

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT
3 december 2002 *

In zaak T-181/02 R,

Neue Erba Lautex GmbH Weberei und Veredlung, gevestigd te Neugersdorf (Duitsland), vertegenwoordigd door U. Ehrlicke, hoogleraar, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

ondersteund door

Freistaat Sachsen, vertegenwoordigd door M. Schütte, advocaat, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

intervenient,

* Procestaal: Duits.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door V. Kreuzschitz, V. Di Bucci en T. Scharf als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweersters,

betreffende, primair, een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking 2002/783/EG van de Commissie van 12 maart 2002 betreffende staatssteun C 62/2001 (ex NN 8/2000) van de Bondsrepubliek Duitsland ten gunste van Neue Erba Lautex GmbH en de in Gesamtvollstreckung verkerende Erba Lautex GmbH (PB L 282, blz. 48), en, subsidiair, een verzoek om de betrokken steun in termijnen te mogen terugbetalen,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

de navolgende

Beschikking

- 1 De Communautaire richtsnoeren voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden (PB 1999, C 288, blz. 2; hierna: „richtsnoeren”) bepalen in punt 7:

„Voor de toepassing van deze richtsnoeren komt een pas opgerichte onderneming niet voor reddings- of herstructureringssteun in aanmerking, zelfs niet wanneer haar aanvankelijke financiële positie onzeker is. Dit geldt vooral voor ondernemingen die na de liquidatie van bestaande ondernemingen worden opgericht of die de activa van deze ondernemingen overnemen.”

- 2 Volgens voetnoot 10 bij het aangehaalde punt 7 van de richtsnoeren „[vormen d]e enige uitzondering op deze regel [...] de eventuele gevallen die door de Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben worden behandeld in het kader van zijn privatiseringsopdracht en andere soortgelijke gevallen in de nieuwe deelstaten, en wel met betrekking tot ondernemingen die na een liquidatie of een overname van activa die vóór 31 december 1999 zijn geschied, zijn opgericht”.
- 3 Volgens punt 23, sub b, van de richtsnoeren moet reddingssteun, om voor goedkeuring in aanmerking te komen, gekoppeld zijn aan leningen die over een periode van ten hoogste twaalf maanden na de laatste storting aan de onderneming moeten worden terugbetaald.
- 4 In punt 40 van de richtsnoeren wordt met betrekking tot herstructureringssteun bepaald, dat „[d]e begunstigden van de steun [...] met eigen middelen, zo nodig door de verkoop van activa wanneer deze niet onontbeerlijk zijn voor het voortbestaan van de onderneming of door externe financiering tegen marktvoorwaarden, een belangrijke bijdrage [dienen] te leveren aan het herstructureringsplan”.

- 5 § 17 van de Duitse Insolvenzordnung van 5 oktober 1994 (BGBl. I, blz. 2866; hierna: „InsO”) omschrijft de voorwaarden waaronder naar Duits recht een faillissementsprocedure moet worden ingeleid:

„1. De algemene inleidingsgrond wordt gevormd door de insolventie.

2. De schuldenaar is insolvent wanneer hij niet aan de verschuldigde betalingsverplichtingen kan voldoen. Insolventie wordt in de regel vermoed te bestaan wanneer de schuldenaar heeft opgehouden te betalen.”

De feiten

- 6 Neue Erba Lautex GmbH (hierna: „NEL” of „verzoekster”), gevestigd te Neugersdorf in Saksen en werkzaam in de textielsector, is op 23 december 1999 opgericht door de tijdelijke gerechtelijk bewindvoerder van de in liquidatie verkerende vennootschap Erba Lautex GmbH (hierna: „oude Erba Lautex”). Deze laatste was in 1992 voortgekomen uit de splitsing van de vennootschap Lautex AG, die in 1990 was opgericht als koepel van een aantal ondernemingen in de textielsector.
- 7 De oude Erba Lautex had tal van herstructureringspogingen gekend, die tot 1999 met staatssteun tot een bedrag van ten minste 60,9 miljoen euro waren gefinancierd. Bij beschikking 2000/129/EG van 20 juli 1999 betreffende staatssteun van de Bondsrepubliek Duitsland ten gunste van Lautex GmbH Weberei

und Veredlung (PB 2000, L 42, blz. 19; hierna: „negatieve beschikking van 1999”), verklaarde de Commissie die steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en nodigde zij de Bondsrepubliek Duitsland uit de terugbetaling ervan te eisen.

- 8 In 1997 werd de oude Erba Lautex (toen nog Lautex AG genaamd en eigendom van een openbare beheersinstelling, de Treuhandanstalt, nadien omgedoopt in Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben, hierna: „BvS”) gepri-
vatiseerd door verkoop aan twee particuliere investeerders, de groep Daun en de groep Maron. Op grond van de privatiseringsovereenkomst verhoogden die twee investeerders tussen april 1998 en augustus 1999 het maatschappelijk kapitaal van de oude Erba Lautex met 3,067 miljoen euro. Voorwaarde voor de privatisering was, dat de Commissie de aan de oude Erba Lautex verleende steun zou goedkeuren. Na de negatieve beschikking van 1999 werd de privatiserings-
overeenkomst ontbonden en verlangden de beide particuliere investeerders, zoals was overeengekomen, terugbetaling van het geïnvesteerde kapitaal.

- 9 Op 2 november 1999 verzocht de oude Erba Lautex om inleiding van een faillissementsprocedure („Gesamtvollstreckung”). Overeenkomstig § 60, lid 1, punt 4, van het Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung (wet op de vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid; RGrBl. 1892, blz. 477, in de versie van BGBl. 1994 I, blz. 2911) leidde de faillissementsprocedure op 31 december 1999 tot ontbinding van de oude Erba Lautex. De vordering tot terugbetaling van de steun overeenkomstig de negatieve beschikking van 1999 werd ingeschreven ten laste van de faillissementsboedel van de oude Erba Lautex.

- 10 Op 23 december 1999 werd NEL door de tijdelijk bewindvoerder van de oude Erba Lautex opgericht als volledige dochteronderneming van laatstgenoemde, waarvan zij alle activiteiten overnam. Daartoe huurde NEL alle activa van de oude Erba Lautex, die voor de voortzetting van die activiteiten nodig waren. De medewerkers van de oude Erba Lautex tekenden nieuwe overeenkomsten met NEL zonder een vergoeding te ontvangen. NEL heeft thans ongeveer 270 personen in dienst.

- 11 Bij brief van 29 december 1999, op 3 januari 2000 door de Commissie ontvangen, stelden de Duitse autoriteiten de Commissie in kennis van de oprichting van NEL als overnamevennootschap („Auffanggesellschaft”). De brief bevatte een uiteenzetting van een herstructureringsplan, opgesteld door de accountantsmaatschap Price Waterhouse Coopers Deutsche Revision, en vermeldde dat de herstructurering van NEL in 2000 zou plaatsvinden, zodra er een investeerder was gevonden. In tussentijd zou NEL een bedrag van 4,448 miljoen euro aan „reddingssteun” ontvangen, ter beschikking gesteld door de BvS en de Freistaat Sachsen (deelstaat Sachsen) in de vorm van leningen via een bankinstelling, de Sächsische Aufbaubank (hierna: „SAB”). De herstructureringskosten, geraamd op maximaal 29,5 miljoen euro — welk bedrag de BvS en de deelstaat Sachsen bereid waren te fourneren —, werden geacht voldoende te zijn ter dekking van de verkrijging van, onder meer, de activa van de oude Erba Lautex en de terugbetaling van de twee door de BvS en de SAB als reddingssteun verstrekte leningen.

- 12 Volgens dit plan zouden de activa van de oude Erba Lautex aan NEL worden overgedragen in het vooruitzicht van haar verkoop in de loop van 2000. Daartoe werd in 2000 een oproep tot inschrijving gepubliceerd, die op het tijdstip van indiening van het verzoek in kort geding nog geen resultaat had opgeleverd.

- 13 Bij op 27 februari 2001 door de Commissie ontvangen brief deelden de Duitse autoriteiten haar mee, dat na de ontbinding van de privatiseringsovereenkomst en in overeenstemming met hetgeen daarin was bepaald, een bedrag van 3,289 miljoen euro was overgemaakt aan de groepen Maron en Daun, als terugbetaling van de door hen betaalde koopprijs voor de oude Erba Lautex en de kapitaalbreng van 3,067 miljoen euro.

- 14 Bij brief van 30 juli 2001 stelde de Commissie de Duitse autoriteiten in kennis van haar besluit de procedure van artikel 88, lid 2, EG in te leiden ten aanzien van staatssteun C 62/2001 (ex NN 8/2000) — Neue Erba Lautex (PB C 310, blz. 3).

De Commissie ontving opmerkingen van twee Duitse concurrenten en van een Belgische vereniging van textielproducenten, waarop de Bondsrepubliek Duitsland met opmerkingen van 7 februari 2002 reageerde.

- 15 Op 12 maart 2002 stelde de Commissie beschikking 2002/783/EG vast, betreffende staatssteun C 62/2001 (ex NN 8/2000) van de Bondsrepubliek Duitsland ten gunste van Neue Erba Lautex GmbH en de in Gesamtvollstreckung verkerende Erba Lautex GmbH (PB L 282, blz. 48; hierna: „bestreden beschikking”).
- 16 Volgens artikel 1 van de bestreden beschikking „[is d]e door Duitsland ten uitvoer gelegde steunmaatregel ten gunste van de uit Erba Lautex GmbH i.G. en haar volledige dochteronderneming Neue Erba Lautex GmbH bestaande groep, ten bedrage van 7,834 miljoen EUR (15,324 miljoen DEM), [...] met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar”. Ingevolge artikel 2 is Duitsland gehouden die steun onverwijld overeenkomstig de procedures van het nationale recht en vermeerderd met rente terug te vorderen. Artikel 3 verplicht Duitsland de Commissie binnen twee maanden na de kennisgeving van de beschikking mee te delen, welke maatregelen het heeft genomen om eraan te voldoen.
- 17 Met betrekking tot het in de brief van 29 december 1999 genoemde bedrag van 4,448 miljoen euro, dat op de datum van de beschikking van de Commissie was opgelopen tot 4,767 miljoen euro en waarom het in de onderhavige procedure gaat, stelt de Commissie vast, dat het door de BvS en de SAB is verstrekt in de vorm van leningen van 23 december 1999, 1 februari 2000, 19 mei 2000 en 8 juni 2000 (punt 18 van de beschikking). Volgens de bestreden beschikking hadden deze leningen binnen zes maanden na hun toekenning moeten worden terugbetaald, maar was deze periode tot twaalf maanden verlengd. De terugbetaling had vanaf 1 juli 2001 in maandelijkse termijnen van 5 512 euro (2 556 euro voor de SAB en een zelfde bedrag voor de BvS) moeten plaatsvinden.

- 18 Na dat bedrag als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG te hebben bestempeld, stelt de Commissie vast, dat de groep bestaande uit de oude Erba Lautex en NEL (hierna: „groep Erba Lautex”), die een en dezelfde economische eenheid vormt, de begunstigde van deze steun is (punten 36-38).
- 19 Vervolgens onderzoekt de Commissie in de punten 39 tot en met 59 van de bestreden beschikking, of die staatssteun verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden verklaard op basis van artikel 87, lid 3, sub c, EG.
- 20 In de eerste plaats gaat de Commissie na (punten 44-47), of NEL kan worden aangemerkt als een „Auffanggesellschaft” in de zin van de in voetnoot 10 van de richtsnoeren vermelde uitzonderingen. Volgens haar is deze voetnoot uitsluitend van toepassing op ondernemingen die uit een liquidatie of een overname van activa zijn voortgekomen. In het geval van de groep Erba Lautex is er echter geen sprake van liquidatie of overname van activa. Inleiding van een faillissementsprocedure („Gesamtvollstreckungsverfahren”) is geen liquidatie (punt 45). Terwijl bij een liquidatie de activa van een onderneming te gelde worden gemaakt en de opbrengst van de verkoop van de activa in de regel over de schuldeisers en vennoten wordt verdeeld, waarna de vennootschap wordt ontbonden, kan een faillissement in een reorganisatie van de onderneming en voortzetting van haar activiteiten uitmonden. Volgens de Commissie kan het huren van bepaalde activa niet op één lijn worden gesteld met het overnemen ervan (punt 46).
- 21 Na tot de conclusie te zijn gekomen dat voetnoot 10 van de richtsnoeren niet van toepassing is, onderzoekt de Commissie vervolgens of de steun voor de groep Erba Lautex in het licht van de criteria van de richtsnoeren verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (punten 48-56).

22 Dienaangaande merkt zij het volgende op:

„[...] de gebruikelijke periode van zes maanden waarvoor reddingssteun kan worden goedgekeurd, [is] in het onderhavige geval aanzienlijk overschreden, zonder dat dit werd gerechtvaardigd. Daarbij komt nog dat deze vermeende reddingssteun volgens de beschikbare informatie door de onderneming binnen een termijn van acht jaar moet worden terugbetaald, waarbij de betaling van rente nog buiten beschouwing is gelaten [...]” (punt 50).

23 Verder stelt zij vast, dat „[...] het doel van reddingssteun [erin bestaat] de voortzetting van de activiteiten van de onderneming mogelijk te maken tot er klaarheid komt over haar voortbestaan. Zelfs wanneer men een bepaalde mate van flexibiliteit zou hanteren, kan reddingssteun niet voor een onbepaalde periode worden goedgekeurd,” en preciseert zij dat, hoewel het twee jaar na de aanbesteding nog steeds niet tot verkoop is gekomen, er wel al enkele herstructureringsmaatregelen zijn doorgevoerd (punt 52).

24 Volgens de Commissie kan de betrokken steun ook niet als herstructureringssteun worden beschouwd. In de bestreden beschikking zet zij onder meer het volgende uiteen:

„(54) Ten eerste heeft Duitsland nooit een herstructureringsplan voor de gehele groep voorgelegd [...] Het enige aan de Commissie voorgelegde plan betreft NEL, een onderdeel van de groep.

(55) Ten tweede is het niet realistisch te verwachten dat de groep ook maar gedeeltelijk in staat is haar rentabiliteit te herstellen. Duitsland heeft nooit aannemelijk gemaakt dat de rentabiliteit van Erba Lautex GmbH i.G. kan worden hersteld. In het verslag van de eerste vergadering van crediteuren wordt vastgesteld, dat de in Gesamtvollstreckung verkerende onderneming niet meer

kan worden hersteld. Hoewel Duitsland van mening is dat de rentabiliteit van NEL kan worden hersteld, is dit evenwel uitsluitend mogelijk door de verkoop ervan. Maar er is, zoals meermaals is vastgesteld, blijkbaar geen investeerder bereid om de nieuwe rechtspersoon over te nemen. Daarom is er geen sprake van een belangrijke bijdrage van de ontvangers van de steun, noch kan deze worden verwacht.”

- 25 In punt 57 ten slotte overweegt de Commissie onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 15 mei 1997, TWD/Commissie (C-355/95 P, Jurispr. blz. I-2549):

„[...] wil zij vaststellen of staatssteun verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, [dan moet de Commissie] alle relevante factoren in aanmerking nemen. Hiertoe behoren in voorkomend geval de omstandigheden die reeds in een eerdere beschikking in aanmerking zijn genomen, alsmede de verplichtingen die bij die beschikking aan een lidstaat zijn opgelegd. Bij de beoordeling van de nieuwe steunmaatregelen moet de Commissie het gecumuleerde effect ervan ten aanzien van de vervalsing van de markt en de niet teruggevorderde onverenigbare steun beoordelen.”

- 26 In de punten 58 en 59 van de bestreden beschikking herinnert de Commissie eraan, dat de staatssteun ten gunste van de oude Erba Lautex bij de negatieve beschikking van 1999 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard en dat genoemde onderneming haar activiteiten op die markt via NEL voortzet. Zij is derhalve van oordeel, dat de nieuwe steunmaatregelen een gecumuleerd ongunstig effect op de mededinging hebben.

Het procesverloop

- 27 Verzoekster heeft op 13 juni 2002 beroep tot nietigverklaring van de bestreden beschikking ingesteld.

28 Bij op 28 juni 2002 neergelegde akte heeft verzoekster in kort geding verzocht om, primair:

- opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking overeenkomstig artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, totdat het Gerecht het verzoek om opschorting heeft onderzocht en erover heeft beslist;

- opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking tot de uitspraak ten gronde in het beroep tot nietigverklaring of tot een ander, door het Gerecht te bepalen tijdstip;

en subsidiair:

- opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking onder de voorwaarde dat verzoekster maandelijks een bedrag van 5 000 euro of een ander, door het Gerecht te bepalen bedrag aan de BvS en de SAB terugbetaalt;

- elke andere, verschillende of aanvullende, voorlopige maatregel die het Gerecht noodzakelijk of passend voorkomt — met aanhouding van de beslissing omtrent de kosten.

- 29 Gelet op de omstandigheden van de zaak, heeft de kortgedingrechter het verzoek om toepassing van artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering afgewezen en de Commissie uitgenodigd haar opmerkingen kenbaar te maken.
- 30 De Commissie heeft haar opmerkingen over het verzoek in kort geding op 15 juli 2002 ingediend.
- 31 De Freistaat Sachsen heeft op 19 september 2002 verzocht om toelating tot tussenkomst in het kort geding ter ondersteuning van de conclusies van verzoekster. Bij beschikking van 20 september 2002 heeft de president van het Gerecht de tussenkomst toegestaan.
- 32 De partijen, daaronder begrepen interveniënt, hebben op de zitting van 20 september 2002 hun standpunt mondeling toegelicht.
- 33 Aan het einde van de zitting heeft de kortgedingrechter de Commissie een termijn gegund om een mogelijke terugbetaling van de in geding zijnde staatssteun in overweging te nemen. Bij brief van 11 oktober 2002 heeft verzoekster het Gerecht een voorstel voor een akkoord doen toekomen, overeenkomend met het voorstel dat de kortgedingrechter ter zitting had gedaan. Bij brief van dezelfde datum heeft de Commissie geantwoord, dat zij dat voorstel niet kon accepteren.
- 34 Bij brief van 28 oktober 2002 heeft verzoekster gereageerd op de afwijzing van haar voorstel door de Commissie. Bij brief van dezelfde datum heeft de Commissie aanvullende opmerkingen over verzoeksters voorstel gemaakt.

In rechte

- 35 Ingevolge het bepaalde in de artikelen 242 EG en 243 EG, juncto artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden dat vereisen, opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.
- 36 Volgens artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet een verzoek in kort geding een duidelijke omschrijving bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen feitelijk en rechtens op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt (*fumus boni juris*). Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek om opschorting van tenuitvoerlegging moet worden afgewezen, wanneer aan een ervan niet wordt voldaan [beschikkingen president Hof van 14 oktober 1996, SCK en FNK/Commissie, C-268/96 P(R), Jurispr. blz. I-4971, punt 30; beschikkingen president Gerecht van 15 juli 1998, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98 R, Jurispr. blz. II-2769, punt 25, en 4 april 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01 R, Jurispr. blz. II-2153, punt 50].

De ontvankelijkheid van het verzoek in kort geding

- 37 De Commissie betwist de ontvankelijkheid van het verzoek. Verzoekster had op de inleiding van de terugvorderingsprocedure door de BvS en de SAB moeten wachten en dan de nationale rechtsmiddelen tegen die terugvordering moeten aanwenden (arrest Hof van 25 oktober 2001, Duitsland/Commissie, C-276/99, Jurispr. blz. I-8055; beschikkingen president Hof van 6 februari 1986, Deufil/Commissie, 310/85 R, Jurispr. blz. 537, punt 22, en 15 juni 1987, België/Commissie, 142/87 R, Jurispr. blz. 2589, punt 26).

- 38 Dit betoog moet ten stelligste worden afgewezen. Artikel 104, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht stelt immers als enige voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling van een instelling, dat de verzoeker bij het Gerecht beroep tegen die handeling heeft ingesteld [beschikking president Hof van 18 oktober 2002, Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, C-232/02 P(R), Jurispr. blz. I-8977, punt 32].
- 39 Volgens punt 33 van de zojuist aangehaalde beschikking van de president van het Hof kunnen de argumenten van de Commissie, die gebaseerd zijn op overwegingen van opportuniteit in verband met de relatieve doeltreffendheid van de verschillende procedures, er niet toe leiden dat op het gebied van staatssteun van de hiervoor genoemde algemene regel wordt afgeweken en dat in het bijzondere geval van een onderneming die beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld tegen een beschikking van de Commissie waarbij terugvordering van een onverenigbaar verklaarde steun wordt verlangd, die onderneming voorlopige rechtsbescherming door de gemeenschapsrechter wordt ontzegd.
- 40 Het verzoek moet derhalve ontvankelijk worden verklaard.

Het verzoek in kort geding ten gronde

Argumenten van partijen

— De fumus boni juris

- 41 Ten bewijze dat aan de voorwaarde van fumus boni juris is voldaan, voert verzoekster vier middelen aan, die in het beroep in de hoofdzaak verder zijn uitgewerkt.

- 42 In haar eerste middel stelt verzoekster, dat zij geen economische eenheid met de oude Erba Lautex vormt. De Commissie had er niet van mogen uitgaan dat verzoekster door de oude Erba Lautex wordt gecontroleerd, want deze is bij de inleiding van de faillissementsprocedure ontbonden en is niet meer actief.
- 43 NEL is bovendien ontstaan door een „overname van activa” in de zin van de in voetnoot 10 van de richtsnoeren genoemde uitzondering. Deze uitzondering betreft vennootschappen die na een faillissement zijn opgericht. De „overname van activa” kan ook bestaan in het huren van vermogenswaarden van de failliete vennootschap, wanneer deze het mogelijk maken de exploitatie ervan voort te zetten. Dat verzoekster als volledige dochteronderneming van de insolvable geworden vennootschap de activiteiten van deze laatste voortzet, is niet in strijd met de uitzondering betreffende overnameregelingen, met name omdat verzoekster de enige ondernemingseenheid is die op de markt is overgebleven.
- 44 Toen de Commissie haar beschikking gaf, zo vervolgt verzoekster, had zij alle beschikbare informatie in aanmerking moeten nemen. Zij heeft echter geen rekening gehouden met een haar op 27 februari 2002 door de Duitse regering gezonden brief, die informatie bevatte over de voornaamste aspecten van een — later verzonden — rapport over wijzigingen in het herstructureringsplan, vermindering van de herstructureringssteun en de mogelijkheid de steun op basis van het gewijzigde plan goed te keuren, en waarin op korte termijn meer gedetailleerde gegevens werden toegezegd. Ook had de Commissie moeten wachten op en rekening moeten houden met de in een brief van de Duitse regering van 12 maart 2002 vervatte informatie, want na de aanmelding van de steunmaatregelen waren er meer dan twee jaar verstreken en in punt 3.2.4 van de richtsnoeren zegt de Commissie zelf, dat het noodzakelijk kan zijn het herstructureringsplan tijdens de herstructureringsperiode te wijzigen. Deze kennelijke beoordelingsfout heeft beslissende gevolgen gehad voor de bestreden beschikking, omdat goedkeuring van de steun op basis van dat nieuwe document stellig mogelijk was geweest.
- 45 Bovendien heeft de Commissie geen acht geslagen op de inlichtingen die haar bij de aanmelding zijn meegedeeld, want zij heeft niet de in het begin bij haar

aangemelde herstructureringssteun van 29,5 miljoen euro beoordeeld, maar in plaats daarvan vastgesteld dat zij geen informatie had gekregen over de financiering van de herstructureringskosten. Deze kennelijke beoordelingsfout van de Commissie had verstrekken gevolgen, doordat zij belette dat de Commissie gebruik maakte van haar beoordelingsvrijheid.

- 46 Het tweede middel is ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften en bestaat uit twee onderdelen. In het eerste onderdeel stelt verzoekster, dat de bestreden beschikking een motiveringsgebrek vertoont. Er wordt immers niet uiteengezet, waarom de analyse in de bestreden beschikking verschilt van die waarop de beschikkingspraktijk van de Commissie berust. In een reeks van beschikkingen heeft de Commissie ondernemingen die in een zelfde situatie als verzoekster verkeerden, aangemerkt als „pas opgerichte ondernemingen” waarvoor de in voetnoot 10 van de richtsnoeren genoemde uitzondering gold. Verder is de bestreden beschikking onvoldoende gemotiveerd met betrekking tot de vervalsing van de mededinging en de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer en ontbreekt elke analyse van het marktaandeel van de steunontvanger en van de handelsstromen van de betrokken producten.
- 47 In het tweede onderdeel stelt verzoekster, dat de Commissie de rechten van de verdediging van de Bondsrepubliek Duitsland, en indirect die van verzoekster, heeft geschonden door bepaalde nieuwe inlichtingen over het herstructureringsplan niet in aanmerking te nemen. Had de Commissie dat wel gedaan, dan waren de reddings- en de herstructureringssteun zeker goedgekeurd.
- 48 Het derde middel is ontleend aan oneigenlijk gebruik van bevoegdheid, doordat de bestreden beschikking is gegeven met een ander doel dan zij voorgeeft na te streven. Wat er in werkelijkheid mee werd beoogd, was het sauveren van de positie van de Commissie in een, in de pers al aangekondigde, niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland, omdat deze de negatieve beschikking van 1999 niet zou hebben uitgevoerd.

- 49 Het vierde middel is ontleend aan schending van het beginsel van goed bestuur, dat de Commissie verplicht niet op de zaken vooruit te lopen en geen prematuur gebruik van haar beoordelingsbevoegdheid te maken. Toen echter de formele onderzoeksprocedure ten aanzien van de steun werd ingeleid, stond het oordeel van de Commissie over de afloop van die procedure al vast.
- 50 In antwoord op het eerste middel betoogt de Commissie, dat de oude Erba Lautex en NEL één groep vormen. Dit alleen is al een voldoende rechtvaardiging om de eerder aan de oude Erba Lautex verleende steun in aanmerking te nemen, en voor de verwijzing naar het reeds aangehaalde arrest TWD/Commissie (zie punten 57-59 van de bestreden beschikking).
- 51 De Commissie wijst erop dat de oude Erba Lautex niet „geliquideerd” is en dat NEL haar activa niet heeft overgenomen in de zin van voetnoot 10 van de richtsnoeren.
- 52 De omstandigheid dat de oude Erba Lautex heeft opgehouden te betalen en niet meer als concurrent op de markt actief is, is zonder belang, aangezien NEL een volledige dochteronderneming van haar is. De juridische oplossing om NEL als dochteronderneming van de oude Erba Lautex op te richten, moge dan alleen maar zijn gekozen om de periode tot de verkoop van NEL aan een investeerder te overbruggen, feit is dat die investeerder zich nog steeds niet heeft aangediend.
- 53 Evenmin kan van een overname van activa worden gesproken. Bij huur wordt immers wel het bezit en het feitelijke genot van de zaken overgedragen, maar niet de eigendom. Zo kan bijvoorbeeld enkel de verhuurder, in casu de oude Erba Lautex, de verhuurde zaken verkopen. Omdat op het moment waarop de bestreden beschikking werd vastgesteld, de voor de exploitatie noodzakelijke vermogenswaarden al meer dan 27 maanden waren verhuurd, kan het argument van verzoeksters, dat de activa maar tijdelijk in huur waren gegeven, niet worden aanvaard.

- 54 Hoe dan ook is de in geding zijnde staatssteun niet verenigbaar met de richtsnoeren. Volgens de richtsnoeren kan reddingssteun voor maximaal zes maanden worden verleend, welke periode, als er een herstructureringsplan bestaat, kan worden verlengd totdat de Commissie over dat plan beslist. Verder moet de reddingssteun gekoppeld zijn aan leningen die over een periode van ten hoogste twaalf maanden na de laatste betaling aan de onderneming moeten worden terugbetaald.
- 55 In casu is de steun voor een periode van meer dan 930 maanden toegekend en kan zij derhalve niet als reddingssteun worden beschouwd (zie punten 49-53 van de bestreden beschikking).
- 56 Voor herstructureringssteun geldt onder meer de voorwaarde, dat het bedrag en de intensiteit van de steun beperkt zijn tot wat strikt noodzakelijk is om de herstructurering van de onderneming mogelijk te maken, en in een passende verhouding staan tot het vanuit communautair gezichtspunt te bereiken doel. Daartoe moet de begunstigde van de steun bovendien „met eigen middelen een belangrijke bijdrage [...] leveren aan het herstructureringsplan”. Juist omdat een dergelijke bijdrage ontbreekt, kunnen de in geding zijnde leningen niet als herstructureringssteun worden beschouwd (punten 54 en 55 van de bestreden beschikking). Het voor de uitvoering van het herstructureringsplan benodigde bedrag wordt immers geheel met de leningen van de BvS en de SAB gefinancierd.
- 57 Zo de Commissie ten onrechte heeft gemeend met een groep van ondernemingen te doen te hebben, dan is dat een vormgebrek dat niet tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kan leiden, daar de andere overwegingen volstaan om het dispositief te schragen (arrest Hof van 20 oktober 1987, Spanje/Raad en Commissie, 119/86, Jurispr. blz. 4121, punt 51).

- 58 Met betrekking tot het tweede middel is de Commissie van oordeel dat het ongegrond is en dat de bestreden beschikking voldoende met redenen is omkleed (arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63).
- 59 De Commissie merkt nog op, dat de zaken die verzoekster aanhaalt om aan te tonen dat zij het slachtoffer van discriminatie is, geen situaties betreffen die vergelijkbaar zijn met die van NEL, in het bijzonder omdat in die zaken een of meer particuliere investeerders een aanzienlijke herstructureringsbijdrage hadden geleverd.
- 60 Wat voorts verzoeksters stelling betreft, dat er geen aanwijzingen zijn dat de steun het handelsverkeer tussen lidstaten belemmert en de mededinging vervalst in een mate die strijdig is met het gemeenschappelijk belang, verwijst de Commissie naar punt 33 van de bestreden beschikking.
- 61 Ook de stelling dat de rechten van de verdediging zijn geschonden, ontbeert iedere grond. Volgens de rechtspraak van het Hof (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 59) is de begunstigde van een steun slechts zijdelings bij de administratieve procedure betrokken en kan hij zich dus niet beroepen op de rechten van de verdediging, die toekomen aan degenen tegen wie die procedure is ingeleid. Aan de procedurele rechten van de steunontvangers wordt dus genoeg gedaan, wanneer zij worden uitgenodigd hun opmerkingen in de administratieve procedure kenbaar te maken.
- 62 Aangaande de twee brieven waarmee geen rekening zou zijn gehouden, merkt de Commissie op dat de eerste, die van 27 februari 2002, aan de directeur-generaal Concurrentie persoonlijk was gericht en geen officiële briefwisseling met de Commissie vormt, maar eenvoudig een verzoek om persoonlijke tussenkomst. De tweede brief is bij de Commissie binnengekomen op de dag van vaststelling van

de bestreden beschikking, 12 maart 2002, en wel op een moment waarop de vergadering tijdens welke het besluit tot vaststelling van de bestreden beschikking is genomen, al was begonnen. Ook indien zij die brieven in de besluitvorming had betrokken, zouden de daarin vervatte gegevens haar niet tot een andere beoordeling van de steun hebben gebracht.

- 63 Het derde en het vierde middel moeten volgens de Commissie als kennelijk onjuist worden afgewezen.

— Spoedeisendheid en belangenafweging

- 64 Volgens verzoekster zal haar bestuurder bij tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking genoopt zijn haar faillissement aan te vragen, en in dat geval zal de vennootschap nog vóór de uitspraak van het Gerecht in de hoofdzaak verdwenen zijn. Hieruit blijkt duidelijk dat de opschorting van tenuitvoerlegging spoedeisend is (beschikking president Gerecht van 28 mei 2001, Poste Italiane/Commissie, T-53/01 R, Jurispr. blz. II-1479, punt 120).
- 65 Voor haar bewijsvoering verwijst verzoekster naar een accountantsrapport van 20 juni 2002 van Price Waterhouse Coopers Deutsche Revision (hierna: „PWC-rapport”), waarin drie scenario’s worden geschetst.
- 66 Volgens het eerste scenario zal terugbetaling van de steun NEL onmiddellijk insolvel maken en, bijgevolg, haar verdere exploitatie verhinderen. Volgens het tweede scenario, dat gebaseerd is op de veronderstelling dat in 2004 op het

beroep in de hoofdzaak wordt beslist, zal opschorting van de tenuitvoerlegging verzoekster in staat stellen tot de uitspraak in de hoofdzaak te overleven. Volgens het derde scenario zal ook wanneer een voorlopige voorziening wordt getroffen, de verwerping van het beroep in de hoofdzaak tot het faillissement van verzoekster leiden.

- 67 Met betrekking tot het eerste scenario merkt verzoekster op, dat zij niet over de financiële middelen beschikt om de leningen waarin de in geding zijnde steun bestaat, terug te betalen. Zij kan ook geen kredieten verkrijgen om de steun terug te betalen. Evenmin beschikt zij over eigen activa die te gelde gemaakt kunnen worden of die als onderpand voor kredieten kunnen dienen. Zij zou dus in de zin van § 17 InsO insolvent zijn. Verzoekster herinnert eraan, dat de BvS en de SAB haar bij brieven van 3 april en 15 april 2002 hebben aangemaand de steun vermeerderd met rente terug te betalen. Die brieven vormen concrete terugvorderingsmaatregelen. Zonder opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking worden die schuldvorderingen opeisbaar. Verzoekster verwijst naar twee brieven van de BvS, van 2 april en 20 juni 2002, volgens welke de BvS een vordering tot betaling zal instellen wanneer het Gerecht geen opschorting van tenuitvoerlegging gelast.
- 68 Afwijzing van het verzoek in kort geding zal dus betekenen, dat NEL's bestuurder onmiddellijk haar faillissement zal moeten aanvragen. In dat geval zal de bevoegdheid om over de vennootschapsactiva te beschikken, op een curator overgaan. Onder verwijzing naar de punten 34 tot en met 46 en 71 van het PWC-rapport merkt verzoekster op, dat het na de inleiding van de faillissementsprocedure naar alle waarschijnlijkheid niet meer mogelijk zal zijn de exploitatie van de vennootschap voort te zetten en het herstel ervan te verzekeren.
- 69 De inleiding van de faillissementsprocedure zal onvermijdelijk de verdwijning van NEL tot gevolg hebben: afnemers, leveranciers en schuldeisers zullen hun vertrouwen opzeggen met alle liquiditeitsproblemen van dien. En het is weinig waarschijnlijk dat er nog een investeerder zal zijn die met een failliete vennootschap in zee wil gaan.

- 70 Die insolventieproblemen kunnen, ten slotte, ook niet door een overname zoals in haar geval worden opgelost, omdat de uitzonderingsregeling van de richtsnoeren op 31 december 1999 is vervallen.
- 71 De ontbinding van de vennootschap, waartoe het door de faillissementsprocedure zou komen, volstaat als rechtvaardiging voor de spoedeisendheid (beschikkingen president Gerecht van 26 oktober 1994, Transacciones Marítimas e.a./Commissie, T-231/94 R, T-232/94 R en T-234/94 R, Jurispr. blz. II-885, punt 42).
- 72 Met betrekking tot het tweede scenario van het PWC-rapport merkt verzoekster op dat het, gezien de voortdurende verbetering van haar financiële situatie, alleszins waarschijnlijk is dat opschorting van tenuitvoerlegging haar in staat zal stellen te overleven. Zo blijkt uit de bij het rapport gevoegde cijfers betreffende de jaren 2000 en 2001, dat haar rendement een stijgende lijn vertoont en dat die positieve ontwikkeling zich in de jaren 2002 tot 2004 hoogstwaarschijnlijk zal voortzetten.
- 73 Wanneer er, ten slotte, eenmaal uitzicht bestaat op overname door een investeerder, zal men mogen rekenen op een nog positievere ontwikkeling dan in het PWC-rapport is geschetst.
- 74 Meer in het algemeen betoogt verzoekster, dat de bovenbeschreven schade onontkoombaar zal worden, indien zij moet wachten totdat de BvS en de SAB bij de Duitse rechter een vordering tot terugbetaling van de steun aanhangig maken, en zij vervolgens alle rechtsmiddelen van het nationale recht moet aanwenden.
- 75 Bovendien zou een rechtsvordering tegen verzoekster in Duitsland niets afdoen aan de opeisbaarheid van de schuld en dus ook niet aan de verplichting van de

bestuurder om haar faillissement aan te vragen. In dat geval zou verzoekster geen enkele invloed meer hebben op het verloop van een civiele procedure, want deze zou ingevolge § 240 van het Duitse burgerlijk wetboek worden geschorst en enkel onder bijzondere voorwaarden door de curator kunnen worden voortgezet.

- 76 Ook indien verzoeksters voortbestaan door de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet in gevaar zou komen, zou haar bestuurder niettemin verplicht zijn om haar faillissement aan te vragen, en zou zij in de meer of minder nabije toekomst haar marktpositie niet kunnen terugwinnen (beschikking president Gerecht van 28 juni 2000, Artogodan/Commissie, T-74/00 R, Jurispr. blz. II-2583, punten 45 en 51). Wegens dat verlies van marktpositie zouden tal van medewerkers moeten worden ontslagen, en ook hierom is de zaak spoedeisend (beschikking president Gerecht van 3 juni 1996, Bayer/Commissie, T-41/96 R, Jurispr. blz. II-381, punt 59).
- 77 Wat de belangenafweging betreft, vestigt verzoekster de aandacht op het feit dat de schade voor de Gemeenschap zo minimaal is, dat zij nauwelijks meetbaar is, aangezien het marktaandeel van verzoekster in de gemeenschappelijke markt uiterst klein is. Wezenlijke en onherstelbare schade voor de mededinging kan eveneens worden uitgesloten, aangezien de Commissie het niet nodig heeft gevonden de steun voorlopig terug te vorderen krachtens artikel 11, lid 2, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88] van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1). Gezien de lange duur van de procedure, die hoofdzakelijk te wijten is aan de gedraging van de Commissie gedurende de negentien maanden die het voorlopig onderzoek van de in geding zijnde steun heeft gevergd, lijkt enig uitstel van de ontbinding van verzoeksters onderneming aanvaardbaar.
- 78 De Commissie merkt op dat het PWC-rapport niet voldoende aannemelijk maakt, dat door opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking het voortbestaan van NEL tot de uitspraak in de hoofdzaak kan worden verzekerd.

- 79 Het door het PWC-rapport verwachte positieve bedrijfsresultaat over 2002 van omstreeks 0,4 miljoen euro spreekt bepaald niet voor een duurzame financiële sanering van NEL, met name gelet op de noodzaak de financiële verliezen van de voorgaande jaren te dekken. Het verhoopte bedrijfsresultaat ondersteunt volgens genoemd rapport bovendien een „ambitieuze” omzetsijging met ongeveer 1,5 miljoen euro in 2002, die NEL bij een „blijvende stabiele conjuncturele ontwikkeling in het tweede halfjaar 2002” zou kunnen bereiken. Hoe onzeker een positieve conjuncturele ontwikkeling op korte en middellange termijn is, blijkt uit het weekbericht van 11 juli 2002 van het Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung, waarin een teruggang van de activiteit in 2003 wordt verwacht.
- 80 Uit het PWC-rapport blijkt ook dat de financiering van de investeringsbehoeften van NEL „thans nog grotendeels onzeker” is en dat er „betere kansen” zouden bestaan indien de internationale uitnodiging tot inschrijving kon worden afgesloten met de verkoop van NEL aan een „strategische investeerder”. Een prognose of dat ook zal gebeuren, zou op dit moment je reinste speculatie zijn. De Commissie is niets bekend over mogelijke kandidaat-kopers wier interesse al tot enige toezegging zou hebben geleid.
- 81 De Commissie is van oordeel dat het belang van de Gemeenschap bij een beëindiging van de mededingingsvervalsing door terugbetaling van de onverenigbare steun bijna steeds de voorrang moet hebben, behalve wanneer buitengewone omstandigheden voor een andere oplossing pleiten. In casu bestaan er echter geen buitengewone omstandigheden.

Beoordeling door de kortgedingrechter

- 82 Het is vaste rechtspraak, dat de spoedeisendheid van een verzoek in kort geding moet worden getoetst aan de vraag of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de

voorlopige maatregel verzoekt (beschikking president Hof van 18 oktober 1991, Abertal e.a./Commissie, C-213/91 R, Jurispr. blz. I-5109, punt 18; beschikking president Gerecht van 19 december 2001, Government of Gibraltar/Commissie, T-195/01 R en T-207/01 R, Jurispr. blz. II-3915, punt 95). Het is deze partij die moet bewijzen, dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder een dergelijke schade te lijden (beschikking president Gerecht van 25 juni 2002, B/Commissie, T-34/02 R, Jurispr. blz. II-2803, punt 85).

- 83 Het is niet nodig dat met volstrekte zekerheid wordt aangetoond dat er onmiddellijk schade dreigt te ontstaan, maar vooral wanneer het intreden van de schade van een reeks factoren afhangt, volstaat het dat zij met een zekere mate van waarschijnlijkheid voorzienbaar is. De verzoeker blijft echter gehouden de feiten te bewijzen waarop hij zijn verwachting van ernstige en onherstelbare schade baseert [beschikking president Hof van 14 december 1999, HFB e.a./Commissie, C-335/99 P(R), Jurispr. blz. I-8705, punt 67; beschikking B/Commissie, reeds aangehaald, punt 86).
- 84 Ofschoon financiële schade, uitzonderingen daargelaten, niet als onherstelbaar of zelfs maar moeilijk herstelbaar kan worden beschouwd, aangezien er later steeds een geldelijke vergoeding kan worden geboden [beschikking president Hof van 11 april 2001, Commissie/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Jurispr. blz. I-2865, punt 113; beschikking president Gerecht van 15 juni 2001, Bactria/Commissie, T-339/00 R, Jurispr. blz. II-1721, punt 94], is een voorlopige maatregel gerechtvaardigd, wanneer de verzoeker zonder een dergelijke maatregel vóór het eindarrest in de hoofdzaak in een situatie zou geraken die zijn voortbestaan kan bedreigen (beschikking Poste Italiane/Commissie, reeds aangehaald, punt 120).
- 85 Onderzocht moet worden of verzoekster rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking er onvermijdelijk toe zal leiden, dat zij nog vóór de uitspraak in de hoofdzaak failliet gaat en van de markt verdwijnt.

- 86 Onder verwijzing naar het PWC-rapport (zie punten 67-69 supra) betoogt verzoekster, dat afwijzing van het verzoek om opschorting zal betekenen, dat de haar verleende steun onverwijld wordt teruggevorderd. Volgens verzoeksters toelichtingen ter zitting, die op dat punt door de Commissie niet zijn weerproken, is een onvoorwaardelijke aanmaning door de BvS en de SAB tot terugbetaling van de steun voldoende om hun schuldvordering in de zin van § 17, lid 2, InsO „opeisbaar” te maken. Dit nu zal volgens verzoekster haar faillissement onontkoombaar maken.
- 87 Verder heeft verzoekster, door de Commissie onweersproken, opgemerkt dat de beschikkingsbevoegdheid over haar activa na de inleiding van de faillissementsprocedure aan een curator wordt overgedragen (§ 80, lid 1, InsO) en dat de exploitatie van de onderneming dan enkel kan worden voortgezet nadat alle schuldeisers zijn voldaan. Daarbij heeft verzoekster trachten aan te tonen, dat de inleiding van de faillissementsprocedure onvermijdelijk tot haar verdwijnen zal leiden, met name omdat daardoor onherstelbare schade zal worden toegebracht aan haar betrekkingen met haar voornaamste afnemers, haar leveranciers en schuldeisers en de verkoop aan een particuliere investeerder zeer onwaarschijnlijk zal worden.
- 88 Om te beginnen moet worden opgemerkt, dat een situatie waarin een onderneming genoodzaakt is om haar faillissement aan te vragen tot ernstige en onherstelbare schade kan leiden wegens het gevaar dat dit kan opleveren voor het bestaan zelf van de onderneming, en de zwaarwegende consequenties van een dergelijke procedure, die de normale werking van de onderneming belemmeren (beschikking HFB e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 56).
- 89 Dit moet echter van geval tot geval worden beoordeeld, rekening houdend met de voor elke zaak kenmerkende omstandigheden feitelijk en rechtens (beschikking HFB e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 57).

- 90 Naar het oordeel van de kortgedingrechter heeft verzoekster niet rechtens genoegzaam aangetoond, dat de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking onontkoombaar tot haar faillissement en haar verdwijnen van de markt zal leiden.
- 91 In de eerste plaats heeft verzoekster geen overtuigende argumenten aangevoerd voor haar stelling, dat zij voor de terugbetaling van de steun geen aanspraak zal kunnen maken op financiële ondersteuning door de oude Erba Lautex.
- 92 Bij het onderzoek van de financiële levensvatbaarheid van een onderneming kan ter beoordeling van haar materiële situatie immers mede rekening worden gehouden met de kenmerken van de groep waartoe zij behoort [beschikkingen president Hof van 15 april 1998, Camar/Commissie en Raad, C-43/98 P(R), Jurispr. blz. I-1815, punt 36, en Commissie/Technische Glaswerke Ilmenau, reeds aangehaald, punt 56].
- 93 Bij het onderzoek van de financiële draagkracht van een onderneming is voorts van geen belang of degene die haar controleert, een onderneming dan wel een natuurlijke persoon is (beschikking HFB e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 64).
- 94 Verzoeksters argument, dat de oude Erba Lautex als vennootschap is ontbonden en dat zij dus geen „groep” met de oude Erba Lautex vormt, lijkt op het eerste gezicht dus niet van belang voor de vraag of er sprake is van een groep.
- 95 In casu behoeft echter niet te worden ingegaan op de vraag, of de oude Erba Lautex en NEL tot dezelfde groep van ondernemingen in de zin van het gemeenschapsrecht behoren (zie arresten Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie,

48/69, Jurispr. blz. 619, punt 134; 12 juli 1984, Hydrotherm, 170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11; 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro, 66/86, Jurispr. blz. 803, punt 35, en 24 oktober 1996, Viho/Commissie, C-73/95 P, Jurispr. blz. I-5457, punt 16), aangezien verzoekster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er tussen haar en de oude Erba Lautex geen economische banden bestaan.

- 96 Om te beginnen is NEL, naar uit de bestreden beschikking blijkt, een volledige dochteronderneming van de oude Erba Lautex.
- 97 In de tweede plaats is NEL, zoals verzoekster heeft uiteengezet, door de gerechtelijk bewindvoerder van de oude Erba Lautex in het kader van een overname van activa en met instemming van de schuldeisers van laatstgenoemde opgericht met als enig doel een betere voldoening van die schuldeisers mogelijk te maken, met name door een latere verkoop van NEL aan een particuliere investeerder. Verder staat vast, dat in afwachting van de verkoop aan een investeerder de activa (machines en gebouwen) van de oude Erba Lautex tegen een maandelijks vergoeding aan NEL zijn verhuurd, waardoor de oude Erba Lautex verzekerd is van regelmatige inkomsten die, aldus verzoekster, hoger zijn dan de opbrengst die door een onmiddellijke liquidatie van de oude Erba Lautex zou zijn verkregen. Daarenboven moet worden vastgesteld, dat het personeel van NEL, met inbegrip van het leidinggevend personeel, hetzelfde is als dat van de oude Erba Lautex.
- 98 Op de zitting ten slotte heeft verzoekster verklaard, dat de oude Erba Lautex er kennelijk belang bij heeft dat de goede naam van NEL niet door de inleiding van een faillissementsprocedure wordt geschaad.
- 99 Het is dus duidelijk, dat de oude Erba Lautex en NEL gedeelde belangen hebben en dat de levensvatbaarheid en de goede werking van NEL de voornaamste zorg van de gerechtelijk bewindvoerder van de oude Erba Lautex zijn.

- 100 Op de zitting heeft verzoekster erop geattendeerd, dat het vermogen van de oude Erba Lautex uitsluitend ter voldoening van haar schuldeisers mag worden gebruikt en dat de gerechtelijk bewindvoerder zich strafbaar zou maken indien hij die verplichting niet nakwam.
- 101 Hierbij moet worden opgemerkt, dat verzoekster slechts in het algemeen naar de Duitse wettelijke regeling ter zake verwijst zonder ook maar in het minst aannemelijk te maken, dat in een geval als het onderhavige het vermogen van een gefailleerde vennootschap niet in zekere mate mag worden gebruikt om een volledige dochteronderneming te hulp te komen, waarvan het voortbestaan de kans op een optimale voldoening van de schuldeisers van de gefailleerde onderneming aanzienlijk zou vergroten.
- 102 Uit de verklaringen van verzoekster kan juist worden afgeleid, dat de bewindvoerder van de oude Erba Lautex een zekere speelruimte heeft en het vermogen van deze vennootschap althans in zekere mate kan gebruiken om NEL te helpen de van de BvS en de SAB ontvangen steun terug te betalen. Op de zitting heeft verzoekster immers gezegd, dat de bewindvoerder bevoegd is een verlaging van de maandelijks door NEL betaalde huur toe te staan om haar in staat te stellen de steun in termijnen terug te betalen. Dit wordt bevestigd door het op 11 oktober 2002 aan het Gerecht voorgelegde schriftelijke voorstel, waarin de bewindvoerder van de oude Erba Lautex voorstelt de door NEL betaalde huur met 50% te verlagen, mits deze verlaging door NEL wordt gebruikt om tot de uitspraak van het arrest in de hoofdzaak de steun in maandelijks termijnen aan de BvS en de SAB terug te betalen.
- 103 Evenmin heeft verzoekster aannemelijk gemaakt, dat de oude Erba Lautex economisch niet in staat is NEL financieel bij te staan, terwijl toch vaststaat dat zij eigenares is van de aan NEL verhuurde machines en gebouwen. Niet is aangetoond dat NEL die activa bijvoorbeeld niet met toestemming van de oude Erba Lautex als onderpand voor een lening van de Duitse banken zou kunnen gebruiken. Verder blijkt uit de bestreden beschikking, dat verzoekster sedert haar

oprichting die machines en gebouwen van de oude Erba Lautex huurt voor een bedrag van 215 626 euro per maand. Op de zitting heeft verzoekster bevestigd dat zij dat bedrag vanaf januari 2000 daadwerkelijk heeft betaald. Daarbij heeft zij weliswaar betoogd dat die bedragen voor een reeks betalingen waren gebruikt, onder meer ter financiering van de insolventieprocedure, terwijl zij er in haar voorstel van 11 oktober 2002 op wijst dat zij thans slechts 57 643 euro huur per maand betaalt, maar zij heeft niet betwist dat er de laatste jaren aanzienlijke bedragen aan de oude Erba Lautex zijn toegevloeid en dat deze thans nog over een groot deel daarvan beschikt.

104 Ofschoon de inleiding van de faillissementsprocedure — aangenomen dat zij een automatisch gevolg zou zijn van een verzoek om terugbetaling van de BvS en de SAB en dat de oude Erba Lautex in dat stadium niet zou kunnen ingrijpen — waarschijnlijk schadelijk zou zijn voor NEL's betrekkingen met haar afnemers, leveranciers en schuldeisers, heeft verzoekster het naar het oordeel van de kortgedingrechter niet voldoende aannemelijk gemaakt, dat financiële bijstand van de oude Erba Lautex in een vroeg stadium van de faillissementsprocedure de liquidatie van NEL niet zou kunnen verhinderen en haar voortbestaan tot de uitspraak van het arrest in de hoofdzaak niet zou kunnen verzekeren. Verzoekster heeft echter zelf verklaard dat zij haar bedrijf na de inleiding van de faillissementsprocedure zou kunnen voortzetten indien zij daardoor in staat was al haar schulden te voldoen. Hierbij moet erop worden gewezen dat het PWC-rapport in het kader van het eerste scenario de economische situatie van NEL onderzoekt zonder rekening te houden met eventuele economische bijstand van de oude Erba Lautex, maar enkel vaststelt dat NEL in het geval van een faillissementsprocedure haar werkzaamheid „naar alle waarschijnlijkheid” zal moeten staken.

105 Maar zelfs indien verzoekster aannemelijk had gemaakt dat de oude Erba Lautex niet in staat is haar de noodzakelijke financiële hulp te verlenen om alle schuldeisers van NEL te voldoen, heeft zij met geen enkel serieus argument aangetoond dat zij de terugvorderingsmaatregelen niet voor de nationale rechter zou kunnen betwisten of voor hem niet de onwettigheid van de bestreden beschikking als exceptie zou kunnen aanvoeren.

- 106 Volgens het verzoekschrift en de toelichtingen van verzoekster ter zitting zou immers de nationale procedure tot terugvordering van de steun, ingeval verzoekster betaling zou weigeren, hierin bestaan, dat de BvS en de SAB de nationale rechter om afgifte van een bevel tot betaling verzoeken.
- 107 Anders dan verzoekster betoogt, verbiedt het gemeenschapsrecht de nationale rechter niet, de tenuitvoerlegging van de vordering tot terugbetaling van de BvS en de SAB tot de uitspraak van het Gerecht ten gronde op te schorten of het Hof krachtens artikel 234 EG een prejudiciële vraag voor te leggen. Daar verzoekster krachtens artikel 230 EG de wettigheid van de bestreden beschikking heeft betwist, is de nationale rechter niet door het definitieve karakter van die beschikking gebonden (zie, in die zin, arresten Hof van 9 maart 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, Jurispr. blz. I-833, punten 13-26; 30 januari 1997, Wiljo, C-178/95, Jurispr. blz. I-585, punten 20 en 21, en 15 februari 2001, Nachi Europe, C-239/99, Jurispr. blz. I-1197, punt 30, en beschikking B/Commissie, reeds aangehaald, punt 92).
- 108 Het feit dat een verzoek om opschorting van tenuitvoerlegging door de gemeenschapsrechter is afgewezen, betekent bovendien niet, dat de nationale rechter de opschorting niet kan toestaan. Zo blijkt bijvoorbeeld uit het eerder aangehaalde arrest Duitsland/Commissie, dat het Duitse gerecht (het Landgericht Amsberg) het in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, gewenst achtte de nationale terugvorderingsprocedure op te schorten, nadat de president van het Hof bij beschikking van 3 mei 1996 (Duitsland/Commissie, C-399/95 R, Jurispr. blz. I-2441) het door de Bondsrepubliek Duitsland bij het Hof ingediende verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie had afgewezen.
- 109 In het licht van die zaak heeft verzoekster niet duidelijk gemaakt, waarom de rechtsmiddelen die het Duitse recht haar biedt om zich tegen een onmiddellijke terugbetaling van de steun te verzetten, het haar niet mogelijk zouden maken een ernstige en onherstelbare schade te af te weren (beschikkingen Deufil/Commissie, reeds aangehaald, punt 22, en België/Commissie, reeds aangehaald, punt 26; beschikking president Gerecht van 6 december 1996, Stadt Mainz/Commissie, T-155/96 R, Jurispr. blz. II-1655, punt 25).

- 110 Verzoekster heeft derhalve niet weten aan te tonen dat zij, indien de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking niet werd opgeschort, ernstige en onherstelbare schade zou lijden en dat, bijgevolg, aan de voorwaarde van spoedeisendheid is voldaan.
- 111 Zo verzoekster het bestaan van ernstige en onherstelbare schade wel had aangetoond, zou de kortgedingrechter verzoeksters belang bij de gevraagde voorlopige voorziening nog moeten afwegen tegen het openbare belang bij de tenuitvoerlegging van beschikkingen in het kader van het toezicht op de steunmaatregelen.
- 112 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat wanneer de Commissie vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, zij ingevolge artikel 88, lid 2, eerste alinea, EG de betrokken lidstaat verplicht de steunmaatregel binnen de door haar vast te stellen termijn op te heffen of te wijzigen. Aan het algemeen belang, in naam waarvan de Commissie de haar bij artikel 88, lid 2, EG en artikel 7 van verordening nr. 659/1999 opgedragen taken verricht, voornamelijk om ervoor te zorgen dat de goede werking van de gemeenschappelijke markt niet door voor de mededinging schadelijke staatssteun wordt verstoord, komt dus een bijzonder gewicht toe (zie, in die zin, beschikking president Vierde kamer — uitgebreid van het Gerecht van 2 april 1998, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen en Hapag Lloyd/Commissie*, T-86/96 R, *Jurispr. blz. II-641*, punt 74, en beschikking *Government of Gibraltar/Commissie*, reeds aangehaald, punt 108). De verplichting van de betrokken lidstaat om de onverenigbaar verklaarde steunmaatregel in te trekken, dient er immers toe, de vroegere toestand te herstellen (arresten Hof van 4 april 1995, *Commissie/Italië*, C-348/93, *Jurispr. blz. I-673*, punt 26, en 20 maart 1997, *Alcan Deutschland*, C-24/95, *Jurispr. blz. I-1591*, punt 23).
- 113 In het kader van een verzoek in kort geding dat strekt tot opschorting van de uitvoering van de door de Commissie opgelegde verplichting om door haar met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde steun terug te vorderen, moet bijgevolg het belang van de Gemeenschap in de regel, zo niet bijna altijd,

voorrang hebben boven het belang dat de ontvanger van de steun erbij heeft, dat de verplichting tot terugbetaling van de steun niet wordt uitgevoerd voordat het arrest in de hoofdzaak is gewezen (beschikking president Gerecht van 4 april 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, reeds aangehaald, punt 114).

- 114 Ten bewijze dat er buitengewone omstandigheden zijn die een opschorting kunnen rechtvaardigen, betoogt verzoekster, dat de schade voor de Gemeenschap nauwelijks meetbaar is omdat haar marktaandeel in de Gemeenschap uiterst klein is, dat de Commissie het niet nodig heeft gevonden de steun overeenkomstig artikel 11, lid 2, van verordening nr. 659/1999 voorlopig terug te vorderen, en dat het voorlopig onderzoek van de betrokken steunmaatregel door de Commissie negentien maanden heeft geduurd.
- 115 Het op verzoeksters geringe marktaandeel gebaseerde argument moet worden afgewezen. Volgens vaste rechtspraak immers sluit het relatief geringe bedrag van een steun of de relatief bescheiden omvang van de begunstigde onderneming niet bij voorbaat uit, dat het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed (arresten Hof van 11 november 1987, Frankrijk/Commissie, 259/85, Jurispr. blz. 4393, punt 24, en 21 maart 1990, België/Commissie, C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 43; arrest Gerecht van 30 april 1998, Vlaams Gewest/Commissie, T-214/95, Jurispr. blz. II-717, punt 48). Bovendien kan ook een relatief geringe steun het handelsverkeer in een met het gemeenschappelijk belang strijdige mate beïnvloeden, omdat de steun de begunstigde ondernemingen in staat stelt hun investeringskosten te verlagen, en daardoor hun positie ten opzichte van hun concurrenten in de Gemeenschap versterkt (arresten Hof van 17 september 1980, Philip Morris/Commissie, 730/79, Jurispr. blz. 2671, punt 11, en Frankrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 24). Dat de begunstigde onderneming geen grote marktaandelen heeft, belet dus niet dat er een gemeenschappelijk belang bestaat bij onverwijld intrekking van de voor de mededinging schadelijke staatssteun.
- 116 Met betrekking tot het feit dat de Commissie niet tot voorlopige terugvordering van de steun op grond van artikel 11, lid 2, van verordening nr. 659/1999 heeft besloten, kan worden volstaan met op te merken dat wanneer naar het oordeel

van de Commissie niet aan de voorwaarden voor een beschikking tot voorlopige terugvordering is voldaan, dit haar geenszins belet aan het einde van de contradictoire procedure vast te stellen dat het gemeenschappelijk belang de onmiddellijke intrekking van de steunmaatregel en het onverwijlde herstel van de vóór de steunbetaling bestaande situatie rechtvaardigt.

- 117 Dat, ten slotte, de Commissie eerst na een onderzoek van negentien maanden tot de conclusie is gekomen, dat de betrokken steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, doet niets af aan het belang van de Gemeenschap bij onverwijlde terugbetaling van de steun, teneinde het herstel van de vóór de betaling ervan bestaande situatie en de opheffing van de eruit voortvloeiende beperking van de mededinging op de gemeenschappelijke markt te verzekeren.
- 118 Bovendien beschikt de Commissie op het gebied van artikel 87, lid 3, EG over een ruime beoordelingsvrijheid en moet zij bij haar onderzoek van de mededingingsbeperkende gevolgen van een steunmaatregel alle relevante factoren in aanmerking nemen, daaronder eventueel begrepen de al in het kader van een eerdere beschikking beoordeelde context en de bij die eerdere beschikking aan een lidstaat opgelegde verplichtingen (arrest Hof van 3 oktober 1991, Italië/Commissie, C-261/89, Jurispr. blz. I-4437, punt 20, en TWD/Commissie, reeds aangehaald, punt 26).
- 119 Aanvaarding van verzoeksters argumenten zou in dit geval neerkomen op een miskennis van de ruime beoordelingsvrijheid van de Commissie en van haar verplichting rekening te houden met het feit dat er al steun aan de oude Erba Lautex is toegekend, dat over die steun een negatieve beschikking is gegeven en dat hij niettemin niet aan de Bondsrepubliek Duitsland is terugbetaald.
- 120 Daar aan de voorwaarde van spoedeisendheid niet is voldaan en de belangenafweging tegen een opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking pleit, dient het verzoek in kort geding te worden afgewezen. De andere argumenten die verzoekster ter rechtvaardiging van de gevraagde maatregelen heeft aangevoerd, behoeven niet te worden onderzocht.

DE PRESIDENT VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

beschikt:

Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.

De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 3 december 2002.

De griffier

H. Jung

De president

B. Vesterdorf