CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN van 11 oktober 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Met het onderhavige beroep vraagt de Italiaanse Republiek (hierna: verzoekster) de vernietiging van de beschikking 89/43 van de Commissie van 26 juli 1988 inzake een steunmaatregel van de Italiaanse regering ten behoeve van ENI-Lanerossi [1] (hierna: de aangevochten beschikking). De aangevochten beschikking van de Commissie (hierna: verweerster) is gesteund op artikel 93, lid 2, eerste alinea, van het Verdrag en luidt als volgt:

„*Artikel 1*

De steun welke tussen 1983 en 1987 aan ENI-Lanerossi is verstrekt in de vorm van kapitaalinjecties ten gunste van de herenbovenkledingdochtermaatschappijen van het concern ten bedrage van 260,4 miljard LIT, is onrechtmatig omdat hij is verstrekt in overtreding van een bepaling in artikel 93, lid 3, van het EEG-Verdrag. Hij is bovendien onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 92 van het Verdrag.

Artikel 2

Deze steun moet worden ingetrokken via terugvordering.

Artikel 3

De Italiaanse regering moet de Commissie binnen de twee maanden na datum van de kennisgeving van deze beschikking mededelen welke maatregelen zij genomen heeft om daaraan gevolg te geven."

Het gaat hier met andere woorden om staatssteun die in de vorm van kapitaalinjecties aan ondernemingen in moeilijkheden zou zijn verleend.

Feitelijke achtergrond en herstructureringsvoorstellen

2. Uit de aangevochten beschikking blijkt dat Lanerossi SpA in 1962 werd overgenomen door de Italiaanse staatsholding Ente Nazionale Idrocarburi (ENI) ten einde de economische en financiële problemen op te lossen van een aantal particuliere textiel- en kledingmaatschappijen die met dit doel op hun beurt door Lanerossi werden overgenomen. [2] Verder blijkt dat dank zij ingrijpende herstructureringen enkele van deze dochtermaatschappijen van Lanerossi na verloop van jaren terug levensvatbaar werden, maar dat met name vier dochtermaatschappijen in de subsector herenbovenkleding (Lanerossi Confezioni, Intesa, Confezioni di Filottrano en Confezioni Monti) verliezen bleven lijden en overheidssteun in de vorm van verliescompensaties bleven ontvangen. [3]

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — PB 1989, L 16, blz. 52.

2 — Aangevochten beschikking, deel I, eerste alinea.

3 — Aangevochten beschikking, deel I, tweede en derde alinea.

Nadat de jaarlijkse verliezen van deze vier ondernemingen tussen 1974 en 1979 van 2 miljard lire tot 39 miljard lire waren gestegen, stelde verweerster in een brief van 26 juni 1980 aan verzoekster dat de interventies ten behoeve van deze ondernemingen moesten beschouwd worden als steunmaatregelen en alleen konden worden genomen in afwijking van artikel 92, lid 1, mits de bijstand werd gegeven voor een beperkte periode en onder de voorwaarde dat het herstructureringsprogramma dat aan de Commissie was voorgelegd zou worden uitgevoerd ten einde de produktiecapaciteit van de betrokken ondernemingen te verminderen en hun levensvatbaarheid en financiele onafhankelijkheid op korte termijn te herstellen. [4]

In een brief van 20 mei 1983 stelde verweerster vast dat de herstructureringsinspanningen ten aanzien van de vier voornoemde ondernemingen in de afgelopen jaren geen vruchten hadden afgeworpen. De verliezen waren tussen 1980 en 1982 aanzienlijk boven de 150 miljard LIT gestegen en een spoedig herstel kon niet worden verwacht. [5] Verder stipte verweerster aan dat verzoekster haar in kennis had gesteld van een herstructureringsprogramma voor de jaren 1983 tot 1986 en dat kon worden verwacht dat voornoemde ondernemingen in het raam van dit programma zwaar op staatsinterventie en overheidsfondsen zouden blijven leunen om hun verliezen goed te maken. [6] Rekening houdend met de sociale en regionale betekenis van de ondernemingen maakte verweerster geen bezwaar tegen de steun die tot einde 1982 was toegekend maar betwijfelde ze of de overheidssteun tot dekking van exploitatietekorten in de toekomst verenigbaar zou kunnen worden geacht met een behoorlijke werking van de gemeenschappelijke markt. [7] Zij toonde zich aldus zeer sceptisch ten aanzien van het herstructureringsprogramma voor de jaren 1983 tot 1986. In diezelfde brief van 20 mei 1983 herinnerde verweerster verzoekster ook aan diens aanmeldingsplicht krachtens artikel 93, lid 3. Bij telex van 24 juni 1983 beloofde verzoekster alle toekomstige interventies ten behoeve van deze vier bedrijven aan te melden. [8]

In een rappelbrief van 22 juli 1983 herhaalde verweerster dat verdere steun aan voornoemde bedrijven, gezien hun verleden en de situatie waarin de markt zich bevond, niet meer verenigbaar kon worden geacht met de gemeenschappelijke markt. [9] Bij brief van 2 november 1983 deelde verzoekster aan verweerster mede dat geen verdere steunverlening werd overwogen; de directie van ENI-Lanerossi beschouwde de bedrijven als onherstructureerbaar en het herstructureringsprogramma voor de jaren 1983 tot 1986 zou dan ook niet worden uitgevoerd. [10]

Na berichten in de pers dat de betrokken bedrijven verliezen bleven lijden en — om faillissement te voorkomen — vermoedelijk opnieuw staatssteun zouden moeten ontvangen, verzocht verweerster verzoekster herhaaldelijk om informatie over de werkelijke situatie. Bij brief van 30 augustus 1984 erkende verzoekster dat ze voor 1983 toch

4 — Aangevochten beschikking, deel I, derde en vierde alinea.

5 — Aangevochten beschikking, deel I, zesde alinea. Merk op dat de verweerster in dezelfde brief verzoekster mededeelde dat een andere dochtermaatschappij van Lanerossi in de subsector van herenbovenkleding, Lebole SpA, die ook steun in de vorm van verliescompensatie had genoten, wel degelijk concrete herstructureringen had doorgevoerd en binnenkort nog zou uitvoeren en dat de verleende steun daarom in aanmerking kwam voor de afwijkingsbepaling in artikel 92, lid 3, sub c (aangevochten beschikking, deel I, vijfde alinea).

6 — Aangevochten beschikking, deel I, zesde alinea.

7 — Aangevochten beschikking, deel I, zevende alinea.

8 — Aangevochten beschikking, deel I, achtste alinea.

9 — Aangevochten beschikking, deel I, negende alinea.

10 — Aangevochten beschikking, deel I, tiende alinea. Verzoekster is er tot dusver niet in geslaagd op vraag van het Hof een kopie van deze brief over te leggen en heeft de inhoud ervan evenmin betwist, zodat de weergave ervan in de beschikking van de Commissie als vaststaand mag worden beschouwd.

verliescompensatie had toegekend en legde ze ter zelfder tijd aan verweerster een samenvatting voor van een nieuwe herstructureringsprogramma. Uit die samenvatting van het nieuw herstructureringsprogramma bleek duidelijk dat ook in de toekomst verliescompensatie nodig zou zijn.[11] Aan de geloofwaardigheid van dit herstructureringsprogramma kan nochtans getwijfeld worden aangezien uit dezelfde brief bleek dat de directie van ENI-Lanerossi de bedrijven nog steeds als niet-herstructureerbaar beschouwde.

3. Nadat verweerster de procedure van artikel 93, lid 2, eerste alinea had ingeleid, deelde verzoekster in een brief van 28 mei 1985, bij wijze van eerste repliek, samen met een verzoek om termijnverlenging voor het maken van opmerkingen, aan verweerster mede dat het personeelsbestand van de betrokken ondernemingen werd ingekrompen, dat de herstructureringen niet op korte termijn konden slagen gelet op de toestand waarin de bedrijven verkeerden op het ogenblik van hun overname door ENI-Lanerossi (dit was in 1962), en dat men nu geconstateerd had dat deze bedrijven waarschijnlijk niet herstructureerbaar waren en dus moesten overschakelen op andere activiteiten. Dit zou echter zowel tijd als verdere overheidsinterventies vereisen.[12] Op een bilaterale vergadering van 21 juni 1985 kondigde verzoekster meer informatie aan over dit nieuwe programma „tot herstructurering van gedeelten van deze fabrieken en tot omschakeling van andere" en duidde aan dat het binnen korte tijd tot een definitieve oplossing zou leiden.[13]

Het duurde evenwel tot 5 februari 1986 vooraleer verweerster de beloofde informatie kreeg en dan nog maar gedeeltelijk.[14] Op een bilaterale vergadering van 12 juni 1986 bevestigde verzoekster dat de betrokken bedrijven in 1983 78 miljard LIT, in 1984 56,8 miljard LIT en in 1985 42,2 miljard LIT als overheidssteun in de vorm van verliescompensatie hadden ontvangen en bevestigde ook dat de bedrijven aan de particuliere sector zouden worden verkocht en/of worden omgeschakeld op andere activiteiten.[15] Een definitieve oplossing, zo werd opnieuw gesteld, zou echter tijd vergen. Nadat de Commissie erop gewezen had dat nog altijd bepaalde gegevens ontbraken voor een volledig onderzoek van de zaak, gaf de verzoekster bij brief van 8 september 1986 bijkomende maar nog steeds onvolledige informatie; andere gegevens werden verstrekt op een bilaterale vergadering van 7 november 1986.[16] Uit het feit dat verzoekster op die vergadering verklaarde dat spoedig een definitieve oplossing zou worden gevonden en dat ze de bijzonderheden daarvan tijdig aan verweerster zou mededelen, kan worden afgeleid dat verzoekster ook dan nog niet beschikte over een uitgewerkt herstructureringsplan waarvan zij het bestaan in 1984/1985 had aangekondigd (zie hiervoor, nr. 2, laatste alinea, en nr. 3, eerste alinea).

4. Op een bilaterale vergadering van 11 september 1987 bleek dat de overdracht van de bedrijven naar de particuliere sector en de omschakeling op andere activiteiten onderweg waren maar nog niet voltooid.[17] Uiteindelijk deelde verzoekster aan verweerster mede op een vergadering van 26 januari 1988 dat tegen maart 1988 ENI-Lanerossi

11 — Aangevochten beschikking, deel II, eerste en tweede alinea.
12 — Aangevochten beschikking, deel III, eerste alinea.
13 — Aangevochten beschikking, deel III, derde alinea.
14 — Aangevochten beschikking, deel III, vierde en vijfde alinea.
15 — Aangevochten beschikking, deel III, zesde alinea.
16 — Aangevochten beschikking, deel III, achtste alinea.
17 — Aangevochten beschikking, deel III, negende alinea.

alle bedrijven aan de particuliere sector zou overdragen hetgeen ook gebeurde en bevestigd werd bij telex van 5 maart 1988 en bij brief van 22 juli 1988.[18] Verzoekster lichtte verweerster dan ook in dat de verliescompensatie in 1986 45,9 miljard LIT en in 1987 37,5 miljard LIT bedroeg. Zoals reeds medegedeeld tijdens de vergadering van 26 januari 1988, bevestigde verzoekster dat ten gevolge van de verschillende overdrachten er van de oorspronkelijke 3 563 werknemers in 1983 38 % vervroegd op pensioen zouden zijn gegaan, 25 % zouden zijn overgedragen aan de particuliere herenkledingsector (civiel), 20 % aan de particuliere herenkledingsector (militair) en 17 % aan de andere subsectoren in de textiel- en kledingindustrie en andere bedrijfstakken, bij voorbeeld schoenen.[19] De produktie(capaciteit) was volgens verzoekster op dezelfde wijze en in dezelfde mate verminderd en overgedragen.[20] Volgens de Commissie stond echter geenszins vast dat de produktiecapaciteit echt met 55% was verminderd, zoals verzoekster beweerde.[21]

5. Uit dit lange feitenrelaas dat door verzoekster niet is tegengesproken, komt mijns inziens naar voren dat verzoekster gedurende de periode 1983 tot 1987 waarop de aangevochten beschikking draagt, aan de Commissie eerst een herstructureringsplan voor de jaren 1983-1986 heeft voorgelegd waarvan zij achteraf zelf toegaf dat het *niet* tot gezondmaking kon leiden, en daarna herstructureringsplannen aankondigde die op zijn best slechts in samenvatting bestonden en/of nog *in concreto* moesten worden uitgewerkt. En dit terwijl de bedrijven door de directie zelf sedert 1983 voor onherstructureerbaar werden aangezien. Niettemin ging verzoekster verder, in weerwil van gedane toezeggingen en zonder correcte voorlichting van de Commissie, met het toekennen van aanzienlijke verliescompensaties die de omzet van de bedrijven evenaarden of zelfs overtroffen.[22]

In antwoord op de vraag van het Hof om alle relevante herstructureringsprogramma's voor te leggen, aan te duiden hoe deze programma's tussen 1979 en 1987 de overcapaciteit hebben geëlimineerd of verminderd, en het bewijs te leveren van de vermindering van de produktiecapaciteit, heeft verzoekster geen andere dan de hiervoor reeds vermelde herstructureringsplannen kunnen vermelden. Verzoekster volstond met een *a posteriori* beschrijving van een ingewikkelde reeks vennootschapsrechtelijke transacties waarbij de verschillende vestigingen van de vier betrokken bedrijven van eigenaar veranderden (zonder dat het waarom van deze transacties steeds duidelijk is) en met een overzicht, na de feiten, van wijzigingen in het personeelsbestand (-40 % tussen 1983-1990), de omvang van de produktie (-38 % tussen 1980-1985), de produktiecapaciteit (-30 % tussen 1983-1987), de bedrijfsoppervlakte (-20 % tussen 1983-1987), en het buiten gebruik stellen van machines en uitrusting (25 %). Zelfs indien de berekeningswijze van deze gegevens zou vaststaan, hetgeen door de Commissie niet wordt aangenomen, wijzen deze gegevens nog niet op het bestaan voor de betrokken periode van een geloofwaardig, voorafgaandelijk herstructureringsprogramma. Gelijksoortige verminderingen kunnen zich ook voordoen bij ondernemingen in crisis die niet het voorwerp hebben uitgemaakt van herstructurering. Met andere woorden, door verzoekster wordt geen duidelijk verband gelegd tussen achteraf vastgestelde verminderingen en voorafgaandelijk opgestelde concrete herstructureringsmaatregelen.

18 — Aangevochten beschikking, deel III, tiende en twaalfde alinea.

19 — Aangevochten beschikking, deel III, tiende en twaalfde alinea.

20 — Aangevochten beschikking, deel III, tiende alinea.

21 — Aangevochten beschikking, deel IX, vierde alinea.

22 — Aangevochten beschikking, deel III, zesde en twaalfde alinea, en deel VII zevende, tiende, elfde en twaalfde alinea.

Op grond van deze gegevens, komt het mij voor dat verweerster terecht mocht aannemen dat de steun die gedurende de periode 1983-1987 in de vorm van verliescompensaties aan de vier voornoemde bedrijven werd toegekend, niet kaderde binnen één of een opeenvolging van samenhangende, concrete en voorafgaandelijke herstructureringsprogramma's met een redelijke kans op succes. Dit is een belangrijk element uit de feitelijke achtergrond waarmee bij de beoordeling van verzoeksters juridische argumentatie rekening moet worden gehouden.

Steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd

6. Volgens artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag zijn „steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd..." onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt als zij leiden tot (dreigende) vervalsing van de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties en tot ongunstige beïnvloeding van het intracommunautair handelsverkeer. Op de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding wordt hierna (in nummer 17 e. v.) ingegaan, na de behandeling van de (dreigende) vervalsing van de mededinging (in nummer 8 e. v.).

De Verdragswoorden „van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd" hebben het Hof tot een ruime interpretatie aangezet. In het arrest Commissie/Frankrijk van 30 januari 1985 [23] stelde het Hof dat „reeds uit de tekst van artikel 92, lid 1, is op te maken, dat een steunmaatregel niet noodzakelijk met staatsmiddelen behoeft te worden bekostigd om als steunmaatregel van de staat te worden aangemerkt". Bovendien dient geen onderscheid te worden gemaakt naar gelang de steun „rechtstreeks door de staat wordt verleend dan wel door van overheidswege ingestelde of aangewezen, publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen".

In een recent arrest van 2 februari 1988 [24] heeft het Hof daarenboven aangenomen dat het verlenen van een geldelijk voordeel aan energiegebruikers via tariefverlaging (en dus via winstderving) door een privaatrechtelijke onderneming waarvan het kapitaal voor 50 % in handen is van de staat die ook de helft van de beheerders benoemt, als steunmaatregel van de staat is aan te merken, nu bovendien vaststond dat de onderneming niet „volledig autonoom" handelde maar onder toezicht van de overheid stond en haar aanwijzingen volgde.

7. In onderhavig geval gaat het om steun, uitgevoerd en gefinancierd door de ENI via haar 100 %-dochter Lanerossi SpA.

De ENI is een overheidsholding die werd opgericht en van kapitaal voorzien door verzoekster, en wordt geleid door personen die door de regering worden aangesteld. [25] De ENI beschikt over vele kenmerken die haar grondig doen verschillen van privaat-

23 — Zaak 290/83, Jurispr. 1985, blz. 439, r. o. 14. Zie ook arrest van 7 juni 1988, zaak 57/86, Griekenland/Commissie, Jurispr. 1988, blz. 2855, r. o. 12.

24 — Arrest van 2 februari 1988, gevoegde zaken 67/85, 68/85 en 70/85, Van der Kooy, Jurispr. 1988, 263, r. o. 36 en 37.

25 — Artikel 12 van wet nr. 136 van 10 februari 1953 tot oprichting van de ENI, GURI nr. 72 van 27.3.1953, nadien herhaaldelijk gewijzigd o. m. door de wet nr. 1153 van 14 november 1967, GURI nr. 310 van 13.12.1967.

rechtelijke vennootschappen: oprichting bij wet en organisatie als publiekrechtelijke vennootschap (artikel 1), sterke staatscontrole in alle organen (artikelen 11 tot en met 17) en bij het nemen van belangrijke beslissingen (artikelen 4, 8, 10, 21, 23), de mogelijkheid onteigeningen te laten plaatsvinden te haren voordele (artikel 23), monopolierechten (artikel 2), enzovoort. Uit deze organisatie en bevoegdheidsstructuur blijkt mijns inziens voldoende dat de ENI en haar 100 % dochtermaatschappijen in de zin van artikel 92, lid 1, lichamen zijn van de staat waarlangs overheidssteun wordt gekanaliseerd. [26]

Het kapitaal van de ENI is volledig in handen van de staat, dit is van verzoekster. Dit kapitaal heet „dotatiefonds" [27] en stelt de ENI in staat om geld te lenen op de kapitaalmarkt. Het speelt een analoge rol als het risicokapitaal in privé-ondernemingen. [28] Ten overvloede kan erop worden gewezen dat de middelen die de ENI op de kapitaalmarkt aantrekt om haar werkingsmiddelen boven haar kapitaal uit te breiden niet zonder hulp van de overheid worden verkregen. In 1985 leende de ENI immers, met toestemming van verzoekster overeenkomstig artikel 21 van de wet over de ENI, en, zo lijkt het, met interestsubsidie van verzoekster, 51,7 miljard LIT op de kapitaalmarkt ter aanzuivering van verliezen in de textielsector. [29]

In die omstandigheden kan het mijns inziens niet worden betwist dat de door de ENI via haar dochtermaatschappij Lanerossi SpA verstrekte middelen onrechtstreekse staatssteun zijn en ook met staatsmiddelen werden bekostigd in de ruime daaraan in de rechtspraak van het Hof gegeven betekenis. Het houdt dan ook geen steek om, zoals verzoekster nog ter terechtzitting verdedigde, het bewijs te eisen van een specifieke *earmarking* van staatsmiddelen of van een officiële, gepubliceerde en specifieke opdracht vanwege de regering aan de ENI om de vier betrokken Lanerossi-dochtermaatschappijen boven water te houden. Dit zou aan de steunbepalingen van het EEG-Verdrag elk nuttig effect ontzeggen en het omzeilen ervan al te eenvoudig maken.

Steun die de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen

8. Zo kom ik tot de vraag of verweerster er in de aangevochten beschikking terecht van uitgegaan is dat de verleende steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt omdat hij „de mededinging vervalst of dreigt te vervalsen door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties". Daartoe beroept zij zich op de vaststelling dat de door kapitaalinjecties verstrekte verliescompensaties gebeurden in omstandigheden die voor een particuliere investeerder in een markteconomie niet aanvaardbaar zouden zijn geweest. [30]

Verweerster heeft de Lid-Staten op 17 september 1984 een document doen toekomen waarin haar algemeen standpunt met betrekking tot overheidsdeelnemingen in het kapitaal van ondernemingen in het licht van artikel 92 wordt toegelicht. [31] In deze mede-

26 — In de zaak Meura (arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2263), werd de rol van de openbare investeringsmaatschappij SRIW als kanaal voor staatssteun in de vorm van kapitaaldeelneming niet eens in vraag gesteld.

27 — Artikel 7 van genoemde wet nr. 136.

28 — Verslag van de Italiaanse parlementaire expertencommissie inzake staatsparticipaties (gekend als de „commissie Chiarelli"), nr. 19, tweede alinea, gepubliceerd in *Foro amministrativo II* 1975, blz. 653, 666.

29 — Tijdens de schriftelijke procedure en ter terechtzitting verwees verweerster naar de publikatie, in de GURI nr. 6 van 9.1.1986, blz. 40, van een beslissing van het Comitato interministeriale per la programmazione economica van 28 november 1985. Verzoekster verzette zich tegen de bespreking van dit stuk, omdat het niet in de aangevochten beschikking vermeld staat, en slechts in de schriftelijke procedure naar voren kwam. Het bestaan ervan kan echter niet worden betwist.

30 — Deel IV van de aangevochten beschikking.

31 — Bull. EG 9-1984, blz. 98-100; verwijzing in het *Veertiende Verslag over het mededingingsbeleid* 1984, 1985, nr. 198.

deling noemt de Commissie het criterium van de particuliere investeerder als relevant beoordelingscriterium:

„3.3. *Er is* (...) *sprake van staatssteun* bij de inbreng van nieuw kapitaal in ondernemingen, indien die inbreng geschiedt in omstandigheden welke niet aanvaardbaar zouden zijn voor een particulier investeerder die handelt volgens de in een markteconomie normale voorwaarden.

Dat is het geval wanneer:

— de financiële positie van de onderneming en met name de structuur en de omvang van de schuldenlast zodanig zijn dat het niet gerechtvaardigd lijkt, binnen een redelijke termijn, te rekenen op een normaal rendement (in dividenden of in waarde) van de geïnvesteerde kapitalen; (...)"

9. Nadat het Hof in het arrest Intermills had aangenomen dat „in beginsel niet kan worden onderscheiden tussen steun in de vorm van leningen en steun in de vorm van deelneming in het kapitaal van ondernemingen" [32], kwam de volledige erkenning van het criterium van de redelijke particuliere investeerder er in het arrest Leeuwarder Papierwarenfabriek [33], waarvan de relevante passages als volgt luiden:

„Wat nu de vraag betreft of er sprake is van staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag, zo blijkt uit de considerans van de beschikking, dat de Commissie ervan uitgaat, dat het verbod van dergelijke steunmaatregelen eveneens kan gelden voor de inbreng in kapitaal door openbare instanties die onder het gezag van de staat vallen (achtste overweging). In het onderhavige geval werd het steunkarakter van de betrokken deelneming bepaald door het ontbreken van financieringsmogelijkheden op de particuliere kapitaalmarkt, en wel op grond van drie factoren, te weten de financiële structuur van de onderneming, de dringende noodzaak van vervangingsinvesteringen en de overcapaciteit in de sector kartonverwerking. Deze factoren maakten het naar het oordeel van de Commissie weinig waarschijnlijk, dat de onderneming de voor haar overleven onontbeerlijke bedragen op de particuliere kapitaalmarkt zou kunnen verkrijgen (negende overweging)" (r. o. 20).

„Deze redengeving voldoet aan de vereisten van artikel 190 EEG-Verdrag, doordat zij het Hof in staat stelt tot het uitoefenen van zijn controle en de belanghebbenden de gelegenheid biedt om hun standpunt met betrekking tot de juistheid en de relevantie van de gestelde feiten en omstandigheden behoorlijk kenbaar te maken" (r. o. 21).

10. In de recentere rechtspraak van het Hof is deze lijn consequent doorgetrokken, inzonderheid in de zaak Meura, waarin het criterium in verband werd gebracht met omstandigheden als de grootte van de verliezen, het bestaan van overcapaciteit in de sector en, in het bijzonder, de afwezigheid van een geloofwaardig herstructureringsplan. [34] Omwille van de gelijkenis met onderhavige zaak citeer ik volgende passage *in extenso:*

„Om vast te stellen of een dergelijke maatregel staatssteun oplevert, moet worden uitgegaan van het in de beschikking van de Commissie vervatte — en door de Belgische regering overigens niet betwiste — criterium, te weten de mogelijkheden voor de

32 — Arrest van 14 november 1984, zaak 323/82, Intermills, Jurispr. 1984. blz. 3809, r. o. 31.

33 — Arrest van 13 maart 1985, gevoegde zaken 296/82 en 318/82, Leeuwarder Papierwarenfabriek, Jurispr. 1985, blz. 809.

34 — Arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie (Meura), Jurispr. 1986, blz. 2263, r. o. 14 tot en met 17.

onderneming om de betrokken bedragen op de particuliere kapitaalmarkt te verkrijgen. Wanneer het maatschappelijk kapitaal van een onderneming in handen van de overheid is, moet met name worden beoordeeld, of een particuliere aandeelhouder in gelijkaardige omstandigheden, op grond van de te verwachten rentabiliteit en afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectorieel beleid, een dergelijke kapitaalinbreng zou hebben gedaan" (r. o. 14).

„Gelijk de Belgische regering heeft betoogd, kan een particuliere aandeelhouder redelijkerwijze het kapitaal inbrengen dat noodzakelijk is voor het voortbestaan van een onderneming die tijdelijk in moeilijkheden verkeert, maar die — desgevallend na een herstructurering — opnieuw rendabel kan worden. In casu gaat het evenwel om een onderneming die ten tijde van de kapitaalinbreng reeds verschillende jaren, vergeleken met haar omzet, zware verliezen leed. Ten einde haar voortbestaan veilig te stellen had de overheid reeds verscheidene keren het volledig uitgeputte maatschappelijk kapitaal moeten aanvullen, terwijl de markt waarop de onderneming haar produkten moest afzetten, werd gekenmerkt door een overcapaciteit" (r. o. 15).

„Met betrekking tot het betoog van de Belgische regering, dat de kapitaalinbreng was gekoppeld aan de verwezenlijking van een plan tot herstructurering van de onderneming, zij erop gewezen dat de wettigheid van de litigieuze beschikking moet worden beoordeeld aan de hand van de gegevens waarover de Commissie kon beschikken op het ogenblik waarop zij haar beschikking gaf. In haar briefwisseling met de Commissie wijst de Belgische overheid weliswaar terloops op het bestaan van een herstructureringsplan, maar de inhoud van dat plan heeft zij de Commissie nooit meegedeeld in het kader van de procedure van artikel 93 EEG-Verdrag" (r. o. 16).

„Blijkens het voorgaande heeft de Commissie het, gelet op de gegevens waarover zij destijds kon beschikken, terecht onwaarschijnlijk geacht, dat de onderneming de voor haar voortbestaan onontbeerlijke bedragen op de particuliere kapitaalmarkt had kunnen verkrijgen, en derhalve terecht geconcludeerd dat de aanvullende kapitaalinbreng door de SRIW staatssteun opleverde" (r. o. 17).

Ook in latere recente zaken vormde de afwezigheid van een geloofwaardig en realistisch herstructureringsplan een centraal element in de kwalificering van de kapitaaldeelneming als staatssteun.[35]

11. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat het criterium van de redelijke particuliere investeerder door het Hof is aanvaard en in verband gebracht met de aanwezigheid van een geloofwaardig herstructureringsplan. De Commissie mocht het criterium dan ook in de aangevochten beschikking[36] als beoordelingsfactor aanwenden.

12. In het perspectief van deze rechtspraak stelt verzoekster dat de vier betrokken dochterondernemingen wel degelijk het voorwerp zijn geweest van een herstructureringsoperatie die echter langer heeft geduurd dan voorzien, en dat de in het kader daarvan gedane kapitaalinbrengen noodzakelijk waren voor het voortbestaan van de ondernemingen. Zij moeten derhalve toelaatbaar worden geacht aangezien zij redelijkerwijze ook door een particuliere investeerder zouden zijn gedaan.

35 — Zie het arrest van 21 maart 1990 in zaak C-142/87, België/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-959, r. o. 26 tot en met 30, en het arrest van 14 februari 1990 in zaak C-301/87, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-307, r. o. 38 tot en met 41 en 54.

36 — Aangevochten beschikking, deel II.

Dit lijkt mij een overtrokken bewering te zijn. De betrokken dochterondernemingen waren immers reeds van bij de overname (in 1962) van Lanerossi SpA door de ENI het voorwerp van herstructurering en daarmee gepaard gaande financiële bijstand. Een periode van 20 tot 25 jaar kan moeilijk als een redelijke herstructureringsperiode gelden. Bovendien is uit het voorgaande feitenrelaas gebleken (punten 2 e. v.) dat voor de periode 1983-1987 waarover het hier gaat, geen geloofwaardig herstructureringsprogramma bestond en dat de directie van ENI-Lanerossi de betrokken bedrijven vanaf 1983 als onherstructureerbaar beschouwde. Ik meen derhalve dat ook de feitelijke beoordeling van de Commissie aanvaardbaar is.

Ongelijke behandeling tussen openbare en privé-ondernemingen?

13. Aansluitend bij het voorgaande moet nog even aandacht worden besteed aan het beginsel van gelijke behandeling tussen openbare en privé-ondernemingen. Partijen zijn het erover eens dat zowel artikel 90 als artikel 222 EEG-Verdrag gelijke behandeling vereisen. Volgens verzoekster zou verweerster echter ten onrechte uit het oog verliezen dat een openbare holding zoals de ENI in het kader van een lange-termijnstrategie middelen moet kunnen overdragen van één dochteronderneming naar een andere.

14. Het komt mij voor dat in dat opzicht openbare en private ondernemingen niet fundamenteel verschillend te werk gaan. De in het arrest Meura voorkomende zinsnede volgens dewelke de overheid moet worden vergeleken met een particuliere aandeelhouder in gelijkaardige omstandigheden die een beslissing tot kapitaalinbreng neemt „op grond van de te verwachten rentabiliteit en afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal of sectorieel beleid" [37] is mijns inziens wel degelijk verzoenbaar met het beginsel van gelijke behandeling. De passus „afgezien van elke overweging van sociale aard of van regionaal beleid" mag immers niet letterlijk worden verstaan, in die zin dat bij een particuliere investeerder geen enkele overweging van sociale aard of van regionaal of sectorieel beleid zou meespelen. In een gemengde economie waarin de belangen van de privé- en de publieke sector nauw verbonden zijn en werknemersbelangen krachtig verwoord worden, zal ook een belangrijke privé-holdingmaatschappij niet ongevoelig kunnen blijven voor de werkgelegenheid èn voor de economische ontwikkeling in de regio waarin zij werkzaam is. *Mede* in functie daarvan zal zij bereid zijn middelen van één dochteronderneming naar een andere over te dragen om daar tijdelijke verliezen te helpen dragen. Zij zou echter aan haar verplichtingen tegenover haar aandeelhouders, haar geldschieters én haar werknemers te kort komen indien zij verliezen zou dekken van ondernemingen die werkzaam zijn in een sector met overcapaciteit en daar verliezen opstapelen welke een groot aandeel of zelfs de totaliteit van hun omzet bedragen, zonder een ernstig herstructureringsplan te hebben uitgewerkt dat zij naar best vermogen probeert te verwezenlijken.

In de omstandigheden van het voorliggende geval kon verweerster mijns inziens dan ook terecht aannemen dat een redelijk investeerder uit de privé-sector, ook met inachtneming van sociale en regionale beleidsmotieven, geen steunverlening gedurende vele jaren, ja zelfs decennia zou hebben voortgezet (zonder openlijke of verdoken overheidssteun die op zich aan artikel 92 zou moeten worden getoetst), als na verloop van

37 — Arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2263, r. o. 14.

een niet al te lange periode blijkt dat herstructurering onmogelijk is en dat dit ook door de bedrijfsleiding wordt toegegeven. Het komt mij voor dat het gedrag van een openbare holding niet fundamenteel anders moet worden beoordeeld. Weliswaar zal dergelijke holding speciale aandacht mogen hebben voor sociale en beleidsmotieven maar de wetten van de markteconomie kan en mag hij — precies omwille van het gelijkheidsbeginsel tussen openbare en privé-ondernemingen — niet miskennen. Het argument van verzoekster met betrekking tot de artikelen 90 en 222 dient dan ook op grond van de feiten van het geval te worden verworpen.

Om die reden lijken ook de opmerkingen van de Spaanse regering mij niet verenigbaar te zijn met de feitelijke omstandigheden van het geval. Dat het een holding mogelijk moet zijn om tijdelijk exploitatieverliezen van een dochteronderneming te gedogen ten einde een langere-termijnstrategie van winstmaximalisering te realiseren, is een argument dat zich in het voorliggende geval niet verdraagt met de feiten. Het argument dat een privé-holding de reputatie van de groep niet zou laten besmeuren door een faillissement, gaat in een dubbele richting. In een concreet geval kan het even ongunstig zijn voor de geloofwaardigheid van een holding, of die nu openbaar of privé is, om dochterondernemingen die verliezen blijven boeken zo groot als hun omzet boven water te houden.

Regionale ontwikkeling

15. Ik blijf nog even stilstaan bij het door verzoekster ter rechtvaardiging van de verenigbaarheid van de steun met de gemeenschappelijke markt ingeroepen argument van de regionale ontwikkeling. Volgens verzoekster zou op zijn minst één van de vestigingen van de vier betrokken dochtervennootschappen gelokaliseerd zijn in een provincie die op grond van verordening nr. 219/84 van de Raad [38] wordt aangeduid als in aanmerking komend voor communautaire steun; op die grond zouden de verliescompensaties vrijgesteld zijn in de zin van artikel 92, lid 3, sub a.

De Commissie antwoordt in het algemeen dat zij met regionale en sociale overwegingen heeft rekening gehouden in haar beslissing om zich niet te verzetten tegen de verlening van steun tot einde 1982. [39] Het beroep op verordening nr. 219/84 vindt zij echter ongerechtvaardigd, omdat die verordening betrekking heeft op speciale programma's ter ondersteuning van de omschakeling van bepaalde streken, en niet op reddingssteun voor individuele ondernemingen.

16. Het standpunt van de Commissie is mijns inziens correct. Sinds het arrest Philip Morris staat vast dat de Commissie voor het verlenen van vrijstellingen onder artikel 92, lid 3, EEG-Verdrag een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft [40]; er bestaat met andere woorden geen afdwingbaar, laat staan rechtstreeks werkend, recht op vrijstelling van regionaal gemotiveerde nationale maatregelen. Door de Commissie wordt in de aangevochten beschikking (delen VII en VIII) op overtuigende manier uiteengezet dat de door haar aan de Lid-Staten vooraf

38 — Verordening nr. 219/84 van de Raad tot instelling van een specifieke communautaire actie voor regionale ontwikkeling van nieuwe economische activiteiten in sommige door de herstructurering van de textiel- en kledingindustrie getroffen zones, PB 1984, L 27, blz. 22.

39 — Zie de aangevochten beschikking, alinea 7 van deel I.

40 — Arrest van 17 september 1980, zaak 730/79, Jurispr. 1980, blz. 2671, r. o. 16, 17 en 24 en arrest van 21 maart 1990, zaak C-142/87, België/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-959, r. o. 56.

meegedeelde richtsnoeren inzake steun in de textielsector respectievelijk inzake reddingssteun door verzoekster niet werden nageleefd. Het bestaan van de mogelijkheid dat binnen het kader van een communautair programma van het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling steun zou worden verleend, geeft aan de Lid-Staten geen bevoegdheid om, buiten dit communautair programma om, op eigen houtje en zonder aanmelding steun te verlenen.

Overigens blijkt uit de artikelen 1, 3, 4 en 5 van verordening nr. 219/84 dat in door de herstructurering van de textiel- en kledingindustrie getroffen zones een specifieke actie kan worden goedgekeurd door de Commissie in het kader waarvan, naast andere maatregelen voor de sanering van de betrokken streek, aanvullende steun kan worden verleend voor investeringen in het midden- en kleinbedrijf. Deze steun moet tot doel hebben nieuwe ondernemingen op te richten of de produktie van de bestaande ondernemingen aan te passen. Het aanvullend karakter ervan blijkt uit het feit dat zij in de vorm van een kapitaalsubsidie of een rentesubsidie wordt toegekend, en dat de steun van de Gemeenschap, die 50 % van de voorziene investeringssteun bedraagt, slechts tot 10 % van de investeringskosten mag oplopen, en dit gedurende maximum vier jaar. Uit artikel 6, lid 2, blijkt ten slotte dat de betrokken Lid-Staat op het einde van ieder jaar een verslag moet indienen over de vordering van het speciale programma, waarin, zoals gezegd, andere maatregelen dan steunmaatregelen zijn opgenomen. In onderhavige zaak heeft verzoekster in geen enkel stadium van de procedure ingeroepen dat aan de formele en materiële voorwaarden zou zijn voldaan geweest om de betrokken steun te doen kaderen met een speciaal programma van het Europees Fonds voor regionale ontwikkeling dat in het raam van verordening nr. 219/84 door de Commissie zou zijn goedgekeurd.

Invloed op de handel tussen de Lid-Staten

17. Volgens verzoekster heeft verweerster in de aangevochten beschikking niet voldoende gemotiveerd dat de voorwaarde in artikel 92, lid 1 van het Verdrag inzake beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten zou vervuld zijn. Dergelijke beïnvloeding is volgens haar niet voorhanden, gezien het kleine marktaandeel van de vier betrokken ondernemingen binnen de Italiaanse sector van de herenbovenkleding en gezien het relatief kleine aandeel van de produktie van die vier ondernemingen dat naar andere landen van de Gemeenschap wordt uitgevoerd.

Verweerster antwoordt vooreerst op het verwijt van onvoldoende motivering door erop te wijzen dat de delen VI tot X van de aangevochten beschikking grotendeels gewijd zijn aan de genoemde voorwaarde. Daarbij wordt overvloedig gebruik gemaakt van statistisch materiaal. Het komt mij dan ook voor dat aan het motiveringsvereiste is voldaan indien blijkt dat de in de aangevochten beschikking gegeven aanduidingen pertinent zijn en zij de beoordeling van de Commissie inzake de toepasselijkheid van de nu besproken voorwaarde van artikel 92 ondersteunen, wat ik nu zal nagaan.

18. Verweerster wijst in de aangevochten beschikking herhaaldelijk op het bestaan van overcapaciteit in de betrokken sector[41], een element dat door het Hof onder meer in

41 — Vierde alinea van deel VI, derde streepje in deel VIII, voorlaatste alinea van deel VIII; ook, in de gedaante van de economische dwang op de ondernemingen om capaciteitsverminderingen door te voeren, de tweede alinea van deel X en de achtste alinea van deel IX.

de zaak Meura als relevant zou zijn erkend in verband met het bewijs van de invloed op de handel in de Gemeenschap[42], zoals zij ook regelmatig wijst op de scherpe mededinging die er in de sector heerst.[43] Zij beklemtoont vervolgens dat de vier betrokken ondernemingen, gezien de gemiddelde grootte van ondernemingen in de sector waarin zij actief zijn, belangrijke ondernemingen zijn.[44] Volgens haar moet daarmee rekening worden gehouden bij de beoordeling van het exportaandeel. Voorts legt de aangevochten beschikking er de nadruk op dat, indien de vier gesteunde ondernemingen zelf slechts een relatief klein aandeel van hun produktie (14 %) uitvoerden, zij toch actief deelnamen aan de intracommunautaire handel in de betrokken sector, die intensief is en van toenemend belang.[45] Ten slotte wijst de beschikking er op dat binnen de intracommunautaire handel in textiel en kledingprodukten, herenkleding in het bijzonder, de Italiaanse produktie en uitvoer een belangrijke plaats bekleden[46], en dat die industrie door de gewraakte steun een voordeel heeft verkregen dat van aard is om het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden.[47]

19. Verzoekster is er mijns inziens niet in geslaagd aan te tonen dat de Commissie niet kon besluiten dat er van de aangevochten steun een invloed kon uitgaan op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten. Zij steunt zich in haar argumentatie vooral op het klein individueel aandeel van de vier ondernemingen in de intracommunautaire handel in de betrokken produkten. Dit volstaat echter niet, gelet op de rechtspraak van het Hof, om de hiervoor weergegeven elementen van de aangevochten beschikking te weerleggen.

Zo verwijst verweerster in haar verweer terecht naar het arrest van het Hof van 11 november 1987[48] waarin de (met overcapaciteit samenhangende) kleine winstmarges in een sector, een staatssteunmaatregel van betrekkelijk geringe omvang onder het verbod van artikel 92 deden vallen, en vooral naar het arrest van 13 juli 1988 in de zaak SEB, waarin de stelling werd aanvaard dat een onderneming die niet zelf aan de uitvoer naar andere Lid-Staten deelneemt, er niettemin ingevolge de ondersteuning van haar produktie door de staat kan toe bijdragen dat andere ondernemingen uit andere Lid-Staten minder kunnen uitvoeren dan bij ontstentenis van staatssteun het geval zou zijn. Zelfs wanneer er zich geen overcapaciteit voordoet in de betrokken sector, kan de mededinging in de gemeenschappelijke markt aldus worden vervalst ten voordele van de nationale producenten.[49] Dit sluit nauw aan bij de in de aangevochten beschikking gegeven motivering, waarin de rol van de betrokken nationale produktiesector binnen een gemeenschappelijke markt met veel handel en intense mededinging werd beklemtoond.

De verhindering van concurrentievervalsing ten voordele van een hele nationale bedrijfssector is een doelstelling van artikel 92 die

42 — Arrest van 10 juli 1986, zaak 234/84, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2263, r. o. 22. Verwijzing in de voorlaatste alinea van deel VIII van de aangevochten beschikking.

43 — Eerste alinea van deel VIII, en tweede alinea van deel VI.

44 — Derde alinea van deel VI, elfde alinea van deel VII.

45 — Derde alinea van deel VI van de aangevochten beschikking.

46 — Eerste alinea van deel VI van de aangevochten beschikking.

47 — Tiende alinea van deel VI van de aangevochten beschikking.

48 — Frankrijk/Commissie, zaak 259/85, Jurispr. 1987, blz. 4393, r. o. 24.

49 — Arrest van 13 juli 1988, zaak 102/87, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1988, blz. 4067, r. o. 19.

steeds belangrijker wordt naarmate de Lid-Staten andere instrumenten van economisch beleid niet langer kunnen aanwenden om hun eigen producenten te bevoordelen, waardoor zij in een sterkere verleiding geraken om staatssteun toe te kennen. Tegelijk wordt de vervalsing van de mededinging met het voortschrijden van de marktintegratie steeds scherper aangevoeld.[50]

De versoepeling van het motiveringsvereiste van de invloed op de interstatenhandel in het arrest SEB dient mijns inziens in dat perspectief te worden gesitueerd. Omwille van het belang ervan in de evolutie van de rechtspraak van het Hof[51], citeer ik de relevante passage in haar geheel:

„In dit verband stelt de Franse regering, dat de betrokken lening niet kan worden geacht het handelsverkeer tussen de Lid-Staten en de mededinging ongunstig te beïnvloeden. Bovendien zou de beschikking geen gegevens bevatten, op grond waarvan de redenering kan worden begrepen die de Commissie op dit punt heeft gevolgd" (r. o. 17).

„In de bestreden beschikking wordt de biermarkt in Frankrijk onderzocht. Na de vaststelling, dat het jaarlijks verbruik per inwoner in de periode 1975-1985 in de meeste Lid-Staten is gelijk gebleven en in Frankrijk iets is teruggelopen, wordt opgemerkt dat Frankrijk van oudsher iets meer dan 10 % van zijn behoeften uit andere Lid-Staten importeert. In dezelfde periode was de Franse export naar die landen licht gedaald en vertegenwoordigde zij nog slechts ongeveer 1,5 % van de Franse produktie. De door de betrokken lening begunstigde onderneming werd voor 100 % gecontroleerd door een Frans concern waarvan de bierproduktie meer dan 50 % van de Franse produktie bedroeg en dat aan de intracommunautaire bierhandel deelnam. De onderneming zelf nam ongeveer 20 % van de Franse markt voor haar rekening" (r. o. 18).

„De feiten worden door de Franse regering niet betwist. Wel merkt zij op, dat de Commissie noch een overcapaciteit in de sector van de bierproduktie, noch het aandeel van de begunstigde onderneming in de uitvoer naar andere Lid-Staten heeft vastgesteld. Steun aan een onderneming kan evenwel het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden en de mededinging vervalsen, zelfs indien die onderneming niet zelf deelneemt aan de uitvoer doch zich in een situatie bevindt dat zij moet concurreren met produkten uit andere Lid-Staten. Een dergelijke situatie kan zich ook voordoen, wanneer in de betrokken sector geen overcapaciteit bestaat. Immers, wanneer een staat steun toekent aan een onderneming, kan de binnenlandse produktie in stand blijven of stijgen, met als gevolg dat in omstandigheden als door de Commissie werden vastgesteld, de kansen van in andere Lid-Staten gevestigde ondernemingen om hun produkten uit te voeren naar de markt van die Lid-Staat, afnemen. Een dergelijke steunmaatregel kan bijgevolg het handels-

50 — In die zin het *Achttiende Verslag over het mededingingsbeleid* 1988, 1989, punt 164, derde alinea.

51 — In de arresten van 17 september 1980, zaak 730/79, Philip Morris, Jurispr. 1980, blz. 2671, r. o. 11, en van 11 november 1987, zaak 259/85, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1987, blz. 4393, r. o. 16, hernomen in r. o. 43 van het arrest van 21 maart 1990, zaak C-142/87, België/Commissie (Tubemeuse), Jurispr. 1990, blz. I-959, werd erop gewezen dat de kleinschaligheid van de gesteunde onderneming of van de steun de mogelijkheid van invloed op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten niet uitsloot. Het arrest SEB gaat echter nog verder.

verkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden en de mededinging vervalsen" (r. o. 19).

Uit deze overwegingen komt impliciet maar onmiskenbaar naar voor dat, zodra een gesteunde onderneming actief is in een produktmarkt waarin producenten van verschillende Lid-Staten effectief met elkaar concurreren, de Commissie redelijkerwijze kan aannemen dat de voorwaarde van de „ongunstige invloed op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten" vervuld is. Een dergelijke situatie kan zich, aldus het Hof, zelfs voordoen wanneer in de betrokken sector, anders dan in de voorliggende zaak, geen overcapaciteit bestaat. Hieruit volgt mijns inziens dat alleen in produktmarkten waar omwille van zeer hoge transportkosten of andere bijzondere omstandigheden geen grensoverschrijdende handel optreedt, men zich in de huidige stand van de marktintegratie nog een steunmaatregel kan voorstellen die niet aan de voorwaarde van invloed op het handelsverkeer zou voldoen.

20. In het licht van deze rechtspraak komt het mij voor dat verzoeksters middel faalt. Daaraan doen de op vraag van het Hof verstrekte gegevens niets af: voor de ganse textiel- en confectiesector groeide het marktaandeel van de Italiaanse producenten van 27,1 tot 29,1 % tussen 1983 en 1987; voor de vier categorieën herenbovenkleding die in deze zaak betrokken zijn, bleef hun gemiddeld marktaandeel tussen 1983 en 1987 ongeveer gelijk op een hoog niveau, tussen 35 en 40 %. Ik kom dan ook tot het besluit dat de Commissie in de motivering van de aangevochten beschikking ook met betrekking tot de voorwaarde van de beïnvloeding van de interstatenhandel, binnen de perken van haar beoordelingsbevoegdheid is gebleven.

Artikel 93, lid 3 en de niet-aanmelding van de steun

21. Volgens verzoekster werd artikel 93, lid 3, door haar in wezen geëerbiedigd. Verweerster kreeg immers op tijd de gelegenheid haar opmerkingen te geven. Het is slechts in afwezigheid van stellingname van verweerster gedurende vier jaar dat de tussenkomsten zouden zijn uitgevoerd. Gezien het belang van het voortbestaan van de ondernemingen had de Commissie desgewenst eerder moeten reageren.

Het middel van verzoekster dat zij artikel 93, lid 3, geëerbiedigd zou hebben, faalt in feite aangezien er geen behoorlijke aanmelding is geweest van de steun die vanaf 1 januari 1983 werd verstrekt, en dit ofschoon verzoekster bij telex van 24 juni 1983 had toegezegd alle toekomstige interventies aan te melden (hiervoor, punt 2).[52] Verweerster werd slechts lang ná de feiten — en na herhaald aandringen van harentwege, haar argwaan gescherpt door kranteberichten — officieel op de hoogte gebracht van het feit dat toch nog steun *was* gegeven over de jaren 1983 en volgende. Het spreekt vanzelf

52 — Achtste alinea van deel I van de aangevochten beschikking, hiervoor vermeld in punt 2. Verzoekster is er tot dusver niet in geslaagd op vraag van het Hof een kopie van deze telex over te leggen en heeft de inhoud ervan evenmin betwist, zodat de weergave ervan in de beschikking van de Commissie als vaststaand mag worden beschouwd.

dat de verplichting om aan te melden gold voor elke verliescompensatie-operatie die vanaf 1 januari 1983 plaatsgreep. Gezien verweerster duidelijk had gemaakt dat geen exploitatiesteun meer kon aanvaard worden na het einde van 1982 en verzoekster al in november 1983 aan de Commissie had meegedeeld dat de directie de betrokken ondernemingen als onherstructureerbaar beschouwde, kon verzoekster vermoeden dat ze geen toestemming zou krijgen voor dergelijke steun. Dat is echter geen excuus om de aanmeldingsplicht te schenden, wel integendeel.

22. Verder namen verzoekster en verweerster ook nog stelling ten aanzien van een vraag die voor de oplossing van het voorliggende geschil niet van belang is, namelijk of niet-aanmelding op zichzelf voldoende is om de steun strijdig te doen zijn met het Verdrag. Over deze vraag heeft het Hof in het arrest van 14 februari 1990 in zaak 301/87, Boussac, een belangrijke aanwijzing gegeven.[53] In dat arrest oordeelde het Hof dat het ontbreken van aanmelding niet noodzakelijk elk onderzoek van de grondvoorwaarden overbodig maakt: slechts wanneer de Lid-Staat een specifiek bevel van de Commissie om inlichtingen te geven over een geval van niet-aangemelde steun naast zich neergelegd heeft, zou de Commissie de terugvordering van steun kunnen eisen zonder (grondig) onderzoek van de voorwaarden voor vrijstelling van artikel 92, leden 2 en 3 (r. o. 22).

Zoals gezegd is deze vraag hier niet van belang, aangezien de steun *in casu* wel degelijk op de grondvoorwaarden van artikel 92 werd onderzocht.

53 — Jurispr. 1990, blz. I-307.

De terugvordering van de steun — Gerechtvaardigd vertrouwen

23. Verzoekster gebruikt verschillende argumenten om aan te tonen dat de door de Commissie opgelegde terugvordering van de gewraakte steun niet rechtmatig is. Ten eerste hanteert ze een argument van gerechtvaardigd vertrouwen. Ten tweede wijst zij erop dat er geen mogelijkheid bestaat de sommen die de verliezen gecompenseerd hebben terug te vorderen omdat met de mogelijkheid van terugvordering geen rekening zou gehouden zijn bij de vaststelling van de voorwaarden van verkoop van de vier dochterondernemingen aan de particuliere sector. Ten derde stelt verzoekster dat de terugvordering de uitoefening van een beoordelingsbevoegdheid veronderstelt, die moet gemotiveerd worden, wat hier niet zou gebeurd zijn, en dat de identiteit van de personen die het bevel tot terugvordering moeten uitvoeren niet duidelijk aangegeven is.

Eerst iets over dit laatste argument: de Commissie antwoordt daarop dat al uit de tekst van artikel 93, tweede lid, van het Verdrag — die bepaling spreekt over opheffen (of wijzigen) van de steunmaatregel — duidelijk blijkt dat geen specifieke motivering nodig is voor het terugvorderingsbevel. Reeds uit het arrest in zaak 70/72 kan worden afgeleid dat de motivering die de Commissie in haar beschikking moet geven betrekking heeft op de onverenigbaarheid van de steunmaatregel met het Verdrag[54]; zodra die gemotiveerd is kan de Commissie meteen de terugvordering eisen. Deze opvatting lijkt mij juist te zijn. Het opheffen of wijzigen van een steunmaatregel en dienvolgens de terugvordering van de steun indien die al toegekend is, is inderdaad de door het Verdrag, aan een vastgestelde onverenigbaarheid van de maatregel verbonden „logische

54 — Arrest van 12 juli 1973, zaak 70/72, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1973, blz. 813, r. o. 20.

sche consequentie"[55] die haar motivering vindt in de argumenten betreffende onverenigbaarheid van de steun. Inderdaad, eens is komen vast te staan dat de verleende steun de mededinging heeft verstoord en de interstatenhandel ongunstig heeft beïnvloed, heeft de steun, wanneer hij daadwerkelijk uitbetaald werd, zijn met het Verdrag onverenigbare uitwerking gehad en kan de terugbetaling ervan, ongeacht latere omstandigheden, worden opgelegd.

De Commissie doet er ongetwijfeld goed aan zo precies mogelijk aan te duiden van wie de steun moet worden teruggevorderd. Normalerwijs is dat de ontvanger van de steun, dit is *in casu*, aldus artikel 1 van de aangevochten beschikking, „ENI-Lanerossi", waarmee de ondersteunde dochtermaatschappijen, de „moeder"- (Lanerossi SpA) en de „grootmoeder"-vennootschap (ENI) worden bedoeld. In een feitelijke situatie, zoals de onderhavige, waarin de steunverlening niet op voorhand werd meegedeeld en ver van transparant is, is een dergelijke aanduiding voldoende. Zoals hierna gezegd (punt 27), komt het trouwens aan de betrokken Lid-Staat toe om de Commissie desgevallend voorstellen te doen aangaande de modaliteiten van terugvordering, en dus ook aangaande de personen van wie terugbetaling kan worden gevorderd. Dit eerste argument van verzoekster moet derhalve worden verworpen.

24. Nu iets over het argument van het gerechtvaardigd vertrouwen. Volgens verzoekster moet in dit geval de uitspraak van het Hof van 24 november 1987 in de zaak RSV[56] worden toegepast. In dat arrest werd gesteld dat de Commissie de regels van behoorlijk bestuur had geschonden door *zes-entwintig maanden* te laten verstrijken vooraleer zij de procedure van artikel 92 beëindigde; in het licht van het feit dat de betrokken sector tevoren van toegestane hulp had genoten, kon de traagheid van de Commissie een gerechtvaardigd vertrouwen doen rijzen dat de terugvordering van steun onwettig maakte. Volgens verzoekster blijkt de toepasselijkheid van deze uitspraak van het Hof uit het feit dat er in onderhavige zaak geen formele procedure werd ingesteld vóór december 1984.

25. Zoals verweerster terecht stelt kan dit middel van verzoekster niet opgaan. Uit de chronologische rangschikking van de gebeurtenissen, zoals die naar voren komt uit de aangevochten beschikking en door verzoekster geenszins wordt aangevochten, blijkt duidelijk dat een eventueel gebrek aan snelheid vanwege verweerster bij het inzetten van een procedure voornamelijk te wijten was aan de traagheid van verzoekster in het geven van informatie en aan haar schending van de aanmeldingsplicht die ze nochtans had toegezegd te zullen eerbiedigen.

Dit laatste blijkt hieruit dat verzoekster in een telex van 24 juni 1983 beloofde om alle toekomstige interventies met betrekking tot de vier betrokken dochterondernemingen aan te melden.[57] Het Hof verzocht verzoekster een kopie van deze telex over te leggen; tot op heden is dit niet gebeurd. Omdat verweerster informatie ontving dat de vier ondernemingen ernstige verliezen bleven lijden, stuurde zij op 22 juli 1983 een rappelbrief.[58] In een brief van 2 november 1983 antwoordde verzoekster dat met betrekking tot de vier betrokken dochterondernemingen geen verdere steun werd overwogen.[59] Ook deze brief kon verzoekster

55 — Arrest van 21 maart 1990, zaak C-142/87, België/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-959, r. o. 64, met verwijzing naar het arrest van 24 februari 1987, zaak 310/85, Deufil, Jurispr. 1987, blz. 901.

56 — Arrest van 24 november 1987, zaak 223/85, RSV/Commissie, Jurispr. 1987, blz. 4617.

57 — Zie alinea 8 in deel I van de aangevochten beschikking.

58 — Zie alinea 9 in deel I van de aangevochten beschikking.

59 — Zie alinea 10 van deel I van de aangevochten beschikking.

niet overleggen. In een brief van 7 december 1983 werd van deze belofte van verzoekster akte genomen. [60]

Op 14 december 1984, *dertien maanden* na de tweede bevestiging van verzoekster dat er voor 1983 en volgende jaren geen steun meer zou worden toegekend zonder voorafgaande aanmelding en toestemming, vroeg verweerster verzoekster officieel opmerkingen in te dienen in het kader van een procedure volgens artikel 93, lid 2, eerste alinea. [61] Is deze periode van dertien maanden zo lang dat verzoekster een gerechtvaardigd vertrouwen kon koesteren in de verenigbaarheid van de staatssteun met het Verdrag? Ik meen van niet gelet op de concrete omstandigheden van het geval. Anders dan in de zaak RSV heeft verweerster in dit geval duidelijk en herhaaldelijk laten blijken dat de eventueel na 1982 toegekende steun naar alle waarschijnlijkheid onregelmatig zou zijn. Van haar kant heeft verzoekster zich niet aan haar formele belofte gehouden nieuwe steun, waarvan zij de beeindiging nochtans had aangekondigd, aan te melden. Daarover door verweerster naar aanleiding van kranteberichten ondervraagd, legde verzoekster in augustus 1984 een samenvatting van een nieuw herstructureringsprogramma voor dat door verweerster redelijkerwijze moest worden bekeken om zich een volledig oordeel te vormen. Afgezien van dit alles is het op zich al twijfelachtig of een Lid-Staat die zijn aanmeldingsplicht schendt, zich wel nog op gerechtvaardigd vertrouwen kan beroepen. [62] Bovendien dient erop gewezen dat verweerster slechts door een brief van 30 augustus 1984 op de hoogte raakte van de (enorme) omvang van de gecompenseerde verliezen over 1983 [63] en dit ondanks de vraag van verweerster om de resultaten telkens tegen het einde van het jaar mee te delen.

26. Men kan ook moeilijk volhouden dat de duur van de officiële procedure zelf, van de opening in december 1984 tot de betekening van de aangevochten beschikking in augustus 1988, op enigerlei wijze een argument ten voordele van verzoekster zou kunnen opleveren. Het chronologisch overzicht van deze periode in de aangevochten beschikking toont immers een indrukwekkende reeks van vertragingsfactoren: vragen om verlenging van termijnen, geen of onvolledige antwoorden, steeds nieuwe, zogenaamd definitieve herstructureringsvoorstellen voor een nabije toekomst, een zich steeds wijzigende aanpak: van herstructurering naar omschakeling en vervolgens privatisering. Uiteindelijk werd slechts einde 1987, begin 1988 alle informatie aan verweerster meegedeeld waarnaar deze al lang vroeg [64], en op basis waarvan zij op 26 juli 1988 de aangevochten beschikking trof. Dit volstaat om ook voor die periode elk beroep op gerechtvaardigd vertrouwen af te wijzen. Ten overvloede kan worden aangestipt dat verzoekster ook nog na de opening van de procedure in december 1984 onaangemeld steun verleende.

Ten slotte kan verzoekster evenmin gerechtvaardigd vertrouwen inroepen om de niet-uitvoering van de beschikking (door terugvordering) te excuseren. In het arrest van 2 februari 1989 in zaak 94/87 is duidelijk gemaakt dat gerechtvaardigd vertrouwen niet door een Lid-Staat kan worden inge-

60 — Zie bijlage III van het verweerschrift van de Commissie.

61 — Zie de zevende alinea van deel II van de aangevochten beschikking, waar *19* december staat i. p. v. *14* december.

62 — In dezelfde zin, de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in zaak C-301/87, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-307, nrs. 21 en 22.

63 — Alinea 1 van deel II van de aangevochten beschikking.

64 — Aangevochten beschikking, deel III.

roepen om te ontkomen aan de uitvoering van een steunbeschikking; alleen de absolute onmogelijkheid om uit te voeren zou kunnen opgeworpen worden, en dan nog moet de Lid-Staat contact opnemen met de Commissie om voor die problemen een oplossing te zoeken. [65]

„Onmogelijkheid" terug te vorderen na vervreemding

27. Rest nog de vraag of de verplichting van de overheid om steunbedragen terug te vorderen, onverkort moet worden uitgevoerd ook wanneer de ondernemingen die van de steun hebben genoten zijn verkocht, eventueel per vestiging of in kleinere onderdelen, en de gevolgen van een mogelijke terugvordering niet in de verkoopsvoorwaarden werden voorzien. Het komt erop aan deze door de Italiaanse regering opgeworpen vraagstelling in haar juiste context te plaatsen.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof dient de terugvordering van onrechtmatig verleende steun, bij ontstentenis van specifieke communautaire regelingen, principieel overeenkomstig de relevante procesbepalingen van nationaal recht te gebeuren, evenwel onder het voorbehoud dat deze bepalingen niet aldus mogen worden toegepast dat zij de door het gemeenschapsrecht vereiste terugvordering praktisch onmogelijk zouden maken. [66] Met het oog op terugvordering dienen de Commissie en de Lid-Staat, op grond van artikel 5 van het EEG-Verdrag, loyaal samen te werken om met volledige inachtneming van de verdragsbepalingen, inzonderheid deze inzake steunmaatregelen, de daarbij oprijzende moeilijkheden te overwinnen en dient de Lid-Staat zo nodig „passende wijzigingen van de betrokken beschikking voor te stellen". [67]

Uit deze rechtspraak komt duidelijk naar voren dat het aan de betrokken Lid-Staat toekomt, die de nationale procesregeling overigens het best kent, om aan de Commissie mee te delen hoe hij inzake terugvordering zal te werk gaan. Het is dan ook begrijpelijk dat de Commissie in artikel 3 van de aangevochten beschikking aan verzoekster oplegt haar binnen de twee maanden na datum van kennisgeving op de hoogte te brengen van de maatregelen die deze heeft genomen om aan de terugvorderingsplicht gevolg te geven. De vraag die in onderhavige nietigheidsprocedure aan de orde is, is te weten of de Commissie haar bevoegdheid correct heeft gebruikt door aan de Lid-Staat een in algemene termen gestelde en niet afzonderlijk gemotiveerde terugvorderingsplicht op te leggen en het voor het overige aan de Lid-Staat over te laten hoe deze daaraan gevolg zal geven. Op dit ogenblik is daarentegen niet aan de orde of de door de Lid-Staat al dan niet gebruikte middelen tot terugvordering volstaan opdat hij aan zijn communautaire verplichting zou hebben voldaan. Een dergelijk onderzoek vindt eventueel plaats in het kader van een procedure ex artikel 169. In een dergelijk geval zal het verzuim van de Lid-Staat, behoudens volstrekte onmogelijkheid om de terugvorderingsbeschikking correct uit te voeren, komen vast te staan wanneer de Lid-Staat binnen de door de Commissie gestelde termijn geen mededeling heeft gedaan van de door hem genomen maatregelen [68] en/of

65 — Arrest van 2 februari 1989, zaak 94/87, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1989, blz. 175, r. o. 9. Zie ook arrest van 15 januari 1986, zaak 52/84, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 89, r. o. 16. Dat een Lid-Staat normalerwijs geen gerechtvaardigd vertrouwen kan inroepen is nogmaals krachtig bevestigd in het recente arrest van 20 september 1990, zaak C-5/89, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1990, blz. I-3437, r. o. 17 en 18.

66 — Arrest van 21 maart 1990, zaak C-142/87, België/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-959, r. o. 61 evenals het in vorige noot geciteerde arrest van 20 september 1990, zaak C-5/89, Commissie/Duitsland, r. o. 12. Zie ook arrest van 21 september 1983, zaken 205/82 tot en met 215/82, Jurispr. 1983, blz. 2633.

67 — Zie de hiervoor in voetnoot 65 geciteerde arresten, i. h. b. r. o. 16 van het arrest in zaak 52/84.

68 — Arrest van 15 januari 1986, reeds geciteerd in voetnoot 65, r. o. 15.

wanneer blijkt dat hij geen enkele stap tot terugvordering heeft ondernomen en aan de Commissie geen enkel voorstel heeft gedaan om de gerezen moeilijkheden te overwinnen.[69]

In de huidige procedure zijn we, zoals gezegd, nog niet aan dit stadium toe. In het kader van de nietigheidsprocedure komt het er uitsluitend op aan te weten of de door verweerster in de aangevochten beschikking aan verzoekster opgelegde terugvorderingsplicht een correcte bevoegdheidsuitoefening uitmaakt. Om de al genoemde redenen (hiervoor, punt 23) moet deze vraag mijns inziens bevestigend worden beantwoord: eens dat de Commissie de onverenigbaarheid van de steun met artikel 92 had vastgesteld, kon zij de terugvordering opleggen zonder afzonderlijke motivering. Volgens de hiervoor in herinnering gebrachte rechtspraak van het Hof komt het dan aan de Lid-Staat toe na te gaan op welke manier de terugvordering overeenkomstig de bepalingen van nationaal recht het best kan gebeuren en tegen wie ze moet worden ingesteld[70] en moet hij de Commissie daarvan op de hoogte stellen en eventueel voorstellen doen tot aanpassing van de beschikking. In het stadium van de nietigheidsprocedure, aldus het Hof in zaak C-142/87[71], kunnen eventuele uitvoeringsmoeilijkheden, procedurele of andere, evenwel geen invloed uitoefenen op de geldigheid van de aangevochten beschikking. Ook dit middel van verzoekster dient daarom te worden verworpen.

Besluit

28. Op grond van het voorgaande stel ik het Hof voor het verzoek in zijn geheel te verwerpen en verzoekster te verwijzen in de kosten van het geding, daarbij duidelijk makend dat verzoekster ertoe gehouden was en is, overeenkomstig artikel 5 van het Verdrag, de nationaalrechtelijke procedures tot terugvordering in gang te zetten en overleg te plegen met de Commissie omtrent de manier waarop eventuele moeilijkheden waarop de terugvordering stuit, kunnen worden overwonnen.

69 — Arrest van 2 februari 1989, reeds geciteerd in voetnoot 65, r. o. 10, en de twee andere daar geciteerde arresten.

70 — Zoals hiervoor reeds opgemerkt (punt 23) is dat normalerwijs de uiteindelijke ontvanger, d. i. de begunstigde onderneming. Onder omstandigheden kunnen wellicht ook anderen daartoe gehouden zijn, b. v. de moedermaatschappij die de activa en passiva van de onderneming in het raam van een vereffening heeft overgenomen of de dank zij de steun in de onderneming voorkomende „meerwaarde" anderszins heeft verkregen. Deze vraag staat aan de orde in een andere, voor het Hof hangende zaak, nl. zaak C-305/89, Italië/Commissie (Alfa Romeo), Jurispr. 1991, blz. I-1603.

71 — Arrest van 21 maart 1990, reeds geciteerd in voetnoten 55 en 66, r. o. 63.