

# CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

G. TESAURO

van 19 september 1989 \*

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

1. De Belgische regering komt op tegen de beschikking van 4 februari 1987, waarin de Commissie vaststelde, dat de aanzienlijke financiële hulp (meer dan 12 miljard BFR) die de Belgische regering in de periode 1984-1986 aan het staalbedrijf Tubemeuse onder diverse vormen (kapitaalsverhoging, intekening op converteerbare obligaties, omzetting van gewaarborgde kredieten in kapitaal en andere tegemoetkomingen) had verleend, onwettig was wegens schending van de verplichtingen van artikel 93, lid 3, EEG-Verdrag. Voorts stelde de Commissie in haar beschikking vast, dat bedoelde hulp eveneens onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 92, en gelastte zij de intrekking via terugvordering.

## Prealabel probleem

2. Alvorens het beroep ten gronde te onderzoeken, moet een probleem worden onderzocht waarop de Commissie in haar memoires en ter terechtzitting uitvoerig is ingegaan, en waaromtrent zij het Hof om een uitdrukkelijke uitspraak heeft verzocht.

De Commissie werpt immers in limine litis een exceptie van niet-ontvankelijkheid op tegen de middelen van het beroep, die betrekking hebben op de toepassing van artikel 92, lid 3, EEG-Verdrag.

De Belgische regering ontkent niet, dat zij in casu de formele verplichtingen van artikel 93, lid 3, heeft geschonden. Welnu, volgens de Commissie brengt die schending automatisch mee, dat de betrokken steun onwettig is toegekend, zonder dat behoeft te worden onderzocht, of de steun verenigbaar is met de materiële bepalingen van artikel 92, lid 3. Volgens de Commissie volgt daaruit, dat de middelen van het beroep die betrekking hebben op de toepassing van die bepalingen, niet-ontvankelijk moeten worden geacht.

3. Vooraf wil ik opmerken, dat de draagwijdte en de implicaties van het door de Commissie opgeworpen vraagstuk van zodanige aard zijn, dat men in feite niet kan spreken van een *exceptie van niet-ontvankelijkheid* in de eigenlijke zin van het woord.

Immers, in de eerste plaats is er in de bestreden beschikking sprake van twee schendingen, namelijk van artikel 93, lid 3, en van artikel 92 (artikel 1: „Deze steunmaatregel is bovendien krachtens artikel 92 van het EEG-Verdrag onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt”), zodat de motivering van de beschikking voor beide aspecten geldt. De grief die de Belgische regering tegen het gedeelte van de beschikking heeft aangevoerd, dat betrekking heeft op de toepassing van artikel 92, lid 3, is dan ook zonder meer „ontvankelijk”. In de tweede plaats verzoekt de Commissie het Hof, zoals zij ook ter terechtzitting uitdrukkelijk heeft gepreciseerd, veeleer om toepassing van een *criterium van proceseconomie*: zodra vaststaat dat de betrokken overheidsmaatre-

\* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

gel onwettig is wegens strijd met artikel 93, lid 3, zou niet meer behoeven te worden onderzocht, of de betrokken maatregel al dan niet verenigbaar is met andere verdragsbepalingen, met name met de gemeenschappelijke markt in de zin van en met de werking bedoeld in artikel 92, lid 3, EEG-Verdrag.

In wezen verzoekt de Commissie het Hof te erkennen, dat zij bevoegd is om de onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt vast te stellen van iedere overheidsmaatregel die een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, is en die in strijd met artikel 93, lid 3 (verplichte kennisgeving en schorsende werking) is toegekend, zonder dat zij in dat geval behoeft te onderzoeken, of die steun al dan niet onder de afwijkingen van artikel 92, lid 3, EEG-Verdrag kan vallen. Voorts verzoekt de Commissie dat het Hof dat onderzoek niet verricht, daar het ten aanzien van dergelijke steun niet over een „discretionaire bevoegdheid” zou beschikken.

Het argument van de Commissie is zonneklaar: schending van artikel 93, lid 3, is een niet te corrigeren gebrek, daar het om een bepaling van openbare orde gaat, die rechtstreekse werking heeft. Schending van die bepaling maakt bijgevolg de steun „automatisch” en definitief onwettig en onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, zonder dat verder onderzoek „ten gronde” noodzakelijk is. Indien de schending niet wordt ontkend, zoals zij in casu door de Belgische regering niet wordt ontkend, zouden de middelen ten gronde „niet-ontvankelijk” zijn, in die zin dat het Hof er geen kennis van zou moeten nemen.

4. In haar verzoek aan het Hof om een uitspraak over het hiervoor geschilderde probleem wijst de Commissie erop, dat het om een nieuw standpunt gaat, dat van belang is

voor een doeltreffende controle op overheidssteun.<sup>1</sup> Zij stelt vast, dat er de laatste tijd steeds meer steun zonder voorafgaande kennisgeving wordt toegekend.<sup>2</sup> In plaats van van het *voornemen* tot steunverlening kennis te geven, zoals artikel 93, lid 3, voorschrijft, kennen de Lid-Staten dus steeds vaker rechtstreeks steun toe. Zij wachten dus gewoon af tot de Commissie, hetzij eigener beweging, hetzij naar aanleiding van een klacht van derden, om een verklaring omtrent de vastgestelde maatregelen verzoekt. Op dat ogenblik, en alleen dan, verstrekt de betrokken Lid-Staat de gevraagde inlichtingen, zodat, indien nodig, de procedure bedoeld in artikel 93, lid 2, kan worden ingeleid.

Zelfs wanneer die procedure tot een beschikking leidt waarin de steun onverenigbaar wordt verklaard en waarin de intrekking *ex tunc* via terugvordering wordt gelast, schenkt dat resultaat volgens de Commissie evenwel geen voldoening.

Allereerst wordt de terugvordering moeilijker naarmate de controleprocedure langer duurt; volgens de Commissie pogen de Lid-Staten de duur van de procedure kunstmatig te rekken door hun dilatoir gedrag.

Voorts wordt, doordat de steun — in strijd met de „standstill”-verplichting van artikel 93, lid 3, laatste zin — tijdens de controleprocedure wordt toegekend, de mede-

1 — Opgemerkt zij, dat het probleem van de automatische onwettigheid van in strijd met artikel 93, lid 3, toegekende steun door de Commissie ter sprake is gebracht in een reeks beroepen die thans voor het Hof aanhangig zijn: zie met name de zaken C-301/87, Frankrijk/Commissie (arrest van 14 februari 1990, Jurispr. 1990, blz. I-307); C-61/88, Commissie/Frankrijk (arrest van 10 mei 1990, nog niet gepubliceerd); C-162/88, Commissie/Frankrijk (arrest van 4 juli 1990, nog niet gepubliceerd); C-294/88, Poclain SA en Tenneco Europe Ltd/Commissie (arrest van 4 juli 1990, nog niet gepubliceerd), en C-303/88, Italië/Commissie (beschikking van 17 maart 1990, nog hangende).

2 — Volgens de door de Commissie overgelegde gegevens zijn er tijdens de periode 1984-1988 meer dan honderd gevallen vastgesteld, waarin steun in strijd met artikel 93, lid 3, is toegekend.

dinging voordurend vervalst. De latere, toch al hypothetische terugvordering door een Lid-Staat van onwettig toegekende voordelen kan de schadelijke gevolgen van die vervalsing — met name voor sectoren die zich in een crisissituatie bevinden — niet opheffen (men denke in het bijzonder aan de concurrenten van gesteunde ondernemingen die hun activiteiten hebben moeten staken).<sup>3</sup>

Ten slotte dreigt het in het Verdrag voorziene stelsel van *preventief toezicht* zinledig te worden door het feit dat de Commissie steeds vaker voor een „voldongen feit” wordt geplaatst. Die houding is volstrekt onwettig; maatregelen achteraf kunnen de gevolgen ervan slechts gedeeltelijk opheffen. Het is derhalve nodig, een nieuwe vorm van preventief ingrijpen vast te stellen, een soort „afschrikking” die de Lid-Staten ertoe brengt, de *voornemens* van steunverlening tijdig mee te delen, dan wel, wanneer de steunmaatregel te vroeg (tijdens de controleprocedure) tot uitvoering is gebracht, op verzoek van de Commissie de status quo ante te herstellen. De Commissie zou dus (althans indien zij dat nodig acht) uitsluitend steun die zich nog in *ontwerpstadium* bevindt, en dus juist in de door het Verdrag gewenste omstandigheden, preventief op zijn verenigbaarheid moeten kunnen toetsen.

5. Ter aanvulling van het voorgaande zij opgemerkt, dat de opvatting van de Commissie twee nieuwe aspecten bevat. In de eerste plaats maakt de Commissie, zoals gezegd, aanspraak op een soort nieuwe beslissingsbevoegdheid, op grond waarvan zij de onwettigheid van steun wegens schending

van artikel 93, lid 3, kan vaststellen en zich daarop kan beroepen. Althans op het eerste gezicht gaat het dus om een bevoegdheid die zowel buiten het processueel kader van artikel 169 valt (daar de Commissie de inbreuk rechtstreeks zou vaststellen), als buiten dat van artikel 93, lid 2 (daar bij de betrokken beslissing de verenigbaarheid niet meer zou worden getoetst).

Bij een nadere beschouwing blijkt dat evenwel niet het essentiële punt in het betoog van de Commissie te zijn. Waarop het aankomt, is het *gevolg* dat de Commissie aan de schending wil verbinden, onafhankelijk van de vraag, door wie en hoe de schending van artikel 93, lid 3, wordt vastgesteld. De afschrikkende werking, bedoeld om de Lid-Staten artikel 93, lid 3, te laten naleven, wordt namelijk slechts bereikt wanneer de onwettigheid van de steun, hoe ook vastgesteld, de Commissie van de verplichting ontslaat, te onderzoeken of de steun beantwoordt aan de in artikel 92, lid 3, voorziene afwijkingen, en dus of hij in wezen verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is.

Bijgevolg zal ik mijn betoog hierna op dit tweede aspect toespitsen.

Vooraf wil ik opmerken, dat de vraag van de Commissie in dezelfde procedurele termen waarin zij ritueel doch ten onrechte is geformuleerd, kan worden beantwoord. Immers, strikt gezien en met volledige eerbiediging van de voor 's Hof's beoordeling geldende procedurele limieten, kan het Hof zich ertoe beperken, zich uit te spreken over de exceptie van niet-ontvankelijkheid (en

3 — Daarnaast zij gewezen op het gevaar, dat de andere Lid-Staten op de toekenning van overheidssteun waartegen op communautair vlak onvoldoende wordt opgetreden, reageren door te beslissen op eigen houtje op te treden en aan de nationale ondernemingen dezelfde voordelen toe te kennen.

wel, mijns inziens, door deze te verwerpen) om vervolgens de verenigbaarheid van de betrokken overheidssteun te toetsen aan artikel 92, zoals de Commissie overigens in de bestreden beschikking heeft gedaan.

Mijns inziens moet evenwel in ieder geval het door de Commissie opgeworpen vraagstuk inhoudelijk worden onderzocht, waar het, zoals niemand kan ontkennen, om een belangwekkend probleem gaat, dat een diepgaander aandacht verdient dan de gebruikelijke.

Verder wil ik vooraf nog opmerken, dat de stelling van de Commissie op een fundamentele gedachte gebaseerd is: op dit ogenblik zouden de gevolgen van een schending van artikel 93, lid 3, in feite niet zwaar genoeg zijn. Wanneer de Lid-Staten dat artikel met de voeten treden, zouden zij eigenlijk „niets te verliezen hebben”, hetgeen de stijging van het aantal gevallen van onwettig tot uitvoering gebrachte overheidssteun zou verklaren.

Misschien is die overweging op een te pessimistische analyse gebaseerd. Schending van artikel 93, lid 3, heeft immers voor de in gebreke blijvende Lid-Staat zowel op intern als op communautair vlak duidelijk omschreven gevolgen. Deze bepaling lijkt derhalve in dezelfde mate als andere verdragsbepalingen, en misschien zelfs nog meer, met doeltreffende waarborgen omgeven.

Gelet op het belang van dit aspect lijkt het mij opportuun om, alvorens de kerngedachte van het standpunt van de Commissie te onderzoeken, de wezenlijke kenmerken van de verplichtingen van artikel 93, lid 3, te belichten en met inachtneming van de administratieve praktijk en de rechtspraak

na te gaan, welke de gevolgen kunnen zijn van de niet-naleving van die verplichtingen.

6. Het stelsel van preventief toezicht op „nieuwe steun” (of op wijzigingen van bestaande steun), heeft in de eerste plaats ten doel, te voorkomen dat dergelijke steun wordt toegekend, en dus distorsies veroorzaakt, zonder dat de verenigbaarheid ervan op communautair niveau is getoetst.

Het preventief toezicht houdt voor de Lid-Staten een tweevoudige verplichting in:

- zij moeten de Commissie tijdig op de hoogte stellen van hun voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen (gewoonlijk de kennisgevingsverplichting genoemd, ofschoon de terminologie van het Verdrag, misschien niet toevallig, minder precies is);
- zij mogen de voorgenomen maatregelen niet tot uitvoering brengen alvorens de communautaire procedure<sup>4</sup> beëindigd is („standstill”-verplichting of uitvoeringsverbod).

4 — Zoals bekend bestaat deze procedure uit twee fasen. In de eerste, inleidende fase wordt het ter kennis gebrachte voornemen van steunverlening summier onderzocht. De bedoeling is, na te gaan of de voorgenomen steun reeds op het eerste gezicht kennelijk verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, dan wel of er daaromtrent ook maar enige, zij het redelijke twijfel bestaat. In dit laatste geval dient de Commissie tot de volgende fase over te gaan en de procedure op tegenspraak van artikel 93, lid 2, in te leiden. Daarbij zij gezegd, dat voor de inleidende fase het voornemen van de steun noodzakelijkerwijze ter kennis moet zijn gebracht. Binnen een termijn van twee maanden na de kennisgeving (zie het arrest van 11 december 1973, zaak 170/73, Lorenz, Jurispr. 1973, blz. 1471), of van één maand wanneer het om individuele steun gaat, moet de Commissie beslissen of het noodzakelijk is, de procedure op tegenspraak in te leiden. Voorts kan de Commissie, wanneer zij van oordeel is dat het inleidend onderzoek volstaat om de verenigbaarheid van de steun te toetsen, de procedure afsluiten zonder een formele beslissing te nemen. Ten slotte zij eraan herinnerd dat, zelfs bij gebreke van een inleidende procedure (omdat niet naar behoren kennis is gegeven van de steun), de procedure op tegenspraak zowel ambtshalve, als op initiatief van elke belanghebbende die de invoering van de steun aan de Commissie heeft „aangegeven”, kan worden ingeleid.

Op zichzelf heeft de eerste verplichting geen rechtstreekse werking, in die zin dat zij, zoals het Hof in het arrest Costa/ENEL<sup>5</sup> heeft verklaard, „voor de burgers geen rechten schept” doch een band, een verbintenis vormt die uitsluitend gevolgen heeft in de verhouding tussen de Lid-Staten die die verbintenis hebben aangegaan, en de Gemeenschap. Voorts is het niet zeker, dat het niet ter kennis brengen van een toegekende, doch niet tot uitvoering gebrachte steun steeds een inbreuk op het gemeenschapsrecht oplevert. Dat laatste is zeker het geval, wanneer de handeling waarbij de steun wordt toegekend, de uitvoering van de steun regelt of slechts toelaat. Omgekeerd kan men stellen dat niet ter kennis gebrachte steun, die wordt toegekend bij een handeling die tegelijkertijd de uitvoering van de steun opschort tot na de beëindiging van de controle van de Gemeenschap, op zich niet onwettig is, daar de Lid-Staat zich enkel de mogelijkheid voorbehoudt, ofwel de steun nadien ter kennis te brengen (en de controleprocedure in gang te zetten), ofwel de steun volledig in te trekken. Deze hypothese is misschien wel ver gezocht, doch niet onmogelijk.

De schending van de „standstill”-verplichting is veel belangrijker, daar zij daadwerkelijk tot vervalsing van de mededinging leidt. In het arrest-Heineken<sup>6</sup> stelde het Hof dat

„de laatste volzin van artikel 93, lid 3, de sluitsteen (vormt) van de bij dit artikel in het leven geroepen controleregeling, die op haar beurt van wezenlijk belang is ter verzekering van de goede werking van de gemeenschappelijke markt. Het in dit artikel neergelegde uitvoeringsverbod beoogt te waarborgen dat de steunregeling geen gevolgen heeft voordat de Commissie een re-

delijke tijd heeft gehad om het ontwerp nauwkeurig te onderzoeken en, in voorkomend geval, de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden” (r. o. 20).

Sedert het arrest Costa/ENEL heeft het Hof voorts de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod erkend.

Bovendien heeft het Hof de draagwijdte van het uitvoeringsverbod gepreciseerd, door voor recht te verklaren dat de „standstill”-verplichting niet alleen gedurende de controleprocedure van artikel 93, lid 2, effect sorteert, maar ook

„tijdens de gehele duur van de inleidende fase, bestaande in een eerste onderzoek van de ontwerp-steunregeling.”<sup>7</sup>

Het uitvoeringsverbod geldt a fortiori voor niet ter kennis gebrachte steun, daar in dat geval de inleidende fase zelfs niet kon worden geopend.

7. Welke gevolgen heeft nu de schending van artikel 93, lid 3?

Op dit punt moet in de eerste plaats worden onderscheiden tussen de louter nationale en de communautaire aspecten.

Na het arrest Costa/ENEL heeft het Hof, zoals gezegd, verscheidene malen de gelegenheid gehad om zich uit te spreken over de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod op intern vlak.

5 — Arrest van 15 juli 1964, Costa/ENEL, Jurispr. 1964, blz. 1199.

6 — Arrest van 9 oktober 1984, gevoegde zaken 91/83 en 127/83, Heineken Brouwerijen BV, Jurispr. 1984, blz. 3435.

7 — Beschikking van 20 september 1983, zaak 171/83 R, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1983, blz. 2621; zie ook het arrest van 11 december 1973, zaak 120/73, Lorenz, Jurispr. 1973, blz. 1471.

In het arrest-Capolongo<sup>8</sup> merkte het Hof met betrekking tot nieuwe steunmaatregelen op, dat

„in artikel 93, lid 3, laatste volzin, formele maatstaven worden opgesteld die door de nationale rechter kunnen worden gehanteerd”.

In de latere arresten Lorenz, Markmann, Nordsee en Lohrey<sup>9</sup> preciseerde het Hof, na te hebben bevestigd dat de rechtstreekse werking van het uitvoeringsverbod voor de gehele verbodsduur geldt, dat die rechtstreekse werking

„zich dan ook uitstrekt tot iedere steunmaatregel die zonder kennisgeving tot uitvoering is gebracht en, wanneer zodanige kennisgeving wel heeft plaatsgehad, in stand blijft tijdens de inleidende fase, en wel — indien de Commissie de contradictoire procedure inleidt — tot aan de eindbeslissing” (r. o. 8).

Het Hof verbond daaraan de conclusie,

„dat de rechtstreekse werking van het hierbedoelde verbod de nationale rechterlijke instanties weliswaar verplicht het toe te passen — zonder dat daartegen een beroep op enigerlei nationale rechtsregel openstaat —, doch dat volgens de nationale rechtsorde van iedere Lid-Staat moet worden bepaald langs welke weg dit resultaat rehtens dient te worden bereikt” (r. o. 9).

8 — Arrest van 19 juni 1973, zaak 77/72, Capolongo, Jurispr. 1973, blz. 611.

9 — Arrest van 11 december 1973, Lorenz, reeds aangehaald in voetnoot 7; arrest van 11 december 1973, zaak 121/73, Markmann KG, Jurispr. 1973, blz. 1495; arrest van 11 december 1973, zaak 122/73, Nordsee, Deutsche Hochseefischerei GmbH, Jurispr. 1973, blz. 1511; arrest van 11 december 1973, zaak 141/73, Lohrey, Jurispr. 1973, blz. 1527.

Uitgaande van de gedachte dat

„ten aanzien van nieuwe steunmaatregelen die de Lid-Statē voornemens zijn in te voeren, een voorafgaande procedure is ingesteld, zonder welke geen enkele steunmaatregel geacht kan worden regelmatig te zijn ingevoerd” (r. o. 9),

voegde het Hof in het arrest-Steinike<sup>10</sup> daaraan toe,

„(dat de grenzen voor particulieren om zich te kunnen beroepen op artikel 92, niet betekenen) dat de nationale rechterlijke instanties geen kennis zouden mogen nemen van geschillen die nopen tot interpretatie (desgevallend met gebruikmaking van de procedure van artikel 177 EEG-Verdrag) en toepassing van artikel 92, zonder dat zij evenwel — buiten het geval van steunmaatregelen die in strijd met de bepalingen van artikel 93 zijn ingesteld — een beslissing kunnen nemen over de eventuele onverenigbaarheid van zo een maatregel;

dat een nationale rechter zich aldus genoodzaakt kan zien de term steunmaatregel in artikel 92 uit te leggen en toe te passen, ten einde vast te stellen of een overheidsmaatregel, die buiten de voorafgaande controleprocedure van artikel 93, lid 3, om is ingesteld, daaraan al dan niet had moeten worden onderworpen”.

Uit deze rechtspraak blijkt, dat op nationaal vlak de uitoefening van de communautaire controle een wezenlijk element is; heeft die controle niet plaatsgehad, dan is de steun niet als *regelmatig ingevoerd* te beschouwen

10 — Arrest van 22 maart 1977, zaak 78/76, Steinike en Weinlig, Jurispr. 1977, blz. 595.

en kan hij bijgevolg *geen enkel effect* sorteren.

Men kan dus stellen dat de (wetgevende of administratieve) procedure waarmee een steunmaatregel wordt vastgesteld, niet is voltooid, zolang de verenigbaarheid van de steun niet „preventief” — en met gunstig resultaat — door de Commissie is getoetst. Deze toetsing is dus een wettelijk, constitutioneel vereiste; zij is ook van essentieel belang, omdat zij de *grond* van de overheidsinterventie betreft en omdat zij, zoals ook het Hof heeft gesteld, grotendeels discretionaire politieke en economische beoordelingen impliceert.

Daaruit volgt, dat iedere belanghebbende zich voor de nationale rechter kan beroepen op de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de *maatregel waarbij de steun is ingesteld*, wanneer daarin wordt voorzien dat die maatregel zonder communautaire toetsing tot uitvoering zal worden gebracht, alsmede op de onwettigheid van de met het oog daarop vastgestelde *uitvoeringshandelingen*.

Wanneer de maatregelen van administratieve aard zijn, zijn zij bovendien intrekbaar onder de voorwaarden die gelden voor de intrekking van onwettige administratieve handelingen. De intrekking is ingegeven door een bijzonder belangrijke reden van openbaar belang, daar de betrokken maatregelen de internationale verantwoordelijkheid van de staat in het geding kunnen brengen.

Voorts kan de schending van het uitvoeringsverbod op nationaal vlak tot *conservatoire maatregelen* leiden (met name schorsing van de uitvoering van steun die niet op zijn verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt is getoetst), alsook tot *schadevergoe-*

*dingsacties* tegen de overheid (het is aanneemelijk dat het gaat om acties van concurrenten die door de uitvoering van onwettige steun zijn benadeeld, dan wel om een actie van de ontvanger van de wegens schending van de formele verplichtingen geschorste of nietigverklaarde steun).<sup>11</sup>

8. Ik wil evenwel ook opmerken, dat de mogelijkheid om schendingen van artikel 93, lid 3, op nationaal vlak te verhelpen in de praktijk wordt beperkt ten gevolge van een aantal factoren, waaronder:

- a) het gebrek aan transparantie met betrekking tot de door de staten ten uitvoer gebrachte interventies en de maatregelen die de Commissie in voorkomend geval in de loop van de inleidende toetsingsfase heeft getroffen: op dit ogenblik bestaat er geen systeem van openbaarmaking van de aanmelding van nieuwe steunmaatregelen, noch van de eventuele beslissing van de Commissie om — wat de ter kennis gebrachte steun betreft — niet de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden, zodat de belanghebbenden niet over de gegevens beschikken die onontbeerlijk zijn om tijdig een eventueel beroep te kunnen instellen;<sup>12</sup>
- b) verschillen tussen de diverse rechtsorden met betrekking tot de voorwaarden voor en de omvang van de verleende rechtsbescherming (men denke bij voorbeeld aan de limieten van conservatoire procedures voor de administratieve rechter);

11 — Deze aspecten zijn gedetailleerd onderzocht in het kader van het twaalfde FIDE-congres (Parijs, 1986); voor nadere bijzonderheden verwijs ik naar de rapporten van dat congres.

12 — Zie de rapporten van het FIDE-congres (reeds aangehaald in voetnoot 11), blz. 205 en 296. Zie ook E. H. Pijnacker Hordijk: „Judicial protection of private interests under the EEC competition rules relating to State aids”, in *Legal Issues of European Integration*, 1985/1, blz. 67 (inzonderheid blz. 74 tot en met 78).

- c) specifieke moeilijkheden die bij bepaalde soorten acties rijzen (bij schadevergoedingacties bij voorbeeld zij gewezen op de onzekerheden — met name in een niet-oligopolide markt — met betrekking tot de vaststelling van het oorzakelijk verband tussen de toegekende steun en de gestelde schade);<sup>13</sup>
- d) een zekere terughoudendheid van de kant van de concurrenten van de ondernemingen die steun ontvangen om in rechte op te treden — ook wanneer er geen noemenswaardige moeilijkheden zijn —, omdat het soms, om diverse redenen, de voorkeur verdient de overheid te vragen hun dezelfde of gelijkwaardige voordelen toe te kennen;<sup>14</sup>
- e) de weerstand die vooral bij bepaalde rechterlijke instanties bestaat om, zowel in het algemeen als met betrekking tot de betrokken bepaling, het beginsel van de „rechtstreekse werking” te erkennen en op coherente wijze toe te passen; die weerstand kan, daar hij de onzekerheid vergroot, ertoe bijdragen, dat men ervan afziet om de nationale beroepswegen te volgen.<sup>15</sup>

9. Ondanks deze moeilijkheden moet men echter niet denken, dat het systeem van nationale bescherming volstrekt ondoeltreffend is.

In dit verband wil ik wijzen op twee arresten van de Italiaanse Corte costituzionale<sup>16</sup>,

13 — Zie de rapporten van het FIDE-congres (reeds aangehaald in voetnoot 11), blz. 79 en 299.

14 — Zie de rapporten van het FIDE-congres (reeds aangehaald in voetnoot 11), blz. 78.

15 — Zie de rapporten van het FIDE-congres (reeds aangehaald in voetnoot 11), blz. 183; zie ook het arrest van 24 januari 1989 van de Italiaanse Consiglio di Stato, waarin de rechtstreekse werking van een beschikking van de Commissie op grond van artikel 93, lid 2, uitdrukkelijk wordt ontkend.

16 — Corte costituzionale, 9 april 1963, nr. 49, *Foro Italiano*, 1963, I, 859, en 8 juli 1969, nr. 120, *ibidem*, 1969, I, 2069.

waarin regionale wetten tot invoering van steun, die vóór de afronding van de communautaire controleprocedure door de regionale assemblee waren goedgekeurd, ongrondwettig zijn verklaard.<sup>17</sup>

Interessanter, want duidelijker gebaseerd op de „rechtstreekse werking” van artikel 93, lid 3, is een arrest van de Court of Appeal te Londen van 24 februari 1986 (R. v. Attorney-General ex p. Imperial Chemical Industries), waarin wordt erkend, dat de overheid verplicht is „not to implement the aid or plan unless and until the Commission (has) approved it”.<sup>18</sup>

Voorts zijn er een aantal recente aanwijzingen voor een evolutie in de nationale administratieve rechtspraak inzake steunmaatregelen<sup>19</sup>, die aantoonen dat meer belang wordt gehecht aan deze aspecten, terwijl de weerstand tegen de consequente toepassing van de rechtstreekse werking geleidelijk en onvermijdelijk afneemt.

De Commissie zelf zou overigens kunnen bijdragen tot een oplossing van een aantal van de voormelde moeilijkheden, met name door de gewenste regeling voor de bekendmaking van aanmeldingen van voorgenomen steun in te voeren.

17 — De Corte costituzionale heeft geoordeeld, dat de regionale wetgevende organen de hun toegekende wetgevende bevoegdheid hebben overschreden door de procedurevoorschriften van artikel 93, lid 3, EEG-Verdrag, zoals zij door de bevoegde organen van de staat wettelijk zijn gepreciseerd, naast zich neer te leggen.

18 — Zie J. Flynn: „Can misapplication of a fiscal measure constitute State aid ?” in *Eur. Law Review*, 1986, blz. 232.

19 — Zie bij voorbeeld de Italiaanse administratieve rechtspraak betreffende een aantal bepalingen van wet nr. 64 van 1.3.1986 (organieke regeling van de buitengewone interventie in de Mezzogiorno), die tot verscheidene thans voor het Hof aanhangige prejudiciële verwijzingen heeft geleid; zie ook de belangrijke uitspraak Lazio Tar, Sez. III, 22.1.1985, in *Foro amministrativo* 1985, blz. 941.

Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de „diffuse controle” van de nationale rechterlijke instanties op de naleving van het in artikel 93, lid 3, bedoelde uitvoeringsverbod door de Lid-staten een belangrijke garantie is, die in de toekomst nog belangrijker kan worden. Het zou dus goed uitkomen, wanneer het Hof van deze gelegenheid gebruik zou maken om te bevestigen dat de „standstill”-verplichting rechtstreekse werking heeft en dat elke belanghebbende zich dank zij die rechtstreekse werking kan beroepen op de onwettigheid van te vroeg tot uitvoering gebrachte steun, en dat hem daartoe *alle beroepswegen* van de nationale rechtsorde openstaan.

10. Met betrekking tot de gevolgen die de schending van artikel 93, lid 3, op communautair vlak heeft, zij opgemerkt dat zowel het Hof als de Commissie zelf dat probleem reeds verscheidene malen hebben onderzocht.

Een eerste punt zij duidelijk gesteld: het preventieve toezicht is een essentieel element. Meer in het bijzonder betekent de in de „standstill”-verplichting tot uitdrukking gebrachte „conservatoire clause”, dat het tot uitvoering brengen van steunmaatregelen in strijd met de procedurevoorschriften van artikel 93, lid 3, onwettig is. Derhalve rijst in de eerste plaats de vraag, volgens welke procedure die onwettigheid kan worden vastgesteld.

In arrest 173/73 (Italië/Commissie)<sup>20</sup> heeft het Hof duidelijk gesteld dat, wanneer een Lid-Staat de verplichtingen van artikel 93, lid 3, niet naleeft, de Commissie over twee *concurrerende* actiemiddelen beschikt: de procedure van artikel 169 en die van arti-

kel 93, lid 2.<sup>21</sup> Met andere woorden, de schending van het gemeenschapsrecht (met name de niet-naleving van de kennisgevings- of „standstill”-verplichting) kan hetzij op autonome wijze, middels de algemene procedure, hetzij in het kader van de materiële toetsing van de verenigbaarheid van de steun worden vastgesteld. Niets belet overigens, dat beide procedures tegelijkertijd worden ingeleid, indien de Commissie dat onontbeerlijk acht.<sup>22</sup>

Hiervan zijn er talrijke voorbeelden. In zaak 171/83, (Commissie/Frankrijk) is de Commissie *op grond van artikel 169* opgetreden tegen Frankrijk, dat een (ter kennis gebrachte) voorgenomen steunmaatregel tot uitvoering had gebracht, ondanks het feit dat de contradictoire procedure van artikel 93, lid 2, was ingeleid. In die zaak heeft de Commissie, toen zij het beroep instelde, tegelijkertijd een verzoek om voorlopige maatregelen op grond van artikel 186 EEG-Verdrag ingediend, ten einde de onmiddellijke stopzetting van de litigieuze interventie te verkrijgen.<sup>23</sup>

Ook zijn er verschillende gevallen waarin de Commissie het nuttig heeft geacht om ter zake van in strijd met artikel 93, lid 3, tot uitvoering gebrachte steunmaatregelen onmiddellijk de procedure van *artikel 93, lid 2*, in te leiden. Voorbeelden daarvan zijn niet alleen in voormeld arrest Italië/Commissie (zaak 173/73) te vinden, maar ook in het arrest België/Commissie (zaak 234/84), de beschikking-Deufil (zaak 310/85) en het arrest Commissie/

21 — Het Hof heeft met name gesteld, dat „de actiemiddelen van de Commissie niet mogen worden beperkt tot de ingewikkelder procedure van artikel 169”.

22 — Zie A. Dashwood: „Control of State aids in the EEC: prevention and cure under artikel 93”, *CMLR*, volume 12, 1975.

23 — Het Hof is op dat verzoek ingegaan bij voormelde beschikking van 20 september 1983 (naderhand heeft de Commissie van het hoofdgeding kunnen afzien).

20 — Arrest van 2 juli 1974, zaak 173/73, Italië/Commissie, *Jurispr.* 1974, blz. 709.

Duitsland (zaak 94/87).<sup>24</sup> In de laatste twee gevallen heeft de Commissie — zoals overigens ook in casu — na afloop van de procedure van artikel 93, lid 2, een beschikking vastgesteld, waarin zij zowel de onwettigheid van de steun (wegens schending van formele verplichtingen) als de materiële onverenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt vaststelde.

11. De Commissie zelf heeft verscheidene malen in algemene termen gewezen op de mogelijkheid om bij de vervolging van inbreuken op artikel 93, lid 3, van die procedures gebruik te maken. In haar kennisgeving van 30 september 1980 (PB 1980, C 252, blz. 2) stelt de Commissie, dat geen enkele betaling mag worden gedaan in strijd met artikel 93, lid 3, en voegt daaraan toe:

„Voortaan zal ieder blijk van een tendens tot systematische of flagrante niet-nakoming door de Lid-Staten van hun verplichtingen stelselmatig worden vervolgd *overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag of andere daarin vervatte maatregelen*.”

De Commissie is nadien nader op dit onderwerp ingegaan in haar mededeling van 24 november 1983 (PB 1983, C 318, blz. 3).<sup>25</sup> Bovendien heeft zij in het *Vijftiende Verslag over het mededingingsbeleid* erop gewezen, dat zij haar diensten opdracht heeft gegeven om automatisch de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden, wanneer een Lid-Staat niet binnen de gestelde termijn gevolg geeft aan het verzoek om kennisgeving.

24 — Arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2263; beschikking van 6 februari 1986, zaak 310/85 R, Deufil, Jurispr. 1986, blz. 537; arrest van 2 februari 1989, zaak 94/87, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1989, blz. 175.

25 — In deze beide mededelingen heeft de Commissie in het bijzonder gewezen op het arrest-Capolongo betreffende de rechtstreekse werking van artikel 93, lid 3

12. Tot zover de procedures die op communautair vlak openstaan. Ik wil er met nadruk op wijzen, dat deze procedures niet beperkt zijn tot de vaststelling van een inbreuk. Immers, wanneer komt vast te staan dat steun in strijd met de verplichtingen van artikel 93, lid 3, ten uitvoer is gebracht, dan heeft dat ook een belangrijk *materieel* gevolg: de betrokken Lid-Staat kan worden verzocht, *de onwettig toegekende steun terug te vorderen*.<sup>26</sup>

Reeds in het arrest van 12 juli 1973 in zaak 70/72<sup>27</sup> erkende het Hof, dat de Commissie in de beschikking zelf (op grond van artikel 93, lid 2) waarin zij de verenigbaarheid van de steun beoordeelt, de Lid-Staten kan gelasten de steun terug te vorderen.

Daar de terugvordering ten doel heeft, de door de onwettig toegekende steun aangestaste *communautaire legaliteit te herstellen*, kan zij afzonderlijk worden bevolen, ongeacht of de betrokken steun al dan niet materieel verenigbaar is verklaard. Dat blijkt uit

26 — Zie voormelde mededeling van 24 november 1983, waarin staat: „De Commissie wijst derhalve de potentiële ontvangers van staatssteun op de onzekere aard van onwettig toegekende steun: elke ontvanger van onwettig toegekende steun, dat wil zeggen steun die is toegekend zonder dat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen over de verenigbaarheid ervan, kan genoodzaakt worden de steun terug te betalen. Zodra het de Commissie ter kennis komt dat een Lid-Staat steunmaatregelen heeft vastgesteld zonder dat aan de verplichtingen van artikel 93, lid 3, is voldaan, zal de Commissie in het Publikatieblad een specifieke waarschuwing publiceren waarmee de potentiële ontvangers van de steun worden gewezen op het onzekere karakter daarvan.” In dat verband zij gepreciseerd (zie het antwoord van de Commissie op schriftelijke vraag nr. 181/88, PB C 151 van 19.6.1989, blz. 9), dat het totale bedrag van onwettig toegekende steun waarvan de Commissie de terugvordering heeft gelast, 5 miljoen ecu bedroeg in 1985, 11 miljoen ecu in 1986 en 747 miljoen ecu in 1987 (in dit laatste cijfer is de aan Tubemeuse gevraagde teruggave van 210 miljoen ecu begrepen).

27 — Arrest van 12 juli 1973, zaak 70/72, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1973, blz. 813.

voormeld arrest Italië/Commissie (zaak 173/73), waarin het Hof stelde,

„dat de geest en de opzet van artikel 93 echter meebrengen dat, wanneer de Commissie vaststelt dat een steunmaatregel in strijd met lid 3 is ingevoerd of gewijzigd, zij moet kunnen bepalen dat de betrokken staat die maatregel moet opheffen of wijzigen, *met name wanneer zij van mening is dat die maatregel volgens artikel 92 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt*, zonder daarbij verplicht te zijn een termijn vast te stellen en met de mogelijkheid zich tot het Hof te wenden indien de betrokken staat zich niet met de nodige voortvarendeheid conformeert” (r. o. 9).

Bijgevolg is en blijft vóór de afronding van de controle tot uitvoering gebrachte steun onwettig, ongeacht het resultaat van de materiële toetsing. Evenals de nationale rechter dat in het kader van de in de nationale rechtsorde openstaande beroepswegen kan, kan ook de Commissie in de beschikking waarin zij zich — in voorkomend geval in positieve zin — over de verenigbaarheid uitsprekt, de onwettigheid en de nodige consequenties daarvan ter zake van de terugvordering vaststellen.

Niet is gebleken evenwel, dat de Commissie ooit om terugvordering van ex nunc verenigbaar verklaarde steun heeft verzocht. Misschien is zij op dat punt te voorzichtig; indien zij zich energieker zou opstellen, zou het precaire karakter van in strijd met de schorsende werking van artikel 93, lid 3, toegekende steun duidelijker uitkomen en zouden de Lid-Staten wellicht meer geneigd zijn om hun voorgenomen steunmaatregelen ter kennis te brengen en niet voortijdig tot uitvoer te brengen, althans wat voorgenomen steunmaatregelen betreft die nagenoeg zeker — misschien na enkele aanpassingen in onderlinge overeenstemming — van een der in artikel 92, lid 3, bedoelde afwijkingen kunnen profiteren.

13. Uit het voorgaande blijkt, dat schending van artikel 93, lid 3, op communautair vlak kan worden vervolgd, en dat bijgevolg terugvordering van de onwettig toegekende steun mogelijk is. De Commissie wijst er evenwel op, dat de praktische doeltreffendheid van die „sanctie” aanzienlijk wordt verminderd, doordat de beschikking krachtens artikel 93, lid 2, waarin in voorkomend geval de terugvordering van de steun wordt gelast, lang na de interventie van de betrokken staat wordt vastgesteld, zodat de terugvordering van ten onrechte betaalde bedragen moeilijk te realiseren kan blijken.

Het lijkt geen twijfel dat een reëel probleem rijst, wanneer de controleprocedure te lang duurt, en dat niet alleen omdat — zoals hoger gezegd — het volledige herstel van de status quo ante onwaarschijnlijk wordt, maar vooral omdat de onwettige uitvoering van naderhand onverenigbaar verklaarde steun in ieder geval niet meer te verhelpen vervalsingen van de mededinging veroorzaakt.<sup>28</sup>

Ik wil er echter op wijzen, dat in het algemeen de Commissie verantwoordelijk is voor het verloop van de procedure, eveneens wat de *duur* ervan betreft, en op dat punt lijkt zij niet geheel „ontwapend”.

In de eerste plaats heeft het eventuele vertragend optreden van een Lid-Staat, dat in de praktijk tot uiting komt in de neiging om de vereiste informatie niet tijdig mee te delen, nadelige gevolgen voor hemzelf. Op de

28 — Zie op dit punt de rapporten van het FIDE-congres (reeds aangehaald in voetnoot 11), blz. 359, waar wordt opgemerkt: „the longer the gap between grant and recovery, the less effective recovery is”, maar ook: „the gap is further lengthened by the Commission's delatoriness in enforcing recovery orders when Member States refuse to comply with them”.

Lid-Staat rust immers een samenwerkingsverplichting, op grond waarvan hij loyaal moet medewerken aan de instructie van de controleprocedure, en het is zelfs evident, dat een Lid-Staat geen voordeel kan ontleenen aan het feit dat een steunmaatregel niet is onderzocht ten gevolge van zijn weigerachtigheid om de verzochte inlichtingen te verstrekken.<sup>29</sup>

In zaak 234/84<sup>30</sup> overwoog het Hof bij voorbeeld, dat de wettigheid van de beschikking van de Commissie (op grond van artikel 93, lid 2), waarin onder meer werd vastgesteld dat een door de Belgische staat verrichte kapitaalintroek het karakter van steun had,

„moet worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beschikking gaf” (r. o. 16).<sup>31</sup>

In hetzelfde arrest erkende het Hof, dat de motivering van de litigieuze beschikking voldoende kon worden geacht

„ofschoon zij summier is, hetgeen ten dele te wijten is aan het gebrek aan samenwerking van de Belgische regering” (r. o. 22).

29 — Op het bestaan van een specifieke verplichting tot samenwerking op dit punt, een concrete uitdrukking van de algemene verplichting van artikel 5 EEG-Verdrag, wordt gewezen door Smit & Herzog: *The Law of the EEC*, 1982, volume 3, blz. 414 en volgende, waar hij opmerkt: „Article 93 (1) obligates the Member States to co-operate with the Commission in its investigation and to supply it with all necessary data. This obligation receives further support from article 5, paragraph 1.”

30 — Arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2263.

31 — Betreffende de draagwijdte van de samenwerkingsverplichting in de procedure van artikel 93, lid 2, zie vooral Smit & Herzog (reeds aangehaald in voetnoot 29), blz. 415: „Although the Member State wishing to grant an aid does not have the burden of proof in the technical sense, it must supply the Commission with those facts and data which the Commission cannot conveniently obtain itself.”

Daaruit volgt, dat de Commissie niet elke mogelijkheid ontbeert om het „ritme” van de administratieve procedure te bepalen, dat zij in overeenstemming met het dringende karakter van het geval passend acht. Zij kan termijnen stellen die redelijk kort zijn en op het dwingende karakter ervan wijzen, aangezien het eventuele gebrek aan samenwerking van de Lid-Staat die de steun heeft toegekend, uitsluitend voor hemzelf nadelige gevolgen heeft.

Dit punt lijkt mij bijzonder belangrijk, gelet op de reële problemen waaraan de Commissie het hoofd moet bieden. Het Hof heeft vaak genoeg de gelegenheid om die „samenwerkingsverplichting” van de Lid-Staten te sanctioneren en met meer kracht te bevestigen, en om de gevolgen ervan te preciseren, ook wat de motiveringsplicht van de Commissie betreft. Voor alle duidelijkheid: ik ben van mening dat op de Lid-Staten een echte bewijslast rust met betrekking tot de inlichtingen en de gegevens die zij aan de Commissie moeten verschaffen wanneer zij om toepassing van artikel 92, lid 3, EEG-Verdrag verzoeken. Men mag namelijk niet uit het oog verliezen dat deze bepaling een uitzondering vormt op het algemene steunverbod van artikel 92, lid 1. Het staat derhalve aan de Lid-Staten om de Commissie, bij de kennisgeving of uiterlijk binnen de termijn van de ingebrekestelling, alle gegevens over te leggen die een afwijking van het verbod kunnen rechtvaardigen. Dat brengt uiteraard mee, dat de draagwijdte van de motivering die van de Commissie verlangd mag worden, slechts evenredig kan zijn aan de inlichtingen die zij van de Lid-Staten heeft verkregen.

14. In de tweede plaats, en dit punt lijkt mij bijzonder belangrijk, beschikt de Commissie over een specifiek middel om zich tijdig tegen de onwettige uitvoering van steunmaatregelen te verzetten, ongeacht de duur van de materiële controleprocedure. Zoals hier-

boven is aangeduid, kan de Commissie op grond van artikel 169 optreden tegen een Lid-Staat die het uitvoeringsverbod niet heeft nageleefd, en kan zij het Hof tegelijkertijd (op grond van artikel 186) verzoeken, de nodige voorlopige maatregelen vast te stellen. Ik wijs er op, dat in het voormelde geval van zaak 171/83 de beschikking waarbij het Hof de gevraagde voorlopige maatregelen toekende, slechts drie maanden na de datum van de door de Commissie verzonden schriftelijke ingebrekestelling is gegeven. Mijns inziens is dat dus een doeltreffend middel (mede gelet op het belang dat een beschikking van het Hof kan hebben in het kader van een eventuele nationale procedure betreffende hetzelfde onderwerp), en vooral een geschikt middel, daar het kan worden aangewend binnen een redelijk korte termijn nadat de Commissie voor het eerst van de uitvoering van de steunmaatregel heeft gehoord.

Daarenboven is de Commissie in feite bevoegd om zelf *voorlopige en dringende maatregelen* te treffen. Van deze, nochtans door het Hof uitdrukkelijk erkende bevoegdheid, heeft zij evenwel nooit gebruik gemaakt. In het arrest van 12 juli 1973, zaak 70/72, reeds aangehaald, merkte het Hof in een obiter dictum op, dat artikel 93, lid 3,

„meebrengt dat de Commissie desnodig terstond voorlopige maatregelen moet kunnen nemen”.

Ik denk, dat wanneer dergelijke maatregelen zouden worden vastgesteld, vele van de door de Commissie gesignaleerde problemen zouden zijn opgelost. De Commissie kan de Lid-Staten immers in een eigen beschikking — ook al heeft die een voorlopig karakter — opdragen de verplichtingen van artikel 93, lid 3, na te leven. Daar een der-

gelijke beschikking bovendien rechtstreeks toepasselijk is, kan daarop een beroep worden gedaan voor de nationale rechterlijke instanties. Ten slotte kan de Commissie die maatregelen nemen binnen enkele dagen nadat zij de uitvoering van de steunmaatregel verneemt; zij dient immers enkel te verifiëren, of een Lid-Staat al dan niet een steunmaatregel ten gunste van een onderneming ten uitvoer heeft gebracht zonder dat de vereiste controle is verricht. Een zo snelle reactie zou het risico, dat de betaalde steun tot een geconsolideerde en dus onomkeerbare situatie of tot niet meer te neutraliseren vervalsingen van de mededinging leidt, tot een minimum beperken, ja zelfs misschien volledig opheffen.

Voorlopige maatregelen, ongeacht of zij nu door het Hof dan wel door de Commissie worden getroffen, vormen een bijzonder geschikt hulpmiddel; mede vanwege hun flexibele inhoud kunnen zij worden gebruikt om de staatsinterventie te voorkomen, de uitvoering ervan tegen te houden of, ten slotte, om terugvordering van reeds betaalde bedragen te gelasten. Zij lijken dus het beste middel te zijn om, telkens wanneer dat nodig is, de status quo ante te herstellen, ten einde te voorkomen dat door de uitvoering van de steunmaatregel de latere eindbeslissing in feite zinledig zou zijn.

15. Met het voorgaande voor ogen kan de stelling van de Commissie in de onderhavige procedure worden geanalyseerd.

Zoals hierboven gezegd, verzoekt de Commissie het Hof te erkennen, dat zij een beschikkingsbevoegdheid heeft die qua aard, inhoud en gevolgen verschilt van die welke tot nog toe door het Hof zijn onderzocht.

Het zou namelijk gaan om een beschikking waarin

- wordt vastgesteld dat een bepaalde staatsinterventie een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, is, en dat hij onwettig is, omdat hij in strijd met artikel 93, lid 3, tot uitvoering is gebracht;
- de Lid-Staat wordt verzocht aan die schending een einde te maken, door de (al dan niet ter kennis gebrachte) te vroeg en dus onwettig toegekende steun terug te vorderen.

Voorts, en dat is het belangrijkste aspect, zou het onderzoek — in het kader van de procedure van artikel 93, lid 2 — van de vraag, of in voorkomend geval een beroep kan worden gedaan op een van de afwijkingen voorzien in artikel 92, lid 3, ondergeschikt zijn aan die kennisgeving en/of terugvordering.

Daaruit volgt, dat deze beschikking volledig los zou staan van de procedure van artikel 93, lid 2, omdat daarmee wordt afgezien van de verenigbaarheidstoetsing van artikel 92, lid 3, en die toetsing zelfs overbodig wordt gemaakt. Daarnaast heeft zij, anders dan de hierboven onderzochte conservatoire beschikking, een *definitief* karakter, daar zij de Commissie van de verplichting ontslaat, naar gelang van het geval, de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden of voort te zetten.

16. Het betoog van de Commissie is zeker niet onlogisch. Dit standpunt leidt overigens stellig tot een zeer sterke uitbreiding van de handelingsruimte van de Commissie: zij zou zelfs een „dominante” positie verwerven in

de controleprocedure, daar zij dank zij haar ruime discretionaire bevoegdheid het verloop ervan zou kunnen bepalen, en vooral omdat zij bij onwettig tot uitvoering gebrachte steunmaatregelen de mogelijkheid zou hebben om te beslissen, wanneer en hoe die steun aan artikel 92, lid 3, moet worden getoetst.<sup>32</sup>

Tot op grote hoogte kan ik mij weliswaar vinden in de premissen en de redenen op grond waarvan zij tot dat standpunt komt, maar niettemin roepen de meest innoverende en baanbrekende implicaties van haar stelling wel enige twijfel op. Ter zake zijn enige systematische en opportuniteitsoverwegingen van belang.

In de eerste plaats kan enige twijfel rijzen omtrent de grondslag van de door de Commissie gevraagde beschikkingsbevoegdheid. Zoals gezegd, kan de schending van de verplichtingen van artikel 93, lid 3, in het algemeen door het Hof in het kader van een beroep op grond van artikel 169 worden vastgesteld, dan wel bij uitzondering door de Commissie in het kader van een beschikking — op grond van artikel 93, lid 2 —, die overigens in de eerste plaats de toetsing van de *verenigbaarheid* van de steun betreft. Daarentegen valt de bevoegdheid om *definitieve* beschikkingen omtrent de *onwettigheid* van steun te geven, waarbij wordt afgezien van de verenigbaarheidstoetsing en de *desbetreffende procedure* niet wordt gevolgd, kennelijk buiten de beide hiervoor genoemde procedurele schema's.

32 — Dienaangaande zij voorts opgemerkt, dat men, wanneer men de stelling van de Commissie volledig wil onderschrijven, moet concluderen dat de onwettigheid wegens schending van artikel 93, lid 3, het onderzoek van de verenigbaarheid krachtens artikel 92, lid 3, volstrekt uitsluit, daar daaruit — alleen al bij een correcte juridische uitlegging — geen enkele discretionaire bevoegdheid van de Commissie (en evenmin van het Hof, zoals de Commissie overigens zelf in haar verweerschrift opmerkt) kan worden afgeleid.

Dit bezwaar is echter op zich niet onoverkomelijk. De vaststelling van de onwettigheid van een steunmaatregel is immers de prealabele voorwaarde voor de beschikking waarbij de in artikel 93, lid 2, bedoelde terugvordering wordt gelast. De op dit punt uitdrukkelijk<sup>33</sup> erkende bevoegdheid omvat dus impliciet de bevoegdheid om de schending van het uitvoeringsverbod en van de kennisgevingsverplichting vast te stellen.

In de regel gelast de Commissie de terugvordering van onwettig tot uitvoering gebrachte steun evenwel in de beschikking zelf waarin over de verenigbaarheid wordt beslist. Het gaat echter om twee afzonderlijke aspecten; daarvoor pleit in elk geval dat, gelijk het Hof heeft opgemerkt, de terugvordering ab initio kan worden gelast van steun die tegelijkertijd doch enkel met werking ex nunc verenigbaar is verklaard. Bijgevolg staat niets eraan in de weg dat de Commissie kan vaststellen dat een staatsinterventie onwettig is tot uitvoer gebracht en de terugvordering van de steun kan gelasten voordat zij zich over de verenigbaarheid ervan heeft uitgesproken.

In de praktijk kunnen opportuniteitsoverwegingen er echter voor pleiten, dat aan het einde van de procedure van artikel 93, lid 2, één enkele beschikking wordt vastgesteld, waarin beide aspecten tegelijkertijd worden behandeld. De eerste reden daarvoor is, dat het eenvoudiger is, daar in één handeling het probleem van de geldigheid en dat van de werking in de tijd van de betrokken steun volledig kunnen worden gere-

geld door het daaraan beschoren lot zowel voor het verleden (in verband met een eventuele onwettige uitvoering) als voor de toekomst (in verband met materiële verenigbaarheid) vast te stellen. Er is echter ook een materiële reden. Het gelasten van de terugvordering is geen automatisch gevolg van de onwettige uitvoering. Het is de Commissie die beslist of zij al dan niet de terugvordering gelast, waarbij zij over een ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid beschikt. Het kan bijgevolg beter zijn, dat de definitieve beslissing betreffende de terugvordering aan het einde van de procedure van artikel 93, lid 2, wordt gegeven, dat wil zeggen wanneer de Commissie — na onder meer alle belanghebbenden te hebben gehoord — over alle nodige gegevens beschikt om de invloed van de betrokken steun op de markt te kunnen beoordelen, en dus om haar discretionaire bevoegdheid het best te kunnen uitoefenen.

Dit alles heeft uiteraard niets van doen met de mogelijkheid die de Commissie heeft om in de loop, of zelfs vóór de inleiding van de procedure van artikel 93, lid 2, voorlopige en spoedeisende maatregelen tegen onwettig tot uitvoering gebrachte steunmaatregelen te treffen: de beschikking is in dat geval een voorlopige en niet een definitieve beschikking.

17. Dat aspect is in elk geval niet beslissend, zoals ik reeds verscheidene keren heb beklemtoond. Het meest innoverende van de opvatting van de Commissie is, dat zodra — op welke wijze ook — de onwettigheid van de steun eenmaal is vastgesteld, zij ontslagen is van de verplichting om de verenigbaarheidstoetsing te verrichten of voort te zetten.

Hier ben ik toch wel hogelijk verrast.

33 — De grondslag voor de bevoegdheid om de onwettigheid van een steunmaatregel vast te stellen, lijkt op het eerste gezicht ook te kunnen worden gevonden in de tekst van artikel 93, lid 2, op grond waarvan de Commissie ook de opheffing van de steunmaatregel kan gelasten, wanneer „van deze steunmaatregel misbruik wordt gemaakt”. Het lijkt echter de voorkeur te verdienen, aan te nemen dat deze passage niet betrekking heeft op in strijd met artikel 93, lid 3, toegekende steun, maar op steun die pas in de uitvoeringsfase onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt blijkt. In dat geval stelt de Commissie dus een beschikking vast omtrent de materiële verenigbaarheid van de steun, en niet omtrent de onwettigheid ervan.

Ter zake staat het buiten kijf, dat het achterwege laten van de kennisgeving en vooral de te vroege uitvoering van de steun onwettig zijn en een flagrante schending van de verplichtingen van artikel 93, lid 3, vormen.

Het is even evident, dat die schending de voorwaarden wijzigt waaronder de verenigbaarheidstoetsing zou moeten plaatsvinden. Daar deze toetsing niet langer plaatsvindt met betrekking tot het *ter kennis gebrachte voornemen voor een steunmaatregel*, wordt zij in een *pathologische context* verricht, dat wil zeggen in omstandigheden die totaal verschillen van die welke in het Verdrag voorzien zijn.

18. Zijn deze overwegingen evenwel voldoende grond om te concluderen, zoals de Commissie doet, dat de verenigbaarheidstoetsing *achterwege* mag blijven ?

Mijns inziens wordt die vraag bij voorkeur ontkennend beantwoord.

In de eerste plaats zijn de voorschriften van artikel 93, lid 3, van formele aard. De in die bepaling vastgestelde voorwaarden waaronder de toetsing dient te worden verricht, vormen het *hulpmiddel* voor de toetsing.

Gelet op hun doel en hun karakter zijn de betrokken verplichtingen enkel van belang in de toetsingsfase. De niet-naleving ervan heeft, zoals gezegd, de onwettigheid tot gevolg van de handeling waarbij de steun is ingesteld, alsook van de in de loop van de controleprocedure verrichte uitvoeringshandelingen. Maar zodra — in positieve of in negatieve zin — over de verenigbaarheid is beslist, en vanaf dat ogenblik, is de eerdere schending van de formele verplichtingen niet relevant meer. Vanaf het ogenblik

waarop er een beslissing omtrent de verenigbaarheid getroffen is, is alleen deze beslissing *ex nunc* bepalend voor het statuut van de betrokken steun, hetgeen uiteraard, daaraan zij herinnerd, de eventuele onwettigheid van eerdere uitvoeringshandelingen onverlet laat.

Zo bezien is de verhouding tussen artikel 93 en artikel 92 niet gelijk te stellen met die welke tussen artikel 92 en andere materiële verdragsbepalingen, zoals de artikelen 30 of 95, bestaat.

Bij samenloop van materiële bepalingen (waartussen geen verhouding regel-uitzondering bestaat) kan het feit, dat een overheidsmaatregel met één van die bepalingen in strijd is, de toetsing van die maatregel aan de andere overbodig maken: de maatregel moet immers in ieder geval onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden geacht, al was het om redenen die niet inherent zijn aan de in de artikelen 92 en 93 bedoelde specifieke regeling inzake steunmaatregelen.

De schending van de formele verplichtingen van artikel 93, lid 3, daarentegen heeft weliswaar de onwettigheid van voortijdig tot uitvoering gebrachte steun tot gevolg, doch heeft geen invloed op de beoordeling van de verenigbaarheid in de zin van en voor de gevolgen bedoeld in artikel 92.

De verenigbaarheidstoetsing zelf kan dus steeds plaatsvinden, tenzij blijkt dat de wetgever de naleving van de formele verplichtingen als een *prealabele voorwaarde* voor de verenigbaarheidstoetsing heeft willen zien.

Dat wordt echter in de eerste plaats tegengesproken door de *vaste praktijk* van de

Commissie; tot op heden heeft zij de schending van artikel 93, lid 3, nooit beschouwd als een omstandigheid die het onderzoek van de verenigbaarheid van de steun uitsluit.

Integendeel, de Commissie kent — zoals ook uit de bestreden beschikking blijkt — aan de schending van artikel 93, lid 3, het daaraan toekomende belang toe: zij beschouwt die schending als de grondslag voor de terugvordering van de onwettig toegekende steun, en verhindert daarbij niet, dat de materiële aspecten ervan in ieder geval worden onderzocht. Overigens heeft deze handelwijze ook in de gevallen waarin de Commissie het Hof heeft verzocht de schending van artikel 93, lid 3, vast te stellen, het parallelle verloop van de controleprocedure niet geschorst of verhinderd.<sup>34</sup>

Dat de naleving van de formele verplichtingen geen prelabelle voorwaarde voor de verenigbaarheidstoetsing is, blijkt ook uit voormeld arrest in zaak 173/73 (Italië/Commissie), waarin wordt erkend dat de terugvordering van de steun kan worden gelast ongeacht de uitkomst van de controleprocedure.

Dit betekent, nogmaals onverminderd de karakteristieke gevolgen van de schending van artikel 93, lid 3, dat deze schending niet belet, dat de materiële verenigbaarheid van de steun met werking *ex nunc* wordt getoetst.

19. Maar er is nog een andere overweging die mij belangrijk lijkt.

Men mag niet uit het oog verliezen, dat de verenigbaarheidstoetsing niet in het belang

van de Lid-Staat die de steun toekent wordt verricht, maar in het *algemene belang van de Gemeenschap*.

Met het oog daarop is de procedure van artikel 93, lid 2, bedoeld om de Commissie alle relevante gegevens te verschaffen, opdat zij zo snel mogelijk kan vaststellen, of een bepaalde staatsinterventie al dan niet in overeenstemming is met de vereisten van de gemeenschappelijke markt. In beide gevallen moet een *algemeen zekerheidsvereiste* worden gewaarborgd.<sup>35</sup>

Indien de steun niet alleen onwettig, maar ook onverenigbaar blijkt te zijn, kan het in bepaalde gevallen nutteloos zijn de controleprocedure te „fragmentariseren”, door uitspraak te doen over de schending van artikel 93, lid 3. Het verdient daarentegen de voorkeur, definitief en onverwijld vast te stellen dat de betrokken staatsinterventie in strijd is met de belangen van de Gemeenschap, nog afgezien van de niet-naleving van de formele verplichtingen.

35 — De rechtspraak van het Hof lijkt te bevestigen dat de procedure van artikel 93, lid 2, moet worden ingeleid en gevolgd zodra ook maar de geringste twijfel bestaat omtrent de verenigbaarheid van een steunmaatregel. Een aanwijzing hiervoor is te vinden in het arrest van 20 maart 1984, zaak 84/82, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1984, blz. 1451, waarin het Hof het beroep gegrond verklaarde waarmee de Bondsrepubliek beoogde te doen vaststellen, dat de Commissie de krachtens artikel 93, lid 2, op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen, door na te laten de in die bepaling bedoelde procedure tot toetsing van de verenigbaarheid in te leiden. Het Hof overwoog met name dat het „een van de belangrijkste verschillen tussen de onderzoeksfase van artikel 93, lid 2, en het vooronderzoek van artikel 93, lid 3, is dat de Commissie tijdens dit vooronderzoek niet verplicht is om alvorens een beslissing te nemen, de belanghebbenden in staat te stellen hun opmerkingen te maken. Een dergelijke procedure, waarin de Lid-Staten en de belanghebbende kringen de zekerheid hebben dat zij gehoord zullen worden, en de Commissie de mogelijkheid heeft om zich vóór haar beslissing volledig over alle relevante aspecten van de zaak te laten voorlichten, wordt echter volstrekt *noodzakelijk* wanneer de Commissie op ernstige problemen stuit bij de beoordeling van de vraag of een voorgenomen steunmaatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt” (r. o. 13 van het arrest). Ofschoon het in dat geval om een regelmatig ter kennis gebrachte voorgenomen steunmaatregel ging, ben ik van mening dat 's Hof's opmerkingen betreffende de aard en het doel van de verenigbaarheidstoetsing een algemene strekking hebben, en dat de betrokken procedure bijgevolg ook moet worden ingeleid, wanneer de Commissie op de hoogte is van onwettig toegekende steun.

34 — Zie met name de arresten 171/83, 173/73, 234/84 en 94/87, reeds aangehaald.

Indien de steun, althans onder bepaalde voorwaarden, verenigbaar blijkt te zijn, is het nog meer van belang dat die verenigbaarheid erga omnes wordt vastgesteld en dus dat de betrokken steun snel en wettelijk kan worden betaald.

Dat geldt met name voor de afwijkingen, bedoeld in artikel 92, lid 3. Het is immers duidelijk, dat die afwijkingen „in het algemeen belang” zijn voorzien en moeten worden toegepast. Er is dus geen reden om de toepassing ervan uit te sluiten, alleen omdat de Lid-Staat die de steun toekent, artikel 93, lid 3, heeft geschonden. Anders dreigt het gevaar, dat steunmaatregelen die aan belangrijke doelstellingen beantwoorden en die met de belangen van de Gemeenschap stroken, niet tot uitvoering mogen worden gebracht.

Daarbij komt, dat wanneer men de gevolgen van de opvatting van de Commissie in al haar consequenties doortrekt, ook steun die onder het bepaalde van artikel 92, lid 2, EEG valt, en die dus op zich wettig is, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou zijn, wanneer hij is ingesteld zonder dat de verplichtingen van artikel 93, lid 3, zijn nageleefd.

Aangezien het immers steeds mogelijk blijft, die schending op autonome wijze te vervolgen, ben ik van oordeel dat de Commissie de steun in ieder geval moet toetsen aan de in artikel 92, lid 3, voorziene afwijkingen, en dat zij zich niet mag beperken tot een toetsing aan artikel 92, lid 1. Het gaat daarbij weliswaar om een discretionaire toetsing, maar dat neemt niet weg, dat het *voorwerp* ervan in het Verdrag is omschreven en overeenkomt met de inhoud van de drie leden van artikel 92. Evenzeer als de Commissie niet verder mag gaan dan de inhoud van die bepaling, moet zij mijns in-

ziens de verenigbaarheidstoetsing volledig verrichten, en wel met inachtneming van alle criteria van artikel 92, die van lid 3 daaronder begrepen.<sup>36</sup>

20. Ten slotte wil ik opmerken, dat in het kader van de procedure van artikel 93, lid 2, *alle belanghebbenden*, Lid-Staten zowel als particulieren, in de gelegenheid moeten worden gesteld om „hun opmerkingen te maken” (hetgeen overigens strookt met het voornaamste doel: een zo volledig en duidelijk mogelijke materiële toetsing te verzekeren).

Voorts beschermt het gemeenschapsrecht de positie van degene die bij de Commissie over het bestaan van een steunmaatregel heeft „geklaagd”, door de betrokkene de mogelijkheid te bieden om zowel beroep in te stellen tegen de beschikking van de Commissie waarbij de steunmaatregel verenigbaar wordt verklaard, als tegen het eventuele niet-handelen van de Commissie, wanneer deze na zijn klacht geen enkele — positieve of negatieve — maatregel vaststelt op grond van artikel 93, lid 2.

Het is echter evident, dat elk mechanisme dat de volledige afwikkeling van de procedure van artikel 93, lid 2, belet of zelfs maar vertraagt, wel de *procedurele en materiële waarborgen* moet schaden, die het Verdrag aan derden (Lid-Staten en particulieren) verleent.

Bijgevolg ben ik van mening, dat de Commissie, telkens wanneer zij een „notitia criminis” betreffende het bestaan van een

36 — Betreffende het *eenvormige en verplichte* karakter van de verenigbaarheidstoetsing, zie vooral Smit & Herzog (reeds aangehaald in voetnoot 29), blz. 415: „When investigating the incompatibility of an aid with the common market, the Commission *should also examine on its own motion* whether any of the exceptions of article 92(2) or 92(3) are applicable, in particular if the facts and the arguments advanced indicate that an exception may be applicable.”

steunmaatregel ontvangt, *de procedure van artikel 93, lid 2, moet volgen tot aan de eindbeslissing over de verenigbaarheid.*

22. Samenvattend ben ik van mening, dat uit het voorgaande de volgende conclusies kunnen worden afgeleid:

21. Indien het ter verzekering van de doeltreffendheid van het systeem van het preventieve toezicht werkelijk onontbeerlijk zou blijken de toepassing van artikel 92, lid 3, afhankelijk te stellen van de naleving van de verplichtingen van artikel 93, lid 3, zou de gemeenschapswetgever uiteraard kunnen optreden op basis van artikel 94. Zolang dat evenwel niet is gebeurd, moet mijns inziens worden erkend, dat de formele verplichtingen van artikel 93, lid 3, en de verenigbaarheidstoetsing niet op hetzelfde vlak liggen, en dat bijgevolg de schending van de formele verplichtingen geen gevolgen kan hebben ten aanzien van het verplicht en tijdig verrichten van de verenigbaarheidstoetsing.

— het door de Commissie opgeworpen ontvankelijkheidsvraagstuk moet worden geherformuleerd zoals hierboven aangegeven;

— de inhoud en het doel van de verplichtingen van artikel 93, lid 3, brengen mee, dat in strijd met die verplichtingen tot uitvoering gebrachte steun onwettig is;

— deze onwettigheid heeft welbepaalde gevolgen en daartegen kan zowel op nationaal als op communautair vlak worden opgetreden;

Die conclusie vindt mijns inziens steun in het feit dat — zoals reeds gezegd — tegen de onwettigheid die het gevolg is van de schending van artikel 93, lid 3, zowel op nationaal als op communautair vlak doeltreffend kan worden opgetreden, en vooral in de omstandigheid dat de Commissie, ten einde te voorkomen dat een langdurige procedure een eventueel bevel tot terugvordering zinledig zou maken, het Hof om de nodige conservatoire maatregelen kan verzoeken of deze zelfs eigener beweging kan vaststellen. Deze maatregelen — en dat is nu juist het punt —, vormen echter, zelfs wanneer daartoe rechtstreeks door de Commissie wordt besloten, *geen beletsel* voor de eindbeslissing over de verenigbaarheid (waarop het Hof zijn controle ten volle kan uitoefenen), maar *kondigen* deze juist *aan*, daar zij enkel voorkomen dat intussen een feitelijke, de *concurrentie* vervalsende situatie ontstaat of blijft bestaan, die naderhand onmogelijk of slechts met veel moeite kan worden verholpen.

— in het bijzonder kan de Commissie de terugvordering van onwettig tot uitvoering gebrachte steun gelasten, zelfs wanneer die steun naderhand verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard;

— voorts kunnen voorlopige maatregelen worden vastgesteld, ten einde te voorkomen dat de gevolgen van de eindbeslissing van de Commissie ten gevolge van de onwettige tot uitvoerbrenging van de steun op de helling zouden komen te staan;

— schending van de verplichtingen bedoeld in artikel 93, lid 3, ontslaat de Commissie evenwel niet van de verplichting, de verenigbaarheid van de steun ook aan het bepaalde in artikel 92, lid 3, te toetsen.

**Ten gronde****A — De toepassing van artikel 92, lid 1***De aard van de kapitaalinbreng van de Belgische regering*

23. De Belgische regering ontkent, dat haar financiële inbreng in Tubemeuse een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1, is. Integendeel, het zou om een volstrekt normale kapitaalinbreng gaan in overeenstemming met de handelwijze van een aandeelhouder in een markteconomie. De Belgische regering zou zich inzonderheid gedragen hebben zoals iedere aandeelhouder die reeds een belangrijke investering heeft gedaan en die zich wegens gerezen moeilijkheden genoodzaakt ziet een nieuwe inbreng te doen, ten einde de voortzetting van de activiteiten van de onderneming, en dus een — al is het beperkt — uitzicht op rendement veilig te stellen.

Tot staving van zijn stelling voert de verzoekende staat vooral aan, dat hij zich als aandeelhouder in wezen op dezelfde wijze heeft gedragen als andere aandeelhouders van concurrerende ondernemingen. Voorts merkt hij op, dat de investeringen in Tubemeuse ten dele door een internationaal bankconsortium zijn gefinancierd, hetgeen zou aantonen dat er althans op middellange termijn perspectieven voor een economisch herstel moesten bestaan. Ten slotte preciseert de Belgische staat, dat de financiële inbreng op basis van de aanwijzingen van een internationaal gerenommeerd consultantsbureau is gedaan.

24. Dienaangaande wil ik opmerken, dat volgens de thans vaste rechtspraak de deel-

neming van een Lid-Staat in het kapitaal van een onderneming als „overheidssteun” kan worden aangemerkt, wanneer is voldaan aan de voorwaarden van artikel 92 EEG-Verdrag.<sup>37</sup>

Voorts kunnen, zoals het Hof in het arrest-Intermills, reeds aangehaald, overwoog,

„... steunmaatregelen, met name in de vorm van deelneming in het kapitaal door de staat of openbare instanties, niet zonder meer als strijdig met de verdragsbepalingen worden beschouwd. Ongeacht in welke vorm steun wordt verleend, of dit nu is in de vorm van een lening dan wel in de vorm van een deelneming, dient de Commissie dan ook te onderzoeken, of die steun in strijd is met artikel 92, lid 1, en, zo ja, of daarvoor eventueel een ontheffing kan worden verleend op grond van lid 3 van hetzelfde artikel, en moet zij haar besluit dienovereenkomstig motiveren” (r. o. 32).

In het arrest in zaak 234/84, (reeds aangehaald), preciseerde het Hof voorts, dat om uit te maken of de financiële deelneming van een Lid-Staat in een onderneming een steunmaatregel is,

„... moet worden uitgegaan van het [in de beschikking van de Commissie vervatte] criterium, te weten de mogelijkheden voor de onderneming om de betrokken bedragen op de particuliere kapitaalmarkt te verkrijgen. Wanneer het maatschappelijk kapitaal van een onderneming in handen van de overheid is, moet met name worden beoordeeld, of een particuliere aandeelhouder in gelijkaar-

37 — Zie met name de arresten van 14 november 1984, zaak 323/82, Intermills, Jurispr. 1984, blz. 3809; 13 maart 1985, gevoegde zaken 296/82 en 318/82, Leeuwarder Papierwarenfabriek, Jurispr. 1985, blz. 809 en 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2281.

dige omstandigheden, op grond van de te verwachten rentabiliteit en afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectorieel beleid, een dergelijke kapitaalbreng zou hebben gedaan" (r. o. 14).

25. In de bestreden beschikking stelt de Commissie, dat Tubemeuse de betrokken financiering onmogelijk op de particuliere kapitaalmarkt had kunnen verkrijgen, en wel om verschillende redenen. De Commissie zet omstandig uiteen, dat de betrokken sector werd gekenmerkt door een grote structurele overcapaciteit, dat de vraag van de oliesector, die het grootste gedeelte van de vraag naar naadloze buizen uitmaakt, voortdurend afnam, en dat de financiële situatie van Tubemeuse al geruime tijd door aanzienlijke verliezen werd gekenmerkt (in 1984 bedroeg het negatief bedrijfsresultaat meer dan 14% van het omzetcijfer, waarbij de financiële lasten 8,4% bedroegen), hetgeen tot gevolg had, dat de particuliere aandeelhouders zich geleidelijk aan terugtrokken.

Gelet op deze omstandigheden, waarvan de juistheid niet wordt ontkend, moet ervan worden uitgegaan dat de Commissie artikel 92, lid 1, correct heeft toegepast, toen zij oordeelde dat de betrokken financiële steun staatssteun was, bestemd om het overleven mogelijk te maken van een onderneming die anders op de kapitaalmarkt onmogelijk de liquiditeiten had kunnen verkrijgen die zij nodig had om haar eigen activiteiten te kunnen voortzetten.

26. Bovendien heeft de Commissie een overtuigend antwoord gegeven op de argumenten die de Belgische regering in onderhavige procedure heeft aangevoerd om aan te tonen dat de litigieuze financiële inbreng geen „reddingshulp" was.

Met name is het gedrag van de Belgische regering als aandeelhouder van Tubemeuse volstrekt niet vergelijkbaar met dat van de aandeelhouders van concurrerende ondernemingen. Laatstbedoelde hebben immers niet alleen doeltreffende saneringsmaatregelen getroffen, maar beschikken bovendien in de regel over in wezen positieve balansen en economische vooruitzichten.

Met betrekking tot de financiële middelen die Tubemeuse van de banken heeft verkregen, lijkt mij van doorslaggevend belang, dat het om investeringen met staatswaarborg gaat, zodat de Belgische staat het risico draagt.

Ten slotte stelt de Belgische regering, dat zij zich heeft gehouden aan de aanwijzingen van een internationaal consultantsbureau voor ondernemingen. Dienaangaande wil ik eraan herinneren dat, zoals de Commissie heeft opgemerkt, het in 1986 door dat bureau opgestelde verslag zelf reeds aan het licht heeft gebracht, dat de algemene toestand van Tubemeuse sedert 1983 vanuit verschillende gezichtspunten (bedrijfsresultaten, onvoldoende diversificatie, financiële lasten en toestand van de liquiditeiten) uiterst precair was. Voorts heeft de Commissie een in 1985 door het „Comité national belge de planification et de contrôle de la sidérurgie" opgesteld document overgelegd, waarin is vermeld dat zelfs wanneer de onderneming erin zou slagen om door een financiële herstructurering de desbetreffende financiële lasten te verminderen, de kostprijs nog steeds 3,9% boven de verkoopprijs zou liggen. In hetzelfde rapport wordt vermeld dat Tubemeuse zich in verband met de eind 1979 aan de dag getreden structurele financiële moeilijkheden tot de (plaatselijke en regionale) overheden had gewend om daarvoor een oplossing te zoeken.

Bijgevolg heeft de Commissie terecht geoordeeld, dat de Belgische onderneming de benodigde liquiditeiten waarschijnlijk niet op de particuliere kapitaalmarkt had kunnen verkrijgen, en dat de betrokken staatsinterventie dus als staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, was aan te merken.

*De invloed op het intracommunautaire handelsverkeer*

Op dit punt merkt de Belgische regering in de eerste plaats op, dat toen de steun werd toegekend, Tubemeuse 90% — dat wil zeggen nagenoeg haar gehele produktie — buiten de Gemeenschap exporteerde, en wel naar de Sovjet-Unie.

Zij leidt daaruit om te beginnen af, dat haar interventie hooguit als steun voor de uitvoer naar derde landen is aan te merken, en dus een maatregel is, die geoorloofd is op grond van artikel 112 EEG-Verdrag.

In de tweede plaats kan de betrokken steun haars inziens, gelet op de omvang van de uitvoer naar derde landen, onmogelijk het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloeden. In ieder geval zou de beschikking van de Commissie op dit punt onvoldoende gemotiveerd zijn.

27. Met betrekking tot artikel 112 zij opgemerkt, dat het niet a priori uitgesloten is, dat steun voor de uitvoer naar derde landen, althans in bepaalde omstandigheden, het intracommunautaire handelsverkeer nadelig beïnvloedt en een vervalsing van de mede-

dinging veroorzaakt. Het kan bij voorbeeld voorkomen, dat een regeling inzake steun voor de uitvoer naar derde landen het de gesteunde onderneming uiteindelijk mogelijk maakt, op de communautaire markt aanzienlijk lagere prijzen toe te passen dan anders mogelijk was geweest. In die gevallen kan artikel 112, dat slechts een geleidelijke harmonisatie van de steunregelingen voor de uitvoer naar derde landen voorschrijft, mijns inziens de staatsinterventie niet aan de bepalingen van artikel 92 onttrekken.

Artikel 112 is namelijk gelet op de strekking en het doel ervan alsmede op het kader van de bepalingen waarin het is opgenomen, niet uit te leggen als een bepaling waarin mag worden afgeweken van andere verdragsbepalingen, zoals die betreffende staatssteun. Veeleer zal dus in ieder afzonderlijk geval moeten worden nagegaan, of een bepaalde steun voor de uitvoer naar derde landen al dan niet het intracommunautaire handelsverkeer nadelig kan beïnvloeden en de mededinging binnen de Gemeenschap kan vervalsen.<sup>38</sup>

De door de Belgische regering aangevoerde uitlegging van artikel 112 lijkt mij dus in haar algemeenheid niet te kunnen worden aanvaard. Maar zelfs afgezien daarvan is in casu de steun aan Tubemeuse in geen geval als steun voor uitvoer buiten de Gemeenschap te beschouwen. Het gaat namelijk niet om een voordeel dat is toegekend met het oog op *handelstransacties* met derde landen, maar integendeel om een interventie ter ondersteuning van de *produktie-activiteit* van de onderneming, die als zodanig buiten de werkingssfeer van artikel 112 valt.

38 — Zie in die zin Smit & Herzog (reeds aangehaald in voetnoot 29), blz. 397.

28. Bijgevolg moet enkel worden vastgesteld, of de door de Belgische regering onder de vorm van de betrokken kapitaalbreng toegekende produktiesteun het handelsverkeer binnen de Gemeenschap nadelig kan beïnvloeden.

De voorwaarde betreffende de ongunstige invloed op het handelsverkeer tussen Lid-Staten is bedoeld om de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht inzake de mededingingsregels af te bakenen. Op grond van dit criterium vallen buiten de werkingssfeer van de gemeenschapsregels, de handelingen of gedragingen waarvan de gevolgen zich uitsluitend binnen het grondgebied van een enkele Lid-Staat doen gevoelen, en die bijgevolg de vrije intracommunautaire handel niet — zelfs niet indirect — beïnvloeden op een wijze die de verwezenlijking van de doelstellingen van één enkele markt zou kunnen schaden, zoals dat met name wel het geval kan zijn wanneer die handelingen of gedragingen de mededingingsstructuur in de gemeenschappelijke markt aanzienlijk wijzigen.<sup>39</sup>

In de eerste plaats zij opgemerkt, dat er binnen de Gemeenschap een handelsverkeer in de betrokken produkten bestaat. Zoals uit de bestreden beschikking blijkt, wordt namelijk 50% van de totale communautaire produktie afgenomen door de interne vraag van de EEG. Voorts vindt 25% van de uitvoer van de communautaire producenten binnen de Gemeenschap plaats (toestand in 1984). Op hetzelfde ogenblik produceerde Tubemeuse 17% van de communautaire

produktie; zoals gezegd was 90% daarvan voor de uitvoer naar de Sovjet-Unie bestemd.

29. In de tweede plaats is de positie van een onderneming die 17% van de communautaire produktie voor haar rekening neemt, zeker niet marginaal te noemen. De haar toegekende massale steun kon bijgevolg de mededinging vervalsen en dus een weerslag hebben op de handelsstromen. Bovendien lijkt het feit dat de onderneming, toen haar de steun werd toegekend, het grootste gedeelte van haar produktie naar een derde land uitvoerde, niet van doorslaggevend belang. Wat van belang is, is dat er een communautair handelsverkeer bestaat in het betrokken produkt, en dat inzonderheid Tubemeuse met een sterke positie aan dat handelsverkeer kon deelnemen. Het Hof heeft overigens reeds in een ander geval geoordeeld, dat het feit dat een onderneming haar exporten naar derde landen tracht te leiden niet uitsluit, dat door aan haar toegekende steun het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed.<sup>40</sup>

Deze laatste opmerking toont overigens aan, dat de voorwaarde betreffende het bestaan van een ongunstige invloed op het handelsverkeer (evenals die betreffende de vervalsing van de mededinging) vanuit een *dynamisch*<sup>41</sup> standpunt moet worden gezien. Welnu, in casu heeft de Commissie bij de beoordeling van de invloed van de betrokken steun op het handelsverkeer terecht rekening gehouden met de te verwachten ontwikkeling van de handelsstromen. In de bestreden beschikking heeft de Commissie met

39 — Deze door het Hof bij de uitlegging van de artikelen 85 en 86 genoemde beginselen (zie met name het arrest van 31 mei 1979, zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869) gelden eveneens voor artikel 92, daar de voorwaarde van de beïnvloeding van de communautaire handel in de drie bepalingen, die alle drie deel uitmaken van het hoofdstuk van het Verdrag dat betrekking heeft op de „mededingingsregels”, uiteraard dezelfde functie heeft.

40 — Zie het arrest van 10 juli 1986, België/Commissie, reeds aangehaald in voetnoot 24, r. o. 23.

41 — Zie in die zin J. Megret: *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 4, blz. 384.

name opgemerkt, dat in een algemene situatie die wordt gekenmerkt door een sterke integratie van de wereldmarkten en een steeds grotere discrepantie tussen vraag en aanbod (wegens de toegenomen productiecapaciteit van de ontwikkelingslanden en de landen met staatshandel, de daling van de vraag in de Verenigde Staten — ten gevolge van de inwerkingtreding van invoerbeperkingen — en de daling van de vraag in de oliesector), een *heroriëntering* van de activiteiten van Tubemeuse naar de EG-binnenmarkt te verwachten viel. Dat deze verwachting gegrond was, is bevestigd door de evolutie na 1984. Uit de door de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting overgelegde gegevens blijkt namelijk, dat Tubemeuse in 1987 23% van haar productie binnen de gemeenschappelijke markt heeft geëxporteerd, welk cijfer in het eerste semester van 1988 tot 33,3% is opgelopen.

In casu heeft de Commissie derhalve terecht geconcludeerd, dat de door de Belgische regering toegekende steun het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig beïnvloedt. De bestreden beschikking is bovendien voldoende en duidelijk gemotiveerd met betrekking tot de omstandigheden en de evaluaties op basis waarvan de Commissie op dit punt tot haar beoordeling is gekomen.

## B — De toepassing van artikel 92, lid 3

30. De Belgische regering betoogt, dat de Commissie in casu in ieder geval had moeten erkennen, dat de betrokken steun in aanmerking kwam voor de afwijkingen bedoeld in artikel 92, lid 3, sub a en c.

De stelling van de Belgische regering op dit punt is niet alleen summier, zij wordt bovendien niet gestaafd door werkelijk overtuigende elementen.

Uit de bestreden beschikking blijkt inzonderheid, dat de Commissie de toepassing van artikel 92, lid 3, sub a, heeft uitgesloten op grond van een tevoren verrichte sociaal-economische analyse van de betrokken Belgische gewesten (beschikking 82/740/EEG van 22.7.1982, PB 1982, L 312, blz. 18, gewijzigd bij beschikking 85/544/EEG van 31.7.1985, PB 1985, L 341, blz. 19), waaruit blijkt dat deze gewesten geen abnormaal lage levensstandaard of een ernstig gebrek aan werkgelegenheid vertonen. De Belgische regering heeft enkel informatie overgelegd betreffende de sluiting van een aantal aldaar gevestigde ondernemingen, zonder evenwel de in die beschikkingen gemaakte beoordelingen inhoudelijk te weerleggen.

Met betrekking tot de in artikel 92, lid 3, sub c, voorziene afwijking wijst de Commissie erop, dat in casu de onderneming opereert op een markt die wordt gekenmerkt door een aanzienlijk structureel overaanbod, en dat de financiële interventie van de Belgische regering volledig los lijkt te staan van een daadwerkelijk saneringsplan met een daarmee verband houdende vermindering van de productiecapaciteit. Onder die omstandigheden heeft Tubemeuse dank zij de haar toegekende steun haar marktaandeel kunnen behouden of vergroten ten detrimente van andere ondernemingen die niet een dergelijke steun van de overheid ontvingen en die, daartoe gedwongen door een excedentaire markt, hun productie hebben moeten aanpassen. De betrokken steun veranderde de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt, dus zodanig dat het gemeenschappelijk belang werd geschaad. Bijgevolg was de Commissie terecht

van oordeel, dat de afwijking van artikel 92, lid 3, sub c, niet kon worden toegepast.

### C — De uitvoering van de bestreden beschikking

31. Volgens de Belgische regering heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat Tubemeuse, toen de bestreden beschikking werd vastgesteld, een gerechtelijk akkoord had aangevraagd, en dat de beschikking derhalve niet kon worden uitgevoerd.

Dienaangaande voert de Belgische regering de volgende argumenten aan:

- de bestreden beschikking is zonder voorwerp, en dus onuitvoerbaar, omdat de onderneming economisch gezien had opgehouden te bestaan;
- het gerechtelijk akkoord maakt op zijn minst de onmiddellijke uitvoering van de beschikking onmogelijk;
- rekening houdend met het gerechtelijk akkoord is de terugvordering van de steun onevenredig.

32. Bij nader inzien leiden de argumenten van de Belgische regering tot een resultaat dat de doeltreffendheid van de steunbepalingen in gevaar dreigt te brengen. Het zou immers volstaan, dat een onderneming die massieve staatssteun heeft ontvangen een faillissementsprocedure inleidt, om aan toepassing van de artikelen 92 en volgende te ontsnappen.

Daarbij komt nog, dat Tubemeuse ook na de litigieuze beschikking haar activiteiten is blijven voortzetten. De beschikking van de Commissie moest dus volledig worden uitgevoerd om te voorkomen dat de door de steun veroorzaakte vervalsing van de mededinging bleef voortbestaan.

Bovendien is er geen enkele grond om ondernemingen die zich in de situatie van een gerechtelijk akkoord bevinden, wat de verplichting tot terugvordering betreft, gunstiger te behandelen dan andere ondernemingen. Zoals hiervoor uitvoerig is uiteengezet, kan de Commissie altijd de teruggave van onwettig betaalde steun vorderen. Vervolgens staat het aan de betrokken Lid-Staat om de nodige voorzieningen te treffen waarmee dat resultaat kan worden bereikt. Dat geldt evenzeer ten aanzien van ondernemingen die zich in de situatie van een gerechtelijk akkoord bevinden, met name gelet op het feit dat de bedragen die de Lid-Staat *moet* terugvorderen, zich op *onwettige* wijze in het vermogen van de betrokken onderneming bevinden.

Ten slotte wil ik beklemtonen, dat de Commissie niet de *onmiddellijke* terugvordering van de onwettige betalingen heeft gelast, doch de Belgische regering enkel heeft verzocht om in het kader van de binnen de nationale rechtsorde bestaande mogelijkheden de nodige maatregelen te treffen om de terugvordering te realiseren. Het Koninkrijk België heeft kennelijk aan die verplichting voldaan door de betrokken bedragen bij de schulden van het gerechtelijk akkoord te laten bijschrijven. De Commissie heeft overigens verklaard, dat zulks volstond ter nakoming van de in de litigieuze beschikking opgelegde verplichting tot terugvordering. Gelet op deze feitelijke omstandigheden behoeft in casu ook niet te worden verwezen naar de bekende rechtspraak van het Hof, volgens welke alleen de *volstreckte onmogelijkheid* de niet-uitvoering van de ver-

plichting tot terugvordering kan rechtvaardigen.<sup>42</sup>

Bijgevolg ben ik van mening, dat de bijzondere situatie waarin de onderneming zich bevond toen de litigieuze beschikking werd vastgesteld, de uitvoering van de beschikking niet belet, te meer daar, althans naar wat in de onderhavige procedure is gebleken, de Belgische staat de hem opgelegde verplichting daadwerkelijk lijkt te zijn nagekomen.

### D — Schending van de rechten van de verdediging

33. De Belgische regering merkt op, dat de Commissie in de bestreden beschikking naar de opmerkingen van „drie andere Lid-Staten en vier beroepsassociaties van stalenbuisfabrikanten” verwijst. Deze documenten, die voor de beschikking van belang zijn, zouden niet zijn overgelegd noch door de betrokken partijen zijn becommentarieerd.

Dienaangaande volstaat de opmerking, dat de litigieuze beschikking op een reeks objectieve economische gegevens is gebaseerd die verband houden met de situatie en de ontwikkeling van de betrokken markt, waarvan de Belgische regering op de hoogte was en ten aanzien waarvan zij haar eigen

tegenargumenten heeft aangevoerd. Ik ben derhalve van mening dat de betrokken opmerkingen, ofschoon het te betreuren is dat zij niet naar behoren zijn meegedeeld, geen invloed op de inhoud van de betrokken beschikking hebben gehad en dat de omstandigheid dat zij niet zijn meegedeeld, dus niet betekent dat de beschikking kan worden nietig verklaard.

Op dit punt verwijs ik naar het reeds aangehaalde arrest in zaak 234/84, (België/Commissie), waarin het Hof op een gelijkaardig bezwaar heeft geantwoord,

„dat de bestreden beschikking evenwel voldoende [wordt] gestaafd door de in haar motivering vermelde objectieve elementen, waarvan de Belgische regering perfect op de hoogte was en waaromtrent zij ten volle de gelegenheid heeft gehad haar standpunt kenbaar te maken. Bijgevolg zou de beschikking ook bij gebreke van de door belanghebbende derden tijdens de procedure bij de Commissie ingediende opmerkingen, dezelfde inhoud hebben gehad. Onder die omstandigheden kan het enkele feit, dat de Commissie in haar beschikking van deze opmerkingen gewag maakt zonder de betrokken Lid-Staat de gelegenheid te hebben geboden, daaromtrent zijn opmerkingen kenbaar te maken, nietigverklaring van die beschikking niet rechtvaardigen” (r. o. 30).

34. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

- het beroep in zijn geheel ontvankelijk te verklaren;
- het beroep te verwerpen;
- de Belgische regering te verwijzen in de kosten van de procedure.

<sup>42</sup> — Zie laatstelijk het arrest van 2 februari 1989, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald in voetnoot 24, met name r. o. 8 en 9.