CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 1 juli 1999 *

A — Inleiding

1. Rekwiranten, producenten en distributeurs van films, hadden aanvragen voor de financiering van de distributie van twee filmproducties ingediend. Deze aanvragen werden door de Commissie en door het European Film Distribution Office (hierna: „EFDO") afgewezen. Tegen dit besluit stelden rekwiranten beroep in bij het Gerecht van eerste aanleg (hierna: „Gerecht"). Bij arrest van 19 februari 1998 [1] werd het beroep verworpen. In de onderhavige procedure bestrijden rekwiranten dit arrest.

2. De financiering werd om twee redenen geweigerd. In de eerste plaats waren, wat de eerste filmproductie betreft, de aanvragers niet minstens drie verschillende distributeurs, maar slechts dochterondernemingen van dezelfde distributeur. In de tweede plaats had de Commissie de krachtens artikel 85, lid 3, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 3, EG) ingeleide ontheffingsprocedure [2] nog niet afgesloten en wilde zij niet op de uitkomst van die procedure anticiperen door een besluit in het kader van de financiële steunverlening. Rekwiranten stelden voor het Gerecht, dat het afwijzende besluit in strijd was met de selectiecriteria voor steunverlening en meerdere motiveringsfouten bevatte. Tegen het arrest waarbij dit beroep werd afgewezen, wordt aangevoerd, dat het Gerecht blijk geeft van een verkeerde rechtsopvatting door een discretionaire bevoegdheid van de Commissie aan te nemen bij de toekenning van financiële steun, dat het bovendien zijn eigen motivering in de plaats stelt van die van de Commissie en dat het ten onrechte een verband legt tussen de toekenning van financiële steun en een ontheffingsprocedure.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Arrest DIR International Film e.a./Commissie (T-369/94 en T-85/95, Jurispr. blz. II-357).

2 — Ten aanzien van rekwirante sub 4 stond ten tijde van de totstandkoming van het afwijzend besluit niet vast, of de eerder verleende ontheffing zou worden verlengd. Wel stond vast, dat de toekomst van de dochterondernemingen van UIP — rekwiranten sub 5 t/m 10 — afhing van die van de moedervennootschap, die zonder een verlenging van de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EG-Verdrag niet kon voortbestaan. Onder deze omstandigheden was het duidelijk, dat deze dochterondernemingen hun werkzaamheden niet zouden kunnen voortzetten wanneer de Commissie UIP's ontheffing niet zou verlengen.

B — Rechtskader

„1 Op 21 december 1990 aanvaardde de Raad besluit 90/685/EEG, betreffende de tenuitvoerlegging van een actieprogramma ter bevordering van de ontwikkeling van de audiovisuele industrie in Europa (MEDIA) (1991-1995) (PB L 380, blz. 37; hierna: ‚besluit 90/635'). MEDIA is een letterwoord voor ‚mesures pour encourager le développement de l'industrie audiovisuelle' (programma ter bevordering van de ontwikkeling van de audiovisuele industrie). Om te beginnen wordt in het besluit vastgesteld, dat het volgens de Europese Raad van het grootste belang is om de audiovisuele capaciteit van Europa te vergroten (eerste overweging van de considerans). (...) Voorts wordt beklemtoond, dat de Europese audiovisuele industrie de versnippering van de markten te boven moet komen en haar structurele voorzieningen op het gebied van productie en distributie moet aanpassen, aangezien deze te kleinschalig en te weinig rendabel zijn (veertiende overweging van de considerans), en dat in dit verband bijzondere aandacht moet worden geschonken aan de kleine en middelgrote ondernemingen (vijftiende overweging van de considerans).

2 Artikel 2 van besluit 90/685 noemt de doelstellingen van het MEDIA-programma:

(...)

— het stimuleren en vergroten van het vermogen om Europese audiovisuele producten op concurrerende voorwaarden aan te bieden, met name rekening houdende met de rol en de behoeften van kleine en middelgrote ondernemingen, de wettige belangen van allen die beroepshalve meewerken aan de oorspronkelijke totstandbrenging van deze producten en de situatie van de landen met een geringere audiovisuele productiecapaciteit en/of een beperkt geografisch en taalgebied in Europa;

— het uitbreiden van de uitwisselingen van films en audiovisuele programma's in Europa en het maximaal exploiteren van de verschillende in Europa bestaande of te creëren distributiemiddelen (...);

— het versterken van de positie van de Europese productie- en distributieondernemingen op de wereldmarkten;

— het bevorderen van de toegang tot en het gebruik van de nieuwe, inzonderheid Europese communicatietechnologieën in de productie en distributie van audiovisuele werken;

(...)

3 Verder stelde de Commissie in haar mededeling over het audiovisuele beleid (blz. 9) vast, dat (...) EFDO, een te Hamburg (Duitsland) geregistreerde vereniging, meewerkt ‚aan het creëren van netwerken voor codistributie door de samenwerking tussen de maatschappijen, die vroeger elk afzonderlijk opereerden op hun nationale grondgebied, te bevorderen'.

4 Krachtens artikel 7, lid 1, van besluit 90/685 is de Commissie verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging van het MEDIA-programma. Volgens punt 1.1. van bijlage I bij besluit 90/685 is een van de mechanismen voor de tenuitvoerlegging van het MEDIA-programma het aanzienlijk ontwikkelen van de actie van het EFDO bij het ondersteunen van de transnationale distributie van Europese films in de bioscopen.

5 In dat kader sloot de Commissie met EFDO overeenkomsten over de financiering van de tenuitvoerlegging van het MEDIA-programma (...)

6 Artikel 3, lid 2, van die overeenkomst verwijst naar de in bijlage 3 omschreven samenwerkingsmodaliteiten, die integraal deel uitmaken van de overeenkomst. (...) Daarin is met name bepaald, dat de vertegenwoordigers van de Commissie vooraf hun goedkeuring moeten geven voor elk aspect van de tenuitvoerlegging van het MEDIA-programma, en met name ‚in het algemeen voor elke onderhandeling die gevolgen kan hebben voor de relaties tussen de Commissie en openbare overheden en/of beroepsorganisaties' (lid 1, sub g).

7 EFDO werkt volgens richtsnoeren die door haar zelf worden opgesteld en (...) door de Commissie worden goedgekeurd. (...) Volgens die richtsnoeren beheert EFDO een fonds dat aan filmdistributeurs renteloze leningen toekent ten bedrage van 50 % van de geraamde distributiekosten, die slechts moeten worden terugbetaald indien de geraamde kosten door de film worden goedgemaakt in het land waarvoor de lening is verstrekt. De lening moet het risico van de distributie van films beperken en draagt bij tot de exploitatie van films die bij gebreke van die

financiering weinig kans maken om in de bioscoop te worden vertoond. Het selectiecomité van EFDO beslist over de leningaanvragen.

8 Punt VI.2 van de richtsnoeren bepaalt, dat het selectiecomité van EFDO de aanvragen onderzoekt (...) en aan de geselecteerde projecten leningen toekent tot de middelen zijn uitgeput.

(...)

10 Punt III.1, sub a, van de richtsnoeren stelt de volgende voorwaarden vast, waaraan de aanvragers van EFDO-steun met name moeten voldoen:

‚Ten minste drie verschillende distributeurs uit ten minste drie verschillende landen van de Europese Unie of uit landen waarmee een samenwerkingsovereenkomst is gesloten, moeten ermee instemmen om een film in de bioscoop uit te brengen. Alle betrokken distributeurs moeten hun aanvraag vóór dezelfde einddatum indienen.'

11 Voorts voorzien de richtsnoeren in een rangorde voor de selectie van distributieprojecten (punt VI.1):

‚Eerste prioriteit

Distributieprojecten (films) waarin het grootste aantal distributeurs geïnteresseerd is, en die dus vertoningen in het grootste aantal landen waarborgen, hebben voorrang op projecten waarvoor minder belangstelling van distributeurs/landen bestaat.

Tweede prioriteit

Projecten (films) uit zogenoemde „moeilijke" filmexporterende landen hebben voorrang op projecten uit alle andere landen. Na de evaluatie van de experimentele fase van EFDO en overeenkomstig het besluit van het comité worden alle landen van de Europese Unie (...) behalve Frankrijk, Groot-Brittannië en Duitsland als „moeilijke" exportlanden beschouwd (...).

Derde prioriteit

Wanneer projecten, wat de criteria van de vorige prioriteiten betreft, in dezelfde mate in aanmerking komen, wordt de voorkeur gegeven aan films uit landen waarvan nog geen enkele of slechts weinige films steun hebben gekregen.

Vierde prioriteit

Indien aanvullende criteria vereist zijn, wordt voorrang gegeven aan projecten waarvan te verwachten is, dat zij wegens hun distributieconcept meer succes zullen hebben in de bioscoop.'

12 Ten slotte kan een steunaanvraag op grond van punt VI.3 van de richtsnoeren zonder motivering worden afgewezen, indien EFDO rechtstreeks of zijdelings kennis krijgt van enig feit dat doet vermoeden dat de lening niet zal of niet naar behoren kan worden terugbetaald."

C — De feiten

4. Ten aanzien van de feiten heeft het Gerecht in de punten 13 tot en met 22 van het arrest het volgende vastgesteld:

„13 De eerste en de derde verzoekster, DIR International Film Srl en Union PN Srl, zijn producent van de Italiaanse film ‚Maniaci Sentimentali'. De tweede verzoekster, Nostradamus Enterprises Ltd, is producent van de film ‚Nostradamus', een Engels-Duitse coproductie. De hoofdactiviteit van de vierde verzoekster, United International Pictures BV (hierna: ‚UIP'), een joint venture van (...) een Amerikaanse vennootschap, (...) een Japanse vennootschap en (...) een Franse vennootschap (...) is de distributie van speelfilms in de gehele wereld behalve in de Verenigde Staten, Puerto Rico en Canada. De vijfde, de zesde, de zevende, de achtste, de negende en de tiende verzoekster (...) zijn dochterondernemingen van UIP die in hun respectieve landen de plaatselijke distributie verzorgen (hierna: ‚dochterondernemingen').

14 Op verzoek van de producenten van de film ‚Maniaci Sentimentali' diende UIP op 28 juli 1994 bij EFDO aanvragen in voor de financiering van de distributie van die film door haar respectieve dochterondernemingen in Noorwegen, Finland, Zweden, Denemarken, Grie-

kenland en Spanje (en van de distributie in Portugal voor rekening van Filmes Lusomundo SARL, een niet met UIP verbonden vennootschap).

15 Op verzoek van de producent van de film ‚Nostradamus' diende UIP op dezelfde datum bij EFDO een aanvraag in voor de financiering van de distributie van die film door haar respectieve dochterondernemingen in Noorwegen, Finland, Zweden en Denemarken.

16 Uit de (...) briefwisseling tussen EFDO en de Commissie blijkt, dat de Commissie zich er bij faxbericht van 7 september 1994 tegen verzette, dat EFDO besliste op de door de dochterondernemingen van UIP ingediende financieringsaanvragen alvorens zij een besluit had genomen over het verzoek van UIP om verlenging van haar ontheffing. Bij een ander faxbericht van dezelfde dag verzocht de Commissie EFDO opnieuw om die dag ‚niet op die aanvragen te beslissen, maar dit uit te stellen totdat de Commissie een definitief besluit heeft genomen in het door haar behandelde dossier UIP'.

17 Op 12 september 1994 ontvingen de dochterondernemingen van UIP per faxbericht een brief van EFDO waarin werd meegedeeld, dat ‚het comité van EFDO zijn beslissing over hun aanvraag in verband met de films „Nostradamus" en „Maniaci Sentimentali" [had] uitgesteld totdat de Europese Commissie een algemene beschikking heeft vastgesteld over de status van UIP in Europa' (hierna: ‚litigieuze brieven'). Volgens partijen werd met die algemene beschikking gedoeld op de beschikking die de Commissie moest vaststellen op het verzoek van UIP om verlenging van de krachtens artikel 85, lid 3, EG-Verdrag verleende ontheffing voor de tussen de drie moedermaatschappijen gesloten overeenkomst tot oprichting van de joint venture en de aanverwante overeenkomsten, die in hoofdzaak de productie en de distributie van speelfilms betroffen. De ontheffing die was verleend bij beschikking 89/467/EEG van de Commissie van 12 juli 1989 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/30.566-UIP) (PB L 226, blz. 25; hierna: ‚beschikking 89/467'), gold tot 26 juli 1993.

18 Na ontvangst van de litigieuze brieven namen de eerste vier verzoeksters contact op met de vertegenwoordigers van EFDO en de Commissie, teneinde hun onvrede te uiten, bepaalde inlichtingen en stukken te vragen en een heronderzoek van de aanvragen te verkrijgen. De vertegenwoordigers van UIP namen eveneens contact op met het lid van de Commissie, belast met culturele zaken, J. de Deus Pinheiro, en vroegen hem stappen te ondernemen opdat de aanvragen werden heroverwogen. Nadat hij had vernomen dat het dossier aan het directoraat-generaal Concurrentie was overgedragen, schreef de raadsman van UIP voorts naar het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, K. Van Miert, en vroeg hem om bepaalde inlichtingen. Deze laatste antwoordde, dat er geen ver-

band bestond tussen de procedure betreffende het verzoek van UIP om verlenging van de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag en de procedure voor toekenning van subsidie door EFDO (...).

(...)

20 ‚Naar aanleiding van protesten van UIP' werden de aanvragen om financiering op 5 december 1994 door het comité van EFDO [3] onderzocht en afgewezen. Dit besluit is aan UIP meegedeeld bij brief van EFDO van 10 januari 1995 (hierna: ‚litigieus besluit').

21 Blijkens de briefwisseling tussen EFDO en de Commissie (...) had de Commissie EFDO op een niet nader genoemde datum voorgesteld, de aanvragen van verzoeksters af te wijzen, op grond dat zij niet voor financiering in aanmerking kwamen omdat verschillende dochterondernemingen van een zelfde distributeur niet konden worden aangemerkt als ‚verschillende distributeurs' in de zin van de richtsnoeren van EFDO.

22 Volgens het litigieuze besluit, dat is opgesteld door de diensten van EFDO, werden de aanvragen afgewezen, omdat ‚de Commissie van de Europese Unie nog geen besluit heeft genomen over de toekomstige status van UIP'. Daar bij de overeenkomsten voor leningen van EFDO ervan wordt uitgegaan, dat de gesteunde films gedurende een periode van vijf jaar in de bioscoop worden vertoond, was een ander besluit niet mogelijk zonder inmenging in de procedure van UIP voor de Commissie van de Europese Unie. Bovendien is het comité van EFDO [4] van mening, dat UIP niet geheel voldoet aan de (...) doelstelling van het MEDIA-programma: ‚creëren van netwerken voor codistributie door de samenwerking tussen de maatschappijen, die vroeger elk afzonderlijk opereerden op hun nationale grondgebied, te bevorderen' (...)."

5. Nadat de aanvraag bij het litigieus besluit van 10 januari 1995 was afgewezen, stelden rekwiranten bij het Gerecht beroep in tegen dit litigieus besluit en/of de handeling waarbij de Commissie EFDO instructie heeft gegeven om die besluiten te nemen. [5] Zij vorderden:

— de litigieuze brieven en/of de handeling waarbij de Commissie EFDO de

3 — In de originele Engelse versie wordt gesproken van „Committee", waarmee waarschijnlijk het in punt 8 van het arrest genoemde selectiecomité is bedoeld.

4 — Ibidem.

5 — De middelen waren de volgende: schending door de Commissie van de selectiecriteria in de richtsnoeren van EFDO, onverenigbaarheid van het litigieuze besluit met de filosofie en de doelstellingen van het MEDIA-programma, en ontoereikende motivering.

instructie heeft gegeven om dit besluit te nemen, nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

6. De Commissie concludeerde:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— verzoeksters in de kosten te verwijzen.

7. Nadat het Gerecht het beroep bij arrest van 19 februari 1998 had verworpen, stelden rekwiranten op 28 april 1998 hogere voorziening in. Zij verzoeken het Hof:

1) het bestreden arrest te vernietigen en bijgevolg de zaak zelf af te doen, met toewijzing van het in eerste aanleg gevorderde en veroordeling van de Commissie in de kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof;

2) subsidiair, de zaak voor afdoening te verwijzen naar het Gerecht, met reservering van kosten.

8. De Commissie verzoekt het Hof:

1) de hogere voorziening af te wijzen;

2) rekwiranten in de kosten van de procedure te verwijzen.

9. De hogere voorziening berust op drie middelen. Het Gerecht zou ten onrechte hebben geoordeeld, dat de Commissie over een discretionaire bevoegdheid beschikt bij de beslissing, of een aanvraag voor EFDO-financiering in aanmerking komt; het zou in strijd met het recht zijn eigen motivering in de plaats hebben gesteld van een van de twee in het litigieuze besluit gegeven redenen, en het zou de betekenis van artikel 81 EG in samenhang met verordening nr. 17 [6] hebben miskend, omdat het de verlening van financiële steun uit het MEDIA-programma afhankelijk stelt van de verkrijging van een ontheffing.

6 — Verordening no. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204).

10. Op de argumenten van partijen met betrekking tot de individuele middelen zal ik ingaan in het kader van de beoordeling daarvan.

D — Standpuntbepaling

a) *Beoordelingsbevoegdheid*

Argumenten van partijen

11. Met hun eerste middel betogen rekwiranten, dat het Gerecht ten onrechte een beoordelingsbevoegdheid van de Commissie heeft aangenomen bij het onderzoek van de aanvragen om EFDO-financiering. Het heeft een dergelijke bevoegdheid aangenomen voor zowel het onderzoek van de selectiecriteria (punten 91 en 93 van het bestreden arrest) als voor de afwijzingsgronden (punt 105 van het bestreden arrest).

12. De toekenning van financiële steun moet evenwel zijn gebaseerd op duidelijke, uniforme en objectieve regels op grond waarvan al bij voorbaat vaststaat wie daarvoor in aanmerking komt, teneinde aldus arbitraire maatregelen te voorkomen. In overeenstemming daarmede is de opsomming van de selectiecriteria in de EFDO-richtsnoeren limitatief. Dan kan echter geen sprake zijn van een beoordelingsbevoegdheid bij de beslissing of financiële steun kan worden toegekend. Aangezien de instellingen zich dienen te houden aan de regels die zij zelf hebben uitgevaardigd, had de Commissie niet het recht af te wijken van de in de EFDO-richtsnoeren genoemde objectieve criteria om steun te weigeren, en met een beroep op haar beoordelingsbevoegdheid bepaalde aanvragers van de kring van begunstigden uit te sluiten. Ook al moeten de EFDO-richtsnoeren in beginsel stellig worden uitgelegd in het licht van besluit 90/685, kan dit niet tot gevolg hebben, dat daaraan nieuwe criteria worden ontleend, die de Commissie in concrete gevallen als noodzakelijk mag beschouwen om de doelstellingen van dat besluit te kunnen verwezenlijken. Ofschoon ook het Gerecht aanvankelijk ervan is uitgegaan, dat het mogelijk is de richtsnoeren uit te leggen in het licht van de doelstelling van besluit 90/685, heeft het vervolgens echter in strijd met het recht een beoordelingsbevoegdheid van de Commissie erkend en daarmede de algemene beginselen van rechtszekerheid en bescherming van het gewettigd vertrouwen geschonden.

13. De Commissie is van mening, dat er bij het onderzoek van aanvragen voor EFDO-financiering een discretionaire bevoegdheid bestaat, zoals terecht door het Gerecht vastgesteld. Ten aanzien van de door haar gevolgde en door het Gerecht bevestigde uitlegging van de selectiecriteria meent de Commissie, dat rekwiranten geen argumenten hebben aangevoerd die haar standpunt kunnen aantasten. De Commissie heeft daarom terecht aangenomen, dat alleen die aanvragen voor toewijzing in aanmerking komen, die door minstens drie distri-

buteurs, die voordien niet nauw en permanent hebben samengewerkt, zijn ingediend.

14. Met betrekking tot de redenen voor afwijzing heeft het Gerecht terecht uiteengezet, dat de Commissie bij de toekenning van leningen mag toetsen of daardoor de verwezenlijking van de doeleinden van het MEDIA-programma wordt bevorderd, ook wanneer dit niet uitdrukkelijk als afwijzingsgrond in de richtsnoeren van EFDO wordt genoemd. Het is bovendien vaste rechtspraak van het Hof, dat de Commissie bij de toepassing van een bepaling van gemeenschapsrecht geen inbreuk mag maken op gemeenschapsbepalingen. Ook al hoeft de beslissing over de toekenning van financiële steun geen invloed te hebben op een ontheffingsprocedure krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, dient de Commissie niettemin een uniforme toepassing van de verschillende bepalingen van gemeenschapsrecht te waarborgen. Daaruit volgt, dat de Commissie het recht had om de financiering te weigeren wegens de onzekere juridische status van rekwiranten.

Beoordeling

15. De vraag naar de discretionaire bevoegdheid van de Commissie is van tweeledige aard. Het Gerecht heeft een dergelijke bevoegdheid aanvaard voor de beoordeling van zowel de selectiecriteria voor de financiering als afwijzingsgronden.

16. Bij het eerste probleem gaat het om de uitlegging van de in de richtsnoeren van EFDO [7] voorkomende voorwaarde, dat „(...) drie verschillende distributeurs uit ten minste drie verschillende landen van de Europese Unie of uit landen waarmee een samenwerkingsovereenkomst is gesloten, ermee moeten instemmen om een film in de bioscoop uit te brengen (...)".

17. Het Gerecht heeft ter zake geoordeeld, dat de Commissie en EFDO over een beoordelingsbevoegdheid beschikken, omdat dit element moet worden uitgelegd in het licht van de doelstellingen van het MEDIA-programma.

18. De tekst van deze bepaling wijst op zich niet op een beoordelingsbevoegdheid waarin de uitlegging van de Commissie — ten minste drie distributeurs die voordien niet nauw en permanent hebben samengewerkt — steun zou kunnen vinden. Aangezien echter zowel de richtsnoeren van EFDO als het besluit 90/685 communautaire juridische normen zijn, moeten deze

7 — Aangehaald in punt 3 van deze conclusie, punt 10 van het bestreden arrest.

overeenkomstig de geldende uitleggingsregels worden beoordeeld.

19. De voornaamste doelstellingen van het MEDIA-programma zijn genoemd in artikel 2 van besluit 90/685. [8] Kort gezegd gaat het erom de audiovisuele capaciteit van Europa door het vrije verkeer van programma's, de bevordering van het Europese systeem van hoge-definitietelevisie (HDTV) en door een beleid ter stimulering van creativiteit, productie en verspreiding te vergroten, zodat een beeld wordt gegeven van de rijkdom en de verscheidenheid van de Europese cultuur. [9] De Raad heeft zich bij de vaststelling van besluit 90/685 ook laten inspireren door de mededeling van de Commissie over het audiovisuele beleid. Daarin wees de Commissie onder meer erop, dat EFDO een eerste proefproject ter bevordering van de samenwerking tussen de Europese distributeurs uitvoerde. Aldus kon een transnationale distributie van films worden bereikt waaruit een grote interne markt voor filmproducties kon ontstaan. Bovendien werkte EFDO mee aan het creëren van netwerken voor codistributie door de samenwerking tussen de maatschappijen, die vroeger elk afzonderlijk op hun nationale grondgebied opereerden, te bevorderen. Beziet men daarbij nog de veertiende en de vijftiende overweging van de considerans van besluit 90/685, volgens welke de Europese audiovisuele industrie de versnippering van de markten te boven moet komen en bij de aanpassing van de structuren van de markt bijzondere aandacht moet worden geschonken aan de kleine en middelgrote ondernemingen alsmede aan regio's met een geringere audiovisuele capaciteit in Europa, dan blijkt daaruit het bijzonder belang van het scheppen van netwerken voor codistributie.

20. Uit deze overwegingen volgt, zoals door het Gerecht geconstateerd, dat een essentieel doel van het MEDIA-programma is het stimuleren van contacten en samenwerking tussen distributeurs uit de verschillende Europese landen. Eveneens volgt daaruit, dat het MEDIA-programma nieuwe ontwikkelingen in de Europese markt voor de productie van films en met name het creëren van nieuwe vormen van samenwerking tussen de Europese marktdeelnemers moet bevorderen.

21. Deze doelstelling volgt eveneens uit de richtsnoeren van EFDO, wanneer daarin wordt geëist dat ten minste drie verschillende distributeurs uit ten minste drie verschillende landen van de Europese Unie of uit landen waarmee een samenwerkingsovereenkomst is gesloten, ermee moeten instemmen om een film in de bioscopen uit te brengen.

22. Het creëren van netwerken voor codistributie door de bevordering van de samenwerking tussen maatschappijen die vroeger elk afzonderlijk opereerden op hun nationale grondgebied, blijkt derhalve een van de hoofddoelstellingen van het MEDIA-programma te zijn.

23. Wanneer nu echter, zoals in casu, de noodzaak bestaat om in de EFDO-richt-

8 — Zie punt 3 van deze conclusie, punt 2 van het bestreden arrest.

9 — Zie de eerste overweging van de considerans van besluit 90/685.

snoeren genoemde selectiecriteria en afwijzingsgronden in het licht van de doelstellingen van het MEDIA-programma uit te leggen, dan heeft het Gerecht terecht aanvaard dat de Commissie dienaangaande een beoordelingsbevoegdheid bezit. Dit volgt met name uit het feit, dat de Commissie krachtens artikel 7, lid 1, van besluit 90/685 verantwoordelijk is voor de uitvoering van het actieprogramma. Een dergelijke verantwoordelijkheid impliceert, dat de Commissie bij het nemen van haar beslissingen steeds de doelstellingen van het programma in het oog moet houden. In zoverre kan haar niet de bevoegdheid worden ontzegd om het programma uit te voeren op een wijze die geschikt is om deze doelstellingen te realiseren.

24. De Commissie en EFDO hebben derhalve in het kader van de hun opgedragen taken een beoordelingsbevoegdheid ten aanzien van de uitlegging van bepaalde criteria. Om de doelmatigheid van het stuurprogramma te verzekeren, dient deze bevoegdheid inzonderheid betrekking te hebben op de uitlegging van de selectiecriteria, op de lijst van prioriteiten alsmede op de afwijzingsgronden, zodat een zinvolle en doelmatige verdeling van de ter beschikking staande beperkte middelen gewaarborgd is.

25. Het Gerecht heeft in de punten 91 en 93 van het bestreden arrest derhalve terecht een beoordelingsbevoegdheid van de Commissie en van EFDO ten aanzien van de uitlegging van de selectiecriteria en de afwijzingsgronden aanvaard.

b) *Substitutie van gronden*

26. Met dit middel betogen rekwiranten, dat het Gerecht in het bestreden arrest zijn eigen motivering in de plaats heeft gesteld van die van de Commissie en daarmede het recht heeft geschonden. Dit middel betreft de weigering van financiering voor de film Nostradamus. De motivering hiervoor luidde, dat de Commissie nog geen beslissing had genomen over de toekomstige status van UIP in Europa en dat het daarom niet mogelijk was anders te beslissen zonder inmenging in de ontheffingsprocedure.

Argumenten van partijen

27. Rekwiranten voeren aan, dat het Gerecht in punt 100 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, dat aan de selectiecriteria voor financiering van de distributie van de film Nostradamus was voldaan. In de procedure voor het Gerecht heeft de Commissie dienaangaande verklaard, dat de reden voor de afwijzing per saldo de onzekere financiële situatie van UIP was geweest. De ontheffingsprocedure van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, die toen nog niet was afgesloten, zou niet de directe aanleiding voor de afwijzing van de aanvragen zijn geweest. Het Gerecht heeft deze redenering in punt 101 van het bestreden arrest overgenomen. Vervolgens heeft het echter in strijd hiermee in punt 119 van het bestreden arrest vastgesteld, dat een onderneming als UIP, die partij is in een procedure inzake de toepassing van de mededin-

gingsregels, rechtstreeks noch zijdelings via haar dochterondernemingen een lening kan krijgen in het kader van het MEDIA-programma.

28. Rekwiranten zien hierin een schending van artikel 173 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 230 EG) en van artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG). Krachtens artikel 173 van het Verdrag is het de taak van het Gerecht, de wettigheid van de handelingen van de Commissie te toetsen en deze in voorkomend geval nietig te verklaren. Het Gerecht is echter niet bevoegd om de motivering van een besluit te vervangen. Volgens artikel 190 van het Verdrag dient de Commissie de door haar genomen besluiten te motiveren. Die bevoegdheid kan niet toekomen aan de communautaire rechter, omdat dan geen effectieve rechtsbescherming voor de adressaat van een dergelijk besluit gewaarborgd is.

29. De Commissie betoogt, dat de uitlegging van het Gerecht van de litigieuze passage uit het litigieuze besluit niet exact dezelfde is als die zij voor het Gerecht heeft verdedigd. Zij heeft de ontheffingsprocedure slechts aangevoerd in zoverre op grond daarvan twijfel kon bestaan, of de UIP-dochterondernemingen de leningen konden terugbetalen. Het Gerecht heeft zich echter in wezen gebaseerd op de onzekere juridische status. Dit impliceert echter nog geen vervanging van de motivering van de Commissie. De handelwijze van het Gerecht kan niet geacht worden in strijd te zijn met artikel 173 van het Verdrag, aangezien zijn uitlegging heel wel verdedigbaar is. Bovendien is van een inbreuk op het vertrouwensbeginsel geen sprake, omdat rekwiranten de uitlegging van de Commissie hebben bestreden en derhalve niet op een bepaalde uitlegging hebben vertrouwd die later niet rechtsgeldig bleek te zijn.

Beoordeling

30. In punt 101 van het bestreden arrest heeft het Gerecht uiteengezet, dat de hoofdreden voor de afwijzing van de aanvragen daarin bestond, dat de Commissie nog geen besluit had genomen over de toekomstige status van UIP in Europa en dat onmogelijk een ander besluit kon worden genomen, zonder inmenging in de ontheffingsprocedure. Vervolgens geeft het als zijn mening te kennen, dat inderdaad de onduidelijke status van UIP en haar dochterondernemingen doorslaggevend is geweest voor de afwijzing van de leningaanvragen. Zoals uit de punten 105 en volgende van het bestreden arrest blijkt, legt het Gerecht hiermede de motivering van de beslissing van de Commissie uit. Het onderzoekt eerst de stelling van de Commissie in de procedure voor het Gerecht, dat de deelneming van UIP aan een procedure tot verlenging van de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag voor EFDO als zodanig geen reden was geweest om de aanvragen af te wijzen en dat het veeleer de onzekerheid was, of de dochterondernemingen van UIP de steun zonodig konden terugbetalen, op grond waarvan financiering was geweigerd.

31. Het schriftelijke antwoord van het lid van de Commissie, belast met het mededingingsbeleid, K. van Miert, wordt door het Gerecht aldus uitgelegd, dat het feit dat er in dat stadium nog geen beslissing was genomen op UIP's verzoek om verlenging van de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag vanuit het specifieke oogpunt van het communautaire mededingingsrecht niet in de weg stond aan de eventuele toekenning van de aangevraagde subsidie, aangezien deze geen enkele invloed op de ontheffingsprocedure zou hebben gehad.

32. Wat dit probleem betreft, was de uitgangssituatie voor het Gerecht als volgt. Toen het afwijzend besluit werd genomen, verkeerde UIP in onzekerheid omtrent de eventuele verlenging van de ontheffing. De toekomst van de dochterondernemingen van UIP hing evenwel af van de toekomst van hun moedermaatschappij, die zonder een verlenging van de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag zelf niet zou kunnen voortbestaan. Derhalve was het duidelijk, dat die dochterondernemingen hun activiteiten niet zouden kunnen voortzetten indien de Commissie de ontheffing voor UIP niet verlengde. [10] Op grond hiervan kwam het Gerecht tot de conclusie, dat de situatie van UIP en haar dochterondernemingen op dat ogenblik zeer onzeker en precair was, daar een ontheffing nodig was om een eventueel tegen artikel 85, lid 1, van het Verdrag indruisende overeenkomst toelaatbaar te maken.

10 — Zie punt 103 van het bestreden arrest.

33. Uitgaande van de uitlegging waartoe het was gekomen, kon het Gerecht geen beoordelingsfout van de Commissie of EFDO bij de afwijzing van de financieringsaanvraag vaststellen.

34. In het kader van de hem verleende bevoegdheden dient het Gerecht de wettigheid van de handelingen van de instellingen te toetsen. Daarbij is het evenwel onvermijdelijk, dat het Gerecht het bestreden besluit van de Commissie uitlegt. Het Gerecht heeft in casu terecht aangenomen — zoals in punt 24 gebleken — dat de Commissie en EFDO in beginsel over een beoordelingsbevoegdheid beschikken bij het beslissen over de verlening van financiering. Deze beoordelingsbevoegdheid is onderkend, uitgeoefend en niet kennelijk overschreden. Of het Gerecht de litigieuze passage uit het afwijzend besluit correct heeft uitgelegd, hangt hiervan af, of het alleen maar een verbetering in de motivering heeft aangebracht, waartegen gemeenschapsrechtelijk gezien geen bezwaar bestaat, of dat toch sprake is van het invoegen van wezenlijke nieuwe elementen die de beslissing dragen.

35. Het Gerecht is niet strikt gebonden aan de letter van de uit te leggen tekst en moet veeleer nagaan, wat de werkelijke bedoeling van de auteur van het besluit is geweest. Juist dit heeft het in het bestreden

arrest ook gedaan: het heeft eerst de doelstellingen van het MEDIA-programma bepaald en vervolgens de feiten aan deze doelstellingen gerelateerd om tenslotte tot de conclusie te komen, dat op grond van de bestaande juridische onzekerheden financiële problemen konden ontstaan, zodat het niet zeker was of de leningen zouden kunnen worden terugbetaald. Ook al legde de Commissie in haar motivering de nadruk op de financiële problemen, haar bedoeling om de verlening van subsidies op grond van deze problemen te weigeren wordt ook weerspiegeld in de uitlegging door het Gerecht. Het motief voor de weigering — het feit dat nog niet was beslist over een ontheffing — maakt deel uit van de uitlegging van zowel de Commissie als het Gerecht. Er bestaat alleen verschil tussen de juridische beoordeling van de feitelijke vaststellingen. Niet kan echter worden gezegd, dat de uitlegging waarvoor het Gerecht heeft geopteerd, kennelijk onjuist of arbitrair dan wel in strijd met de bedoeling van de Commissie is.

36. Daarom kan in casu niet worden gesproken van substitutie van gronden. Het Gerecht heeft in het kader van zijn beoordelingsbevoegdheid het besluit van de Commissie alleen maar uitgelegd en de motivering verbeterd, zonder er wezenlijke nieuwe elementen aan toe te voegen, die de beslissing dragen. Aangezien derhalve geen nieuwe motivering werd ingevoegd en ook de inhoud van het besluit niet werd gewijzigd, kunnen rekwiranten zich niet beroepen op schending van de rechten van de verdediging of van het vertrouwensbeginsel.

c) *Artikel 85 EG-Verdrag, verordening nr. 17 en de doelstellingen van het MEDIA-programma*

Argumenten van partijen

37. Dit middel klaagt over een motiveringsfout in het bestreden arrest. Ook al is het Gerecht — anders dan de opvatting van rekwiranten — uitgegaan van een beoordelingsbevoegdheid van de Commissie en heeft het het besluit rechtmatig uitgelegd, is de motivering van het arrest nochtans in strijd met het recht. Netwerken voor codistributie kunnen altijd binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag komen, met het gevolg dat de doelstellingen van het MEDIA-programma niet kunnen worden verwezenlijkt totdat een ontheffingsbesluit is genomen. De opvatting, dat structuren die mogelijk onverenigbaar zijn met de mededingingsregels en waarvoor geen ontheffingsbesluit geldt, zich juridisch in een onzekere en zeer precaire positie bevinden en derhalve niet voor financiële steun in aanmerking komen, strookt niet met artikel 85 EG-Verdrag juncto verordening nr. 17. In de eerste plaats bestaat er voor de betrokken ondernemingen geen meldingsplicht krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag en in de tweede plaats voorziet verordening nr. 17 alleen in een controle a postiori. Zou het oordeel van het Gerecht juist zijn, dan zouden aanvragers, om financiële steun te kunnen ontvangen, al voor de oprichting van netwerken voor codistributie een ontheffing daarvoor moeten verkrijgen. Daarmede zou echter een verband tussen de twee procedures ontstaan, dat op zich niet bestaanbaar is. Zo heeft het lid van de Commissie, belast met

het mededingingsbeleid, K. van Miert, al in een brief aan de UIP verklaard, dat de ontheffingsprocedure geen verband houdt met de procedure inzake de verstrekking van financieringen door EFDO. Hiervan is ook de Commissie in de procedure voor het Gerecht uitgegaan.

38. De motivering van het Gerecht dwingt echter aanvragers om de ontheffingsprocedure te beëindigen teneinde financiële steun te kunnen ontvangen. Daarbij dient echter te worden bedacht, dat de Commissie niet bij elke aanmelding krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag in actie komt en dat de gemiddelde duur van de procedure ligt tussen verschillende maanden en meer dan twee jaar. Alles bij elkaar genomen doet de door het Gerecht rechtmatig geachte aanpak juist afbreuk aan de voornaamste doelstelling van het MEDIA-programma, te weten het creëren van netwerken voor codistributie. Deze kunnen immers altijd onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, met het gevolg dat de doelstellingen van het MEDIA-programma niet kunnen worden uitgevoerd tot een besluit over de ontheffing is genomen.

39. De Commissie wijst er allereerst op, dat overeenkomsten tussen ondernemingen, die onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen en niet krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag zijn vrijgesteld, verboden en dus nietig zijn. Daaruit volgt, dat ondernemingen die dergelijke overeenkomsten zijn aangegaan, zich in een juridisch precaire situatie bevinden. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld, dat de Commissie ook zulke feiten in aanmerking mag nemen bij de verlening van financiële steun als in het onderhavige geval. Ook de brief van de heer Van Miert kan in die zin worden uitgelegd. Uit die brief kan worden afgeleid, dat de nog lopende ontheffingsprocedure principieel niet in de weg staat aan de verlening van financiële steun. Dat aan de aanvragers nochtans geen financiering is verleend, betekent nog niet — aldus de Commissie — dat de doelstellingen van het MEDIA-programma in gevaar zijn gebracht; deze kunnen ook worden bereikt door steun te verlenen aan andere aanvragers die zich wel in een juridisch zekere situatie bevinden. Overigens zou een simpele samenwerking in het kader van het MEDIA-programma nog geen schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag opleveren, zodat ook in dit opzicht de argumentatie van rekwiranten faalt. Op grond van het bovenstaande zou ook dit middel als ongegrond moeten worden verworpen.

Beoordeling

40. De hier te beantwoorden vraag komt erop neer, of het Gerecht terecht ervan is uitgegaan, dat de Commissie de aangevraagde financiering mocht weigeren op grond dat de rechtspositie van aanvragers bij gebreke van een ontheffing onzeker was.

41. Om te beginnen heeft de Commissie voor de afwijzing gebruik gemaakt van haar beoordelingsbevoegdheid. In zoverre heeft het Gerecht correct vastgesteld, dat de Commissie de grenzen van deze bevoegdheid niet heeft overschreden. Dit betekent dat de Commissie de feiten niet onjuist heeft weergegeven of kennelijk onjuist heeft beoordeeld en geen misbruik van bevoegdheid of procedure heeft gemaakt. [11] De rechterlijke toetsing in deze is beperkt tot de vraag, of het optreden van een communautaire instantie blijk geeft van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel of die instantie de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet klaarblijkelijk heeft overschreden. [12]

42. Zoals wij in de punten 30 tot en met 36 hebben gezien, mocht de financiering in beginsel op grond van de onzekere juridische status van UIP worden geweigerd. Weliswaar moet aan rekwiranten worden toegegeven, dat de procedures volgens artikel 85, lid 3, van het Verdrag (ontheffing) en de richtsnoeren van EFDO met betrekking tot de subsidieverlening los van elkaar staan. Dit betekent echter nog niet, dat de Commissie de specifieke bepalingen van het Verdrag en inzonderheid de mededingingsvoorschriften buiten beschouwing mag laten bij haar besluitvorming. Het zou indruisen tegen de strekking en het doel van het Verdrag wanneer de Commissie door het verstrekken van leningen structuren zou ondersteunen, die mogelijk volgens artikel 85, lid 1, van het Verdrag onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Volgens de vierentwintigste en de vijfentwintigste overweging van de considerans van besluit 90/685 strekt het MEDIA-programma er ook toe een interne markt voor filmproducties te realiseren. Die markt moet echter krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag ook gebaseerd zijn op een onvervalste mededinging. Dit doel zou niet kunnen worden bereikt, wanneer de Commissie subsidies zou verlenen aan ondernemingen die met de gemeenschappelijke markt onverenigbare overeenkomsten. De Commissie mocht daarom bij de beslissing over de verlening van de financiering niet voorbijgaan aan het risico van vervalsing van de mededinging op de gemeenschappelijke markt, die door enkele marktdeelnemers zou kunnen worden veroorzaakt.

43. In dit verband heeft het Gerecht in punt 105 van het bestreden arrest uiteengezet, dat het verstrekken van leningen moeilijk verenigbaar zou zijn geweest met de redelijke voorwaarde, dat de Commissie geen structuren kan ondersteunen die onverenigbaar kunnen zijn met de mededingingsregels. Het Gerecht verwijst daarbij ook naar het hoofddoel van het MEDIA-programma: het bevorderen van de ontwikkeling van een sterke Europese audiovisuele industrie die elke uitdaging het hoofd kan bieden. Het verstrekken van leningen aan rekwiranten zou in casu wegens de beperkte middelen [13] ertoe hebben geleid, dat andere ondernemingen, wier activiteiten stellig wel verenigbaar waren met de mededingingsregels en die een distributienetwerk wilden of konden creëren of ontwikkelen, geen communautaire financiering zouden hebben ontvangen.

11 — Zie omtrent het begrip beoordelingsfout eveneens het arrest van het Hof van 15 juni 1993, Matra/Commissie (C-225/91, Jurispr. blz. I-3203, punt 25).

12 — Arrest van 21 januari 1999, Upjohn (C-120/97, Jurispr. blz. I-223, punt 34, met nadere gegevens).

13 — Zie punt 3 van deze conclusie, punt 8 van het bestreden arrest.

44. De motivering van het bestreden arrest druist derhalve niet in tegen artikel 85 van het Verdrag en verordening nr. 17. Het Gerecht heeft terecht geoordeeld, dat de Commissie ook bij de subsidieverlening ter bevordering van de filmindustrie inzonderheid de mededingingsregels van het Verdrag in acht moet nemen. De Commissie heeft derhalve de subsidiëring in de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid rechtmatig geweigerd. Daarom moet ook het derde middel worden verworpen.

45. Op grond hiervan moet de hogere voorziening in haar geheel worden afgewezen.

Kosten

46. Krachtens artikel 69, lid 2, van 's Hofs Reglement voor de procesvoering dat volgens artikel 118 ook van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen voor zover dit is gevorderd. De Commissie heeft gevorderd rekwiranten in de kosten te verwijzen. Aangezien deze in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij in de kosten van de hogere voorziening te worden verwezen.

E — Conclusie

47. Mitsdien geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

„1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Rekwiranten worden verwezen in de kosten van de procedure."