied. Het vervoer van goederen en passagiers per vliegtuig maakt desalniettemin 92 % van de totale omzet van de groep uit.

5 Begin jaren negentig raakte verzoekster in de problemen door onderkapitalisatie. In die periode had verzoekster te kampen met moeilijkheden die het gevolg waren van de Golfoorlog, de recessie in de luchtvaartsector in de jaren 1992 en 1993 en de toegenomen concurrentie als gevolg van het liberaliseringsproces op de markt van het luchtvervoer. De gemiddelde ontvangsten per eenheid van verzoekster (yield) liepen dan ook in de periode 1990-1995 met 22 % terug. Gezien deze moeilijkheden drong verzoekster de kosten terug en verbeterde zij de productiviteit, met name door het grondpersoneel in te krimpen. Als gevolg daarvan verminderden in de periode 1990-1995 de exploitatiekosten per aangeboden tonkilometer met 13 %, terwijl het aantal aangeboden tonkilometers per werknemer in dezelfde periode met 60 % toenam.

6 Ondanks deze initiatieven lukte het verzoekster echter niet weer rendabel te worden. Haar schuld liep op van 653 miljard ITL in 1990 tot 3 420 miljard in 1995, hetgeen zware financiële lasten meebracht.

7 Op 31 maart 1996 bedroegen verzoeksters gecumuleerde verliezen 905 miljard ITL en was het nettovermogen van de maatschappij tot 150 miljard teruggelopen. Deze situatie bracht verzoekster ertoe, in juli 1996 een herstructureringsplan voor de periode 1996-2000 vast te stellen, dat met aanzienlijke kapitaalinbrengen van IRI gepaard ging.

8 Het herstructureringsplan bestond uit twee fasen, een saneringsfase (1996-1997) en een ontwikkelingsfase (1998-2000).

9 De saneringsfase beoogde de terugdringing van verzoeksters exploitatiekosten en diende de verhouding schuld/eigen middelen weer op een redelijk niveau te brengen. De operatie had derhalve financiële en beheersaspecten. De beheersverbetering diende de concurrentiepositie van de onderneming op korte termijn te verbeteren door de verwezenlijking van drie hoofddoelen, te weten verlaging van de kosten, optimalisering van de inkomsten en het afstoten van niet-strategische activiteiten.

10 De kostenvermindering moest met name gestalte krijgen door productiviteitsverbetering en loonsverlagingen. De onderneming en de vertegenwoordigers van de vakbonden bereikten op 19 juni 1996 overeenstemming over in de vijfjaarlijkse periode 1996-2000 door te voeren bezuinigingen van meer dan 1 000 miljard ITL. Ter compensatie van deze kostenverlaging ontving verzoeksters personeel Alitalia-aandelen voor een waarde van 310 miljard ITL (kosten voor de maatschappij 520 miljard ITL inclusief belastingen en sociale lasten), hetgeen overeenkwam met de op termijn gerealiseerde jaarlijkse besparing op de arbeidskosten. Dit plan voorzag ook in de oprichting van een afzonderlijke maatschappij, die volledig in verzoeksters handen zou zijn en die nieuw cabinepersoneel zou aanstellen tegen minder bezwarende voorwaarden. Deze nieuwe maatschappij, Alitalia Team, werd op 23 juli 1996 opgericht.

11 Het financiële gedeelte van het in juli 1996 aan de Commissie meegedeelde plan omvatte kapitaalinbrengen voor een totaal bedrag van aanvankelijk 3 310 miljard ITL: 1 500 miljard door IRI in te brengen vóór eind 1996; nogmaals 1 500 miljard in de vorm van een in 1997 te storten tweede tranche en 310 miljard als deelneming van het personeel in het kapitaal van de onderneming zoals hierboven vermeld in punt 10. Van het bedrag van 1 500 miljard van de eerste tranche was 1 000 miljard in juni 1996 reeds door IRI aan verzoekster voorgeschoten.

12 De ontwikkelingsfase behelsde voornamelijk de ingebruikneming van het knooppunt Malpensa vanaf 1998. Volgens het plan kon verzoekster zich door de ontwikkeling van de luchthaven Malpensa een nieuwe plaats veroveren op een

van de belangrijkste en rijkste markten in Europa, namelijk Noord-Italië. De totstandbrenging van het knooppunt Malpensa zou gepaard gaan met een renovatie van de terminal van de luchthaven Rome-Fiumicino, die destijds het centrale punt van verzoeksters net was. Bovendien zou verzoekster in de ontwikkelingsfase pendeldiensten gaan onderhouden op de belangrijkste binnenlandse verbindingen in Italië, haar internationale net reorganiseren, een strategie voor samenwerking met buitenlandse partners ontwikkelen en haar vloot uitbreiden.

Administratieve procedure

13 De Italiaanse autoriteiten deelden de Commissie bij brief van 29 juli 1996 het herstructureringsplan mee. Volgens de Italiaanse autoriteiten had het plan hoofdzakelijk tot doel verzoeksters privatisering voor te bereiden. Het bevatte geen steunelementen.

14 Bij brief van 9 augustus 1996 deelde de Commissie de Italiaanse autoriteiten mee, dat de operatie zou worden getoetst aan artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG) en in het kader van de procedure van artikel 93, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2, EG).

15 Op 9 oktober 1996 besloot de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden ter zake van de in het plan beschreven kapitaalverhogingen. Zij stelde de Italiaanse autoriteiten daarvan op de hoogte bij brief van 21 oktober 1996. Deze brief werd op 16 november 1996 bekendgemaakt in een mededeling in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB C 346, blz. 13; hierna: „mededeling van 16 november 1996").

16 In de mededeling van 16 november 1996 verklaarde de Commissie, dat de inleiding van de procedure werd gerechtvaardigd door de aard van de door IRI verrichte kapitaalinjecties, die als staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag konden worden aangemerkt, en door de ernstige twijfel van de Commissie omtrent:

— het bestaan van een steunmaatregel, rekening houdend met de geringe kans dat IRI's financiële inspanning voldoende zou worden beloond;

— de mogelijkheid om een eventuele steunmaatregel in aanmerking te laten komen voor een van de uitzonderingen van artikel 92, leden 2 en 3, van het Verdrag.

17 De Commissie schakelde een onafhankelijke adviseur (Ernst & Young) in om gegevens te verzamelen over een aantal kwesties waarover zij twijfel had geuit.

18 Bij brief van 21 november 1996 dienden de Italiaanse autoriteiten hun opmerkingen in over de inleiding van de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag.

19 Na de inleiding van de procedure werden opmerkingen ingediend door de Britse, de Deense, de Noorse en de Zweedse regering, acht luchtvaartmaatschappijen die verzoekster beconcurreren, en twee verenigingen.

20 Op 11 december 1996 diende de adviseur van de Commissie een rapport in over het oorspronkelijke plan. Volgens dit rapport vertoonde het herstructureringsplan

meer gelijkenis met een „turnaround plan" (hierna: „saneringsplan") dan met een „business plan" (hierna: „strategisch plan"), zodat het minimumrendement per jaar of „hurdle rate" (hierna: „minimumrendement") dat door een investeerder in die situatie kon worden verlangd, tussen 30 en 40 % lag. Het interne rendement (hierna: „interne rendement") van de kapitaalinbreng van 3 000 miljard ITL, zoals het na een aanpassing van de door verzoekster verstrekte gegevens was herberekend, varieerde van - 12,5 % tot + 25,7 % naar gelang van de verschillende scenario's waarvan werd uitgegaan (insolventiekosten al dan niet meegerekend, staats- of bedrijfsfinanciering van het programma inzake vervroegde uittreding, uiteenlopende hypothesen betreffende het groeipercentage van de cashflow na het jaar 2000 en het aandeel in verzoeksters kapitaal dat IRI tegen het jaar 2000 zou bezitten). Het bleef volgens de adviseur dus onder het minimumpercentage, rekening houdend met de door de investeerder genomen risico's.

21 In zijn rapport verklaarde de adviseur van de Commissie ook, dat het programma inzake vervroegde uittreding van verzoeksters personeel, dat voor een bedrag van ongeveer 160 miljard ITL ten laste kwam van de Italiaanse staatsbegroting, staatssteunelementen zou kunnen bevatten.

22 Het rapport van de adviseur werd op 12 december 1996 aan de Italiaanse regering toegezonden. In een document van 20 december 1996 maakten de Italiaanse autoriteiten opmerkingen over dit rapport.

23 De na de mededeling van 16 november 1996 door de lidstaten en belanghebbende derden gemaakte opmerkingen werden ook toegezonden aan de Italiaanse autoriteiten, die daarop bij brief van 15 januari 1997 antwoordden. In die brief beklemtoonden de Italiaanse autoriteiten nogmaals, dat verzoeksters herstructureringsplan geen enkel staatssteunelement bevatte.

24 Op basis van alle gegevens in haar bezit en met name het door de adviseur op 11 december 1996 uitgebrachte rapport deelde de Commissie de Italiaanse

autoriteiten en verzoeksters directieleden bij brief van 22 januari 1997 mede, dat het herstructureringsplan van de maatschappij niet toereikend was voor een positief besluit en dat voor een onderzoek van de nodige aanpassingen aanvullende gegevens noodzakelijk waren. Op 24 januari 1997 vond te Rome een vergadering plaats, waarop de Commissie, verzoekster en hun respectieve adviseurs aanwezig waren.

25 In februari 1997 legde verzoekster de Commissie een aangepaste versie van het herstructureringsplan voor. Deze bevatte in hoofdzaak de volgende elementen:

— een vermindering vanaf 1997 van het aantal door verzoekster geëxploiteerde verbindingen en frequenties met nagenoeg 10 %. Zo waren in totaal ongeveer 27 000 vluchten per jaar geschrapt;

— de instandhouding van de vloot op het bestaande niveau totdat het herstructureringsplan zou zijn afgelopen;

— de vermindering van het totale bedrag van de geplande kapitaalverhoging van 3 000 miljard tot 2 800 miljard ITL, hoofdzakelijk wegens de geringere behoefte aan investeringen;

— de overdracht van aandelen die verzoekster bezat in het geautomatiseerde boekingssysteem Galileo;

— de afstemming van de methode voor de afschrijving van vliegtuigen op die welke bij de andere grote luchtvaartmaatschappijen gebruikelijk was.

26 Op 21 februari 1997 diende de adviseur bij de Commissie een ontwerp-rapport over het gewijzigde plan in. In dit ontwerp werd geconcludeerd dat, hoewel het plan van februari 1997 inderdaad voorzichtiger leek dan het oorspronkelijke plan en veel minder expansionistisch van aard was, het toch nog op verscheidene te genereuze hypothesen berustte. De adviseur was bijgevolg van oordeel, dat het minimumrendement niet minder dan 30 % kon bedragen wegens de aanhoudend hoge risico's die aan de operatie verbonden waren. Dit percentage bleef, aldus de adviseur, aanzienlijk hoger dan het interne rendement, hoewel dit rendement, dat van 13,2 tot 26,9 % varieert, door de aangebrachte wijzigingen sterk verbeterd was.

27 In een op 25 maart 1997 aan de Commissie verstrekt document en bij brief van 3 april 1997 maakten de Italiaanse autoriteiten opmerkingen over het ontwerp-rapport van de adviseur van 21 februari 1997.

28 Tijdens een vergadering te Brussel op 8 april 1997 tussen de Commissie en verzoekster, verklaarde laatstgenoemde zich bereid de directe kosten van het programma inzake vervroegde uittreding te zullen dragen, indien de Commissie zich op het standpunt stelde, dat de operatie aan het criterium van de investeerder in een markteconomie voldeed (verzoeksters brief aan de Commissie van 15 april 1997). Bij brief van 17 april 1997 bevestigde de Italiaanse minister van Verkeer nog, dat „Alitalia de Europese Commissie had meegedeeld dat zij ertoe bereid was het volledige programma inzake vervroegde uittreding dat de periode 1995-1997 besloeg, ten laste te nemen, indien dat de voorwaarde was voor de goedkeuring van de kapitaalverhoging als een operatie die aan het criterium van de investeerder in een markteconomie voldeed".

29 Bij brief van 18 april 1997 deelde de Commissie verzoekster en de Italiaanse regering mede, dat zij niet in staat was in deze zaak een positief besluit op grond

van het beginsel van de investeerder in een markteconomie te nemen. Na deze briefwisseling vergaderden de Italiaanse autoriteiten, verzoekster en de Commissie verscheidene keren.

30 Met het oog op de vergadering van 16 mei 1997 verstrekte de Commissie verzoekster op 14 mei 1997 een informeel document met enerzijds denkbare richtsnoeren ter verbetering van het herstructureringsplan van laatstgenoemde om redelijke zekerheid te hebben over haar levensvatbaarheid, en anderzijds met aanwijzingen over de voorwaarden opdat verzoekster staatssteun zou kunnen verlenen. Een van de in dit document genoemde „op te lossen vragen" was „de behandeling van de kosten inzake vervroegde uittreding". In deze context werd gepreciseerd:

„De Italiaanse regering moet garanderen, dat deze kosten voor de periode 1995 tot en met 2001 direct ten laste van Alitalia zullen komen. De uit dien hoofde door de Italiaanse staat reeds betaalde bedragen worden hem vóór de beschikking van de Commissie met rente terugbetaald."

31 Op de in mei en juni 1997 gehouden vergaderingen kon het herstructureringsplan onder meer op de volgende punten worden verbeterd:

— bespoediging van het kostenverlagingsproces door de overdracht van personeel aan Alitalia Team sneller te laten verlopen dan eerder was gepland;

— verlaging van het bedrag van de kapitaalverhoging tot 2 750 miljard ITL. Voorts geschiedt de kapitaalverhoging nu in drie tranches: de eerste, ten bedrage van 2 000 miljard ITL (inclusief de 1 000 miljard die in juni 1996

als voorschot is toegekend), te storten onmiddellijk na goedkeuring van een positief besluit; de tweede, ten bedrage van 500 miljard ITL, te storten in mei 1998; de derde, ten bedrage van 250 miljard ITL, te storten in mei 1999;

— de overdracht van verzoeksters aandelen in de Hongaarse maatschappij Malev en in zes regionale Italiaanse luchthavens (Genua, Napels, Rimini, Florence, Lamezia Terme en Turijn).

32 Op 18 juni 1997 verstrekte de adviseur van de Commissie haar een rapport over het gewijzigde herstructureringsplan. Het betrof de definitieve versie van het rapport van 21 februari 1997 (zie punt 26 supra).

33 Op 26 juni 1997 zonden de Italiaanse autoriteiten de Commissie de definitieve versie van verzoeksters herstructureringsplan „met de door de Commissie verlangde bijkomende aanpassingen". Het definitieve plan bevatte alle hiervóór in punt 31 beschreven aanpassingen. In hun brief van 26 juni 1997 erkenden de Italiaanse autoriteiten, dat het herstructureringsplan staatssteun (...) behelsde, en verbonden zij zich ertoe bepaalde voorwaarden in acht te nemen.

34 Op 4 juli 1997 bracht de adviseur van de Commissie een aanvullend rapport uit dat rekening hield met de laatste wijzigingen in het herstructureringsplan alsook met de brief van de Italiaanse autoriteiten van 26 juni 1997. In zijn rapport concludeerde de adviseur dat „het plan geen elementen bevat waardoor het irrealistisch zou zijn (...), dat het als levensvatbaar kan worden beschouwd en de maatschappij in staat stelt opnieuw een bevredigende rentabiliteit te bereiken". Zijns inziens kon het bedrag van de kapitaalinjectie bovendien „worden beschouwd als onontbeerlijk en afdoende gelet op de doelstellingen van het plan en de behoeften in het kader van de herstructureringspoging".

35 Tot nakoming van de door de Italiaanse regering jegens de Commissie aangegane verbintenis betreffende het programma inzake vervroegde uittreding, stortte verzoekster op 4 juli 1997 het bedrag van 56,6 miljard ITL op een bij de Banca nazionale del lavoro geopende geblokkeerde rekening. Op 14 juli 1997 wees zij twee Romeinse notarissen als sekwesters aan, belast met de terugbetaling aan de Italiaanse staat van dit in de periode 1995-1997 aan 700 werknemers als stimulans tot vervroegde uittreding betaalde bedrag.

De bestreden beschikking

36 Op 15 juli 1997 stelde de Commissie beschikking 97/789/EG vast betreffende de herkapitalisatie van Alitalia (PB L 322, blz. 44; hierna: „bestreden beschikking"), die kan worden samengevat als volgt.

37 Na een beschrijving van de zorgwekkende financiële situatie waarin verzoekster in 1996 verkeerde, die leidde tot de vaststelling van het herstructureringsplan, zet de Commissie de grote lijnen van dit plan en de in de loop van de administratieve procedure erin aangebrachte wijzigingen uiteen.

38 De Commissie wijst erop, dat de Italiaanse regering in de loop van de onderhandelingen een aantal toezeggingen over de uitvoering van verzoeksters herstructureringsplan heeft gedaan. Deze toezeggingen zijn in de vorm van voorwaarden in het dispositief van de bestreden beschikking overgenomen.

39 Volgens de Commissie vormt de kapitaalinbreng voor een totaalbedrag van 2 750 miljard ITL die IRI voornemens is ten gunste van verzoekster te doen, staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag en artikel 61, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-

Overeenkomst"). Dienaangaande vermeldt de bestreden beschikking, „het interne rendement van de investering van 2 750 miljard [ITL] in het kapitaal voor het IRI uit[komt] op omstreeks 20 %, rekening gehouden met het feit dat Alitalia de kosten van de vervroegde pensionering rechtstreeks te haren laste neemt. Dit interne rendement blijft onder het minimumrendement per jaar (‚hurdle rate') dat een volgens de marktwetten handelende investeerder zou verlangen om tot deze kapitaalinbreng over te gaan. In deze omstandigheden is de Commissie van oordeel, dat in het onderhavige geval niet aan het beginsel van de investeerder in een markteconomie is voldaan" (punt VII, achtste alinea).

40 Na de toepassing van andere uitzonderingsbepalingen van het Verdrag en van de EER-Overeenkomst te hebben uitgesloten, gaat de Commissie na in hoeverre aan de criteria van artikel 92, lid 3, sub c, van het Verdrag en van artikel 61, lid 3, sub c, van de EER-Overeenkomst is voldaan.

41 Daartoe onderzoekt zij, of verzoeksters kapitaalverhoging met 2 750 miljard ITL voldoet aan de verschillende voorwaarden van de mededeling van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en van artikel 61 van de EER-Overeenkomst op steunmaatregelen van de staten in de luchtvaartsector (PB 1994, C 350, blz. 5; hierna: „mededeling voor de luchtvaartsector").

42 De Commissie stelt vast dat het herstructureringsplan dat de Italiaanse autoriteiten hebben toegezegd volledig te zullen uitvoeren, tot doel heeft verzoeksters concurrentievermogen te herstellen en haar privatisering mogelijk te maken. Volgens de Commissie zal de kapitaalverhoging tot een sterke vermindering van de schulden leiden en tot het herstel van een financiële structuur die vergelijkbaar is met die van de meeste concurrenten van de maatschappij. De Commissie voegt eraan toe, dat het plan op zich toereikend is om verzoeksters voortbestaan en succesvolle ontwikkeling te garanderen. Bovendien vormt het geheel van toezeggingen van de Italiaanse autoriteiten volgens de Commissie een antwoord op de punten van bezorgdheid waaraan zij bij de inleiding van de administratieve procedure uiting had gegeven.

43 Volgens de Commissie zal de steun niet leiden tot overkapitalisatie van verzoekster. Het totale bedrag van 2 750 miljard ITL blijkt immers noodzakelijk te zijn om zowel de kosten te dekken van de in het plan beschreven herstructurering, die op 900 miljard ITL worden geraamd, als om de schulden van de maatschappij, die eind 1995 tot 3 420 miljard ITL waren opgelopen tegenover 422 miljard eigen kapitaal, tot een redelijk niveau te verlagen. Bovendien blijkt volgens de Commissie uit de gegevens waarover zij beschikt niet, dat de toekenning van de steun kan leiden tot een resultaat dat in strijd is met de verdragsbepalingen.

44 Met betrekking tot het communautair belang is de Commissie ten slotte vanuit een algemeen oogpunt van oordeel, dat „de herkapitalisatie en de herstructurering van Alitalia zullen bijdragen tot de ontwikkeling van de bedrijvigheid van de luchtvervoersector in de Gemeenschap en de [EER], met name omdat enerzijds Alitalia de voornaamste luchtvaartmaatschappij in een belangrijk deel van de Gemeenschap is, en anderzijds het bestaan van diverse grote luchtvaartmaatschappijen in de Gemeenschap een garantie voor de instandhouding van een situatie van evenwichtige mededinging vormt" (bestreden beschikking, punt VIII, laatste alinea).

45 Naar luid van artikel 1 van de bestreden beschikking wordt de door Italië aan verzoekster toegekende steun in de vorm van kapitaalinbreng voor een totaalbedrag van 2 750 miljard ITL, teneinde de herstructurering van de maatschappij overeenkomstig het op 29 juli 1996 aan de Commissie meegedeelde en op 26 juni 1997 aangepaste plan tot stand te brengen, op grond van artikel 92, lid 3, sub c, van het Verdrag en artikel 61, lid 3, sub c, van de EER-Overeenkomst als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt en de EER-Overeenkomst beschouwd, mits Italië zich houdt aan de tien in dit artikel genoemde toezeggingen. De Commissie betreurt evenwel, dat de Italiaanse regering in strijd met artikel 93, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 3, EG) verzoekster in juni 1996 een voorschot van 1 000 miljard ITL heeft toegekend op het eerste gedeelte van 2 000 miljard ITL.

46 Artikel 2 van de bestreden beschikking stelt de betaling van het tweede (500 miljard ITL) en het derde (250 miljard ITL) gedeelte van de steun afhankelijk van de nakoming van deze toezeggingen, alsmede van de daadwerke-

lijke verwezenlijking van het herstructureringsplan en de in dit plan in het vooruitzicht gestelde resultaten. Vóór de betaling van het tweede en het derde gedeelte van de steun, in mei 1998 en in mei 1999, dient de Italiaanse regering bij de Commissie een verslag in te dienen teneinde haar in staat te stellen opmerkingen te maken met de hulp van een onafhankelijke adviseur.

47 Volgens artikel 3 van de bestreden beschikking hebben de in artikel 1 bedoelde toezeggingen en voorwaarden zowel betrekking op verzoekster als op Alitalia Team.

48 De bestreden beschikking is bij brief van 31 juli 1997 ter kennis gebracht van de Italiaanse regering en is bekendgemaakt in het Publicatieblad van 25 november 1997.

Procesverloop en conclusies van partijen

49 Bij op 26 november 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoekster beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.

50 Bij op 22 december 1997 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft de Commissie krachtens artikel 114, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

51 Bij beschikking van 15 juli 1998 heeft het Gerecht (Vierde kamer — uitgebreid) besloten deze exceptie te voegen met de zaak ten gronde.

52 Bij beschikking van 18 mei 1999 van de president van de Derde kamer (uitgebreid) van het Gerecht zijn Air Europe, Air One en Lauda Air toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie. Bij beschikking van 1 februari 2000 van de president van de Derde kamer (uitgebreid) van het Gerecht is Lauda Air evenwel doorgehaald als interveniënte.

53 Bij brief van 16 juli 1999 heeft Air One de griffie van het Gerecht laten weten, dat zij niet voornemens was schriftelijke opmerkingen in te dienen. Air Europe heeft op 11 oktober 1999 haar memorie van interventie neergelegd, waarover partijen in het hoofdgeding opmerkingen hebben gemaakt.

54 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Derde kamer — uitgebreid) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het als maatregel tot organisatie van de procesgang krachtens artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering een aantal schriftelijke vragen gesteld, die binnen de gestelde termijn zijn beantwoord.

55 Partijen in het hoofdgeding zijn in hun pleidooien en in hun antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 27 juni 2000. Interveniënten Air Europe en Air One zijn niet verschenen ter terechtzitting, waarvoor zij waren opgeroepen.

56 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking volledig nietig te verklaren;

— subsidiair

— nietig te verklaren de in artikel 1, sub 2 tot en met 8, van de bestreden beschikking gestelde voorwaarden voor goedkeuring van de steun;

— nietig te verklaren de voorwaarde dat zij zelf moet opkomen voor de kosten die voortvloeien uit het stelsel van vervroegde uittreding waarin wetsdecreet nr. 546/1996 voorziet;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

57 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep niet-ontvankelijk of ongegrond te verklaren;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

58 Air Europe concludeert dat het het Gerecht behage:

— de vordering van de Commissie toe te wijzen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten, met inbegrip van de kosten van interveniënte.

De ontvankelijkheid

59 Tot staving van haar exceptie van niet-ontvankelijkheid stelt de Commissie, dat het verzoekschrift te laat is ingediend. Volgens vaste rechtspraak ligt het op de weg van degene die kennis krijgt van het bestaan van een hem betreffende handeling, om binnen een redelijke termijn de volledige tekst ervan op te vragen, en gaat de beroepstermijn pas in op de dag waarop de betrokken derde kennis krijgt van de exacte inhoud en van de motivering van de betrokken handeling, zodat hij met vrucht van zijn recht van beroep gebruik kan maken (arrest Hof van 6 juli 1988, Dillinger Hüttenwerke/Commissie, 236/86, Jurispr. blz. 3761; beschikking Hof van 5 maart 1993, Ferriere Acciaierie Sarde/Commissie, C-102/92, Jurispr. blz. I-801, punt 19; conclusie van advocaat-generaal Cosmas bij arrest Hof van 19 februari 1998, Commissie/Raad, C-309/95, Jurispr. blz. I-655, I-657, punten 35 en 38; arrest Gerecht van 19 mei 1994, Consorzio gruppo di azione locale „Murgia Messapica"/Commissie, T-465/93, Jurispr. blz. II-361).

60 Aangaande verzoeksters kennis van de exacte inhoud en van de motivering van de bestreden beschikking, blijkt volgens de Commissie uit een brief van 1 augustus 1997 van de permanente vertegenwoordiging van Italië bij de Commissie over in de bestreden beschikking vervatte vertrouwelijke inlichtingen betreffende verzoekster, dat deze destijds de tekst van de bestreden beschikking volledig moest kennen. Deze kennis van de exacte inhoud en van de motivering van deze beschikking blijkt ook uit verzoeksters brief aan de permanente vertegenwoordiging van Italië van 9 september 1997. Subsidiair stelt de Commissie, dat verzoekster de bestreden beschikking niet binnen een redelijke termijn heeft opgevraagd. De Commissie herinnert eraan, dat zij op 15 juli 1997 een perscommuniqué heeft verspreid. De dringende noodzaak het herstructureringsplan uit te voeren gaf verzoekster alle reden om in voorkomend geval bij de diensten van de Commissie de bestreden beschikking onverwijld op te vragen.

61 In dit verband herinnert het Gerecht eraan, dat reeds uit de bewoordingen van artikel 173, vijfde alinea, EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230, vijfde

alinea, EG) blijkt, dat het criterium van de datum waarop van de bestreden handeling kennis is gekregen, voor het ingaan van de beroepstermijn subsidiair is ten opzichte van de criteria van bekendmaking of kennisgeving van de handeling (arrest Hof van 10 maart 1998, Duitsland/Raad, C-122/95, Jurispr. blz. I-973, punt 35; arrest Gerecht van 6 oktober 1999, Salomon/Commissie, T-123/97, Jurispr. blz. II-2925, punt 42).

62 Er zij aan herinnerd dat de Commissie zich ertoe heeft verbonden, de volledige tekst van de beschikkingen houdende voorwaardelijke goedkeuring van staatssteun, die — zoals in casu — aan het einde van de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag worden vastgesteld, in het Publicatieblad, serie L, bekend te maken (zie *Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen*, deel II A, „Regels die van toepassing zijn op steunmaatregelen van de staten", 1995, blz. 43, punt 53, en blz. 55, punt 90, onder d).

63 In casu heeft de Commissie verzoekster niet in kennis gesteld van de bestreden beschikking. Daar de beschikking is bekendgemaakt in het Publicatieblad van 25 november 1997, was dit de datum waarop de termijn voor verzoekster begon te lopen.

64 Het onderhavige beroep, dat is ingesteld op 26 november 1997, is dus ingesteld binnen de termijn van artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag.

65 Het betoog waarmee de ontvankelijkheid van het beroep wordt betwist, kan bijgevolg niet worden aanvaard.

Ten gronde

66 Tot staving van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan. Het eerste middel is ontleend aan onjuiste toepassing door de Commissie van het beginsel van de investeerder in een markteconomie (hierna: „criterium van de particuliere investeerder"), het tweede aan onevenredigheid van de in artikel 1 van de bestreden beschikking gestelde voorwaarden, en het derde aan schending van de rechten van de verdediging.

Het middel betreffende onjuiste toepassing van het criterium van de particuliere investeerder

Opmerkingen vooraf

67 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat IRI, die zorgde voor verzoeksters herkapitalisatie, een Italiaanse staatsholding is. Verzoekster betwist niet, dat de Italiaanse overheid rechtstreeks heeft deelgenomen aan de kapitaalverhoging in het kader van haar herstructureringsplan. Haars inziens heeft de Commissie de kapitaalinbreng van IRI ten belope van 2 750 miljard ITL evenwel ten onrechte als staatssteun aangemerkt. Volgens verzoekster voldoet de investering van IRI namelijk aan het criterium van de particuliere investeerder, dat wil zeggen dat een particuliere investeerder in soortgelijke omstandigheden een even grote financiële inbreng zou hebben gedaan.

68 In casu moet dus worden nagegaan, of de Commissie op goede gronden tot de slotsom is gekomen, dat de kapitaalinbreng van 2 750 miljard ITL die IRI ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking voornemens was te doen en die toentertijd reeds gedeeltelijk was gestort (zie punt 11 supra), staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag vormde.

69 Dit middel omvat drie onderdelen. In het eerste onderdeel stelt verzoekster, dat de investering door IRI op zich voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder, nu particuliere investeerders in haar kapitaal deelnemen. In het tweede onderdeel stelt verzoekster, dat de Commissie bij de berekening van het minimumrendement en het interne rendement kennelijke beoordelingsfouten heeft begaan, waardoor artikel 92, lid 1, van het Verdrag en het beginsel van gelijke behandeling zijn geschonden, en haar beschikking in dit opzicht ontoereikend heeft gemotiveerd. In het derde onderdeel verwijt verzoekster de Commissie, in strijd met de beginselen van de mededeling van de Commissie aan de lidstaten van 13 november 1993 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van richtlijn 80/723/EEG van de Commissie op openbare bedrijven in de industriesector (PB C 307, blz. 3), het criterium van de particuliere investeerder zuiver mathematisch te hebben toegepast.

70 Zonder de ontvankelijkheid van dit middel formeel te betwisten is de Commissie van mening, dat verzoekster de kwalificatie van de kapitaalinjectie door IRI als staatssteun niet kan betwisten, nu de Italiaanse autoriteiten zelf in hun brief van 26 juni 1997 hebben erkend, dat de financiering van verzoeksters herstructureringsplan door IRI steunelementen omvat (zie punt 33 supra).

71 Om te beginnen dient deze verklaring van 26 juni 1997 in haar context te worden herplaatst. In hun brief aan de Commissie van 29 juli 1996 (zie punt 13 supra) stelden de Italiaanse autoriteiten, dat de geplande investering door IRI in verzoeksters kapitaal geen staatssteun vormde, want zij voldeed huns inziens aan het criterium van de particuliere investeerder. Tot 26 juni 1997 bleven de Italiaanse autoriteiten bij dit standpunt [brief van het Italiaanse Ministerie van Verkeer aan de Commissie van 23 december 1996, brief van de Italiaanse autoriteiten aan de Commissie van 15 januari 1997 (bestreden beschikking, punt IV, elfde en laatste alinea), door de Italiaanse autoriteiten aan de Commissie op 25 maart 1997 verstrekt document (bestreden beschikking, punt VI, derde alinea); brief van de Italiaanse autoriteiten aan de Commissie van 3 april 1997 (bestreden beschikking, punt VI, derde alinea)]. Bovendien heeft verzoekster gedurende de administratieve procedure steeds gesteld, dat de investering van IRI voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder.

72 Eerst aan het einde van de administratieve procedure hebben de Italiaanse autoriteiten erkend, dat het plan steunelementen omvatte, zulks ten einde goedkeuring van de Commissie te verkrijgen en tot de kapitaalinjectie te kunnen overgaan. Uit de brief van 26 juni 1997 blijkt namelijk, dat de Italiaanse autoriteiten deze verklaring hebben afgelegd „om tot herkapitalisatie van Alitalia te kunnen overgaan" („allo scopo di conseguire la ricapitalizzazione dell'Alitalia").

73 De Commissie kan haar bevoegdheden krachtens artikel 92, lid 3, van het Verdrag hoe dan ook slechts uitoefenen, indien sprake is van staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag is. Ongeacht de kwalificatie van de aangemelde maatregel door de betrokken lidstaat, dient de Commissie derhalve, alvorens een besluit krachtens artikel 92, lid 3, van het Verdrag te nemen, na te gaan of de maatregel staatssteun vormt in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.

74 Dat de Commissie in de bestreden beschikking de investering van IRI in verzoeksters kapitaal als staatssteun heeft gekwalificeerd, is kennelijk bezwarend voor laatstgenoemde. Door deze kwalificatie heeft de Commissie in de bestreden beschikking de maatregel namelijk op zijn verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt kunnen toetsen en voorwaarden kunnen stellen die verzoeksters operaties rechtstreeks beïnvloeden. Bovendien heeft de Commissie door deze kwalificatie schending van artikel 93, lid 3, van het Verdrag en dus de onrechtmatigheid van de betaling van 1 000 miljard ITL in juni 1996 kunnen vaststellen.

75 Verzoekster is dus gerechtigd, de kwalificatie die de Commissie in de bestreden beschikking aan de investering van IRI heeft gegeven, door de gemeenschapsrechter te laten toetsen. Mitsdien moet het betoog van de Commissie worden verworpen en moet de gegrondheid van de verschillende onderdelen van dit middel worden onderzocht.

Eerste onderdeel: de deelneming van particuliere investeerders aan de herkapitalisatie

76 Volgens verzoekster blijkt reeds uit de deelneming van particuliere investeerders aan haar herkapitalisatie, dat deze herkapitalisatie het criterium van de particuliere investeerder eerbiedigt. Aan dit punt is de Commissie kennelijk voorbijgegaan. Volgens de bestreden beschikking neemt namelijk „geen enkele particuliere investeerder deel aan de betrokken kapitaalverhoging voor een bedrag van 2 750 miljard (ITL)" (punt VII, vijfde alinea).

77 Enerzijds herinnert verzoekster eraan, dat de werknemers van de maatschappij, die particuliere investeerders zijn, hadden aanvaard voor een bedrag van 310 miljard ITL, dat wil zeggen ongeveer 20 % van haar kapitaal, aan de kapitaalverhoging deel te nemen. Anderzijds merkt zij op, dat zij een op de Italiaanse effectenbeurs genoteerde onderneming is die op 1 juli 1996 reeds voor 13,6 % van haar kapitaal in handen van particuliere aandeelhouders was. Zij beklemtoont, dat aandelen waarop de bestaande aandeelhouders geen koopoptie hebben uitgeoefend, naar Italiaans recht ter beurze moeten worden aangeboden. Daar IRI, behalve het voorschot van de op 1 juli 1996 reeds gestorte 1 000 miljard, zich alleen bereid heeft verklaard deel te nemen aan de verschillende fasen van verzoeksters herkapitalisatie, zal IRI de geplande kapitaalverhoging slechts volledig onderschrijven ingeval geen enkele particulier daaraan deelneemt.

78 Bovendien heeft de Italiaanse regering haar vaste voornemen te kennen gegeven, verzoekster op korte termijn te privatiseren, zodra de kapitaalverhoging is goedgekeurd (brief van 20 december 1996 van de president van de Italiaanse ministerraad aan de president van de Commissie; bijlage 13 bij het verzoekschrift), door in de loop van 1996 de wetsbepaling in te trekken krachtens welke 51 % van het kapitaal van de maatschappij in handen van de overheid moet zijn.

79 Vervolgens verklaart verzoekster, dat IRI haar 2 000 miljard ITL (1 000 miljard in juni 1996 en 1 000 miljard in 1997) heeft gestort. Vervolgens heeft IRI

ongeveer 787 miljard ITL ontvangen als opbrengst uit de verkoop van 18,4 % van het kapitaal van de maatschappij aan particuliere investeerders. In januari 1998 werd tot een verdere kapitaalverhoging besloten, waaraan particuliere investeerders voor 1 000 miljard hebben deelgenomen. Zelfs afgezien van de deelneming van de werknemers, ligt de totale investering van IRI (1 213 miljard ITL) in haar herstructurering volgens verzoekster dus onder de inbreng van de particuliere investeerders (1 787 miljard ITL). Verzoekster voegt hieraan toe, dat IRI ten tijde van de neerlegging van de repliek 53 % en de particuliere investeerders 47 % van haar kapitaal bezaten. Ten slotte wijst verzoekster erop, dat het succes van de particuliere deelneming in haar kapitaalverhoging zo groot was, dat IRI het tweede (500 miljard ITL) en het derde (250 miljard ITL) door de bestreden beschikking toegestane gedeelte niet heeft hoeven te storten. Zij verwijst nog naar het rapport van de adviseur van de Commissie van 27 mei 1998, waarin deze opmerkt dat „het door IRI geïnvesteerde bedrag lager bleek en de rentabiliteit proportioneel hoger dan de prognoses van het plan". De Commissie heeft het herstructureringsplan dus kennelijk onjuist beoordeeld, aangezien dit laatste, vanaf de eerste versie ervan, en gelet op de destijds bestaande situatie en de op korte termijn voorzienbare ontwikkelingen, aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed.

80 Het Gerecht herinnert eraan, dat het criterium van de onder de normale voorwaarden van een markteconomie handelende particuliere investeerder, is afgeleid uit het beginsel van gelijke behandeling van de openbare en de particuliere sector, welk beginsel inhoudt dat wanneer kapitaal onder met normale marktvoorwaarden overeenkomende omstandigheden, al dan niet rechtstreeks, door de staat ter beschikking van een onderneming wordt gesteld, dit niet als staatssteun kan worden aangemerkt (arrest Hof van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-303/88, Jurispr. blz. I-1433; hierna: „arrest ENI-Lanerossi", punt 20; arrest Gerecht van 12 december 1996, Air France/Commissie, T-358/94, Jurispr. blz. II-2109, punt 70).

81 Een kapitaalinjectie door de overheid moet dus worden geacht aan het criterium van de particuliere investeerder te voldoen en geen staatssteun in te houden, onder meer indien deze injectie plaatsvindt tegelijk met een in vergelijkbare omstandigheden door een particuliere investeerder gedane aanzienlijke inbreng (zie, in die zin, arrest Air France/Commissie, aangehaald in punt 80 supra, punten 148 en 149).

82 Wat in de eerste plaats de deelneming van het personeel in verzoeksters kapitaal betreft, kon de Commissie redelijkerwijs beslissen, dat zij „niet in aanmerking (kon) worden genomen, daar deze deelneming op geheel andere voorwaarden plaatsvindt" dan de inbreng door IRI (bestreden beschikking, punt VII, vijfde alinea).

83 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat verzoeksters personeel bij de overeenkomst van 19 juni 1996 had ingestemd met loonsverlaging. Als compensatie kreeg het personeel Alitalia-aandelen voor een totaalbedrag van 310 miljard ITL, dat overeenkwam met de te realiseren jaarlijkse besparing op arbeidskosten.

84 In deze omstandigheden toont de deelneming van het personeel in verzoeksters kapitaal, die inderdaad heeft plaatsgevonden, op zich niet aan, dat de kapitaalinjectie door IRI voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder. Dienaangaande zij beklemtoond, dat het gedrag van een particuliere investeerder in een markteconomie is ingegeven door rendabiliteitsvooruitzichten (arresten Hof van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-305/89, Jurispr. blz. I-1603; hierna: „arrest Alfa Romeo", punt 20, en 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punten 20-22; arrest Gerecht van 15 september 1998, BFM en EFIM/Commissie, T-126/96 en T-127/96, Jurispr. blz. II-3437, punt 79). De deelneming van het personeel is evenwel veeleer ingegeven door overwegingen inzake behoud van werkgelegenheid en dus vooral door overwegingen inzake verzoeksters levensvatbaarheid en voortbestaan, dan door rendabiliteitsvooruitzichten.

85 Wat vervolgens de deelneming van particuliere investeerders betreft, was de Commissie in de bestreden beschikking van mening:

„Zelfs ingeval het aandeel (...) in het kapitaal van Alitalia in handen van particuliere investeerders als van werkelijk economisch belang kon worden

aangemerkt, (neemt) in ieder geval geen enkele particuliere investeerder deel aan de betrokken kapitaalverhoging voor een bedrag van 2 750 miljard [ITL]." (punt VII, vijfde alinea)

86 Er zij aan herinnerd, dat in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag de rechtmatigheid van een gemeenschapshandeling moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand op de datum waarop de handeling is vastgesteld. Inzonderheid de door de Commissie verrichte ingewikkelde beoordelingen dienen te worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie beschikte op het ogenblik waarop zij die beoordelingen verrichtte (arrest Hof van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie, C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 34; arresten Gerecht van 25 juni 1998, British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punt 81, en Salomon/Commissie, aangehaald in punt 61 supra, punt 115).

87 Gedurende de gehele procedure zijn de Italiaanse autoriteiten en verzoekster er voor de berekening van het rendement van de investering evenwel van uitgegaan, dat IRI alleen de geplande kapitaalverhogingen ging onderschrijven.

88 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat volgens het oorspronkelijke plan IRI een kapitaalinjectie van 3 000 miljard ITL zou doen en verzoeksters personeel voor 310 miljard ITL in het kapitaal zou deelnemen. Gelet op het aandeel dat toentertijd reeds in handen was van minderheidsaandeelhouders, werd het aandeel van IRI in het kapitaal aan het eind van de operatie op ongeveer 80 % geraamd. Dit punt is overigens bevestigd in het antwoord van de Italiaanse autoriteiten van 6 september 1996 op een verzoek om inlichtingen van de Commissie, waarin het volgende is uiteengezet:

„Om de berekening te vereenvoudigen is ervan uitgegaan, dat de huidige minderheidsaandeelhouders aan het eind van het herkapitalisatieproces een zeer klein aandeel in het kapitaal van de maatschappij zullen hebben. Ter compensatie

van loonsverlagingen en productiviteitsverhogingen zal het personeel aandelen krijgen. In deze context is te verwachten, dat het personeel ongeveer 20 % van de aandelen en IRI de resterende 80 % zal hebben."

89 Hieraan zij nog toegevoegd, dat volgens verzoekster een deelneming van IRI in haar kapitaal ten belope van 80 % aan het eind van haar herstructurering een minimumraming was. Op 23 oktober 1996 heeft verzoekster tijdens een presentatie aan het directoraat-generaal Vervoer (DG VII) het volgende uiteengezet: „[E]en aandeel in het kapitaal van 80 % is de ongunstigste veronderstelling." Bij dezelfde gelegenheid merkte zij bovendien op: „[H]et bestaande minderheidsaandeelhouderschap (thans ongeveer 10 %) zal heel sterk slinken, waarschijnlijk tot onder 1 % (...) de werknemers zullen ongeveer 20 % van de aandelen krijgen, doch hun daadwerkelijke deelneming zal naar verwachting slechts 12 tot 15 % bedragen."

90 Op basis van de gegevens die aan de Commissie zijn meegedeeld, heeft haar adviseur in zijn rapport van 11 december 1996 aan het volgende herinnerd: „[H]et plan gaat ervan uit, dat de totale herkapitalisatie van 3 000 miljard ITL alleen door IRI zal worden onderschreven." (sectie IV, C, 2) Bovendien gaf hij het volgende te kennen: „[V]olgens het plan werd de deelneming van IRI in het kapitaal geacht 80 % te bedragen [...] Het lijkt waarschijnlijker dat in 2000 de deelneming van IRI in het kapitaal van Alitalia nog hoger zal zijn dan de aanvankelijk geplande deelneming van 80 %." (sectie IV, C, 2)

91 Verzoekster heeft deze verklaringen geenszins weersproken, doch in een bij brief van 20 december 1996 door de Italiaanse autoriteiten aan de Commissie meegedeeld document van 19 december 1996 toegegeven, dat het standpunt van de adviseur van de Commissie dat „het percentage van de deelneming van IRI in het kapitaal van Alitalia na de uitvoering van het plan waarschijnlijk hoger [zal zijn] dan in het ‚voorstel' van juli laatstleden", aanvaardbaar was. Bij brief van 15 april 1997 deelde zij de Commissie nog mee, dat IRI de kapitaalverhoging, die toentertijd op 2 800 miljard ITL was vastgesteld, volledig ging onderschrijven. In

de brief wordt namelijk gezegd: „IRI is voornemens 2 800 miljard ITL te betalen volgens het volgende schema: 1 000 miljard ITL in juli 1996, 500 miljard ITL in juli 1997 en het saldo van 1 300 miljard ITL in december 1997. Van de overheid wordt voorts geen enkele inbreng verwacht."

92 In deze omstandigheden heeft de Commissie in de bestreden beschikking terecht aangenomen, dat „[...] in ieder geval geen enkele particuliere investeerder [deelneemt] aan de betrokken kapitaalverhoging voor een bedrag van 2 750 miljard [ITL]". Ook al had het herstructureringsplan volgens de Italiaanse regering „in de eerste plaats tot doel de basis te leggen voor de privatisering van de vennootschap" en werd daartoe de deelneming van particuliere investeerders aan een gedeelte van de tweede tranche van de geplande herkapitalisatie [herstructureringsplan van juli 1996] mogelijk geacht, het gaat hier om een loutere mogelijkheid, waarmee verzoekster zelf geen rekening heeft gehouden bij de berekening van het rendement van de investering van IRI.

93 Ten slotte toont het feit dat het herstructureringsplan ertoe strekte, voor verzoeksters privatisering gunstige voorwaarden te scheppen, niet aan, dat de investering van IRI aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed. Ook al voorzag het herstructureringsplan in de mogelijkheid van deelneming van particuliere investeerders en waren er na de vaststelling van de bestreden beschikking inderdaad dergelijke deelnemingen in verzoeksters kapitaal, nu zich ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking geen particuliere investeerder formeel ertoe had verbonden, een kapitaalinbreng van reële economische betekenis te doen, tonen deze omstandigheden gelet op hetgeen is uiteengezet in punt 86 supra, niet aan, dat het gedrag van IRI voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder.

94 Uit al het voorgaande volgt, dat het eerste onderdeel van het eerste middel moet worden verworpen.

Tweede onderdeel: kennelijke beoordelingsfouten in de berekening van het minimumrendement en het interne rendement, in strijd met artikel 92, lid 1, van het Verdrag en met het beginsel van gelijke behandeling, en ontoereikende motivering

— Opmerkingen vooraf

95 Er zij aan herinnerd dat het begrip staatssteun, zoals omschreven in het Verdrag, een juridisch begrip is en moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen. Om deze reden moet de gemeenschapsrechter in beginsel en gelet op zowel de concrete gegevens van het hem voorgelegde geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door de Commissie gemaakte beoordelingen, volledig toetsen of een maatregel al dan niet binnen het toepassingsgebied van artikel 92, lid 1, van het Verdrag valt (arrest Hof van 16 mei 2000, Frankrijk/ Ladbroke Racing en Commissie, C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 25).

96 Volgens de rechtspraak dient, teneinde vast te stellen of de deelneming van de overheid in het kapitaal van een onderneming een staatssteun vormt, te worden beoordeeld of in soortgelijke omstandigheden een particulier investeerder van een omvang die vergelijkbaar is met die van een openbare investeerder, ertoe zou kunnen zijn gebracht een even grote kapitaalinbreng te doen. Dienaangaande heeft het Hof gepreciseerd, dat het gedrag van een particulier investeerder, waarmee de deelneming van de openbare investeerder die doelstellingen van economisch beleid nastreeft moet worden vergeleken, niet noodzakelijkerwijs het gedrag hoeft te zijn van een gewone investeerder die kapitaal belegt om daaruit op min of meer korte termijn een rendement te halen, maar ten minste het gedrag moet zijn van een particuliere holding of een particuliere groep van ondernemingen met een algemeen of sectoraal structuurbeleid, en moet worden geleid door het uitzicht op rendement op langere termijn (arresten Alfa Romeo, aangehaald in punt 84 supra, punt 20; Spanje/Commissie, aangehaald in punt 84 supra, punten 20-22, en BFM en EFIM/Commissie, aangehaald in punt 84 supra, punt 79).

97 Overeenkomstig deze beginselen heeft de Commissie in haar mededeling voor de luchtvaartsector haar methodologie toegelicht voor de beslechting van de vraag, of aan luchtvaartmaatschappijen verleende overheidsgelden staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag vormen. Zo zet de Commissie in punt 28 van haar mededeling voor de luchtvaartsector het volgende uiteen: „Aan het [criterium van de particuliere investeerder is] normaal [...] voldaan wanneer de structuur van en de vooruitzichten voor de maatschappij zodanig zijn dat binnen een redelijke termijn een normale opbrengst in de vorm van dividend of kapitaalopwaardering, met een vergelijkbare particuliere onderneming als referentie, kan worden verwacht." In punt 28 van deze mededeling voegt de Commissie hier nog aan toe: „Een tegen marktvoorwaarden opererende investeerder zou normaal aandelen kopen indien de contante waarde van de toekomstige kasstroom die naar verwachting door het geplande project zal worden gegenereerd (ten goede komend aan de investeerder in de vorm van een dividend en/of kapitaalaanwas en gecorrigeerd voor risico) meer bedraagt dan de nieuwe investering."

98 Vervolgens zij vastgesteld, dat de Commissie, om uit te maken of de investering van IRI aan het criterium van de particuliere investeerder voldoet, en dus om te beoordelen of deze elementen van staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag omvat, is uitgegaan van de beginselen van haar mededeling voor de luchtvaartsector. In de bestreden beschikking (punt VII) heeft de Commissie namelijk het bedrag van de investering van IRI aan de hand van het door een particuliere investeerder verlangde minimumrendement vergeleken met de contante waarde van de kasstroom die naar verwachting door het geplande project zou worden gegenereerd. Zij is tot de slotsom gekomen dat in casu het interne rendement onder het minimumrendement bleef, zodat de investering niet aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed.

99 De door de Commissie in de bestreden beschikking toegepaste methode is op zich niet vatbaar voor kritiek. Volgens vaste rechtspraak kan de Commissie zichzelf voor de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheden namelijk gedragsregels stellen door middel van handelingen als de mededeling voor de luchtvaartsector, voor zover deze handelingen gedragsregels bevatten inzake de door haar te volgen praktijk en niet derogeren aan de normen van het Verdrag (arrest Hof van 24 maart 1993, CIRFS e.a./Commissie, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punten 34 en 36; arresten Gerecht van 12 december 1996, AIUFFASS en AKT/Commissie, T-380/94, Jurispr. blz. II-2169, punt 57; 5 november 1997, Ducros/Commissie,

T-149/95, Jurispr. blz. II-2031, punt 61, en 30 april 1998, Vlaams Gewest/Commissie, T-214/95, Jurispr. blz. II-717, punt 79).

100 Vastgesteld zij overigens, dat verzoekster niet de methode betwist die de Commissie heeft toegepast om te beoordelen of de investering van IRI aan het criterium van de particuliere investeerder voldoet. De Commissie en verzoekster zijn het er namelijk over eens, dat de vraag of de investering van IRI aan het criterium van de particuliere investeerder voldoet, moet worden beoordeeld door het interne rendement te vergelijken met het minimumrendement.

101 Om het minimumrendement en het interne rendement vast te stellen heeft de Commissie een onafhankelijke adviseur, Ernst & Young, ingeschakeld (bestreden beschikking, punt V, eerste alinea), die verschillende rapporten heeft opgesteld (zie punten 20, 26, 32 en 34 supra).

102 Op basis van de aldus ingewonnen informatie is de Commissie in de bestreden beschikking uitgegaan van een minimumrendement van 30 %. Ook al wordt, zoals verzoekster stelt, in de juridische beoordeling van de bestreden beschikking het minimumrendement niet gekwantificeerd, blijkens het gedeelte met het opschrift „De feiten" van deze beschikking (punten V, tweede alinea, en VI, tweede alinea), alsook de in de loop van het geding neergelegde memories, heeft de Commissie dit op 30 % vastgesteld.

103 Aangaande het interne rendement legt de Commissie in de bestreden beschikking uit, dat dit voor de investering van 2 750 miljard ITL uitkomt „op omstreeks 20 %" (punt VII, achtste alinea). Op een schriftelijke vraag van het Gerecht heeft de Commissie uiteengezet, dat „dit een gemiddelde waarde is, die varieert van 13,1 % tot 24,8 %, welke percentages de minimum- en maximumwaarden van het door [Ernst & Young] berekende [interne rendement] vertegenwoordigen: zie blz. 13-14 van het rapport van 18 juni 1997, ‚Section IV-A. Calculation of the IRR'".

104 Volgens verzoekster heeft de Commissie in de bestreden beschikking het interne rendement en het minimumrendement evenwel niet correct vastgesteld, zodat de door de Commissie getrokken conclusie, namelijk dat de investering van IRI niet voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder, onrechtmatig is.

105 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de beoordeling door de Commissie van de vraag of een investering aan het criterium van de particuliere investeerder voldoet, een ingewikkelde economische beoordeling impliceert (arrest Hof van 29 februari 1996, België/Commissie, C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punten 10 en 11; arresten Air France/Commissie, aangehaald in punt 80 supra, punt 71, en BFM en EFIM/Commissie, aangehaald in punt 84 supra, punt 81). Bij de vaststelling van een handeling die dermate ingewikkelde economische beoordeling impliceert, beschikt de Commissie evenwel over een ruime beoordelingsbevoegdheid, en de rechterlijke toetsing van deze handeling, ook al wordt in beginsel „volledig" getoetst of een maatregel binnen de werkingssfeer van artikel 92, lid 1, van het Verdrag valt (arrest Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie, aangehaald in punt 95 supra, punt 25), is beperkt tot de vraag, of de procedure- en motiveringsvoorschriften in acht zijn genomen, of de feiten op grond waarvan de betwiste keuze is gemaakt, juist zijn vastgesteld, en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling van deze feiten of van misbruik van bevoegdheid (arrest België/Commissie, reeds aangehaald, punt 11, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Gerecht is met name niet bevoegd zijn economische beoordeling in de plaats te stellen van die van de auteur van de beschikking (arresten AIUFFASS en AKT/Commissie, aangehaald in punt 99 supra, punt 56; BFM en EFIM/Commissie, aangehaald in punt 84 supra, punt 81, en British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, aangehaald in punt 86 supra, punt 79).

106 Tegen de achtergrond van deze overwegingen dienen de in casu door partijen aangevoerde argumenten te worden beoordeeld.

— De grieven betreffende de elementen op basis waarvan de Commissie en haar adviseur het minimumrendement hebben vastgesteld

107 Er zij aan herinnerd, dat de bestreden beschikking voor de vaststelling van het minimumrendement verwijst naar de rapporten van de adviseur van de Commissie (punten V en VI). De motivering van de bestreden beschikking valt dus samen met de motivering van de rapporten van de adviseur op dit punt.

108 Vastgesteld zij, dat de adviseur van de Commissie in zijn rapporten van 11 december 1996 en 18 juni 1997 verklaart het minimumrendement te hebben vastgesteld als volgt:

„Ter bepaling van het rendement dat een rationele investeerder in een markteconomie van zijn investering in het kapitaal van Alitalia zou verwachten, heb ik

— de kenmerken van het [p]lan gecontroleerd om uit te maken of de actiepunten een ‚saneringsplan' dan wel een ‚strategisch plan' vormden, alsook het niveau van de risico's van deze actiepunten

— verschillende investeerders en analisten geïnterviewd, en

— vorige beschikkingen van de Commissie gelezen (zaak Iberia)."

109 Verzoekster kritiseert elk van de elementen op basis waarvan de adviseur van de Commissie een minimumrendement van 30 % in aanmerking heeft genomen en wijst erop, dat dit rendement in casu niet hoger kan zijn dan 20 %.

110 In de eerste plaats zij opgemerkt, dat de Commissie niet kan stellen, dat verzoekster zich tegenspreekt door het op 30 % vastgestelde minimumrendement als onevenredig te beschouwen, aangezien zij in het rapport van 9 september 1996 dat zij aan de Commissie had gezonden, het volgende had uitgelegd: „Uit gesprekken met financiële analisten en investeerders in luchtvaartmaatschappijen blijkt, dat in geval van een typische luchtvaartmaatschappij in moeilijkheden, voor een nieuwe kapitaalinjectie een rendement van 30 tot 40 % wordt verlangd." De Commissie haalt dit uittreksel namelijk uit zijn context. In haar rapport had verzoekster erop gewezen, dat het minimumrendement, gezien de geringe kans dat haar herstructurering op een mislukking zou uitlopen, in casu dichter bij het normale rendement van 14,78 % lag dan bij een rendement „van herstructurering" dat wordt verlangd voor een investering in een luchtvaartmaatschappij in moeilijkheden, dat volgens verzoekster varieert van 30 tot 40 %.

111 In de eerste plaats stelt verzoekster, dat de kwalificatie van het herstructureringsplan als strategisch plan dan wel als saneringsplan irrelevant is om het minimumrendement te bepalen. De risico's van een dergelijk plan hangen niet af van de kwalificatie ervan.

112 Vastgesteld zij evenwel, dat verzoeksters argument op een onjuiste lezing van de rapporten van de adviseur en van de bestreden beschikking berust.

113 Uit de rapporten van de adviseur blijkt namelijk, dat deze „de kenmerken van het [p]lan heeft onderzocht om te beoordelen of de actiepunten een saneringsplan dan wel een strategisch plan vormden" (rapporten van december 1996 en juni 1997, sectie IV, punt E.1). Dienaangaande merkt de Commissie op, dat verzoeksters herstructureringsplan voorzag in meer dan dertig significante en belangrijke projecten houdende een „diepgaande verandering", een optimalisering dan wel een combinatie van beide. Vervolgens stelt de adviseur van de Commissie, dat hij voor elk van de verschillende actiepunten van het plan „het niveau van het risico van deze actiepunten" heeft onderzocht (rapporten van december 1996 en juni 1997, sectie IV, punt E.1).

114 Verzoekster kan de adviseur van de Commissie dus niet verwijten, verzoeksters herstructureringsplan „blindelings" als saneringsplan te hebben aangemerkt en op grond van deze kwalificatie het minimumrendement op een hoog niveau te hebben vastgesteld. De Commissie en haar adviseur hebben de verschillende elementen van het plan en de aan deze elementen verbonden risico's juist geanalyseerd alvorens te beslissen, dat het plan een saneringsplan vormde, en hebben vervolgens een hoog minimumniveau vastgesteld dat rekening hield met de risico's van de verschillende actiepunten van het plan.

115 Verzoeksters argument moet dus worden verworpen.

116 In de tweede plaats stelt verzoekster, dat de door Ernst & Young geraadpleegde investeerders en analisten haar financiële situatie en haar herstructureringsplan onvoldoende kenden om een gefundeerd oordeel te kunnen uitspreken over het minimumrendement van de investering van IRI. Om te kunnen nagaan, of de door de adviseur van de Commissie geraadpleegde personen zich een gefundeerde en betrouwbare mening hebben kunnen vormen over het toe te passen minimumrendement, alsmede of het verrichte onderzoek juist en volledig was, acht verzoekster het onontbeerlijk, dat het Gerecht de adviseur van de Commissie verzoekt mee te delen, hoe de geraadpleegde deskundigen waren gekozen en hoe de gestelde vragen, de aan de ondervraagden verstrekte inlichtingen en de gegeven antwoorden luidden.

117 Verzoekster stelt nog, dat zij voor de adviseur van de Commissie speciaal een document had voorbereid met voor een juiste beoordeling van het herstructureringsplan noodzakelijke niet-vertrouwelijke inlichtingen. Zij heeft voorgesteld deze inlichtingen aan de geraadpleegde investeerders mee te delen. Zij vindt het dus ergerlijk, dat de adviseur van de Commissie met dit document geen rekening heeft gehouden.

118 In antwoord op verzoeksters betoog heeft de Commissie een brief van haar adviseur van 28 oktober 1998 overlegd, waarin deze zegt contact met zijn collega's in Londen, Parijs, Madrid en Frankfurt te hebben opgenomen, ten einde

het minimumrendement van de investering van IRI vast te stellen. Van hun kant hebben de lokale vertegenwoordigers van Ernst & Young contact opgenomen met „wereldwijd bekende investeerders en banken die met dit soort ramingen vertrouwd zijn". De geraadpleegde investeerders hebben hun antwoorden gebaseerd „op hun kennis van de maatschappij en op de inlichtingen die de adviseur hun mocht verstrekken". De Commissie zegt zich niet te herinneren, het door verzoekster voor Ernst & Young voorbereide document te hebben ontvangen.

119 In het kader van de op 25 april 2000 gelaste maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht verzoekster verzocht, het document over te leggen dat zij stelt te hebben voorbereid voor de raadplegingen van investeerders door Ernst & Young.

120 Bij brief van 24 mei 2000 heeft verzoekster een document meegedeeld met het opschrift „Nota ter voorbereiding van de besprekingen met investeerders over Alitalia". Dit document, van slechts één bladzijde, bevat in de eerste plaats verzoeksters „sleutelcijfers" voor 1995 (huidige cijfers) en 2000 (geraamde cijfers) en vermeldt vervolgens de „sleutelelementen" van het plan, namelijk de installatie van een nieuwe directie, de kapitaalverhoging van 3 300 miljard ITL, het knooppunt Malpensa, de oprichting van Alitalia Team en de historische overeenkomst met de vakbonden.

121 Geen van de door verzoekster aangevoerde elementen vormt evenwel reden om te betwijfelen, dat de door Ernst & Young geraadpleegde deskundigen niet over de nodige inlichtingen beschikten om het minimumrendement in casu te ramen.

122 Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de Commissie in haar in het Publicatieblad bekendgemaakte mededeling van 16 november 1996 (zie punten 15 en 16 supra) had aangekondigd dat zij „de opinie van een of meer onafhankelijke deskundigen [zou] inwinnen" om uit te maken of het herstructureringsplan voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder (PB C 346, in het bijzonder blz. 21). De door Ernst & Young geraadpleegde investeerders moeten de inhoud van deze mededeling dus hebben gekend, toen deze raadplegingen plaatsvonden.

123 De mededeling van 16 november 1996 bevat vijf pagina's inlichtingen over verzoeksters structuur, de evolutie van haar financiële situatie tussen 1990 en 1995, de cijfers voor 1995 (die destijds hoe dan ook reeds waren bekendgemaakt), de grote lijnen van het herstructureringsplan en de voor de periode van 1996 tot 2000 verwachte ontwikkeling. De inlichtingen in de mededeling van 16 november 1996 betreffende verzoeksters financiële situatie en haar herstructureringsplan zijn veel uitvoeriger dan de inlichtingen in de „nota ter voorbereiding van de besprekingen met investeerders over Alitalia". Volgens verzoekster bevatte dit document evenwel reeds „de voor een juiste beoordeling van het plan van de maatschappij nodige informatie". In die omstandigheden moet verzoeksters argument worden verworpen, zonder dat andere maatregelen tot organisatie van de procesgang hoeven te worden gelast.

— Ontoereikende motivering van de vaststelling van het minimumrendement

124 Volgens verzoekster heeft de Commissie de toepassing op de investering van IRI van het minimumrendement waarvan in beschikking 96/278/EG van de Commissie van 31 januari 1996 betreffende de herkapitalisatie van Iberia (PB L 104, blz. 25; hierna: „Iberia-beschikking") is uitgegaan, rechtens niet genoegzaam gemotiveerd. Dienaangaande wijst verzoekster erop, dat de situatie van Iberia ten tijde van de vaststelling van de Iberia-beschikking volledig verschilde van haar eigen situatie ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking.

125 De Commissie antwoordt dat verzoeksters betoog niet-ontvankelijk moet worden verklaard, aangezien het is gebaseerd op vertrouwelijke inlichtingen die verzoeksters adviseur heeft verkregen in de loop van de administratieve procedure die aan de vaststelling van de Iberia-beschikking is voorafgegaan. In de zaak Iberia was verzoeksters adviseur namelijk de adviseur van de Commissie. In de bestreden beschikking was de Commissie hoe dan ook niet gehouden, specifieke toelichtingen te verstrekken over de vergelijking van verzoeksters herstructureringsplan met dat van Iberia (arrest British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, aangehaald in punt 86 supra, punt 443).

126 Het Gerecht is van oordeel, dat het argument van de Commissie betreffende de niet-ontvankelijkheid van verzoeksters betoog zonder voorwerp is, aangezien voor het onderzoek ervan (zie punten 127-137 infra) alleen zal dienen te worden uitgegaan van elementen die niet vertrouwelijk zijn jegens verzoekster, namelijk uittreksels van de Iberia-beschikking, die in het Publicatieblad is bekendgemaakt (zie punt 124 supra), en passages uit de rapporten van de adviseur van de Commissie, die door laatstgenoemde aan verzoekster zijn meegedeeld.

127 In de eerste plaats is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie niet kan stellen, dat zij niet gehouden was in de bestreden beschikking specifieke toelichtingen te verstrekken over de vergelijking van verzoeksters herstructureringsplan met dat van Iberia, omdat verzoekster en Iberia twee verschillende luchtvaartmaatschappijen zijn die op verschillende tijdstippen zijn geherstructureerd. De Commissie zelf en haar adviseur zijn voor de vaststelling van het minimumrendement van de investering van IRI immers uitgegaan van de Iberia-beschikking (zie punten 107 en 108 supra) en hebben aldus de relevantie van de vergelijking tussen verzoeksters situatie en die van Iberia in dit opzicht onderstreept.

128 Vervolgens zij opgemerkt, dat de Commissie in de Iberia-beschikking het minimumrendement op 30 % heeft vastgesteld op basis van de volgende overwegingen:

„(...) De Commissie is voorts van mening dat het jaarlijkse [minimumrendement] dat een investeerder in een markteconomie zou eisen om over te gaan tot de kapitaalinjectie in kwestie ten minste 30 % bedraagt gezien de grootte van het bedrag dat ermee gemoeid is en vooral de risico's die aan de transactie zijn verbonden. Dit kennelijk zeer hoge percentage van minimaal 30 %, dat hoger is dan de op de markt geldende percentages, houdt namelijk rekening met de niet te verwaarlozen mogelijkheid dat het programma niet zal verlopen zoals gepland en dat het reële rendement uiteindelijk lager zal uitvallen. Dit percentage kan overigens niet anders dan hoger dan de kosten van het eigen vermogen zijn, aangezien bij deze laatste geen rekening is gehouden met alle aan de onderneming verboden risico's. De risico's in verband met deelneming in Arsa zijn weliswaar nagenoeg volledig verdwenen en het bedrijfsresultaat is in 1994 en in het eerste halfjaar van 1995 aanzienlijk verbeterd, doch Iberia blijft een onderneming met een zeer hoog specifiek risico. De volgende onzekerheden zijn met name van

invloed op het verdere herstel van de onderneming, op de rentabiliteit op lange termijn en op de financiële prognoses voor 1999 waarop de berekening van de waarde van de onderneming op dat tijdstip is gebaseerd:

— het aanpassingsprogramma is niet voltooid; er is met name nog geen begin gemaakt met de geplande personeelsvermindering;

— de onderneming heeft onlangs sociale moeilijkheden gekend, waarbij met name de piloten verschillende keren hebben gestaakt. Afgezien van de directe kosten voor rekening van Iberia, schaden deze werknemersacties het imago van de onderneming bij de klanten en kunnen zij het behalen van de door het programma beoogde productiviteitswinst bemoeilijken;

— in zijn huidige vorm loopt het programma einde 1996 af. Op dat tijdstip zal Iberia nog niet het productiviteits- en efficiëntieniveau van zijn voornaamste concurrenten van de Gemeenschap hebben bereikt. Een nieuw plan tot kostenverlaging zal dan moeten worden uitgewerkt waarover met de sociale partners zal moeten worden onderhandeld. Op dit ogenblik kan het resultaat van deze onderhandelingen nog niet worden voorspeld;

— als die al bestaan is het nog steeds onduidelijk op welke wijze toekomstige externe partners, die overigens nog moeten worden gekozen, zullen ingrijpen;

— de effecten van de liberalisatie van het luchtvervoer en de gronddiensten (‚handling') in Europa op de langetermijnrentabiliteit van Iberia kunnen nog niet in hun geheel worden overzien."

129 In de Iberia-beschikking heeft de Commissie vervolgens besloten, dat de investering in het kapitaal van deze maatschappij voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder, aangezien het interne rendement van 30 % gelijk was aan het minimumrendement.

130 De Commissie erkent, dat de Iberia-beschikking ten tijde van de administratieve procedure die vooraf is gegaan aan de vaststelling van de bestreden beschikking, de enige beschikking was waarin zij het criterium van de vergelijking tussen het interne rendement en het minimumrendement had toegepast om te beoordelen of een investering in een luchtvaartmaatschappij voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder. Daartoe legt de Commissie uit, dat het de enige andere zaak was waarin de betrokken partijen de kwalificatie van de maatregel betwistten. In deze omstandigheden kon de Iberia-beschikking kennelijk gelden als een precedent voor de berekening van het minimumrendement in het onderhavige geval.

131 Verzoekster was zich daarvan bewust en heeft gedurende de gehele administratieve procedure betoogd, dat haar situatie niet vergelijkbaar is met die van Iberia zoals beschreven in de Iberia-beschikking, zodat het in deze laatste beschikking in aanmerking genomen hoge minimumrendement niet op haar kon worden toegepast [verzoeksters presentatie aan DG VII van de Commissie van 23 oktober 1996 (blz. 80); verzoeksters document van 19 december 1996, op 20 december 1996 door de Italiaanse autoriteiten aan de Commissie toegezonden; brief van verzoeksters adviseur aan de Commissie van 31 januari 1997; voor de vergadering van 8 april 1997 aan de Commissie toegezonden document; onderzoek van verzoekster ter voorbereiding van de bijeenkomst van 8 april 1997]. Verzoekster heeft er met name op gewezen, dat er in haar geval geen onzekerheden als in de zaak Iberia bestaan.

132 Met betrekking tot de op de Commissie rustende motiveringsplicht jegens verzoekster, die, als begunstigde van de betwiste maatregel, belanghebbende in de zin van artikel 93, lid 2, van het Verdrag is, zij eraan herinnerd, dat hoewel de Commissie niet gehouden is alle in de administratieve procedure door een belanghebbende partij aangevoerde argumenten te beantwoorden, zij hoe dan ook gehouden is in haar beschikking voldoende duidelijk uiteen te zetten waarom de wezenlijke elementen van het betoog van die partij moeten worden afgewezen (zie, in die zin, arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's

France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punten 63 en 64). Gelet op het — door de Commissie erkende (zie punt 130 supra) — feit dat de Iberia-beschikking in haar beschikkingspraktijk het enige precedent was voor de berekening van het minimumrendement van een investering door de overheid in een luchtvaartmaatschappij, moet ervan worden uitgegaan, dat verzoeksters argumenten ten betoge dat haar situatie verschilt van die van Iberia, van wezenlijk belang was voor haar bewijslevering, dat de investering van IRI voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder. Bijgevolg was de Commissie gehouden daarop in haar bestreden beschikking te antwoorden.

133 Vastgesteld zij evenwel, dat in de bestreden beschikking en in de rapporten van de adviseur van de Commissie, waarnaar de beschikking verwijst, akte is genomen van bepaalde bijzonderheden van verzoeksters situatie, die laatstgenoemde met name had beklemtoond om haar situatie van die van Iberia te onderscheiden.

134 Zo wijst het rapport van de adviseur van december 1996 er in het kader van de raming van het minimumrendement op, dat een overeenkomst met de vakbonden is gesloten en dat sommige belangrijke projecten, waaronder dat betreffende „de sterk concurrerende vervoermaatschappij", namelijk Alitalia Team, reeds zijn gestart (punt IV.E.2).

135 In de bestreden beschikking wordt bovendien bevestigd, dat „het [herstructurerings]plan is goedgekeurd door de sociale partners van de maatschappij" (punt II, derde alinea, zie ook punt II, zesde alinea) en dat „Alitalia Team (...) op 23 juli 1996 (is) opgericht" (punt II, zesde alinea). De bestreden beschikking vermeldt nog dat „het [herstructureringsplan] tot doel (heeft), het concurrentievermogen van Alitalia te herstellen en de privatisering van de maatschappij mogelijk te maken in de nieuwe context van de geliberaliseerde communautaire markt. Met het oog op dit tweeledige doel zal de kapitaalverhoging tot een sterke vermindering van de schulden leiden en tot het herstel van een financiële structuur die vergelijkbaar is met die van de meeste van Alitalia's concurrenten. De sanering van de structuur van de passiva zal eveneens een aanzienlijke verlaging van de financiële lasten tot gevolg hebben. Voorts voorziet het programma in de voortzetting van de inspanningen die Alitalia reeds heeft geleverd op het gebied van de productiviteit en de kosten. De Commissie merkt overigens op, dat de productiviteit van het personeel van de onderneming thans even hoog ligt als die van haar voornaamste concurrenten in de Gemeenschap (...)" (punt VIII, zevende

alinea). Bovendien wordt in de bestreden beschikking uiteengezet, dat „het plan, zoals het sinds januari 1997 is verbeterd en aangepast, een realistisch karakter heeft en Alitalia in staat stelt tegen het jaar 2000 opnieuw voldoende rendabel te worden" (punt VI, zevende alinea; zie ook punt VIII, elfde alinea). Bovendien merkt de Commissie nog op dat: „de ruim positieve resultaten die tegen het jaar 2000 worden verwacht, voldoende (zouden) moeten zijn om te voorzien in de behoeften aan bedrijfskapitaal, in de financiering van de investeringen die voor de bedrijvigheid van de maatschappij op lange termijn onontbeerlijk zijn, en vooruitzicht bieden op rendement op lange termijn. Voorts zouden zij de investeerders vertrouwen moeten inboezemen en de weg effenen voor de ontwikkeling van allianties met andere maatschappijen" (punt VIII, negende alinea).

136 Uit het voorgaande volgt, dat de motivering van de bestreden beschikking inzake de berekening van het minimumrendement niet voldoet aan het vereiste, dat zij de redenering van de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doet komen opdat verzoekster de rechtvaardigheidsgronden van de genomen maatregel kan kennen teneinde haar rechten te verdedigen, en de gemeenschapsrechter zijn toezicht kan uitoefenen (zie, in die zin, arrest Gerecht van 30 april 1998, Cityflyer Express/Commissie, T-16/96, Jurispr. blz. II-757, punten 64 en 65, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). In de bestreden beschikking heeft de Commissie namelijk niet verklaard, waarom op de investering van IRI haars inziens hetzelfde minimumrendement van 30 % moest worden toegepast als zij in de Iberia-beschikking had aangehouden, terwijl in de bestreden beschikking vaststellingen worden gedaan die met name de indruk wekken, dat in het geval van Alitalia geen of in mindere mate sprake is van verschillende risicofactoren die de Commissie er in de Iberia-beschikking toe hebben gebracht, het minimumrendement op dit „zeer hoog en veel hoger [niveau] dan de percentages op de markt" vast te stellen (vergelijk de punten 128 en 135 supra).

137 Derhalve moet worden geconcludeerd, dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd, voor zover daarbij voor de investering van IRI wordt uitgegaan van hetzelfde minimumrendement als in de Iberia-beschikking was vastgesteld.

— De grieven inzake de elementen voor de berekening van het interne rendement

138 In de eerste plaats merkt verzoekster op, dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door de insolventiekosten bij de berekening van het interne rendement niet mee te tellen. De insolventiekosten zijn het resultaat van het verschil tussen het bedrag van de verstrekte leningen, die bij een nieuwe kapitaalinjectie volledig zullen worden terugbetaald, en de waarde van terugbetaling van deze zelfde leningen bij insolventie. Door deze kosten niet mee te tellen, is de Commissie dus afgeweken van de door de ondernemingen gewoonlijk gevolgde financiële regels, van het advies van haar adviseur alsook van haar eigen beschikkingspraktijk. Verzoekster wijst erop, dat Cofiri, een vennootschap van de groep IRI, haar leningen tegen marktvoorwaarden voor een bedrag van 1 600 miljard ITL had verstrekt. De insolventiekosten voor de door Cofiri verstrekte leningen bedragen dus 1 140 miljard ITL. Voor de berekening van de insolventiekosten moet ook rekening worden gehouden met de lagere notering van IRI ten gevolge van de eventuele liquidatie van verzoekster.

139 Volgens verzoekster is de onmiddellijke terugbetaling van 900 miljard ITL aan Cofiri, en dus aan IRI, dankzij de betaling van het eerste deel van 1 000 miljard ITL in juni 1996 door IRI (zie punt 11 supra), een significant element voor de berekening van het interne rendement. Ook indien deze operatie tot een omzetting van schulden in kapitaal heeft geleid, is deze vaststelling irrelevant voor de toepassing van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.

140 De Commissie antwoordt, dat de vraag of de insolventiekosten al dan niet moeten worden meegeteld, de kwalificatie van de investering als staatssteun onverlet laat. Daartoe wijst zij erop, dat volgens de berekeningen van haar adviseur het voor verzoekster gunstigste interne rendement, insolventiekosten inbegrepen, 24,8% bedraagt. Aangaande de rechtvaardigingsgronden om de insolventiekosten niet mee te tellen bij de berekening van het interne rendement, verwijst de Commissie naar punt VII, zevende alinea, van de bestreden beschikking. Volgens de Commissie moet het in juni 1996 door IRI betaalde voorschot van 1 000 miljard ITL (zie punt 11 supra), dat is gebruikt om de door Cofiri verstrekte leningen terug te betalen, worden gelijkgesteld met een omzetting van leningen in kapitaal.

141 De Commissie merkt nog op, dat de verstrekking van leningen aan verzoekster door Cofiri, een overheidsonderneming, zij het tegen normale marktvoorwaarden, de vraag opwerpt of het daarbij gaat om staatssteun, aangezien verzoekster, die ook een overheidsonderneming is, een stilzwijgende en onbeperkte staatsgarantie geniet. De Commissie legt uit, dat zij subsidies waarvan de rechtmatigheid onzeker is, niet kon opnemen in de actuele waarde van de kasstroom.

142 Het Gerecht stelt allereerst vast, dat de Commissie in de bestreden beschikking stelt de insolventiekosten bij de berekening van het interne rendement te hebben uitgesloten. Zij geeft namelijk te kennen, „dat in deze omstandigheden de kosten die het IRI in geval van liquidatie van Alitalia zou moeten dragen, niet als te verwachten inkomsten in aanmerking mogen worden genomen" (punt VII, zevende alinea).

143 Verzoekster kan niet stellen, dat de Commissie door aldus te handelen is afgeweken van het advies van haar adviseur. Vastgesteld zij namelijk, dat de adviseur van de Commissie tijdens de administratieve procedure nooit heeft gesteld, dat de insolventiekosten in de berekening van het interne rendement moesten worden meegeteld. In zijn rapport van 18 juni 1997 wees hij erop dat (blz. 23): „het rendement kan worden berekend met inbegrip van de vergoeding voor de leningen van IRI". Vervolgens heeft de adviseur het interne rendement geschat door de insolventiekosten in zijn berekening nu eens niet (blz. 13) en dan weer wel mee te tellen (blz. 14).

144 De Commissie motiveert haar beslissing, de insolventiekosten van de berekening van het interne rendement uit te sluiten, als volgt:

„Deze insolventiekosten vloeien immers in hoofdzaak voort uit het verlies van kortetermijnleningen die de financieringsmaatschappij Cofiri, een dochtermaatschappij van het IRI, vóór juni 1996 aan Alitalia heeft toegekend en die reeds in juni en juli 1996 werden terugbetaald door de storting op hetzelfde tijdstip van het voorschot van 1 000 miljard [ITL], waardoor deze dubbele operatie trouwens

in de praktijk als een omzetting van leningen in kapitaal kan worden beschouwd. Een particulier investeerder die zich door het vooruitzicht van rentabiliteit op langere termijn laat leiden, zou zijn beslissing echter niet baseren op eventuele kortetermijnvoordelen, indien de werkelijke situatie van de onderneming niet voldoende gezond is om zich duurzaam te binden." (punt VII, zevende alinea)

145 Dat het grootste gedeelte van de kapitaalinjectie van 1 000 miljard ITL in 1996 heeft gediend om IRI leningen ten bedrage van ongeveer 900 miljard ITL terug te betalen en dat deze operatie als een omzetting van leningen in kapitaal kan worden beschouwd, wordt niet betwist.

146 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat deze omzetting van leningen in kapitaal perfect aansluit bij de doelstellingen van verzoeksters herstructureringsplan. Een van de hoofddoelen van het plan was immers de verhouding „schuld/eigen middelen" te verminderen (punt II, vierde, elfde en twaalfde alinea, en punt VIII, zevende alinea, van de bestreden beschikking).

147 De Commissie kan evenwel niet stellen, dat die „omzetting" slechts een voordeel op korte termijn oplevert. Zoals zij erkent in de bestreden beschikking, vermindert een daling van de schulden immers verzoeksters financiële kosten (punt II, twaalfde alinea, en punt VIII, zevende alinea). Door de vermindering van de financiële kosten verhoogt evenwel verzoeksters rentabiliteit, wat bijdraagt tot de financiering van de voor haar langetermijnactiviteiten onontbeerlijke investeringen.

148 Het argument van de Commissie, dat de door Cofiri verstrekte leningen wellicht staatssteun vormen, moet ook worden verworpen. In de bestreden beschikking wordt deze reden namelijk niet aangevoerd ter rechtvaardiging van de uitsluiting van de insolventiekosten van de berekening van het interne rendement. In zijn rapport van 18 juni 1997 heeft de adviseur van de Commissie bovendien vastgesteld, dat verzoekster in de periode van maart 1994 tot maart 1996 „van particuliere financiële instellingen nieuwe kredietlijnen kon verkrijgen" en dat in

die periode de „door Cofiri toegepaste voorwaarden niet wezenlijk verschilden van de marktvoorwaarden" (sectie IV, F.2).

149 Bovendien berusten de argumenten van de Commissie inzake de insolventiekosten op een cirkelredenering. Daartoe zij eraan herinnerd, dat de Commissie in de bestreden beschikking het interne rendement berekent om na te gaan, of een particulier investeerder bereid zou zijn geweest 2 750 miljard ITL in verzoeksters kapitaal te investeren. De redenen die de Commissie aanvoert ter rechtvaardiging van haar beslissing de insolventiekosten uit te sluiten van de berekening van het interne rendement, is evenwel reeds gebaseerd op de premisse, dat een particuliere investeerder niet zou zijn overgegaan tot deze investering. Blijkens deze verklaring was de Commissie namelijk van mening dat voor „een particulier investeerder die zich door het vooruitzicht van rentabiliteit op langere termijn laat leiden (...) de werkelijke situatie van de onderneming niet voldoende gezond (was) om zich duurzaam te binden" (punt VII, zevende alinea).

150 Vastgesteld zij dus, dat de Commissie in casu een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door op basis van in de bestreden beschikking aangevoerde redenen ervan uit te gaan, dat de insolventiekosten in verband met de door Cofiri verstrekte leningen moesten worden uitgesloten van de berekening van het interne rendement.

151 Ten slotte moet het argument van de Commissie worden verworpen, dat de vraag of de insolventiekosten al dan niet worden meegeteld, irrelevant is (zie punt 140 supra). Dat de Commissie in het kader van de beoordeling van het criterium van de particuliere investeerder verklaart (punt VII van de beschikking), dat de insolventiekosten in casu moeten worden uitgesloten, vormt een afdoende aanwijzing, dat deze vraag relevant is om uit te maken of de investering van IRI staatssteun is. In het kader van een beroep tot nietigverklaring staat het bovendien niet aan het Gerecht, het interne rendement voor een investering opnieuw te beoordelen en na te gaan of dat rendement, ingeval de insolventiekosten in de berekening ervan waren meegeteld, nog onder het minimumrendement zou liggen (arresten AIUFFASS en AKT/Commissie, aangehaald in punt 99 supra, punt 56; BFM en EFIM/Commissie, aangehaald in punt 84 supra, punt 81, en British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, aangehaald in punt 86 supra, punt 79).

152 In de tweede plaats stelt verzoekster, dat de Commissie haar willekeurig heeft gedwongen de krachtens decreetwet nr. 546 van 23 oktober 1996 (omgezet in wet nr. 640 van 20 december 1996) ten laste van de staat komende kosten van vervroegde uittreding van 700 van haar werknemers te haren laste te nemen, waardoor de rentabiliteit van de investering van IRI volgens de berekeningen van de adviseur van de Commissie met ten minste twee punten is verminderd.

153 Zoals de Commissie evenwel terecht opmerkt, heeft verzoekster zich vóór de vaststelling van de bestreden beschikking er onherroepelijk toe verbonden, de kosten van vervroegde uittreding van 700 werknemers te haren laste te nemen (zie punten 28 en 35 supra). Daarom is in de juridische beoordeling en in het dispositief van de bestreden beschikking geen spoor te vinden van verzoeksters besluit deze kosten te dragen. De Commissie neemt er alleen akte van in het gedeelte van de bestreden beschikking met het opschrift „De feiten".

154 Ook al is verzoekster de betrokken verbintenis aanvankelijk aangegaan op voorwaarde dat de definitieve beschikking de herkapitalisatie zou erkennen als een investering overeenkomstig het criterium van de particuliere investeerder, vastgesteld moet worden, dat deze verbintenis door de aanstelling van een sekwester in juli 1997 onherroepelijk is geworden (zie punt 35 supra). De Commissie moest dus nagaan, of de investering aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed, rekening houdend met deze nieuwe realiteit.

155 Ten slotte had verzoekster in de loop van de administratieve procedure de beweerde druk van de Commissie de betrokken verbintenis aan te gaan, kunnen weerstaan, zo niet, evenals voor de andere „voorwaarden", het aangaan van een onherroepelijke eenzijdige verbintenis kunnen vermijden. Indien verzoekster zich in de loop van de administratieve procedure aldus had gedragen, zou de Commissie in de bestreden beschikking of in een andere beschikking waarvan de rechtmatigheid door het Gerecht had kunnen worden getoetst, een standpunt hebben ingenomen over de kosten van vervroegde uittreding van 700 werknemers.

156 Verzoeksters argument dat het interne rendement onjuist is berekend omdat de Commissie haar zou hebben gedwongen, de kosten van vervroegde uittreding van 700 werknemers te haren laste te nemen, moet dus worden verworpen.

— De grief dat voor de berekening van het minimumrendement en het interne rendement geen rekening is gehouden met de laatste versie van het herstructureringsplan

157 Verzoekster stelt aan de kaak, dat de laatste wijzigingen van het herstructureringsplan, aangebracht in juni 1997, de adviseur van de Commissie en deze laatste er niet toe hebben gebracht het minimumrendement en het interne rendement te herberekenen. Haars inziens hebben de laatste wijzigingen rechtstreekse gevolgen gehad voor de risico's van de investering en de rendabiliteit ervan.

158 Er zij aan herinnerd, dat de adviseur in zijn eerste rapport van december 1996, dat was opgesteld op basis van het in juli 1996 aan de Commissie meegedeelde herstructureringsplan, een minimumrendement van 30 tot 40 % heeft berekend. Zijn inziens lag het minimumrendement veeleer onderaan deze schaal. Volgens de adviseur varieerde het interne rendement tussen - 12,5 % en + 25,7 % (rapport van 11 december 1996, sectie IV; bestreden beschikking, punt V, tweede alinea).

159 Het gewijzigde herstructureringsplan van februari 1997 is geanalyseerd in het ontwerp-rapport van 21 februari 1997, waarvan de definitieve versie van 18 juni 1997 dateert (zie punt 32 supra). In dat rapport verklaart de adviseur, dat het minimumrendement op 30 % moet worden vastgesteld. Het interne rendement varieerde tussen + 13,1 % en + 24,8 % (rapport van 18 juni 1997, sectie IV; zie ook bestreden beschikking, punt VI, tweede alinea, en punt VII, achtste alinea).

160 Zoals de Commissie in de bestreden beschikking beklemtoont, hebben vervolgens in mei en juni 1997 verschillende vergaderingen plaatsgevonden, naar aanleiding waarvan het herstructureringsplan op de volgende punten verder is verbeterd: bespoediging van het kostenverminderingsproces door de overdracht van personeel van Alitalia aan Alitalia Team sneller te laten verlopen dan eerder was gepland; verlaging van het bedrag van de geplande kapitaalverhoging tot 2 750 miljard ITL; overdracht van de aandelen van Alitalia in de Hongaarse maatschappij Malev alsook in zes regionale Italiaanse luchthavens (bestreden beschikking, punt VI, vijfde alinea). Deze laatste aanpassingen van het herstructureringsplan zijn de Commissie door de Italiaanse autoriteiten bij brief van 26 juni 1997 meegedeeld. In zijn aanvullend rapport van 4 juli 1997 heeft de adviseur van de Commissie het minimumrendement en het interne rendement evenwel niet herberekend op basis van de laatste, in juni 1997 in het herstructureringsplan aangebrachte wijzigingen.

161 Partijen zijn het erover eens, dat in de bestreden beschikking het minimumrendement en het interne rendement in aanmerking zijn genomen die de adviseur van de Commissie in zijn rapport van 18 juni 1997 had berekend op basis van de voorlaatste versie van het herstructureringsplan. De Commissie heeft het minimumrendement namelijk op 30 % vastgesteld (bestreden beschikking, punt VI, tweede alinea, en punt VII, achtste alinea). Het interne rendement, dat op „omstreeks 20 %" is vastgesteld (bestreden beschikking, punt VII, achtste alinea), vormt, zoals de Commissie in antwoord op de eerste schriftelijke vraag heeft bevestigd, het gemiddelde van de in het rapport van 18 juni 1997 aangevoerde waarden (zie punt 103 supra).

162 In de bestreden beschikking heeft de Commissie het minimumrendement en het interne rendement dus niet opnieuw berekend op basis van de laatste versie van verzoeksters herstructureringsplan.

163 In haar verweerschrift geeft de Commissie evenwel te kennen: „[N]aar hun aard reeds konden [de laatste in het herstructureringsplan aangebrachte] wijzigingen vanuit het gezichtspunt van een volgens de wetten van een markteconomie handelende investeerder geen beslissende invloed hebben op de onbekende factoren van de investering van risicokapitaal [...] Na de in juni 1997 aangebrachte wijzigingen was niet voldaan aan de voorwaarden om het

[minimumrendement] later te kunnen verminderen; dit was namelijk reeds van 30-40 %, volgens de schattingen in de eerste versie van het plan, verminderd tot een minimumniveau van 30 % in de tweede versie." Om de met het herstructureringsplan verbonden risico's te beklemtonen, wijst de Commissie erop, dat de in april 1998 verrichte controles hebben aangetoond, dat het herstructureringsplan niet in acht is genomen wat de productiviteit van het personeel en de modaliteiten van de personeelsinkrimping betreft. Bovendien heeft verzoekster verschillende bij de bestreden beschikking opgelegde voorwaarden niet in acht genomen [zie de mededeling van de Commissie van 3 juni 1998 betreffende het tweede deel van de herstructureringssteun voor Alitalia, die op 15 juli 1997 door de Commissie is goedgekeurd (PB C 290, blz. 3)]. Aangaande het interne rendement stelt de Commissie in dupliek, dat dit op basis van de laatste versie van het plan herberekende rendement hooguit een niveau van 26,1 % bereikt, de insolventiekosten zelfs inbegrepen (punten 58-60 en bijlage III bij de dupliek). Het interne rendement blijft dus steeds lager dan het minimumrendement. De Commissie verwijst ook naar verzoeksters slechte resultaten in 1999.

164 Er zij aan herinnerd, dat het Gerecht bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de bestreden beschikking enkel de informatie in aanmerking neemt waarover de Commissie ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking beschikte (arresten Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 86 supra, punt 34; British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, aangehaald in punt 86 supra, punt 81, en Salomon/Commissie, aangehaald in punt 61 supra, punt 115). Alle argumenten van de Commissie betreffende feiten die zich na de vaststelling van de bestreden beschikking hebben voorgedaan, moeten dus buiten beschouwing blijven.

165 Vervolgens zij eraan herinnerd, dat de Commissie in de bestreden beschikking geheel conform de in haar mededeling voor de luchtvaartsector vastgestelde richtsnoeren (zie punten 96-99 supra), ervan is uitgegaan, dat de methode die moest worden toegepast om te beoordelen, of de investering van IRI aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed, erin bestond het interne rendement te vergelijken met het minimumrendement van de investering (punt VII, zevende en achtste alinea).

166 Het minimumrendement, zoals de Commissie dit in haar verweerschrift beschrijft, „omvat de risicopremie die de particuliere investeerder zou verlangen

om een bepaalde financiële verbintenis aan te gaan. Dit rendement is dus recht evenredig aan het risico van de investering". Wat het interne rendement betreft verklaart de Commissie dat het „de basisrentabiliteit van de operatie" uitdrukt (bestreden beschikking, punt VI, tweede alinea).

167 De Commissie zelf heeft in de bestreden beschikking evenwel vastgesteld, dat door de laatste, in juni 1997 in het herstructureringsplan aangebrachte verbeteringen „de risico's van het herstructureringsplan worden verminderd en de rentabiliteit van de kapitaalinbreng wordt verhoogd" (punt VI, zevende alinea). Door deze laatste wijzigingen blijkt het interne rendement dus te worden verhoogd (verhoogde rentabiliteit) en het minimumrendement te worden verlaagd (verlaagde risico's).

168 In deze omstandigheden had de Commissie het minimumrendement en het interne rendement op basis van de laatste versie van het herstructureringsplan opnieuw moeten berekenen ten einde zich een juist oordeel te kunnen vormen over de vraag, of de investering van IRI voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder.

169 De Commissie heeft dus een kennelijke beoordelingsfout gemaakt door te oordelen dat de in juni 1997 in het herstructureringsplan aangebrachte wijzigingen, die, naar zij zelf toegeeft, de aan dit plan verbonden risico's nog verminderden en de rentabiliteit van de onderneming verbeterden, geen enkele invloed hadden op de berekening van het minimumrendement en van het interne rendement en dus evenmin op de beoordeling van de vraag, of de investering van IRI aan het criterium van de particuliere investeerder voldeed.

170 Aangaande het argument van de Commissie, dat een berekening van het minimumrendement en van het interne rendement op basis van de laatste versie van het herstructureringsplan aantoont, dat een particuliere investeerder de betrokken investering niet zou hebben gedaan, zij eraan herinnerd, dat het

Gerecht zich in het kader van een beroep tot nietigverklaring uitspreekt over de wetmatigheid van de door de Commissie in de bestreden beschikking gedane beoordelingen. Het staat niet aan het Gerecht, in het kader van een dergelijk beroep, het minimumrendement en het interne rendement voor de investering opnieuw te berekenen en zich uit te spreken over de vraag, of een particuliere investeerder de investering zou hebben gedaan die IRI ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking voornemens was te doen (arresten AIUFFASS en AKT/Commissie, aangehaald in punt 99 supra, punt 56; BFM en EFIM/Commissie, aangehaald in punt 84 supra, punt 81, en British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, aangehaald in punt 86 supra, punt 79).

171 Gelet op het in punt 137 supra vastgestelde gebrek aan motivering en de in punten 150 en 169 supra vastgestelde kennelijke beoordelingsfouten moeten verzoeksters conclusies worden toegewezen en moet de bestreden beschikking worden nietig verklaard, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de overige argumenten betreffende het eerste middel en over de andere middelen in het verzoekschrift.

Kosten

172 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, dient zij, behalve haar eigen kosten, overeenkomstig de vordering van verzoekster ook de kosten van deze laatste te dragen.

173 Ingevolge artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht zullen interveniënten hun eigen kosten dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Derde kamer — uitgebreid),

rechtdoende:

1) **Verklaart nietig beschikking 97/789/EG van de Commissie van 15 juli 1997 betreffende de herkapitalisatie van de luchtvaartmaatschappij Alitalia.**

2) **Verstaat dat de Commissie haar eigen kosten zal dragen, alsook die van verzoekster.**

3) **Verstaat dat Air One SpA en Air Europe SpA hun eigen kosten zullen dragen.**

Lenaerts Azizi Moura Ramos

Jaeger Mengozzi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 december 2000.

De griffier

H. Jung

De president van de Derde kamer

J. Azizi