BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF
18 oktober 2002 *

In zaak C-232/02 P(R),

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

rekwirante,

betreffende hogere voorziening tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 4 april 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (T-198/01 R, Jurispr. blz. II-2153), en strekkende tot vernietiging van deze beschikking,

andere partij bij de procedure:

Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, gevestigd te Ilmenau (Duitsland), vertegenwoordigd door G. Schohe, Rechtsanwalt,

verzoekster in eerste aanleg,

* Procestaal: Duits.

geeft

DE PRESIDENT VAN HET HOF,

gehoord advocaat-generaal C. Stix-Hackl,

de navolgende

Beschikking

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 juni 2002, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen overeenkomstig artikel 50, tweede alinea, van het Statuut-EG van het Hof van Justitie hogere voorziening ingesteld tegen de beschikking van de president van het Gerecht van eerste aanleg van 4 april 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie (T-198/01 R, Jurispr. blz. II-2153; hierna: „bestreden beschikking"), en strekkende tot:

— vernietiging van deze beschikking,

— niet-ontvankelijkverklaring, subsidiair ongegrondverklaring van het verzoek van Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (hierna: „TGI") strekkende tot opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikking 2002/185/EG van de Commissie van 12 juni 2001 betreffende staatssteun van Duitsland ten gunste van Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, Duitsland (PB 2002, L 62, blz. 30; hierna: „litigieuze beschikking"),

— verwijzing van TGI in de kosten van de procedure voor het Hof.

2 Bij op 30 juli 2002 ter griffie van het Hof neergelegde memorie heeft TGI haar schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend.

3 De schriftelijke opmerkingen van partijen bevatten alle voor de beslissing op de hogere voorziening noodzakelijke inlichtingen, zodat geen mondelinge behandeling nodig is.

Rechtskader en aan het geding ten grondslag liggende feiten

4 Voor het rechtskader wordt verwezen naar de punten 1 tot en met 6 van de bestreden beschikking.

5 Wat de feiten betreft, blijkt uit de bestreden beschikking dat TGI een Duitse onderneming is die glas produceert. Bij twee overeenkomsten van 26 september 1994 en 11 december 1995 (hierna: „asset-deal 1" en „asset-deal 2") heeft TGI van de Treuhandanstalt, thans de Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (hierna: „BvS"), vier te Ilmenau in de deelstaat Thüringen gelegen lijnen voor de productie van glas overgenomen uit genationaliseerde goederen. Wegens liquiditeitsproblemen heeft TGI met de BvS onderhandelingen aangeknoopt die op 16 februari 1998 hebben geleid tot een overeenkomst waarbij de BvS afzag van de betaling van 4 miljoen DEM van de koopprijs op grond van asset-deal 1 (hierna: „kwijtschelding").

6 Bij brief van 1 december 1998 heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie in kennis gesteld van verschillende maatregelen ten gunste van TGI, waaronder de kwijtschelding.

7 Na inleiding van de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG, in het kader waarvan de Commissie onder meer op 28 augustus 2000 de opmerkingen van TGI en op 28 september 2000 die van Schott, een concurrent van TGI, heeft ontvangen, heeft zij op 12 juni 2001 de litigieuze beschikking gegeven.

8 Volgens artikel 1 van de litigieuze beschikking vormt de kwijtschelding met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG ten gunste van TGI. Ingevolge artikel 2 van deze beschikking dient de Bondsrepubliek Duitsland de steun, vermeerderd met rente, onverwijld terug te vorderen overeenkomstig de procedures van het Duitse recht. Artikel 3 verplicht haar om de Commissie binnen twee maanden na kennisgeving van de beschikking mede te delen, welke maatregelen zijn getroffen om aan de beschikking te voldoen.

Procedure voor het Gerecht en bestreden beschikking

9 Bij op 28 augustus 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft TGI beroep tot nietigverklaring van de litigieuze beschikking ingesteld. Bij op 15 oktober 2001 ter griffie van het Gerecht neergelegde afzonderlijke akte heeft zij voorts verzocht, de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de litigieuze beschikking op te schorten tot het arrest in de hoofdzaak dan wel tot een ander vast te stellen tijdstip.

10 Bij de bestreden beschikking heeft de kortgedingrechter het verzoek om opschorting onder verschillende in punt 2 van het dictum van deze beschikking genoemde voorwaarden toegewezen tot 17 februari 2003.

11 Blijkens de bestreden beschikking heeft de Commissie ter betwisting van de ontvankelijkheid van het verzoek in kort geding gesteld dat TGI had moeten wachten totdat een procedure tot terugvordering van de litigieuze steun bij de Duitse rechter aanhangig was gemaakt, om vervolgens alle haar ten dienste staande interne rechtsmiddelen in te roepen.

12 Onder verwijzing naar de arresten van 9 maart 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, Jurispr. blz. I-833, punten 17 en 18), en 30 januari 1997, Wiljo (C-178/95, Jurispr. blz. I-585, punt 21), was de kortgedingrechter in punt 54 van de bestreden beschikking van oordeel dat de begunstigde van een steunmaatregel niet in een nationale procedure de onwettigheid kan inroepen van een beschikking van de Commissie die de terugvordering van de verleende steun gelast. Daaruit leidde hij af dat deze ontvanger van steun, die bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van die beschikking instelt, in beginsel de kortgedingrechter om voorlopige maatregelen kan verzoeken. De door de Commissie aangehaalde en in de punten 56 en 57 van de bestreden beschikking geciteerde rechtspraak kan niet tot de conclusie leiden, dat een beroep dat bij de gemeenschapsrechter is ingesteld zonder dat de formele inleiding van een nationale procedure tot terugvordering van de steun is afgewacht, niet-ontvankelijk is.

13 In punt 55 van de bestreden beschikking was de kortgedingrechter van oordeel dat deze uitlegging wordt bevestigd door artikel 14, lid 3, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88] van het EG-Verdrag (PB L 83, blz. 1), volgens hetwelk met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde steun onverwijld en in overeenstemming met de procedures van de betrokken lidstaat moet worden teruggevorderd, onverminderd — uitsluitend — een kortgedingbeschikking van de gemeenschapsrechter.

14 Volgens de kortgedingrechter was het verzoek om opschorting dus ontvankelijk.

15 Over de gegrondheid van het verzoek bevat de bestreden beschikking de beoordeling door de kortgedingrechter van achtereenvolgens de fumus boni juris, de spoedeisendheid en de belangenafweging.

16 Wat om te beginnen de fumus boni juris betreft, verwees TGI naar de middelen die zij in het kader van haar beroep in de hoofdzaak heeft aangevoerd, en in het bijzonder naar het eerste en het derde middel, betreffende, respectievelijk, schending van artikel 87, lid 1, EG en van het recht van TGI op een eerlijke procedure.

17 Volgens het eerste middel van TGI vormde de subsidietoezegging van de deelstaat Thüringen geen staatssteun, aangezien zij werd gedaan in het kader van een door de Commissie goedgekeurd steunprogramma voor kleine en middelgrote ondernemingen (KMO), zoals zijzelf, in de betrokken regio, zodat de kwijtschelding na de niet-nakoming van deze toezegging onder dezelfde regeling viel. Volgens het derde middel van TGI had de Commissie onder meer in het kader van de formele onderzoeksprocedure de firma Schott, naast de door deze op 28 september 2000 ingediende opmerkingen, verzocht om aanvullende opmerkingen, die op 23 januari 2001 waren binnengekomen, maar die niet te harer kennis waren gebracht, zodat zij zich in strijd met haar recht niet heeft kunnen uitlaten over wezenlijke punten.

18 De beoordeling door de kortgedingrechter van deze twee middelen was in de bestreden beschikking geformuleerd als volgt:

„74 Om te beginnen dient met betrekking tot het eerste middel te worden opgemerkt, dat hetgeen [TGI] in haar aanvullende opmerkingen heeft

gezegd over de naar Duits recht bestaande aanspraak op aanpassing van overeenkomsten, geen nieuw middel in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering [van het Gerecht] lijkt te zijn. Het lijkt daarbij veeleer te gaan om verduidelijkingen, die in het licht van de schriftelijke opmerkingen van de Commissie naar voren zijn gebracht met betrekking tot de betekenis van de niet-nakoming van de beweerdelijk door de deelstaat Thüringen gedane toezegging.

75 Met betrekking tot het bewijs van het bestaan van die toezegging moet worden opgemerkt, dat de Commissie in de [litigieuze] beschikking geen rekening heeft willen houden met de niet-nakoming van de beweerde toezegging en de gevolgen daarvan, doch heeft volstaan met op te merken: ‚Eventuele aanspraken die [TGI] jegens de deelstaat Thüringen en de BvS mocht hebben, dienen gescheiden van elkaar te worden behandeld' (punt 82). [TGI] heeft dus gelijk waar zij stelt, dat de Commissie in de [litigieuze] beschikking het bestaan van de beweerde toezegging niet lijkt te hebben betwist. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat een beschikking als zodanig begrijpelijk moet zijn en niet naderhand, wanneer er reeds beroep tegen is ingesteld bij de gemeenschapsrechter, schriftelijk of mondeling kan worden gemotiveerd (arresten Gerecht [van 12 december 1996,] Rendo e.a./Commissie, [T-16/91, Jurispr. blz. II-1827], punt 45; 25 mei 2000, Ufex e.a./Commissie, T-77/95, Jurispr. blz. II-2167, punt 54, en 26 februari 2002, INMA en Itainvest/Commissie, T-323/99, [Jurispr. blz. II-545], punt 76). Bijgevolg kunnen de door de Commissie in haar aanvullende opmerkingen tot uitdrukking gebrachte twijfels omtrent het bestaan van genoemde toezegging, althans op het eerste gezicht, niet worden aanvaard.

76 Het begrip staatssteun is een juridisch begrip en moet worden uitgelegd op basis van objectieve elementen. Derhalve moet de kwalificatie van een overheidsmaatregel als nieuwe of bestaande steun door de Commissie in beginsel, en gelet op zowel de concrete gegevens van het geschil als het technische of ingewikkelde karakter van de door haar gemaakte beoordelingen, volledig door de gemeenschapsrechter worden getoetst (arrest Gerecht van 27 januari 1998, Ladbroke Racing/Commissie, T-67/94,

Jurispr. blz. II-1, punt 52, in hogere voorziening bevestigd bij arrest Hof van 16 mei 2000, Frankrijk/Ladbroke Racing en Commissie, C-83/98 P, Jurispr. blz. I-3271, punt 25, en beschikking [van de president van het Gerecht van 19 december 2001,] Government of Gibraltar/Commissie, [T-195/01 R en T-207/01 R, Jurispr. blz. II-3915], punt 75).

77 In casu stelt [TGI], dat de toegezegde subsidie onder een tevoren goedgekeurde steunregeling voor KMO [...] viel, zodat ook de kwijtschelding die werd verleend toen die toezegging niet werd nagekomen, als door die regeling gedekt moet worden beschouwd. Volgens het verzoekschrift in de hoofdzaak, waaraan het onderhavige verzoek refereert, mocht Duitsland op basis van die regeling steun ten belope van 43 % van de totale investering toekennen wanneer het een KMO betrof, in plaats van het in andere gevallen geldende maximum van 27 %. De Commissie heeft niet betwist, dat genoemd plafond in casu niet is overschreden. Haar argument, dat de gevolgen van het niet nakomen van de beweerde toezegging op dezelfde wijze moeten worden gekwalificeerd als de toezegging zelf, namelijk als niet-aangemelde staatssteun, kan, althans zonder grondiger onderzoek, het betoog van [TGI] niet ontkrachten.

78 In deze omstandigheden kan ook het aanvullende argument van de Commissie, dat [TGI] zich niet met succes op genoemde steunregeling kan beroepen aangezien zij bij gebreke van passend bewijs niet als KMO kan worden aangemerkt, op het eerste gezicht niet worden aanvaard. Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt, dat de Duitse regering tijdens de formele onderzoeksprocedure informatie heeft verstrekt om aan te tonen dat [TGI] een KMO is (punt 48 van de [litigieuze] beschikking). De Commissie heeft zich in de [litigieuze] beschikking op het standpunt gesteld, dat de vraag of [TGI] een KMO is, ‚[v]oor de beoordeling van de vraag of het afzien van de koopprijs verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, [...] niet van belang [is]' (punt 55), terwijl zij in de punten 7 en 8 heeft verklaard, dat [TGI] in 1997 226 werknemers en een omzet van 28 048 000 DEM (14 340 715 euro) had, terwijl de heer Geiß, haar grootaandeelhouder, toen tevens enig aandeelhouder was van twee — inmiddels niet meer bestaande — andere ondernemingen, waarvan er een 74 werknemers had.

79 [TGI's] betoog met betrekking tot het eerste middel kan dus op het eerste gezicht niet van de hand worden gewezen.

80 In verband met het derde middel zij er in de eerste plaats aan herinnerd, dat beschikkingen die de Commissie op het gebied van staatssteun geeft, tot de betrokken lidstaten zijn gericht (arrest [Hof van 2 april 1998] Commissie/Sytraval en Brink's France, [C-397/95 P, Jurispr. blz. I-1719], punt 45). Het is evenwel evident, dat de belangen van een ontvanger van steun ernstig kunnen worden geschaad door de aan het einde van een formele onderzoeksprocedure gegeven beschikking. Volgens vaste rechtspraak nu is de eerbiediging van de rechten van de verdediging in iedere procedure die kan leiden tot een nadelige handeling voor de persoon tegen wie de procedure is ingeleid, te beschouwen als een grondbeginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van enig specifiek voorschrift in acht moet worden genomen (zie in die zin arresten [Hof van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie, C-288/96, Jurispr. blz. I-8237], punt 99, [en 14 februari 1990, Frankrijk/Commissie, C-301/87, Jurispr. blz. I-307], punt 29, en [arrest Gerecht] van 14 december 2000, Ufex e.a./Commissie, [T-613/97, Jurispr. blz. II-4055], punten 85 en 86).

81 Over de verplichting van de Commissie om de belanghebbenden van de inleiding van een formele onderzoeksprocedure in kennis te stellen, heeft het Hof gezegd, dat de Commissie verplicht is ‚alle nodige adviezen in te winnen' indien zij na haar vooronderzoek twijfelt aan de verenigbaarheid van de betrokken maatregel met de gemeenschappelijke markt (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 39). Het is bovendien vaste rechtspraak, dat de bekendmaking van een mededeling in het Publicatieblad ‚er [...] slechts toe strekt, bij de belanghebbenden alle inlichtingen ter voorlichting van de Commissie met het oog op haar toekomstig beleid in te winnen' (arrest Hof van 12 juli 1973, Commissie/Duitsland, 70/72, Jurispr. blz. 813, punt 19, en arrest Gerecht van 22 oktober 1996, Skibsvaerftsforeningen e.a./Commissie, T-266/94, Jurispr. blz. II-1399, punt 256). Deze rechtspraak kent de belanghebben-

den vooral de rol toe van informatiebron voor de Commissie in het kader van een formele onderzoeksprocedure. Hieruit volgt, dat de belanghebbenden zich niet kunnen beroepen op de rechten van de verdediging zoals die zijn toegekend aan de personen tegen wie een procedure is ingeleid, maar enkel het recht hebben om, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, op passende wijze bij de procedure te worden betrokken (arresten Gerecht van 25 juni 1998, British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie, T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punten 59 en 60, en 14 december 2000, Ufex e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 89).

82 Overigens is het recht van een ontvanger van steun om te worden gehoord over een besluit om een formele onderzoeksprocedure in te leiden, thans met zoveel woorden erkend in artikel 20, lid 1, van verordening nr. 659/1999.

83 [TGI] betoogt in wezen dat, gelet op de ernstige gevolgen die de vaststelling van een negatieve beschikking aan het einde van de formele onderzoeksprocedure voor de begunstigde van een steunmaatregel kan hebben, het beginsel van goed bestuur en het billijkheidsbeginsel voor de Commissie de verplichting meebrachten, haar in de gelegenheid te stellen zich uit te laten over de belangrijke punten die tijdens die procedure aan de orde kwamen. Bij gebreke van rechtspraak ten aanzien van de vraag, welke rechten een dergelijke begunstigde precies heeft in vergelijking met die van de andere belanghebbenden bij bedoelde procedure, baseert [TGI] zich bij analogie op de recente rechtspraak van het Gerecht ter zake van de rechten van de verdediging (arresten [Gerecht van 19 februari 1998,] Eyckeler & Malt/Commissie, [T-42/96, Jurispr. blz. II-401], punten 75 e.v.; [10 mei 2001,] Kaufring e.a./Commissie, [T-186/97, T-187/97, T-190/97—T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97—T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 en T-147/99, Jurispr. blz. II-1337], punt 153, en [5 juni 2001,] ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi/Commissie, [T-6/99, Jurispr. blz. II-1523], punten 126, 128 en 130).

84 Zonder dat voor de onderhavige procedure behoeft te worden uitgemaakt of [TGI] zich kan beroepen op de door de Commissie begane en erkende schending van de rechten van de verdediging van de lidstaat tot welke de

[litigieuze] beschikking gericht is, moet worden vastgesteld, dat aan de ontvanger van staatssteun niet het algemene recht kan worden toegekend, zich uit te laten over alle potentieel belangrijke punten die tijdens de formele onderzoeksprocedure aan de orde komen. Uit de in punt 80 supra aangehaalde rechtspraak blijkt namelijk, dat een dergelijk recht niet bestaat (zie in dezelfde zin de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de bij het Hof aanhangige gevoegde zaken Italië/Commissie en SIM 2 Multimédia/Commissie, C-328/99 en C-399/00, punten 91 en 92). Het zou verder gaan dan het recht om te worden gehoord en erop neer kunnen komen, dat aan de ontvangers van steun een recht op een debat op tegenspraak met de Commissie wordt toegekend. Een dergelijk recht is tot nu toe altijd geweigerd aan alle belanghebbenden in de zin van artikel 88, lid 2, EG en artikel 20 van verordening nr. 659/1999 (arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, reeds aangehaald, punt 59).

85 Het is evenwel evident, dat de Commissie zich in een formele onderzoeksprocedure jegens alle belanghebbenden onpartijdig dient te gedragen. De op de Commissie rustende verplichting om alle belanghebbenden gelijk te behandelen, vormt de weerspiegeling van het recht op behoorlijk bestuur, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van de rechtsstaat die gemeen zijn aan de constitutionele tradities van de lidstaten (zie bij analogie arrest Gerecht van 30 januari 2002, [Max.mobil/Commissie], T-54/99, [Jurispr. blz. II-313], punt 48). Dit wordt bevestigd door artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, afgekondigd op 7 december 2000 te Nice (PB 2000, C 364, blz. 1; hierna: ‚Handvest van de grondrechten'), dat bepaalt: ‚Een ieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, billijk en binnen een redelijke termijn door de instellingen en organen van de Unie worden behandeld.' Ofschoon de begunstigde van een steunmaatregel, zoals hiervóór is gesteld, slechts in beperkte mate recht op deelneming en op informatie heeft, valt dus op het eerste gezicht niet uit te sluiten dat de Commissie, als verantwoordelijke voor de procedure, verplicht is hem de opmerkingen te doen toekomen waarom zij een concurrent uitdrukkelijk heeft verzocht naar aanleiding van de oorspronkelijk door die begunstigde ingediende opmerkingen. Zo de Commissie tijdens de procedure specifieke aanvullende informatie mocht inwinnen bij een concurrent van de begunstigde zonder deze laatste in de gelegenheid te stellen, van de opmerkingen van die concurrent kennis te nemen en eventueel daarop te reageren, dan zou zulks het nuttig effect van het aan de begunstigde toekomende recht om te worden gehoord, in ernstige mate kunnen aantasten.

86 Een dergelijke onregelmatigheid kan echter slechts tot nietigverklaring van de [litigieuze] beschikking leiden, indien de formele onderzoeksprocedure zonder die onregelmatigheid tot een ander resultaat had kunnen leiden (arrest [Duitsland/Commissie, reeds aangehaald], punt 101). Volgens de Commissie, die erkent op dit punt een procedurefout te hebben gemaakt, is dit in casu niet het geval, aangezien de aanvullende opmerkingen van de firma Schott geen enkele invloed hebben gehad op de [litigieuze] beschikking. [TGI] stelt daarentegen, dat die opmerkingen het besluit van de Commissie om de litigieuze steun niet goed te keuren, wel degelijk hebben beïnvloed, zoals haars inziens met name uit de punten 102 en 103 van de [litigieuze] beschikking blijkt [...]. Dienaangaande moet worden vastgesteld, dat die punten een belangrijk onderdeel vormen van het betoog op basis waarvan de Commissie tot de conclusie komt dat de litigieuze steun niet in overeenstemming is met het proportionaliteitsvereiste, een van de eisen waaraan een steunmaatregel moet voldoen om als met de gemeenschappelijke markt verenigbare herstructureringssteun te kunnen worden beschouwd. De Commissie heeft tijdens de tweede hoorzitting beklemtoond, dat de in de aanvullende opmerkingen van de firma Schott verstrekte informatie niet in aanmerking is genomen. Aangezien echter de verwijzing naar die opmerkingen in punt 103 — ook al wordt daar slechts van een ‚concurrent' van [TGI] gesproken — alsook die naar de vermeende ‚agressieve en marktvervalsende activiteiten' in punt 102 bij normale lezing aldus kan worden opgevat, dat daarmee op zowel de aanvullende als de oorspronkelijke opmerkingen van genoemde onderneming wordt gedoeld, zou de rechter in de hoofdzaak kunnen oordelen, dat de conclusie waartoe de Commissie in verband met de onderzochte maatregel is gekomen, door alle opmerkingen van de firma Schott is beïnvloed. Dit geldt te meer waar een van de door de Commissie aan de firma Schott gestelde vragen specifiek betrekking had op het vermeende ‚dumpingbeleid' van [TGI]. Er bestaat dus een reële mogelijkheid, dat de formele onderzoeksprocedure zonder bedoelde onregelmatigheid tot een ander resultaat had geleid.

87 Bijgevolg kan ook [TGI's] derde middel op het eerste gezicht serieus worden geacht.

88 Gelet op het voorgaande, lijken de door [TGI] aangevoerde middelen feitelijk en rechtens niet iedere grondslag te missen [beschikking president Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e.a.,

C-149/95 P(R), Jurispr. blz. I-2165, punt 26, en beschikking [president Gerecht van 8 december 2000], BP Nederland e.a./Commissie, [T-237/99 R, Jurispr. blz. II-3849], punt 37]. In deze omstandigheden kan het onderhavige verzoek niet wegens het ontbreken van fumus boni juris worden afgewezen, zodat moet worden onderzocht, of de voorwaarde van spoedeisendheid is vervuld."

19 In de punten 96 tot en met 109 van de bestreden beschikking was de kortgedingrechter vervolgens van oordeel dat ook was voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid, aangezien TGI zijns inziens afdoende aannemelijk had gemaakt dat zij in geval van onverwijlde tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking spoedig, zo niet onmiddellijk, in haar voortbestaan zou worden bedreigd.

20 Ten slotte stelde de kortgedingrechter het volgende inzake de belangenafweging vast:

„113 Indien de Commissie vaststelt dat een steunmaatregel door een staat of met staatsmiddelen bekostigd, niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, bepaalt zij volgens artikel 88, lid 2, eerste alinea, EG, dat de betrokken staat die steunmaatregel moet opheffen of wijzigen binnen de door haar vast te stellen termijn. Het algemeen belang uit hoofde waarvan de Commissie de haar bij artikel 88, lid 2, EG en artikel 7 van verordening nr. 659/1999 opgedragen taken uitoefent teneinde met name te verzekeren dat de werking van de gemeenschappelijke markt niet wordt verstoord door staatssteunmaatregelen waardoor de concurrentie wordt geschaad, is bijgevolg van bijzondere betekenis [zie in die zin beschikking van de president van de Vierde kamer (uitgebreid) van het Gerecht van 2 april 1998, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen en Hapag-Lloyd/Commissie, T-86/96 R, Jurispr. blz. II-641, punt 74, en beschikking Government of Gibraltar/Commissie, reeds aangehaald, punt 108]. De verplichting voor de betrokken lidstaat om een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel op te heffen, beoogt immers het herstel van de vroegere toestand (arresten Hof van 4 april 1995, Commissie/Italië, C-348/93, Jurispr. blz. I-673, punt 26, en [20 maart 1997,] Alcan Deutschland, [C-24/95, Jurispr. blz. I-1591], punt 23).

114 In het kader van een verzoek in kort geding dat strekt tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de door de Commissie opgelegde verplichting om door haar met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaarde steun terug te vorderen, moet bijgevolg het belang van de Gemeenschap normaliter, zo niet bijna altijd, voorrang hebben boven het belang dat de ontvanger van de steun erbij heeft, te vermijden dat de verplichting tot terugbetaling van de steun ten uitvoer wordt gelegd voordat het arrest in de hoofdzaak is gewezen.

115 Wanneer, zoals in casu, aan de voorwaarden betreffende de fumus boni juris en de spoedeisendheid is voldaan, kan evenwel niet worden uitgesloten, dat voorlopige maatregelen worden getroffen ten gunste van de begunstigde van een dergelijke steunmaatregel. Anders zou namelijk de door de artikelen 242 EG en 243 EG geboden mogelijkheid, zoals voorzien in artikel 14, lid 3, van verordening nr. 659/1999, om ook in zaken die betrekking hebben op staatssteun, een doeltreffende voorlopige rechtsbescherming te verkrijgen, nagenoeg illusoir kunnen worden gemaakt. Een dergelijke bescherming vormt een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht, dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben (arrest [Hof van 15 mei 1986,] Johnston, [222/84, Jurispr. blz. 1651], punt 18, en beschikking Gerecht van 11 januari 2002, Diputación Foral de Alava e.a./Commissie, T-77/01, [Jurispr. blz. II-81], punt 35). Een dergelijk beginsel is ook geformuleerd in de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten.

116 Nagegaan moet dus worden, of er in casu buitengewone omstandigheden zijn die zouden kunnen rechtvaardigen, dat bij de afweging van de op het spel staande belangen de schaal ten gunste van de voorlopige maatregelen doorslaat.

117 Ten eerste moet worden vastgesteld, dat de litigieuze steun, die slechts 4 miljoen DEM (2 045 167 euro) bedraagt, minder dan 6 % uitmaakt van de in totaal 67 425 000 DEM (34 473 855 euro) aan steun die [TGI] in het

kader van [asset-deal 1] en [asset-deal 2] heeft ontvangen. Bovendien betwist de Commissie niet dat, afgezien van de kwijtschelding, de meeste van die andere steunmaatregelen verenigbaar zijn met bestaande steunregelingen (punten 56-65 van de [litigieuze] beschikking). Pas nadat haar in 1998 die kwijtschelding was verleend, is [TGI] daadwerkelijk met haar economische activiteiten begonnen. Het lijkt dan ook irreëel om in casu aan te nemen, dat de onverwijlde terugbetaling van de litigieuze steun het herstel van een specifieke mededingingssituatie zoals die voorheen op de relevante glasmarkt(en) (in de punten 35 en 36 van de [litigieuze] beschikking wordt geen precieze markt aangegeven) bestond, mogelijk zou maken. Het is zeer wel mogelijk dat die terugbetaling, zoals [TGI] stelt, slechts zou leiden tot een versterking van de machtspositie van de firma Schott, de belangrijkste concurrent van [TGI] in de Gemeenschap en de enige onderneming die tijdens de formele onderzoeksprocedure van zich heeft laten horen. Deze onderneming, waarvan de machtspositie door de Commissie niet wordt betwist, heeft een beduidend hogere omzet dan [TGI]. Het is dan ook uitgesloten, dat de door [TGI] verlangde voorlopige maatregelen deze concurrent ernstige schade zullen berokkenen. Overigens is de firma Schott eveneens in de deelstaat Thüringen gevestigd.

118 Bijgevolg zijn er in de onderhavige zaak buitengewone en zeer specifieke omstandigheden die voor verlening van voorlopige maatregelen pleiten.

119 Gelet op het belang van de Gemeenschap bij de daadwerkelijke terugvordering van staatssteun, waaronder ook herstructureringssteun, die in beginsel wordt toegekend aan ondernemingen die in economische moeilijkheden verkeren, valt een volledige opschorting van de tenuitvoerlegging van de [litigieuze] beschikking tot het arrest in de hoofdzaak evenwel niet te rechtvaardigen.

120 Beperkte voorlopige maatregelen zijn daarentegen in dit zeer bijzondere geval gerechtvaardigd en passend ter verzekering van een doeltreffende voorlopige rechtsbescherming."

21 In deze omstandigheden werd de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking onder de in punt 2 van het dictum van de bestreden beschikking genoemde voorwaarden opgeschort tot 17 februari 2003.

De hogere voorziening

22 De hogere voorziening is gebaseerd op drie middelen: de bestreden beschikking berust op schendingen van het recht wat de ontvankelijkheid van het verzoek om opschorting, de beoordeling van de fumus boni juris en de belangenafweging betreft.

Het eerste middel

Argumenten van partijen

23 Volgens het eerste middel in hogere voorziening heeft de kortgedingrechter het recht geschonden met zijn oordeel dat het verzoek van TGI ontvankelijk was en hij dus bevoegd was.

24 Onder verwijzing naar de beschikkingen van 6 februari 1986, Deufil/Commissie (310/85 R, Jurispr. blz. 537, punt 22), en 15 juni 1987, België/Commissie (142/87 R, Jurispr. blz. 2589, punt 26), stelt de Commissie dat TGI eerst bij de nationale rechter beroep had moeten instellen om eventuele schade te voorkomen. In deze twee beschikkingen waren de verzoeken om opschorting niet-ontvankelijk verklaard, omdat verzoekers niet eerst de nationale rechts-

middelen hadden aangewend. De bestreden beschikking, die in wezen het gelijktijdig gebruik van twee rechtsmiddelen, het ene voor de gemeenschapsrechter en het andere voor de nationale rechter, toestaat, schendt het beginsel dat moet worden voorkomen dat voor eenzelfde rechtsvraag verschillende rechters bevoegd zijn.

25 Eerst nadat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput, kan een onderneming voor de gemeenschapsrechter gefundeerd stellen dat de opschorting noodzakelijk en dringend is.

26 Dit heeft het voordeel dat de betrokken onderneming voor de nationale rechter bijkomende grieven kan aanvoeren, met name inzake onregelmatigheden in de nationale terugvorderingsprocedure of op basis van het gewettigd vertrouwen en de rechtszekerheid.

27 Artikel 14, lid 3, van verordening nr. 659/1999, waarnaar de kortgedingrechter in punt 55 van de bestreden beschikking verwijst, richt zich in eerste instantie tot de lidstaten, die in feite slechts voor de gemeenschapsrechter om opschorting kunnen verzoeken.

28 In haar schriftelijke opmerkingen stelt TGI dat de benadering van de Commissie, indien zij werd gevolgd, zou ingrijpen in de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechter en de gemeenschapsrechter, in het kader waarvan enkel laatstgenoemde bevoegd is om een beschikking van de Commissie op haar wettigheid te toetsen en de tenuitvoerlegging ervan op te schorten.

29 TGI voegt daaraan toe dat er in casu geen nationale uitvoeringshandeling is waartegen zij voor de nationale rechter zou kunnen opkomen, en dat van haar

niet kan worden verlangd te wachten op de vaststelling van een dergelijke handeling om daartegen voor de nationale rechter op te komen, terwijl zij volgens voormeld arrest TWD Textilwerke Deggendorf tegelijk bij de gemeenschapsrechter om nietigverklaring van de litigieuze beschikking moet verzoeken.

Beoordeling

30 Het eerste middel in hogere voorziening is kennelijk ongegrond en moet zonder meer worden afgewezen.

31 Om te beginnen is het verzoek om opschorting in voormelde zaak Deufil/Commissie, anders dan de Commissie in punt 16 van haar verzoekschrift in hogere voorziening stelt, niet niet-ontvankelijk verklaard, maar ten gronde onderzocht, waarna de kortgedingrechter van oordeel was dat verzoekster niet had aangetoond dat was voldaan aan de voorwaarde inzake ernstige en onherstelbare schade. Hetzelfde geldt voor voormelde zaak België/Commissie, waarin overigens niet de steunbegunstigde, maar de verlenende lidstaat het verzoek had ingediend.

32 Verder is ingevolge artikel 104, lid 1, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van een handeling van een instelling slechts ontvankelijk indien de verzoeker bij het Gerecht beroep tegen die handeling heeft ingesteld.

33 De argumenten van de Commissie, die uitgaan van overwegingen van opportuniteit inzake de relatieve doeltreffendheid van de verschillende procedures, kunnen op het gebied van de controle op staatssteun niet leiden tot wijziging van

de in het vorige punt in herinnering gebrachte algemene regel en kunnen niet tot gevolg hebben dat een onderneming voorlopige rechtsbescherming voor de gemeenschapsrechter wordt ontzegd in het bijzondere geval dat zij beroep tot nietigverklaring heeft ingesteld tegen een beschikking van de Commissie waarbij de terugvordering van onverenigbare steun wordt gelast.

34 Het in punt 27 van de onderhavige beschikking weergegeven argument van de Commissie over artikel 14, lid 3, van verordening nr. 659/1999 behoeft geen nader onderzoek.

35 De overwegingen van de kortgedingrechter over deze bepaling in punt 55 van de bestreden beschikking zijn namelijk overwegingen ten overvloede in de redenering op basis waarvan hij het verzoek om opschorting ontvankelijk verklaarde.

36 De kortgedingrechter heeft het verzoek om opschorting dus terecht ontvankelijk verklaard.

Het tweede middel

Argumenten van partijen

37 Volgens het tweede middel van de Commissie heeft de kortgedingrechter met zijn beoordeling van de fumus boni juris het recht geschonden.

38 Om te beginnen, aldus de Commissie, volgt uit de logica van de bestreden beschikking dat er bij herstructureringssteun, die reeds naar de aard ervan ter voorkoming van dreigende insolventie wordt verleend, steeds spoedeisendheid zal zijn, zodat de tenuitvoerlegging van beschikkingen krachtens welke die steun moet worden teruggevorderd, steeds zonder nader onderzoek zal moeten worden opgeschort, om aldus te garanderen dat de betrokken onderneming kunstmatig in leven wordt gehouden. Om eerlijke mededingingsvoorwaarden te waarborgen, zouden in het kader van de opschorting van de tenuitvoerlegging van een beschikking inzake terugbetaling van herstructureringssteun ter beoordeling van de fumus boni juris dus veeleer bijzonder strenge criteria moeten worden toegepast, zodat de opschorting slechts bij wijze van uitzondering zou kunnen worden gelast.

39 Uit de bestreden beschikking blijkt evenwel dat de kortgedingrechter ter beoordeling van de fumus boni juris deze restrictieve benadering niet heeft gevolgd.

40 Volgens het eerste middel in eerste aanleg van TGI inzake de fumus boni juris, dat volgens de kortgedingrechter onderbouwd is met argumenten die op het eerste gezicht niet kunnen worden weerlegd, vormt de kwijtschelding geen steun, maar de compensatie voor een voorheen aan TGI gedane, maar niet nagekomen toezegging dat zij als begunstigde in aanmerking zou komen voor een goedgekeurde steunregeling.

41 Dienaangaande voert de Commissie een aantal argumenten tegen de bestreden beschikking aan.

42 Om te beginnen komt het middel van TGI erop neer dat een lidstaat zich aan de steunregeling kan onttrekken wanneer hij in het kader van een privaatrechtelijke overeenkomst over de verkoop van een onderneming gedeeltelijk onwettige en

kennelijk met de gemeenschapsmarkt onverenigbare steun toezegt, aangezien de begunstigde zich bij latere niet-betaling van deze steun zou kunnen beroepen op het wegvallen van een wezenlijke voorwaarde van de overeenkomst om prestaties te eisen die niet langer als steun, maar als een civielrechtelijke vergoeding zouden worden beschouwd.

43 Ook heeft de Bondsrepubliek Duitsland de kwijtschelding in de administratieve procedure niet aldus gerechtvaardigd.

44 Voorts heeft TGI niet aangetoond dat een dergelijke toezegging is gedaan.

45 Ten slotte kon de kortgedingrechter, zoals hij in punt 75 van de bestreden beschikking heeft gedaan, haar geen gebrekkige motivering van de litigieuze beschikking op dit punt verwijten, daar TGI in haar verzoekschrift deze grief niet had aangevoerd. De litigieuze beschikking is hoe dan ook afdoende gemotiveerd, aangezien de betrokken lidstaat dit punt in de administratieve procedure niet heeft opgeworpen, terwijl TGI, ook al had zij dit vermeld, haar stelling niet heeft bewezen.

46 Volgens het derde middel in eerste aanleg van TGI inzake de fumus boni juris is haar recht op een eerlijke procedure geschonden doordat de Commissie tijdens de formele onderzoeksprocedure niet rechtstreeks contact met haar heeft opgenomen en vragen heeft gesteld aan een concurrerende onderneming, die deze heeft beantwoord. Volgens TGI had zij zich moeten kunnen uitlaten over deze hoofdpunten die in de loop van de formele onderzoeksprocedure naar voren kwamen.

47 De Commissie herinnert eraan dat zij, zoals blijkt uit de punten 80 tot en met 87 van de bestreden beschikking, volgens de kortgedingrechter, althans op het eerste gezicht, onregelmatig had gehandeld door de opmerkingen van een concurrent niet aan TGI mee te delen, en dat er een reële mogelijkheid bestond dat de formele onderzoeksprocedure zonder deze onregelmatigheid een andere uitkomst had gehad.

48 Dienaangaande stelt de Commissie enerzijds dat zij in de procedure voor de kortgedingrechter erop had gewezen dat zij de litigieuze beschikking niet op de opmerkingen van een concurrent had gebaseerd.

49 Anderzijds berusten vooral de punten 85 en 86 van de bestreden beschikking op een rechtsschending, daar zij uitgaan van een vermeende verplichting van de Commissie om de steunbegunstigde in het kader van de formele onderzoeksprocedure in kennis te stellen van de haar door een concurrent van deze begunstigde meegedeelde opmerkingen met het verzoek om commentaar.

50 Volgens de Commissie beschikte TGI, die in de formele onderzoeksprocedure opmerkingen had ingediend, over geen enkel ander recht, noch krachtens een vermeende verplichting om de belanghebbenden gelijk te behandelen, noch krachtens artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten, noch bij toepassing naar analogie van de beginselen van voormeld arrest Max.mobil/ Commissie.

51 In haar schriftelijke opmerkingen over het tweede middel in hogere voorziening betwist TGI om te beginnen dat in een geval als het onderhavige de fumus boni juris aan de hand van bijzonder strenge criteria moet worden beoordeeld.

52 Met de algemene benadering van de Commissie wordt de voorlopige rechtsbescherming in strijd met het beginsel van doeltreffendheid van de bescherming van rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk.

53 TGI verwerpt ook de bezwaren van de Commissie tegen de beoordeling van de fumus boni juris in de bestreden beschikking. Wat de beoordeling van het eerste middel in eerste aanleg van TGI inzake de fumus boni juris betreft, herhaalt de Commissie in wezen alleen haar argumenten in eerste aanleg, zodat dit onderdeel van het tweede middel in hogere voorziening niet-ontvankelijk is. Wat de beoordeling van het derde middel in eerste aanleg van TGI inzake de fumus boni juris betreft — namelijk een procedurefout van de Commissie — probeert de Commissie, door te betwisten dat zij jegens TGI een mededelingsverplichting had, in strijd met artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in feite het voorwerp van het geding voor de kortgedingrechter te wijzigen, aangezien zij in eerste aanleg die fout had erkend.

Beoordeling

54 Om te beginnen moet worden ingegaan op het preliminaire argument van de Commissie dat er bij een beschikking die terugvordering van herstructureringssteun gelast, wegens de dreigende insolventie van de steunbegunstigde steeds sprake van spoedeisendheid is, zodat de fumus boni juris aan de hand van bijzonder strenge criteria moet worden beoordeeld.

55 Dit argument kan niet worden aanvaard in de door de Commissie gebruikte algemene en absolute termen.

56 De mogelijke insolventie van een onderneming betekent niet noodzakelijkerwijze dat is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid. In het kader van het onderzoek van de financiële overlevingskansen van een onderneming kan haar materiële situatie namelijk onder meer worden beoordeeld met inachtneming van de kenmerken van de groep waartoe zij via haar aandeelhouders behoort [beschikking van 15 april 1998, Camar/Commissie en Raad, C-43/98 P(R), Jurispr. blz. I-1815, punt 36], zodat de kortgedingrechter kan oordelen dat ondanks de te verwachten insolventie van de onderneming niet is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid.

57 Overigens zijn ondernemingen er reeds meermaals niet in geslaagd de spoedeisendheid te bewijzen van verzoeken tot opschorting van de tenuitvoerlegging van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun, waaronder herstructureringssteun (zie beschikking BP Nederland e.a./Commissie, reeds aangehaald; beschikkingen van 2 augustus 2001, Saxonia Edelmetalle/Commissie, T-111/01 R, Jurispr. blz. II-2335, en 12 juni 2002, Klausner Nordic Timber/Commissie, T-91/02 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

58 Bovendien kan de opschorting van de tenuitvoerlegging van een beschikking die de terugvordering van ongeoorloofde steun gelast, de negatieve gevolgen van deze steun voor de mededinging weliswaar verlengen, maar omgekeerd zal de onmiddellijke tenuitvoerlegging van een dergelijke beschikking normaal gesproken onomkeerbare gevolgen voor de begunstigde onderneming hebben, zonder dat van tevoren valt uit te sluiten dat de handhaving van de steun uiteindelijk wegens eventuele gebreken van de betrokken beschikking rechtmatig wordt verklaard.

59 De benadering van de Commissie kan dus niet zonder meer worden gevolgd, want zij zou de voorlopige rechtsbescherming buitensporig kunnen beknotten en de ruime beoordelingsvrijheid waarover de kortgedingrechter moet beschikken om de hem verleende bevoegdheden uit te oefenen, kunnen beperken [zie in die zin beschikking van 11 april 2002, NDC Health/IMS Health en Commissie, C-481/01 P(R), Jurispr. blz. I-3401, punt 58].

60 Dit geldt te meer daar TGI in het onderhavige geval opkomt tegen de kwalificatie van de kwijtschelding — die haars inziens zelfs geen steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG is — als herstructureringssteun. In deze omstandigheden kan de omvang van het onderzoek van de fumus boni juris door de kortgedingrechter niet afhangen van een premisse, namelijk het bestaan van een herstructureringssteun, die precies de kern van de beoordeling van de fumus boni juris vormt.

61 Bij de afweging van de betrokken belangen, waaronder het belang bij een niet-vervalste mededinging, kan, veeleer dan bij de beoordeling van de fumus boni juris, afdoende tegemoet worden gekomen aan de bezorgdheid van de Commissie.

62 Aangezien het preliminaire argument van de Commissie faalt, moeten haar grieven tegen de beoordeling door de kortgedingrechter van het eerste en het derde middel in eerste aanleg van TGI ten bewijze van de fumus boni juris, op hun eigen merites worden beoordeeld.

63 In de eerste plaats moet met betrekking tot het gedeelte van de bestreden beschikking inzake het eerste middel, volgens hetwelk de kwijtschelding geen steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt (punten 74 tot en met 79 van de bestreden beschikking), worden vastgesteld dat de hogere voorziening in wezen is gericht tegen het feitelijk oordeel van en het onderzoek van het bewijs door de kortgedingrechter.

64 Op basis van het onderzoek van de dossierstukken, waaronder de litigieuze beschikking en de motivering ervan, kwam de kortgedingrechter namelijk tot bepaalde voorlopige beoordelingen inzake het bestaan van een toezegging van de deelstaat Thüringen (punt 75 van de bestreden beschikking) en het feit dat deze

toezegging door een goedgekeurde steunregeling gedekt kon zijn (punt 77 van de bestreden beschikking), waaruit hij heeft afgeleid dat het betoog van TGI met betrekking tot haar eerste middel inzake de fumus boni juris, ondanks de opmerkingen van de Commissie, op het eerste gezicht niet kon worden afgewezen.

65 Die beoordelingen kunnen in hogere voorziening evenwel niet in twijfel worden getrokken.

66 Volgens artikel 225 EG en artikel 51, eerste alinea, van het Statuut-EG van het Hof van Justitie kan de hogere voorziening alleen rechtsvragen betreffen en moet zij gebaseerd zijn op middelen ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het gemeenschapsrecht door het Gerecht. Het Gerecht is als enige bevoegd om, enerzijds, de feiten vast te stellen, tenzij uit het hem voorgelegde dossier zou blijken dat zijn vaststellingen materieel onjuist zijn, en, anderzijds, die feiten te beoordelen.

67 Voorts is het Hof in beginsel niet bevoegd de bewijzen te onderzoeken waarop het Gerecht zich voor de vaststelling of de beoordeling van de feiten heeft gebaseerd. Wanneer de algemene rechtsbeginselen en de procedureregels inzake de bewijslast en de bewijsvoering in acht zijn genomen, staat het immers uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen, welke waarde aan de hem voorgelegde gegevens moet worden toegekend [beschikking van 25 juni 1998, Nederlandse Antillen/Raad, C-159/98 P(R), Jurispr. blz. I-4147, punt 68].

68 Het argument van de Commissie dat de kwijtschelding, ook al is daardoor de niet-betaling van een voorheen toegezegde steun gecompenseerd, toch een steunmaatregel is op dezelfde voet als de gecompenseerde maatregel, houdt geen rekening met de verklaring van TGI dat de oorspronkelijk toegezegde steun door een goedgekeurde steunregeling gedekt was, welke verklaring niet door de kortgedingrechter is afgewezen.

69 Voorzover het tweede middel in hogere voorziening betrekking heeft op de punten 74 tot en met de 79 van de bestreden beschikking, moet het dus gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond worden verklaard.

70 In de tweede plaats stelt de Commissie met betrekking tot het gedeelte van de bestreden beschikking inzake het derde middel in eerste aanleg van TGI ten bewijze van de fumus boni juris, volgens hetwelk haar recht op een eerlijke procedure was geschonden (punten 80 tot en met 87 van de bestreden beschikking), dat de kortgedingrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat zij gehouden was de steunbegunstigde de opmerkingen van een concurrent in het kader van de formele onderzoeksprocedure mee te delen, en dat de niet-mededeling van deze opmerkingen in casu van invloed was op de eindbeschikking.

71 Het argument van TGI dat dit middel in hogere voorziening een nieuw middel vormt en dus te laat is aangevoerd, kan niet worden aanvaard. De Commissie heeft in eerste aanleg weliswaar erkend dat zij de Duitse regering deze informatie had moeten meedelen, maar blijkens de processtukken voor het Gerecht heeft zij althans indirect betwist daartoe ook jegens de door de steun begunstigde onderneming gehouden te zijn.

72 Voorzover het tweede middel in hogere voorziening betrekking heeft op de punten 80 tot en met 87 van de bestreden beschikking, is het dus ontvankelijk.

73 Ten gronde moet om te beginnen worden opgemerkt dat het middel van de Commissie op een gedeeltelijk onjuiste lezing van de bestreden beschikking berust, aangezien de Commissie ervan lijkt uit te gaan dat de kortgedingrechter

haar gehouden heeft geacht, de steunbegunstigde de opmerkingen van een concurrent in het kader van de formele onderzoeksprocedure voor commentaar mee te delen.

74 Zoals blijkt uit punt 85 van de bestreden beschikking, geldt de mededelingsverplichting die volgens de kortgedingrechter op de Commissie rust, evenwel slechts voor „specifieke" opmerkingen „waarom zij een concurrent uitdrukkelijk heeft verzocht naar aanleiding van de oorspronkelijk door die begunstigde ingediende opmerkingen".

75 Het middel van de Commissie moet dus worden geacht te zijn gericht tegen een aldus afgebakende verplichting.

76 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat de betrokken procedurele verplichting, die volgens het voorlopige oordeel van de kortgedingrechter in punt 85 van de bestreden beschikking op de Commissie rustte, ook in een aldus afgebakende vorm geen steun vindt in verordening nr. 659/1999 of in de rechtspraak van het Hof.

77 Al was het middel van de Commissie op dit punt gegrond, dan nog blijft de conclusie van de kortgedingrechter over de fumus boni juris in punt 88 van de bestreden beschikking evenwel onverlet.

78 Zoals is vastgesteld in de punten 63 tot en met 69 van de onderhavige beschikking, is de Commissie namelijk niet erin geslaagd om het oordeel van de kortgedingrechter inzake het bestaan van een fumus boni juris naar aanleiding van het eerste middel in eerste aanleg van TGI te ontkrachten.

79 In deze omstandigheden moet het tweede middel in hogere voorziening worden afgewezen, zonder dat nader hoeft te worden ingegaan op de gegrondheid van de argumenten van de Commissie.

Het derde middel

Argumenten van partijen

80 Het derde middel van de Commissie richt zich tegen het oordeel van de kortgedingrechter dat er „buitengewone en zeer specifieke omstandigheden" waren die zouden kunnen rechtvaardigen om de schaal bij de afweging van de op het spel staande belangen ten gunste van de opschorting van de tenuitvoerleging te laten doorslaan, en stelt schending van het recht.

81 Haars inziens kunnen alleen dezelfde buitengewone en zeer specifieke omstandigheden als die waarmee in een procedure voor de goedkeuring van steun rekening kan worden gehouden, pleiten voor de verlening bij wijze van uitzondering van de voorlopige rechtsbescherming, welke omstandigheden in casu niet bestaan, en is het niet correct ervan uit te gaan dat de terug te betalen steun slechts een gedeelte van alle verstrekte steun vertegenwoordigt.

Beoordeling

82 Het is meteen al duidelijk dat dit middel niet kan slagen, aangezien het rechtstreeks de feitelijke oordelen van de kortgedingrechter betwist, hetgeen in hogere voorziening niet is toegestaan (zie de punten 66 en 67 van de onderhavige beschikking).

83 Blijkens de bestreden beschikking is de kortgedingrechter namelijk tegen de achtergrond van de bijzondere kenmerken van het concrete geval en op basis van gegevens die overigens relevant lijken, tot de slotsom gekomen dat er buitengewone en zeer specifieke omstandigheden waren.

84 Bovendien stelt de Commissie in haar verzoekschrift in hogere voorziening alleen hetgeen in punt 81 van de onderhavige beschikking is weergegeven, zonder een nadere motivering te geven.

85 Het derde middel in hogere voorziening moet dus niet-ontvankelijk worden verklaard.

86 Uit alle voorgaande overwegingen volgt dat de hogere voorziening moet worden afgewezen.

Kosten

87 Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij in de kosten worden verwezen.

DE PRESIDENT VAN HET HOF

beschikt:

1) **De hogere voorziening wordt afgewezen.**

2) **De Commissie van de Europese Gemeenschappen wordt verwezen in de kosten.**

Luxemburg, 18 oktober 2002.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias