CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 24 januari 2002 [1]

1. De Bondsrepubliek Duitsland heeft krachtens artikel 33 KS, eerste alinea, en artikel 230, tweede alinea, EG beroep ingesteld en verzoekt het Hof:

i) de artikelen 4 tot en met 7 van beschikking 1999/720/EG, EGKS van de Commissie van 8 juli 1999 betreffende de door Duitsland aan twee ondernemingen verleende overheidssteun (hierna: „bestreden beschikking") [2] nietig te verklaren;

ii) de Commissie te gelasten het Hof overeenkomstig het bepaalde in artikel 23 Statuut-EGKS alle stukken betreffende de zaak sinds 1994 over te leggen en verzoekster inzage in deze stukken te verlenen; alsmede

iii) verweerster in de kosten te verwijzen.

I — Voorgeschiedenis van het geschil

2. Op 6 juni 1997 stelde de Duitse regering de Commissie overeenkomstig het bepaalde in artikel 88, lid 3, EG in kennis van de privatisering van Gröditzer Stahlwerke GmbH (hierna: „Gröditzer") en haar dochteronderneming Walzwerk Burg GmbH (hierna: „Walzwerk"), van de omstandigheden van de verkoop van de aandelen en van de voorafgaand aan de privatisering getroffen maatregelen. Van haar totale productie vallen enkel vloeibaar staal en blokken onder het EGKS-Verdrag.

3. In 1990 was Gröditzer met het oog op herstructurering en latere privatisering overgenomen door de Treuhandanstalt [3] (instelling opgericht om ongeveer 8 000 staatsbedrijven uit de voormalige Duitse Democratische Republiek aan de markteconomie aan te passen). Doelstelling was, de productie van hetzelfde soort staal te handhaven door de capaciteit van 285 000 ton per jaar terug te brengen tot 150 000 ton en de 5 200 arbeidsplaatsen met 2 500 te verminderen tot 2 700 arbeidsplaatsen. Al spoedig bleek evenwel dat de oorspronkelijke verwachting dat de noodzakelijke investeringen relatief bescheiden zouden

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Kennisgeving geschied onder nummer C(1999) 2264. De steun werd verleend aan Gröditzer Stahlwerke GmbH en haar dochteronderneming Walzwerk Burg GmbH (PB L 292, blz. 27).

3 — Volgens de Treuhand-regeling behoefde steun aan door de Treuhandanstalt beheerde ondernemingen die in niet-gevoelige sectoren actief waren, niet te worden aangemeld indien de betrokken onderneming in de periode 1992-1994 minder dan 1 500 werknemers had en de steun minder dan 150 miljoen DEM bedroeg. Met ingang van 1995 zijn deze voorwaarden gewijzigd in 250 werknemers en 50 miljoen DEM.

zijn, niet op een solide basis berustte; de traditionele afzetmarkten bestonden niet meer en de prijzen van eenvoudige gelegeerde producten waren ten gevolge van overcapaciteit gedaald.

In 1992 trachtte de Treuhandanstalt tevergeefs de onderneming te verkopen. De Treuhandanstalt droeg de aandelen over aan EREL Verwaltungs GmbH & Co. Management KG, een commanditaire beheersvennootschap die fungeerde als holding van verschillende ondernemingen die na hun herstructurering zouden worden geprivatiseerd. De Treuhandanstalt was enig aandeelhouder van deze holding.

Met ingang van januari 1995 werd de Treuhandanstalt omgedoopt tot Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben en beperkten haar activiteiten zich tot contractbeheer. De activiteiten ten aanzien van de herstructurering en privatisering van de ondernemingen werden overgedragen aan een andere door de bondsregering gecontroleerde vennootschap, Beteiligungs-Management-Gesellschaft Berlin mbH, die enig aandeelhoudster van Gröditzer werd.

4. Begin 1997 werd de onderneming aan Georgsmarienhütte verkocht. Walzwerk is een zelfstandige onderneming die buiten de werkingssfeer van het EGKS-Verdrag actief is; zij is door haar overheidsaandeelhouder in het kader van het privatiseringsproces aan Gröditzer verkocht en fungeert sindsdien als staalservicecentrum voor deze laatste. [4]

5. Op 6 juni 1997 berichtte Duitsland de Commissie dat Gröditzer in de periode tussen 1992 en 1996 een bedrag van 263,7 miljoen DEM aan steun had ontvangen. Dit bedrag was samengesteld als volgt: 207,3 miljoen DEM als lening van de overheidsaandeelhouders, 53,4 miljoen DEM bankkrediet dat door de Treuhandanstalt en de Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben was gegarandeerd, en 3 miljoen DEM rechtstreekse subsidie. Daarnaast ontving zij een aanvullend bedrag van 8,4 miljoen DEM in het kader van het Duitse regionale steunprogramma „Gezamenlijke taakstelling: Verbetering regionale economische structuur". De verkoop van de ondernemingen bracht voor de eigenaar in totaal 393 miljoen DEM kosten mee, met name ten gevolge van de kwijtschelding van de aandeelhoudersleningen en de bankkredieten.

6. Nadat de aanmelding had plaatsgevonden, besloot de Commissie de procedure van beschikking nr. 2496/96/EGKS [5] (zesde staalsteuncode) in te leiden. Het desbetreffende schrijven werd Duitsland op 5 augustus 1997 toegezonden en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen bekendgemaakt, teneinde de overige lidstaten en belanghebbenden in de gelegenheid te stellen hun opmerkingen kenbaar te maken. [6]

4 — In de bestreden beschikking toetste de Commissie de positie van deze onderneming aan het EG-Verdrag, en enkel met betrekking tot de privatisering en de omvang van haar aandeel in de totale liquidatiekosten.

5 — Beschikking van de Commissie van 18 december 1996 houdende communautaire regels voor steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 338, blz. 42).

6 — PB C 395, blz. 5.

Bij de inleiding van de procedure ging de Commissie ervan uit dat de lening van de publieke aandeelhouders ad 207,3 miljoen DEM, die renteloos en zonder enige zekerheid van de zijde van de onderneming was verstrekt, alsook de gegarandeerde bankkredieten voor een totaal van 53,4 miljoen DEM met een garantievergoeding van 0,5 %, steun vormden. Zij besloot tevens de verenigbaarheid van de regionale steun van 8,4 miljoen DEM te onderzoeken. Wat de privatisering betrof, had de Commissie twijfels of de verkoop tegen een negatieve prijs strookte met het criterium van het optreden van een particuliere kapitaalverstrekker, aangezien volgens de beschikbare cijfers liquidatie van Gröditzer goedkoper zou zijn geweest. Ook kon de Commissie niet nagaan of de privatiseringsprocedure open, doorzichtig en zonder voorwaarden was verlopen. Zij constateerde voorts dat de privatiseringsovereenkomst blijkbaar toezeggingen vanwege de eigenaar bevatte voor investeringssteun ten behoeve van Gröditzer.

II — Bestreden beschikking

8. Op 8 juli 1999 gaf de Commissie de beschikking waartegen Duitsland thans opkomt. De beschikking omvat een considerans bestaande uit honderd en acht punten, en tien artikelen.

De artikelen 1, 2 en 3 zijn ten gunste van Duitsland en zijn geen onderwerp van dit beroep.

9. In de artikelen 4, 5 en 6 wordt daarentegen vastgesteld, dat bepaalde maatregelen onverenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht.

7. Duitsland heeft ten aanzien van de inleiding van de procedure stelling genomen en drie ondernemingen (Max Aicher GmbH & Co., Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH en Lech Stahlwerke GmbH) hebben opmerkingen ingediend. Zij menen dat koopster met de verkoop tegen een negatieve prijs liquide middelen tot haar beschikking kreeg, waarmee zij haar financiële situatie kon verbeteren en aankopen kon financieren. De voorwaarden van de verkoop van Gröditzer zouden tot een verstoring van de concurrentie hebben geleid.

10. Volgens artikel 4 is de aan Gröditzer verleende investeringssteun voor een totaal van 83,2 miljoen DEM, bestaande uit voor 100 % door de Treuhandanstalt en de Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben gegarandeerde bankkredieten, uit de door de respectieve overheidsaandeelhouders in de periode 1992-1996 verstrekte aandeelhoudersleningen, en uit de in het kader van het programma „Gezamenlijke taakstelling: Verbetering regionale economische structuur" tussen 1997 en 1999 verstrekte subsidies, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

11. Artikel 5 kwalificeert de maatregelen die Duitsland ten gunste van Gröditzer voor een bedrag van in totaal 155,5 miljoen DEM heeft getroffen, bestaande uit 14,3 miljoen DEM investeringssteun en 141,2 miljoen DEM exploitatiesteun (waarvan 17 miljoen DEM subsidie in het kader van de privatisering en een bedrag van 124,2 miljoen DEM voor de financiering van voor 100 % gegarandeerde bankkredieten en de door de overheidsaandeelhouders toegekende aandeelhoudersleningen), als steun die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal.

12. Artikel 6 stelt vast dat de steun die Duitsland op grond van artikel 9, lid 2, van de overeenkomst van 27 februari 1997, betreffende de verkoop van aandelen-Gröditzer aan Georgsmarienhütte voor de prijs van 3,3 miljoen DEM, voornemens was aan Gröditzer te verstrekken in de vorm van leningen als vooruitbetalingen van nog te verlenen regionale steun, onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal.

13. Volgens artikel 7 dient Duitsland de in de artikelen 4 en 5 genoemde onrechtmatig toegekende steun van de begunstigden terug te vorderen. De terugvordering geschiedt in overeenstemming met de nationaalrechtelijke procedures, voorzover deze daardoor niet onmogelijk of overdreven bemoeilijkt wordt. De terug te vorderen steun omvat rente vanaf de datum waarop de steun aan de begunstigden ter beschikking is gesteld, tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan. De rente wordt berekend tegen de referentierentevoet die wordt gehanteerd voor de berekening van het subsidie-equivalent in het kader van regionale steunregelingen. In de zin van onderhavig artikel wordt onder „begunstigde" niet alleen Gröditzer verstaan, maar ook iedere andere onderneming waaraan activa zijn overgedragen teneinde de terugvordering van de steun te verhinderen.

III — Procedure voor het Hof

14. Het verzoekschrift van Duitsland is op 9 september 1999 bij de griffie van het Hof neergelegd. De Commissie heeft op 29 november 1999 een verweerschrift ingediend. In aanvulling op deze memories is op 14 maart 2000 een repliek en op 14 april daaropvolgend een dupliek ingediend.

Overeenkomstig het bepaalde in artikel 23 van het Statuut-EGKS heeft het Hof de Commissie op 24 juli 2001 verzocht om toezending van alle stukken met betrekking tot de zaak, aangezien Duitsland zowel in het verzoekschrift als in repliek om inzage daarvan had verzocht. De Commissie zond op 3 oktober 2001 het overzicht met de achtenveertig documenten in het dossier, dat onverwijld aan verzoekster werd doorgestuurd; deze laatste antwoordde op 19 oktober 2001 dat zij geen van de documenten hoefde in te zien.

Daar Duitsland formeel had verzocht om mondeling te worden gehoord, heeft op 27 november 2001 een terechtzitting plaatsgevonden.

IV — Gronden van het beroep

15. De Bondsrepubliek Duitsland vordert nietigverklaring van de artikelen 4 tot en met 7 van beschikking 1999/720 op grond dat deze ongeldig zijn, onafhankelijk van de vraag of de ondersteunende maatregelen bij de privatisering van de onderneming als overheidssteun moeten worden aangemerkt. Zij voert in dat verband zes middelen aan.

Om te beginnen betoogt zij dat de Commissie artikel 213 EG en artikel 215 EG heeft geschonden, nu zij beschikking nr. 1999/720 heeft vastgesteld terwijl een van haar leden zich in een onregelmatige administratieve situatie bevond. Ten tweede zou de Commissie het gebod van snelle afhandeling, de beginselen van behoorlijk bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel, alsmede de motiveringsplicht in de administratieve procedure hebben geschonden. Ten derde zou verweerster de regels van het EGKS-Verdrag hebben toegepast op productiesectoren van Gröditzer die buiten de werkingssfeer van het Verdrag vallen. Ten vierde zou de Commissie de investeringssteun voor de onder het EGKS-Verdrag vallende productiesector van de onderneming onjuist hebben getoetst aan beschikking 3855/91/EGKS [7] (vijfde staalsteuncode). Ten vijfde zou zij de investeringssteun voor de niet onder het EGKS-Verdrag vallende productiesector onjuist hebben beoordeeld, en ten zesde zou zij de omstandigheden van de privatiseringsprocedure niet juist hebben beoordeeld.

7 — Beschikking van de Commissie van 27 november 1991 tot invoering van communautaire regels voor de steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 362, blz. 57).

V — Beoordeling van het beroep

A — *Eerste middel: schending van de artikelen 213 EG, 215 EG, 9 en volgende KS, nu de Commissie ten tijde van de vaststelling van de beschikking niet regelmatig was samengesteld*

16. Verzoekster stelt dat beschikking 1999/720 wegens een wezenlijk vormgebrek nietig verklaard moet worden, nu de samenstelling van de Commissie ten tijde van de vaststelling van de beschikking onregelmatig was. Commissielid Martin Bangemann was op diens verzoek op 1 juli 1999 op non-actief gesteld en zijn bevoegdheden waren overgegaan op een ander commissielid, met als gevolg dat het voor het industriebeleid bevoegde directoraat-generaal, dat rechtstreeks onder Bangemann ressorteerde, van de procedure tot goedkeuring van de beschikking werd uitgesloten. Duitsland betoogt dat de bestreden beschikking mogelijk niet zou zijn goedgekeurd indien dit directoraat-generaal stelling had kunnen nemen.

Het Verdrag voorziet niet in de situatie waarin een commissielid terug treedt en zijn functie neerlegt. De Commissie heeft op eigen gezag haar ledental gewijzigd en heeft noch een andere benoeming afgewacht, noch een beslissing van de Raad om voor de verdere duur van de ambtstermijn geen vervanger te benoemen, zoals in casu is gebeurd. Verweerster heeft derhalve niet alleen de beslissingsbevoegdheid van de Raad miskend, zij was bovendien niet regelmatig samengesteld.

17. De Commissie betoogt dat artikel 215 EG, tweede alinea, voorziet in de mogelijkheid van een kleiner aantal commissieleden; een dergelijke gang van zaken hoeft haar normale functioneren dus niet te verhinderen. In het voorliggende geval besloot de Raad op 9 juli 1999 om Bangemann niet te vervangen. De Raad bevestigde daarmee de beslissing van de Commissie om Bangemann, die bij een onderneming wilde gaan werken, op diens verzoek van zijn functie te ontheffen. Gelet op de uit zijn ambt voortvloeiende verplichtingen, in het bijzonder eerlijkheid en kiesheid te betrachten bij het aanvaarden van bepaalde functies of voordelen na afloop van de ambtsperiode, moest Bangemann van zijn functie worden ontheven om hem van deelname aan de besluitvorming van de Commissie uit te sluiten en te voorkomen dat twijfel over de legitimiteit van haar handelen kon ontstaan.

18. De bestreden beschikking werd op 8 juli vastgesteld. Duitsland stelt dat aan de goedkeuringsprocedure een wezenlijk vormgebrek kleeft, nu de Commissie, zonder daartoe bevoegd te zijn, het in de Verdragen bepaalde aantal commissieleden heeft gewijzigd.

19. Op 29 juni 1999 zond Bangemann, die verantwoordelijk was voor industrie, informatietechnologie en telecommunicatie, de voorzitter van de conferentie van vertegenwoordigers van de regeringen van de lidstaten een brief waarin hij zijn voornemen kenbaar maakte om een functie bij de onderneming Telefónica te aanvaarden, en verzocht om zo spoedig mogelijke inleiding van de procedure voor de benoeming van zijn vervanger.

Naar aanleiding hiervan deed de Commissie een verklaring uitgaan, dat zij van Bangemanns verzoek tot ontheffing uit zijn ambt kennis had genomen en daaraan gehoor had gegeven. Aangezien de onderneming waarvoor hij wilde gaan werken, op het gebied van de telecommunicatie actief was, een sector die tot dat ogenblik tot de bevoegdheden van het demissionaire commissielid had behoord, was een belangenconflict denkbaar, met name gezien Bangemanns verplichting eerlijkheid en kiesheid te betrachten bij het aanvaarden van bepaalde functies en voordelen na afloop van zijn ambtsperiode.

20. Op 9 juli 1999 stelde de Raad besluit 1999/493/EG, EGKS, Euratom,[8] betreffende de samenstelling van de Commissie vast, waarin hij bekendmaakte dat Bangemann zijn functie neerlegde en in afwachting van de benoeming van een nieuwe Commissie niet zou worden vervangen.[9]

21. Overeenkomstig de artikelen 213 EG en 215 EG[10] zijn er twintig commissieleden. In geval van ontslag blijven zij in functie totdat in hun vervanging is voorzien, of totdat de Raad vaststelt dat er geen reden voor vervanging is. In dit laatste geval blijft de Commissie ondanks haar kleiner aantal leden in functie.[11] Het EG-Verdrag kent de Commissie met betrekking tot de beëindiging van de ambtsuitoefening van een van haar leden enkel een relevante rol toe in artikel 216 EG, dat in het geval van Bangemann niet van toepassing was; dat een commissielid uit zijn functie wordt ontheven, is in de geldende bepalingen niet voorzien.

De Commissie heeft de verplichting, de continuïteit van haar functioneren te verzekeren, en ook wanneer een van haar leden aftreedt, dienen de lopende zaken te worden afgehandeld zonder dat een besluit van de Raad over de vervanging wordt afgewacht. De besluitvormingsprocedure van de Commissie, die op tal van gebieden het initiatiefrecht tot wetgeving heeft, mag niet worden lamgelegd, tenzij het vereiste quorum niet is bereikt.[12] In een situatie zoals die welke was ontstaan door de omstandigheden waaronder Bangemann aftrad, moest de Commissie sereen en onverwijld handelen, niet alleen om haar werkzaamheden normaal voort te zetten, maar ook om wantrouwen dat in de publieke opinie ten aanzien van de onpartijdigheid van de bij het besluitvormingsproces betrokken personen dreigde te ontstaan, in de kiem te smoren.

22. Vanwege deze kritische stemming en de te verwachten onrust die deze kwestie in de Gemeenschap kon veroorzaken, en gezien het feit dat de betrokkene zijn ontslag had ingediend, handelde de Commissie binnen de grenzen van haar bevoegdheden tot organisatie van haar intern functioneren, toen zij Bangemann, in afwachting van het besluit van de Raad over zijn vervanging, in zijn hoedanigheid van commissielid op non-actief stelde.

23. Ik ben het niet met verzoekster eens dat de afwezigheid van voormeld commissielid

8 — PB L 192, blz. 53.

9 — PB L 192, blz. 55.

10 — Deze komen inhoudelijk overeen met de artikelen 9 KS en 12 KS.

11 — Een situatie die niet was voorzien en die zich niettemin voordeed op 16 maart 1999, is die van het aftreden van de voltallige Commissie. In zijn verklaring van 21 maart 1999 betreffende het aftreden van de Commissie nam de Raad van de Europese Unie kennis van het besluit, achtte het geboden zo spoedig mogelijk een nieuwe Commissie te benoemen en verzocht de commissieleden tot die tijd overeenkomstig de verdragen in functie te blijven.

12 — Artikel 5 van het Reglement van orde van de Commissie van 17 februari 1993 (PB L 230, blz. 15), dat ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking van kracht was, bepaalt dat voor de geldigheid van de besluiten van de Commissie is vereist dat de meerderheid van het in het Verdrag vastgestelde aantal leden aanwezig is.

bij de vergadering waarin de bestreden beschikking werd vastgesteld, meebrengt dat het directoraat-generaal industriebeleid niet vertegenwoordigd was en dat, ware dat wel het geval geweest, de beschikking wellicht niet zou zijn vastgesteld. In de eerste plaats is de ontwerpbeschikking voor advies aan het bevoegde directoraat-generaal voorgelegd. In de tweede plaats was deze dienst tijdens de vergadering vertegenwoordigd, aangezien de taken van het afgetreden commissielid door een ander commissielid, Van Miert, waren overgenomen.

24. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat bij de vaststelling van de bestreden beschikking geen sprake is van het door Duitsland gestelde wezenlijke vormgebrek. Het eerste middel is dan ook ongegrond.

B — *Tweede middel: schending van het gebod van snelle afhandeling, de beginselen van behoorlijk bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel, alsmede de motiveringsplicht in de administratieve procedure*

25. Duitsland splitst dit middel in drie onderdelen.

i) Het gebod van snelle afhandeling, de beginselen van behoorlijk bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel met betrekking tot de reeds ontvangen subsidies

26. Verzoekster voert aan dat zij de Commissie in de jaren 1994 en 1995 van de door haar genomen financieringsmaatregelen in kennis heeft gesteld en dat de Commissie haar gedurende drie jaar heeft laten geloven dat zij tegen de ondersteunende maatregelen ten behoeve van de herstructurering geen bezwaar zou maken op grond van de regels voor staatssteun. Zij acht deze houding, die heeft geduurd vanaf de eerste kennisgeving tot aan de beslissing om de toetsingsprocedure in te leiden, en waarbij buitendien geen enkele indicatie is gegeven dat de verstrekte gegevens niet toereikend waren, in strijd met het vertrouwensbeginsel zijn. De Commissie had zich in 1994 en 1995 moeten uitspreken over de vraag of de reeds getroffen en aangemelde economische maatregelen overheidssteun vormden en of zij met de gemeenschappelijke markt verenigbaar waren. De Commissie kan derhalve niet thans terugbetaling vorderen van middelen die reeds vóór eind 1995 zijn toegekend.

Het verzoek om inlichtingen dat de Commissie haar op 16 juli 1996 zond, alsook de brief van 14 augustus 1997, betreffen dossiers uit 1994. Voorts verwijst verzoekster in de mededeling van 9 juni 1994 naar twee brieven van de Commissie van eerdere datum, respectievelijk van 21 april 1994 en van 25 mei. Men kan in dit geval niet spreken van informele aanmeldingen, want

de daarin voorkomende inlichtingen zijn door de bevoegde afdeling van het ministerie van Economische zaken namens de Duitse regering verstrekt; het gemeenschapsrecht geeft immers geen regels voor de vorm waarin de lidstaten ontwerpsteunmaatregelen moeten aanmelden. Verzoekster wijst erop dat zij de gedeeltelijke aanmelding van 29 juni 1994 bij brief van 2 december van dat jaar op instigatie van de Commissie heeft ingetrokken, die haar had laten weten de aanmeldingsprocedure te willen schorsen gedurende een overgangsperiode, omdat de privatisering van de onderneming niet imminent was. In die omstandigheden heeft Duitsland de maatregelen voor de herstructurering van de onderneming verder doorgevoerd.

27. De Commissie is van mening dat de enige relevante mededeling die van 6 juli 1997 is. De tot eind 1993 verleende steun aan de ijzer- en staalindustrie ter hoogte van 133 miljoen DEM is in strijd met artikel 88, lid 3, EG pas in juni 1994 — en dan nog louter informeel — aangemeld. Wat de van 29 juni 1994 daterende formele aanmelding van investeringssteun ad 79 miljoen DEM betreft, deze is door de Duitse autoriteiten niet, zoals verzoekster stelt, op verzoek van de Commissie ingetrokken, maar — zoals uit de aan haar gerichte brief van 24 juli 1998 blijkt — om met het oog op de privatisering het uiteindelijke volledige pakket steunmaatregelen te kunnen aanmelden ten behoeve van een algemeen onderzoek daarvan. Ondanks alle correspondentie vóór juni 1994 betekende de intrekking van de formele aanmelding, dat de Commissie de steunmaatregelen niet kon onderzoeken. Nadat begin 1997 de privatisering had plaatsgevonden, verlangde de Commissie opnieuw een formele aanmelding. Zij ontving deze pas op 7 juni, reden waarom zij in augustus daaropvolgend de toetsingsprocedure heeft ingeleid.

28. Ik ben het niet met de Duitse regering eens dat de Commissie zich reeds in de jaren 1994 en 1995 een mening had moeten vormen over de verenigbaarheid van de maatregelen met de gemeenschappelijke markt. De rechtspraak die zij tot staving van deze bewering aanhaalt, is bovendien niet relevant. [13]

Gezien het einddoel, privatisering van Gröditzer, moesten de daaraan voorafgaand verstrekte inlichtingen wel fragmentarisch en onvolledig zijn. De Commissie kon zich dan ook terecht op het standpunt stellen dat geen formele en exhaustieve aanmelding had plaatsgevonden die zij kon onderzoeken. [14] Het feit dat de Commissie tot 1996 van de Duitse autoriteiten verdere inlichtingen over de maatregelen ten gunste van genoemde onderneming ontving en dat de verstrekte inlichtingen zelfs na de inlei-

13 — Verzoekster verwijst naar het arrest van 24 november 1987, RSV/Commissie (223/85, Jurispr. blz. 4617), waarin het Hof oordeelde dat de Commissie de grenzen van behoorlijk bestuur ruimschoots had overschreden door zesentwintig maanden voorbij te laten gaan alvorens over de steunmaatregel te beslissen. Het betrof in dat geval evenwel omstandigheden die de zaak onderscheiden van de overgrote meerderheid van de steunzaken die de Commissie moet behandelen, aangezien de bestreden maatregel kennelijk niets anders betrof dan de aanvullende kosten van een operatie waarvoor reeds door de Commissie goedgekeurde steun was verleend.

14 — Arrest Gerecht van 15 september 1998, BFM en EFIM/Commissie (T-126/96 en T-127/96, Jurispr. blz. II-3437, punt 47).

ding van de toetsingsprocedure nog moesten worden aangevuld, sterkt mij in deze opvatting. [15]

Bij gebreke van een volledige aanmelding van de maatregelen beschikte de Commissie niet over alle noodzakelijke gegevens om zich een idee over hun verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt te vormen, en kon de beslistermijn van twee maanden dan ook niet ingaan. Het Hof heeft onlangs uitgemaakt dat het voor de eerste fase voor een volledige aanmelding die de termijn van twee maanden doet ingaan voldoende is, dat de aanmelding van meet af of na de beantwoording door de lidstaat van vragen van de Commissie, de informatie bevat die noodzakelijk is om de Commissie in staat te stellen zich een eerste oordeel te vormen over de verenigbaarheid van de steunmaatregel met het Verdrag. [16]

29. Het vertrouwensbeginsel kan niet worden geacht te zijn geschonden zolang de Commissie geen standpunt heeft ingenomen over maatregelen die volledig en formeel op de voorgeschreven wijze bij haar zijn aangemeld. Het Hof heeft vastgesteld dat, gelet op het dwingende karakter van het door de Commissie krachtens artikel 88 EG uitgeoefende toezicht op de steunmaatregelen van de staten, ondernemingen die steun genieten slechts een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun kunnen hebben, wanneer deze met inachtneming van de procedure van dat artikel is toegekend; een behoedzame ondernemer kan zich hiervan normaliter vergewissen. [17] Evenzo kan een lidstaat die in strijd met de procedureregels van artikel 88 EG steun heeft toegekend, zich niet op het gewettigd vertrouwen van de ontvangers van de steun beroepen om zich te onttrekken aan zijn verplichting, de nodige maatregelen te treffen voor de uitvoering van een beschikking van de Commissie tot terugvordering van de steun. Zou men dit toelaten, dan zouden de artikelen 87 EG en 88 EG immers elk nuttig effect verliezen, aangezien de nationale instanties zich dan op hun eigen onrechtmatig gedrag zouden kunnen beroepen om elke werking aan Commissiebeschikkingen te ontnemen. [18]

In het licht van deze rechtspraak aangaande de ontvangers van steun heeft de Commissie gelijk wanneer zij stelt dat de nationale autoriteiten, die haar rechtstreekse gesprekspartner zijn, beter van de stand en het resultaat van de procedure op de hoogte zijn, en zich dus ook in mindere mate dan ondernemingen op schending van het gewettigd vertrouwen kunnen beroepen; dit geldt te meer wanneer zij gedurende de bestreden periode, uit eigen beweging of op verzoek van de Commissie, aanvullende informatie met betrekking tot hetzelfde project zijn blijven verstrekken.

15 — Volgens punt 3 van de bestreden beschikking verstrekte Duitsland de Commissie aanvullende inlichtingen en documenten bij brieven van 23 september en 13 november 1997, 24 juli, 14 augustus en 14 oktober 1998, 7 en 20 januari, 1 februari en 29 maart 1999. In januari 1998, alsmede op 1 december 1998, 11 maart, 23 en 29 april 1999, vonden bijeenkomsten tussen de Commissie en Duitsland plaats.

16 — Arrest van 15 februari 2001, Oostenrijk/Commissie (C-99/98, Jurispr. blz. I-1101, punt 56).

17 — Arrest van 20 maart 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Jurispr. blz. I-1591, punt 25).

18 — Arresten van 20 september 1990, Commissie/Duitsland (C-5/89, Jurispr. blz. I-3437, punt 17), en 14 januari 1997, Spanje/Commissie (C-169/95, Jurispr. blz. I-135, punt 48).

ii) Het gebod van snelle afhandeling en de beginselen van behoorlijk bestuur en het rechtszekerheidsbeginsel met betrekking tot de geplande en in 1994 en 1995 aangemelde financieringsmaatregelen

30. Volgens verzoekster heeft de Commissie, doordat zij niet spoedig nadat zij over de steunvoornemens was geïnformeerd een uitspraak over de financieringsmaatregelen heeft gedaan en evenmin twijfel over hun wettigheid heeft geuit, de communautaire steunregels geschonden; zowel artikel 6, lid 5, van beschikking nr. 3855/91 (vijfde code), als artikel 6, lid 6, van beschikking nr. 2496/96 (zesde code) stellen voor de inleiding van de toetsingsprocedure immers een termijn van twee maanden, gerekend vanaf de aanmelding van de maatregel.

31. De Commissie herhaalt dat de enige volledige te harer kennis gebrachte aanmelding die van juni 1997 is, en dat zij tot maart 1999 heeft moeten wachten voordat zij, zoals uit punt 3 van de bestreden beschikking blijkt, over alle aan de Duitse autoriteiten gevraagde aanvullende inlichtingen beschikte.

32. Alhoewel de Commissie zich, zoals iedere overheidsinstantie, dient te houden aan het gebod van snelle afhandeling, kan schending daarvan haar evenwel alleen worden verweten wanneer zij in staat is het gebod na te leven, wat in de betrokken administratieve procedure niet het geval lijkt te zijn geweest.

De Commissie kon moeilijk spoedig nadat zij van de projecten in kennis was gesteld een beschikking over de financieringsmaatregelen geven, nu er geen formele aanmeldingen met alle relevante informatie waren. Dat zij met de vereiste voortvarendheid heeft gehandeld, blijkt uit het feit dat zij na de mededeling van 6 juni 1997, op 5 augustus de toetsingsprocedure inleidde, dat wil zeggen binnen de termijn van twee maanden die in artikel 6, lid 5, van de vijfde code en artikel 6, lid 6, van de zesde code is voorzien. Volgens de rechtspraak van het Hof is de Commissie pas nadat zij in de gelegenheid is gesteld zich een oordeel te vormen over de vraag of de aangemelde voornemens verenigbaar zijn met het Verdrag, gehouden onverwijld de in artikel 88 EG, lid 2, omschreven procedure op tegenspraak in te leiden en de lidstaat te verzoeken stelling te nemen. [19] De bedenktijd die aan de Commissie is toegekend, bedraagt maximaal twee maanden. [20]

iii) Motiveringsplicht

33. Verzoekster stelt dat de bestreden beschikking onvoldoende is gemotiveerd, aangezien zij geen melding maakt van de aanmeldingsprocedure van de jaren 1994 en 1995. De gebruikte bewoordingen wekken de indruk dat Duitsland de onder-

19 — Arrest van 11 december 1973, Lorenz (120/73, Jurispr. blz. 1471), punt 3.

20 — Arresten van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie (84/82, Jurispr. blz. 1451, punt 11); 30 juni 1992, Spanje/Commissie (C-312/90, Jurispr. blz. I-4117, punt 18); 11 juli 1996, SFEI e.a. (C-39/94, Jurispr. blz. I-3547, punt 38), en arrest Oostenrijk/Commissie, reeds aangehaald, punt 74.

neming jarenlang subsidies heeft verstrekt zonder de Commissie hiervan in kennis te stellen.

34. De bestreden beschikking zwijgt over de inlichtingen die de Duitse autoriteiten de Commissie voorafgaand aan juni 1997 hebben verstrekt. Zoals gezegd, is deze mededeling de enige die in de zin van artikel 88, lid 3, EG in aanmerking kan worden genomen, en op het moment dat deze de Commissie bereikte, was het grootste deel van de maatregelen reeds ten uitvoer gelegd.

Het Gerecht van eerste aanleg heeft beslist dat de Commissie in de motivering van mededingingsbeschikkingen niet hoeft in te gaan op alle argumenten die belanghebbenden tot staving van hun verzoek inroepen; zij kan volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn. [21] Deze rechtspraak is door het Hof in hogere voorziening bevestigd. [22]

Overigens mag ervan uit worden gegaan dat de formele aanmelding van juni 1997 de verschillende inlichtingen omvatte die de Duitse autoriteiten in de loop der jaren hadden verstrekt, en dat de Commissie deze bij de vaststelling van de bestreden beschikking in aanmerking heeft genomen. De beschikking bevat een duidelijke, nauwkeurige en gedetailleerde uiteenzetting van de gronden waarop zij berust, zodat van een motiveringsgebrek geen sprake is.

De gemachtigde van de Duitse regering heeft voorts, heb ik de indruk, ter terechtzitting aangevoerd dat de beschikking niet ingaat op de invloed van de ondersteunende maatregelen voor de onderneming op het handelsverkeer tussen de lidstaten en evenmin op een (dreigende) vervalsing van de mededinging, in de zin van het arrest Italië en Sardegna Lines/Commissie. [23] Dit argument is nieuw, aangezien het tijdens de schriftelijke procedure niet naar voren gebracht, en is derhalve overeenkomstig artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk. Het geciteerde arrest is weliswaar eerst na afloop van de schriftelijke procedure gewezen, doch de daarin gegeven beslissing is niet nieuw, daar deze op verschillende precedenten steunt.

35. Mitsdien is ook het tweede middel ongegrond en dient het in zijn geheel te worden afgewezen.

21 — Arresten Gerecht van 24 januari 1992, La Cinq/Commissie (T-44/90, Jurispr. blz. II-1, punt 41), en 8 juni 1995, Siemens/Commissie (T-459/93, Jurispr. blz. II-1675, punt 31).

22 — Arrest van 15 mei 1997, Siemens/Commissie (C-278/95 P, Jurispr. blz. I-2507, punt 16).

23 — Arrest van 19 oktober 2000 (C-15/98 en C-105/99, Jurispr. blz. I-8855).

C — *Derde middel: toepassing van de regels van het EGKS-Verdrag door de Commissie op productiesectoren van Gröditzer die niet onder dat Verdrag vallen*

36. Volgens verzoekster heeft de Commissie de feiten verdraaid en niet consistent weergegeven en heeft zij tevens de steunregels onjuist uitgelegd. Gröditzer is een onderneming die slechts in zeer beperkte met de producten van bijlage I bij het EGKS-Verdrag op de markt aanwezig is, aangezien 90 % van haar commerciële activiteiten bestaat in de verkoop van producten die niet onder dit Verdrag vallen. Niettemin heeft de Commissie de steunregels voor de ijzer- en staalindustrie toegepast bij de beoordeling van de onderneming in haar geheel, dus ook bij de beoordeling van de invloed op de mededinging in sectoren die niet onder het EGKS-Verdrag vallen, zonder aan te tonen dat de als exploitatiesteun aangemerkte subsidies in een onevenredige mate voor de EGKS-productiesector van de onderneming zijn gebruikt.

Zij meent dat de Commissie haar vrees voor het risico van spill-over van middelen van de ene naar de andere productiesector heeft willen rechtvaardigen met het feit dat de onderneming activiteiten verricht die deels wel en deels niet onder het EGKS-Verdrag vallen, met als gevolg dat zij zich bij haar beslissing niet op daadwerkelijke vaststellingen, maar op een veronderstelling heeft gebaseerd. Uit het rapport van het accountantskantoor KPMG, dat in 1998 aan de Commissie is overgelegd, blijkt evenwel dat Gröditzer sinds 1990 over een aparte analytische boekhouding per beheerseenheid beschikte, op basis waarvan de allocatie van de middelen aan de verschillende productie-installaties nauwkeurig kan worden bepaald.

Het grootste deel van de exploitatiesteun was voor de niet onder het EGKS-Verdrag vallende productiesectoren smederij, gieterij en walserij bestemd. Voor de toepassing van de EGKS-steunregels op de niet onder die regeling vallende productie heeft de Commissie zich uitsluitend gebaseerd op het feit dat Gröditzer een ijzer- en staalonderneming is in de zin van artikel 80 KS, zonder na te gaan wat de gevolgen van haar economische activiteit op de markt zijn. Deze handelwijze houdt geen rekening met de afbakening van de werkingssfeer van de onderscheiden Verdragen en evenmin met de op het gebied van staatssteun geldende algemene beginselen.

37. De Commissie wijst erop dat ondernemingen als Gröditzer, die EGKS-producten voor eigen verbruik vervaardigen of deze slechts voor een klein deel op de markt brengen, onder de werkingssfeer van dat Verdrag vallen. Onder artikel 80 vallen de ondernemingen die zich bezighouden met de productie van kolen en staal (nader gedefinieerd in bijlage I) en, in bepaalde omstandigheden, de ondernemingen die hun bedrijf maken van de distributie, anders dan in de vorm van verkoop voor huishoudelijk verbruik of aan het ambacht. Beslissend voor de vraag of een onderneming al dan niet onder het EGKS-Ver-

drag valt, is in het geval van geïntegreerde productieprocessen niet de verkoop, maar de vervaardiging van intermediaire producten, daar het gevaar bestaat dat een product dat voor intern gebruik is bestemd, in werkelijkheid toch op de markt wordt gebracht. Het EGKS-Verdrag is dan ook van toepassing op alle ondernemingen die EGKS-producten vervaardigen, of deze nu bestemd zijn om als zodanig op de markt te worden gebracht, dan wel of de ondernemingen ze tot andere, niet onder het EGKS-Verdrag vallende producten willen bewerken.

Dat de verleende steun voor het grootste deel aan de vervaardiging van onder het EG-Verdrag vallende producten ten goede zou komen, was aanvaardbaar geweest indien tussen de EGKS-productie en de EG-activiteiten van de onderneming een absolute scheiding had bestaan. Daar een dergelijke scheiding niet is aangetoond, gaat de Commissie ervan uit, zoals zij gedetailleerd in de beschikking uiteenzet, dat het risico van spill-over van steun van de ene sector naar de andere reëel is, en concludeert zij vervolgens in punt 40 dat de divisie staalproductie de begunstigde was van de steun ten behoeve van afgeleide EG-activiteiten: de steun die voor de omvangrijkste, verlieslijdende EG-productiesector leek te zijn bestemd, kwam in werkelijkheid ten goede aan de afgeleide EGKS-activiteiten, waarvoor via de interne boekhouding kunstmatig een volledige prijs werd verkregen. Het ontbreken van iedere spill-over van middelen is een voorwaarde om de steun te kunnen toetsen aan het EG-Verdrag; de bewijslast rust bovendien op de lidstaat.

38. Mijns inziens kunnen de door Duitsland in het kader van dit middel aangevoerde argumenten niet slagen. Het Hof heeft met de afbakening van de werkingssfeer van het EGKS-Verdrag in 1959 [24] een duidelijke rechtspraak neergelegd waarmee verzoekster bekend lijkt te zijn, ook al verwijst zij er slechts zijdelings naar. In dat arrest wordt een begrip „productie" dat uitsluitend de fabricage omvat van producten die bestemd zijn om op de markt te worden gebracht, in strijd met het Verdrag geacht, waartoe wordt gewezen op bijlage I die een aanzienlijk aantal producten opsomt welke zeer dikwijls en zelfs gewoonlijk worden gefabriceerd ofwel veranderd in uit technisch of economisch oogpunt verschillende producten in fabrieken of bedrijven welke gescheiden zijn, doch dezelfde firmanaam dragen, waardoor deze producten niet op de markt worden gebracht. Deze productie van het toepassingsbereik van het Verdrag uitsluiten, zou in strijd zijn met de bedoeling van de opstellers ervan, maar bovendien zou de toepassing van het Verdrag afhankelijk worden van de rechtsstructuur van de betrokken onderneming en zou aldus de productie van de grote geïntegreerde fabrieken van het EGKS-Verdrag worden uitgesloten. [25]

Het Hof onderzocht voorts of het begrip „productie" in de zin van artikel 80 KS de fabricage van ruwijzer omvat, dat wordt geproduceerd en bewerkt in bedrijven die onderling een geïntegreerd technisch geheel vormen, in een geval waarin een zeer nauwe economische en technische band bestaat tussen de hoogovens en de gieterijen van diezelfde onderneming. Het Hof overwoog dat ook al hadden de opstellers van

24 — Arrest van 17 december 1959, Société des Fondéries de Pont-à-Mousson/Hoge Autoriteit (14/59, Jurispr. blz. 483).
25 — Ibidem, blz. 507 en 508.

het Verdrag bij de begrenzing van de personele werkingssfeer hun toevlucht genomen tot het criterium „productie", zij zich er niet minder bewust van waren dat vele producenten van een EGKS-product tegelijk optreden als verbruikers van een ander product, en dat het mogelijk is het in hoogovens geproduceerde vloeibare ruwijzer, naast de onmiddellijke omzetting ervan in ijzergietwerk, te laten stollen en het in de vorm van gietelingen of broden op de markt te brengen en zelfs het in vloeibare toestand te verkopen. [26] Advocaat-generaal Lagrange verdedigde in zijn conclusie in die zaak hetzelfde standpunt. [27]

Het arrest Deutsche Babcock [28] ondersteunt evenmin de stellingen van verzoekster. In dit arrest met betrekking tot verordening (EEG) nr. 1430/79 betreffende terugbetaling of kwijtschelding van invoerrechten [29] stelde het Hof vast, dat artikel 305 EG de toepassing van de voorschriften van de Europese Gemeenschap uitbreidt tot de producten die onder het EGKS-Verdrag vallen, voorzover bepaalde vraagstukken niet worden geregeld door voormeld Verdrag of de ter uitvoering daarvan vastgestelde bepalingen.

Om vast te stellen of een onderneming onder de werkingssfeer van het EGKS-Verdrag valt, moet derhalve worden uitgegaan van haar productieactiviteiten en niet van de verkoopactiviteiten, rekening houdende met het gegeven dat artikel 4, sub c, KS steunmaatregelen ook dan verbiedt wanneer deze slechts een geringe vervalsing van de mededinging teweegbrengen. Overigens blijkt uit genoemde bepaling niet dat de Commissie, zoals in het geval van artikel 87, lid 1, EG, dient vast te stellen dat de gewraakte steunmaatregel de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen. Alle steunmaatregelen worden immers verboden, zonder enige beperking, zodat niet van een de minimis-regel kan worden gesproken. [30]

39. Zoals het Gerecht recentelijk heeft uitgemaakt, moet investeringssteun aan een EGKS-onderneming niet hoe dan ook worden getoetst aan de regels betreffende onder het EGKS-Verdrag vallende staatssteun; dit geldt eveneens voor steun die is verleend aan een ijzer- en staalonderneming die gedeeltelijk wél en gedeeltelijk niet onder het EGKS-Verdrag vallende activiteiten uitoefent, daaronder begrepen het geval waarin zij investeringssteun ontvangt in verband met haar activiteiten die niet onder dat Verdrag vallen. [31] De Commissie wijst hierop in punt 33 van de bestreden beschikking.

40. Punt 34 van de beschikking maakt onderscheid tussen eindproducten van de smederij, rondwalserij en gieterij, die op de desbetreffende onderscheiden markten worden verkocht. Aangezien deze producten in aparte divisies worden geproduceerd, is dit proces niet geïntegreerd, zodat voor de investeringssteun een duidelijk onder-

26 — Ibidem, blz. 509 en 510.

27 — Zie in het bijzonder blz. 531.

28 — Arrest van 15 december 1987 (328/85, Jurispr. blz. 5119).

29 — Verordening van de Raad van 2 juli 1979 betreffende terugbetaling of kwijtschelding van in- of uitvoerrechten (PB L 175, blz. 1).

30 — Arrest van het Gerecht van 21 januari 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke en Lech-Stahlwerke/Commissie (T-129/95, T-2/96 en T-97/96, Jurispr. blz. II-17, punt 147). Deze beoordeling is door het Hof bevestigd in de beschikking van 25 januari 2001, Lech-Stahlwerke/Commissie (C-111/99 P, Jurispr. blz. I-727, punt 41).

31 — Arrest van 5 juni 2001, ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Commissie (T-6/99, Jurispr. blz. II-1523, punten 61 en 62).

scheid kan worden gemaakt tussen de desbetreffende EGKS- en EG-activiteiten.

Wat de exploitatiesteun betreft, tonen de punten 35 tot en met 41 van de bestreden beschikking evenwel aan dat onmogelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen steun voor EGKS-activiteiten en steun voor EG-productie, doordat de onderneming geen gescheiden boekhouding voert. Bovendien blijkt uit de tabel in punt 36 van de beschikking, dat de boekhoudkundige gegevens in het rapport van het accountantskantoor KPMG, dat de Duitse regering heeft aangevoerd om het bestaan van een gescheiden boekhouding aan te tonen, voor nagenoeg alle posten in tegenspraak zijn met die in de aanmelding van juni 1997, en dat zij het in punt 39 van de beschikking uiteengezette standpunt van de Commissie betreffende een spill-over bij de allocatie van de middelen bevestigen. Ik deel de opvatting van de Commissie dat dit risico van spill-over in ondernemingen die niet voor iedere productieactiviteit een afzonderlijke boekhouding voeren, zorgelijk is.[32] Ik deel tevens de opvatting dat men er op grond van bijlage I, nummer 4, rekening mee moet houden dat bepaalde producten op de lijst rechtstreeks verbonden zijn met bijproducten, die daarop niet lijken voor te komen, maar die de verkoopprijzen kunnen beïnvloeden, zodat de bijlage ook de bijproducten en andere bewerkte EGKS-producten dient te omvatten, wanneer deze van invloed zijn op de normale mededingingsvoorwaarden voor de hoofdproducten.

Deze bezorgdheid kwam tot uitdrukking in een document uit 1988 betreffende een kaderregeling voor bepaalde niet onder het EGKS-Verdrag vallende sectoren van de ijzer- en staalindustrie,[33] waarin de Commissie naast de bijzonder gevoelige concurrentiesituatie in die sectoren, het gevaar onderstreepte dat haar steunbeleid ten behoeve van de ijzer- en staalindustrie zou worden ondermijnd door het verstrekken van steun aan dochterondernemingen voor activiteiten die niet onder de werkingssfeer van het EGKS-Verdrag vallen, maar niettemin aan EGKS-activiteiten ten goede zouden kunnen komen. Het lijkt logisch dat het gevaar zelfs nog groter is wanneer de bewerking van EGKS-staal binnen dezelfde onderneming in plaats van in dochterondernemingen plaats vindt.

41. Het Gerecht heeft onlangs bevestigd dat de toepassing van het EGKS-Verdrag op investeringssteun voor een daarvan uitgesloten productieactiviteit enkel valt te rechtvaardigen, wanneer toereikende garanties ontbreken dat die steun niet voor de onder het EGKS-Verdrag vallende productieactiviteiten zal worden gebruikt. De betrokken lidstaat, eventueel bijgestaan door de steunontvangende onderneming, moet de Commissie alle elementen verschaffen op grond waarvan zij tijdens de administratieve procedure kan nagaan of dergelijke garanties bestaan.[34]

32 — Het Gerecht oordeelde in het arrest van 25 juni 1998, British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie (T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punt 314), dat het holdingmechanisme, waarin de ondernemingen van elkaar onafhankelijk zijn, in samenhang met de controle door onafhankelijke consultants en met de verdeling van de steun in verschillende tranches, kon worden aangemerkt als een voldoende en passend middel om te verzekeren dat de steun enkel aan de nominaal begunstigde onderneming ten goede zou komen.

33 — PB C 320, blz. 3.

34 — Arrest ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Commissie, reeds aangehaald, punten 125 en 126.

42. De beschikkingen van de Commissie waarnaar verzoekster heeft verwezen om een vermeende discriminatie in haar nadeel aan te tonen, zijn evenmin relevant, omdat zij op andere feitelijke situaties betrekking hebben. [35] Maar ook al waren de feiten vergelijkbaar, dan nog moet de eerbieding van het beginsel van gelijke behandeling te verenigen zijn met de eerbiediging van het legaliteitsbeginsel, dat meebrengt dat niemand zich ten eigen voordele kan beroepen op een onwettigheid waarvan anderen hebben kunnen profiteren. [36]

43. Gelet op het voorgaande is ook dit middel ongegrond.

D — *Vierde middel: onjuiste toetsing van de investeringssteun voor de EGKS-productiesector van de onderneming aan de vijfde staalsteuncode*

44. Duitsland stelt dat de Commissie de aan de EGKS-sector van Gröditzer verleende investeringssteun ten bedrage van 13,3 miljoen DEM niet met het Verdrag en met artikel 5, derde streepje, van de vijfde staalsteuncode onverenigbaar kan achten op grond dat deze niet vóór 30 juni 1994 is aangemeld, nu de Commissie zelf de Duitse regering om intrekking van haar mededeling van 29 juni van dat jaar heeft verzocht. Uit de bestreden beschikking blijkt niet of de wettigheid van de steun aan artikel 5, derde streepje, van de vijfde staalsteuncode is getoetst, en de Commissie kan niet louter wegens schending van de aanmeldingstermijn terugvordering van de steun verlangen, indien zij de wettigheid daarvan niet heeft onderzocht of ook maar in twijfel heeft getrokken.

45. De Commissie wijst erop dat de bestreden beschikking niet enkel de schending van de termijn voor aanmelding van de steunmaatregelen betreft, maar tevens de omstandigheid dat onderzoek daarvan niet mogelijk was vóór 31 december 1994, zijnde de in de vijfde staalsteuncode bepaalde uiterste datum voor investeringssteun aan ondernemingen in het gebied van de voormalige Duitse Democratische Republiek.

46. Ook op dit punt deel ik de zienswijze van Duitsland niet. De vijfde code bepaalt glashelder de uiterste datum waarop de steun nog verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden geoordeeld. Na die datum kan de Commissie de steun niet meer goedkeuren. Het Hof heeft in dit verband met betrekking tot een bepaling van beschikking nr. 2320/81/EGKS,

35 — Het betreft beschikking 97/21/EG, EGKS, van 30 juli 1996 betreffende aan Compañía Española de Tubos por Extrusión S.A., te Llodio (Álava), verleende staatssteun (PB L 8, blz. 14), vastgesteld krachtens het EGKS-Verdrag en het EG-Verdrag. Aan de onderneming Productos Tubulares (PB C 409, blz. 6) kon overheidssteun worden verleend, omdat zij geheel geherstructureerd was en haar voor eigen verbruik bestemde EGKS-productie gering was en niet in de handel werd gebracht.

36 — Arrest van 4 juli 1985, Williams/Rekenkamer (134/84, Jurispr. blz. 2225, punt 14), en arrest Gerecht van 14 mei 1998, Mayr-Melnhof/Commissie (T-347/94, Jurispr. blz. II-1751, punt 334).

de tweede staalsteuncode,[37] vastgesteld dat het een fatale termijn betrof, in die zin dat goedkeuring van te laat ingediende steunprojecten uitgesloten is.[38]

Ook het Gerecht heeft uit de artikelen 1, 5 en 6 van de vijfde code afgeleid dat voorgenomen steunmaatregelen slechts na voorafgaande goedkeuring van de Commissie tot uitvoering konden worden gebracht en dat de voor de betaling van regionale investeringssteun vastgestelde einddatum 31 december 1994 noodzakelijkerwijs de datum was waarop de Commissie uiterlijk over de verenigbaarheid van deze steunmaatregelen kon beslissen.[39] Het Hof heeft deze uitlegging in hogere voorziening bevestigd en beslist dat de aanmeldingstermijn van de vijfde code geen termijn van indicatieve aard is, zodat de Commissie geen steunmaatregelen kan goedkeuren indien de voornemens tot invoering of wijziging daarvan niet vóór het verstrijken van de specifiek gestelde termijn bij haar zijn aangemeld. Dit moet door de rechter ambtshalve worden onderzocht, ook al heeft geen van de partijen hierom verzocht.[40]

47. Het was te verwachten dat in de bestreden beschikking de wettigheid van de steun niet aan artikel 5, derde streepje, van de vijfde code zou worden getoetst; de Commissie kon immers niet in 1999 een beschikking geven op de grondslag van bepalingen die reeds op 31 december 1996 buiten werking waren gestreden. Volgens de rechtspraak van het Gerecht kan de lidstaat die niet aan zijn aanmeldingsplicht heeft voldaan, niet verlangen dat de Commissie de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt toetst aan een code die is ingetrokken; wanneer de lidstaat zich niet heeft gehouden aan de in genoemde code geformuleerde voorwaarden, kan hij zich evenmin op het rechtszekerheidsbeginsel beroepen teneinde in aanmerking te komen voor de daarin genoemde afwijkingen.[41]

48. Bovendien staat vast dat de Duitse autoriteiten de formele aanmelding van 29 juni 1994 met betrekking tot investeringssteun voor een bedrag van 79 miljoen DEM hebben ingetrokken, waardoor de Commissie deze niet binnen de daarvoor geldende termijn heeft kunnen onderzoeken. Wat ook de reden voor deze intrekking geweest mag zijn, een verzoek van de Commissie of om, met het oog op de privatisering, een definitief en compleet overzicht van de steun aan te melden ten behoeve van een algemeen onderzoek, de Duitse regering had zich gelet op de geldende bepalingen en gezien het arrest van

37 — Beschikking van de Commissie van 7 augustus 1981 tot invoering van communautaire regels voor steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 228, blz. 14).

38 — Arrest van 3 oktober 1985, Duitsland/Commissie (214/83, Jurispr. blz. 3053, punt 45 tot en met 47).

39 — Arrest Gerecht van 31 maart 1998, Preussag Stahl/Commissie (T-129/96, Jurispr. blz. II-609, punt 41).

40 — Arrest van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punten 54-56).

41 — Arresten Gerecht van 15 oktober 1997, IPK/Commissie (T-331/94, Jurispr. blz. II-1665, punt 45), en 16 december 1999, Acciaierie di Bolzano/Commissie (T-158/96, Jurispr. blz. II-3927, punt 64).

het Hof van 1985 in een zaak waarin zij bovendien zelf partij was,[42] van de gevolgen van haar handelen bewust moeten zijn.

49. Mitsdien is ook dit middel ongegrond.

E — *Vijfde middel: onjuiste beoordeling van de investeringssteun voor de niet onder het EGKS-Verdrag vallende productiesector*

50. Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

i) Toepassing van de vijfde staalsteuncode in plaats van de kaderregeling voor herstructureringssteun

51. Verzoekster wijst op tegenstrijdigheden in de redenering van de Commissie die ten grondslag ligt aan de beslissing dat de investeringssteun voor de niet onder het EGKS-Verdrag vallende productiesector niet overeenkomstig artikel 87, lid 3, sub c, EG als herstructureringssteun kon worden goedgekeurd en, met overeenkomstige toepassing van de steunregeling van het EGKS-Verdrag, slechts als regionale steun kon worden aangemerkt en maar voor 35 % van het totaal kon worden goedgekeurd. Zij stelt dat de onder het EG-Verdrag vallende activiteiten van de onderneming tot geen van de economische sectoren behoren waarvoor de Commissie criteria voor de goedkeuring van steunmaatregelen heeft vastgesteld (gevoelige sectoren). In het kader van de mededelingen van 1994, 1995 en 1996 was een herstructureringsplan voorgelegd, dat tot aan de privatisering van de onderneming is gehandhaafd.

52. De Commissie merkt op dat de beschikkingen met betrekking tot de Treuhandanstalt niet specifiek voor EGKS-staalproducten gelden, maar voor de ijzer- en staalsector in zijn geheel, met inbegrip van de producten die niet onder het Verdrag vallen. De steunontvangende onderneming produceert dergelijke en ook andere producten. Zij behoort tot een gevoelige sector, dat wil zeggen een sector die door sectoriële overcapaciteit gevoelig is voor concurrentievervalsing. Het bestaan van een speciale regeling duidt erop dat het een gevoelige sector betreft.

53. Zoals punt 56, tweede alinea, van de bestreden beschikking aangeeft, omvat de definitie van het begrip „gevoelige sector" niet alleen de EGKS-staalproductie, maar ook de eerste bewerkingsfasen als smeden en gieten. Gröditzer is in beide productiesectoren actief en behoort dus tot een gevoelige sector, zodat de steunmaatregelen volgens de Treuhand-regeling moesten worden aangemeld.

42 — Arrest Duitsland/Commissie, reeds aangehaald, zaak 214/83.

De specifieke uitzonderingsregelingen uit de opeenvolgende Treuhand-regelingen waren niet van toepassing en bijgevolg moest de Commissie, zoals in de Truehand-regelingen uitdrukkelijk bepaald, de steun toetsen aan voorschriften als de kaderregeling voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden [43] en aan de richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen. [44]

54. Wat de herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden betreft, de begunstigde is een EGKS-onderneming en het EGKS-Verdrag bevat geen rechtsgrond voor de goedkeuring van dergelijke steun. Weliswaar is dergelijke steun aan andere EGKS-ondernemingen bij beschikkingen op grond van artikel 95 KS goedgekeurd, maar in al deze gevallen ging het om herstel van de rentabiliteit na een privatisering. De strikte regeling inzake steun aan de ijzer- en staalindustrie heeft volgens de beschikking Duitsland/Commissie [45] onder meer tot doel, de bijzonder schadelijke gevolgen voor de mededinging — en dus voor het voortbestaan van sterke ondernemingen — van de kunstmatige instandhouding van ondernemingen die onder normale marktvoorwaarden niet zouden kunnen blijven bestaan, te voorkomen.

Voor Gröditzer is echter nooit een herstructureringsplan voorgelegd dat in herstel van de rentabiliteit voorzag. De Commissie stelt dat noch uit de verstrekte summiere beschrijving, noch uit de samenvatting van de investeringsprojecten een coherent en allesomvattend herstructureringsprogramma naar voren kwam. Volgens het Gerecht kan een document niet als een echt herstructureringsplan worden beschouwd indien het geen enkele bijzondere maatregel vermeldt om de specifieke problemen van de onderneming te verhelpen. De met openbare middelen bekostigde steun hield dus geen verband met concrete herstructureringsmaatregelen die in een programma waren opgenomen, wat een onmisbare voorwaarde is voor een herstructureringsplan. [46]

55. Volgens de punten 52 en volgende van de bestreden beschikking bedroegen de investeringen in de niet onder het EGKS-Verdrag vallende sectoren 96,9 miljoen DEM en werd in totaal 96,1 miljoen DEM steun toegekend. Van dit bedrag was 8,4 miljoen DEM regionale steun en 3,6 miljoen DEM investeringspremies; het resterende bedrag werd gedekt door aandeelhoudersleningen en gegarandeerde bankkredieten. De toekenning hiervan was gebaseerd op de algemene bepalingen van het Duitse Eenmakingsverdrag en het Treuhandgesetz. In oktober 1998 deelde Duitsland de Commissie mee dat de Gezamenlijke Taakstelling in de relevante periode niet van toepassing was voor Treuhand-

43 — PB C 368, blz. 12.

44 — PB C 74, blz. 9.

45 — Beschikking van 3 mei 1996, Duitsland/Commissie (C-399/95, Jurispr. blz. I-2441, punt 80).

46 — Arrest BFM en EFIM/Commissie, reeds aangehaald, punt 88.

ondernemingen. Bijgevolg traden de Treuhandanstalt en de opeenvolgende eigenaren van de onderneming bij de toekenning en het garanderen van deze leningen en kredieten de facto op als regionale steunverlenende instanties, en waren de leningen en kredieten een vervanging van regionale investeringssteun.

56. Mijns inziens is de Commissie er terecht van uitgegaan dat de bij de toekenning van de steun van kracht zijnde richtsnoeren inzake regionale steunmaatregelen de enige mogelijke rechtsgrondslag waren voor de beoordeling van de investeringssteun. De EG-activiteiten van de onderneming behoren tot een gevoelige sector en ook daarvoor gelden de plafonds voor regionale steun, overeenkomstig de kaderregeling voor bepaalde, niet onder het EGKS-Verdrag vallende sectoren van de ijzer- en staalindustrie.

57. Ik sluit mij aan bij de opvatting van de Commissie dat het herstel van de rentabiliteit niet is bewezen en weinig geloofwaardig is; het kan heel goed het gevolg zijn van de buitengewone inkomsten in de vorm van de subsidies en is geen bewijs voor de herwonnen levensvatbaarheid van de onderneming. Zoals het Gerecht heeft vastgesteld, kan de financiële situatie van een onderneming niet alleen aan de hand van positieve cashflow worden beoordeeld, in het bijzonder niet wanneer die liquiditeit afkomstig is uit omvangrijke subsidies. [47]

47 — Arrest BFM en EFIM/Commissie, reeds aangehaald, punten 83 en 84.

ii) Geen toepassing van artikel 87, lid 2, sub c, EG door de Commissie

58. Duitsland stelt dat de herstructurering van de onderneming en de begeleiding daarvan door de Treuhandanstalt en de overige overheidslichamen, een typisch voorbeeld is van de toepassing van artikel 87, lid 2, sub c, EG, met name omdat Gröditz als oude vestigingsplaats van ijzer- en staalindustrie bijzonder te leiden heeft gehad onder de gevolgen van de socialistische planeconomie en de moeizame overwinning daarvan, en omdat het gemiddelde economisch niveau van dit gebied door de deling van Duitsland bij lange na niet het niveau haalt van de oude deelstaten.

59. Er zijn naar mijn mening twee reden waarom verzoekster niet met succes een beroep kan doen op artikel 87, lid 2, sub c, EG, volgens hetwelk steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland die nadeel ondervinden van de deling van Duitsland, met de gemeenschappelijke markt verenigbaar zijn voorzover zij noodzakelijk zijn om de berokkende nadelen te compenseren.

In de eerste plaats, zo dit artikel al van toepassing zou zijn geweest, hebben de

Duitse autoriteiten, zoals de Commissie opmerkt, deze bepaling niet tijdig ingeroepen en hebben zij evenmin aangetoond dat de vereiste voorwaarden aanwezig zijn om de onderneming onder de bepaling te kunnen brengen.

60. Gelet op het bovenstaande is ook dit middel in zijn geheel ongegrond.

F — *Zesde middel: onjuiste beoordeling van de omstandigheden van de privatisering*

De tweede reden is gelegen in 's Hofs uitlegging van voornoemde bepaling in het arrest van 19 september 2000.[48] Het Hof stelde vast dat de bepaling noch bij het Verdrag betreffende de Europese Unie, noch bij het Verdrag van Amsterdam is geschrapt, en merkte vervolgens op dat de bepaling een uitzondering vormt op het algemene beginsel van de onverenigbaarheid van staatssteun met de gemeenschappelijke markt en dus beperkend moet worden uitgelegd. Met de door deze deling berokkende economische nadelen kunnen alleen die nadelen zijn bedoeld, die in bepaalde gebieden in Duitsland zijn veroorzaakt door het isolement dat de aanleg van die fysieke grens heeft teweeggebracht, zoals de onderbreking van verkeerswegen of het verlies van afzetmarkten door de verbreking van de handelsbetrekkingen tussen de twee delen van het Duitse grondgebied. De economische nadelen die de nieuwe deelstaten in het algemeen ondervinden, zijn echter niet rechtstreeks door de geografische deling van Duitsland veroorzaakt, maar door de in de twee delen van Duitsland ingevoerde verschillende politiek-economische systemen.[49]

61. Dit middel bestaat uit twee onderdelen.

i) Onjuiste beoordeling van het Duitse recht en onjuiste toepassing van het criterium van de particuliere investeerder

62. Naar de mening van de Bondsrepubliek Duitsland is de Commissie in de punten 75 en volgende van de bestreden beschikking bij de beoordeling van de liquidatiekosten van verkeerde cijfers uitgegaan. Het onderscheid in punt 80, sub a, van de beschikking tussen de verplichtingen van federale instellingen die eigendom zijn van de staat, en de verplichtingen van de aandeelhouders is onjuist; de garanties zijn immers geen ondersteuningsmaatregelen deel uitmakend van een garantieprogramma van de overheid, maar zijn vergelijkbaar met de in de particuliere sector gebruikelijke verklaringen van holdingmaatschappijen of met de door hun dochtermaatschappijen verstrekte garanties. Ook een privaatrechtelijke holding moet bij de waardering van de kosten van liquidatie van een dochtermaatschappij

48 — Arrest van 19 september 2000, Duitsland/Commissie (C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punten 46-56). Tot een vergelijkbare uitlegging kwam het Gerecht in het arrest van 15 december 1999, Freistaat Sachsen e.a./Commissie (T-132/96 en T-143/96, Jurispr. blz. II-3663, punten 136 en 137).

49 — In antwoord op een vraag die ik hem ter terechtzitting stelde, erkende de gemachtigde van de bondsregering dat dit argument gezien genoemd arrest, dat tijdens de schriftelijke fase van de onderhavige procedure is gewezen, weinig kans van slagen had.

rekening houden met haar medeaansprakelijkheid voor de schulden van die dochteronderneming, wanneer de holding in het kader van de gebruikelijke handelsactiviteiten garanties voor haar kredieten heeft afgegeven. Evenzo is naar Duits recht de eigenaar van het kapitaal in geval van liquidatie van een onderneming aansprakelijk voor de kosten van de sanering van de vestigingsplaats, die zijn geraamd op 87 miljoen DEM. In casu had de eigenaar van het kapitaal zich voor een bedrag van 445 miljoen DEM aan liquidatiekosten gesteld gezien en was de privatisering tegen een negatieve verkoopprijs van 340 miljoen DEM beslist de goedkoopste oplossing, zodat aan het voor steunregelingen geldende criterium van de particuliere investeerder is voldaan.

63. De Commissie wijst erop dat de liquidatiewaarde van de activa volgens het desbetreffende rapport 94 miljoen DEM bedroeg. Uit dit bedrag moesten de schulden van de onderneming worden voldaan, overeenkomstig de in de Duitse insolventiewetgeving vastgestelde rangregeling. De liquidatiekosten waren dus beperkt tot genoemd bedrag. Wanneer de staat hogere bedragen op grond van andere verplichtingen meetelt, handelt hij niet meer als eigenaar, maar als overheid; die bedragen kunnen bij de toepassing van het criterium van de particuliere investeerder dan ook niet in aanmerking worden genomen.

64. Voor de controle van de criteria die de Commissie bij de beoordeling van de privatiseringsprocedure heeft gehanteerd, moet mijns inziens worden uitgegaan van de in punt 44 van de beschikking geformuleerde vaststelling, dat het een onderneming betreft die sinds haar oprichting in moeilijkheden verkeert en waaraan verschillende overheidsinstanties renteloos en zonder enige terugbetalingsverplichting kredieten ter beschikking hebben gesteld, die een particuliere kapitaalverstrekker nooit had verstrekt.

Duitsland becijfert de liquidatiekosten op 475 miljoen DEM, bestaande uit een bedrag van 418 miljoen DEM (196 miljoen DEM aandeelhoudersleningen, 49 miljoen DEM gegarandeerde bankkredieten, 26 miljoen DEM diverse schulden en 147 miljoen DEM provisies voor diverse kosten) en een bedrag van 57 miljoen DEM voor kosten van de eigenlijke liquidatieprocedure, met name kosten van exploitatie en stillegging van de activiteiten gedurende de liquidatieperiode.

Deze berekening is gelet op 's Hofs rechtspraak niet correct. Het Hof heeft beslist dat een particuliere investeerder die een algemeen of sectorieel structuurbeleid voert, waarbij de rentabiliteit op lange termijn bepalend is, zich niet na jaren van verliezen kan veroorloven om een kapitaalinbreng te doen die niet alleen duurder blijkt dan liquidatie van de activa, maar bovendien is gekoppeld aan de verkoop van de onderneming, waardoor elk vooruitzicht op winst, ook op termijn, verdwijnt. [50]

Duitsland heeft bovendien onder de totale liquidatiekosten diverse kosten opgevoerd,

50 — Arrest van 14 september 1994, Spanje/Commissie (gevoegde zaken C-278/92—C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 26).

die in wezen kosten van de staat in zijn kwaliteit van overheid zijn: 49 miljoen DEM voor de terugbetaling van door de Treuhandanstalt en andere overheidsorganen gegarandeerde bankkredieten; een voorziening van 15 miljoen DEM voor verplichtingen uit het verleden; 22 miljoen DEM voor de kosten van het sociaal plan, die niet het gevolg zijn van een dwingende verplichting; en een voorziening van 87 miljoen DEM voor de sanering van de locatie, bestaande uit het afbreken van de gebouwen, de volledige sanering van het bedrijfsterrein en de verkoop daarvan, die niet meer dan 9 miljoen DEM zou opbrengen.

65. De Commissie heeft gelijk wanneer zij stelt dat het gezien de financiële situatie van de onderneming onwaarschijnlijk is dat een particuliere investeerder aanvullende middelen voor een sociaal plan had uitgesproken. Evenmin had een particuliere investeerder bij een verkoopwaarde van de terreinen van niet meer dan 9 miljoen DEM, zelfs indien de onderneming tot sanering verplicht was, aanvullende middelen ter beschikking van die onderneming gesteld in geval van liquidatie en zouden dergelijke kosten ten laste van de staat als garant van de milieubescherming zijn gekomen.

En ook al zouden naar Duits recht aandeelhoudersleningen, als eigen vermogen, in geval van insolventie niet uit de failliete boedel kunnen worden teruggevorderd en dus tot de liquidatiekosten hebben behoord, dan nog bedroegen die kosten niet meer dan 292 miljoen DEM. In vergelijking met de 340 miljoen DEM die de privatisering heeft gekost, was de liquidatie van de onderneming goedkoper geweest dan een privatisering. Een particuliere investeerder zou de onderneming dan ook hebben geliquideerd.

ii) Onjuiste beoordeling van de aanbestedingsprocedure

66. Wat de bezwaren van de Commissie tegen de verkoop van de onderneming bij inschrijving betreft, wijst verzoekster erop dat zij reeds in 1992 een investeringsbank opdracht had gegeven tot een internationale aanbesteding voor de verkoop van de onderneming; deze stond open voor alle gegadigden en verbond geen voorwaarden aan de inschrijving. Zij besloot de onderneming aan Georgsmarienhütte te verkopen, omdat het bod van deze laatste financieel het beste was. De handelwijze van de Commissie vormt haars inziens een ongerechtvaardigde inmenging in de autonomie van de lidstaten, nu er geen bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht is die de procedure voor de privatisering van ondernemingen regelt of de verkoop via openbare inschrijving voorschrijft; uit het Verdrag volgt als enige criterium dat de staat zich als eigenaar van kapitaal op dezelfde wijze moet gedragen als een particulier investeerder. De Commissie heeft voorts niet aangetoond dat andere gegadigden meer voor de onderneming zouden hebben betaald, of dat andere privatiseringsprocedures in dit concrete geval tot betere resultaten zouden hebben geleid.

Verzoekster merkt tot slot op dat zij bekend is met de algemene beginselen die de Commissie voor de privatiseringsprocedures van ondernemingen heeft vastgesteld[51] teneinde de lidstaat van zijn aanmeldingsverplichting te ontheffen. Volgens deze beginselen is er geen sprake van steunverlening, wanneer de privatisering tot stand komt doordat de aandelen via een openbare, doorzichtige en onvoorwaardelijke inschrijving aan de hoogstbiedende worden verkocht. Dit betekent evenwel niet dat andere aanbestedingsprocedures niet ook kunnen waarborgen dat de staat als eigenaar van het kapitaal onder de best mogelijke voorwaarden verkoopt, ook wanneer hij in dat geval een aanmeldingsverplichting heeft, een verplichting die de Duitse regering in casu is nagekomen. Voor de vaststelling of de verkoop steun ten gunste van de overnemer bevat, kan de prijs niet het enige beslissende element zijn. Alle met de overeenkomst verband houdende omstandigheden dienen te worden bezien, waaronder naast de nominale prijs, de overname van passiva en schulden van de onderneming door de investeerder en de door de koper overgenomen garanties en verplichtingen. In de privatiseringsovereenkomst betreffende Gröditzer heeft de overnemer zich tot investeringen voor een bedrag van 39,6 miljoen DEM verbonden, met een boete van 100 % voor tot 31 december 2002 niet vervulde verplichtingen; daarnaast werden 717 arbeidsplaatsen en nog eens 45 opleidingsplaatsen gegarandeerd tegen een boete van 40 000 DEM per arbeidsplaats en jaar, tot 31 december 2002.

51 — XXIIIe Verslag over het mededingingsbeleid 1993, punt 403.

67. Dat de aandelen in het onderhavige geval niet na een open, doorzichtige en onvoorwaardelijke inschrijving aan de hoogstbiedende zijn verkocht, leidt de Commissie tot het vermoeden dat sprake is van steunverlening. Noch de inschakeling van particuliere banken en het gebruik van de in het bedrijfsleven gebruikelijke communicatiemiddelen, noch de loutere kennisgeving van de maatregelen volstaat om het bestaan van steunmaatregelen uit te sluiten.

68. Opnieuw onderschrijf ik de argumenten die de Commissie tot de conclusie leiden dat de procedure noch onvoorwaardelijk, noch open, noch doorzichtig was.

Om te beginnen verlangden de memoranda van de investeringsbanken, die uitdrukkelijk op de mogelijkheid van overheidssteun wijzen, geen definitief overnamebod, maar nodigden zij gegadigden uit een bedrijfsplan over te leggen met nadere toezeggingen over de schepping en het behoud van arbeidsplaatsen, toekomstige investeringen en financiering. De geselecteerde partijen werden uitgenodigd voor bilaterale onderhandelingen, waarbij de gedane toezeggingen bepalend zouden zijn voor de koopprijs. Een concreet overnamebod werd niet gevraagd en evenmin werden tevoren parameters of maxima bepaald voor de beoordeling van offertes. Bovendien is er geen openbare oproep tot het indienen van een overnamebod aan de hand van precieze, vooraf vastgestelde criteria geweest, maar alleen een uitnodiging om individuele

onderhandelingen aan te vatten op basis van verplichtingen die de verkoper en de overnemer moesten aangaan en in een slechts vaag gedefinieerde procedure moesten worden afgerond. Hieruit valt af te leiden dat de aangegane verplichtingen invloed hadden op de via onderhandelingen vastgestelde verkoopprijs.

Bovendien waren de verschillen in criteria tijdens het afronden van de onderhandelingen het noodzakelijke gevolg van de gekozen procedure en had de overnemende vennootschap, Georgsmarienhütte, de kans om haar definitieve bod aan te passen aan de eisen van de verkoper. Door het ontbreken van een daadwerkelijke concurrentie bestond derhalve geen garantie dat de tegenprestatie voor de overgenomen verplichtingen, die niet tevoren aan alle inschrijvers waren meegedeeld, de normale marktprijs was. Dit gebrek aan doorzichtigheid vindt bevestiging in artikel 6 van de bestreden beschikking, volgens hetwelk Duitsland op grond van artikel 9, lid 2, van de overeenkomst van 27 februari 1997 betreffende de verkoop van aandelen Gröditzer aan Georgsmarienhütte, voornemens was de onderneming voor een bedrag van 3,3 miljoen DEM leningen te verstrekken als vooruitbetaling van nog te verlenen regionale steun.

69. Ten slotte kan ik mij ook niet vinden in de bewering van Duitsland, dat de bezwaren van de Commissie tegen de privatiseringsprocedure een inmenging in de autonomie van de lidstaten vormen. Weliswaar laat het Verdrag krachtens artikel 295 EG de regeling van het eigendomsrecht onverlet, artikel 87 EG en artikel 4, sub c, KS verbieden evenwel de toekenning van staatssteun bij de overgang van publieke eigendom in particuliere handen. Met de Commissie ben ik van mening dat het feit dat de onderneming in het kader van een aanbesteding aan de hoogstbiedende partij is verkocht omdat de overige inschrijvers alleen tot overname bereid waren indien de staat meer middelen zou verschaffen, niet bewijst dat de met de overnemer overeengekomen voorwaarden geen staatssteun bevatten.

70. Ook dit middel moet derhalve in zijn geheel ongegrond worden verklaard.

VI — Kosten

71. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Daar ik het Hof in overweging geef het beroep van de Bondsrepubliek Duitsland te verwerpen, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

VII — Conclusie

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

1) Het door de Bondsrepubliek Duitsland ingestelde beroep tot nietigverklaring van de artikelen 4 tot en met 7 van beschikking 1999/720/EG, EGKS, van de Commissie van 8 juli 1999 betreffende de door Duitsland aan Gröditzer Stahlwerke GmbH en haar dochteronderneming Walzwerk Burg GmbH verleende overheidssteun, in zijn geheel te verwerpen.

2) Verzoekster in de kosten te verwijzen.