ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

1 juni 2006 *

In de gevoegde zaken C-442/03 P en C-471/03 P,

betreffende twee hogere voorzieningen krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op respectievelijk 17 oktober en 10 november 2003,

P & O European Ferries (Vizcaya) SA, gevestigd te Bilbao (Spanje), vertegenwoordigd door J. Lever, QC, J. Ellison, solicitor, en M. Pickford, barrister, bijgestaan door E. Bourtzalas en J. Folguera Crespo, abogados,

rekwirante in zaak C-442/03 P,

Diputación Foral de Vizcaya, vertegenwoordigd door I. Sáenz-Cortabarría Fernández en M. Morales Isasi, abogados,

rekwirante in zaak C-471/03 P,

* Procestalen: Engels en Spaans.

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door N. Khan en J. Buendía Sierra als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, J. Malenovský, J.-P. Puissochet (rapporteur), S. von Bahr en A. Borg Barthet, rechters,

advocaat-generaal: A. Tizzano,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 22 september 2005,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 februari 2006,

het navolgende

Arrest

1 P & O European Ferries (Vizcaya) SA, voorheen Ferries Golfo de Vizcaya SA (hierna: „P & O Ferries"), en de Diputación Foral de Vizcaya (provincieraad van Biskaje; hierna: „Diputación") verzoeken om vernietiging van het arrest van het Gerecht van

eerste aanleg van 5 augustus 2003, P & O European Ferries (Vizcaya) en Diputación Foral de Vizcaya/Commissie (T-116/01 en T-118/01, Jurispr. blz. II-2957; hierna: „bestreden arrest"), waarbij zijn verworpen hun beroepen tot nietigverklaring van beschikking 2001/247/EG van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de door Spanje ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van de scheepvaartmaatschappij Ferries Golfo de Vizcaya (PB 2001, L 89, blz. 28; hierna: „bestreden beschikking").

De aan het geding ten grondslag liggende feiten en de bestreden beschikking

2 Het bestreden arrest zet de aan het geding ten grondslag liggende feiten uiteen als volgt:

„1 Op 9 juli 1992 hebben de Diputación [...] en het ministerie van Handel en Toerisme van de Baskische regering enerzijds, en Ferries Golfo de Vizcaya, thans P & O European Ferries (Vizcaya) [...], anderzijds, een overeenkomst (hierna: ‚oorspronkelijke overeenkomst') ondertekend inzake de opening van een veerdienst tussen Bilbao en Portsmouth. Volgens die overeenkomst zouden de ondertekenende autoriteiten voor de periode van maart 1993 tot maart 1996 in totaal 26 000 vouchers voor gebruik op de veerdienst Bilbao-Portsmouth kopen. De maximaal aan P & O Ferries te betalen financiële tegenprestatie werd vastgesteld op 911 800 000 Spaanse peseta's (ESP) en er werd overeengekomen dat het tarief per passagier 34 000 ESP voor 1993-1994 zou bedragen en, onder voorbehoud van wijziging, 36 000 ESP voor 1994-1995 en 38 000 ESP voor 1995-1996. De oorspronkelijke overeenkomst is niet bij de Commissie aangemeld.

2 Bij brief van 21 september 1992 heeft de vennootschap Bretagne Angleterre Irlande, die sedert meerdere jaren onder de handelsnaam ‚Brittany Ferries' een scheepvaartlijn tussen de havens van Plymouth in het Verenigd Koninkrijk en

Santander in Spanje exploiteert, bij de Commissie een klacht ingediend waarin zij bezwaar maakte tegen de hoge subsidies die door de Diputación en de Baskische regering aan P & O Ferries zouden worden toegekend.

3 Bij brief van 30 november 1992 heeft de Commissie de Spaanse regering verzocht om haar alle relevante inlichtingen met betrekking tot de betrokken subsidies te verstrekken. Die regering heeft op 1 april 1993 hierop geantwoord.

4 Op 29 september 1993 heeft de Commissie besloten de procedure van artikel 93, lid 2, EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2, EG) in te leiden. Volgens haar vormde de oorspronkelijke overeenkomst geen normale handelstransactie, daar zij betrekking had op de aanschaf van een van tevoren vastgesteld aantal vouchers over een periode van drie jaar, de overeengekomen prijs hoger was dan het commerciële tarief, de vouchers ook zouden worden betaald wanneer de reizen niet werden gemaakt of naar andere havens werden omgeleid, de overeenkomst een verbintenis inhield om alle verliezen tijdens de eerste drie bedrijfsjaren van de nieuwe lijn te vergoeden, en elk commercieel risico voor P & O Ferries dus werd uitgesloten. Op grond van de haar meegedeelde gegevens was de Commissie van mening, dat de financiële steun aan P & O Ferries staatssteun in de zin van artikel 92 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 87 EG) vormde en niet voldeed aan de voorwaarden om verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te kunnen worden verklaard.

5 Bij brief van 13 oktober 1993 heeft de Commissie voornoemde beschikking ter kennis van de Spaanse regering gebracht, met het verzoek om te bevestigen dat alle betalingen uit hoofde van de betrokken steunmaatregel zouden worden opgeschort totdat de Commissie een eindbeslissing had genomen. In die brief werd de Spaanse regering ook uitgenodigd om haar opmerkingen in te dienen en alle voor de beoordeling van deze steunmaatregel benodigde inlichtingen te verstrekken.

6 Bij brief van 10 november 1993 heeft de Baskische regering de Commissie laten weten, dat de uitvoering van de oorspronkelijke overeenkomst was opgeschort.

7 Betreffende het besluit tot inleiding van een procedure ter zake van de door Spanje aan P & O Ferries toegekende steun is een mededeling van de Commissie aan de andere lidstaten en de belanghebbenden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (PB 1994, C 70, blz. 5).

8 In het kader van de administratieve procedure hebben P & O Ferries en de Commissie besproken welke soort van overeenkomst tussen partijen kon worden gesloten. Daarbij ging het met name om een voorstel voor een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst en voorstellen tot vervanging van de oorspronkelijke overeenkomst door een nieuwe overeenkomst.

9 Bij brief van 27 maart 1995 aan een voor staatssteun in de vervoersector bevoegde ambtenaar van het Directoraat-Generaal (DG) ‚Vervoer' heeft P & O Ferries de Commissie in kennis gesteld van een nieuwe overeenkomst (hierna: ‚nieuwe overeenkomst'), die op 7 maart 1995 tussen de Diputación en P & O Ferries was gesloten en van 1995 tot en met 1998 zou gelden. Blijkens een begeleidend schrijven bij deze mededeling zou de Diputación rente ontvangen over de bedragen die in het kader van de oorspronkelijke overeenkomst ter beschikking van P & O Ferries waren gesteld.

10 Blijkens de tekst van die nieuwe overeenkomst verbond de Diputación zich voor de periode van januari 1995 tot en met december 1998 tot de aanschaf van in totaal 46 500 vouchers voor gebruik op de door P & O Ferries geëxploiteerde scheepvaartlijn Bilbao-Portsmouth. De totale door de overheid te betalen financiële tegenprestatie was vastgesteld op 985 500 000 ESP, waarvan 300 000 000 ESP in 1995 moesten worden betaald, 315 000 000 ESP in 1996, 198 000 000 ESP in 1997 en 172 500 000 ESP in 1998. Per passagier werd een tarief overeengekomen van 20 000 ESP voor 1995, 21 000 ESP voor 1996, 22 000 ESP voor 1997 en 23 000 ESP voor 1998. Dat waren gereduceerde

tarieven, waarin rekening werd gehouden met de langetermijnkoopverplichting van de Diputación. Zij waren berekend op basis van een referentietarief van 22 000 ESP, te weten het voor 1994 aangekondigde commerciële tarief, vermeerderd met 5 % per jaar, waardoor dat tarief in 1995 op 23 300 ESP, in 1996 op 24 500 ESP, in 1997 op 25 700 ESP en in 1998 op 26 985 ESP kwam.

11 De vijfde bepaling van de nieuwe overeenkomst luidt

‚[...] de [Diputación] bevestigt hierbij dat alle nodige maatregelen zijn getroffen om te voldoen aan alle met betrekking tot de overeenkomst geldende wettelijke voorschriften, met name dat die overeenkomst geen inbreuk maakt op de nationale wetgeving, de wet ter bescherming van de mededinging, noch op artikel 92 van het Verdrag van Rome, en dat alle nodige maatregelen zijn genomen om te voldoen aan artikel 93, lid 3, van het Verdrag van Rome.'

12 Op 7 juni 1995 heeft de Commissie haar beschikking gegeven betreffende de sluiting van de ter zake van een steunmaatregel ten gunste van P&O Ferries ingeleide onderzoeksprocedure (hierna: ‚beschikking van 7 juni 1995').

13 In de beschikking van 7 juni 1995 werd verklaard, dat in de nieuwe overeenkomst een aantal wijzigingen van betekenis was aangebracht, teneinde aan de bezwaren van de Commissie tegemoet te komen. De regering van Baskenland was geen partij meer bij die overeenkomst. Volgens de aan de Commissie verstrekte inlichtingen was het aantal door de Diputación aan te kopen vouchers vastgesteld op basis van de verwachte aanvaarding van het aanbod door nader gespecificeerde categorieën van personen die ofwel tot de lagere inkomensklassen behoren, dan wel waarvoor sociale en culturele programma's gelden, met inbegrip van scholieren, jongeren en ouderen. De prijs van de vouchers lag onder de brochureprijs voor de betrokken periode overeenkomstig de normale marktpraktijk van hoeveelheidskortingen voor grootgebruikers van commerciële diensten. In de beschikking was ook verklaard dat de overblijvende elementen van de oorspronkelijke overeenkomst die tot bezorgdheid hadden geleid, uit de nieuwe overeenkomst waren geschrapt.

14 In de beschikking van 7 juni 1995 stelde de Commissie eveneens vast, dat de levensvatbaarheid van de dienst van P & O Ferries uit de bedrijfsresultaten was gebleken, en dat die onderneming haar bedrijf zonder gebruikmaking van staatssteun had kunnen consolideren. Volgens de nieuwe overeenkomst had P & O Ferries geen bijzondere rechten ten aanzien van het gebruik van de haven van Bilbao en had zij bij het aanmeren uitsluitend voorrang binnen de grenzen van haar dienstregeling, zodat andere schepen de betreffende ligplaats op andere tijden eveneens konden gebruiken en dat ook deden. Volgens de Commissie leek de nieuwe overeenkomst, die was gesloten ten behoeve van de lokale bevolking die de lokale veerdienst gebruikte, het resultaat te zijn van een normale commerciële relatie met een prijsstelling op normale marktvoorwaarden voor de verstrekte diensten.

15 De Commissie heeft zich derhalve op het standpunt gesteld dat de nieuwe overeenkomst geen staatssteun vormde, en heeft besloten de op 29 september 1993 ingeleide procedure te sluiten.

16 Bij arrest van 28 januari 1999, BAI/Commissie (T-14/96, Jurispr. blz. II-139 [...]), heeft het Gerecht de beschikking van 7 juni 1995 nietig verklaard, op grond dat de Commissie op basis van een verkeerde uitlegging van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag tot de conclusie was gekomen dat de nieuwe overeenkomst geen staatssteun vormde.

17 Op 26 mei 1999 heeft de Commissie besloten de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden, teneinde de belanghebbenden de gelegenheid te bieden hun opmerkingen te maken over het standpunt dat de Commissie in het licht van het arrest [BAI/Commissie, reeds aangehaald] heeft bepaald (PB 1999, C 233, blz. 22). Zij heeft het Koninkrijk Spanje bij brief van 16 juni 1999 daarvan in kennis gesteld. Zij heeft van een aantal belanghebbenden opmerkingen ontvangen en deze voor commentaar doorgezonden aan de Spaanse autoriteiten. Die autoriteiten hebben bij brief van 21 oktober 1999 hierop gereageerd en op 8 februari en 6 juni 2000 aanvullende opmerkingen geformuleerd."

3 In het bestreden arrest wordt de bestreden beschikking als volgt toegelicht:

„18 Bij [de bestreden] beschikking [...], heeft de Commissie de procedure van artikel 88, lid 2, EG beëindigd door de betrokken steunmaatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren en het Koninkrijk Spanje te gelasten de steun terug te vorderen.

19 Blijkens de bestreden beschikking wilde de Diputación met de aanschaf van de vouchers reizen voor in Biskaje wonende bejaarden subsidiëren in het kader van een reisprogramma met vakantiereizen op maat, ‚Adineko' genaamd, en wilde zij de toegang tot het vervoer bevorderen voor personen en instellingen in Biskaje, die behoefte hadden aan bijzondere voorwaarden voor reizen (bijvoorbeeld lokale overheden, verenigingen, instellingen voor beroepsopleiding en universiteiten). Ook blijkt daaruit dat het programma Adineko door de autonome Baskische autoriteiten in 1996 was ingevoerd ter vervanging van het nationale programma voor gesubsidieerde reizen, ‚Inserso' genaamd, waarvan jaarlijks ongeveer 15 000 mensen in Biskaje hadden geprofiteerd (punten 32-34, 48 en 51 van de beschikking).

20 In haar beoordeling van de steunmaatregel merkt de Commissie op dat het totaalaantal door de Diputación aangekochte vouchers niet op basis van haar werkelijke behoeften is vastgesteld. Anders dan de Diputación heeft verklaard, kon volgens haar het aantal van P & O Ferries gekochte vouchers niet op basis van de cijfers van het programma Inserso worden geraamd. Zij stelt vast (punt 49):

‚De [Diputación] besloot 15 000 vouchers te kopen van [P & O Ferries] in 1995, toen zij nog deelnam aan het programma Inserso, waarvoor in 1995 15 000 mensen in Biskaje in aanmerking zouden komen. De autonome Baskische autoriteiten hebben niet verklaard waarom de behoefte in Biskaje in dat jaar dubbel zo hoog was. Evenmin hebben zij duidelijk gemaakt waarom in het kader

van het programma in 1997 en 1998 slechts 9 000, respectievelijk 7 500 vouchers (in plaats van 15 000) zijn uitgereikt. Toen [de Diputación] zich ertoe verbond een dergelijk aantal vouchers aan te kopen, wist zij niet dat het programma Inserso van toepassing bleef op de bewoners van de regio [ofschoon de Diputación haar deelneming aan het programma had stopgezet] en dat haar eigen programma geen succes zou blijken. Evenmin hebben de autonome Baskische autoriteiten verklaard waarom het aantal vouchers zo sterk veranderde van maand tot maand (bijvoorbeeld in januari 1995 werden 750 vouchers gekocht, tegen 3 000 in februari van datzelfde jaar).'

21 Met betrekking tot het aantal uitgereikte vouchers stelt de beschikking vast dat in het kader van Adineko tussen 1996 en 1998 in totaal 3 532 vouchers zijn uitgereikt, en dat tussen 1995 en 1998 12 520 vouchers zijn uitgereikt in het kader van het programma dat de toegang tot het vervoer voor personen en instellingen in Biskaje moest bevorderen (punten 50 en 51).

22 Ten slotte merkt de Commissie op dat de nieuwe overeenkomst diverse bepalingen bevat, die ongewoon zijn voor een normale handelstransactie voor de aankoop van vouchers, zoals bijvoorbeeld het feit dat in de overeenkomst het wekelijkse en jaarlijkse aantal overtochten wordt gepreciseerd dat P & O Ferries moet verzorgen, dat de instemming van de Diputación nodig is indien P & O Ferries voor de veerdienst een ander vaartuig wil gebruiken, en dat in de overeenkomst precieze voorwaarden, zoals de nationaliteit van de bemanningsleden of de herkomst van goederen en diensten, worden gesteld (punt 52).

23 De Commissie concludeert daaruit het volgende (punt 53):

,[De nieuwe overeenkomst] vloeit niet voort uit werkelijke vereisten van sociale aard waarop de autonome Baskische autoriteiten zich beroepen en vormt al evenmin een normale handelstransactie, maar veeleer een steunmaatregel ten gunste van een scheepvaartmaatschappij. Het feit dat de bij de eerste overeenkomst afgesproken bedragen vergelijkbaar zijn met die van de tweede

overeenkomst kan deze conclusie alleen maar bevestigen. De autonome autoriteiten hebben een tweede programma opgesteld teneinde de hoogte van de in 1992 aan de scheepvaartmaatschappij beloofde steun te kunnen handhaven.'

24 Wat de uitzonderingen van artikel 87, leden 2 en 3, EG betreft, is de Commissie van mening dat geen van die uitzonderingen in casu van toepassing is (punten 56-73).

25 Aangaande de terugvordering van de steun wijst de Commissie het argument af dat die terugvordering het gewettigd vertrouwen van de Diputación en P & O Ferries zou schenden. De Commissie baseert zich daarvoor op de punten 51 tot en met 54 van het arrest van het Hof van 14 januari 1997, Spanje/Commissie (C-169/95, Jurispr. blz. I-135), die zij in hun geheel aanhaalt. Zij beroept zich ook op het feit dat tegen de beschikking van 7 juni 1995 binnen de gestelde termijnen is opgekomen en dat zij vervolgens door het Gerecht nietig is verklaard, dat de steunmaatregel ten uitvoer is gelegd voordat de Commissie een eindbeslissing had genomen, en dat de lidstaat die maatregel nooit naar behoren overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG heeft aangemeld (punten 74-78).

26 Artikel 1 van de bestreden beschikking luidt:

,De door Spanje ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van [P & O Ferries], ten bedrage van 985 500 000 Spaanse peseta's, is met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar.'

27 Artikel 2 van de bestreden beschikking bepaalt:

,1. Spanje neemt alle nodige maatregelen om de in artikel 1 bedoelde en reeds onwettig ter beschikking gestelde steun van de begunstigde terug te vorderen.

2. De terugvordering geschiedt onverwijld en in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures voorzover deze procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de onderhavige beschikking toelaten. De terug te vorderen steun omvat rente vanaf de datum waarop de steun de begunstigde ter beschikking is gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan. De rente wordt berekend op grond van de referentierentevoet welke wordt gehanteerd voor de berekening van het netto subsidie-equivalent in het kader van regionale steunregelingen.'"

Het procesverloop voor het Gerecht en het bestreden arrest

4 Bij verzoekschriften neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 en 31 mei 2001, hebben P & O Ferries (zaak T-116/01) en de Diputación (zaak T-118/01) beroepen ingesteld met het oog op de nietigverklaring van respectievelijk artikel 2 van de bestreden beschikking en deze beschikking in haar geheel. P & O Ferries is toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Diputación in zaak T-118/01. De Diputación is toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van P & O Ferries in zaak T-116/01.

5 Bij beschikking van 20 januari 2003 zijn de twee zaken gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

6 In het bestreden arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat de nieuwe overeenkomst niet de kern had geraakt van de bij de oorspronkelijke overeenkomst ingevoerde steunmaatregel en dat deze twee overeenkomsten één steunmaatregel vormden, die in 1992 in strijd met artikel 88, lid 3, EG zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie is ingevoerd en tot uitvoering gebracht.

7 Het Gerecht heeft daar met name uit afgeleid dat de Commissie in een dergelijk geval niet verplicht was de werkelijke invloed van die steun op de mededinging en op het handelsverkeer tussen de lidstaten aan te tonen en dat zij geen inbreuk maakte op het vertrouwensbeginsel door de terugvordering van die steun te gelasten. Het

heeft eveneens geoordeeld dat de Spaanse autoriteiten zich, aangezien de litigieuze steun niet bij de Commissie was aangemeld, in casu niet konden beroepen op de termijnregel voortvloeiend uit het arrest van het Hof van 11 december 1973, Lorenz (120/73, Jurispr. blz. 1471). Het Gerecht heeft ook opgemerkt dat de Commissie haar besluit om de terugvordering van die steun te gelasten, niet hoefde te motiveren, daar de steunmaatregel zonder aanmelding was uitgevoerd.

8 Bovendien was het Gerecht van oordeel dat het gezag van gewijsde van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie niet in de weg stond aan het onderzoek van de middelen van P & O Ferries en de Diputación volgens welke de nieuwe overeenkomst geen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde, en dat deze middelen ongegrond waren.

9 Tot slot heeft het Gerecht de andere middelen afgewezen. Het heeft met name geoordeeld dat de Commissie terecht had vastgesteld dat de litigieuze steun niet was toegekend aan de individuele verbruikers zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten, zodat niet was voldaan aan de voorwaarden van artikel 87, lid 2, sub a, EG.

10 Bijgevolg heeft het Gerecht de beroepen verworpen en P & O Ferries en de Diputación verwezen in hun eigen kosten en in die van de Commissie.

Het procesverloop voor het Hof en de conclusies van partijen

11 P & O Ferries concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen en de zaak naar het Gerecht te verwijzen met het oog op een uitspraak over de wettigheid van artikel 2 van de bestreden beschikking, waarbij de Commissie de terugvordering van de steun heeft gelast;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding.

12 De Diputación concludeert dat het het Hof behage:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— indien de stand van het geding het toelaat, zelf uitspraak te doen over het geding en de bestreden beschikking nietig te verklaren of, subsidiair, artikel 2 van deze beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de zaak naar het Gerecht te verwijzen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van het geding in eerste aanleg en van de hogere voorziening.

13 De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

— de hogere voorziening van de Diputación niet-ontvankelijk te verklaren of, subsidiair, ongegrond te verklaren;

— de hogere voorziening van P & O Ferries af te wijzen;

— P & O Ferries en de Diputación te verwijzen in de kosten.

14 Bij beschikking van 27 juli 2005 heeft de president van de Derde kamer de onderhavige zaken overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering gevoegd voor de mondelinge behandeling en het arrest.

De hogere voorzieningen

15 In zaak C-442/03 P beroept P & O Ferries zich op zeven middelen.

16 In zaak C-471/03 P voert de Diputación negen middelen aan. Tegen deze hogere voorziening werpt de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid op.

17 Voor het onderzoek van deze hogere voorzieningen moeten worden behandeld:

— de ontvankelijkheid van de hogere voorziening van de Diputación;

— de middelen betreffende de kwalificatie als staatssteun van de aan P & O Ferries betaalde bedragen;

— de middelen volgens welke het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de litigieuze steun niet rechtmatig bij de Commissie was aangemeld;

— de middelen betreffende de gevolgen die het Gerecht aan de niet-aanmelding heeft verbonden, en

— het middel volgens welk het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat die steunmaatregel niet verenigbaar was met het EG-Verdrag.

De ontvankelijkheid van de hogere voorziening van de Diputación

Argumenten van partijen

18 De Commissie betoogt dat de hogere voorziening laattijdig is ingesteld en dat zij dus niet-ontvankelijk is. Weliswaar heeft de Diputación op 1 september 2003 bevestigd dat zij het bestreden arrest, uitgesproken op 5 augustus 2003, had ontvangen, zodat het lijkt alsof de hogere voorziening binnen de gestelde termijn is ingesteld, maar uit meerdere elementen blijkt dat de Diputación door de ontvangst van dit arrest zo laattijdig te bevestigen uiterst onzorgvuldig is geweest en zelfs de haar ter beschikking staande termijn om haar hogere voorziening voor te bereiden, artificieel heeft verlengd. Het vereiste, een redelijke termijn in acht te nemen, dat uit de artikelen 100, lid 2, en 79, lid 2, van het Reglement voor de Procesvoering van het Gerecht kan worden afgeleid, is niet nageleefd. Partijen zijn immers bij brief van 7 juli 2003 van de griffie van het Gerecht op de hoogte gebracht van de datum waarop het bestreden arrest zou worden uitgesproken. De Commissie en P & O Ferries hebben respectievelijk op 12 en 13 augustus 2003 de ontvangst van dit arrest bevestigd. De persmededeling die de Diputación op 5 augustus 2003 heeft bekendgemaakt, volgens welke zij hogere voorziening zou instellen tegen het arrest waarbij haar beroep was verworpen, wijst erop dat rekwirante lang vóór 1 september 2003 bekend was met dit arrest.

19 Volgens de Diputación staat de ontvankelijkheid van de hogere voorziening buiten kijf. Het bestreden arrest is overeenkomstig de in artikel 100, lid 1, van het

Reglement voor de procesvoering van het Gerecht gestelde voorwaarden betekend en de termijn voor de hogere voorziening, die inging op 1 september 2003, is in acht genomen. De door de Commissie ingeroepen artikelen 100, lid 2, en 79, lid 2, van voormeld Reglement zijn niet van toepassing op de betekening van arresten en zij zijn dus irrelevant. Hoe dan ook staat niet vast dat rekwirantes raadsmannen per telefax zijn verwittigd van de toezending van een afschrift van het bestreden arrest, zodat die artikelen in casu niet van toepassing kunnen zijn. Bovendien kan de termijn voor hogere voorziening niet lopen vanaf de datum waarop partijen op de hoogte zijn van het door hen bestreden arrest. Indien dit het geval was, zou die termijn lopen vanaf de dag van de uitspraak van de arresten van het Gerecht, voorzover deze vanaf die datum op het Internet te vinden zijn, hetgeen in strijd zou zijn met de bepalingen van artikel 100 juncto artikel 101, lid 1, sub a, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. Tot slot merkt rekwirante op dat de periode waarin zij volgens de Commissie haar hogere voorziening had moeten instellen, samenviel met het jaarlijks verlof van haar raadsmannen, dat op zijn beurt samenvalt met de gerechtelijke vakantie.

20 In dupliek ontwikkelt de Commissie haar argumenten inzake de laattijdigheid van de hogere voorziening. Daar de Diputación geen domicilie heeft gekozen te Luxemburg, had het bestreden arrest krachtens artikel 100, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht moeten zijn betekend bij aangetekende postzending met bericht van ontvangst. Bovendien heeft de Diputación op 5 augustus 2003 toegegeven dat zij op de internetsite van het Hof kennis had genomen van het bestreden arrest, waardoor zij overeenkomstig artikel 100, lid 2, van voormeld Reglement van dat arrest in kennis was gesteld met een „technisch communicatiemiddel". Het in artikel 100, lid 2, tweede alinea, neergelegde vermoeden van kennisgeving op de tiende dag na de bezorging van de zending op het Luxemburgse postkantoor is bijgevolg van toepassing. Dit vermoeden kan volgens dezelfde bepaling slechts worden bestreden door middel van een bericht van ontvangst dat van vóór de vermoede datum dateert. Dit vermoeden kan dus niet worden bestreden op grond dat de Diputación op 1 september 2003 de ontvangst van de zending heeft bevestigd. Het Hof heeft deze uitlegging van het Reglement voor de procesvoering door het Gerecht bevestigd (beschikking van 19 februari 2004, Forum des Migrants/Commissie, C-369/03 P, Jurispr. blz. I-1981, punten 10 en 11). Daar rekwirante dus wordt geacht uiterlijk op 17 augustus 2003 kennis te hebben genomen van het bestreden arrest en de termijn voor de hogere voorziening op 27 oktober 2003 is verstreken, is de onderhavige hogere voorziening, die op 10 november 2003 is ingesteld, niet-ontvankelijk.

Beoordeling door het Hof

21 Artikel 44, lid 2, derde alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt dat wanneer in het verzoekschrift geen domicilie wordt gekozen op de plaats waar het Gerecht gevestigd is, welke mogelijkheid in artikel 44, lid 2, eerste alinea, van voormeld Reglement is neergelegd, en wanneer verzoekers advocaat of gemachtigde er niet mee heeft ingestemd dat betekeningen aan hem plaatsvinden per telefax of met enig ander technisch communicatiemiddel, een in artikel 44, lid 2, tweede alinea, van voormeld Reglement neergelegde mogelijkheid, alle betekeningen voor de procedure aan de betrokken partij per aangetekende postzending plaatsvinden, in welk geval de regelmatige betekening in afwijking van artikel 100, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt geacht plaats te vinden door bezorging van de aangetekende zending op het postkantoor van de plaats waar het Gerecht gevestigd is.

22 In het onderhavige geding staat vast dat de Diputación geen domicilie heeft gekozen te Luxemburg voor de procedure voor het Gerecht. Zij heeft dus geen gebruik gemaakt van de in voormeld artikel 44, lid 2, eerste alinea, neergelegde mogelijkheid. Zij heeft evenwel op de eerste bladzijde van haar bij het Gerecht ingediende verzoekschrift te kennen gegeven dat haar advocaten er overeenkomstig artikel 44, lid 2, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht mee instemden dat de betekeningen aan hen per telefax zouden plaatsvinden. Bijgevolg is artikel 44, lid 2, derde alinea, van het Reglement niet van toepassing (zie in die zin beschikking van 29 oktober 2004, Ripa di Meana/Parlement, C-360/02 P, Jurispr. blz. I-10339, punt 21).

23 In deze omstandigheden kunnen de modaliteiten voor de betekening van het bestreden arrest in casu slechts voortvloeien uit artikel 100, lid 2, tweede alinea, van voormeld Reglement. Op basis van dit artikel worden de arresten en beschikkingen van het Gerecht bij gebreke van domiciliekeuze van de geadresseerde aan het adres van deze laatste betekend bij aangetekende postzending met bericht van ontvangst van een door de griffier voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het betrokken arrest of de betrokken beschikking of door terhandstelling van dit afschrift tegen ontvangstbewijs (zie in die zin beschikking Ripa di Meana/Parlement, reeds aangehaald, punt 22). Volgens dezelfde bepaling wordt de aangetekende postzending dan geacht de geadresseerde te hebben bereikt op de tiende dag na de bezorging van die zending op het postkantoor van de plaats waar het Gerecht gevestigd is.

24 Voormeld artikel 100, lid 2, tweede alinea, preciseert echter dat de geadresseerde van die zending of van die terhandstelling wordt „verwittigd" „per telefax of met enig ander [...] communicatiemiddel". Blijkens deze bewoordingen is die verwittiging een formaliteit die moet worden vervuld door de voor de betekening van arresten en beschikkingen bevoegde dienst, te weten de griffie van het Gerecht.

25 Bovendien bepaalt dit voorschrift dat de regel volgens welke de aangetekende postzending wordt geacht de geadresseerde te hebben bereikt op de tiende dag na de bezorging ervan op het postkantoor, onder meer niet geldt wanneer de geadresseerde de griffier binnen drie weken na de verwittiging per telefax of met enig ander technisch middel meedeelt dat de betekening hem niet heeft bereikt. De verwittiging van de geadresseerde per telefax of met enig ander technisch communicatiemiddel vormt dus een wezenlijk vormvoorschrift, omdat alleen daarmee wordt gewaarborgd dat de betekening regelmatig is. Indien de griffier de geadresseerde niet onder de aldus gestelde voorwaarden zou verwittigen, zou deze laatste de vermoede datum van de postzending immers niet kunnen aanvechten en zou de bepaling die de geadresseerde deze mogelijkheid toekent, geen nuttige werking hebben.

26 Uit deze overwegingen volgt dat zonder die verwittiging van de geadresseerde door de griffie van het Gerecht, het betrokken arrest of de betrokken beschikking niet kan worden geacht de geadresseerde te hebben bereikt op de tiende dag na de bezorging ervan op het postkantoor van Luxemburg. In dat geval is de datum van betekening van dat arrest of van die beschikking, welke de termijn voor de hogere voorziening doet ingaan, de datum waarop de geadresseerde de ontvangst heeft bevestigd hetzij van de hem toegezonden aangetekende postzending hetzij van de terhandstelling tegen ontvangstbewijs van het betrokken arrest of van de betrokken beschikking.

27 In casu staat in de eerste plaats vast dat de griffie van het Gerecht de Diputación niet per telefax of met enig ander technisch communicatiemiddel heeft verwittigd dat het bestreden arrest haar met een aangetekende postzending zou worden betekend en dat deze zending bijgevolg zou worden geacht de geadresseerde te hebben bereikt op de tiende dag na de bezorging ervan op het postkantoor van Luxemburg. Weliswaar blijkt uit het feit dat de Diputación op de dag van de uitspraak van het bestreden

arrest op haar site een persmededeling heeft bekendgemaakt, dat zij kennis heeft kunnen nemen van het bestreden arrest, waarschijnlijk via de internetsite van het Hof, maar dit betekent niet, anders dan de Commissie betoogt, dat de Diputación „verwittigd" was van de betekening van dit arrest volgens de modaliteiten van artikel 100, lid 2, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht. De Commissie kan zich evenmin beroepen op de uitlegging die het Hof aan voormeld Reglement heeft gegeven in de reeds aangehaalde beschikking Forum des Migrants/Commissie, aangezien het Hof daarin enkel artikel 44, lid 2, derde alinea, van dat Reglement heeft toegepast en deze bepaling zoals gezegd in casu irrelevant is.

28 In de tweede plaats heeft de Diputación — zonder te zijn tegengesproken — betoogd dat zij op 1 september 2003 de ontvangst van het bestreden arrest had bevestigd. Vanaf die datum beschikte zij over een termijn van twee maanden, verlengd met de in artikel 81, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof voorziene forfaitaire termijn wegens afstand van 10 dagen, om haar hogere voorziening in te stellen. De termijn voor de hogere voorziening liep dus tot 10 november 2003. De hogere voorziening is op die datum ingesteld en is bijgevolg niet laattijdig.

29 Gelet op het voorgaande moet de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

De middelen betreffende de kwalificatie als staatssteun van de aan P & O Ferries betaalde bedragen

Argumenten van partijen

30 De Diputación voert deze middelen tot staving van de conclusies van haar hogere voorziening in zaak C-471/03 P aan.

31 Met het eerste tot en met het derde middel van haar hogere voorziening beroept de Diputación zich op de onjuiste rechtsopvattingen waarvan het Gerecht blijk zou hebben gegeven door te oordelen dat de Commissie de aan P & O Ferries betaalde bedragen als staatssteun mocht aanmerken.

32 Volgens het eerste middel heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door een criterium betreffende de noodzaak van een interventie van de overheid in aanmerking te nemen om uit te maken of de Diputación als een onder normale voorwaarden van een markteconomie optredende particuliere investeerder had gehandeld.

33 In de eerste plaats is dit criterium, dat berust op het subjectieve onderzoek van de doelstellingen van de interventie van de overheid, in strijd met de rechtspraak (zie met name arrest van 12 oktober 2000, Spanje/Commissie, C-480/98, Jurispr. blz. I-8717, punt 16). Het enige criterium waarop het Gerecht zich overeenkomstig de rechtspraak van het Hof had moeten baseren, betreft de vergelijking tussen de gedragingen van de betrokken openbare ondernemer en die van de particuliere investeerder, rekening houdend met de economische analyse van het gedrag van deze openbare ondernemer aan de hand van objectieve en controleerbare elementen (zie met name arrest van 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a., C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993). Wanneer, zoals in casu, sprake is van aankoop van diensten, is er geen steunelement indien de transactie plaatsvindt tegen de normale prijsvoorwaarden van de markt. De nieuwe overeenkomst was daarin vergelijkbaar met de overeenkomsten die over het algemeen worden gesloten tussen scheepvaartmaatschappijen en marktdeelnemers.

34 In de tweede plaats heeft het Gerecht, door een dergelijk subjectief criterium te hanteren, inbreuk gemaakt op de regel volgens welke bij de beoordeling van de economische rationaliteit van het gedrag van de staat moet worden uitgegaan van de context van de periode waarin de litigieuze maatregelen zijn genomen (arrest van 16 mei 2002, Frankrijk/Commissie, C-482/99, Jurispr. blz. I-4397, punt 71). Het Gerecht is ten onrechte van een latere situatie uitgegaan bij de beoordeling van de „werkelijke" behoefte van de Diputación om de litigieuze vouchers te kopen. Evenmin is relevant het argument van het Gerecht in punt 118 van het bestreden arrest, dat het bestaan van die behoefte te meer diende te worden aangetoond daar er geen openbare aanbesteding was geweest.

35 Hantering van het criterium betreffende de noodzaak van interventie van de overheid zou tot een onaanvaardbaar verschil in behandeling tussen openbare en particuliere ondernemers en tot een aantasting van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel leiden. Indien de interventie van de overheid achteraf onnodig werd bevonden, zou de betrokken particuliere dienstverrichter de ontvangen bedragen — zelfs indien deze met de normale marktvoorwaarden overeenstemden — moeten terugbetalen en wel gedurende een lange periode, gelet op de verjaringstermijn van tien jaar die is vastgelegd in artikel 15 van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 88 van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1). Dit criterium zou kunnen leiden tot een algemene verplichting tot aanmelding van alle voornemens tot interventie van de overheid, opdat de Commissie zich zou kunnen uitspreken over de gerechtvaardigdheid daarvan.

36 Volgens het tweede middel heeft het Gerecht artikel 87 EG onjuist toegepast door in punt 137 van het bestreden arrest te concluderen dat er sprake was van staatssteun omdat de aankoop van de vouchers in casu niet noodzakelijk was. De noodzaak om die vouchers te kopen, is voor het Gerecht bewezen. Het daadwerkelijke gebruik van de vouchers toont het bestaan van die noodzaak aan. De voor de gebruikte vouchers betaalde bedragen hadden dus niet als staatssteun moeten worden aangemerkt. Wat de voor de nog niet gebruikte vouchers betaalde bedragen betreft, had het Gerecht deze evenmin als staatssteun mogen aanmerken in punt 134 van het bestreden arrest. Uit de nieuwe overeenkomst blijkt namelijk dat de vouchers ook na 1998 mochten worden gebruikt. De voor alle vouchers betaalde bedragen komen dus wel degelijk overeen met prestaties die nuttig waren voor de lokale overheid die deze had gefinancierd, daar P & O Ferries deze prestaties nog aan de Diputación verschuldigd was. De inleiding van de onderzoeksprocedure na de uitspraak van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie was er de oorzaak van dat het gebruik van de vouchers in dezelfde periode bij wijze van voorzorgsmaatregel is stopgezet in afwachting van de eindbeslissing van de Commissie. Het Gerecht heeft dus ten onrechte geweigerd dit bewijselement in aanmerking te nemen en in punt 121 van het bestreden arrest vastgesteld dat de nieuwe overeenkomst niet was gesloten om aan „werkelijke" behoeften te voldoen. De overwegingen in de punten 128 tot en met 130 van het bestreden arrest inzake het aantal gebruikte vouchers, de gekozen bestemmingen en de klimatologische omstandigheden zijn kennelijk onjuist daar het Gerecht het hem verstrekte bewijsmateriaal onjuist heeft beoordeeld.

37 Volgens het derde middel heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de Commissie alle betaalde bedragen, daaronder begrepen die welke met gebruikte vouchers overeenkwamen, als staatssteun mocht aanmerken. De Commissie had de geboden economische analyse moeten maken en tot de conclusie moeten komen dat de voor een verstrekte dienst betaalde marktprijzen niet als een economisch voordeel konden worden beschouwd en dus geen staatssteun vormden.

Beoordeling door het Hof

38 Alvorens in te gaan op het middel inzake schending van artikel 87, lid 1, EG door de kwalificatie van de aan de orde zijnde maatregelen als staatssteun, welk middel uit drie onderdelen bestond, heeft het Gerecht de door de Commissie tegen dit middel opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid onderzocht. Volgens de Commissie kwam door dit middel het gezag van gewijsde van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie in het gedrang en kon het bijgevolg niet worden onderzocht.

39 Het Gerecht heeft dit middel ontvankelijk verklaard. Daartoe heeft het in punt 77 van het bestreden arrest geoordeeld dat het gezag van gewijsde dat toekomt aan een arrest slechts aan de ontvankelijkheid van een beroep in de weg kan staan indien in het beroep dat heeft geleid tot het betrokken arrest, dezelfde partijen tegenover elkaar stonden en het beroep hetzelfde voorwerp had en op dezelfde middelen berustte. Vervolgens heeft het respectievelijk in de punten 79 en 80 van het bestreden arrest verklaard dat het beroep van de Diputación, dat was gericht tegen een andere handeling dan die welke in het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie aan de orde was, niet hetzelfde voorwerp had als het beroep in de aan dit arrest ten grondslag liggende zaak en dat daarin niet dezelfde partijen tegenover elkaar stonden.

40 Door aldus te oordelen heeft het Gerecht zich vergist in de omvang van het gezag van gewijsde van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie.

41 Anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, heeft het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie niet slechts relatief gezag van gewijsde, dat enkel in de weg zou staan aan de instelling van nieuwe beroepen met hetzelfde voorwerp, dezelfde partijen en dezelfde middelen. Dit arrest heeft absoluut gezag van gewijsde en staat eraan in de weg dat de rechtsvragen die erin zijn beslecht, opnieuw aan het Gerecht worden voorgelegd en door het Gerecht worden onderzocht.

42 In het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie heeft het Gerecht namelijk de nietigverklaring uitgesproken van de beschikking van 7 juni 1995, waarin de Commissie zich op het standpunt had gesteld dat de nieuwe overeenkomst geen staatssteun vormde en dus had besloten de onderzoeksprocedure die was ingeleid ter zake van de aan Ferries Golfo de Vizcaya verleende steun te beëindigen.

43 Die nietigverklaring heeft de beschikking van 7 juni 1995 ten aanzien van alle justitiabelen met terugwerkende kracht uit het rechtsverkeer genomen. Een dergelijk nietigverklaringsarrest werkt dus erga omnes, waardoor het absoluut gezag van gewijsde heeft (zie met name arresten van 21 december 1954, Frankrijk/Hoge Autoriteit, 1/54, Jurispr. blz. 7, op blz. 35; Italië/Hoge Autoriteit, 2/54, Jurispr. blz. 79, op blz. 113; 11 februari 1955, Assider/Hoge Autoriteit, 3/54, Jurispr. blz. 131, en 14 september 1999, Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a., C-310/97 P, Jurispr. blz. I-5363, punt 54).

44 Dat gezag komt niet alleen toe aan het dictum van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie. Het strekt zich mede uit tot de overwegingen die de noodzakelijke steun bieden aan het dictum en er daardoor onlosmakelijk mee verbonden zijn (zie in die zin arrest van 26 april 1988, Asteris e.a./Commissie, 97/86, 193/86, 99/86 en 215/86, Jurispr. blz. 2181, punt 27, en arrest Commissie/AssiDomän Kraft Products e.a., reeds aangehaald, punt 54).

45 Bovendien is de vraag betreffende het absoluut gezag van gewijsde van openbare orde, zodat de rechter deze ambtshalve moet opwerpen.

46 Het Gerecht heeft de beschikking van 7 juni 1995 nietig verklaard op basis van met name, in punt 80 van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie, de vaststelling dat de nieuwe overeenkomst „geen normale handelstransactie vormt" en, in punt 81 van dit arrest, het feit dat „de eventueel door de Spaanse autoriteiten nagestreefde culturele en sociale doelstellingen van geen belang zijn voor de kwalificatie van de [nieuwe overeenkomst], gelet op artikel 92, lid 1, van het Verdrag [thans, na wijziging, artikel 87, lid 1, EG]." Tot slot heeft het Gerecht in punt 82 van dit arrest geoordeeld dat „het oordeel van de Commissie dat de [nieuwe overeenkomst] geen staatssteun vormt, op een verkeerde uitlegging van artikel 92, lid 1, van het Verdrag berust" en dat bijgevolg „[d]e beschikking tot sluiting van de onderzoeksprocedure die ter zake van de aan Ferries Golfo de Vizcaya toegekende steun was ingeleid, [...] een schending van die bepaling in[houdt] en moet [...] worden [nietig]verklaard".

47 Tegen het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie is geen hogere voorziening ingesteld, zodat het dictum en voormelde overwegingen die er de noodzakelijke steun aan bieden, definitief zijn geworden.

48 Uit de motivering van dit arrest blijkt duidelijk dat de Commissie de litigieuze steun als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG had moeten aanmerken en dat zij na de aldus uitgesproken nietigverklaring de desbetreffende onderzoeksprocedure opnieuw diende te openen.

49 Om aan dit arrest te voldoen heeft de Commissie, zoals zij verplicht was, de procedure tot onderzoek van de verenigbaarheid van de litigieuze steun met het Verdrag opnieuw geopend. In de bestreden beschikking heeft zij de door het Gerecht in het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie erkende kwalificatie als staatssteun bevestigd en geoordeeld dat de litigieuze steun onverenigbaar was met het Verdrag. De Commissie heeft dus uitspraak gedaan over dezelfde maatregelen als die welke in het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie als staatssteun waren gekwalificeerd.

50 In deze omstandigheden kon het Gerecht, toen het verzoekschrift van de Diputación tegen de bestreden beschikking bij hem aanhangig werd gemaakt, middelen volgens welke de litigieuze steun geen staatssteun vormde, niet opnieuw onderzoeken zonder de draagwijdte van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie te miskennen. Bijgevolg heeft het Gerecht door te oordelen zoals het heeft gedaan, het absoluut gezag van gewijsde van zijn eerdere arrest miskend.

51 Derhalve geeft het bestreden arrest blijk van een onjuiste rechtsopvatting voorzover daarin is onderzocht het middel inzake schending van artikel 87, lid 1, EG, waarvan de drie onderdelen de kwalificatie van de litigieuze steun als staatssteun opnieuw ter discussie beoogden te stellen. Deze vergissing laat het dictum van het bestreden arrest evenwel onaangetast.

52 Gelet op het voorgaande kunnen, gezien het gezag van gewijsde van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie, de eerste drie middelen van de hogere voorziening van de Diputación niet door het Hof worden onderzocht. Deze middelen falen en zij moeten worden afgewezen.

De middelen volgens welke het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de litigieuze steun niet rechtmatig bij de Commissie was aangemeld

53 Alvorens de middelen van de beroepen te onderzoeken, heeft het Gerecht gemeend te moeten ingaan op de vraag, of de in de bestreden beschikking bedoelde steun overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG is verleend en derhalve sprake is van wettige steun.

54 Op basis van twee reeksen overwegingen, de ene inzake de draagwijdte van de nieuwe overeenkomst, de andere betreffende de niet-aanmelding van deze overeenkomst, heeft het Gerecht geconcludeerd dat die steun onwettig was.

55 In de eerste plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat de litigieuze steun in 1992 zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie tot uitvoering was gebracht en dat de nieuwe overeenkomst deze niet in de kern had geraakt. Zo heeft het in punt 58 van het bestreden arrest opgemerkt dat „[u]it de bestreden beschikking [...] duidelijk [blijkt], hetgeen door de verklaringen van partijen in het kader van de onderhavige procedure wordt bevestigd, dat de oorspronkelijke overeenkomst en de nieuwe overeenkomst één enkele steunmaatregel vormen, die in 1992 in het kader van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie is ingevoerd en tot uitvoering gebracht". Het Gerecht heeft vervolgens in de punten 59 en 60 van het bestreden arrest geoordeeld dat „de nieuwe overeenkomst [...] enkel een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst is", dat die „is opgesteld om haar te vervangen" en dat de wijzigingen van de oorspronkelijke overeenkomst, zoals zij uit de nieuwe overeenkomst voortvloeien, „niet de kern raken van de bij de oorspronkelijke overeenkomst ingevoerde steunmaatregel". In punt 74 van dit arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat „de op 29 september 1993 ingeleide en bij de beschikking van 7 juni 1995 afgesloten procedure uitsluitend betrekking had op de oorspronkelijke overeenkomst".

56 In de tweede plaats heeft het Gerecht geoordeeld dat de nieuwe overeenkomst niet naar behoren bij de Commissie was aangemeld, met name omdat de brief van 27 maart 1995, die afkomstig was van de advocaten van P & O Ferries en niet van de Spaanse regering, geen aanmelding van een nieuwe steunmaatregel vormde. In punt 70 van het bestreden arrest heeft het Gerecht in dezelfde zin opgemerkt dat „de omstandigheid dat de Commissie de mededeling van de nieuwe overeenkomst heeft aanvaard zonder bezwaar te maken betreffende de rechtsgeldigheid daarvan, niet kan afdoen aan de onwettigheid van de litigieuze steun".

De middelen betreffende de draagwijdte van de nieuwe overeenkomst van 1995

57 Met het vijfde middel van haar hogere voorziening komt de Diputación op tegen de eerste reeks overwegingen op basis waarvan het Gerecht de onwettigheid van de litigieuze steun heeft vastgesteld. Dit middel moet worden onderzocht vóór het eerste, het tweede en het zevende middel waarop P & O Ferries zich in haar hogere voorziening beroept, welke tegen hetzelfde onderdeel van het bestreden arrest zijn gericht.

Argumenten van partijen

58 De Diputación betoogt dat het Gerecht, om de onwettigheid van de litigieuze steun vast te stellen, de feiten alsook de bestreden beschikking en het bewijsmateriaal onjuist heeft opgevat door in punt 58 van het bestreden arrest te oordelen dat de in de nieuwe overeenkomst van 1995 bedoelde steun „in 1992 [...] is ingevoerd en tot uitvoering gebracht". Door deze onjuiste opvatting heeft het Gerecht de feiten rechtens onjuist gekwalificeerd en onjuiste rechtsgevolgen verbonden aan zijn analyse. Door zijn motivering in de plaats te stellen van die van de bestreden beschikking, heeft het tevens rekwirante belet, de rechten van verweer uit te oefenen.

59 Volgens de Commissie ziet dit middel slechts op een feitelijke vraag en herhaalt het enkel de bewoordingen van de bij het Gerecht ingediende memories. Het is dus niet-ontvankelijk. Hoe dan ook is het ongegrond. De litigieuze steun is nooit aangemeld. Alle vaststellingen van het Gerecht hieromtrent zijn relevant, zodat dit in punt 58 van het bestreden arrest terecht heeft geconcludeerd dat de twee overeenkomsten een en dezelfde, onrechtmatig tot uitvoering gebrachte steunmaatregel vormden.

Beoordeling door het Hof

60 Wat in de eerste plaats de ontvankelijkheid van het vijfde middel in zaak C-471/03 P betreft, heeft de Diputación, anders dan de Commissie betoogt, niet enkel de bewoordingen van de door haar bij het Gerecht ingediende memories herhaald. Dit middel bevat namelijk een nauwkeurige, omstandige kritiek op de motivering van het bestreden arrest, in het bijzonder punt 58 daarvan. Bovendien heeft het betrekking op de onjuiste opvatting van de feiten door het Gerecht, zodat het niet voor het Gerecht kan zijn opgeworpen. In de tweede plaats vormt de beoordeling van de feiten weliswaar geen rechtsvraag die als zodanig aan het toezicht van het Hof

in het kader van een hogere voorziening is onderworpen, maar deze regel geldt onder voorbehoud van het geval van onjuiste opvatting van de aan het Gerecht voorgelegde gegevens. Het Hof kan dus de onjuiste opvatting door het Gerecht van de aan hem voorgelegde gegevens veroordelen, met name wanneer dit zijn eigen motivering in de plaats stelt van die van de litigieuze beschikking (zie in die zin arrest van 27 januari 2000, DIR International Film e.a./Commissie, C-164/98 P, Jurispr. blz. I-447, punten 48 en 49).

61 Dit middel is dus ontvankelijk.

62 Het is tevens gegrond.

63 Zoals de Diputación terecht opmerkt, is de steunmaatregel waarover de Commissie zich in de bestreden beschikking heeft uitgesproken, die welke in de nieuwe overeenkomst is bedoeld. De Commissie heeft deze los van de in de oorspronkelijke overeenkomst bedoelde steunmaatregel onderzocht.

64 Uit de bewoordingen van de bestreden beschikking blijkt namelijk dat er geen sprake was van één steunmaatregel, die in 1992 tot uitvoering zou zijn gebracht. De Commissie heeft de onwettigheid van de litigieuze steun in de punten 77 en 78 van deze beschikking uitsluitend gebaseerd op feitelijke omstandigheden die betrekking hadden op de nieuwe overeenkomst van 1995 en dus op een in 1995 ingevoerde en tot uitvoering gebrachte steunmaatregel.

65 Zo heeft de Commissie in punt 43 van de bestreden beschikking opgemerkt dat „[d]e eerste overeenkomst tussen de autonome Baskische autoriteiten en Ferries Golfo de Vizcaya werd opgeschort en de door Ferries Golfo de Vizcaya ontvangen bijdragen werden terugbetaald. Deze zaak kan daarom als gesloten worden beschouwd." Voorts heeft zij in punt 44 van die beschikking gesteld dat „[d]e Commissie [...] van mening [is] dat de tweede overeenkomst onder het toepassingsgebied van artikel 92,

lid 1, van het Verdrag (huidig artikel 87, lid 1) valt". Punt 45 van deze beschikking bevestigt de omvang van het door de Commissie verrichte onderzoek door te preciseren dat „[o]m te bepalen of de overeenkomst van 1995 onder artikel 92, lid 1, van het Verdrag (huidig artikel 87, lid 1) valt, dient te worden overwogen of het om een ‚normale handelstransactie' gaat". In dezelfde zin vermeldt punt 67 van deze beschikking dat „de onderzochte steun is verleend in de periode tussen 1995 en 1998".

66 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie in de bestreden beschikking inderdaad enkel uitspraak gedaan over de verenigbaarheid met het Verdrag van de in de overeenkomst van 1995 bedoelde steun. Dit kon moeilijk anders, aangezien ingevolge de beschikking van 7 juni 1995, die is gegeven naar aanleiding van deze overeenkomst, waarvan bij de brief van 27 maart 1995 kennis is gegeven aan de Commissie, enkel de uitvoering van de daarin bedoelde maatregelen is goedgekeurd.

67 Bijgevolg heeft het Gerecht, door in punt 58 van het bestreden arrest te oordelen dat „de oorspronkelijke overeenkomst en de nieuwe overeenkomst één enkele steunmaatregel vormen, die in 1992 in het kader van de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie is ingevoerd en tot uitvoering gebracht", en in punt 74 dat „de op 29 september 1993 ingeleide en bij de beschikking van 7 juni 1995 afgesloten procedure uitsluitend betrekking had op de oorspronkelijke overeenkomst", de feiten van de zaak en de inhoud van de bestreden beschikking onjuist opgevat door zijn eigen motivering in de plaats te stellen van die van deze beschikking (zie in die zin arrest DIR International Film e.a./ Commissie, reeds aangehaald, punten 48 en 49).

68 Het vijfde middel in zaak C-471/03 P is dus gegrond.

69 Bijgevolg heeft het Gerecht in het bestreden arrest de feiten van het geding onjuist opgevat, voorzover het heeft geoordeeld dat de nieuwe overeenkomst en de oorspronkelijke overeenkomst één steunmaatregel vormden, die vanaf 1992 tot uitvoering is gebracht.

70 Derhalve hoeft niet te worden ingegaan op de drie overige middelen tegen dit onderdeel van het bestreden arrest, te weten:

— het eerste middel in zaak C-442/03 P, volgens hetwelk het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de nieuwe overeenkomst geen van de oorspronkelijke steunmaatregel losstaande steunmaatregel had ingevoerd;

— het tweede middel in die zaak, volgens hetwelk het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in punt 60 van het bestreden arrest te oordelen dat de wijzigingen van de oorspronkelijke overeenkomst deze laatste overeenkomst niet in haar kern raakten;

— het zevende middel in die zaak, volgens hetwelk het Gerecht in punt 67 van het bestreden arrest geen rekening heeft gehouden met de dubbele draagwijdte van de beschikking van 7 juni 1995, waarmee de Commissie niet alleen de op 29 september 1993 ingeleide procedure heeft beëindigd, maar zich ook uitdrukkelijk heeft uitgesproken over de kwalificatie van de nieuwe overeenkomst, die „van 1995 tot 1998 [gold]".

71 Daar het bestreden arrest echter ook is gebaseerd op de niet-aanmelding van de nieuwe overeenkomst, dienen nog de daarop betrekking hebbende middelen te worden onderzocht.

De middelen betreffende de niet-aanmelding van de nieuwe overeenkomst

72 Met het derde tot en met het zesde middel van haar hogere voorziening betwist P & O Ferries de overwegingen van het bestreden arrest op basis waarvan het Gerecht heeft geoordeeld dat de litigieuze steun niet naar behoren bij de Commissie is aangemeld en, bijgevolg, de rechtstreeks op deze vaststelling gebaseerde overwegingen van het bestreden arrest.

73 Om te concluderen dat de litigieuze steun niet was aangemeld, heeft het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest opgemerkt dat de brief van 27 maart 1995, die de advocaten van P & O Ferries aan een ambtenaar van het directoraat-generaal Vervoer van de Commissie hadden gezonden, „niet een formele aanmelding van een voorgenomen nieuwe steunmaatregel is, maar de afsluiting vormt van een lange briefwisseling tussen de diensten van de Commissie en verzoeksters over de geleidelijk aan in de oorspronkelijke overeenkomst aangebrachte wijzigingen". In dezelfde zin heeft het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest vastgesteld dat de brief van 27 maart 1995 door de advocaten van P & O Ferries en niet door de Spaanse regering is verzonden, dat hij aan een ambtenaar van het Directoraat-Generaal „Vervoer" is gezonden, terwijl een dergelijke brief volgens de brief van de Commissie aan de lidstaten SG (81) 12740 van 2 oktober 1981 aan het Secretariaat-Generaal van de Commissie moet worden gezonden, en dat de brief van 27 maart 1995 niet verwijst naar artikel 88, lid 3, EG. In de punten 66 en 70 van het bestreden arrest heeft het Gerecht opgemerkt dat het gedrag van de Commissie bevestigde dat de brief van 27 maart 1995 geen aanmelding was en heeft het gepreciseerd dat de omstandigheid dat de Commissie de mededeling van de nieuwe overeenkomst had aanvaard zonder bezwaren betreffende de rechtsgeldigheid daarvan kenbaar te maken, niet kon afdoen aan de onwettigheid van de litigieuze steun. Tot slot heeft het Gerecht in punt 68 van dit arrest geoordeeld dat partijen „aanwijzingen [hadden] verstrekt aan de hand waarvan k[o]n worden vastgesteld, dat zij de litigieuze steunmaatregel als een niet-aangemelde steunmaatregel beschouwden".

74 Alvorens de vier middelen van de hogere voorziening van P & O Ferries tegen dit onderdeel van het bestreden arrest te onderzoeken, dient het betoog van de Commissie volgens hetwelk het onderzoek van deze middelen hoe dan ook niet nuttig is, en deze middelen dus falen, aan een onderzoek te worden onderworpen.

Het falen van voormelde middelen van de hogere voorziening van P & O Ferries

75 De Commissie betoogt dat de hogere voorziening van P & O Ferries louter dilatoir is. De vraag of de litigieuze steun al dan niet is aangemeld, is irrelevant, aangezien rekwirantes betoog betreffende het vertrouwensbeginsel hoe dan ook niet kan slagen. De steunmaatregel is immers binnen de beroepstermijn aangevochten en P & O Ferries kan niet rechtmatig beweren dat zij daarvoor in aanmerking blijft

komen. Ook zo het Hof mocht oordelen dat de steunmaatregel is aangemeld en de zaak naar het Gerecht mocht verwijzen, moet dit laatste noodzakelijkerwijs oordelen dat P & O Ferries de litigieuze steun hoe dan ook dient terug te betalen. In deze omstandigheden moet het Hof los van het onderzoek van de betrokken middelen oordelen dat de procedurele status van de betrokken steunmaatregel geen invloed heeft op de wettigheid van artikel 2 van de bestreden beschikking. Het geding is op dit punt in staat van wijzen en het Hof dient de hogere voorziening van P & O Ferries om die reden af te wijzen.

76 Dit betoog betreffende het falen van voormelde middelen kan niet worden aanvaard.

77 Die middelen zijn namelijk gericht tegen de overwegingen van het bestreden arrest op basis waarvan het Gerecht heeft geoordeeld dat de litigieuze steun niet was aangemeld. Door deze vaststelling van onwettigheid van die steun heeft het Gerecht kunnen oordelen dat de Commissie in een dergelijk geval de werkelijke invloed van die steunmaatregel op de mededinging en op het handelsverkeer tussen de lidstaten niet hoefde aan te tonen en dat de Commissie de terugvordering van die steun kon gelasten zonder dat het vertrouwensbeginsel of uitzonderlijke omstandigheden daaraan in de weg stonden. Op basis van dezelfde vaststelling heeft het Gerecht geoordeeld dat de Spaanse autoriteiten zich in casu niet konden beroepen op de termijnregel die voortvloeit uit het reeds aangehaalde arrest Lorenz en dat de Commissie haar besluit om de terugvordering van de litigieuze steun te gelasten, niet hoefde te motiveren.

78 In deze omstandigheden rechtvaardigen voormelde middelen, indien zij gegrond zijn, de vernietiging van het bestreden arrest voorzover dit de onwettigheid van de litigieuze steunmaatregel heeft vastgesteld en bijgevolg de in het voorgaande punt van het onderhavige arrest uiteengezette grieven heeft afgewezen. Anders dan de Commissie betoogt, falen deze middelen dus niet.

79 Dat de hogere voorziening van P & O Ferries dilatoir zou kunnen zijn, is — zelfs indien dit het geval is — irrelevant voor deze analyse. De opmerking van de Commissie dat het Hof los van het onderzoek van voormelde middelen dient te oordelen dat de litigieuze steun in ieder geval moet worden teruggevorderd en dat de hogere voorziening om die reden moet worden afgewezen, berust op een onjuiste opvatting van de bevoegdheden van het Hof in het kader van een hogere voorziening. Zij zou immers impliceren dat het Hof rechtstreeks over de grond van de zaak uitspraak doet. Bij een hogere voorziening kan het Hof zich echter pas uitspreken over de grond van de zaak na het arrest van het Gerecht te hebben vernietigd.

80 Anders dan de Commissie betoogt, is bovendien het zesde middel van de hogere voorziening van P & O Ferries duidelijk geformuleerd zodat het door het Hof kan worden onderzocht.

De gegrondheid van voormelde middelen van de hogere voorziening van P & O Ferries

81 Deze vier middelen hangen nauw samen en moeten samen worden behandeld.

— Argumenten van partijen

82 Met haar derde middel betoogt P & O Ferries dat het Gerecht in punt 62 van het bestreden arrest blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de brief van 27 maart 1995 van rekwirantes advocaten aan de Commissie geen formele aanmelding van een voorgenomen nieuwe steunmaatregel vormde. Dit was echter wel degelijk het doel van die brief.

83 Volgens het vierde middel heeft het Gerecht in punt 64 van het bestreden arrest voor zijn standpunt dat die brief geen aanmelding vormde ten onrechte overwogen dat die brief afkomstig was van advocaten en niet van de Spaanse regering, niet aan het Secretariaat-Generaal van de Commissie was gezonden en niet verwees naar artikel 88, lid 3, EG.

84 Volgens het vijfde middel kon het Gerecht niet zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting in punt 65 van het bestreden arrest in aanmerking nemen dat op alle brieven die rekwirantes aan de Commissie hebben gezonden, met inbegrip van de brief van 27 maart 1995, het referentienummer NN 40/93 was vermeld, welk referentienummer de Commissie in het dossier betreffende de oorspronkelijke overeenkomst had gebruikt. Een dergelijk referentienummer, dat voor de communicatie met de diensten van de Commissie dient, heeft op zich geen bijzondere juridische waarde en het was irrelevant voor de vraag of de nieuwe overeenkomst al dan niet als een nieuwe steunmaatregel moest worden aangemerkt.

85 Met haar zesde middel betoogt P & O Ferries dat het Gerecht zijn beoordeling heeft gebaseerd op een onjuiste rechtsopvatting door in punt 66 van het bestreden arrest te oordelen dat zijn analyse werd bevestigd door het gedrag van de Commissie. Dat gedrag bevestigt juist dat de bij de brief van 27 maart 1995 gedane aanmelding toereikend was.

86 De Commissie stelt, wat het vierde middel betreft, dat de algemene opzet van de procedure op het gebied van staatssteun, zoals die uit artikel 88, lid 3, EG voortvloeit, impliceert dat de steun moet worden aangemeld door de lidstaten, en dat dit vereiste ook vóór verordening nr. 659/1999 gold. Daar de beschikkingen ter zake zijn gericht aan de lidstaten, rust alleen op hen de verplichting om de steun bij de Commissie aan te melden (zie in die zin arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 45, en 15 februari 2001, Oostenrijk/Commissie, C-99/98, Jurispr. blz. I-1101, punten 32 en 84). Het zou abnormaal zijn indien de aanmelding door een derde een lidstaat kon beschermen tegen een beschikking waarbij terugvordering van de steun wordt gelast. Mocht het Hof oordelen dat de aanmeldingsplicht in ieder geval op de lidstaten rust, is dit vierde middel ongegrond en falen de andere middelen betreffende de aanmelding van de litigieuze steun.

87 Wat het derde middel betreft, betoogt de Commissie dat het Gerecht in punt 68 van het bestreden arrest — dat rekwirante niet heeft aangevochten — heeft overwogen dat partijen „de litigieuze steunmaatregel als een niet-aangemelde steunmaatregel beschouwden". Met de betwisting van de vaststelling van het Gerecht dat de brief van 27 maart 1995 geen aanmelding van de steun vormde, stelt P & O Ferries tevergeefs de uit het bestreden arrest voortvloeiende beoordeling van de feiten opnieuw aan de orde.

88 Aangaande het vijfde middel betwist de Commissie dat het Gerecht zich op de aanduiding „NN" heeft beroepen om rechtens vast te stellen dat de litigieuze steun niet was aangemeld. Het Gerecht heeft zich in punt 65 van het bestreden arrest op dit bewijselement gebaseerd ten behoeve van de feitelijke vaststelling in punt 68 van dat arrest, en deze beoordeling kan niet opnieuw aan de orde worden gesteld in het kader van een hogere voorziening.

— Beoordeling door het Hof

89 De vier middelen die hier worden onderzocht, zijn alle gericht tegen de weigering van het Gerecht om de brief van 27 maart 1995 als aanmelding aan te merken.

90 De juridische kwalificatie van een feit of van een handeling door het Gerecht is een rechtsvraag, die in het kader van een hogere voorziening aan de orde kan worden gesteld. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de vraag of een brief als een klacht in de zin van artikel 90, lid 2, van het Statuut van de ambtenaren van de Europese Gemeenschappen moet worden beschouwd (zie in die zin arresten van 19 oktober 1995, Rendo e.a./Commissie, C-19/93 P, Jurispr. blz. I-3319, punt 26, en 29 juni 2000, Politi/Europese Stichting voor opleiding, C-154/99 P, Jurispr. blz. I-5019, punt 11).

91 In de onderhavige zaak is, gelet op de aard van de aangevoerde argumenten, die betrekking hebben op de criteria op basis waarvan het Gerecht heeft geoordeeld dat de litigieuze steun niet is aangemeld, de vraag of de in de nieuwe overeenkomst bedoelde litigieuze steun al dan niet bij de brief van 27 maart 1995 is aangemeld, een rechtsvraag, waarvoor het Hof bevoegd is.

92 Volgens artikel 88, lid 3, EG is „elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen" onderworpen aan de in deze bepaling neergelegde aanmeldingsplicht.

93 Blijkens de bewoordingen van deze bepaling is een overeenkomst als de nieuwe overeenkomst, waarbij de litigieuze steunmaatregel is ingevoerd, aan de aldus gestelde aanmeldingsplicht onderworpen. Zoals P & O Ferries terecht betoogt, staat de verplichting tot aanmelding van deze nieuwe overeenkomst dus los van de verplichting tot aanmelding van de oorspronkelijke overeenkomst. Bijgevolg heeft de niet-aanmelding van de oorspronkelijke overeenkomst — waardoor deze onrechtmatig is — geen invloed op het onderzoek van de rechtmatigheid van de nieuwe overeenkomst, bij welk onderzoek wordt beoordeeld of aan de enkel voor deze overeenkomst geldende aanmeldingsplicht is voldaan.

94 Hieraan doet niet af de omstandigheid dat de Commissie in kennis is gesteld van de nieuwe overeenkomst tijdens de tegen de oorspronkelijke overeenkomst ingeleide onderzoeksprocedure. Daar de bestreden beschikking zoals gezegd enkel betrekking heeft op de bij de nieuwe overeenkomst ingevoerde steunmaatregel, dient bij de beoordeling van de vraag of deze steunmaatregel al dan niet is aangemeld, buiten beschouwing te worden gelaten dat de Commissie de onderzoeksprocedure had ingeleid tegen de oorspronkelijke overeenkomst.

95 De omstandigheid dat op alle door rekwirantes aan de Commissie gezonden brieven, met inbegrip van de brief van 27 maart 1995, het referentienummer NN 40/93 was vermeld, welk referentienummer de Commissie in het dossier betreffende de oorspronkelijke overeenkomst had gebruikt, is bijgevolg op zich irrelevant voor de

vraag of de nieuwe overeenkomst al dan niet als een nieuwe steunmaatregel moet worden aangemerkt. Het Gerecht heeft derhalve ten onrechte op basis van dit element vastgesteld dat de litigieuze steun niet los kon worden gezien van de in de oorspronkelijke overeenkomst bedoelde maatregelen en dus geoordeeld dat de litigieuze steun niet was aangemeld.

96 Uit de stukken blijkt bovendien dat P & O Ferries met de verzending van de brief van 27 maart 1995 de bedoeling heeft gehad, de Commissie „tijdig op de hoogte te brengen" van het bestaan en de inhoud van de nieuwe overeenkomst en van de wens van de ondertekenende partijen om de litigieuze steun tot uitvoering te brengen.

97 In de eerste plaats heeft de Commissie op basis van de in die brief vervatte informatie en gezien de „in een nieuwe overeenkomst ingevoerde substantiële wijzigingen" in haar beschikking van 7 juni 1995 besloten om de tegen de oorspronkelijke overeenkomst ingeleide onderzoeksprocedure te beëindigen. De Commissie heeft die brief, welke was gezonden aan de ambtenaar die rechtstreeks met de behandeling van het dossier was belast, dus wel degelijk in aanmerking genomen voor het onderzoek van de litigieuze steunmaatregelen.

98 Vervolgens blijkt uit de bewoordingen van de beschikking van 7 juni 1995 dat die substantiële wijzigingen in de nieuwe overeenkomst zijn ingevoerd „om gevolg te geven aan de bezorgdheden van de Commissie". Bovendien eindigt de beschikking van 7 juni 1995 met de zeer expliciete vermelding dat „de nieuwe overeenkomst, die van 1995 tot 1998 geldt, geen staatssteun vormt". De Commissie kan dus niet beweren dat de in deze nieuwe overeenkomst bedoelde maatregelen haar voor het kenbaar maken van haar opmerkingen niet tijdig zijn meegedeeld, en zij kan evenmin betogen dat de brief van 27 maart 1995 haar niet in staat heeft gesteld om haar toezicht normaal uit te oefenen.

99 Tot slot blijkt uit de stukken dat de in de nieuwe overeenkomst bedoelde litigieuze steun niet is betaald voordat de Commissie op 7 juni 1995 had besloten om de tegen de oorspronkelijke overeenkomst ingeleide onderzoeksprocedure te beëindigen. De eerste betalingen aan P & O Ferries hebben pas in december 1995 plaatsgevonden. Overigens heeft de Commissie in punt 77 van de bestreden beschikking erkend dat „de betalingen [...] na de gunstige beslissing van de Commissie van 7 juni 1995

hebben plaatsgevonden". Bovendien bevat de nieuwe overeenkomst een clausule, waarvoor de Commissie geen voorbehoud heeft gemaakt in 1995, volgens welke „alle nodige maatregelen zijn genomen om te voldoen aan artikel 93, lid 3, van het Verdrag van Rome". Dat de nieuwe overeenkomst vóór de beschikking van 7 juni 1995 is gesloten, betekent niet dat de steun vóór die beschikking tot uitvoering is gebracht.

100 Blijkens het voorgaande heeft het Gerecht in het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat de betrokken partijen en de Commissie zelf de litigieuze steun als een niet-aangemelde steunmaatregel beschouwden.

101 Bijgevolg hoeft het Hof zich niet uit te spreken over het negende middel van de Diputación, volgens hetwelk het Gerecht, door geen uitspraak te doen over het verzoek tot overlegging van alle documenten betreffende de overeenkomst van 1995 op basis waarvan had kunnen worden vastgesteld dat de Commissie de brief van 27 maart 1995 als de aanmelding van een nieuwe steunmaatregel had behandeld, de rechten van verweer heeft miskend en artikel 66 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht heeft geschonden.

102 Het Gerecht heeft evenwel geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de brief van 27 maart 1995 geen aanmelding vormde die aan de vereisten van artikel 88, lid 3, EG voldeed.

103 Uit de opzet van artikel 88, lid 3, EG, dat een bilaterale verhouding tussen de Commissie en de lidstaat invoert, volgt namelijk reeds dat de aanmeldingsplicht enkel op de lidstaten rust. Aan deze verplichting wordt dus niet voldaan wanneer de steun door de begunstigde onderneming wordt aangemeld. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, legt het door artikel 88 EG opgezette stelsel van toezicht op en onderzoek van staatssteun geen specifieke verplichting op aan de begunstigde van de steun. De plicht tot aanmelding en het verbod om voorgenomen steunmaatregelen daarvóór tot uitvoering te brengen, zijn gericht tot de lidstaat. Bovendien is ook de beschikking waarbij de Commissie de onverenigbaarheid van een steunmaatregel

vaststelt en gelast, dat deze binnen de door haar vastgestelde termijn wordt ingetrokken, tot de lidstaat gericht (zie arrest van 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 73).

104 In dit verband is irrelevant dat er op de datum waarop de voorgenomen nieuwe overeenkomst in casu aan de Commissie is voorgelegd, geen regelgeving bestond volgens welke er slechts sprake was van een regelmatige aanmelding indien de steunmaatregel door de betrokken regering werd aangemeld. Weliswaar is het vereiste dat de aanmelding door die regering moet gebeuren, in de gemeenschapsregelgeving in herinnering gebracht in artikel 2, lid 1, van verordening nr. 659/1999, maar dit artikel was slechts een codificatie van de rechtspraak van het Hof en heeft niets aan de stand van het toepasselijke recht toegevoegd.

105 Zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting kon het Gerecht derhalve op grond van de omstandigheid dat de brief van 27 maart 1995 niet afkomstig was van de regering van de betrokken lidstaat, tot het oordeel komen dat deze brief geen aanmelding vormde die voldeed aan de vereisten van artikel 88, lid 3, EG.

106 Het Gerecht heeft artikel 88, lid 3, EG dus niet onjuist toegepast door in de omstandigheden van de onderhavige zaak te oordelen dat de brief van 27 maart 1995 geen aanmelding van de nieuwe overeenkomst vormde.

107 Blijkens het voorgaande heeft het Gerecht de feiten van de zaak weliswaar onjuist voorgesteld door te oordelen dat de nieuwe overeenkomst en de oorspronkelijke overeenkomst één steunmaatregel vormden die vanaf 1992 tot uitvoering is gebracht, maar heeft het terecht geoordeeld dat de litigieuze steun tot uitvoering is gebracht zonder aanmelding bij de Commissie. Bijgevolg dient het Hof de conclusies van de hogere voorzieningen die tegen dit onderdeel van het bestreden arrest zijn gericht, af te wijzen.

De middelen betreffende de gevolgen die het Gerecht aan de niet-aanmelding heeft verbonden

108 Het zesde tot en met het achtste middel van de Diputación zijn gericht tegen de overwegingen van het bestreden arrest waarin het Gerecht zijn gevolgtrekkingen uit de niet-aanmelding van de aan de orde zijnde steunmaatregel heeft gemaakt.

109 Met haar zesde middel betoogt de Diputación dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in de punten 142 en 143 van het bestreden arrest te oordelen dat de litigieuze steun onwettig was en dat de Commissie de werkelijke invloed van die steun op de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten dus niet hoefde te onderzoeken.

110 Dit middel moet worden afgewezen. Zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, zou, zo de Commissie in haar beschikking de werkelijke invloed van reeds verleende steun moest aantonen, dit ertoe leiden dat lidstaten die steun verlenen zonder zich te houden aan de in artikel 88, lid 3, EG neergelegde aanmeldingsplicht, worden bevoordeeld boven lidstaten die hun steunvoornemens wel aanmelden (zie arrest van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punt 33).

111 In de onderhavige zaak heeft het Gerecht, zoals gezegd, terecht geoordeeld dat de brief van 27 maart 1995 geen aanmelding van de nieuwe overeenkomst vormde. Bijgevolg kon het daaruit, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, afleiden dat de Commissie de werkelijke invloed van de verleende steun op de mededinging en op het handelsverkeer tussen de lidstaten niet hoefde aan te tonen. Het zesde middel is bijgevolg ongegrond.

112 Volgens het zevende middel van de Diputación heeft het Gerecht de door haar aangevoerde argumenten onjuist opgevat en daardoor de rechten van verweer geschonden. Het Gerecht heeft namelijk in punt 203 van het bestreden arrest

opgemerkt dat de Diputación zich niet kon beroepen op „de bescherming van het gewettigd vertrouwen van P & O Ferries", terwijl zij de bescherming van haar eigen gewettigd vertrouwen inriep als partij bij de nieuwe overeenkomst. Zelfs indien P & O Ferries zich had beroepen op het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden en de bescherming van het gewettigd vertrouwen, had het Gerecht niet kunnen concluderen dat de Diputación geen middel kon opwerpen dat was ontleend aan het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen van deze onderneming.

113 De Commissie betoogt dat de draagwijdte van het zevende middel in de loop van het geding is gewijzigd. De Diputación heeft het middel inzake schending van het gewettigd vertrouwen van de begunstigde van de steun — dat zij voor het Gerecht had opgeworpen — in haar repliek herhaald. In haar hogere voorziening heeft de Diputación zich evenwel beroepen op een ander middel, te weten schending van haar eigen gewettigd vertrouwen. Bijgevolg is het middel betreffende het gewettigd vertrouwen van de begunstigde nieuw en derhalve niet-ontvankelijk. Het is hoe dan ook ongegrond.

114 Om te beginnen moet de door de Commissie tegen het zevende middel opgeworpen exceptie van onwettigheid worden verworpen. Anders dan de Commissie betoogt, heeft de Diputación zich zowel in haar memorie van repliek als in haar hogere voorziening beroepen op hetzelfde middel, te weten dat het Gerecht haar betoog onjuist heeft opgevat door enkel rekening te houden met het gewettigd vertrouwen van P & O Ferries, terwijl de Diputación zich ook op haar eigen gewettigd vertrouwen beriep. Het middel is bijgevolg ontvankelijk.

115 Het is evenwel ongegrond. Weliswaar heeft het Gerecht in punt 203 van het bestreden arrest enkel uitdrukkelijk melding gemaakt van „het gewettigd vertrouwen van P & O Ferries", maar het heeft geantwoord op het voor hem door de Diputación gevoerde betoog door in punt 202 van dit arrest te oordelen dat niet door de Spaanse autoriteiten, maar door de begunstigde van de steun een beroep moest worden gedaan op uitzonderlijke omstandigheden die een gewettigd vertrouwen hadden kunnen wekken om zich te verzetten tegen de terugvordering van onwettige steun. De Diputación stelt bijgevolg ten onrechte dat het Gerecht in het bestreden arrest haar betoog onjuist heeft opgevat.

16 Met haar achtste middel betoogt de Diputación dat het Gerecht de op artikel 10 EG en het beginsel van behoorlijk bestuur gebaseerde argumenten van het beroep onjuist heeft opgevat door in punt 211 van het bestreden arrest te oordelen dat deze argumenten de onrechtmatigheid van de litigieuze steunmaatregel opnieuw aan de orde stelden. Rekwirante heeft evenwel betoogd dat artikel 10 EG en dit beginsel in de weg stonden aan de terugvordering van — zelfs onwettige — steun. Door deze onjuiste opvatting heeft het Gerecht dit middel niet echt onderzocht en heeft het de rechten van verweer geschonden.

117 Uit de stukken blijkt evenwel dat de argumenten waarmee de Diputación, met name in de punten 261 en 272 tot en met 275 van haar verzoekschrift, het gedrag van de Commissie op basis van artikel 10 EG en het beginsel van behoorlijk bestuur aan de orde wilde stellen, verwezen naar de argumenten die rekwirante had ingeroepen ten betoge dat de litigieuze steunmaatregel naar behoren was aangemeld, en in wezen samenvielen met deze argumenten.

118 In deze omstandigheden kan niet worden betoogd dat het Gerecht de argumenten van de Diputación onjuist heeft opgevat door te oordelen dat de argumenten die aan artikel 10 EG en het beginsel van behoorlijk bestuur waren ontleend, in wezen het gedrag van de Commissie bij de behandeling van het dossier en de onwettigheid van de litigieuze steun aan de orde leken te stellen. Het achtste middel van de Diputación moet bijgevolg worden afgewezen.

Het middel volgens welk het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de litigieuze steun niet verenigbaar was met het Verdrag

119 Het vierde middel in zaak C-471/03 P is het enige dat is gericht tegen de vaststelling van het Gerecht dat de in artikel 87, lid 2, sub a, EG neergelegde uitzondering in casu niet van toepassing is.

Argumenten van de Diputación

120 Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

121 Met het eerste onderdeel van dit middel betoogt de Diputación dat het Gerecht de motivering van de bestreden beschikking onjuist heeft opgevat door in punt 165 van het bestreden arrest op te merken dat de litigieuze steun niet ten goede kon komen aan de verbruikers die gebruik maakten van andere scheepvaartmaatschappijen die een dienst tussen Portsmouth en Bilbao konden onderhouden. In de punten 58 en 59 van de bestreden beschikking heeft de Commissie in werkelijkheid geoordeeld dat artikel 87, lid 2, sub a, EG niet van toepassing kon zijn omdat de keuze van de scheepvaartmaatschappij niet transparant was verlopen. Door de bewoordingen van de bestreden beschikking aldus onjuist voor te stellen, heeft het Gerecht rekwirante niet in staat gesteld, naar behoren verweer te voeren.

122 Met het tweede onderdeel van dit middel betoogt rekwirante dat het Gerecht hoe dan ook blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van artikel 87, lid 2, sub a, EG door zich in punt 166 van het bestreden arrest te baseren op de vaststelling dat de steun is verleend aan één marktdeelnemer, met uitzondering van andere maatschappijen die de nagestreefde sociale doelstelling konden vervullen. Daar slechts één marktdeelnemer bereid was om de prestatie op de betrokken lijn te verrichten, kan niet worden vastgesteld dat de steunmaatregel een onderscheid naar de oorsprong van de producten maakte. Aangezien de sociale aard van de litigieuze steun was erkend in de bestreden beschikking (punt 58), was artikel 87, lid 2, sub a, EG in een dergelijk geval van toepassing.

Beoordeling door het Hof

123 Wat het eerste onderdeel van dit middel betreft, blijkt uit de bewoordingen van de bestreden beschikking dat de Commissie zich bij haar oordeel dat de litigieuze steun niet voldeed aan de in artikel 87, lid 2, sub a, EG gestelde voorwaarde dat steunmaatregelen „zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten" moeten worden toegepast, onder meer in punt 58 van deze beschikking heeft

gebaseerd op de omstandigheid dat „[e]r [...] enkel vouchers [zijn] gekocht van Ferries Golfo de Vizcaya en de autonome autoriteiten hebben niet aangetoond dat deze maatschappij op transparante wijze is geselecteerd" en in punt 60 van de bestreden beschikking op het feit dat „[d]e autonome autoriteiten dezelfde sociale doelstellingen [zouden] kunnen hebben bereikt door middel van een gediversifieerd aanbod van reizen".

124 Op basis van deze overwegingen heeft de Commissie geoordeeld dat Ferries Golfo de Vizcaya de enige begunstigde was van de litigieuze steunmaatregel en dat niet vaststond dat de door deze steunmaatregel nagestreefde sociale doelstellingen enkel konden worden bereikt door de aankoop van vouchers bij die onderneming.

125 De Commissie heeft haar weigering om de in artikel 87, lid 2, sub a, EG neergelegde uitzondering toe te passen, anders dan de Diputación beweert, dus niet enkel gebaseerd op het feit dat de keuze van de betrokken scheepvaartmaatschappij niet transparant was verlopen.

126 Het Gerecht heeft derhalve de motivering van de bestreden beschikking niet onjuist opgevat en evenmin de rechten van verweer geschonden door in punt 165 van het bestreden arrest vast te stellen dat „[d]e Diputación [...] niet [heeft] gesteld en nog minder [heeft] aangetoond dat de verbruikers ook de litigieuze steun hadden kunnen ontvangen wanneer zij eventueel gebruik hadden gemaakt van andere scheepvaartmaatschappijen gesteld dat die een dienst tussen Bilbao en Portsmouth hadden onderhouden".

127 Bijgevolg vindt het eerste onderdeel van dit middel geen steun in de feiten, zodat het niet kan worden aanvaard.

128 Wat het tweede onderdeel van dit vierde middel betreft, dient te worden opgemerkt dat het Gerecht zijn conclusie dat artikel 87, lid 2, sub a, EG in casu niet van toepassing was, in punt 166 van het bestreden arrest niet heeft gebaseerd op de enkele omstandigheid dat de overeenkomst inzake de aankoop van vouchers uitsluitend tussen de Diputación en P & O Ferries was gesloten.

129 In de eerste zin van punt 166 heeft het namelijk geoordeeld dat „P & O Ferries krachtens de nieuwe overeenkomst een van tevoren bepaald jaarlijks bedrag ontvangt, ongeacht hoeveel vouchers daadwerkelijk door de eindverbruikers zijn gebruikt". Met deze vermelding heeft het Gerecht in herinnering willen brengen, zoals het inzonderheid in de punten 121 en 137 van het bestreden arrest had vastgesteld, dat de Diputación deze overeenkomst niet had gesloten om te voorzien in werkelijke behoeften, maar om P & O Ferries een voordeel te verschaffen dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen.

130 Gelet op deze vaststellingen van het Gerecht aangaande de aard van het aan P & O Ferries verleende economische voordeel, volstond in casu de vermelding in de eerste zin van punt 166 van het bestreden arrest hoe dan ook om rechtens de conclusie in punt 167 van het bestreden arrest te rechtvaardigen dat de litigieuze steun „niet zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten aan de individuele verbruikers was verleend" in de zin van artikel 87, lid 2, sub a, EG.

131 Het Gerecht heeft bij de toepassing van die bepaling dus geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

132 Bijgevolg is het tweede onderdeel van dit middel ongegrond, zodat het moet worden afgewezen.

133 Gelet op het voorgaande berust het bestreden arrest op een onjuiste rechtsopvatting en een onjuiste opvatting van de feiten van de zaak, daar het Gerecht met miskenning van het absoluut gezag van gewijsde van het reeds aangehaalde arrest BAI/Commissie het middel inzake schending van artikel 87, lid 1, EG heeft onderzocht en heeft geoordeeld dat de nieuwe overeenkomst en de oorspronkelijke overeenkomst één steunmaatregel vormden, die in 1992 tot uitvoering is gebracht.

134 Aangezien deze onjuiste rechtsopvatting en deze onjuiste opvatting van de feiten van de zaak het dictum van het bestreden arrest evenwel niet aantasten, is er geen reden om dit te vernietigen.

135 De hogere voorzieningen moeten bijgevolg worden afgewezen.

Kosten

136 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 118 van het Reglement eveneens van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voorzover dit is gevorderd. Daar P & O Ferries en de Diputación op de voornaamste punten in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart:

1. De hogere voorzieningen worden afgewezen.

2. P & O European Ferries (Vizcaya) SA en de Diputación Foral de Vizcaya worden verwezen in de kosten.

ondertekeningen