ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer — uitgebreid)

5 augustus 2003 *

In de gevoegde zaken T-116/01 en T-118/01,

P & O European Ferries (Vizcaya) SA, voorheen Ferries Golfo de Vizcaya SA, gevestigd te Bilbao (Spanje), vertegenwoordigd door Sir Jeremy Lever, QC, en D. Beard, barrister, J. Ellison, solicitor, en J. Folguera Crespo, advocaat,

verzoekster in zaak T-116/01
en interveniënte in zaak T-118/01
ter ondersteuning van Diputación Foral de Vizcaya,

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

verzoekster in zaak T-118/01
en interveniënte in zaak T-116/01
ter ondersteuning van P & O European Ferries (Vizcaya) SA,

* Procestalen: Spaans en Engels.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. M. Flett, J. Buendía en D. Triantafyllou als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende een beroep 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),

wijst

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

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, K. Lenaerts, J. Azizi, M. Jaeger en H. Legal, rechters,

griffier: J. Palacio González, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 februari 2003,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 Op 9 juli 1992 hebben de Diputación Foral de Vizcaya (provincieraad van Biskaje; hierna: „Diputación", „verzoekster in zaak T-118/01" of „interveniënte in zaak T-116/01") en het ministerie van Handel en Toerisme van de Baskische regering enerzijds, en Ferries Golfo de Vizcaya, thans P & O European Ferries (Vizcaya) SA (hierna: „P&O Ferries", „verzoekster in zaak T-116/01" of „interveniënte in zaak T-118/01"), 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; hierna: „arrest BAI"), 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 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.

Bestreden beschikking

18 Bij 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" of „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 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 bepaalt:

„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 luidt:

„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."

Procesverloop en conclusies van partijen

28 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 25 mei 2001, heeft P&O Ferries haar beroep in zaak T-116/01 ingesteld.

29 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 31 mei 2001, heeft de Diputación haar beroep in zaak T-118/01 ingesteld.

30 Bij verzoek, ter griffie neergelegd op 6 september 2001, heeft de Diputación om toelating tot interventie in zaak T-116/01 verzocht ter ondersteuning van de conclusies van P&O Ferries. Dit verzoek is bij beschikking van de president van de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 5 november 2001 ingewilligd.

31 Bij op 27 september 2001 aan de griffie gezonden faxbericht, waarvan het origineel op 28 september 2001 ter griffie is neergelegd, heeft P&O Ferries om toelating tot interventie in zaak T-118/01 verzocht ter ondersteuning van de conclusies van de Diputación. Dit verzoek is bij beschikking van de president van de Tweede kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 23 november 2001 ingewilligd.

32 Wegens de gewijzigde samenstelling van de kamers van het Gerecht per 1 oktober 2002 is de rechter-rapporteur aan de Eerste kamer (uitgebreid) toegevoegd, en zijn de onderhavige zaken bijgevolg aan die kamer toegewezen. Daar de aanvankelijk door de president van het Gerecht aangewezen rechter-rapporteur was verhinderd, heeft het Gerecht bij beschikking van 3 oktober 2002 besloten de zaak aan een andere rechter-rapporteur toe te wijzen.

33 Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Er is evenwel besloten om overlegging van een document te verzoeken en partijen een aantal vragen te stellen.

34 Bij beschikking van 20 januari 2003 heeft het Gerecht, partijen gehoord, besloten de zaken T-116/01 en T-118/01 te voegen voor de mondelinge behandeling en het arrest.

35 Op 31 januari 2003 heeft het Verenigd Koninkrijk om toelating tot interventie in de onderhavige zaken verzocht. Dit verzoek was te laat ingediend, en is bij beschikking van de president van de Eerste kamer (uitgebreid) van 4 maart 2003 afgewezen.

36 In zaak T-116/01 concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— artikel 2 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

37 In haar conclusies ondersteunt interveniënte in zaak T-116/01 de conclusies van verzoekster in die zaak.

38 In zaak T-116/01 concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

39 In zaak T-118/01 concludeert verzoekster dat het het Gerecht behage:

— de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, artikel 2 van de bestreden beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

40 In haar conclusies ondersteunt interveniënte in zaak T-118/01 de conclusies van verzoekster in die zaak.

41 In zaak T-118/01 concludeert de Commissie dat het het Gerecht behage:

— het beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

In rechte

42 Tot staving van haar beroep in zaak T-116/01 voert verzoekster drie middelen aan: 1) schending van het beginsel van het gewettigd vertrouwen; 2) schending van artikel 88 EG; 3) schending van artikel 253 EG.

43 Tot staving van haar beroep in zaak T-118/01 voert verzoekster zeven middelen aan: 1) schending van artikel 87, lid 1, EG, waar de Commissie in de bestreden

beschikking alle toegekende bedragen als staatssteun aanmerkt; 2) schending van artikel 87, lid 1, EG, waar de Commissie in de bestreden beschikking de bedragen die als tegenprestatie voor de nog niet gebruikte vouchers zijn betaald, als staatssteun aanmerkt; 3) schending van het eigendomsrecht en van artikel 295 EG; 4) schending van artikel 87, lid 1, EG, waar de Commissie in de bestreden beschikking niet het bewijs heeft geleverd van ongunstige beïnvloeding van de intracommunautaire handel, en ontoereikende motivering van de bestreden beschikking met betrekking tot de toepassingsvoorwaarden van dat artikel; 5) schending van de procedureregels, met name schending van de wezenlijke vormvoorschriften van het EG-Verdrag en verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1), en schending van de motiveringsplicht; 6) schending van artikel 87, lid 2, sub a, EG; 7) schending van artikel 14 van verordening nr. 659/1999 en van de beginselen van de bescherming van het gewettigd vertrouwen en van behoorlijk bestuur.

44 Het Gerecht zal eerst ingaan op verzoeksters middelen in zaak T-118/01, die tot vijf middelen kunnen worden herleid: 1) schending van artikel 87, lid 1, EG; 2) schending van het eigendomsrecht en van artikel 295 EG; 3) schending van artikel 87, lid 2, sub a, EG; 4) ontbreken van een verzoek om inlichtingen en ontoereikende motivering; 5) schending van artikel 14 van verordening nr. 659/1999 en van de beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en van behoorlijk bestuur. Bovendien moeten het vijfde middel in zaak T-118/01 en het eerste middel in zaak T-116/01 tezamen worden onderzocht.

45 Alvorens tot het onderzoek van deze middelen over te gaan, moet volgens het Gerecht eerst worden ingegaan op de vraag, of de in de bestreden beschikking bedoelde steun (hierna: „litigieuze steun") overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG is verleend, en derhalve of de steun al dan niet wettig is.

De wettigheid van de litigieuze steun

Argumenten van partijen

46 Ten bewijze dat het in casu gaat om een overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG verleende steun, voeren verzoeksters aan dat anders dan in de punten 75 en 77 van de bestreden beschikking is gesteld, de litigieuze steun niet vóór de beschikking van 7 juni 1995 tot uitvoering is gebracht.

47 Verzoeksters merken in dit verband op dat de vijfde bepaling van de nieuwe overeenkomst een opschortende voorwaarde naar Spaans recht bevat, inhoudende dat de overeenkomstsluitende partijen de tenuitvoerlegging van die overeenkomst zouden opschorten totdat de Commissie haar standpunt ten aanzien van die overeenkomst zou hebben bepaald in het kader van de procedure van artikel 88, lid 3, EG. Naar Spaans recht kan aan een schriftelijke overeenkomst een voorafgaande niet-schriftelijke voorwaarde worden verbonden, wanneer die voorwaarde uitdrukkelijk of stilzwijgend tussen partijen is overeengekomen.

48 Verzoekster in zaak T-116/01 preciseert dat vóór de vaststelling van de beschikking van 7 juni 1995 geen staatssteun krachtens de nieuwe overeenkomst is verleend, daar de vaststelling van die beschikking een voorwaarde voor de inwerkingtreding van de nieuwe overeenkomst was op grond waarvan de gestelde steun was verleend, overeenkomstig wat het Hof in het arrest van 15 februari 2001, Oostenrijk/Commissie (C-99/98, Jurispr. blz. I-1101, punten 40-44), heeft erkend.

49 De reden waarom de nieuwe overeenkomst voorzag in de uitgifte van tegen reisbiljetten in te wisselen vouchers die aanvankelijk in januari, februari, maart en april 1995, dus vóór de vaststelling van de beschikking van 7 juni 1995, moesten worden gebruikt, hield volgens haar verband met het feit dat de overeenkomst in 1994 was opgesteld en dat zij naar het zich toen liet aanzien, begin 1995 door de Commissie zou worden goedgekeurd.

50 Wat de gestelde onregelmatigheid van de aanmelding betreft, doordat de overeenkomst door de advocaten van de steunontvanger en niet door de Spaanse regering werd aangemeld, stellen verzoeksters dat de geldigheid van een uitvoeringshandeling enkel kan worden aangetast indien de uit de laatste volzin van artikel 88, lid 3, EG voortvloeiende verplichtingen niet zijn nageleefd (arrest Hof van 21 november 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punt 12). Aangezien in casu de steun na de goedkeuringsbeschikking van de Commissie tot uitvoering is gebracht, kunnen gestelde onregelmatigheden in de aanmelding niet tot de onwettigheid van de litigieuze steun leiden.

51 Artikel 88, lid 3, EG bepaalt hoe dan ook niet dat de aanmelding bij de Commissie door de lidstaat moet geschieden. Het in punt 78 van de bestreden beschikking aangehaalde artikel 2 van verordening nr. 659/1999 is in casu niet van toepassing daar het niet van kracht was toen de nieuwe overeenkomst aan de Commissie werd meegedeeld.

52 Verzoeksters betwisten ten slotte het argument van de Commissie, dat de nieuwe overeenkomst nauw samenhangt met de oorspronkelijke overeenkomst, en stellen dat de eerste overeenkomst niet in het kader van een formele onderzoeksprocedure is onderzocht. De aanduiding „NN" heeft betrekking op de oorspronkelijke overeenkomst en niet op een procedure betreffende de nieuwe overeenkomst. Zij merken dienaangaande op dat de Commissie pas op 26 mei 1999 heeft besloten de in 1993 met betrekking tot de oude overeenkomst ingeleide procedure uit te breiden tot de nieuwe overeenkomst. In casu was derhalve in werkelijkheid sprake van twee dossiers, de nieuwe overeenkomst betreffende aangemelde steun, en de oorspronkelijke overeenkomst betreffende niet-aangemelde steun.

53 Subsidiair, stelt verzoekster in zaak T-116/01, ondersteund door interveniënte en met een beroep op het rechtsbeginsel van „estoppel" en van non venire contra

factum proprium, dat de Commissie zich niet op niet-naleving van artikel 88, lid 3, EG kan beroepen, aangezien zij de mededeling van de nieuwe overeenkomst door de advocaten van verzoekster in zaak T-116/01 heeft aanvaard zonder bezwaar betreffende de rechtsgeldigheid van die mededeling te maken, de van de advocaten van verzoekster in zaak T-116/01 ontvangen informatie heeft gebruikt voor de vaststelling van de beschikking van 7 juni 1995, en het mogelijk was geweest de betrokken lidstaat te verzoeken om toezending van de nieuwe overeenkomst aan de Commissie indien zij dat had verlangd.

54 De Commissie voert om te beginnen aan dat er een continuïteit tussen de oorspronkelijke, niet-aangemelde overeenkomst en de nieuwe overeenkomst bestaat. Volgens de preambule ervan is de nieuwe overeenkomst in de plaats gekomen van de oorspronkelijke overeenkomst, die continuïteit is in de punten 76 en 80 van het arrest BAI benadrukt, en de administratieve procedure is met de oorspronkelijke, niet-aangemelde overeenkomst begonnen en met het onderzoek van de latere wijzigingen daarvan, waaronder de nieuwe overeenkomst, voortgezet. Aangezien de Commissie het bestaan van niet-aangemelde steunmaatregelen heeft vastgesteld, mag zij zich uitspreken over de eventuele verenigbaarheid ervan met het Verdrag zonder tevoren om een formele aanmelding te hoeven vragen. Een nieuwe aanmelding kan de gevolgen van het ontbreken van aanmelding van de oorspronkelijke overeenkomst, en met name het onwettige karakter ervan, niet opheffen.

55 Bovendien merkt de Commissie op dat artikel 88, lid 3, EG de lidstaat verplicht tot een formele aanmelding (arrest Gerecht van 15 september 1998, BFM en EFIM/Commissie, T-126/96 en T-127/96, Jurispr. blz. II-3437, punt 47), en dat een mededeling van de advocaten van verzoekster in zaak T-116/01 niet als een aanmelding kan worden aangemerkt.

56 Ten slotte wijst zij erop dat uit de briefwisseling vóór de beschikking van 7 juni 1995 tussen de Commissie, de betrokken autoriteiten en de steunontvangers, naar voren komt dat het ging om een niet-aangemelde overeenkomst, en dat een formele aanmelding niet werd overwogen.

Beoordeling door het Gerecht

57 Artikel 88, lid 3, EG luidt:

„De Commissie wordt van elk voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen tijdig op de hoogte gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken.[...] De betrokken lidstaat kan de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen voordat die procedure tot een eindbeslissing heeft geleid."

58 In casu stelt het Gerecht vast dat de bij de nieuwe overeenkomst ingevoerde steunmaatregel niet volgens de procedure van artikel 88, lid 3, EG was verleend en derhalve onwettig was. Uit de bestreden beschikking blijkt duidelijk, 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.

59 In de eerste plaats moet namelijk worden opgemerkt dat de nieuwe overeenkomst, zoals blijkt uit haar preambule alsmede uit de mededeling van de advocaten van P&O Ferries van 27 maart 1995, enkel een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst is, en is opgesteld om haar te vervangen.

60 In dit verband moet worden vastgesteld 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 (zie naar analogie arrest Gerecht van 30 april 2002, Government of Gibraltar/ Commissie, T-195/01 en T-207/01, Jurispr. blz. II-2309, punt 111).

61 Volgens de twee overeenkomsten moet de Diputación immers van dezelfde scheepvaartmaatschappij, P&O Ferries, een bepaalde hoeveelheid vouchers kopen die op dezelfde scheepvaartlijn en voor een even lange periode kunnen worden gebruikt. Bovendien bevatten die overeenkomsten gelijkluidende bepalingen over de frequentie van de trajecten, en leggen zij allebei P&O Ferries de verplichting op een aantal bepalingen inzake de nationaliteit van de bemanning en de aan boord gebruikte goederen en diensten na te leven (zie punten 9 en 14 van de bestreden beschikking). Zoals met name blijkt uit de punten 9, 13, 31 en 32 van de bestreden beschikking, de eerste bepaling van de oorspronkelijke overeenkomst en de preambule van de nieuwe overeenkomst, beogen de twee overeenkomsten allebei een geregelde lijndienst te onderhouden om de handel, het toerisme en de regionale ontwikkeling van het Baskenland te stimuleren, en economisch achtergestelde groepen kans op een buitenlandse reis te bieden. Ten slotte staat vast dat de krachtens de nieuwe overeenkomst toegekende bedragen vergelijkbaar zijn met de krachtens de oorspronkelijke overeenkomst toegekende bedragen, en dat deze bedragen ter beschikking van P&O Ferries zijn gebleven en voor de vergoeding van P&O Ferries in het kader van de nieuwe overeenkomst zijn gebruikt (zie punten 18 en 53 van de bestreden beschikking).

62 In de tweede plaats kan aan de hand van de bestreden beschikking en de door partijen overgelegde documenten worden vastgesteld dat de mededeling van P&O Ferries van 27 maart 1995, die haar advocaten aan een ambtenaar van DG „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 (zie punt 8 hierboven).

63 In dit verband blijkt uit de door verzoekster in zaak T-116/01 zelf overgelegde documenten, dat na de vaststelling van het besluit van de Commissie van 29 september 1993 tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure en na een vergadering op 22 april 1994 tussen de diensten van DG „Vervoer" van de Commissie, enerzijds, en de Diputación en P&O Ferries, anderzijds, laatstgenoemden diverse brieven aan de Commissie hebben gestuurd met voorstellen voor wijzigingen in de oorspronkelijke overeenkomst (zie met name de brieven van de steunontvanger van 11 mei, 6 juni en 1 december 1994 aan een ambtenaar

van DG „Vervoer", alsmede de brief van 25 november 1994 van de Diputación aan de Commissie met een uitputtende lijst van de in de oorspronkelijke overeenkomst aangebrachte wijzigingen).

64 Dat de mededeling van 27 maart 1995 niet is aan te merken als een aanmelding van een nieuwe steunmaatregel, wordt ook duidelijk bevestigd door het feit dat zij door de advocaten van P&O Ferries en niet door de Spaanse regering is verzonden. Bovendien voldoen de vorm en de inhoud van die mededeling geenszins aan de vereiste formele criteria. In strijd met hetgeen in punt 3, sub a-i en ii, van de brief van de Commissie aan de lidstaten SG (81) 12740 van 2 oktober 1981 is vereist, is de mededeling namelijk aan een ambtenaar van DG „Vervoer" en niet aan het secretariaat-generaal van de Commissie gezonden, en verwijst zij niet naar artikel 88, lid 3, EG.

65 In de derde plaats dragen alle brieven die verzoeksters aan de Commissie hebben gezonden, met inbegrip van de mededeling van 27 maart 1995, het referentienummer dat de Commissie in het dossier betreffende de oorspronkelijke overeenkomst heeft gebruikt, namelijk „NN 40/93" (zie in dit verband arrest Oostenrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 42).

66 In de vierde plaats vindt de analyse van het Gerecht steun in het gedrag van de Commissie, die nadat zij de mededeling van 27 maart 1995 had ontvangen, daaraan gevolg heeft gegeven met de vaststelling van de beschikking van 7 juni 1995, in plaats van ze overeenkomstig haar reeds aangehaalde brief aan de lidstaten SG (81) 12740 en haar gebruikelijke praktijk als onvolledig af te wijzen [zie bijvoorbeeld mededeling van de Commissie van 23 december 1992 overeenkomstig artikel 88, lid 2, EG aan de andere lidstaten en de overige belanghebbenden betreffende het voornemen van Italië om steun te verlenen aan Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera (PB 1993, C 75, blz. 2), en arrest BFM en EFIM/Commissie, reeds aangehaald, punt 47].

67 In de vijfde plaats stelt het Gerecht vast dat de Commissie in haar beschikking van 7 juni 1995 uitdrukkelijk verklaart, dat zij met haar brief aan de Spaanse regering de op 29 september 1993 ingeleide procedure beëindigt.

68 Het is dus duidelijk, dat de betrokken partijen zelf en de Commissie zowel tijdens de voorafgaande administratieve procedure als in de bestreden beschikking aanwijzingen hebben verstrekt aan de hand waarvan kan worden vastgesteld, dat zij de litigieuze steunmaatregel als een niet-aangemelde steunmaatregel beschouwden.

69 Dat partijen een aantal bepalingen in de oorspronkelijke overeenkomst, die onverenigbaar met artikel 87 EG werden geacht, hebben gewijzigd of geschrapt, doet niet af aan het feit dat de oorspronkelijke en de nieuwe overeenkomst in wezen één enkele steunmaatregel vormen (arrest Government of Gibraltar/ Commissie, reeds aangehaald, punt 111).

70 Voorts moet worden opgemerkt dat anders dan verzoeksters stellen, 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. In dit verband volstaat immers de vaststelling dat de Commissie in geen geval een uitzondering op de aanmeldingsprocedure van artikel 88, lid 3, EG kan toestaan en door haar gedrag de onwettigheid van een steunmaatregel opheffen. Uit het voorgaande blijkt hoe dan ook duidelijk, dat het gedrag van de Commissie in het kader van een procedure inzake een niet-aangemelde steunmaatregel volstrekt normaal was. Het loutere feit dat de advocaten van P&O Ferries beweerdelijk ervan overtuigd waren dat hun mededeling van 27 maart 1995 een formele aanmelding van een nieuwe steunmaatregel vormde, kan geen gevolgen hebben voor de onwettigheid van de litigieuze steunmaatregel.

71 Ten slotte kan aan de analyse van het Gerecht ook niet worden afgedaan door het feit dat de Commissie in de punten 5 en 6 van de bestreden beschikking verklaart dat zij op 26 mei 1999 had besloten, „de in 1993 tegen [de oorspronkelijke overeenkomst] ingeleide procedure te verlengen zodat deze ook op [de nieuwe overeenkomst] [...] van toepassing zou zijn", en derden uit te nodigen hun opmerkingen over de litigieuze steunmaatregel te maken.

72 Het is immers vaste rechtspraak dat de Commissie, indien zij na een eerste onderzoek tot de overtuiging komt, dat een steunmaatregel onverenigbaar is met het Verdrag, of daarbij niet alle problemen weet op te lossen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van die steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt voordoen, verplicht is alle nodige adviezen in te winnen en hiertoe de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden (zie met name arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 39, en arrest BFM en EFIM/Commissie, reeds aangehaald, punt 44).

73 Bovendien volgt uit artikel 88, lid 2, EG, dat de Commissie beslist „na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken". Het Hof heeft overwogen, dat de mededeling betreffende de inleiding van de procedure er uitsluitend toe strekt bij belanghebbenden alle inlichtingen ter voorlichting van de Commissie met het oog op haar toekomstig beleid in te winnen (arrest Hof van 12 juli 1973, Commissie/Duitsland, 70/72, Jurispr. blz. 813, punt 19, en arrest BFM en EFIM/Commissie, reeds aangehaald, punt 45).

74 Dat de Commissie bij haar beschikking van 26 mei 1999 het nodig achtte het advies van de belanghebbenden over de bij de nieuwe overeenkomst gewijzigde steunmaatregel in te winnen, kan derhalve geenszins aldus worden uitgelegd, dat vóór dat tijdstip de op 29 september 1993 ingeleide en bij de beschikking van 7 juni 1995 afgesloten procedure uitsluitend betrekking had op de oorspronkelijke overeenkomst. Uit het voorgaande blijkt, dat verzoeksters het Gerecht geen gegevens hebben verstrekt aan de hand waarvan kan worden vastgesteld dat bij de nieuwe overeenkomst een nieuwe steunmaatregel is ingevoerd.

Het eerste middel in zaak T-118/01: schending van artikel 87, lid 1, EG

75 Om te beginnen moet de door de Commissie tegen dit middel opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden onderzocht. Volgens haar moet dit middel niet-ontvankelijk worden verklaard, voorzover daarbij het gezag van gewijsde van het arrest BAI/Commissie (reeds aangehaald) ter discussie wordt gesteld. Verzoekster betwist in wezen de overwegingen van het Gerecht, met name die van de punten 70 tot en met 82 van dat arrest betreffende de kwalificatie van de litigieuze steun en de werkelijke invloed van de litigieuze steun op de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten.

76 Volgens verzoekster leidt het beginsel van het gezag van gewijsde nog niet tot de niet-ontvankelijkheid van het onderhavige middel.

77 Volgens vaste rechtspraak kan het gezag van gewijsde dat toekomt aan een arrest slechts aan de ontvankelijkheid van een beroep in de weg 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 (arresten Hof van 19 september 1985, Hoogovens Groep/Commissie, 172/83 en 226/83, Jurispr. blz. 2831, punt 9, en 22 september 1988, Frankrijk/Parlement, 358/85 en 51/86, Jurispr. blz. 4821, punt 12; arrest Gerecht van 8 maart 1990, Maindiaux e.a./ESC, T-28/89, Jurispr. blz. II-59, punt 23), met dien verstande dat die voorwaarden noodzakelijkerwijs cumulatief zijn (arrest Gerecht van 5 juni 1996, NMB France e.a./Commissie, T-162/94, Jurispr. blz. II-427, punt 37).

78 Het gezag van gewijsde kan dus niet worden aangevoerd wanneer de betrokken beroepen niet dezelfde handeling betreffen, waarbij zij aangetekend dat de handeling waarvan de nietigverklaring wordt gevorderd, een essentieel gegeven is om te kunnen bepalen, wat het voorwerp van een beroep is (arrest Hof van 27 oktober 1987, Diezler e.a./ESC, 146/85 en 431/85, Jurispr. blz. 4283, punten 14-16, en arrest Maindiaux e.a./ESC, reeds aangehaald, punt 23).

79 Daar het onderhavige beroep tegen een andere handeling is gericht dan die welke in het arrest BAI aan de orde was, kan niet worden aangenomen dat de twee beroepen hetzelfde voorwerp hebben.

80 Bovendien staan in het onderhavige beroep niet dezelfde partijen tegenover elkaar als in de zaak die tot het arrest BAI heeft geleid.

81 Nu het gezag van gewijsde zich niet verzet tegen de instelling van het onderhavige beroep, geldt hetzelfde voor elk van de door verzoeksters in de onderhavige zaken aangevoerde middelen, zodat niet behoeft te worden onderzocht of die middelen in wezen reeds door het Gerecht in het arrest BAI zijn beoordeeld.

82 Dit middel dient dus ontvankelijk te worden verklaard.

Argumenten van partijen

83 Dit middel kan in drie onderdelen worden verdeeld. In het kader van het eerste onderdeel voert verzoekster in zaak T-118/01 aan, dat de Commissie artikel 87, lid 1, EG heeft geschonden, doordat zij de nieuwe overeenkomst in haar geheel als staatssteun heeft aangemerkt, zonder het werkelijke gebruik van de vouchers in aanmerking te nemen. Met het tweede onderdeel stelt zij dat de Commissie bij haar beoordeling of er sprake was van steun, ook rekening had moeten houden met de nog niet gebruikte vouchers. Met het derde onderdeel wordt gesteld dat de intracommunautaire handel niet ongunstig is beïnvloed en de motivering op dat punt ontoereikend is.

— Het eerste onderdeel

84 In het kader van dit onderdeel voert de Diputación aan dat de bedragen die als tegenprestatie voor een daadwerkelijk door P&O Ferries verleende zeevervoersdienst zijn betaald, geen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormen, omdat zij geen voordeel voor P&O Ferries inhouden, maar een door de ondernemer daadwerkelijk verrichte dienst tegen de marktprijs vergoeden.

85 Het Hof heeft immers overwogen dat wanneer een overheidsmaatregel bestaat in de vergoeding van een door een ondernemer verrichte dienst, het niet gaat om een steunmaatregel in de zin van artikel 87 EG (arresten Hof van 7 februari 1985, ADBHU, 240/83, Jurispr. blz. 531, punt 18, en 22 november 2001, Ferring, C-53/00, Jurispr. blz. I-9067, punt 26).

86 Bovendien dient de analyse van de Commissie in haar mededeling betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties (PB 1997, C 209, blz. 3), naar analogie te worden toegepast. In die mededeling heeft de Commissie te kennen gegeven dat volgens haar bij een verkoop enkel sprake is van steunelementen, indien die verkoop tegen een lagere dan de marktprijs wordt gesloten. Bovendien heeft de Commissie zich ook op het standpunt gesteld dat het feit dat in een transactie steunelementen besloten kunnen liggen, niet betekent dat de transactie zelf staatssteun is. De Diputación leidt daaruit af dat volgens de door de Commissie in voormelde mededeling ontwikkelde opvatting de verkoop op zich niet in strijd met de staatssteunregels kan worden geacht.

87 Dat het Gerecht in het arrest BAI heeft vastgesteld dat de nieuwe overeenkomst geen normale handelstransactie is, wettigt volgens haar niet de conclusie dat het Gerecht die overeenkomst als met artikel 87, lid 1, EG strijdige steunmaatregel heeft aangemerkt. Volgens de Diputación was het Gerecht daarentegen van oordeel dat de nieuwe overeenkomst steunelementen kon bevatten.

88 Bovendien heeft de Commissie in punt 47 van de bestreden beschikking met de verwijzing naar het totaalaantal vouchers en de opmerking dat dit totaalaantal niet in een „werkelijke behoefte" voorzag, impliciet erkend dat de daadwerkelijk gebruikte vouchers in een werkelijke behoefte voorzagen. Het met de gebruikte vouchers overeenkomende bedrag kan dus niet als steun worden aangemerkt, aangezien het de financiële tegenprestatie voor een daadwerkelijk verleende dienst is.

89 Met betrekking tot de verklaringen van de Commissie in de onderhavige procedure, dat de door P&O Ferries verstrekte tegenprestatie praktisch geen extra kosten heeft veroorzaakt, voert de Diputación aan dat die door het Gerecht niet kunnen worden aanvaard, daar zij in de bestreden beschikking niet voorkomen.

90 Bovendien zijn aan de overeenkomst kosten verbonden waarmee de Commissie bij haar beoordeling van de steunelementen rekening had moeten houden, met inbegrip van de kosten in verband met de uit de nieuwe overeenkomst voor P&O Ferries volgende verplichting om de veerdienst het gehele jaar door te onderhouden, zelfs als die dienst tijdens het laagseizoen niet rendabel is.

91 De redenering van de Commissie heeft ook onbillijke gevolgen, voorzover P&O Ferries zou kunnen worden gedwongen een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking tegen de Diputación in te stellen wegens de gratis diensten die laatstgenoemde heeft ontvangen.

92 Aangezien de bestreden beschikking derhalve geen motivering bevat tot staving van het feit dat de aan P&O Ferries als vergoeding voor de gebruikte vouchers betaalde bedragen staatssteun vormen, houdt die beschikking volgens de Diputación een schending van wezenlijke vormvoorschriften in.

93 De Commissie wijst het argument van de Diputación af, dat de bedragen die aan P&O Ferries als tegenprestatie voor een daadwerkelijk verleende dienst zijn betaald, geen voordeel opleveren, en stelt dat blijkens vaste rechtspraak het bestaan van een tegenprestatie het bestaan van steun niet uitsluit, indien de gevolgen van de betrokken overeenkomst een aanzienlijk voordeel vormen. Daar de nieuwe overeenkomst P&O Ferries in staat stelt tijdens het laagseizoen kunstmatig passagiers te werven voor de veerboot, levert zij haar economisch gezien een aanzienlijk financieel voordeel op, dat het gevolg is van enerzijds extra inkomsten en anderzijds nagenoeg geen extra kosten, zoals het Gerecht reeds in het arrest BAI, punt 76, heeft vastgesteld.

94 Zij voegt hieraan toe dat het feit dat een transactie beweerdelijk tegen marktprijzen plaatsvond, geenszins uitsluit dat er sprake is van steunelementen, indien zij niet voorziet in een werkelijke behoefte van de verwerver en met uitsluiting van alle andere potentiële belanghebbenden een bepaalde ontvanger begunstigt.

95 Ten slotte voert de Commissie aan dat een vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking logisch en gebruikelijk is in een situatie waarin als gevolg van de nietigverklaring van een overeenkomst tussen twee partijen de verstrekte prestaties moeten worden terugbetaald. De vraag of en hoeveel extra kosten P&O Ferries heeft gemaakt, moet in voorkomend geval in het kader van de terugvordering worden onderzocht.

— Het tweede onderdeel

96 De Diputación stelt dat de bestreden beschikking berust op een kennelijke beoordelingsfout, aangezien de Commissie bij haar beoordeling van de „werkelijke behoefte" van de Diputación niet in aanmerking heeft genomen dat de in het kader van de nieuwe overeenkomst gekochte en niet-gebruikte vouchers nog kunnen worden gebruikt, en dat hun aankoop derhalve ook niet als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG is aan te merken.

97 De Diputación wijst in dit verband erop dat volgens de eerste bepaling van de nieuwe overeenkomst de vouchers ook na de periode 1995-1998 kunnen worden gebruikt, voorzover dit in het laagseizoen geschiedt. Dat zou bewijzen dat de „werkelijke behoefte" van de Diputación nimmer gebonden was aan de periode 1995-1998, daar de vouchers geen beperkte geldigheidsduur hadden.

98 In die omstandigheden heeft zij gehandeld als een omzichtige publieke investeerder die een globaal structureel of sectoraal beleid op lange termijn nastreeft (arresten Hof van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-303/88, Jurispr. I-1433, punten 21 en 22, en Italië/Commissie, C-305/89, Jurispr. I-1603, punt 23).

99 De Diputación voert dienaangaande aan dat de bewoordingen van de nieuwe overeenkomst, met name wat betreft de langdurige aankoopverplichting, te vergelijken zijn met de bewoordingen van overeenkomsten die in het algemeen worden gesloten tussen scheepvaartmaatschappijen en particuliere reisverkopers, bekend onder de naam „ITX", die grote hoeveelheden reisbiljetten vooraf kopen om hoeveelheidskortingen te kunnen krijgen.

100 Ten slotte wijst de Diputación het betoog van de Commissie af, dat P&O Ferries de beslissing om de veerdienst Bilbao-Portsmouth te exploiteren, zou hebben genomen op grond van de door de Diputación aangeboden voorwaarden voor de aanschaf van vouchers. Zij betoogt dat die dienst sedert maart 1993 operationeel was en dat haar levensvatbaarheid, die de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft betwist, reeds uit de bedrijfsresultaten was gebleken.

101 Volgens de Commissie moet het betoog van de Diputación ongegrond worden verklaard.

— Het derde onderdeel

102 De Diputación voert aan dat de Commissie in de bestreden beschikking niet heeft aangetoond dat de nieuwe overeenkomst de mededinging en het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloedt.

103 De Diputación betwist de argumenten van de Commissie in punt 55 van de bestreden beschikking, dat de nieuwe overeenkomst dezelfde gevolgen heeft voor de mededinging en het handelsverkeer tussen lidstaten als die welke aan de oorspronkelijke overeenkomst konden worden toegeschreven, en merkt op dat het onderzoek van de oorspronkelijke overeenkomst geen aanleiding tot een definitieve beoordeling betreffende het bestaan van steun ten gunste van P&O Ferries had gegeven. De Commissie was hoe dan ook verplicht in de bestreden beschikking aan te geven welke deze gevolgen waren of wat de gevolgen van de nieuwe overeenkomst waren (arrest Hof van 19 oktober 2000, Italië en Sardegna Lines/Commissie, C-15/98 en C-105/99, Jurispr. blz. I-8855, punt 66).

104 De Diputación vraagt zich ook af, op grond van welke gegevens de Commissie in punt 54 van de bestreden beschikking kon stellen, dat Brittany Ferries haar vervoersactiviteiten zonder de nieuwe overeenkomst nog aanzienlijk had kunnen uitbreiden.

105 Met betrekking tot de voorwaarde in verband met de ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer voert de Diputación aan, dat de Commissie zich in de bestreden beschikking tot algemene argumenten heeft beperkt.

106 Bovendien merkt zij op dat de verwijzing in punt 54 van de bestreden beschikking naar de activiteiten van de moedermaatschappij van P&O Ferries irrelevant is, aangezien het geschil gaat over eventuele steunelementen in de nieuwe overeenkomst, die betrekking heeft op de zeeverbinding Bilbao/Portsmouth/Bilbao.

107 De Commissie betoogt dat de nieuwe overeenkomst een onwettige steunmaatregel is zodat zij niet verplicht was haar werkelijke gevolgen voor de mededinging en het intracommunautaire handelsverkeer aan te tonen.

108 Subsidiair, voert zij aan dat de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd, waarvoor zij verwijst naar de punten 54 en 55 van die beschikking.

Beoordeling door het Gerecht

— Het eerste en het tweede onderdeel

109 Het eerste en het tweede onderdeel, die beide gericht zijn tegen de door de Commissie in de bestreden beschikking geformuleerde kwalificatie van de nieuwe overeenkomst als staatssteun, moeten tezamen worden onderzocht.

110 Artikel 87, lid 1, EG luidt: „Behoudens de afwijkingen waarin dit Verdrag voorziet, zijn steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt."

111 Volgens vaste rechtspraak strekt deze bepaling ertoe te voorkomen dat het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed door tegemoetkomingen van overheidswege die — in verschillende vormen — de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen (arresten Hof van 24 februari 1987, Deufil/Commissie, 310/85, Jurispr. blz. 901, punt 8; 15 maart 1994, Banco Exterior de España, C-387/92, Jurispr. blz. I-877, punt 12, en 11 juli 1996, SFEI e.a., C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 58).

112 Om te beoordelen of een overheidsmaatregel als steun is aan te merken, moet dus worden vastgesteld of de begunstigde onderneming een economisch voordeel ontvangt dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen (arrest Hof SFEI e.a., reeds aangehaald, punt 60, en arrest van 29 juni 1999, DM Transport, C-256/97, Jurispr. blz. I-3913, punt 22). Artikel 87, lid 1, EG maakt immers geen onderscheid naar de redenen of doeleinden van de maatregelen van de staten, doch ziet naar hun gevolgen (arresten Hof van 29 februari 1996, België/Commissie, C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punt 79, en 26 september 1996, Frankrijk/Commissie, C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 20).

113 Om uit te maken of een maatregel als de onderhavige de begunstigde onderneming een voordeel verschaft, moet worden beoordeeld of, zoals de Diputación heeft gesteld, de staat heeft gehandeld op dezelfde wijze als een onder de normale omstandigheden van een markteconomie handelende particuliere investeerder (arrest Hof van 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 29), waarvan de grootte met die van de organen van de overheidssector kan worden vergeleken.

114 Een staatsmaatregel ten gunste van een onderneming kan dan ook niet op de enkele grond dat partijen zich wederzijds tot prestaties verbinden, bij voorbaat van het begrip staatssteun in artikel 87 EG zijn uitgesloten (arrest BAI, punt 71).

115 In punt 75 van het arrest BAI heeft het Gerecht dienaangaande verklaard, dat „het feit dat de bewoordingen [van de nieuwe overeenkomst], met name wat de

aankoopverbintenis op lange termijn en de aan de koper toegekende hoeveelheidskorting betreft, vergelijkbaar zijn met die van overeenkomsten die in het algemeen tussen scheepvaartmaatschappijen en particuliere [...] bedrijven worden gesloten, op zichzelf nog niet aan[toont], dat de aanschaf van vouchers door de [Diputación] het karakter van een normale handelstransactie heeft".

116 In de punten 76 en 79 van dat arrest heeft het Gerecht voor de beoordeling of het ging om een normale handelstransactie, als beslissend criterium in aanmerking genomen de vraag, of in de tussen de Diputación en P&O Ferries gesloten overeenkomst tot aanschaf van vouchers de door de overheid vastgestelde werkelijke behoefte tot uiting kwam. Naar het oordeel van het Gerecht was dit niet rechtens genoegzaam bewezen.

117 Blijkens het voorgaande is deze verrichting enkel doordat een lidstaat goederen en diensten tegen marktvoorwaarden koopt, nog niet aan te merken als een handelstransactie die onder voor een particulier investeerder aanvaardbare omstandigheden is verricht, of, anders gezegd, als een normale handelstransactie, indien blijkt dat de staat geen werkelijke behoefte aan die goederen of diensten had.

118 Zeker wanneer, zoals in casu, de keuze van de ondernemer niet is voorafgegaan door een openbare aanbestedingsprocedure waaraan voldoende publiciteit is gegeven, moet een lidstaat aantonen dat zijn aankoop van goederen of diensten een normale handelstransactie is. Immers, volgens vaste praktijk van de Commissie wordt het bestaan van een dergelijke aanbestedingsprocedure vóór een aankoop door een lidstaat doorgaans geacht te volstaan om uit te sluiten dat die lidstaat probeert een bepaalde onderneming een voordeel te verschaffen [zie met name de mededeling van de Commissie — Communautaire kaderregeling inzake staatssteun voor onderzoek en ontwikkeling (PB 1996, C 45, blz. 5), punt 2.5, en in die zin de communautaire richtsnoeren betreffende overheidssteun voor het zeevervoer (PB 1997, C 205, blz. 5), hoofdstuk 9].

119 Ten bewijze dat de nieuwe overeenkomst een normale handelstransactie is, die voorziet in een door haar vastgestelde werkelijke behoefte, wijst de Diputación er in casu met name op dat een aantal vouchers reeds tijdens de door de nieuwe overeenkomst bestreken periode is gebruikt, en dat de niet-gebruikte vouchers nog na het verstrijken van de in de overeenkomst bedoelde periode kunnen worden gebruikt.

120 Zoals in de punten 114 tot en met 177 hierboven in herinnering is gebracht, bewijst het enkele feit dat een onderneming aan een overheidsorgaan een tegenprestatie heeft verstrekt, op zich nog niet dat dit orgaan een werkelijke behoefte aan de betrokken diensten had. Dat P&O Ferries werkelijk diensten aan de Diputación heeft verleend, bewijst op zich dus nog niet dat de Diputación een werkelijke behoefte aan de betrokken diensten had.

121 Integendeel, zoals duidelijk uit de beschikking naar voren komt, wijzen tal van omstandigheden erop, dat de Diputación de nieuwe overeenkomst niet heeft gesloten om aan werkelijke behoeften te voldoen.

122 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de oorspronkelijke overeenkomst een reeks van elementen bevatte, waaruit blijkt dat zij geen normale handelstransactie was.

123 In dit verband kan worden volstaan met erop te wijzen dat blijkens de punten 10 en 11 van de bestreden beschikking, de oorspronkelijke overeenkomst met name de verbintenis voor de autonome Baskische autoriteiten inhield om een hoeveelheid vouchers af te nemen tegen een prijs die ruim boven de marktprijs lag, en alle eventuele verliezen van P&O Ferries tijdens de eerste drie jaar te dragen.

124 Zoals reeds in punt 61 hierboven is opgemerkt, was het bovendien de bedoeling van de Diputación om met de verbintenis om vouchers af te nemen de oprichting van een geregelde veerdienst te stimuleren. Dat blijkt ook duidelijk uit een brief van 8 februari 2000 van de permanente vertegenwoordiging van het Koninkrijk Spanje aan de Commissie. In dit verband staat immers vast, dat P&O Ferries pas na de sluiting van de oorspronkelijke overeenkomst met haar activiteiten op de lijn Bilbao-Portsmouth is begonnen.

125 In de tweede plaats, zoals blijkt uit punt 49 van de bestreden beschikking, was het aantal vouchers dat door de Diputación op grond van de nieuwe overeenkomst was afgenomen, beweerdelijk berekend op basis van de ervaringen van de Baskische regering in het kader van het programma Inserso, dat het mogelijk had gemaakt jaarlijks ongeveer 15 000 bejaarden uit Biskaje een reis aan te bieden. Gezien dit cijfer acht de Commissie het terecht onverklaarbaar dat de Diputación voor 1995 besloot 15 000 vouchers van P&O Ferries te kopen, terwijl zij in dat jaar nog aan het programma Inserso deelnam. Met betrekking tot de jaren 1997 en 1998 is in de bestreden beschikking opgemerkt, dat de autonome Baskische autoriteiten ook niet duidelijk hebben gemaakt waarom in het kader van het programma in 1997 en 1998 slechts 9 000 en 7 500 vouchers (in plaats van 15 000) zijn uitgereikt. Bovendien stelt de Commissie in punt 51 van de bestreden beschikking vast dat de autonome Baskische autoriteiten niet hebben uitgelegd hoe zij de behoeften voor de aankoop van de vouchers hebben berekend die de toegang tot het vervoer voor bewoners en instellingen in Biskaje moesten bevorderen. De Commissie stelt ten slotte in punt 53 van de bestreden beschikking vast dat de krachtens de oorspronkelijke overeenkomst betaalde bedragen vergelijkbaar zijn met die van de nieuwe overeenkomst, zodat het aantal in het kader van de nieuwe overeenkomst aangekochte vouchers enkel is bepaald om de hoogte van de in 1992 beloofde steun te kunnen handhaven.

126 Ter verklaring van de cijfers voor 1995, 1997 en 1998 heeft de Diputación in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht opgemerkt, dat de nieuwe overeenkomst haar niet verplichtte, in een bepaald jaar een specifieke hoeveelheid vouchers te gebruiken, daar die vouchers in de drie jaar na 1995 en zelfs na het verstrijken van die periode konden worden gebruikt. Volgens haar houden die

drie jaar verband met het totaalaantal vouchers, te weten 46 500, aangezien op basis van de jaarlijkse vraag in het kader van het programma Inserso voor Biskaje, namelijk ongeveer 15 000, een prognose voor drie jaar is gemaakt.

127 Het Gerecht acht deze verklaringen niet overtuigend.

128 Om te beginnen stelt het Gerecht vast dat in de nieuwe overeenkomst is bepaald hoeveel vouchers per maand en per jaar tussen 1 januari 1995 en 31 december 1998 kunnen worden uitgereikt. Zo bepaalt de overeenkomst uitdrukkelijk dat in 1995 15 000 vouchers konden worden uitgereikt, en in 1997 en 1998 slechts 9 000 respectievelijk 7 500. In die omstandigheden kan het argument van de Diputación, dat in 1995 geen uitreiking was gepland en dat de Diputación werkelijk voornemens was in 1996, 1997 en 1998 ongeveer 15 000 vouchers per jaar uit te reiken, niet slagen.

129 De werkelijke behoefte van de Diputación is des te twijfelachtiger, omdat zij met haar verbintenis jegens P&O Ferries alle tot op dat tijdstip in het kader van Inserso aangeboden reisbestemmingen heeft opgegeven ten gunste van een enkel reisdoel in het Verenigd Koninkrijk, waar duidelijk andere klimatologische omstandigheden heersten dan op de reisbestemmingen die in het kader van het programma Inserso werden aangeboden en zich zonder uitzondering in Spanje, Portugal en Italië bevonden.

130 Volgens de verklaringen van de Diputación was immers het programma Adineko in 1997 en 1998 aanzienlijk gewijzigd, zodat reeds in 1997 slechts 1 000 reizen naar Londen werden aangeboden, terwijl in dat programma 8 000 reizen naar Spanje (Benidorm, Balearen, Salou, la Manga, de Canarische eilanden, de Andalusische kust, diverse badplaatsen, Galicië) en Italië (Rome) zijn opge-

nomen. Zoals uit de bestreden beschikking blijkt, zijn in de door de nieuwe overeenkomst bestreken periode in het kader van het programma Adineko in totaal 16 052 van de 46 500 vouchers uitgereikt, waarvan in totaal 3 532 aan bejaarden.

131 De Diputación heeft die cijfers in het kader van de onderhavige procedure niet betwist. Integendeel, in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting heeft P&O Ferries verklaard dat slechts ongeveer 9 000 van de 16 052 uitgereikte vouchers daadwerkelijk zijn gebruikt, waaronder ongeveer 3 000 vouchers voor reizen in het kader van Adineko.

132 Het feit dat minder dan 25 % van de aangekochte vouchers daadwerkelijk is gebruikt, bevestigt het standpunt van de Commissie dat geen werkelijke behoefte aan vouchers bestaat.

133 Ter verklaring van dit lage gebruikspercentage voert de Diputación in wezen enkel aan, dat de niet-gebruikte vouchers nog na het verstrijken van de in de overeenkomst bedoelde periode kunnen worden gebruikt.

134 Dat de vouchers eventueel later zullen worden gebruikt, kan niet volstaan als bewijs voor het bestaan van een werkelijke behoefte (zie punten 114-117 hierboven). Bovendien moet worden opgemerkt dat P&O Ferries ter terechtzitting heeft verklaard dat van 1998 tot eind 2001 zeven vouchers zijn gebruikt. De Diputación heeft dienaangaande weliswaar verklaard, dat het ongebruikt blijven van de vouchers sedert 1998 is toe te schrijven aan de onzekerheid als gevolg van de inleiding in 1999 van de procedure die tot de vaststelling van de bestreden beschikking heeft geleid, maar zij heeft die bewering niet met bewijs gestaafd. Zelfs al wordt in de toekomst een grotere hoeveelheid vouchers gebruikt, uit de gebruikspercentages sedert 1995 blijkt bovendien, dat de mogelijkheid dat een aanzienlijk gedeelte van de nog niet gebruikte vouchers alsnog wordt gebruikt, zuiver theoretisch blijft.

135 In dit verband kan uit het ongebruikt blijven van de vouchers na 31 december 1998 ook worden afgeleid, dat Londen als reisdoel vanaf dat tijdstip feitelijk uit het programma Adineko was geschrapt, hetgeen kracht bijzet aan de conclusie dat de Diputación geen werkelijke behoefte aan de betrokken vouchers had.

136 Wat de verwijzing van de Diputación naar de reeds aangehaalde arresten ADBHU en Ferring betreft, kan worden volstaan met vast te stellen dat die arresten situaties betreffen waarin de staat ondernemingen openbaredienstverplichtingen heeft opgelegd. In casu heeft de Diputación weliswaar gezinspeeld op het feit dat de nieuwe overeenkomst extra kosten meebrengt, die met name verband houden met de aan P&O Ferries opgelegde verplichting geregelde diensten te onderhouden, maar zij heeft nooit gesteld dat de betrokken verrichting moest worden gezien als een financiering door de overheid van een openbare dienst, noch dat de betrokken maatregel krachtens artikel 86, lid 2, EG gerechtvaardigd was.

137 Uit het voorgaande volgt dat de Diputación noch tijdens de administratieve procedure, noch voor het Gerecht toereikend heeft bewezen, dat de aanschaf van de vouchers op grond van de nieuwe overeenkomst geheel of zelfs gedeeltelijk voorzag in een werkelijke behoefte, en dat haar gedrag kon worden vergeleken met dat van een particulier investeerder die onder de normale omstandigheden van een markteconomie handelt. Bijgevolg kon de Commissie op goede gronden tot de conclusie komen dat de nieuwe overeenkomst in haar geheel P&O Ferries een voordeel verschafte dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben verkregen, en dat alle ter uitvoering van de aankoopovereenkomst betaalde bedragen staatssteun vormden.

138 In die omstandigheden is het irrelevant of, zoals de Commissie stelt, de door P&O Ferries verstrekte tegenprestatie nagenoeg geen extra kosten heeft meegebracht, en of dat argument, zoals de Diputación aanvoert, niet-ontvankelijk is.

139 Uit het voorgaande blijkt ook dat de motivering van de bestreden beschikking de redenering van de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doet komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en het Gerecht zijn toezicht kan uitoefenen. In dit verband zij eraan herinnerd dat het niet noodzakelijk is, dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arresten van 29 februari 1996, België/Commissie, reeds aangehaald, punt 86, en Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 63).

140 Gelet op het voorgaande, moeten het eerste en het tweede onderdeel van het middel worden afgewezen.

— Het derde onderdeel

141 Verzoekster kan de Commissie niet verwijten, dat zij niet de werkelijke gevolgen van de litigieuze steun voor de mededinging en voor de beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten heeft onderzocht.

142 In dit verband kan worden volstaan met op te merken dat de Commissie in het geval van onwettig verleende steun niet verplicht is de werkelijke invloed van die steun op de mededinging en op het handelsverkeer tussen de lidstaten aan te tonen. Een dergelijke verplichting zou er immers toe leiden, dat lidstaten die steun verlenen zonder zich te houden aan de aanmeldingsplicht van artikel 88, lid 3, EG, worden bevoordeeld boven lidstaten die hun steunvoornemens wél aanmelden (arrest Hof van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307, punt 33, en arrest Gerecht van 29 september 2000, CETM/Commissie, T-55/99, Jurispr. blz. II-3207, punt 103).

143 Nu in de punten 58 tot en met 74 van het onderhavige arrest is vastgesteld dat de litigieuze steun onwettig is verleend, moeten de door verzoekster in het kader van dit onderdeel aangevoerde argumenten worden afgewezen.

144 Bijgevolg moet het eerste middel worden afgewezen.

Het tweede middel in zaak T-118/01: schending van het eigendomsrecht en van artikel 295 EG

Argumenten van partijen

145 De Diputación voert aan dat de bestreden beschikking inbreuk maakt op artikel 295 EG, voorzover zij een onbillijke beperking vormt van haar vermogen tot sluiting van contracten en haar het eigendomsrecht van de aangekochte vouchers ontneemt. De bestreden beschikking leidt volgens haar tot de conclusie dat alle aankopen van goederen en dienstverrichtingen door de overheid of door de openbare ondernemingen, zelfs die welke tegen de marktprijs plaatsvinden, staatssteun vormen, zonder dat het bestaan van een voordeel behoeft te worden bewezen. In die omstandigheden is het moeilijk ondernemingen te vinden die bereid zijn het risico te nemen aan de overheid goederen of diensten te leveren waarvoor een met de marktprijs overeenkomend bedrag wordt betaald, dat te allen tijde door de Commissie kan worden gekwalificeerd als staatssteun, die uit dien hoofde moet worden terugbetaald. Daar het in casu gaat om bedragen waarmee reeds gebruikte vouchers zijn betaald, heeft het bevel tot terugvordering tot gevolg dat de desbetreffende prestatie om niet is verricht.

146 Volgens de Commissie is dit middel niet-ontvankelijk, omdat het in strijd is met het beginsel van het gezag van gewijsde, nu het in wezen erop gericht is de beoordeling door het Gerecht van het begrip steun in het arrest BAI ter discussie te stellen.

147 Voorzover dit middel overeenkomt met het voorgaande middel, verwijst de Commissie naar de opmerkingen die zij daarover in het kader van dat middel heeft gemaakt. Bovendien merkt zij op dat artikel 295 EG in het onderhavige geval hoe dan ook niet van toepassing is, aangezien het onderhavige geschil betrekking heeft op dienstverrichtingen die als zodanig niet binnen het gebied van de zakelijke rechten, zoals het eigendomsrecht, vallen.

Beoordeling door het Gerecht

148 Dit middel moet ontvankelijk worden verklaard om dezelfde redenen als in de punten 77 tot en met 81 van dit arrest zijn uiteengezet.

149 Met betrekking tot de grond van de zaak stellen de argumenten van de Diputación in wezen opnieuw het begrip staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG ter discussie, zoals dat in het kader van het voorgaande middel is beoordeeld.

150 Volgens artikel 295 EG laat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.

151 Volgens de rechtspraak van het Hof valt de regeling van het eigendomsrecht krachtens artikel 295 EG nog steeds binnen de bevoegdheidssfeer van de

lidstaten, maar heeft die bepaling niet tot gevolg dat de nationale regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen (zie naar analogie arresten Hof van 6 november 1984, Fearon, 182/83, Jurispr. blz. 3677, punt 7; 1 juni 1999, Konle, C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 38; 4 juni 2002, Commissie/België, C-503/99, Jurispr. blz. I-4809, punt 44, en Commissie/Portugal, C-367/98, blz. I-4731, punt 48).

152 Derhalve kan niet worden aangenomen dat artikel 295 EG de strekking van het begrip staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG beperkt.

153 Uit het voorgaande volgt, dat het argument betreffende schending van artikel 295 EG ongegrond is.

Het derde middel in zaak T-118/01: schending van artikel 87, lid 2, sub a, EG

Argumenten van partijen

154 Subsidiair, voert de Diputación aan dat de Commissie op basis van de afwijking waarin artikel 87, lid 2, sub a, EG voorziet, voor de litigieuze steun een ontheffing had moeten verlenen, aangezien de aangeschafte vouchers in het kader van de door de Diputación beheerde sociale programma's zijn uitgereikt, en de steun derhalve aan de individuele verbruikers ten goede is gekomen.

155 De Commissie heeft zich in punt 58 van de bestreden beschikking ten onrechte op het standpunt gesteld dat de steun niet zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten was verleend, aangezien er in 1995 slechts één exploitant op de lijn Bilbao-Portsmouth was van wiens diensten door de inwoners van Biskaje gebruik kon worden gemaakt.

156 De omstandigheid dat er buiten de wil van de Diputación slechts één exploitant op de lijn Bilbao-Portsmouth is, vormt geen geldige en toereikende reden om de Diputación discriminerend gedrag te verwijten. Bovendien heeft de Commissie in het kader van een zaak betreffende luchtvervoer geoordeeld dat er geen sprake kan zijn van discriminatie, indien de betrokken verbinding of vervoersroute toegankelijk is voor alle luchtvaartmaatschappijen die deze willen exploiteren [brief SG (2000) D/102051 van de Commissie van 3 maart 2000 inzake een steunmaatregel van sociale aard ten behoeve van bepaalde categorieën van passagiers op de acht luchtverbindingen tussen Marseille en Nice, enerzijds, en Ajaccio, Bastia, Calvi en Figari, anderzijds].

157 De Diputación verwijt de Commissie dat zij in het kader van de onderhavige procedure een nieuw, in de motivering van de bestreden beschikking ontbrekend element heeft ingevoerd, volgens hetwelk het voor de toepassing van artikel 87, lid 2, sub a, EG met name nodig is dat de begunstigden van de steunmaatregelen van sociale aard de mogelijkheid hebben, de ondernemer uit te kiezen. Verder merkt de Diputación op dat de verbruikers daadwerkelijk vrije toegang tot de gesubsidieerde prestatie en dus tot de steunmaatregelen van sociale aard hebben.

158 Wat de stelling in punt 60 van de bestreden beschikking betreft, dat „andere maatschappijen mogelijk interesse zouden hebben gehad in het vervoer van de betrokken passagiers", wijst de Diputación erop dat Brittany Ferries nooit die interesse heeft getoond en de Commissie steeds alleen heeft gevraagd te controleren of de door de Diputación gekochte vouchers wel echt werden gebruikt, zonder ooit te hebben beweerd dat zij een slachtoffer van discriminatie was.

159 Ten slotte stelt zij dat op de Commissie met name met betrekking tot de uitzonderingen van artikel 87, leden 2 en 3, EG de bewijslast rust, wanneer zij van mening is dat overheidssteun niet kan worden goedgekeurd (arrest Gerecht van 4 april 2001, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia/Commissie, T-288/97, Jurispr. blz. II-1169, punt 73).

160 De Commissie voert aan dat de discriminerende aard van de steunmaatregelen in de bestreden beschikking duidelijk is aangetoond. De steun is niet toegekend aan de individuele verbruikers maar aan een dienstverrichter, te weten P&O Ferries. Volgens haar was er dus automatisch discriminatie ten gunste van laatstgenoemde maatschappij. De omstandigheid dat er in de praktijk slechts één exploitant was om de zeevervoersdienst tussen Bilbao en Portsmouth te onderhouden, zou het bestaan van discriminatie niet uitsluiten, aangezien de gebruikers de vouchers niet bij een andere exploitant dan P&O Ferries konden besteden. Artikel 87, lid 2, sub a, EG is slechts van toepassing, indien de individuele steunontvangers de mogelijkheid hebben om de exploitant te kiezen.

161 Zij voert ook aan dat de Diputación haar sociale doelstellingen ook met andere middelen had kunnen bereiken, met name met andere middelen van vervoer dan het zeevervoer en/of voor andere bestemmingen dan Portsmouth, zonder dat de sociale doelstellingen van het programma daardoor werden aangetast.

Beoordeling door het Gerecht

162 Artikel 87, lid 2, sub a, EG bepaalt dat met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn „steunmaatregelen van sociale aard aan individuele verbruikers op voorwaarde dat deze toegepast worden zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten".

163 Om na te gaan of een steunmaatregel wordt toegepast zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten, moet worden onderzocht of de verbruikers de steun ontvangen ongeacht de marktdeelnemer die het product of de dienst levert die de door de betrokken lidstaat aangevoerde sociale doelstelling kan vervullen (zie in die zin mededeling 94/C 350/07 van de Commissie inzake de toepassing van de artikelen [87 EG] en [88 EG] en van artikel 61 van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte op steunmaatregelen van de staten in de luchtvaartsector, PB 1994, C 350, blz. 5, punt 24).

164 Dat wordt niet weersproken door de reeds aangehaalde brief van de Commissie inzake een steunmaatregel van sociale aard ten behoeve van bepaalde categorieën van passagiers op de acht luchtverbindingen tussen Marseille en Nice, enerzijds, en Ajaccio, Bastia, Calvi en Figari, anderzijds, waarop de Diputación zich beroept. In die zaak is immers aangenomen dat de betrokken steun, die aan verschillende luchtvaartmaatschappijen is betaald, in werkelijkheid bestemd was voor de individuele verbruikers, voorzover zij de steun konden ontvangen ongeacht de luchtvaartexploitant die de dienst op de betrokken luchtroutes onderhield.

165 In casu merkt de Diputación enkel op dat P&O Ferries destijds als enige exploitant in de haven van Bilbao werkzaam was, en wijst zij er tevens op dat elke andere scheepvaartexploitant toegang tot die haven had kunnen hebben. De Diputación heeft echter niet gesteld en nog minder 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.

166 In dit verband moet worden vastgesteld dat P&O Ferries krachtens de nieuwe overeenkomst een van tevoren bepaald jaarlijks bedrag ontvangt, ongeacht hoeveel vouchers daadwerkelijk door de eindverbruikers zijn gebruikt. Ook zij eraan herinnerd dat de overeenkomst inzake de aankoop van vouchers in casu uitsluitend tussen de Diputación en P&O Ferries is gesloten. Dienaangaande staat

vast dat volgens de nieuwe overeenkomst de door P&O Ferries uitgereikte vouchers niet kunnen worden besteed bij andere maatschappijen die aan de door de Diputación nagestreefde sociale doelstelling kunnen voldoen. Daarbij verplicht de nieuwe overeenkomst P&O Ferries niet, in voorkomend geval een gedeelte van de litigieuze steun aan die andere maatschappijen te betalen.

167 Nu niet is bewezen dat de eindverbruikers ook de litigieuze steun hadden kunnen ontvangen wanneer zij gebruik hadden gemaakt van de diensten van andere maatschappijen die aan de door de Diputación nagestreefde sociale doelstelling kunnen voldoen, kon de Commissie op goede gronden tot de conclusie komen, dat die steun niet zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten aan de individuele verbruikers was verleend, en dat derhalve de voorwaarden van artikel 87, lid 2, sub a, EG niet waren vervuld.

168 Met betrekking tot de motivering in de bestreden beschikking moet worden vastgesteld dat de Commissie in punt 58 daarvan opmerkt dat „aan de door het Verdrag gestelde voorwaarde (geen onderscheid naar de oorsprong van de producten) [...] in het onderhavige geval evenwel niet [is] voldaan", dat „er [...] enkel vouchers [zijn] gekocht van [P&O Ferries] en [dat] de autonome [Baskische] autoriteiten [...] niet [hebben] aangetoond dat deze maatschappij op transparante wijze is geselecteerd". Bovendien wijst de Commissie in punt 59 erop dat „[de autonome Baskische autoriteiten] [...] nooit [hebben] beweerd of aangetoond contact met andere maatschappijen dan [P&O Ferries] te hebben opgenomen bij het besluit in 1995 om vouchers te kopen in het kader van hun sociale programma, [en dat op grond van] dit alles moet worden geconcludeerd dat [P&O Ferries] door deze steunmaatregel wordt begunstigd". Ten slotte voegt zij in punt 60 van de bestreden beschikking eraan toe, dat „andere maatschappijen mogelijk interesse zouden hebben gehad in het vervoer van de betrokken passagiers naar het Verenigd Koninkrijk via een andere route. De autonome [Baskische] autoriteiten zouden dezelfde sociale doelstellingen kunnen hebben bereikt door middel van een gediversifieerd aanbod van reizen (bijvoorbeeld naar andere regio's in Spanje of — indien het programma een internationaal karakter diende te hebben — naar [andere] buurlanden zoals Frankrijk of Portugal)".

169 Uit de motivering in de bestreden beschikking volgt dus duidelijk, dat volgens de Commissie de litigieuze steun niet zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten was verleend, omdat hij met uitsluiting van alle andere ondernemingen één enkele onderneming begunstigde, te weten P&O Ferries.

170 In die omstandigheden was de Commissie niet verplicht uitdrukkelijk aan te geven dat de gebruikers de mogelijkheid van een vrije keuze van de ondernemer hadden moeten hebben. Immers, de hierboven weergegeven motivering doet de redenering van de Commissie duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking komen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en het Gerecht zijn toezicht kan uitoefenen, met dien verstande dat de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij met name rekening moet worden gehouden met de inhoud van de handeling, de aard van de redengeving en het belang dat de adressaten of andere personen die rechtstreeks en individueel door de handeling worden geraakt, bij een toelichting kunnen hebben (arresten van 29 februari 1996, België/Commissie, reeds aangehaald, punt 86, en Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 63).

171 Dit middel moet dus worden afgewezen.

Het vierde middel in zaak T-118/01: geen verzoek om informatie en ontoereikende motivering

Argumenten van partijen

172 De Diputación voert aan dat de beschikking wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden, doordat de Commissie niet de voor de vaststelling van de

eindbeslissing noodzakelijke inlichtingen heeft ingewonnen. In de punten 49, 51 en 59 van de bestreden beschikking heeft de Commissie zich namelijk gebaseerd op het feit dat de informatie van de Spaanse autoriteiten over met name de berekening van de behoeften aan reizen en de kwestie van de discriminatie en de eventuele contacten tussen de Diputación en andere exploitanten dan P&O Ferries, ontoereikend was.

173 Volgens haar heeft de Commissie de bestreden beschikking vastgesteld op basis van het ontbreken of de onvolledigheid van de informatie over kwesties waarover zij nimmer om uitleg of opheldering heeft gevraagd. Alvorens de bestreden beschikking vast te stellen, had zij de Spaanse autoriteiten moeten gelasten haar alle nodige informatie voor haar beoordeling van de litigieuze steun te verstrekken. Volgens vaste rechtspraak is de Commissie verplicht, alvorens te beslissen of een steunmaatregel al dan niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is, gebruik te maken van alle mogelijkheden waarover zij beschikt om de lidstaat ertoe te bewegen, haar alle nodige informatie te verstrekken, indien zij de verstrekte informatie ontoereikend acht (arresten Hof van 13 april 1994, Duitsland en Pleuger Worthington/Commissie, C-324/90 en C-342/90, Jurispr. blz. I-1173, punten 26 e.v., en 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, C-17/99, Jurispr. blz. I-2481). Deze verplichting volgt ook duidelijk uit artikel 10 van verordening nr. 659/1999.

174 Op grond van dezelfde overwegingen komt de Diputación ook tot de conclusie dat de bestreden beschikking in dat opzicht niet toereikend is gemotiveerd, wat de hierboven aangehaalde punten ervan betreft.

175 De Commissie voert aan dat zij vóór de vaststelling van de bestreden beschikking alle nodige informatie heeft gevraagd. Bovendien heeft het verzoek om informatie in haar beschikking van 26 mei 1999 de aard van een bevel zoals bedoeld in het arrest Duitsland en Pleuger Worthington/Commissie (reeds aangehaald) en in artikel 10 van verordening nr. 659/1999.

Beoordeling door het Gerecht

176 Opgemerkt zij dat in de voor de beoordeling van onwettige steunmaatregelen geldende procedure de Commissie een definitieve beschikking kan geven wanneer zij meent over alle documenten, inlichtingen en gegevens te beschikken die nodig zijn om de steunmaatregel te onderzoeken op zijn verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

177 Slechts wanneer de Commissie van mening is dat zij niet over voldoende informatie beschikt om een definitieve beschikking te kunnen geven, gelast zij een lidstaat informatie te verstrekken overeenkomstig het reeds aangehaalde arrest van 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie (zie in die zin arrest Duitsland en Pleuger Worthington/Commissie, reeds aangehaald, punt 26). Dat volgt ook duidelijk uit artikel 10, lid 3, van verordening nr. 659/1999.

178 In casu heeft de Commissie de bestreden beschikking niet op basis van ontoereikende informatie gegeven. Dienaangaande is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters argumenten op een onjuiste lezing van de bestreden beschikking berusten.

179 Vastgesteld moet namelijk worden dat de Commissie in punt 49 van de bestreden beschikking erop wijst, dat de autonome Baskische autoriteiten niet hebben gepreciseerd „waarom de behoefte in Biskaje [in 1995] dubbel zo hoog was", „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", en „waarom het aantal vouchers zo sterk veranderde van maand tot maand". Vervolgens geeft de Commissie in punt 51 van de bestreden beschikking te kennen dat „[d]e autonome Baskische autoriteiten niet hebben uitgelegd hoe zij de behoeften hebben berekend in het kader van de andere component van het programma (de bevordering van de toegang tot het vervoer voor bewoners en instellingen in Biskaje)". Ten slotte verklaart de Commissie in punt 59,

betreffende de toepassing van artikel 87, lid 2, sub a, EG, dat de autonome Baskische autoriteiten „nooit hebben beweerd of aangetoond contact met andere maatschappijen dan Ferries Golfo de Vizcaya te hebben opgenomen bij het besluit in 1995 om vouchers te kopen in het kader van hun sociale programma".

180 Uit deze punten van de bestreden beschikking blijkt duidelijk dat de Commissie daarin niet enkel een vraag heeft geformuleerd, maar dat zij het door de nationale autoriteiten in het kader van de administratieve procedure geleverde bewijs aan een beoordeling heeft onderworpen.

181 Dit wordt bovendien bevestigd door het feit dat de Commissie in haar brief van 16 juni 1999, waarin zij het Koninkrijk Spanje haar besluit tot inleiding van de procedure van artikel 88, lid 2, EG van 26 mei 1999 meedeelde, dezelfde twijfel omtrent de litigieuze steun heeft geopperd als in de punten 49, 51 en 59 van de bestreden beschikking. Zo deelt de Commissie in die brief de Spaanse autoriteiten mee dat zij niet hadden aangetoond dat zij meer vouchers dan in het verleden nodig hadden, zodat zij aannam dat de hoeveelheid in het kader van de nieuwe overeenkomst gekochte vouchers kunstmatig was verhoogd om de financiële bijdrage van de Spaanse autoriteiten op de in de oorspronkelijke overeenkomst voorziene hoogte te handhaven. In die brief stelt de Commissie bovendien vast dat de Spaanse autoriteiten geen enkel geldig argument hadden aangevoerd wat de verdubbeling van de hoeveelheid vouchers kon verklaren, en dat het aantal werkelijk uitgereikte vouchers zelfs niet bij benadering overeenkwam met het door de overheid voordien bepaalde aantal vouchers. Met betrekking tot de toepassing van artikel 87, lid 2, sub a, EG merkt de Commissie op dat de nationale autoriteiten niet hadden aangetoond, dat de steun „zonder onderscheid naar de oorsprong van de producten" was toegekend. In de voorlaatste paragraaf van het besluit heeft de Commissie het Koninkrijk Spanje gelast zijn opmerkingen te maken en alle informatie mee te delen die nuttig kan zijn bij de beoordeling van de steunmaatregel.

182 Het Koninkrijk Spanje is derhalve vóór de vaststelling van de bestreden beschikking volledig in staat gesteld zijn opmerkingen te maken over de twijfel van de Commissie ten aanzien van de litigieuze steun.

183 Ten overvloede moet nog worden vastgesteld dat blijkens de punten 49 tot en met 53 van de bestreden beschikking en de analyse van het Gerecht in het kader van het eerste middel, de door de Commissie in de punten 49 en 51 vastgestelde gegevens niet de enige overwegingen zijn waaruit de Commissie heeft afgeleid dat er geen werkelijke behoefte was. Verzoekster kan dus in ieder geval niet met een beroep op de beweerdelijk vragende vorm waarin laatstgenoemde punten zijn gesteld, aanvoeren dat de Commissie vóór de vaststelling van de bestreden beschikking niet over toereikende informatie beschikte.

184 In die omstandigheden behoefde de Commissie, die op basis van de haar ter beschikking staande informatie in staat was de verenigbaarheid van de litigieuze steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt definitief te beoordelen, de Spaanse autoriteiten niet bij een voorlopige beschikking te gelasten, haar aanvullende informatie te verstrekken.

185 Uit de voorgaande overwegingen (zie met name punt 180 hierboven) volgt ook dat de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd.

186 De Diputación heeft bovendien in het kader van het eerste, het tweede en het derde middel geen enkel bewijselement aangevoerd dat de vaststellingen van de Commissie in de punten 49, 51 en 59 van de bestreden beschikking kan weerleggen.

187 Blijkens het voorgaande moet dit middel worden afgewezen.

Het vijfde middel in zaak T-118/01: schending van artikel 14 van verordening nr. 659/1999, en het eerste middel in zaak T-116/01: schending van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen

188 In het kader van het vijfde middel in zaak T-118/01 voert verzoekster aan, dat artikel 14 van verordening nr. 659/1999 zich verzet tegen de terugvordering van overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG verleende steun. Subsidiair, stelt zij dat, zelfs al zou de litigieuze steun als onwettige steun worden gekwalificeerd, algemene rechtsbeginselen, waaronder met name de beginselen van bescherming van het gewettigd vertrouwen en van behoorlijk bestuur, aan de terugvordering van de steun in de weg zouden staan.

189 Verzoekster in zaak T-116/01 voert in het kader van haar eerste middel aan, dat het vertrouwensbeginsel zich verzet tegen de terugvordering van overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG verleende steun.

190 Deze middelen moeten als één middel met twee onderdelen worden onderzocht, waarbij het ene onderdeel uitgaat van de hypothese dat het gaat om overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG verleende steun, en het andere van de hypothese dat het gaat om onwettige steun.

Eerste onderdeel: schending van artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999, alsmede van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen dat terugvordering van wettige steun verbiedt

— Argumenten van partijen

191 Verzoeksters voeren aan dat de Commissie na een positieve beschikking geen terugvordering van de steun kan verlangen, wanneer de steunmaatregel overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG is aangemeld. Volgens verzoekster in zaak T-118/01, ondersteund door interveniënte, vloeit die conclusie voort uit artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999. Volgens verzoekster in zaak T-116/01 volgt dezelfde conclusie uit het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen.

192 De Commissie voert de niet-ontvankelijkheid van dit onderdeel van het middel aan, daar het volgens haar in strijd is met het beginsel van het gezag van gewijsde.

193 Ten gronde voert de Commissie aan dat de litigieuze steun door de Spaanse autoriteiten onwettig is verleend, zodat artikel 14 van verordening nr. 659/1999 en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen zich niet verzetten tegen de in de bestreden beschikking vervatte terugvorderingsbeschikking.

— Beoordeling door het Gerecht

194 De door de Commissie aangevoerde exceptie van niet-ontvankelijkheid moet worden afgewezen om dezelfde redenen als in de punten 77 tot en met 81 van het onderhavige arrest zijn uiteengezet.

195 Ten gronde, moet worden vastgesteld dat in het kader van dit onderdeel verzoeksters' betoog dat er sprake was van schending van artikel 14, lid 1, van verordening nr. 659/1999 en van het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen, volledig gebaseerd is op de hypothese dat de litigieuze steun overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG is aangemeld.

196 Aangezien in de punten 58 tot en met 74 van het onderhavige arrest reeds is vastgesteld dat de litigieuze steun onwettig is verleend, moeten verzoeksters' argumenten betreffende dit onderdeel worden afgewezen.

Tweede onderdeel: schending van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht die terugvordering van onwettige steun verbieden

— Argumenten van partijen

197 In het kader van dit onderdeel voert verzoekster in zaak T-118/01, ondersteund door interveniënte, aan dat, indien de litigieuze steun als onwettige steun zou worden gekwalificeerd, het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden die een gewettigd vertrouwen doen ontstaan, in de weg zou staan aan de terugvordering van de litigieuze steun overeenkomstig artikel 14, lid 1, laatste volzin, van verordening nr. 659/1999 (arrest Hof van 24 november 1987, RSV/Commissie, 223/85, Jurispr. blz. 4617, punten 13-17). Bovendien heeft de Commissie door haar gedrag het beginsel van behoorlijk bestuur geschonden.

198 Dat de steunmaatregelen pas na de definitieve beschikking van de Commissie tot uitvoering zijn gebracht, en dat de Commissie bij het onderzoek van het dossier nooit heeft opgemerkt dat de mededeling van de overeenkomst door de advocaten van P&O Ferries niet rechtsgeldig was, vormen volgens deze verzoekster uitzonderlijke omstandigheden die een rechtens beschermenswaardig vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben gewekt. De Commissie had immers op grond van het in artikel 10 EG neergelegde beginsel van goede trouw en loyale samenwerking, alsmede van het algemene beginsel van behoorlijk bestuur de Spaanse regering moeten meedelen dat op haar de verplichting rustte om de nieuwe overeenkomst aan te melden (arrest Gerecht van 15 maart 2001, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98, Jurispr. blz. II-867, punt 45). Zij merkt bovendien op dat de beschikking van 7 juni 1995 officieel ter kennis van de Spaanse regering is gebracht. De contacten tussen de Commissie en de Spaanse regering tijdens de procedure van artikel 88, lid 3, EG, en met name het feit dat de beschikking van 7 juni 1995 aan laatstgenoemde ter kennis is gebracht, zouden volgens haar de gevolgen van het uitblijven van aanmelding hebben „geregulariseerd".

199 Interveniënte in zaak T-118/01 voegt eraan toe dat de Commissie heeft erkend, dat haar houding op het gebied van staatssteun een gewettigd vertrouwen kan wekken zowel bij de autoriteit die de steun heeft toegekend als bij de steunontvangende onderneming (beschikking 2001/212/EG van de Commissie van 16 mei 2000 betreffende de steunregeling die Italië ten uitvoer heeft gelegd ten faveure van grote ondernemingen in moeilijkheden, PB 2001, L 79, blz. 29, punt 72).

200 Dat zij aanvankelijk geen bezwaar heeft gemaakt tegen de litigieuze steun, kan volgens de Commissie geen gewettigd vertrouwen wekken bij de steunontvangende onderneming ten aanzien van de wettigheid van de ter uitvoering van de nieuwe overeenkomst toegekende steun aangezien, zoals zij reeds heeft aangetoond, de voorwaarden van artikel 88, lid 3, EG niet zijn nageleefd en de beschikking van 7 juni 1995 bij het arrest BAI nietig is verklaard.

— Beoordeling door het Gerecht

201 Opgemerkt moet worden dat zeker niet valt uit te sluiten, dat de ontvanger van onwettig toegekende steun zich kan beroepen op uitzonderlijke omstandigheden die zijn vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun konden wettigen, en zich bijgevolg tegen de terugbetaling ervan kan verzetten (arrest Hof van 20 september 1990, Commissie/Duitsland, C-5/89, Jurispr. blz. I-3437, punt 16).

202 Daarentegen kan een lidstaat wiens instanties in strijd met de procedureregels van artikel 88 EG steun hebben toegekend, zich niet met een beroep op het gewettigd vertrouwen van de steunontvangers onttrekken aan zijn verplichting, de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking waarbij de Commissie hem gelast de steun terug te vorderen. Zou dit mogelijk zijn, dan zouden de artikelen 87 EG en 88 EG elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onwettig gedrag zouden kunnen beroepen om door de Commissie op grond van deze verdragsartikelen gegeven beschikkingen elke werking te ontnemen (arresten Hof van 20 september 1990, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 17, en 7 maart 2002, Italië/Commissie, C-310/99, Jurispr. blz. I-2289, punt 104). Zo kan niet de betrokken lidstaat, maar wel de steunontvanger het bestaan aanvoeren van uitzonderlijke omstandigheden die zijn gewettigd vertrouwen hebben gewekt, teneinde zich te verzetten tegen de terugvordering van onwettige steun (arrest Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94, Jurispr. blz. II-1, punt 183).

203 Bijgevolg kan de Diputación zich niet beroepen op het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden en de bescherming van het gewettigd vertrouwen van P&O Ferries.

204 In dit verband moet ook worden vastgesteld dat in het kader van haar beroep in zaak T-116/01 de ontvanger van de litigieuze steun, P&O Ferries, afgezien van het feit dat de Commissie aanvankelijk de beschikking van 7 juni 1995 heeft gegeven, zich niet heeft beroepen op het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden die bij haar een gewettigd vertrouwen konden wekken.

205 In dit verband moet worden gepreciseerd dat de omstandigheid dat de Commissie aanvankelijk bij een positieve beschikking de litigieuze steun heeft goedgekeurd, bij P&O Ferries geen gewettigd vertrouwen heeft kunnen doen ontstaan, aangezien tegen die beschikking binnen de beroepstermijn is opgekomen en zij vervolgens door de gemeenschapsrechter nietig is verklaard (arrest Spanje/Commissie, reeds aangehaald, punt 53).

206 Vaststaat dat artikel 230 EG ertoe strekt een juiste verhouding tot stand te brengen tussen het wettigheidsbeginsel, dat beoogt te voorkomen dat onwettige handelingen gevolgen in de gemeenschappelijke markt teweegbrengen, en het rechtszekerheidsbeginsel, dat beoogt te voorkomen dat gemeenschapshandelingen die rechtsgevolgen teweegbrengen, onbeperkt in geding kunnen worden gebracht (zie in die zin arresten Hof van 30 januari 1997, Wiljo, C-178/95, Jurispr. blz. I-585, punt 19; 15 februari 2001, Nachi Europe, C-239/99, Jurispr. blz. I-1197, punt 29, en 22 oktober 2002, National Farmers' Union, C-241/01, Jurispr. blz. I-9079, punt 34).

207 Ook moet erop worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak moet worden gewaakt over de eerbiediging van de vereisten van rechtszekerheid ter bescherming van particuliere belangen, maar dat deze vereisten eveneens in evenwicht moeten zijn met de vereisten van de bescherming van het algemeen belang (arresten Hof van 22 maart 1961, SNUPAT/Hoge Autoriteit, 42/59 en 49/59, Jurispr. blz. 103, en 12 juli 1962, Hoogovens/Hoge Autoriteit, 14/61, Jurispr. blz. 509, meer in het bijzonder blz. 516-523; arrest Gerecht van 24 april 1996, Industrias Pesqueras Campos e.a./Commissie, T-551/93, T-231/94, T-232/94—T-234/94, Jurispr. blz. II-247, punt 76).

208 Inzake staatssteun is er een aanzienlijk algemeen belang dat beoogt te voorkomen dat de werking van de markt wordt vervalst door steunmaatregelen die schadelijk zijn voor de mededinging, hetgeen volgens vaste rechtspraak vereist dat onwettige steun wordt teruggevorderd teneinde de vroegere toestand te herstellen (arresten Deufil/Commissie, reeds aangehaald, punt 24, en 21 maart 1990, België/Commissie, reeds aangehaald, punt 66). Dit algemeen belang omvat derhalve met name de bescherming van de concurrenten, die een kennelijk belang erbij hebben om te kunnen opkomen tegen handelingen van de Commissie die voor hen bezwarend zijn (zie in die zin arresten SNUPAT/Hoge Autoriteit, reeds aangehaald, blz. 159, en Hoogovens, reeds aangehaald, blz. 518).

209 Een andere conclusie zou meebrengen dat de wettigheidstoetsing door de gemeenschapsrechter overeenkomstig de artikelen 220 EG, 230, eerste alinea, EG en 233 EG van de handelingen van de gemeenschapsinstellingen haar nuttige werking zou verliezen. Uit vaste rechtspraak volgt dat het vereiste van een rechterlijke toetsing een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht vormt, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, en dat eveneens is neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (arresten Hof van 15 mei 1986, Johnston, 222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18; 27 november 2001, Commissie/Oostenrijk, C-424/99, Jurispr. blz. I-9285, punt 45, en 25 juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Raad, C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39). Het recht op een doeltreffende voorziening in rechte is bovendien opnieuw bevestigd bij artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat op 7 december 2000 te Nice is afgekondigd (PB 2000, C 364, blz. 1).

210 Uit voorgaande overwegingen volgt dat in het onderhavige geval bij P&O Ferries geen gewettigd vertrouwen kon ontstaan.

211 Wat de gestelde schending van het beginsel van behoorlijk bestuur betreft, lijkt dit argument in wezen gericht te zijn tegen de handelwijze van de Commissie bij het onderzoek van het dossier, en lijkt het derhalve de onwettigheid van de litigieuze steun opnieuw ter discussie te stellen.

212 In deze omstandigheden behoeft niet te worden onderzocht of dit onderdeel van de conclusies overeenkomstig de vereisten van artikel 21 van 's Hofs Statuut-EG en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is ingediend, en moet het worden afgewezen onder verwijzing naar het onderzoek van het Gerecht in het kader van het eerste middel (punten 57-74 hierboven).

213 Blijkens het voorgaande moet het onderhavige middel in zijn geheel worden afgewezen.

Het tweede middel in zaak T-116/01: schending van artikel 88 EG

Argumenten van partijen

214 Subsidiair, voert verzoekster in zaak T-116/01 aan dat de litigieuze steun moet worden geacht impliciet te zijn goedgekeurd, hetzij op grond van artikel 4, lid 6, van verordening nr. 659/1999, hetzij overeenkomstig de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht zoals zij luidden vóór de inwerkingtreding van die verordening, gelet op de omstandigheid dat de Commissie de procedure van artikel 88 EG niet binnen twee maanden na de uitspraak van het arrest BAI heeft geopend (of heropend). Zou anders worden geredeneerd, dan zou de Commissie de vaststelling van een eventueel besluit tot inleiding van een formele procedure op grond van artikel 88, lid 2, EG, wanneer zij aanvankelijk een — nadien nietig verklaarde — goedkeuringsbeschikking heeft gegeven, langer kunnen uitstellen dan indien zij de zaak tijdens de eerste procedure correct had behandeld (arrest Oostenrijk/Commissie, reeds aangehaald, punten 68-78).

215 Volgens de Commissie mist dit middel elke grond en moet het worden afgewezen.

Beoordeling door het Gerecht

216 In het arrest van 11 december 1973, Lorenz (120/73, Jurispr. blz. 1471, punt 6), heeft het Hof beslist dat artikel 88, lid 3, EG meebrengt dat „wanneer de Commissie, door een lidstaat op de hoogte gebracht van een voornemen tot invoering of wijziging van een steunmaatregel, nalaat de contradictoire procedure te openen en er voldoende tijd voor een eerste onderzoek van het ontwerp is verstreken, bedoelde staat de voorgenomen steunmaatregel tot uitvoering kan brengen mits hij de Commissie daarvan tevoren op de hoogte brengt — waarna deze steunmaatregel onder de regeling voor bestaande steunmaatregelen komt te vallen". Het Hof heeft bij latere arresten gepreciseerd dat die termijn niet meer dan twee maanden kan bedragen (zie bijvoorbeeld arresten Hof van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie, 84/82, Jurispr. blz. 1451, punt 11; SFEI e.a., reeds aangehaald, punt 38, en Oostenrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 74). Dit beginsel is nadien opgenomen in artikel 4, lid 6, van verordening nr. 659/1999.

217 Vermeld zij dat het in het arrest Lorenz vastgestelde beginsel, dat in artikel 4, lid 6, van verordening nr. 659/1999 is opgenomen, enkel kan worden aangevoerd in het kader van een overeenkomstig de procedure van artikel 88, lid 3, EG aangemelde steunmaatregel. Het is niet van toepassing in het kader van een procedure die de Commissie met betrekking tot een niet-aangemelde steunmaatregel heeft ingeleid.

218 Aangezien de litigieuze steun niet overeenkomstig artikel 88, lid 3, EG is aangemeld, moet het argument dat de Commissie de procedure van artikel 88, lid 2, EG binnen twee maanden na de uitspraak van het arrest BAI had moeten inleiden, worden afgewezen.

219 Dit middel moet dus worden afgewezen.

Het derde middel in zaak T-116/01: schending van artikel 253 EG

Argumenten van partijen

220 Subsidiair, voert verzoekster in zaak T-116/01 ook aan dat de motivering van de bestreden beschikking ontoereikend of irrelevant is. Zij is in het bijzonder van mening dat niets in de bestreden beschikking erop wijst dat de Commissie het beginsel van de wettigheid en dat van de rechtszekerheid in evenwicht heeft proberen te brengen, zoals het gemeenschapsrecht vereist. Wanneer zoals in casu een steunmaatregel bij de Commissie is aangemeld en door haar vóór de verlening ervan is goedgekeurd, zou elke conclusie die het rechtszekerheidsbeginsel voorrang zou ontzeggen, hoe dan ook onverenigbaar zijn met de gehele door de verdragsregels inzake staatssteun georganiseerde regeling en de verlening van steun op ontoelaatbare wijze aan wisselvalligheden onderwerpen, zelfs indien het algemeen belang zou vereisen dat de steun wordt toegekend en de verlening daarvan onverwijld plaatsvindt.

221 Verzoekster in zaak T-116/01 leidt daaruit af dat artikel 2 van de bestreden beschikking ook wegens een onjuiste toepassing van het gemeenschapsrecht nietig moet worden verklaard.

222 Volgens de Commissie moet dit middel kennelijk ongegrond worden verklaard.

Beoordeling door het Gerecht

223 Er zij aan herinnerd, dat de opheffing van onrechtmatig toegekende staatssteun door middel van terugvordering het logische gevolg is van de vaststelling dat de steun onwettig is (arrest van 21 maart 1990, België/Commissie, reeds aangehaald,

punt 66). Immers, de op de staat rustende verplichting om een door de Commissie als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt aangemerkte steun op te heffen, beoogt de vroegere toestand te herstellen (arresten Hof van 4 april 1995, Commissie/Italië, C-350/93, Jurispr. blz. I-699, punt 21, en 17 juni 1999, België/Commissie, C-75/97, Jurispr. blz. I-3671, punt 64).

224 Wat betreft de plicht van de Commissie tot motivering van een beschikking waarbij terugvordering van onwettige steun wordt gelast, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat ter zake van staatssteun geldt, dat wanneer de voorgenomen steun in strijd met artikel 88, lid 3, EG reeds is uitbetaald, de Commissie, die bevoegd is om de nationale autoriteiten te gelasten de steun terug te vorderen, niet verplicht is specifieke redenen te geven voor de uitoefening van die bevoegdheid (arresten Hof van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92—C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 78; 17 juni 1999, België/Commissie, reeds aangehaald, punt 82, en arrest CETM/Commissie, reeds aangehaald, punt 172).

225 Nu de litigieuze steun onwettig is toegekend, moet daaruit worden afgeleid dat de Commissie niet verplicht was tot motivering van haar beschikking om de terugvordering van de steun te gelasten, zonder dat behoeft te worden onderzocht of de motivering in de punten 74 tot en met 78 van de bestreden beschikking toereikend is.

226 De bestreden beschikking bevat dus in dit opzicht geen motiveringsgebrek.

227 Voorzover verzoekster in feite probeert de beschikking van de Commissie waarbij de terugvordering is gelast, ter discussie te stellen, moet worden verwezen naar de

analyse van het Gerecht in het kader van het vijfde middel. Immers, het middel ontleend aan een beoordelingsfout van de Commissie kan niet worden onderzocht in het kader van een middel betreffende artikel 253 EG (arrest Commissie/ Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punten 67-72).

228 Uit een en ander volgt dat de beroepen moeten worden verworpen.

Kosten

229 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien verzoeksters in de zaken T-116/01 en T-118/01 in het ongelijk zijn gesteld, moeten zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

230 Volgens artikel 87, lid 4, derde alinea, kan het Gerecht bepalen dat een interveniënt zijn eigen kosten zal dragen. In casu zullen partijen die ter ondersteuning van verzoeksters in de zaken T-116/01 en T-118/01 zijn tussengekomen, hun eigen kosten dragen.

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

rechtdoende:

1) **Verwerpt de beroepen.**

2) **Verwijst verzoeksters in elke zaak in hun eigen kosten en in die van de Commissie.**

3) **Verstaat dat interveniënten hun eigen kosten zullen dragen.**

Vesterdorf Lenaerts Azizi

Jaeger Legal

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 5 augustus 2003.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf