

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer — uitgebreid)
15 september 1998 *

In zaak T-11/95,

BP Chemicals Ltd, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door J. Flynn, Barrister van de balie van Engeland en Wales, en A. Burnside, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Loesch en Wolter, advocaten aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster,

ondersteund door

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door L. Nicoll, van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde, bijgestaan door K. Parker, QC, en R. Thompson, Barrister van de balie van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter ambassade van het Verenigd Koninkrijk, Boulevard Roosevelt 14,

intervenient,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door J.-P. Keppenne en P. Nemitz, leden van haar juridische dienst, en vervolgens

* Procestaal: Engels.

door P. Nemitz en N. Kahn, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door U. Leanza, hoofd van de dienst diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, en M. Fiorilli, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Italiaanse ambassade, Rue Marie-Adélaïde 5,

en

ENI SpA, vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Rome,

EniChem SpA, vennootschap naar Italiaans recht, gevestigd te Milaan (Italië),

vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, en G. Scassellati-Sforzolini, advocaat te Bologna, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Elvinger en Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

intervenienten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 27 juli 1994 betreffende steun die Italië besloten heeft te verlenen aan EniChem SpA (PB C 330, blz. 7),

wijst

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

samengesteld als volgt: C. W. Bellamy, kamerpresident, C. P. Briët, R. García-Valdecasas, A. Kalogeropoulos en A. Potocki, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 23 september 1997 en 17 maart 1998,

het navolgende

Arrest

De feiten

- 1 ENI SpA (hierna: „ENI”) is een houdstermaatschappij die in 1992 is ontstaan door de omvorming van Ente Nazionale Idrocarburi, een Italiaans openbaar lichaam, in een besloten vennootschap. Tot november 1995 was het Italiaanse Ministerie van

de Schatkist ENI's enige aandeelhouder. EniChem SpA (hierna: „EniChem”) is voor nagenoeg 100 % een dochtermaatschappij van ENI, die een groot aantal chemische producten vervaardigt en verkoopt. EniChem is de opvolgster van Enimont SpA (hierna: „Enimont”), een in mei 1989 door Ente Nazionale Idrocarburi en Montedison SpA gecreëerde joint venture.

- 2 Op 1 oktober 1992 bracht ENI 1 000 miljard LIT in in het kapitaal van EniChem, en in december 1993 794 miljard LIT (hierna: „eerste twee kapitaalinjecties”). In geen van de twee gevallen werd de inbreng overeenkomstig artikel 93, lid 3, EG-Verdrag bij de Commissie aangemeld.
- 3 Op 16 februari 1994 besloot de Commissie ten aanzien van die eerste twee kapitaalinjecties de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden. Bij brief van 16 maart 1994 bracht zij dit ter kennis van de Italiaanse regering, met het verzoek daarover opmerkingen in te dienen.
- 4 Tijdens een bijeenkomst op 15 april 1994 van het directoraat-generaal Concurrentie (DG IV) van de Commissie met ENI en EniChem, stelde de voorzitter van EniChem een herstructureringsplan voor dat in de periode 1994-1997 zou worden uitgevoerd. Volgens dit plan zou ENI ditmaal 3 000 miljard LIT inbrengen in het kapitaal van EniChem (hierna: „derde kapitaalinjectie”).
- 5 Bij brief van 18 mei 1994 beantwoordde de Italiaanse regering officieel de brief van de Commissie van 16 maart 1994. Bij dat antwoord waren uittreksels uit het herstructureringsplan 1994-1997 gevoegd, waarin de derde kapitaalinjectie werd vermeld.

- 6 Op 2 juni 1994 publiceerde de Commissie in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* haar brief aan de Italiaanse regering van 16 maart 1994, in de vorm van een mededeling „aan de overige lidstaten en andere belanghebbenden betreffende steun die Italië besloten heeft te verlenen aan EniChem SpA” (PB C 151, blz. 3), met het verzoek binnen dertig dagen hun opmerkingen mee te delen. In deze mededeling was geen sprake van de derde kapitaalinjectie.

- 7 Bij brief van 6 juni 1994 wees de Italiaanse regering de Commissie erop, dat het herstructureringsplan van EniChem en haar eigen opmerkingen van 18 mei 1994 niet alleen betrekking hadden op de kapitaalinjecties die door de Commissie werden onderzocht ingevolge haar brief van 16 maart 1994, maar ook op de derde kapitaalinjectie. Zij sprak de hoop uit, dat het onderzoek met betrekking tot deze derde kapitaalinjectie spoedig zou worden beëindigd.

- 8 Na besprekingen in een werkgroep met vertegenwoordigers van de industrie en het Ministerie van Handel en Industrie (Department of Trade and Industry; hierna: „DTI”) deed de regering van het Verenigd Koninkrijk op 1 juli 1994 de Commissie in antwoord op de mededeling van 2 juni 1994 opmerkingen toekomen, waarin zij betwijfelde, of de eerste twee kapitaalinjecties gerechtvaardigd waren. Tevens wees zij de Commissie op persberichten over de derde kapitaalinjectie, en verzocht zij om een afzonderlijk en grondig onderzoek daarvan.

- 9 Op 27 juli 1994 deelde de Commissie bij perscommuniqué IP/94/728 (hierna: „perscommuniqué van de Commissie”) mee, dat zij die dag besloten had de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties af te sluiten en de aldus toegekende steun goed te keuren, en vast te stellen dat de derde kapitaalinjectie geen staatssteun vormde.

- 10 De derde kapitaalinjectie werd in schijven verricht tussen augustus en oktober 1994.

- 11 In een perscommuniqué van 1 augustus 1994 liet de Amerikaanse onderneming Union Carbide Corporation (hierna: „UCC”) weten, dat zij voornemens was met EniChem een joint venture te creëren voor de productie en de verkoop van polyethyleen in Europa.

- 12 Uit het perscommuniqué van UCC maakte verzoekster op, dat de Commissie de herkapitalisering van EniChem had goedgekeurd. Zij nam daarop contact op met het DTI, dat via de permanente vertegenwoordiging van het Verenigd Koninkrijk bij de Europese Gemeenschappen een exemplaar van de Engelse tekst van het perscommuniqué van de Commissie verkreeg. Deze tekst werd op 3 augustus 1994 aan verzoekster toegezonden.

- 13 Het besluit van de Commissie van 27 juli 1994 (hierna: „bestreden besluit”) is bij brief van 9 augustus 1994 ter kennis van de Italiaanse regering gebracht.

- 14 In punt 4 van het bestreden besluit stelt de Commissie vast, dat de derde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT geen steunmaatregel van de staat is in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag, aangezien zij had kunnen worden verricht door een particuliere investeerder in een markteconomie.

- 15 In punt 5 van het bestreden besluit stelt zij, dat de eerste twee kapitaalinjecties van in totaal 1 794 miljard LIT „op geen enkele wijze worden terugverdiend” en dat „geen enkele vergelijkbare investeerder in een markteconomie zou zijn overgegaan tot het investeren van een dergelijk bedrag zonder dat voorafgaand een uitvoerig herstructureringsplan was opgesteld”. Zij voegt daaraan toe, dat deze injecties derhalve moeten worden aangemerkt als staatssteun waarmee verliezen van EniChem worden gedekt „die hoofdzakelijk het gevolg zijn van sluitingen van installaties” waarvan in het bestreden besluit een overzicht wordt gegeven. In punt 6 van het bestreden besluit stelt de Commissie evenwel vast, dat gelet op de omvangrijke sluitingen van fabrieken en de daarmee gepaard gaande inkrimping van de productiecapaciteit, de eerste twee kapitaalinjecties overeenkomstig artikel 92, lid 3, sub c, van het Verdrag verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt.

- 16 Tijdens een bijeenkomst op 11 november 1994 overhandigde de Commissie de Britse autoriteiten en verzoekster een document dat zij in haar memories als de integrale tekst van het bestreden besluit aanmerkt.
- 17 Het bestreden besluit is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 26 november 1994 (Mededeling van de Commissie overeenkomstig artikel 93, lid 2, van het EG-Verdrag aan de andere lidstaten en belanghebbenden betreffende steun die Italië besloten heeft te verlenen aan EniChem SpA; PB C 330, blz. 7).

Het procesverloop

- 18 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 20 januari 1995, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.
- 19 Bij beschikkingen van 13 oktober 1995 heeft het Gerecht (Tweede kamer — uitgebreid) het Verenigd Koninkrijk en de Italiaanse Republiek toegelaten tot interventie aan de zijde van verzoekster en van de Commissie. Bij beschikking van 19 oktober 1995 zijn ENI en EniChem toegelaten tot interventie aan de zijde van de Commissie.
- 20 Bij beschikking van 26 juni 1996 (BP Chemicals/Commissie, T-11/95, Jurispr. blz. II-599), wees het Gerecht (Tweede kamer — uitgebreid) het verzoek af van ENI en EniChem om een afwijking overeenkomstig artikel 35, lid 2, sub b, van het Reglement voor de procesvoering wat de vertaling in de procestaal betreft van de bijlagen bij hun memorie in interventie.

- 21 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Tweede kamer — uitgebreid) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. Bij wege van maatregelen tot organisatie van de procesgang is de Commissie, de Italiaanse Republiek, ENI en EniChem verzocht vóór de terechtzitting schriftelijk op bepaalde vragen te antwoorden en bepaalde stukken over te leggen. Het Gerecht heeft met name de Commissie verzocht om overlegging van de berekeningen in haar dossier betreffende de vraag of de derde kapitaalinjectie aanvaardbaar zou zijn geweest voor een particuliere investeerder in een markteconomie.
- 22 Op 30 juni 1997 hebben de Commissie, ENI en EniChem die vragen beantwoord en bepaalde stukken overgelegd. De Commissie heeft met name een berekening van 1 juli 1994 overgelegd van het rendement van de derde kapitaalinjectie (hierna: „tabel QI/1”). De Italiaanse Republiek heeft op 30 juli 1997 haar opmerkingen ingediend.
- 23 Ter terechtzitting van 23 september 1997 hebben partijen pleidooien gehouden en vragen van het Gerecht beantwoord. Na die terechtzitting heeft het Gerecht evenwel besloten de mondelinge behandeling niet te sluiten.
- 24 Bij brief van 26 september 1997 vroeg verzoekster de toelating om schriftelijke opmerkingen over de berekeningen in tabel QI/1 in te dienen.
- 25 Bij brief van 26 september 1997 deelden de gemachtigden van de Commissie het Gerecht mee, dat tabel QI/1, gedagtekend 1 juli 1994, niet was opgesteld vóór het bestreden besluit van 27 juli 1994, maar een reconstructie vormt van voorbereidende werkzaamheden van dat besluit.
- 26 Bij brief van 13 oktober 1997 verzocht het Gerecht de Commissie mee te delen, of zij erbij bleef dat de berekeningen in tabel QI/1 de stelling in het bestreden besluit staven, dat de derde kapitaalinjectie had kunnen zijn verricht door een particuliere

investerder in een markteconomie. Zo niet, werd de Commissie verzocht om, uitgaande van de motivering van het bestreden besluit en haar memories, aan te geven op welke berekeningen of andere elementen die conclusie was gebaseerd.

- 27 Bij brief van 16 oktober 1997 deelde de Commissie het Gerecht mee, dat de stukken in de bijlagen QI/2 en QI/4 bij haar opmerkingen van 30 juni 1997 (hierna: „tabellen QI/2 en QI/4”) kopieën waren van de originele stukken die zich ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit in haar dossier bevonden, maar dat het stuk in bijlage QI/3 (hierna: „tabel QI/3”) na de vaststelling van het bestreden besluit voor een beter begrip was herwerkt op grond van een destijds bestaande tabel.
- 28 Met opmerkingen van 11 november 1997 beantwoordde de Commissie de vraag van het Gerecht van 13 oktober 1997 en legde zij berekeningen (hierna: „tabel A” en „tabel B”) over die ten opzichte van tabel QI/1 bepaalde nieuwe elementen bevatten.
- 29 Bij brief van 24 november 1997 verzocht het Gerecht verzoekster en interveniënten om schriftelijke opmerkingen over de brieven en opmerkingen van de Commissie van 30 juni 1997, 26 september 1997, 16 oktober 1997 en 11 november 1997.
- 30 Op 19 januari 1998 dienden verzoekster, het Verenigd Koninkrijk, ENI en Eni-Chem in antwoord op dat verzoek opmerkingen in.
- 31 Partijen zijn in hun pleidooien en antwoorden op vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 17 maart 1998, na afloop waarvan de mondelinge behandeling is gesloten.

Conclusies van partijen

32 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:

— het bestreden besluit nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen;

— de Italiaanse Republiek, ENI en EniChem te verwijzen in de kosten van hun interventie.

33 Het Verenigd Koninkrijk concludeert dat het het Gerecht behage het bestreden besluit nietig te verklaren.

34 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen;

— het Verenigd Koninkrijk in de kosten te verwijzen.

- 35 ENI en EniChem concluderen dat het het Gerecht behage:
- het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;
 - subsidiair, het beroep te verwerpen;
 - verzoekster in de kosten van ENI en EniChem te verwijzen.

36 De Italiaanse Republiek ondersteunt de conclusies van de Commissie.

De ontvankelijkheid

- 37 Volgens de Commissie, de Italiaanse Republiek, ENI en EniChem is het beroep niet-ontvankelijk, omdat het te laat is ingesteld en omdat het bestreden besluit verzoekster niet individueel raakt in de zin van artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag.

De beroepstermijn

Argumenten van partijen

- 38 Volgens de Commissie is het verzoekschrift, dat is neergelegd op 20 januari 1995, ingediend na het verstrijken van de termijn van artikel 173, vijfde alinea, van het

Verdrag. De beroepstermijn ging immers in op 3 augustus 1994, toen verzoekster via het perscommuniqué van de Commissie kennis kreeg van de bestreden handeling.

39 Zowel uit de tekst van artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag, als uit de rechtspraak van het Hof blijkt volgens de Commissie, dat de beroepstermijn ingaat bij de eerste van de drie in die bepaling genoemde gebeurtenissen, namelijk de bekendmaking van de bestreden handeling, de kennisgeving ervan aan de verzoeker, of diens kennisneming ervan (zie met name arresten Hof van 5 maart 1986, Tezi Textiel/Commissie, 59/84, Jurispr. blz. 887, punten 9-12, en 23 mei 1989, Top Hit Holzvertrieb/Commissie, 378/87, Jurispr. blz. 1359, punten 12-15).

40 In casu trof verzoekster in het perscommuniqué van de Commissie nauwkeurige informatie aan over de inhoud en de motivering van de betrokken handeling, zodat zij haar beroepsrecht kon uitoefenen. Zelfs indien verzoekster op 3 augustus 1994 onvoldoende kennis had van de inhoud en de motivering van de bestreden handeling in de zin van artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag, zou de beroepstermijn eerst zijn ingegaan bij de kennisgeving van het besluit, op 11 november 1994, indien verzoekster de Commissie binnen een redelijke termijn om de volledige tekst ervan had verzocht. In casu is aan die voorwaarde evenwel niet voldaan.

41 Ten slotte betwist de Commissie verzoeksters stelling, dat de tekst van het bestreden besluit haar is overhandigd tijdens de bijeenkomst van 11 november 1994, op voorwaarde dat zij daarvan geen gebruik zou maken vóór de bekendmaking in het Publicatieblad, maar zij erkent wel, dat de bijeenkomst vertrouwelijk was en dat haar ambtenaren weigerden het stuk vrij te geven tot de publicatie ervan, omdat zij ten onrechte van mening waren dat het vóór die datum niet mocht worden bekendgemaakt.

- 42 De Italiaanse Republiek, ENI en EniChem sluiten zich aan bij het betoog van de Commissie.
- 43 ENI en EniChem beklemtonen, dat overeenkomstig artikel 191, lid 3, van het Verdrag het bestreden besluit niet behoefde te worden bekendgemaakt om gevolgen te sorteren. Zoals de advocaten-generaal Reischl en Mancini respectievelijk stelden in hun conclusies bij arresten Hof van 5 maart 1980, Könecke/Commissie (76/79, Jurispr. blz. 665), en 22 september 1988, Frankrijk/Parlement (358/85 en 51/86, Jurispr. blz. 4821), mocht verzoekster de bekendmaking niet afwachten om haar beroep in te stellen. Dit geldt a fortiori voor de derde kapitaalinjectie, daar de besluiten van de Commissie waarin op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag wordt vastgesteld dat er geen sprake is van een steunmaatregel, nooit worden gepubliceerd.
- 44 Verzoekster, ondersteund door het Verenigd Koninkrijk, stelt dat de beroepstermijn van artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag inging op 26 november 1994, de dag van de bekendmaking van het bestreden besluit in het Publicatieblad. De kennisneming van de bestreden handeling is een subsidiair criterium dat slechts van toepassing is wanneer de handeling niet is gepubliceerd of ter kennis gebracht (arrest Könecke/Commissie, reeds aangehaald, en arrest Hof van 6 juli 1988, Dillinger Hüttenwerke/Commissie, 236/86, Jurispr. blz. 3761, punt 14).
- 45 Noch het perscommuniqué van de Commissie, noch de overhandiging van een vertrouwelijk exemplaar van het bestreden besluit tijdens de bijeenkomst van 11 november 1994 vormt een kennisgeving. Tijdens die bijeenkomst is het bestreden besluit trouwens aan verzoekster overhandigd onder de strikte voorwaarde, dat zij daarvan vóór de bekendmaking geen gebruik zou maken, zodat de beroepstermijn niet op de dag van die bijeenkomst kan ingaan. Het perscommuniqué van de Commissie gaf verzoekster hoe dan ook geen voldoende kennis van het bestreden besluit. Voor het overige heeft zij zich naar behoren ingespannen om een exemplaar van die handeling te verkrijgen.

Beoordeling door het Gerecht

- 46 Ingevolge artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag moet het in dat artikel bedoelde beroep worden ingesteld binnen twee maanden te rekenen, al naar het geval, vanaf de dag van bekendmaking van de handeling, vanaf de dag van kennisgeving ervan aan de verzoeker of, bij gebreke daarvan, vanaf de dag waarop de verzoeker van de handeling kennis heeft gekregen.
- 47 Uit de formulering zelf van die bepaling blijkt, dat de datum waarop van de handeling kennis is genomen, als criterium voor het ingaan van de beroepstermijn subsidiair is ten opzichte van de criteria van bekendmaking of kennisgeving van de handeling (arrest Hof van 10 maart 1998, Duitsland/Raad, C-122/95, Jurispr. blz. I-973, punt 35; zie met betrekking tot steunmaatregelen ook de conclusie van advocaat-generaal Capotorti bij arrest Hof van 17 september 1980, Philip Morris/Commissie, 730/79, Jurispr. blz. 2671, 2693, 2695).
- 48 In casu is het bestreden besluit gepubliceerd op 26 november 1994. Indien het niet eerder ter kennis van verzoekster is gebracht, moet worden vastgesteld, dat het onderhavige beroep, dat is ingesteld op 20 januari 1995, is ingesteld binnen de termijn van artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag.
- 49 Dit geldt te meer, omdat het vaste praktijk is dat besluiten van de Commissie om een onderzoeksprocedure inzake steunmaatregelen krachtens artikel 93, lid 2, van het Verdrag te beëindigen, worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* (zie met name de brief van de Commissie van 27 juni 1989 aan de lidstaten, door de Commissie gepubliceerd in *Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen*, deel II A, „Controle op steunmaatregelen van de staten”, 1995, blz. 107, en het *XXe Verslag over het mededingingsbeleid*, 1990, punt 170).

- 50 In casu is bij het bestreden besluit niet alleen het onderzoek overeenkomstig artikel 93, lid 2, van het Verdrag in verband met de eerste twee kapitaalinjecties afgesloten, maar ook het inleidend onderzoek van de derde kapitaalinjectie op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag. De Commissie ontkent evenwel niet, dat zij steeds van plan was het bestreden besluit over de drie kapitaalinjecties in zijn geheel te publiceren. Zij ontkent evenmin, dat zij het Verenigd Koninkrijk heeft meegegeeld dat het bestreden besluit zou worden gepubliceerd, hetgeen trouwens blijkt uit haar faxbericht van 29 september 1994 aan de permanente vertegenwoordiging van het Verenigd Koninkrijk, waarin werd bevestigd, dat het bestreden besluit één van de volgende weken zou worden gepubliceerd.
- 51 Onder die omstandigheden kon verzoekster redelijkerwijs verwachten, dat het bestreden besluit zou worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*.
- 52 Ook indien de overhandiging van het door de Commissie als de volledige tekst van het bestreden besluit aangemerkte stuk tijdens de bijeenkomst van 11 november 1994 moet worden beschouwd als een „kennisgeving” in de zin van artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag, is het beroep tijdig ingesteld. In dat geval zou de beroepstermijn immers slechts zijn verstreken op maandag 23 januari 1995, gelet op de in artikel 173, vijfde alinea, van het Verdrag gestelde termijn van twee maanden, vermeerderd met de termijn wegens afstand van tien dagen voor het Verenigd Koninkrijk overeenkomstig artikel 102, lid 2, van het Reglement voor de procedure, en gelet op artikel 101, lid 2, eerste alinea, van dat Reglement, dat van toepassing is wanneer een termijn verstrijkt op een zaterdag, een zondag of een feestdag.
- 53 Het middel dat het beroep te laat is ingesteld, moet dus worden afgewezen.

Raakt het bestreden besluit verzoekster rechtstreeks en individueel?

Argumenten van partijen

- 54 Volgens de Commissie, ondersteund door de Italiaanse Republiek, ENI en Eni-Chem, is het beroep niet-ontvankelijk voor zover het betrekking heeft op de eerste twee kapitaalinjecties, aangezien het bestreden besluit verzoekster op dat punt niet individueel raakt in de zin van artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag.
- 55 Verzoekster voldoet immers aan geen van de drie cumulatieve voorwaarden die in dat verband in de rechtspraak worden gesteld: zij heeft niet als klager of belanghebbende derde die na een mededeling inzake de inleiding van een procedure op grond van artikel 93, lid 2, van het Verdrag opmerkingen heeft ingediend, deelgenomen aan de administratieve procedure; haar opmerkingen zijn niet bepalend geweest voor het verloop van het onderzoek; haar marktpositie is door de betrokken steunmaatregel niet wezenlijk beïnvloed (arresten Hof van 20 maart 1985, Timex/Raad en Commissie, 264/82, Jurispr. blz. 849, en 28 januari 1986, Cofaz e. a./Commissie, 169/84, Jurispr. blz. 391, punt 25, en conclusie van advocaat-generaal VerLoren van Themaat bij dit arrest, blz. 392, 405).
- 56 Daarentegen betwist de Commissie niet, dat het beroep overeenkomstig de arresten van het Hof van 19 mei 1993, Cook/Commissie (C-198/91, Jurispr. blz. I-2487), en 15 juni 1993, Matra/Commissie (C-225/91, Jurispr. blz. I-3203), ontvankelijk is voor zover het betrekking heeft op de derde kapitaalinjectie.
- 57 Anders dan de Commissie stellen ENI en EniChem dienaangaande, dat het beroep ook wat de derde kapitaalinjectie betreft niet-ontvankelijk is. Het arrest Cook/Commissie is immers niet van toepassing op een besluit op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag, waarbij wordt vastgesteld dat er geen sprake is van een steunmaatregel. De nietigverklaring van een dergelijk besluit leidt, anders dan de

nietigverklaring van een besluit houdende vaststelling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt, niet automatisch tot de inleiding van een formele onderzoeksprocedure op grond van artikel 93, lid 2, van het Verdrag. De Commissie zou integendeel overgaan tot een heronderzoek op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag, teneinde te beoordelen of de derde kapitaalinjectie, die thans zou worden geacht een steunelement te omvatten, toch verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Nergens is bepaald, dat belanghebbende derden zoals verzoekster in dit stadium aan de procedure deelnemen. Enkel indien de Commissie naderhand een onderzoek in de zin van artikel 93, lid 2, van het Verdrag zou beginnen, zou verzoekster met betrekking tot de derde kapitaalinjectie opmerkingen kunnen indienen. Het bestreden besluit raakt verzoekster derhalve niet individueel.

58 ENI en EniChem stellen eveneens, dat het beroep met betrekking tot de derde kapitaalinjectie niet-ontvankelijk is omdat het niet is gericht tegen een besluit op grond van de artikelen 92, lid 1, en 93, lid 3, van het Verdrag. Daar het bestreden besluit is vastgesteld op de enkele grondslag van de artikelen 92, lid 3, sub c, en 93, lid 2, van het Verdrag, en de Commissie haar onderzoek op grond van die bepalingen nooit tot de derde kapitaalinjectie heeft uitgebreid, is het beroep niet-ontvankelijk omdat verzoekster in haar conclusie niet heeft verzocht om nietigverklaring van het „afzonderlijke” besluit betreffende de derde kapitaalinjectie.

59 Volgens de Italiaanse Republiek is het beroep met betrekking tot de derde kapitaalinjectie niet-ontvankelijk omdat verzoekster niet heeft aangetoond, dat ENI, een overheidsonderneming, heeft gehandeld als een overheidsinstantie, ter bevordering van het openbaar of sociaal belang en niet van haar eigen of commerciële belangen.

60 Verzoekster, ondersteund door het Verenigd Koninkrijk, stelt dat het bestreden besluit in zijn geheel haar rechtstreeks en individueel raakt.

- 61 Verzoekster meent dat zij, als concurrent van EniChem en bij gebreke van een mededeling over de inleiding van een procedure op grond van artikel 93, lid 2, van het Verdrag over de derde kapitaalinjectie, niet de gelegenheid heeft gehad om opmerkingen in te dienen, zodat zij in rechte kan opkomen tegen de beoordeling van die derde injectie (arrest Hof van 14 november 1984, Intermills/Commissie, 323/82, Jurispr. blz. 3809; arrest Cook/Commissie, reeds aangehaald, punten 23-25, en arrest Hof van 24 maart 1993, CIRFS e. a./Commissie, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125). Anders dan ENI en EniChem betogen, is het arrest Cook/Commissie ook van toepassing wanneer een besluit is vastgesteld om niet de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden, op grond dat de betrokken maatregel geen steunmaatregel van de staat is.
- 62 Overeenkomstig het arrest Cook/Commissie is het beroep volgens verzoekster ook ontvankelijk met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties, omdat die met de derde onverbrekkelijk verbonden zijn. Doordat de Commissie de procedure niet via een nieuwe mededeling op grond van artikel 93, lid 2, van het Verdrag heeft uitgebreid, heeft zij de belanghebbenden de mogelijkheid ontnomen om zich uit te spreken over de gehele herstructurering van EniChem en de financiering daarvan. De redenering die ten grondslag ligt aan het arrest Cook/Commissie is van toepassing op een dergelijke situatie, aangezien de procedurele waarborgen van artikel 93, lid 2, van het Verdrag zouden wegvallen indien de belanghebbenden tegen het besluit van de Commissie niet voor het Gerecht konden opkomen.
- 63 Voor het geval het Gerecht zou oordelen, dat de ontvankelijkheid van het beroep met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties afzonderlijk moet worden beoordeeld, stelt verzoekster subsidiair, dat alleen reeds de gevolgen van de steunmaatregel voor de marktpositie van een onderneming tot gevolg kunnen hebben dat zij individueel wordt geraakt (zie arresten Gerecht van 27 april 1995, ASPEC e. a./Commissie, T-435/93, Jurispr. blz. II-1281, punt 64, en AAC e. a./Commissie, T-442/93, Jurispr. blz. II-1329, punt 49).
- 64 De concurrentie tussen verzoekster en EniChem in Europa is hevig, vooral op de markten voor ethyleen en polyethyleen, maar ook voor andere producten. EniChem is met ongeveer 11 % van de totale capaciteit de grootste ethyleenproducent

van Europa, tegenover verzoeksters 7 %. In de mededeling van 2 juni 1994 wees de Commissie er trouwens op, dat EniChem de West-Europese marktleider is in alkenen, de groep producten waartoe polyethyleen behoort.

- 65 In 1993 leed verzoekster over haar afzet in Europa een exploitatieverlies van 95 miljoen UKL, vooral door de verkoop van ethyleen en polyethyleen. Dat jaar reserveerde verzoeksters moedermaatschappij 200 miljoen UKL voor een grondige herstructurering van haar petrochemische activiteiten in Europa, en met name voor de definitieve sluiting van haar ethyleenkraakinstallatie in Baglan Bay. Die sluiting van een jaarcapaciteit van 360 kt viel samen met de in 1988 aangekondigde ingebruikneming van een meer rendabele fabriek te Grangemouth met een jaarcapaciteit van 330 kt.
- 66 Verzoekster meent derhalve, dat haar marktpositie door de eerste twee kapitaalinjecties ten behoeve van EniChem zeer ongunstig is beïnvloed.
- 67 Verder heeft verzoekster actief deelgenomen aan de administratieve procedure, waarin zij een rol speelde die vergelijkbaar is met die van een klager in de zin van het arrest *Cofaz e. a./Commissie* (reeds aangehaald). Op 24 mei 1994 legde zij aan de werkgroep met vertegenwoordigers van de industrie en het DTI een document voor betreffende de steun aan EniChem. Tijdens een bijeenkomst van die werkgroep op 13 juni 1994 vulde zij dat document aan met nieuwe cijfers en argumenten, en naderhand verstreekte zij het DTI schriftelijk aanvullende gegevens. Verzoekster nam deel aan de besprekingen van de werkgroep over de belangrijkste opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk, waarvoor zij het grootste deel van de feitelijke gegevens leverde; bovendien heeft zij opmerkingen geformuleerd over de ontwerptekst van de opmerkingen van het DTI.

68 Verzoekster was niet geneigd om in eigen naam opmerkingen in te dienen, omdat zij vreesde voor haar handelsrelaties met EniChem in het kader van joint ventures, voor lopende onderhandelingen over technologielicentieovereenkomsten en voor de samenwerking in de handelsorganisaties waarbij de twee ondernemingen waren aangesloten. Ofschoon een lidstaat niet, zoals een handelsorganisatie, optreedt „voor rekening van” een onderneming, was het de bedoeling van de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk ervoor te zorgen dat de Commissie ten volle rekening hield met verzoeksters belangen. Het ware overdreven formalistisch te verlangen, dat verzoekster dezelfde opmerkingen in eigen naam indient.

Beoordeling door het Gerecht

— De ontvankelijkheid van het beroep met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties

69 Overeenkomstig artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag kan een natuurlijke of rechtspersoon slechts beroep instellen tegen een tot een andere persoon gerichte beschikking, indien die beschikking hem rechtstreeks en individueel raakt. Het bestreden besluit was tot de Italiaanse Republiek gericht, zodat moet worden onderzocht, of verzoekster met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties aan die voorwaarden voldoet.

70 Vaststaat, dat het bestreden besluit verzoekster rechtstreeks raakt, voor zover het reeds toegekende steunmaatregelen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaart (zie laatstelijk arrest Gerecht van 5 november 1997, Ducros/Commissie, T-149/95, Jurispr. blz. II-2031, punt 32).

71 Voorts is het vaste rechtspraak, dat anderen dan de adressaten van een besluit slechts kunnen stellen dat het hen individueel raakt, indien het hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie die hen

ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adressaat (arrest Hof van 15 juli 1963, Plaumann/Commissie, 25/62, Jurispr. blz. 205, 232; arrest Ducros/Commissie, reeds aangehaald, punt 33).

- 72 In het bijzonder op het gebied van de controle op steunmaatregelen van staten, blijkt eveneens uit de rechtspraak, dat een beschikking waarbij een krachtens artikel 93, lid 2, van het Verdrag ingeleide procedure wordt afgesloten, de ondernemingen individueel raakt die de klacht hebben ingediend naar aanleiding waarvan de procedure is ingeleid, en die zijn gehoord in hun opmerkingen die in aanzienlijke mate bepalend zijn geweest voor het verloop van de procedure, mits hun marktpositie wezenlijk is aangetast door de steunmaatregel waarop de beschikking betrekking heeft (arrest Cofaz e. a./Commissie, punten 24 en 25). Dit sluit evenwel niet uit, dat een onderneming ook anderszins, onder verwijzing naar specifieke omstandigheden die haar op soortgelijke wijze individualiseren als de adressaat, kan aantonen dat zij individueel wordt geraakt (arresten ASPEC e. a./Commissie, punt 64, en Ducros/Commissie, punt 34).
- 73 In casu heeft verzoekster bij de Commissie geen klacht ingediend. Ook na de publicatie van de mededeling van 2 juni 1994 heeft zij niet in eigen naam bij de Commissie opmerkingen ingediend als belanghebbende in de zin van artikel 93, lid 2, van het Verdrag. Voorts volstaat het feit dat verzoekster een belanghebbende is in de zin van die bepaling, op zichzelf niet om haar op soortgelijke wijze als de adressaat van het besluit te individualiseren.
- 74 Het Gerecht is van oordeel, dat ook het feit dat verzoekster als lid van een werkgroep met vertegenwoordigers van de industrie en het DTI heeft deelgenomen aan de voorbereiding van de opmerkingen die het Verenigd Koninkrijk op 1 juli 1994 bij de Commissie heeft ingediend, haar niet kan individualiseren in de zin van de aangehaalde rechtspraak. Het Verenigd Koninkrijk heeft die opmerkingen immers in eigen naam, en als lidstaat, ingediend. Bovendien is daarin slechts het standpunt

van het Verenigd Koninkrijk uiteengezet over de voorgenomen steunmaatregelen in de toenmalige algemene context van de Europese petrochemische industrie, maar is daarin geenszins ingegaan op verzoeksters specifieke situatie.

- 75 Verzoeksters loutere deelneming aan een door de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk ingestelde werkgroep kan trouwens niet worden gelijkgesteld met de uitoefening door een belanghebbende in de zin van artikel 93, lid 2, van het Verdrag van het recht om opmerkingen in te dienen in het kader van de in die bepaling vastgestelde procedure. In dat geval is omwille van de beginselen van rechtszekerheid en behoorlijk bestuur vereist, dat de Commissie in de mate van het mogelijke op de hoogte is van de bijzondere situatie van elke marktdeelnemer die zich door de voorgenomen steunmaatregel benadeeld acht. In casu was de Commissie tijdens de administratieve procedure niet op de hoogte van verzoeksters specifieke bezwaren of van de rol die zij bij de voorbereiding van de opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk had gespeeld.
- 76 Met betrekking tot de vraag, of verzoekster anderszins het bestaan heeft kunnen aantonen van bijzondere omstandigheden die haar op soortgelijke wijze als de adressaat individualiseren, zij eraan herinnerd, dat de enkele omstandigheid, dat een handeling de mededingingsverhoudingen op de betrokken markt kan beïnvloeden, niet meebrengt dat elke marktdeelnemer die op enigerlei wijze in een concurrentieverhouding staat tot de begunstigde van de handeling, kan worden geacht door die handeling rechtstreeks en individueel te worden geraakt (arrest Hof van 10 december 1969, Eridania/Commissie, 10/68 en 18/68, Jurispr. blz. 459, punt 7; arrest Gerecht van 22 oktober 1996, Skibsværftsforeningen e. a./Commissie, T-266/94, Jurispr. blz. II-1399, punt 47).
- 77 Het Gerecht is van oordeel, dat de verzoekende partij in een geval als dit, waarin zij geen gebruik heeft gemaakt van haar recht om in het kader van de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag opmerkingen in te dienen, moet aantonen, dat zij zich in een specifieke en bijzondere mededingingssituatie bevond die haar inzake de betrokken staatssteun ten opzichte van iedere andere marktdeelnemer karakteriseert (arrest ASPEC e. a./Commissie, reeds aangehaald, punt 70; arrest Skibsværftsforeningen e. a./Commissie, reeds aangehaald, punt 47).

- 78 Verzoekster voert aan, dat zij met EniChem concurreert op de markt voor ethyleen en polyethyleen, en dat EniChem 11 % van de totale productiecapaciteit van ethyleen in Europa vertegenwoordigt, en zij slechts 7 %. Zij wijst ook op de vaststelling van de Commissie in de mededeling van 2 juni 1994, dat EniChem de West-Europese marktleider is in alkenen. Ten slotte verwijst zij naar haar exploitatieverliezen in 1993, vooral door de verkoop van ethyleen en polyethyleen, en naar de herstructurering die zij heeft ondernomen, en die gepaard ging met de sluiting van haar ethyleenkraakinstallatie in Baglan Bay.
- 79 Het Gerecht is van oordeel, dat dit geen bijzondere omstandigheden zijn die volstaan om verzoekster op soortgelijke wijze als de adressaat van het bestreden besluit te individualiseren.
- 80 Uit de stukken blijkt namelijk, dat ten tijde van de feiten in de ethyleensector een twintigtal marktdeelnemers actief waren, waaronder verzoekster en EniChem, die samen ongeveer 50 fabrieken exploiteerden (zie bijvoorbeeld de tabel op bladzijde 14 van de door verzoekster ter griffie van het Gerecht neergelegde „Petrochemical Market Outlook”, mei 1994, en de „1994 Olefins Report Product Review” in bijlage 4 bij de memorie in interventie van EniChem). Ofschoon EniChem destijds weliswaar over de grootste productiecapaciteit van Europa beschikte, blijkt uit de tabel op bladzijde 16 van het verzoekschrift, dat vijf andere producenten een grotere capaciteit hadden dan verzoekster, die slechts op de zevende plaats stond. Wat verzoeksters exploitatieverliezen in 1993 betreft, blijkt uit de stukken dat de petrochemische industrie toentertijd een recessie doormaakte, en dat de meeste betrokken marktdeelnemers derhalve verliezen leden of slechts geringe winst boekten. Ook lijkt de sluiting van verzoeksters ethyleenkraakinstallatie in Baglan Bay geen verband te houden met de eerste twee kapitaalinjecties, maar veeleer met haar eigen in 1988 aangekondigde besluit om in Grangemouth een meer rendabele fabriek te bouwen.

- 81 Verzoeksters situatie verschilt dus duidelijk van die van de drie verzoeksters in de zaak ASPEC (reeds aangehaald), die samen nagenoeg de gehele betrokken markt controleerden (zie punten 65-71). Terwijl in die zaak de betrokken steunmaatregel juist tot doel had de productiecapaciteit van de steunontvanger te vergroten in weerwil van de reeds bestaande overcapaciteit, zijn in casu de eerste twee kapitaalinjecties verricht in de context van de sluiting van de in punt 5 van het bestreden besluit genoemde installaties.
- 82 Ten slotte kan verzoeksters argument dat haar beroep overeenkomstig het arrest Cook/Commissie ontvankelijk is omdat de afwezigheid van enige vermelding van de derde kapitaalinjectie in de mededeling van 2 juni 1994 haar de mogelijkheid heeft ontnomen om een standpunt te bepalen over de herstructurering van Eni-Chem in haar geheel, niet worden aanvaard. In dat arrest besliste het Hof namelijk, dat wanneer de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag niet wordt ingeleid, de belanghebbenden in de zin van die bepaling de procedurele waarborgen wordt ontnomen waarop zij recht hebben. Opgemerkt moet worden, dat de Commissie in de onderhavige zaak de procedure van artikel 93, lid 2, heeft ingeleid met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties. Zelfs indien er in het kader van de herstructurering van EniChem tussen de drie kapitaalinjecties een verband bestond en de mededeling van 2 juni 1994 onvolledig was, heeft het enkele feit dat die mededeling de derde injectie niet vermeldt, verzoekster niet de mogelijkheid ontnomen om met betrekking tot de twee eerste kapitaalinjecties opmerkingen in te dienen in het kader van de onderzoeksprocedure die de Commissie dienaangaande had ingeleid.
- 83 Mitsdien moet het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard voor zover het betrekking heeft op de eerste twee kapitaalinjecties.

— De ontvankelijkheid van het beroep met betrekking tot de derde kapitaalinjectie

- 84 Zich baserend op de arresten Cook/Commissie en Matra/Commissie, heeft de Commissie niet betwist, dat het beroep ontvankelijk is voor zover het de derde kapitaalinjectie betreft.

- 85 Ingevolge artikel 37, vierde alinea, van 's Hof's Statuut-EG, dat krachtens artikel 46, eerste alinea, van toepassing is op de procedure voor het Gerecht, kunnen de conclusies van het verzoek tot tussenkomst slechts strekken tot ondersteuning van de conclusies van een der partijen. Ingevolge artikel 116, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht aanvaardt de interveniënt het geding bovendien in de stand op het ogenblik van de tussenkomst.
- 86 Bijgevolg zijn de interveniënten niet gerechtigd om de ontvankelijkheid van het beroep met betrekking tot de derde kapitaalinjectie te betwisten, zodat het Gerecht de door hen aangevoerde middelen van niet-ontvankelijkheid niet behoeft te onderzoeken (arrest Gerecht van 27 november 1997, Kaysersberg/Commissie, T-290/94, Jurispr. blz. II-2137, punt 76).
- 87 Wel is het ingevolge artikel 113 van het Reglement voor de procesvoering aangegeven dat het Gerecht de ontvankelijkheid van het beroep met betrekking tot de derde kapitaalinjectie ambtshalve onderzoekt (zie arrest CIRFS e. a./Commissie, reeds aangehaald, punt 23, en arrest Gerecht van 12 december 1996, Leclerc/Commissie, T-19/92, Jurispr. blz. II-1851, punt 51).
- 88 In het bestreden besluit heeft de Commissie geconcludeerd, dat de derde kapitaalinjectie had kunnen worden verricht door een particuliere investeerder in een markteconomie, zodat het dus niet om een steunmaatregel van de staat ging. Deze conclusie, na het inleidend onderzoek van de derde injectie op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag, komt neer op een impliciete weigering van de Commissie om de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden (zie arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 47).
- 89 In die omstandigheden kunnen degenen die door de in artikel 93, lid 2, van het Verdrag neergelegde procedurele waarborgen worden beschermd, de eerbiediging daarvan slechts afdwingen indien zij de mogelijkheid hebben het bestreden besluit aan te vechten voor de communautaire rechter (arrest Cook/Commissie, reeds aangehaald, punt 23, en arrest Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 17). Dat

beginsel geldt zowel wanneer de Commissie de beschikking geeft omdat zij van mening is dat de steun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, als wanneer zij meent dat van steun in het geheel geen sprake is (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 47). Hieruit volgt, dat het bestreden besluit verzoekster, als belanghebbende in de zin van artikel 93, lid 2, van het Verdrag, individueel raakt voor zover het de derde kapitaalinjectie betreft.

- 90 In zoverre raakt het bestreden besluit verzoekster ook rechtstreeks, aangezien de derde kapitaalinjectie is verricht vóór het beroep is ingesteld (arrest Ducros/Commissie, reeds aangehaald, punt 32).
- 91 Met betrekking tot het betoog van ENI en EniChem, dat het beroep niet-ontvankelijk is omdat verzoekster in haar conclusie niet om nietigverklaring van het „afzonderlijke” besluit betreffende de derde kapitaalinjectie heeft verzocht op grond van de artikelen 92, lid 1, en 93, lid 3, van het Verdrag, en het bestreden besluit is vastgesteld op de enkele grondslag van de artikelen 92, lid 3, sub c, en 93, lid 2, van het Verdrag, kan worden volstaan met erop te wijzen, dat verzoekster de nietigverklaring van het bestreden besluit in zijn geheel vordert, met inbegrip van de vaststelling van de Commissie dat de derde kapitaalinjectie geen steunmaatregel van de staat is.
- 92 Evenmin kan het Gerecht het betoog van de Italiaanse Republiek aanvaarden, dat verzoekster voor de ontvankelijkheid van haar beroep met betrekking tot de derde kapitaalinjectie moet aantonen, dat ENI heeft gehandeld als een overheidsinstantie, en niet op grond van haar commerciële belangen. Die overweging houdt immers geen verband met de ontvankelijkheid van het beroep.
- 93 Mitsdien moet het beroep ontvankelijk worden verklaard voor zover het betrekking heeft op de derde kapitaalinjectie.

Ten gronde

Samenvatting van de argumenten van partijen

- 94 Met betrekking tot de derde kapitaalinjectie stelt verzoekster, a) dat de Commissie artikel 92, lid 1, van het Verdrag heeft geschonden door het verband te ontkennen dat bestaat tussen de drie kapitaalinjecties, zodat de derde kapitaalinjectie niet afzonderlijk kon worden beoordeeld; b) dat de Commissie in elk geval artikel 92, lid 1, van het Verdrag heeft geschonden, aangezien een particuliere investeerder in een markteconomie de derde kapitaalinjectie niet zou hebben verricht, en c) dat de Commissie derhalve verzoeksters rechten als belanghebbende heeft geschonden, door met betrekking tot de derde kapitaalinjectie niet de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden.

Tijdens de schriftelijke behandeling aangevoerde argumenten

- 95 Wat in de eerste plaats het verband tussen de eerste twee kapitaalinjecties en de derde betreft, stelt verzoekster, dat deze laatste moet worden geacht deel uit te maken van één enkel proces voor de herstructurering van EniChem, waarbij de derde kapitaalinjectie onverbreekelijk met de eerste twee verbonden is. Onder die omstandigheden is de redenering van de Commissie, dat de eerste twee kapitaalinjecties steunmaatregelen van de staat zijn en de derde niet, ongeloofwaardig. In werkelijkheid gaat het om één enkele steunmaatregel van de staat, voor een bedrag van 4 794 miljard LIT.
- 96 Verzoekster baseert zich vooral op het feit, dat de Commissie de eerste twee kapitaalinjecties overeenkomstig artikel 92, lid 3, sub c, van het Verdrag niet kon goedkeuren indien er geen herstructureringsplan bestond dat binnen een redelijk tijdsbestek de levensvatbaarheid op lange termijn kan herstellen (zie punt 3.2.2, sub i, van de communautaire kaderregeling van 27 juli 1994 voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden, PB C 368, van

23 december 1994, blz. 12; hierna: „kaderregeling”; en arrest Hof van 14 september 1994, Spanje/Commissie, C-278/92, C-279/92 en C-280/92, Jurispr. blz. I-4103; hierna: „arrest Hytasa”). In casu is er slechts één herstructureringsplan, dat aan de Commissie is overgelegd in antwoord op de schriftelijke aanmaning van 16 maart 1994, en waarvan de derde kapitaalinjectie de kern vormt. Het verband tussen de eerste twee kapitaalinjecties en de derde blijkt ook uit de brief van 6 juni 1994 van de Italiaanse regering aan de Commissie.

- 97 In de tweede plaats stelt verzoekster dat, gesteld dat de derde kapitaalinjectie los van de eerste twee zou kunnen worden beschouwd, de Commissie bij de beoordeling van de derde kapitaalinjectie het zeer strikte criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie onjuist heeft toegepast (arresten Hof van 21 maart 1991, Italië/Commissie, C-303/88, Jurispr. blz. I-1433; hierna: „arrest ENI-Lanerossi”; Italië/Commissie, C-305/89, Jurispr. blz. I-1603; hierna: „arrest Alfa Romeo”, en arrest Hytasa, reeds aangehaald).
- 98 Volgens verzoekster zou geen enkele particuliere investeerder in een markteconomie 3 000 miljard LIT hebben bijgedragen voor de herstructurering van EniChem. Met name zou geen enkele particuliere investeerder het herstructureringsplan van EniChem hebben gefinancierd zonder daaraan de voorwaarde te verbinden dat binnen strikte termijnen duidelijk afgebakende doelstellingen moesten worden bereikt. Hij zou de derde kapitaalinjectie niet hebben verricht zonder eerst het alternatief van de liquidatie van EniChem te overwegen; hij zou nooit een investering hebben overwogen waarvan de contante waarde van de toekomstige cashflow net het niveau haalt van het geïnvesteerde bedrag, zoals in het bestreden besluit is vermeld; en hij zou in ieder geval zijn besluit niet hebben gebaseerd op de minst pessimistische van twee financiële prognoses, zoals volgens het verweerschrift van de Commissie in casu is gebeurd.
- 99 In de derde plaats stelt verzoekster, dat de Commissie, door met betrekking tot de derde kapitaalinjectie niet de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden, een procedurefout heeft gemaakt en verzoekster de uit die bepaling voortvloeiende rechten heeft ontnomen (arrest Cook/Commissie, reeds aangehaald, punt 23). De Commissie had de reeds ingeleide procedure moeten uitbreiden tot de derde kapitaalinjectie, of had een nieuwe procedure moeten inleiden om zich vóór

haar beslissing volledig over alle relevante aspecten van de zaak te laten voorlichten (zie arrest Hof van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie, 84/82, Jurispr. blz. 1451, punt 13, en arrest Cook/Commissie, reeds aangehaald, punt 29).

- 100 Het Verenigd Koninkrijk voegt daaraan toe, dat de Commissie zich had moeten aansluiten bij het standpunt van de Italiaanse autoriteiten, dat er tussen de drie kapitaalinjecties een noodzakelijk en onverbreekelijk verband bestond. De Italiaanse autoriteiten waren trouwens genoodzaakt de drie kapitaalinjecties als één geheel voor te stellen, omdat de rechtens noodzakelijke voorwaarde voor de goedkeuring van herstructureringssteun is, dat door die steun de levensvatbaarheid van de steunontvanger wordt hersteld, zoals de Commissie in punt 3.2.2, sub i, van de kaderregeling zelf heeft beklemd.
- 101 De Commissie beklemdoont allereerst, dat de toetsing door de gemeenschapsrechter van besluiten van de Commissie in het kader van haar preventief toezicht op steunmaatregelen van staten beperkt is, en dat zij noodzakelijkerwijs over een ruime beoordelingsbevoegdheid beschikt bij economische en sociale beoordelingen in een communautair kader (zie onder meer arresten Philip Morris/Commissie, reeds aangehaald, punt 24; Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 24, en Hytasa, reeds aangehaald, punt 51).
- 102 Volgens de Commissie bestaat er tussen de eerste twee kapitaalinjecties en de derde geen zodanig verband dat zij tezamen hadden moeten worden onderzocht. De eerste twee kapitaalinjecties werden geheel los van de derde beoordeeld, daar zij in wezen tot doel hadden, verliezen ten gevolge van eerdere sluitingen te dekken en hun gevolgen geenszins afhingen van de derde kapitaalinjectie.
- 103 De Commissie merkt inzonderheid op, dat bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie op de eerste twee kapitaalinjecties rekening moest worden gehouden met de destijds (1992 en 1993) heersende omstandigheden, terwijl de derde kapitaalinjectie moest worden beoordeeld in het licht van de situatie ten tijde van het bestreden besluit (1994). Van de eerste twee kapitaalinjecties was geen opbrengst te verwachten, daar zij bedoeld waren

om eerdere verliezen aan te zuiveren, met inbegrip van verliezen ten gevolge van bepaalde herstructureringsmaatregelen die geen deel uitmaakten van een gedetailleerd herstructureringsplan. De voorgenomen kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT daarentegen was gebaseerd op een gedetailleerd en realistisch herstructureringsplan voor de jaren 1994 tot 1997, dat tot doel had de winst van de onderneming vanaf 1997 op een zodanig niveau te brengen dat de levensvatbaarheid van de onderneming verzekerd was. Dat in het herstructureringsplan soortgelijke maatregelen als eerder reeds vastgesteld werden overwogen, bewijst niet, dat het verband tussen de eerste twee kapitaalinjecties en de derde zo nauw is, dat de eerste twee onmogelijk kunnen worden beoordeeld zonder de procedure ook tot de derde uit te breiden.

104 Volgens de Commissie hadden de eerste twee kapitaalinjecties en de daarmee gepaard gaande herstructurering de levensvatbaarheid van EniChem in die mate hersteld, dat op de kapitaalmarkt privékapitaal kon worden aangetrokken, doch zonder dat de rentabiliteit van de onderneming daardoor zo hoog was geworden dat die kapitaalinjecties op lange termijn winstgevend zouden zijn. Voor de verenigbaarheid van herstructureringssteun met de gemeenschappelijke markt, volstaat dat hij de levenskracht van de steunontvanger op een dusdanig niveau brengt dat deze op de kapitaalmarkt het privékapitaal kan aantrekken dat nodig is om, eventueel op grond van een meer gedetailleerd herstructureringsplan, weer winstgevend te worden. Dat was juist het resultaat van de eerste twee kapitaalinjecties, aangezien van de derde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT een op de markt normaal geacht rendement was te verwachten.

105 Ofschoon er ten tijde van de eerste twee kapitaalinjecties geen gedetailleerd plan voor de herstructurering van EniChem bestond, wist de Commissie dat een algemeen plan voor de herstructurering van de groep werd uitgewerkt in het kader van een grootschalige herstructurering van de Italiaanse overheidsbedrijven, die met de Commissie was besproken in het kader van de zaak EFIM (PB 1993, C 349, blz. 2), die heeft geleid tot de overeenkomst Andreatta-Van Miert. Het plan voor de herstructurering en privatisering van EniChem is omstandig uiteengezet in twee officiële documenten die het Italiaanse Ministerie van de Schatkist in november 1992 en april 1993 heeft gepubliceerd. Tijdens de procedure op grond van artikel 93, lid 2, van het Verdrag bleek, dat de kapitaalinjecties werden gebruikt ter financiering van herstructureringsmaatregelen met het oog op het herstel van de rentabiliteit volgens de algemene beleidslijnen die de Italiaanse regering in die documenten had uiteengezet. Daar met die maatregelen duidelijk een bepaalde richting was ingeslagen, die achteraf in detail is toegelicht in het herstructureringsplan dat in 1994 aan de Commissie is voorgelegd, en het opstellen van een herstructurerings-

plan geen statisch gebeuren is, kwam de Commissie tot de slotsom, dat die maatregelen gekoppeld waren aan „een herstructureringsplan, gericht op een inkrimping en heroriëntatie van de bedrijvigheid van EniChem” in de zin van het arrest Hytasa.

- 106 Volgens de Commissie moet de terugkeer naar „levensvatbaarheid” ten gevolge van herstructureringssteun worden opgevat in de zin die daaraan in punt 3.2.2, sub i, van de kaderregeling is gegeven, namelijk dat de onderneming in staat moet worden geacht „alle kosten met inbegrip van afschrijvingen en financiële lasten te dekken en een minimale kapitaalopbrengst te verkrijgen”. Na de eerste twee kapitaalinjecties had EniChem dat stadium bereikt: zij kon op de markt overleven zonder extra steun.
- 107 Wat in de tweede plaats het criterium van een particuliere investeerder in een markteconomie betreft, merkt de Commissie om te beginnen op, dat het Hof in het arrest ENI-Lanerossi heeft erkend, dat bij de toepassing van dat criterium rekening kan worden gehouden met de bijzondere situatie van een houdstermaatschappij. In haar memories (bijvoorbeeld in punt D.8 van haar dupliek) verklaart zij evenwel, dat zij zich niet op het arrest ENI-Lanerossi behoefde te baseren, aangezien zij geen twijfels had over de rentabiliteit van de derde kapitaalinjectie.
- 108 Het in bijlage bij de brief van de Italiaanse regering van 18 mei 1994 overgelegde herstructureringsplan bevatte uitvoerige informatie over alle onderwerpen, onder meer financiële prognoses in de vorm van omzetcijfers, balansen en cashflow-overzichten voor de jaren 1993-1998. Ook werd een tweede, minder pessimistische financiële prognose overgelegd, gebaseerd op hogere prijzen voor plastics en een enigszins hogere polyethyleenproductie.
- 109 De Commissie heeft onderzocht, of het herstructureringsplan coherent, rationeel en haalbaar was. Zij concludeerde, dat de twee financiële prognoses in het plan realistisch en voorzichtig waren. Vervolgens onderzocht zij de cijfergegevens in de

financiële prognoses, om na te gaan of de opbrengst van de kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT volstond om die investering aanvaardbaar te maken voor een particulier investeerder die onder marktvoorwaarden handelt.

- 110 Ten tijde van de derde kapitaalinjectie stond ENI voor de keuze: herkapitaliseren en herstructureren, of niets doen en EniChem dus failliet laten gaan. Ofschoon er toen voor EniChem geen onmiddellijk faillissement dreigde, zouden de verliezen die EniChem destijds leed zonder de injectie van 3 000 miljard LIT en de daaropvolgende herstructurering in een of twee jaar haar eigen middelen hebben uitgeput, hetgeen tot nieuwe kapitaalinjecties of, bij gebreke daarvan, tot de liquidatie van de onderneming zou hebben genoopt.
- 111 Bij de beoordeling van de verhoogde cashflow ten gevolge van de keuze voor herstructurering moest dus worden uitgegaan van een vergelijking tussen de financiële ontwikkeling van EniChem in geval van liquidatie en de financiële prognoses in geval van herstructurering. De Commissie heeft die vergelijking gemaakt.
- 112 Toen ENI besliste meer in haar dochtermaatschappij te investeren en ze niet te liquideren, bedroegen de eigen middelen van EniChem 1 950 miljard LIT. Dit bedrag werd berekend door op de voor eind 1993 op 2 952 miljard LIT geraamde eigen middelen 1 001 miljard LIT in mindering te brengen, het met de periode januari tot juli overeenkomende deel (7/12) van het voor 1994 verwachte verlies. Dit bedrag van 1 950 miljard LIT vertegenwoordigde dus de bestaande investering van ENI in EniChem. Ofschoon moeilijk een betrouwbare raming kan worden gemaakt, mag redelijkerwijs worden aangenomen, dat de liquidatie van EniChem uiteindelijk meer zou hebben gekost.
- 113 Bij het onderzoek van de financiële gevolgen indien voor herstructurering werd geopteerd, leek het daarom voorzichtig te veronderstellen dat de bestaande investering van ENI in EniChem (1 950 miljard LIT) reeds nul was, daar de liquidatie

zeker het volledige verlies van het toenmalige kapitaal zou hebben meegebracht, alsmede extra verliezen ten gevolge van de liquidatiekosten.

- 114 Volgens de Commissie zou indien voor liquidatie was geopteerd, de bestaande investering van ENI in haar dochtermaatschappij EniChem tot nul zijn herleid. Het onderzoek van het rendement van de investering van 3 000 miljard LIT sloeg dus op het geheel van de door EniChem verstrekte cijfers van de financiële planning. Aldus werd rekening gehouden met alle positieve en negatieve stromen ten gevolge van de uitvoering van het herstructureringsplan, omdat die bovenop het alternatief van de liquidatie kwamen.
- 115 Vanuit de optiek van de particuliere investeerder vormde de kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT dus de aanvankelijke investering. Daar de investeerder 100 % van de aandelen van EniChem in handen had, bestond de opbrengst van de derde kapitaalinjectie in de volledige nettowinst die EniChem voor ENI opleverde.
- 116 Op grond van de minst pessimistische prognose van de financiële situatie van EniChem werd de nettowinst die zij ENI gedurende tien jaar zou opleveren verdisconteerd tegen 12 % 's jaars. Op die basis was de contante waarde van de toekomstige cashflow juist gelijk aan de investering van 3 000 miljard LIT, zoals in het bestreden besluit is vermeld. De investering was derhalve aanvaardbaar voor een voorzichtig investeerder die handelde onder normale marktvoorwaarden, en was dus geen steunmaatregel van de staat.
- 117 Wat ten slotte de vraag betreft, of zij de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag had moeten inleiden, erkent de Commissie, dat indien zij na een inleidend onderzoek van de derde kapitaalinjectie had betwijfeld, of het om een steunmaatregel van de staat ging, zij ofwel een formeel onderzoek had moeten beginnen dan wel de Italiaanse regering om aanvullende gegevens had moeten verzoeken (zie arresten Hof van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie, reeds aangehaald;

14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307; hierna: „arrest Boussac”, en 13 april 1994, Duitsland en Pleuger Worthington/Commissie, C-324/90 en C-342/90, Jurispr. blz. I-1173). De Commissie koesterde evenwel geen twijfels, en had dus de plicht noch het recht die procedure in te leiden.

- 118 De Italiaanse Republiek, ENI en EniChem sluiten zich aan bij de zienswijze van de Commissie. Voorts beklemtoont de Italiaanse Republiek, dat Ente Nazionale Idrocarburi in 1992 tot een besloten vennootschap is omgevormd in het kader van een grootschalig privatiseringsprogramma, waardoor een einde kwam aan het gebruik van overheidsondernemingen als algemeen beleidsinstrument. Sinds 11 juli 1992 valt ENI onder de bepalingen van het Italiaans Burgerlijk Wetboek inzake besloten vennootschappen, en kan de Staat ENI geen richtlijnen meer geven. Het beleid van de onderneming diende voortaan gebaseerd te zijn op criteria van economische efficiëntie en rentabiliteit. Vóór haar omvorming tot een besloten vennootschap heeft de staat geen kapitaal ingebracht in Ente Nazionale Idrocarburi, en na die omvorming ook niet in ENI. Besluiten over het beleid van ENI kunnen uitsluitend aan haar worden toegerekend, en niet aan de staat, die de risico's van de aandeelhouder draagt en niet optreedt als overheid.
- 119 Volgens de Italiaanse regering was de derde kapitaalinjectie een onderdeel van een door de raad van bestuur van ENI op 27 januari 1994 goedgekeurd grootschalig herstructureringsplan, dat met name voorziet in een vermindering van de overcapaciteit als aanvulling op het beleid van rationalisering van de productie en verlaging van de vaste kosten, in heroriëntering van de activiteiten naar sectoren die het nauwst aansluiten bij de kernactiviteiten van de aandeelhouder, in een aanmerkelijke verlaging van de schuldenlast en financiële sanering, en in het bereiken van het evenwicht in 1997 en van een rentabiliteit die de aandeelhouders een behoorlijk dividend verzekert. Het plan werd ten dele gefinancierd met eigen middelen van EniChem die voortkwamen uit het afstoten van niet-strategische activiteiten, en kon EniChem in vrij korte tijd weer zeer competitief maken, met positieve gevolgen, zowel rechtstreeks (winst) als onrechtstreeks (synergieën), voor de aandeelhouders.

- 120 Volgens ENI en EniChem had de Commissie kunnen concluderen, dat geen van de drie kapitaalinjecties „met staatsmiddelen werd bekostigd”, daar ENI eigen middelen had gebruikt zonder de opbrengst of de waarde van de investering van het Ministerie van de Schatkist in die vennootschap te verminderen. Zonder die kapitaalinjecties liep ENI het risico haar aanzienlijke investering in EniChem en de synergieën tussen EniChem en de activiteiten van ENI in de energiesector te verliezen, en zou het programma van de Italiaanse regering voor de privatisering van ENI in het gedrang zijn gekomen. Destijds was ENI trouwens geen openbaar lichaam meer, en had zij zich niet meer te houden aan de richtlijnen van de Italiaanse regering. De eerste twee kapitaalinjecties waren trouwens slechts de uitvoering van een in mei 1989 door Ente Nazionale Idrocarburi en Montedison SpA samen genomen besluit om het kapitaal van Enimont met 2 000 miljard LIT te verhogen voor zover de winst van de onderneming dat niveau niet zou halen in de periode 1989-1991.
- 121 Wat de beoordeling van de derde kapitaalinjectie vanuit het oogpunt van een investeerder in een markteconomie betreft, beklemtonen ENI en EniChem, dat de politiek van de Commissie er overeenkomstig artikel 222 van het Verdrag en de arresten ENI-Lanerossi en Alfa Romeo in bestaat, rekening te houden met de ruime beoordelingsmarge van de investeerder en de langetermijnoverwegingen van ondernemingen die een grote groep controleren (zie de punten 27-31 van de mededeling van de Commissie aan de lidstaten van 28 juli 1993 betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriector, PB 1993, C 307, blz. 3; hierna: „mededeling betreffende openbare bedrijven”). In casu kon de Commissie vaststellen, dat zelfs los van die overwegingen een passend rendement kon worden verwacht. Op basis van een normale duur van de investering van tien jaar, verdisconteerde de Commissie de verwachte toekomstige resultaten tegen 12 %. Dit is veel meer dan ENI's kapitaalkosten (de gewogen gemiddelde rentevoet op haar langetermijnschulden bedroeg in 1994 8,5 %) en het gemiddelde rendement van investeringen in de chemische industrie (9,3 % in 1992). Was een lager percentage gehanteerd, hetgeen volgens interveniënten gerechtvaardigd was geweest, dan zou de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow de aanvankelijke investering hebben overtroffen.
- 122 Volgens ENI en EniChem mocht de waarde van de investering van ENI in EniChem vóór de derde kapitaalinjectie redelijkerwijs op 1 950 miljard LIT worden geraamd. In geval van liquidatie had ENI evenwel de schulden van EniChem

(8 676 miljard LIT) moeten betalen, gelet op de gevolgen die het onvermogen van EniChem voor de gehele ENI-groep zou hebben gehad. Overeenkomstig punt 36 van de mededeling betreffende openbare bedrijven heeft ENI ook rekening gehouden met de gevolgen van de liquidatie van EniChem voor de ENI-groep, met inbegrip van het verlies van synergieën, de aantasting van de reputatie en de kredietwaardigheid van de groep en het mislukken van de privatisering van ENI. Intervenienten voegen daaraan toe, dat de door EniChem afgestoten activiteiten zijn verkocht tegen hogere prijzen dan het geval zou zijn geweest bij een verkoop onder dreiging van liquidatie (zie punt 20 van de mededeling betreffende openbare bedrijven). Ten slotte stellen ENI en EniChem, dat het herstructureringsplan 1994-1997 duidelijk succesvol was, en geven zij gedetailleerde financiële statistieken van EniChem om aan te tonen, dat het voor 1997 verwachte resultaat reeds in 1995 werd bereikt.

Na de schriftelijke behandeling aangevoerde argumenten

- 123 Bij wege van maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht de Commissie bij brief van 21 mei 1997 verzocht om overlegging van de berekeningen in haar dossier betreffende de vraag, of de derde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT aanvaardbaar zou zijn geweest voor een particuliere investeerder in een markteconomie, en met name van de berekening van „de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow” van EniChem in de twee prognoses (waarvan de ene minder pessimistisch is dan de andere) waar zij in haar verweerschrift en haar dupliek naar verwijst. De na de schriftelijke behandeling door partijen aangevoerde argumenten slaan enkel op de door de Commissie overgelegde berekeningen.

— Opmerkingen van de Commissie van 30 juni 1997

- 124 Als bijlage bij haar opmerkingen van 30 juni 1997 legde de Commissie de tabellen QI/1, QI/2, QI/3 en QI/4 over, die volgens haar de door het Gerecht gevraagde stukken waren.

- 125 Volgens die opmerkingen bevat tabel QI/1, gedagtekend 1 juli 1994, de door de Commissie gemaakte berekening van het rendement van de kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT. De „contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow” van EniChem staat op regel 5 van de tabel („Cumulated equity value”), waaruit blijkt, dat de gecumuleerde waarde van de eigen middelen van EniChem in 2005 zou oplopen tot 2 966 miljard LIT.
- 126 Volgens haar opmerkingen bevat tabel QI/2 de door de Commissie gemaakte berekening van de kapitaalkosten van ENI. Tabel QI/3 bevat de berekening van het gemiddelde rendement van de belangrijkste chemische bedrijven, dat als vergelijkingsbasis is gebruikt. Tabel QI/4 bevat de prognose van de evolutie van de omzet en de financiële situatie op grond waarvan het rendement van de kapitaalinjectie is berekend. Het document is gedagtekend 13 april 1994, en getiteld „Analisi di Sensitività (Ipotesi Migliorative di Scenario)”, en is tijdens de administratieve procedure door de Italiaanse regering overgelegd.

— De terechtzitting van 23 september 1997

- 127 Ter terechtzitting van 23 september 1997 hebben verzoekster en het Verenigd Koninkrijk bezwaren geformuleerd tegen de berekeningen in tabel QI/1. Zij stelden met name, dat de Commissie haar berekeningen had moeten baseren op de toekomstige cashflow in de enge zin van het woord, en niet op de nettowinst. De aanvankelijke investering van 3 000 miljard LIT had als een negatieve waarde op regel 4 („Cumulated discounted flow”) moeten zijn opgenomen: de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow zou dan niet min 34 miljard LIT, maar min 3 034 miljard LIT bedragen. Regel 5, waar de gecumuleerde verdisconteerde winst bij de aanvankelijke investering van 3 000 miljard LIT wordt opgeteld, bevat een fundamentele fout, aangezien vaststaat, dat het bedrag van 3 000 miljard LIT in werkelijkheid aan de schuldeisers van EniChem is betaald om haar schulden te verminderen en haar nettoresultaat te verbeteren; dat bedrag is dus niet beschikbaar bij het einde van de duur van de investering in 2005. Bovendien is regel 5 slechts een self-fulfilling prophecy: volgens de methodologie van de Commissie is de restwaarde van EniChem altijd gelijk aan de aanvankelijke kapitaalinjectie, ongeacht of 2 000 dan wel 10 000 miljard LIT is ingebracht.

- 128 De Commissie werpt met name tegen, dat regel 4 van tabel QI/1 toont welke resultaten moeten worden geboekt opdat een investeerder na de normale duur van de investering en na verdiscontering met 12 % het geïnvesteerde kapitaal terugkrijgt. Regel 5 toont vervolgens dat de resultaten een zodanig niveau bereiken, dat de investeerder bij het verstrijken die periode, waarin hij een opbrengst van 12 % ontving, zijn aanvankelijke investering terugkrijgt (2 966 miljard LIT).
- 129 In antwoord op vragen die het Gerecht ter terechtzitting heeft gesteld, heeft Spagnolli, de ambtenaar van DG IV die voor dit dossier verantwoordelijk was, bevestigd, dat hij een grote bijdrage heeft geleverd aan de voorbereiding van tabel QI/1. Hij verklaarde, dat aangezien EniChem ten tijde van de derde kapitaalinjectie 1 950 miljard LIT eigen middelen had, de resultaten in tabel QI/1 voortvloeien uit de 4 950 miljard LIT eigen middelen die na die kapitaalinjectie beschikbaar waren. Alvorens te beslissen al dan niet 3 000 miljard LIT in EniChem in te brengen, had een aandeelhouder evenwel moeten weten, hoeveel die kapitaalinjectie juist zou opbrengen. Daarom moest worden onderzocht hoe de derde kapitaalinjectie de situatie van de onderneming zou verbeteren. Het antwoord luidt, dat EniChem met de derde kapitaalinjectie het faillissement kon vermijden, dat van de toenmalige eigen middelen van 1 950 miljard LIT niets zou hebben overgelaten. Daarom werd bij de berekeningen in tabel QI/1 geen rekening gehouden met de bestaande eigen middelen.
- 130 Spagnolli voegde daaraan toe, dat indien verzoeksters standpunt wordt gevolgd, dat de derde kapitaalinjectie in juli 1994 als min 3 000 miljard LIT op regel 4 van tabel QI/1 moet worden opgenomen, dit negatieve cijfer moet worden gecompenseerd door de toevoeging van een positieve restwaarde van de onderneming in 2005. Uit regel 5 van tabel QI/1 blijkt namelijk, dat de eigen middelen van EniChem van juli 1994 tot 2005 stijgen en dalen naar gelang van de resultaten van de onderneming. Aanvankelijk bedroegen die eigen middelen evenwel 3 000 miljard LIT, en in 2005 bedragen zij na verdiscontering van de resultaten met 12 % nog steeds 3 000 miljard LIT.

- 131 Volgens ENI en EniChem blijkt de strengheid van de Commissie met name uit het feit, dat zij in tabel QI/1 rekening gehouden heeft met het verwachte verlies van EniChem voor de jaren 1994 tot 1996, nadat zij die verliezen reeds had aangevoerd als grond om de eigen middelen van EniChem in juli 1994 buiten de berekening te laten. Volgens ENI en EniChem gaat het hier om een dubbeltelling, nu de verliezen van EniChem twee keer in rekening worden gebracht.
- 132 ENI en EniChem voegen daaraan toe, dat zij, om aan te tonen dat de berekeningen op verschillende wijzen kunnen worden gemaakt, zelf de verwachte cashflow ten gevolge van de derde kapitaalinjectie hebben berekend. Volgens hun berekening bedraagt de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow 7 195 miljard LIT.

— De brieven van de Commissie van 26 september en 16 oktober 1997

- 133 Bij brief van 26 september 1997 deelde de Commissie het Gerecht mee, dat tabel QI/1, die zij had voorgesteld als een deel van haar dossier, in werkelijkheid niet bestond toen het bestreden besluit werd vastgesteld. In de brief stelt de Commissie, dat ofschoon tabel QI/1 de datum van 1 juli 1994 draagt, het gaat om een reconstructie door de met het dossier belaste ambtenaar, Spagnolli, van de berekeningen die hij destijds had gemaakt. De Commissie kan niet met zekerheid zeggen, dat de berekeningen van tabel QI/1 identiek zijn met die welke voor de vaststelling van het bestreden besluit zijn gemaakt, maar betoogt dat soortgelijke berekeningen aan het bestreden besluit ten grondslag lagen. De oorspronkelijke berekeningen waren gemaakt met een computer die is vervangen toen het Directoraat overheidssteun op een ander informaticasysteem is overgeschakeld; een kopie op papier kon niet worden teruggevonden. Deze feiten kunnen worden bevestigd door Spagnolli en zijn toenmalig afdelingshoofd Feltkamp, die beiden aanwezig waren ter terechtzitting van 23 september 1997.
- 134 Bij brief van 16 oktober 1997 bevestigde de Commissie aan het Gerecht, dat de tabellen QI/2 en QI/4 kopieën zijn van de originelen die zich ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit in haar dossier bevonden. Volgens de Commissie

is tabel QI/3 niet de originele versie die zich destijds in haar dossier bevond. De Commissie legde aan het Gerecht evenwel een stuk voor, dat volgens haar het origineel is van de op 30 juni 1997 aan het Gerecht overgelegde tabel QI/3, die na de vaststelling van het bestreden besluit duidelijkheidshalve per computer was herwerkt.

- 135 In die brief stelt de Commissie nog, dat Spagnolli die feiten kan bevestigen. Feltkamp, zijn afdelingshoofd, kan bevestigen dat tabellen als de tabellen QI/2, QI/3 en QI/4 zijn gebruikt bij de voorbereiding van het bestreden besluit, hoewel hij zich de juiste inhoud van de gebruikte tabellen niet herinnert. Een ander ambtenaar van DG IV, Owen, kan getuigen, dat hij in juli 1994 aanwezig was in het kantoor van Spagnolli toen deze een berekening maakte van de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow met betrekking tot de derde kapitaalinjectie. Uit de resultaten bleek, dat er geen sprake was van steun, maar Owen kan zich geen bijzonderheden over de cijfers herinneren.

— De schriftelijke vraag van het Gerecht van 13 oktober 1997 en de opmerkingen van de Commissie van 11 november 1997

- 136 Bij brief van 13 oktober 1997 verzocht het Gerecht de Commissie mee te delen, of zij de berekeningen in tabel QI/1 nog steeds aanvoerde tot staving van de stelling in het bestreden besluit, dat de derde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT had kunnen zijn verricht door een particuliere investeerder in een markteconomie, met name omdat „de contante nettowaarde van de verwachte toekomstige cashflow nagenoeg gelijk is aan deze investering van 3 000 miljard LIT”. Zo niet, werd de Commissie verzocht om, uitgaande van de motivering van het bestreden besluit en haar memories, aan te geven welke berekeningen of andere elementen die conclusie staafden.
- 137 Bij haar opmerkingen van 11 november 1997 legde de Commissie twee tabellen over (tabel A en tabel B). Zij verklaarde, dat zij zich nog steeds baseert op de berekeningen in tabel QI/1, doch zoals gewijzigd in tabel A. Spagnolli, Feltkamp en

Owen kunnen getuigen, dat Spagnolli per computer een berekening zoals die van tabel QI/1 had gemaakt, die is gebruikt om de contante waarde van de resultaten van de derde kapitaalinjectie na te gaan, en dat daaruit bleek dat er geen sprake was van steun.

- 138 Tabel A is het resultaat van een poging om, op basis van hetgeen de betrokkenen zich herinneren, de ten tijde van het bestreden besluit gemaakte berekeningen zo goed mogelijk te reconstrueren. De nieuwe tabel A voegt in wezen twee elementen toe, die volgens de Commissie voorkwamen in de destijds gemaakte berekeningen, die op basis van hetgeen de betrokkenen zich herinneren, zijn gereconstrueerd.
- 139 In de eerste plaats zijn de eigen middelen van EniChem, die 1 950 miljard LIT bedroegen op 31 juli 1994, gebruikt om haar verliezen tijdens de eerste drie jaar van het plan te compenseren. Het bedrag van 1 950 miljard LIT bleef immers in de boekhouding van EniChem staan en moest, zodra was beslist om tot de derde kapitaalinjectie over te gaan, bij de berekening in aanmerking worden genomen.
- 140 In de tweede plaats is de restwaarde van EniChem in 2005 in de berekening inbegrepen, voor een geactualiseerde waarde van 1 531 miljard LIT. Deze waarde volgt uit het feit dat EniChem haar activiteiten ook na de periode van de prognose zou voortzetten. Ofschoon vaststaat dat overeenkomstig de vaste praktijk van de Commissie inzake staatssteun, destijds een restwaarde is berekend, herinneren Felkamp en Spagnolli zich volgens de Commissie niet meer welke berekening ten tijde van het bestreden besluit juist is gemaakt. Normaliter wordt echter de eenvoudige maar gebruikelijke methode gehanteerd, die erin bestaat het bruto-exploitatieresultaat (exploitatie-inkomsten min exploitatiekosten) te vermenigvuldigen met een factor die verschilt naar gelang van de specifieke situatie van de betrokken onderneming en de sector. In de chemiesector varieert deze factor tussen vier en zes, en in tabel A is een factor drie gehanteerd.

- 141 De in tabel A toegevoegde elementen stonden niet uitdrukkelijk in tabel QI/1, maar konden gemakkelijk worden afgeleid uit de cijfers in die tabel en in het herstructureringsplan (tabel QI/4). De dubbeltelling van de verliezen en het verdwijnen van de eigen middelen zijn te wijten aan onoplettendheid van de met het opmaken van tabel QI/1 belaste ambtenaar en werden pas na de terechtzitting opgemerkt. De drie getuigen bevestigen dat deze fout bij de voorbereiding van het bestreden besluit niet is gemaakt. Ook in het verweerschrift was er geen sprake van dubbeltelling.
- 142 Meer algemeen merkt de Commissie op, dat zij haar berekeningen heeft gebaseerd op de nettoresultaten (na belasting) van EniChem. Tabel B is een volgens de door verzoekster verdedigde disconteringsmethode (DCF, discounted cash flow) gemaakte berekening, waaruit een toekomstige cashflow blijkt die bijna 2 000 miljard LIT hoger ligt dan de oorspronkelijke inbreng van 3 000 miljard LIT.
- 143 De conclusie dat de kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT ook door een particuliere investeerder in een markteconomie had kunnen zijn verricht, steunt evenwel niet alleen op de berekening door de Commissie van het verwachte rendement, maar, zoals in haar memories is gesteld, ook op de waarde en het belang voor ENI van de voortzetting van de activiteiten van EniChem in de holding ENI, en op de andere in punt 4 van het bestreden besluit genoemde elementen.

— De schriftelijke opmerkingen van partijen na de brief van de Commissie van 17 november 1997

- 144 In haar schriftelijke opmerkingen van 19 januari 1998 stelt verzoekster, dat de Commissie niet verklaart, waarom tabel QI/1 ten onrechte de datum van 1 juli 1994 draagt. Daar tabel QI/1, hoewel onjuist, beter dan de nieuwe tabel A strookt met de motivering in punt 4 van het bestreden besluit, is het waarschijnlijk dat tabel QI/1 een weergave is van de berekeningen van toen, terwijl tabel A naderhand is opgesteld in een poging om de destijds gemaakte fouten te verbeteren.

Bovendien wijkt tabel QI/3 op verschillende punten af van het stuk dat de Commissie met haar opmerkingen van 16 oktober 1997 heeft overgelegd.

- 145 Onder die omstandigheden heeft verzoekster het Gerecht verzocht maatregelen van instructie te bevelen om uit te maken hoe en wanneer de tabellen QI/1, QI/3 en A zijn gecreëerd, en Feltkamp, Spagnolli en Owen als getuigen te horen.
- 146 Wat de grond van de zaak betreft, meent verzoekster dat de Commissie zich niet langer op tabel QI/1 baseert. Uit tabel A blijkt een wezenlijk verschillende benadering, die niet overeenkomt met het bestreden besluit of de memories van de Commissie. Nu de Commissie geen berekeningen uit haar dossier kan overleggen tot staving van de conclusie in het bestreden besluit, dat de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow nagenoeg gelijk was aan 3 000 miljard LIT, moet dat besluit nietig worden verklaard.
- 147 De Commissie heeft immers impliciet de juistheid erkend van de door verzoekster ter terechtzitting van 23 september 1997 geformuleerde kritiek, dat de toekomstige cashflow van EniChem zoals die voorkomt op regel 4 van tabel QI/1 niet min 34 miljard LIT bedroeg, maar wel min 3 034 miljard LIT, en voorts dat de gecumuleerde waarde van de eigen middelen van EniChem op regel 5 van tabel QI/1 niet relevant was voor de berekening van de contante waarde van de toekomstige cashflow van EniChem. Op regel 4 van tabel A is het juiste cijfer van min 3 034 miljard LIT vermeld; ook al blijft de oude regel 5 behouden, hij speelt geen enkele rol bij de berekening van de opbrengst voor de investeerder.
- 148 Om onder die omstandigheden met andere middelen tot een contante waarde van meer dan 3 034 miljard LIT te komen, heeft de Commissie in tabel A twee nieuwe elementen opgenomen: zij gebruikte het „bestaande niveau van de eigen middelen”

in de berekening, en zij kende aan EniChem bij het einde van de duur van de investering een restwaarde toe. Die benadering strookt evenwel niet met het bestreden besluit en met de memories van de Commissie.

- 149 Dat in tabel A de bestaande eigen middelen van EniChem worden gebruikt om haar verliezen tot 1996 te compenseren, is financiële nonsens, waarbij de beoordeling van een investering wordt verward met de boekhouding van een onderneming, twee totaal verschillende zaken. Geen enkel onafhankelijk deskundige zou bereid zijn te stellen, dat dit een algemeen aanvaarde methode is om de contante waarde te berekenen. Voorts is de methode die in tabel A wordt gebruikt om de restwaarde van EniChem te berekenen, normaal noch gebruikelijk.
- 150 Ook stelt verzoekster, dat de details van de berekening van de nettoresultaten in tabel A verschillende fouten vertonen. Zij heeft eveneens bezwaren tegen tabel B, en herinnert eraan, dat de Commissie heeft erkend, dat ten tijde van het bestreden besluit geen analyse in de zin van die tabel is gemaakt.
- 151 In zijn opmerkingen van 19 januari 1998 stelt het Verenigd Koninkrijk in hoofdzaak, dat het bestreden besluit nietig moet worden verklaard op grond dat het onduidelijk is welke berekeningen de Commissie eigenlijk heeft gemaakt om haar conclusie te staven dat een investeerder onder marktomstandigheden de investering zou hebben verricht.
- 152 In hun opmerkingen van 19 januari 1998 stellen ENI en EniChem, dat de wettigheid van een handeling van een instelling moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de juridische situatie op de datum waarop het werd vastgesteld, en

van de op dat tijdstip beschikbare informatie (arrest Gerecht van 22 januari 1997, Opel Austria/Raad, T-115/94, Jurispr. blz. II-39, punt 87). Dat een gemeenschapsinstelling haar verplichting om na de vaststelling van een handeling een volledig dossier in haar archief te bewaren, niet nakomt, of niet in staat is om op verzoek van het Gerecht de originele bewijsstukken over te leggen, levert geen grond op om die handeling nietig te verklaren. In haar opmerkingen van 11 november 1997 heeft de Commissie de situatie hoe dan ook rechtgezet door een duidelijke, betrouwbare en overtuigende reconstructie over te leggen van het ten tijde van het bestreden besluit verrichte onderzoek en van de daarbij gevolgde redenering. Dat zij bepaalde originele stukken waarop zij zich bij de voorbereiding van het bestreden besluit heeft gebaseerd, niet aan het Gerecht kan overleggen, heeft dus geen enkel gevolg voor de wettigheid van dat besluit.

- 153 De nieuwe tabel A vermijdt met name het risico van een dubbelrekening waarop ENI ter terechtzitting van 23 september 1997 heeft gewezen. Daar de verliezen van de eerste drie jaar worden gecompenseerd door de bestaande eigen middelen van 1 950 miljard LIT, worden die verliezen niet andermaal afgetrokken van de kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT. Verder vult tabel A tabel QI/1 aan, doordat een zeer geringe restwaarde wordt toegevoegd. Gelet op de complexiteit van de opgeworpen vragen, dient de Commissie over een ruime marge te beschikken om de methode en de uitgangspunten voor de berekening te kiezen.
- 154 Ook indien de in tabel A gehanteerde methode onjuist zou zijn, is het bestreden besluit niet onwettig, daar uit de in tabel B gehanteerde tweede methode blijkt, dat de kapitaalinjectie niet met een steunmaatregel van de staat kan worden gelijkgesteld. Ook andere methoden bevestigen dat de Commissie het bestreden besluit op goede gronden heeft vastgesteld, daar ook zij aantonen, dat de kapitaalinjectie geen steunmaatregel was. ENI en EniChem leggen aan het Gerecht berekeningen voor inzake cashflow volgens de in tabel B gehanteerde disconteringsmethode, maar met enigszins verschillende uitgangspunten. Volgens die berekeningen leverde de derde kapitaalinjectie een aanzienlijk rendement op.

— De terechtzitting van 17 maart 1998

- 155 Ter terechtzitting van 17 maart 1998 deelde de Commissie het Gerecht mee, dat het stuk dat zij als bijlage bij haar brief van 16 oktober 1997 had overgelegd, misschien toch niet het origineel was van tabel QI/3 zoals het bestond ten tijde van de vaststelling van het bestreden besluit. Dat neemt evenwel niet weg, dat de door de Commissie bij de berekening gehanteerde 12 % een redelijk percentage was.
- 156 Ten gronde bekleemtoonde de Commissie onder meer, dat de vermelding van de toekomstige cashflow in punt 4 van het bestreden besluit moet worden gezien in het licht van punt 35 van de mededeling betreffende openbare bedrijven, waarin het heet, dat de bruto cashflow mede kan omvatten de „verwachte cash flows uit het project [die de investeerder verkrijgt door dividenduitkering en/of vermogensaanwas (...)]”. Aangezien bij de eventuele liquidatie van EniChem de bestaande activa wegens de liquidatiekosten verloren zouden gaan, zijn de 1 950 miljard LIT in kwestie te beschouwen als „vermogensaanwas” in de zin van die mededeling. Het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie verlangt trouwens dat de waarde van 1 950 miljard LIT wordt meegerekend, daar die waarde door de kapitaalinjectie in de toekomst kan worden behouden, terwijl zij bij liquidatie verloren zou gaan. Hoewel dit specifieke aspect van de berekening niet uitdrukkelijk in het bestreden besluit is vermeld, is het volgens vaste rechtspraak niet noodzakelijk dat alle details van de motivering worden vermeld.
- 157 Ook al wordt de restwaarde in het bestreden besluit evenmin uitdrukkelijk vermeld, is het toch normaal dat zij bij een onderzoek als het onderhavige wordt berekend, zoals uit de door partijen aangehaalde werken trouwens blijkt. Nu er ten minste vier methoden bestaan om de restwaarde te berekenen, heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt door één van die methoden te gebruiken, terwijl verzoekster een andere methode verdedigt.

- 158 De Commissie voegt daaraan toe, dat in punt 4 van het bestreden besluit is vermeld, dat vanaf 1998 de in het herstructureringsplan voorziene winsten een iets hoger niveau zouden bereiken dan dat van de minimale opbrengst die aanvaardbaar is voor een particuliere investeerder. Overeenkomstig het arrest ENI-Lanerossi volstaat deze zin op zich reeds om het bestreden besluit te rechtvaardigen. Ook moet rekening worden gehouden met de langetermijnstrategie van ENI, met haar toekomstige privatisering en met de synergieën van de groep. Bovendien kan ook rekening worden gehouden met gebeurtenissen van na het bestreden besluit, althans om aan te tonen dat de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt (arresten Hof van 10 juli 1986, België/Commissie, 234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 12; hierna: „arrest Meura”, en 24 oktober 1996, Duitsland e. a./Commissie, C-329/93, C-62/95 en C-63/95, Jurispr. blz. I-5151, punt 34; hierna: „arrest Bremer Vulkan”).
- 159 Ten slotte verzoekt de Commissie het Gerecht om zich voor de uitspraak niet te baseren op tabel QI/1, maar op tabel A. Zij bevestigt, dat de berekening die ten tijde van het bestreden besluit is gemaakt, die is welke voorkomt in tabel A, met de bestaande eigen middelen en de restwaarde, en niet die van regel 5 van tabel QI/1.

Beoordeling door het Gerecht

- 160 In punt 4 van het bestreden besluit stelde de Commissie, dat de derde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT geen steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag was, omdat zij had kunnen zijn verricht door een particuliere investeerder in een markteconomie.
- 161 Volgens de rechtspraak is het beginsel dat een kapitaalinjectie niet als een steunmaatregel van de staat in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag kan worden beschouwd wanneer een particuliere investeerder in een markteconomie onder soortgelijke omstandigheden een dergelijke injectie had gedaan, een relevant criterium, dat er onder meer toe strekt te garanderen dat een kapitaalinjectie niet als

steun wordt aangemerkt op de enkele grond dat hij uitgaat van de overheid (arresten Meura, punten 9-18, en Boussac, punten 38 en 39; arrest Hof van 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punten 23-29; hierna: „arrest Tubemeuse”); arresten Alfa Romeo, punten 17-24; ENI-Lanerossi, punten 16-24; Hytasa, punten 20-26, en Bremer Vulkan, punten 23-26).

- 162 Uit de conclusie van de Commissie met betrekking tot de derde kapitaalinjectie volgt, dat het in de artikelen 92 tot 94 van het Verdrag geregelde toezicht op staatssteun niet van toepassing is op die kapitaalinjectie, zodat de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt niet is onderzocht overeenkomstig artikel 92, leden 2 en 3, van het Verdrag. Dat gebeurde enkel voor de eerste twee kapitaalinjecties, die slechts 1 794 miljard LIT vertegenwoordigen van de totale inbreng van 4 794 miljard LIT.
- 163 Onder de gegeven omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat eerst verzoeksters derde middel moet worden onderzocht, dat is ontleend aan schending van artikel 93, lid 2, van het Verdrag, doordat de bij die bepaling voorgeschreven procedure niet is ingeleid met betrekking tot de derde kapitaalinjectie.

Het middel ontleend aan schending van artikel 93, lid 2, van het Verdrag, doordat de bij die bepaling voorgeschreven procedure niet is ingeleid met betrekking tot de derde kapitaalinjectie

- 164 Volgens vaste rechtspraak wordt de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag volstrekt noodzakelijk wanneer de Commissie op ernstige problemen stuit bij de beoordeling van de vraag of een steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. In geval van een positieve beslissing over een steunmaatregel mag de Commissie zich dus slechts tot het in artikel 93, lid 3, bedoelde vooronderzoek beperken indien zij na een eerste onderzoek tot de overtuiging kan komen dat die maatregel verenigbaar is met het Verdrag. Komt de Commissie bij het

eerste onderzoek echter tot een tegengestelde conclusie of heeft zij niet alle problemen weten op te lossen die zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt voordoen, dan is zij verplicht alle nodige adviezen in te winnen en hiertoe de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden (zie met name arrest Hof van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, punt 13; arresten Cook/Commissie, reeds aangehaald, punt 29; Matra/Commissie, reeds aangehaald, punt 33; en Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 39).

165 Het beginsel dat degenen die door de in artikel 93, lid 2, van het Verdrag neergelegde procedurele waarborgen worden beschermd, de eerbiediging daarvan slechts kunnen afdwingen indien zij de mogelijkheid hebben voor de gemeenschapsrechter op te komen tegen een besluit om die procedure niet in te leiden, geldt ook wanneer de Commissie meent dat er zelfs van een steunmaatregel als zodanig geen sprake is (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 47).

166 Het Gerecht is van oordeel, dat uit die rechtspraak, en met name uit het arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, volgt dat de Commissie verplicht kan zijn de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden, wanneer zij bij een eerste onderzoek niet alle problemen heeft weten op te lossen die zich voordoen bij de vraag of de betrokken maatregel een steunmaatregel is in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag, tenzij wanneer zij bij dit eerste onderzoek ervan overtuigd is geraakt dat de betrokken maatregel hoe dan ook verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, zelfs indien hij een steunmaatregel was.

167 In de onderhavige zaak gaat het over drie kapitaalinjecties van respectievelijk 1 000 miljard LIT, 794 miljard LIT en 3 000 miljard LIT, die een overheidsonderneming (ENI) in een periode van twee jaar in een van haar dochterondernemingen (Eni-Chem) heeft ingebracht. Volgens het bestreden besluit zijn de eerste twee kapitaalinjecties steunmaatregelen van de staat, terwijl de derde wordt aangemerkt als een investering die door een particuliere investeerder had kunnen zijn verricht.

168 Vaststaat, dat de conclusie van de Commissie, dat een particuliere investeerder de derde kapitaalinjectie had kunnen verrichten, hoofdzakelijk is gebaseerd op de volgende vaststelling in punt 4 van het bestreden besluit:

„Uitgaande van de betaling van de laatste injectie van 3 000 miljard LIT en berekend over een periode die lang genoeg is om te worden aangemerkt als de normale duur van deze investering, is de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow nagenoeg gelijk aan deze investering van 3 000 miljard LIT”.

169 Nagegaan moet worden, of de beoordelingen van de Commissie in casu ernstige moeilijkheden opleverden die de inleiding van de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag konden rechtvaardigen (arrest *Matra/Commissie*, reeds aangehaald, punt 34). Als ernstige moeilijkheden voor de Commissie voert verzoekster de vraag aan, of het verwachte rendement van de derde kapitaalinjectie los van dat van de eerste twee kapitaalinjecties moest worden onderzocht, en voorts of de contante waarde van de toekomstige cashflow van die aard was, dat een particuliere investeerder dat kapitaal zou hebben ingebracht.

170 Wat het eerste punt betreft, sluit het loutere feit dat een overheidsonderneming in een dochtermaatschappij reeds kapitaal heeft ingebracht dat als steun is aangemerkt, niet a priori uit, dat een latere kapitaalinjectie kan worden beschouwd als een investering die voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie. Het Gerecht is evenwel van oordeel, dat de Commissie in een geval als het onderhavige, waarin dezelfde investeerder in twee jaar tijd drie kapitaalinjecties heeft verricht, waarvan de eerste twee geen enkel rendement opleverden, moest nagaan, of de derde kapitaalinjectie redelijkerwijs los van de eerste twee kon worden beschouwd, en in de context van het criterium van de particuliere investeerder als een aparte investering kon worden aangemerkt.

171 Het Gerecht is van oordeel, dat bij een dergelijk onderzoek moet worden gelet op de chronologie van de betrokken kapitaalinjecties, hun doel, en de situatie van de dochteronderneming ten tijde van de vaststelling van de besluiten om de betrokken kapitaalinjecties te verrichten.

172 Met betrekking tot de chronologie van de drie kapitaalinjecties blijkt uit de stukken, dat

a) de eerste kapitaalinjectie van 1 000 miljard LIT werd verricht op 1 oktober 1992;

b) de tweede kapitaalinjectie van 794 miljard LIT door ENI is goedgekeurd tijdens een bijeenkomst op 2 december 1993 (zie de brief van 23 december 1993 van ENI aan de Italiaanse regering, bijlage 21 bij de memorie in interventie van ENI en EniChem), en doorging in december 1993;

c) tijdens die bijeenkomst op 2 december 1993 de raad van bestuur van ENI een ontwerpplan voor de herstructurering van EniChem heeft onderzocht, waarvan de hoofdlijnen reeds op 20 oktober 1993 waren vastgesteld. Dat plan voorzag onder meer in „het herstel van het financieel evenwicht” door „interventies van de aandeelhouder” (zie de brief van 23 december 1993 van ENI aan de Italiaanse regering, bijlage 21 bij de memorie in interventie van ENI en EniChem). Opgemerkt werd, dat „de laatste hand wordt gelegd aan de details van het plan, zodat het begin 1994 aan de Commissie kan worden voorgelegd”;

d) het herstructureringsplan 1994-1997 op 27 januari 1994 door de raad van bestuur van ENI is goedgekeurd. In punt 2.2 van het plan is gesteld, dat

„de kapitaalbreng door de aandeelhouder wordt geraamd op 3 000 miljard LIT, hetgeen volstaat om het kapitaal van EniChem nagenoeg op het niveau te

brenge van het beginkapitaal bij de oprichting (4 250 miljard LIT), dat door niet-gedekte verliezen is verminderd. De kapitaalverhoging moet plaatsvinden in juni 1994”;

- e) volgens de Italiaanse regering de Commissie in februari 1994 in kennis is gesteld van haar voornemen de derde kapitaalinjectie te verrichten conform de overeenkomst Andreatta-Van Miert over de herstructurering van sommige Italiaanse ondernemingen;
- f) het herstructureringsplan tijdens een bijeenkomst op 15 april 1994 is voorgesteld aan DG IV van de Commissie, en bij brief van de Italiaanse regering van 18 mei 1994 formeel is aangemeld;
- g) de Italiaanse regering bij brief van 6 juni 1994 aan de Commissie bevestigde, dat het herstructureringsplan van EniChem niet enkel betrekking had op de kapitaalinjecties waarover de Commissie bij brief van 16 maart 1994 een onderzoek had ingeleid, maar ook op de derde kapitaalinjectie. Zij verklaarde ook, dat haar opmerkingen van 18 mei 1994 sloegen op alle verrichtingen in verband met het kapitaal van EniChem, met inbegrip van de derde kapitaalinjectie;
- h) volgens ENI de derde kapitaalinjectie formeel is goedgekeurd tijdens de algemene vergadering van de aandeelhouders van EniChem van 29 juni 1994, en is uitgevoerd binnen drie maanden na het bestreden besluit van 27 juli 1994.

¹⁷³ Wat het doel van de drie kapitaalinjecties betreft, is in het bestreden besluit gesteld, dat de eerste twee bedoeld waren ter dekking van de verliezen ten gevolge van de daarin genoemde herstructureringsmaatregelen, met name de sluiting van installaties of volledige fabrieken. Volgens ENI en EniChem hadden zij ook tot doel, het kapitaal van EniChem op het niveau te brengen dat in 1989 aanvankelijk was afgesproken tussen Ente Nazionale Idrocarburi en Montedison SpA (supra, punt 120). Blijkens het herstructureringsplan had ook de derde kapitaalinjectie tot doel het

door verliezen aangetaste kapitaal van EniChem op hetzelfde niveau te brengen als bij haar oprichting en herstructureringsmaatregelen te financieren (supra, punt 172, sub d).

- 174 Volgens de memories van de Commissie en de Italiaanse regering werden de drie kapitaalinjecties verricht in het kader van een omvangrijk programma van herstructurering van de Italiaanse overheidsbedrijven, waarover met de Commissie was onderhandeld in het kader van de zaak EFIM, die tot de overeenkomst Andreatta-Van Miert heeft geleid. De algemene benadering van de Italiaanse regering van de herstructurering en de privatisering van EniChem is uiteengezet in twee documenten, die de Italiaanse autoriteiten in november 1992 en april 1993 hebben gepubliceerd. In dat kader heeft de Commissie voor het Gerecht onder meer verklaard, dat de met de eerste twee kapitaalinjecties gefinancierde herstructureringsmaatregelen het resultaat waren van een coherent beleid, dat later in detail is beschreven in het in 1994 aan de Commissie voorgelegde herstructureringsplan, waarin werd aangegeven welke bijkomende herstructureringsmaatregelen nog nodig waren voor de inkrumping of heroriëntering van de activiteiten van EniChem. De derde kapitaalinjectie was precies bedoeld als een onderdeel van dat herstructureringsplan.
- 175 Deze zienswijze van de Commissie is bevestigd door de brief van de Italiaanse regering van 6 juni 1994, naar luid waarvan het herstructureringsplan van EniChem en de opmerkingen van de Italiaanse regering van 18 mei 1994 niet alleen op de eerste twee kapitaalinjecties sloegen, maar ook op de derde.
- 176 Wat ten slotte de situatie van EniChem ten tijde van de drie betrokken kapitaalinjecties betreft, blijkt uit haar jaarverslagen, dat haar totale verliezen opliepen tot 1 542 miljard LIT voor het jaar dat eindigde op 31 december 1992, en tot 2 677 miljard LIT voor het jaar dat eindigde op 31 december 1993. Volgens de meest optimistische prognose van EniChem zouden bovendien de gecumuleerde verliezen voor de jaren 1994 tot 1997 zelfs na de derde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT en de daarmee gepaard gaande herstructureringsmaatregelen nog 2 452 miljard LIT bedragen [zie „Analisi di Sensività (Ipotesi Migliorative di Scenario)”, opgemaakt op 13 april 1994]. Daaruit volgt, dat de reeds vaststaande, en de destijds nog te verwachten verliezen voor de 6 jaar van 1992 tot 1997, zelfs na de drie kapitaalinjecties van in totaal 4 794 miljard LIT, opliepen tot 6 671 miljard LIT.

177 Volgens de memories van de Commissie had EniChem na de eerste twee kapitaalinjecties geen ander alternatief dan het faillissement. De Commissie stelt, dat „de aandeelhouder van EniChem, ENI, ten tijde van de kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT voor het volgende dilemma stond: herkapitaliseren en herstructureren, of niets doen en EniChem failliet laten gaan” (verweerschrift, punt A. I.14), en dat „zonder de derde kapitaalinjectie en de daaropvolgende herstructurering, de destijds door de onderneming geleden verliezen in een of twee jaar tijd haar eigen middelen zouden hebben uitgeput hetgeen tot nieuwe kapitaalinjecties, of, bij gebreke daarvan, tot de liquidatie van de vennootschap zou hebben genoopt” (dupliek, punt D.15).

178 Daaruit volgt,

- dat de raad van bestuur van ENI in een vrij korte tijdspanne, tussen oktober 1992 en juli 1994, heeft besloten tot de drie kapitaalinjecties over te gaan. In het bijzonder moet worden opgemerkt, dat zijn besluit van december 1993 om de tweede kapitaalinjectie te verrichten zeer snel is gevolgd door het besluit van 27 januari 1994 om de derde kapitaalinjectie goed te keuren in het kader van de goedkeuring van het herstructureringsplan;
- dat de drie kapitaalinjecties deel uitmaakten van een continu programma voor de herstructurering van EniChem, met name voor de sluiting of heroriëntering van bepaalde activiteiten en voor het herstel van haar door verliezen aangetaste kapitaal. Zoals de Commissie voor het Gerecht heeft gesteld, was de derde kapitaalinjectie slechts het logische gevolg van de maatregelen die reeds door de eerste twee waren gefinancierd, en was het op 27 januari 1994 goedgekeurde herstructureringsplan slechts de afronding van de herstructureringsmaatregelen die nog nodig waren in het kader van een programma waarmee in 1992 een aanvang was gemaakt. Volgens de brief van 6 juni 1994 van de Italiaanse regering, aandeelhouder van ENI, sloegen het herstructureringsplan en haar opmerkingen van 18 mei 1994 niet alleen op de eerste twee kapitaalinjecties maar ook op de derde;
- dat EniChem na de eerste twee kapitaalinjecties nog steeds aanzienlijke verliezen leed. Volgens de Commissie kon zij met de eerste twee kapitaalinjecties alleen niet overleven op de markt, en was zonder de derde kapitaalinjectie de liquidatie van EniChem onvermijdelijk (supra, punt 177).

- 179 Het Gerecht trekt daaruit de conclusie, dat er destijds ernstige aanwijzingen waren om aan te nemen, dat de drie kapitaalinjecties, die weliswaar op verschillende tijdstippen in een relatief korte periode tussen oktober 1992 en oktober 1994 zijn verricht, in feite moesten worden beschouwd als een reeks onderling verbonden inbrengen van kapitaal in het kader van een continu herstructureringsproces dat in 1992 was begonnen, en die hetzelfde doel hadden, namelijk de noodzakelijke herstructureringsmaatregelen financieren en het door verliezen aangetaste kapitaal van EniChem weer op peil brengen. Ook de hiervoor vermelde omstandigheden hadden de vraag moeten doen rijzen, of het herstructureringsplan enkel dankzij die kapitaalinjecties als een geheel beschouwd de leefbaarheid van EniChem kon herstellen.
- 180 Onder de gegeven omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie zich had moeten afvragen of de derde kapitaalinjectie voldoende los stond van de eerste twee om onafhankelijk daarvan te kunnen worden onderzocht. Zij kon dus niet beoordelen, of het besluit van ENI om de derde kapitaalinjectie te verrichten kon worden aangemerkt als een besluit dat zou zijn genomen door een particuliere investeerder in een markteconomie.
- 181 Wat vervolgens de vraag betreft, of, zelfs indien de derde kapitaalinjectie los van de eerste twee kon worden beoordeeld, de contante waarde van de toekomstige cashflow van die aard was, dat een particuliere investeerder die kapitaalinjectie zou hebben verricht, merkt het Gerecht allereerst op, dat de Commissie bij haar opmerkingen van 30 juni 1997 een berekening heeft gevoegd van de contante waarde van de toekomstige cashflow van EniChem. Die berekening staat in tabel QI/1, gedateerd 1 juli 1994. De tegen 12 % verdisconteerde gecumuleerde winst (of verlies) van EniChem van augustus 1994 tot 2005 bedraagt op regel 4 van tabel QI/1 min 34 miljard LIT. Volgens de opmerkingen van de Commissie bedraagt de contante nettowaarde van de cashflow van EniChem op regel 5 van die tabel („Cumulated equity value”) 2 966 miljard LIT. Deze uitlegging van tabel QI/1 is ter terechtzitting van 23 september 1997 bevestigd door Spagnolli, de ambtenaar die ermee was belast die tabel op te stellen.

- 182 In haar brief van 26 september 1997, waarbij de Commissie het Gerecht meedeelde dat tabel QI/1 weliswaar gedagtekend was 1 juli 1994, maar niet vóór het bestreden besluit was opgesteld, doch een reconstructie door Spagnolli was van zijn berekeningen van toen, stelde de Commissie dat tabel QI/1 het soort berekeningen weergaf die daadwerkelijk aan het bestreden besluit ten grondslag lagen. In haar brief aan het Gerecht van 16 oktober 1997 stelde de Commissie onder meer, dat zij „op haar standpunt bleef, dat de voor het Gerecht beschreven methoden voor de berekening van het rendement van de kapitaalinjectie en de contante nettowaarde van de toekomstige cashflow waren gebruikt om tot het besluit van de Commissie te komen, en dat die methoden hadden geleid tot de in het besluit vermelde en voor het Gerecht uiteengezette resultaten, met inbegrip van de resultaten in tabel QI/1, waarvan het origineel zich niet meer in het dossier bevindt. Spagnolli en Feltkamp, die beiden de terechtzitting van 23 september 1997 hebben bijgewoond, zouden dat kunnen bevestigen.”
- 183 In antwoord op een nieuwe vraag van het Gerecht van 13 oktober 1997, heeft de Commissie bij brief van 11 november 1997 nieuwe berekeningen van de contante nettowaarde van de toekomstige cashflow van EniChem overgelegd. Die berekeningen staan met name in tabel A, die ten opzichte van tabel QI/1 vier belangrijke verschillen vertoont.
- 184 In de eerste plaats bedraagt de gecumuleerde verdisconteerde winst (of verlies) van EniChem voor de periode van 1994 tot 2005 op regel 4 van tabel A min 3 034 miljard LIT, in plaats van min 34 miljard LIT op regel 4 van tabel QI/1.
- 185 In de tweede plaats wordt dit verlies van 3 034 miljard LIT in tabel A ten dele gecompenseerd door de berekening van een restwaarde van EniChem van 1 531 miljard LIT in 2005 (zie de nieuwe kolom „restwaarde”). Die berekening ontbreekt in tabel QI/1.

- 186 In de derde plaats wordt het gecumuleerde verlies van 3 034 miljard LIT tijdens de periode tot 2005 eveneens ten dele gecompenseerd door de inaanmerkingneming van de waarde van de eigen middelen van EniChem in juli 1994. Blijkens de nieuwe regel 6 van tabel A, Eigen middelen op 31.7.94 („Existing equity at 31/7/94”) zijn die eigen middelen van 1 950 miljard LIT in rekening gebracht om de op regel 3 van tabel QI/1 en tabel A vermelde verliezen (1 514 miljard LIT) van EniChem voor de jaren 1994 tot 1996 te compenseren. Die berekening ontbreekt in tabel QI/1, die geen waarde toekent aan de eigen middelen (zie noot 5 bij tabel QI/1).
- 187 In de vierde plaats speelt de berekening van de gecumuleerde eigen middelen op regel 5 van tabel QI/1, die volgens de opmerkingen van de Commissie van 30 juni 1997 de contante nettowaarde van de toekomstige cashflow van EniChem voorstelt waar in punt 4 van het bestreden besluit naar is verwezen, geen enkele rol meer in de berekeningen in tabel A.
- 188 Voorts volgt uit de brief van de Commissie van 11 november 1997 en haar verklaringen ter terechtzitting van 17 maart 1998, dat volgens haar de berekeningen in tabel QI/1 onjuist zijn, zodat zij er afstand van neemt. Volgens haar verklaringen in haar opmerkingen van 30 juni 1997, ter terechtzitting van 23 september 1997 en in haar brieven van 26 september en 16 oktober 1997, heeft zij destijds haar conclusie in het bestreden besluit betreffende de houding van een particuliere investeerder, evenwel op die berekeningen gebaseerd.
- 189 Met betrekking tot de stelling in de opmerkingen van de Commissie van 11 november 1997, dat niet de berekeningen in tabel QI/1, maar wel die in tabel A de basis vormden voor het bestreden besluit, kan het Gerecht in de memories van de Commissie geen spoor vinden van de in tabel A gevolgde redeneerwijze. Het Gerecht merkt met name op, dat de rentabiliteit van de investering volgens tabel A onder meer afhankelijk is van de inaanmerkingneming, als tegengewicht voor de verliezen van EniChem van 1994 tot 1996, van het bedrag van 1 950 miljard LIT,

dat volgens tabel A de toenmalige waarde is van de eigen middelen van EniChem. Anders dan in tabel A heeft de Commissie in de punten 17 tot 19 van haar verweerschrift evenwel gesteld, dat bij de berekening voorzichtigheidshalve moest worden aangenomen, „dat de waarde van de bestaande investering van ENI in EniChem in juli 1994 reeds nul was”. Ook tabel QI/1 is op die veronderstelling gebaseerd, zoals blijkt uit noot 5 daarbij. Voorts is naar de benadering van tabel A niet verwezen in de opmerkingen van de Commissie van 30 juni 1997, noch ter terechtzitting van 23 september 1997 door de ambtenaar die destijds voor de berekeningen in kwestie verantwoordelijk was.

190 Ook moet worden opgemerkt, dat tabel A volgens de Commissie slechts is gebaseerd op de „herinneringen” van de betrokken ambtenaren Spagnolli, Feltkamp en Owen. Tabel A strookt evenwel niet met de verklaringen van Spagnolli ter terechtzitting van het Gerecht van 23 september 1997. In haar brief van 16 oktober 1997 heeft de Commissie trouwens verklaard, dat Feltkamp noch Owen zich de juiste inhoud van de bij de voorbereiding van het bestreden besluit gebruikte tabellen kon herinneren. Bovendien erkende de Commissie in punt 8 van haar opmerkingen van 11 november 1997, dat niemand zich de juiste berekening van de restwaarde van EniChem kon herinneren.

191 De Commissie heeft niet kunnen aantonen, dat de berekeningen in tabel A inderdaad vóór de vaststelling van het bestreden besluit zijn gemaakt en de conclusie rechtvaardigen, dat de contante nettowaarde van de toekomstige cashflow van die aard was, dat een particuliere investeerder in een markteconomie de derde kapitaalinjectie had kunnen verrichten. Verder staat vast, dat de Commissie zich niet langer beroept op de gegevens in tabel QI/1, en dat noch de berekeningen in tabel B, noch de berekeningen die ENI en EniChem tijdens de procedure hebben aangevoerd, bij de vaststelling van het bestreden besluit zijn gebruikt.

192 Het Gerecht kan derhalve niet uitmaken, welke berekeningen de Commissie destijds heeft gebruikt tot staving van haar zienswijze, dat een particuliere investeerder de derde kapitaalinjectie had kunnen verrichten.

- 193 Onder die omstandigheden is het Gerecht van oordeel, dat het feit dat de Commissie tijdens de procedure tegenstrijdige berekeningen heeft overgelegd, doch niet de berekeningen kan overleggen die zij destijds heeft gebruikt om in de inleidende fase van het onderzoek van de derde kapitaalinjectie tot de slotsom te komen, dat „de contante waarde van de verwachte toekomstige cashflow nagenoeg gelijk [is] aan deze investering van 3 000 miljard lire” zodat de kapitaalinjectie in overeenstemming is „met het beginsel van een particuliere investeerder in een markt-economie”, in casu ernstige twijfel wettigt over de vraag of die kapitaalinjectie niet net als de eerste twee een steunmaatregel van de staat was in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.
- 194 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het argument van ENI en EniChem, dat overeenkomstig de rechtspraak (arrest ENI-Lanerossi, reeds aangehaald, punt 21), de vaststelling in het bestreden besluit, dat de laatste kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT had kunnen zijn verricht door een particuliere investeerder in een markteconomie, niet alleen kan worden gerechtvaardigd door het financiële rendement, maar ook door specifieke overwegingen die eigen zijn aan de moeder-ondernemingen van een groep die in een dochteronderneming investeren. Dienaangaande kan worden volstaan met de vaststelling, dat de Commissie, zoals zij zelf heeft erkend (supra, punt 107), zich in haar besluit niet op die overwegingen heeft gebaseerd om te concluderen dat de derde kapitaalinjectie geen steunmaatregel was, omdat zij geen enkele twijfel had over de rentabiliteit van die kapitaalinjectie.
- 195 Hetzelfde geldt voor het door de Commissie ter terechtzitting van 17 maart 1998 aangevoerde argument, dat een particuliere investeerder de derde kapitaalinjectie zou hebben verricht op de enkele grond van punt 4, derde alinea, tweede zin: „Vanaf 1998 zouden de winsten ten volle worden gerealiseerd, en een niveau bereiken van iets meer dan de minimale opbrengst die aanvaardbaar is voor een particuliere investeerder.” Ook hier moet immers worden opgemerkt dat deze overweging in het bestreden besluit slechts van ondergeschikt belang is in vergelijking met de berekening waar in punt 4, derde alinea, derde zin, naar wordt verwezen. Bovendien houdt dit argument geen rekening met de verliezen van EniChem voor de jaren 1994 tot 1997, die meer dan 2 400 miljard LIT bedragen (supra, punt 176).
- 196 Met betrekking tot het argument van de Italiaanse Republiek, ENI en EniChem, dat de drie kapitaalinjecties hoe dan ook niet zijn verricht door de staat of met

staatsmiddelen in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag, kan worden volstaan met vast te stellen, dat de Commissie dat argument in het bestreden besluit niet heeft ter sprake gebracht. Het kan dan ook niet worden ingeroepen bij de wettigheidstoetsing door het Gerecht.

- 197 Uit een en ander volgt, dat de Commissie na een eerste onderzoek op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag niet alle moeilijkheden kon overwinnen in verband met de vraag of de derde kapitaalinjectie een steunmaatregel was in de zin van artikel 92, lid 1, van het Verdrag.
- 198 Voorts beklemtoont het Gerecht, dat de procedure van artikel 93, lid 2, van het Verdrag reeds was ingeleid met betrekking tot de eerste twee kapitaalinjecties, die als steunmaatregelen waren aangemerkt. De ernstige twijfel die de Commissie met betrekking tot de derde kapitaalinjectie had moeten koesteren, sloeg juist op de vraag, of deze laatste tezamen met de eerste twee moest worden beoordeeld ten einde vast te stellen of het ging om een steunmaatregel van de staat dan wel om een investering die voldeed aan het criterium van de particuliere investeerder in een markteconomie. De derde kapitaalinjectie (3 000 miljard LIT) betrof trouwens een veel belangrijker bedrag dan het totaal van de eerste twee, die reeds werden onderzocht (1 794 miljard LIT).
- 199 In casu staat vast, dat de Commissie de verenigbaarheid van de derde kapitaalinjectie met de gemeenschappelijke markt nooit heeft onderzocht.
- 200 Gelet op de specifieke omstandigheden van de zaak volgt daaruit, dat de Commissie, die haar eerste onderzoek van de derde kapitaalinjectie op grond van artikel 93, lid 3, van het Verdrag heeft beëindigd, hoewel zij de moeilijkheden met betrekking tot de vraag of deze kapitaalinjectie een steunmaatregel van de staat was, niet kon oplossen, en niet heeft onderzocht of deze verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, verzoeksters rechten als belanghebbende in de zin van artikel 93, lid 2, van het Verdrag heeft geschonden.
- 201 Het bestreden besluit moet dus op die grond nietig worden verklaard, zonder dat verzoeksters andere middelen en argumenten behoeven te worden onderzocht.

Kosten

- 202 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. In casu is de Commissie in het ongelijk gesteld met betrekking tot de derde kapitaalinjectie, en verzoekster met betrekking tot de eerste twee. Onder die omstandigheden moet de Commissie worden verwezen in haar eigen kosten en in twee derden van verzoeksters kosten.
- 203 Overeenkomstig artikel 87, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zullen het Verenigd Koninkrijk, de Italiaanse Republiek, ENI en EniChem hun eigen kosten dragen.

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

rechtdoende:

- 1) Verklaart nietig het besluit van de Commissie van 27 juli 1994 betreffende steun die Italië besloten heeft te verlenen aan EniChem SpA, voor zover daarbij de onderzoeksprocedure van artikel 93, lid 3, van het Verdrag wordt beëindigd voor de daarin genoemde kapitaalinjectie van 3 000 miljard LIT.

- 2) Verklaart het beroep voor het overige niet-ontvankelijk.

- 3) Verwijst de Commissie in haar eigen kosten en in twee derden van verzoeksters kosten. Verzoekster zal een derde van haar eigen kosten dragen.

- 4) Verstaat dat het Verenigd Koninkrijk, de Italiaanse Republiek, Eni SpA en EniChem SpA hun eigen kosten zullen dragen.

Kalogeropoulos

Briët

García-Valdecasas

Bellamy

Potocki

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 15 september 1998.

De griffier

De president van de Tweede kamer

H. Jung

A. Kalogeropoulos