CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON

van 8 november 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De twee door Irish Cement Limited ingestelde beroepen, het ene strekkende tot vaststelling dat de Commissie heeft nagelaten ter zake van aan Sean Quinn Quarries Limited (hierna: SQQL) verleende steun de procedure van artikel 93, lid 2, EEG-Verdrag in te leiden, en het andere strekkende tot nietigverklaring van de uitdrukkelijke weigering om diezelfde procedure in te leiden, leveren een ingewikkeld rechtsgeding op. Dit is ongetwijfeld het gevolg van de combinatie van vorderingen ingesteld op grond van de artikelen 173 en 175 EEG-Verdrag, met de in artikel 93 geregelde procedure voor steunmaatregelen van de staten.

2. Sedert de terechtzitting van 18 oktober jongstleden, die aan het onderzoek van de ontvankelijkheid van de beroepen was gewijd, is het duidelijk, dat deze ontvankelijkheid afhangt van het antwoord op twee soorten vragen:

— zijn de beroepen niet-ontvankelijk omdat zij neerkomen op een poging om een rechtsmiddel aan te wenden tegen een eerdere beschikking ten aanzien waarvan de termijn voor beroep is verstreken? [1]

— in ieder geval, is voldaan aan de „klassieke" voorwaarden van de artikelen 173 en 175 en, wat met name dit laatste artikel betreft, bestond er voor de Commissie een verplichting tot handelen?

Thans ga ik nader in op elk van deze vragen.

3. De schriftelijke vragen die het Hof aan partijen heeft gesteld, betreffen in de eerste plaats de kwestie of het antwoord van de Commissie van 14 mei 1985 een handeling is waartegen beroep kon worden ingesteld. Zowel verzoekster als de Commissie is van mening dat dit niet het geval is. Laatstgenoemde betwist overigens uitdrukkelijk, doch op andere gronden, de ontvankelijkheid van het beroep wegens nalaten.

4. Uit het onderzoek van de „correspondentie uit 1985" blijkt allereerst, dat in de brief van de raadslieden van Irish Cement van 17 april 1985 wordt gezegd dat die brief als een „formele klacht" moet worden aangemerkt. Meegedeeld wordt, dat de Northern Ireland Development Board op het punt staat om aan SQQL een steun te verlenen die hoger is dan die welke verzoekster zelf in het verleden heeft gekregen. Verder wordt melding gemaakt van de mededingingsdistorsies die de omstreden steun zou veroorzaken. Ten slotte wordt aangeboden aan de Commissie bijkomende inlichtingen te verstrekken over de schade die verzoekster dreigt te lijden, op voorwaarde dat wordt gewaarborgd dat die inlichtingen vertrouwelijk blijven.

* Vertaald uit het Frans.

1 — Zie het arrest van 10 december 1969 (gevoegde zaken 10 en 18/68, Eridania, Jurispr. 1969, blz. 459) en, in het kader van het EGKS-Verdrag, de arresten van 4 april 1960 (zaak 34/59, Elz, Jurispr. 1960, blz. 221) en 6 april 1962 (gevoegde zaken 21 en 26/61, Meroni, Jurispr. 1962, blz. 145).

5. In haar antwoord van 14 mei 1985 verklaart de Commissie, dat de aangemelde regionale steunregelingen, die zowel in de Ierse Republiek als in Noord-Ierland gelden, blijven binnen de grenzen die zij heeft bepaald bij de vaststelling van de beginselen op basis waarvan de verenigbaarheid van dit soort steunregelingen met de gemeenschappelijke markt wordt beoordeeld. Zij wijst erop, dat zij geen op de artikelen 92 tot en met 94 EEG-Verdrag gebaseerde bezwaren heeft gemaakt en dat de betrokken Lid-Staten derhalve, binnen de ter kennis gebrachte maxima, naar eigen goeddunken kunnen beslissen hoeveel steun zij voor een project toekennen. De Noordierse autoriteiten hebben dus het recht de omstreden steun toe te kennen zonder de Commissie om haar mening daaromtrent te vragen, net als de Ierse autoriteiten in het verleden een beslissing hebben kunnen nemen over de omvang van de aan verzoekster toegekende steun. Al kan de toepassing van deze steunregelingen in bepaalde gevallen tot distorsie van de mededinging leiden, toch kunnen deze regelingen overeenkomstig artikel 93, lid 3, verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden geacht wegens hun globale bijdrage aan de ontwikkeling van de minst begunstigde regio's. Na te hebben verklaard, dat de Northern Ireland Industrial Development Board naar eigen goeddunken subsidies tot een maximum van 50% kan toekennen, concludeert zij: *„there would be little point in submitting details of the potential damage to your client."*

6. Twee elementen lijken mij van belang voor de analyse van de aard van deze brief:

— de Commissie herinnert aan de regels die zij ter zake van toepassing acht;

— zij past die regels toe op de gewraakte situatie, daar tot tweemaal toe wordt verklaard dat de Noordierse autoriteiten binnen de toegestane limieten blijven.

Deze laatste vaststelling verdient de aandacht, omdat zij uitgaat van de instelling die juist belast is met het toezicht op wat deze autoriteiten ter zake van overheidssteun verrichten.

7. Kan deze brief evenwel worden beschouwd als de definitieve wilsuiting die een voor beroep vatbare handeling kenmerkt? Eén element belet mij deze vraag zonder meer bevestigend te beantwoorden. De uitdrukking *„there would be little point"* wekt eigenlijk de indruk „dat de deur niet volledig is dicht gedaan". Zij is het equivalent van de Franse uitdrukking „il n'y aurait guère d'intérêt".

8. Ik ben er mij wel van bewust, hoe zinloos elke poging tot bepaling van de draagwijdte van een dergelijke zinswending in een administratieve correspondentie wel is. De litotes en het eufemisme zijn daar veel voorkomende stijlfiguren. Het is begrijpelijk, dat men bij de afwijzing van het door verzoeksters advocaten gedane aanbod om bijkomende inlichtingen te verstrekken, elke grofheid wil vermijden en daarom gebruik maakt van het „understatement".

9. Er dient hier evenwel te worden herinnerd aan de bewoordingen van het arrest Henricot, waarin het Hof overwoog:

„... dat de noodzakelijke rechtsbescherming van alle belanghebbenden meebrengt, dat

deze een beschikking reeds aan haar uiterlijk kunnen herkennen nu deze zo zwaar wegende rechtsgevolgen kan hebben en met name slechts binnen een dwingende beroepstermijn kan worden aangetast;

dat het in het bijzonder noodzakelijk is, dat een besluit, om als beschikking te kunnen gelden, degenen tot wie het zich richt, in staat stelt *duidelijk* te onderkennen dat zij met zulk een rechtshandeling te doen hebben." [2]

10. De Commissie geeft zelf toe, dat de betrokken formule onduidelijk is. Met toepassing van de hiervoor genoemde beginselen stel ik vast dat, aangezien die onduidelijkheid niet kan worden uitgesloten, die brief niet als een overduidelijk definitieve wilsuiting kan worden aangemerkt.

11. Voor het geval het Hof zou oordelen, dat ik bij mijn onderzoek te veel scrupules aan de dag leg en dat de betrokken brief een voor beroep vatbare handeling was, merk ik nog het volgende op. Uit de procedures van 1986 blijkt, dat de steun aan SQQL werd toegekend op basis van het door het Department of Economic Development (DED) beheerde Standard Capital Grants Scheme (SCGS). Zowel de aanvankelijke klacht van verzoekster als het antwoord van de Commissie had evenwel betrekking op steun toegekend door de Northern Ireland Development Board, die een andere regionale steunregeling, de Selective Financial Assistance Grant (SFA), beheert. Gebleken is weliswaar, dat de Commissie voor elk van beide regelingen tot dezelfde conclusie is gekomen, doch ik ben er niet van overtuigd, dat de hiervoor genoemde vaststelling bij een nauwkeurige juridische analyse volstrekt verwaarloosbaar blijkt. Mijns inziens staat zij eraan in de weg, dat het Hof de twee beroepen niet-ontvankelijk verklaart op de enkele grond dat de brief van 14 mei 1985 een beslissend karakter had.

12. Thans ga ik over tot het „klassieke" onderzoek van de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van de beroepen. Allereerst moeten enkele opmerkingen worden gemaakt over het feit dat het beroep wegens nalaten is gevolgd door een beroep tot nietigverklaring van de brief van 14 juli 1986, waarbij de Commissie aan verzoekster heeft medegedeeld dat zij niet zou optreden.

13. In het kader van het EGKS-Verdrag heeft advocaat-generaal Mayras overwogen, dat in een dergelijk geval het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk is, omdat het dan noodzakelijkerwijs is gericht tegen een bevestiging van de impliciete weigering tot handelen voortvloeiend uit het verstrijken van de termijn van twee maanden ingaande op het ogenblik van de uitnodiging tot handelen. [3]

14. Deze oplossing kan mijns inziens hier niet worden toegepast. In artikel 175 EEG-Verdrag, dat anders dan artikel 35 EGKS-Verdrag niet voorziet in een „soort beroep tot nietigverklaring" [4], is de fictie van het stilzwijgend genomen besluit tot weigering immers verlaten; zonder hier nader in te gaan op de theoretische vraag naar de aard van het beroep van artikel 175, wijs ik er eenvoudig op, dat dit beroep overduidelijk erop is gericht het nalaten te doen vaststellen, en daardoor verschilt van het beroep van artikel 173, dat de nietigverklaring van de betrokken handeling beoogt. Ik ben dan ook van mening, dat het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde geschillencomplex een afzonderlijk onderzoek van de ontvankelijkheid van elk van beide beroepen verlangt.

2 — Arrest van 5 december 1963, gevoegde zaken 23, 24 en 52/63, Henricot, Jurispr. 1963, blz. 461, 476 (cursivering van mij).

3 — Conclusie van advocaat-generaal Mayras in de gevoegde zaken 109 en 114/75, die zijn doorgehaald bij beschikking van 2 maart 1977, Jurispr. 1977, blz. 381, 386.

4 — Conclusie van advocaat-generaal Caportorti in zaak 125/78, Gema, Jurispr. 1979, blz. 3193, 3200.

15. Verder zij erop gewezen, dat er een termijn van ongeveer elf maanden is verstreken tussen het antwoord van de Commissie van 14 mei 1985 en verzoeksters uitnodiging tot handelen van 28 maart 1986. Volgens de rechtspraak van het Hof mag er niet meer dan een redelijke termijn [5] verstrijken tussen het ogenblik waarop de verzoeker het stilzitten van de betrokken instelling heeft vastgesteld, en het tijdstip waarop hij zich krachtens artikel 35 EGKS-Verdrag tot het Hof wendt. Afgezien van de theoretische bespiegelingen die omtrent het verschil tussen het beroep van artikel 35 EGKS-Verdrag en dat van artikel 175 EEG-Verdrag mogelijk zijn, brengen ook

„de eisen van rechtszekerheid en van continuïteit in het gemeenschapsoptreden" [6]

mede dat

„de uitoefening van het recht zich tot de Commissie te wenden, niet onbeperkt mag worden uitgesteld". [7]

16. In zaak 59/70 (Nederland/Commissie), waar het stilzitten van de administratie overduidelijk was, heeft het Hof geoordeeld, dat de verzoekende Lid-Staat

„de in het Verdrag te zijner beschikking gestelde procedures en beroepsmogelijkheden zo tijdig moet aanwenden dat een doeltreffende ingreep nog mogelijk is en de positie van derden niet nodeloos wordt aangetast",

en dat een termijn van achttien maanden derhalve niet redelijk is te achten.

17. Geldt deze conclusie in dezelfde mate wanneer de verzoeker een particulier is? Het principe kan mijns inziens niet worden betwist. Zonder terug te komen op de juridische analyse van het antwoord van 14 mei 1985, dient in het onderhavige geval te worden opgemerkt, dat uit die brief alleszins bleek dat de Commissie niet van plan was te handelen.

18. Verzoekster heeft herhaaldelijk de wens geuit, dat haar beroep bij voorrang, ja zelfs onverwijld, zou worden behandeld. Dit aandringen moet worden geplaatst naast het feit dat verzoekster ongeveer een jaar heeft gewacht alvorens zich tot de Commissie te wenden. Ik wil niet zover gaan te suggereren, dat dit aandringen was ingegeven door andere overwegingen dan het enkele streven naar een snelle oplossing van het geschil, zoals bij voorbeeld de enkele bedoeling om op een handige manier de aandacht af te leiden van het feit dat zij te lang had gewacht alvorens zich tot de Commissie te wenden...

19. Opgemerkt zij evenwel, dat de steunmaatregelen van de staten een ingewikkelde materie zijn, waar de meest alerte onderneming het moeilijk kan hebben om snel de „rode draad" te vinden die door de toepasselijke bepalingen en regelingen loopt. [8] Dit blijkt uit de aanvankelijke onzekerheid over de vraag, op basis van welke regeling de steun aan SQQL was toegekend, en uit de „materiële" vergissing van de Commissie, die het Hof een document betreffende de regionale steunregelingen in het Verenigd Koninkrijk heeft overgelegd, dat juist niet betrekking had op Noord-Ierland. Derhalve

5 — Arrest van 6 juli 1971, zaak 59/70, Nederland/Commissie, Jurispr. 1971, blz. 639; zie ook de conclusie van advocaat-generaal Roemer in de gevoegde zaken 24 en 34/58, Chambre syndicale de la sidérurgie de l'Est de la France, Jurispr. 1960, blz. 631.

6 — Zaak 59/70, reeds aangehaald.

7 — Ibid.

8 — Verder zij gewezen op het ogenschijnlijke gebrek aan „transparantie" en „openbaarheid" van deze materie. Zie met name: Despina Schina, *State aids under the EEC treaty*, ESC Publishing Limited Oxford, 1987, inzonderheid blz. 175 en 177, waar de auteur verklaart: „The Commission could do a great deal to improve the transparency and efficiency of its procedure relating to the control exercised on state aids."

ben ik van mening dat, gezien de omstandigheden van het onderhavige geval, de termijn niet als overdreven lang kan worden aangemerkt.

20. In zijn conclusie in zaak 169/84, (Cofaz) [9], verklaarde advocaat-generaal VerLoren van Themaat, dat het in die zaak niet ging om de vraag of een derde belanghebbende een beroep wegens nalaten kan instellen om te verkrijgen dat de procedure van artikel 93, lid 2, wordt ingeleid. Dit is dus de eerste keer dat dit probleem aan het Hof wordt voorgelegd. [10]

21. Allereerst zij erop gewezen, dat het beroep binnen de in artikel 175 bepaalde termijn bij het Hof is ingesteld.

22. Ik deel de opvatting van de advocaten-generaal [11] bij het Hof, volgens wie een beroep krachtens artikel 175 slechts ontvankelijk is, wanneer een verplichting tot handelen bestaat. Derhalve moet worden nagegaan, of de Commissie in het onderhavige geval *verplicht* was, de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden door de belanghebbenden aan te manen hun opmerkingen te maken. Volgens de Commissie is het beroep niet-ontvankelijk. Haar standpunt is, zakelijk weergegeven, het volgende. Individuele steun toegekend op basis van een bestaande regionale steunregeling, kan niet het onderwerp zijn van een procedure als bedoeld in artikel 93, lid 2. In het geval van een bestaande steun moet immers eerst de procedure van artikel 93, lid 1, met andere woorden het voortdurend onderzoek, worden gevolgd. Deze bestaat uit een dialoog tussen de Commissie en de Lid-Staten, waarvan de particulieren zijn uitgesloten. Bovendien kan de procedure van artikel 93, lid 2, in ieder geval slechts leiden tot wijziging van de regeling voor de toekomst en in geen geval gevolgen hebben voor een specifieke steun die op basis van een bestaande regeling is toegekend. De beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen staan daaraan in de weg.

23. Verzoekster, die ter terechtzitting zelf heeft verklaard een „radicaal" standpunt in te nemen, betoogt, dat elke individuele steun toegekend op basis van een bestaande steunregeling, een nieuwe steun is waarvoor de aanmeldingsplicht geldt. Bijgevolg was de Commissie verplicht de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden met betrekking tot een steun als die welke SQQL ontvangt en die „in bepaalde opzichten onverenigbaar" met de gemeenschappelijke markt was.

24. Alvorens de voor het Hof verdedigde standpunten te onderzoeken, dient de regeling van artikel 93 in herinnering te worden gebracht. Daartoe grijp ik terug op de uiteenzetting van advocaat-generaal Mayras [12]:

9 — Arrest van 28 januari 1986, zaak 169/84, Cofaz, Jurispr. 1986, blz. 391.

10 — De beschikking van 11 juli 1979 (zaak 59/79, Jurispr. 1979, blz. 2425) betrof een beroep wegens nalaten, gericht op het verkrijgen van een beschikking waarbij een steunmaatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zou worden verklaard, en ingesteld door een verzoeker die in het kader van een reeds ingeleide procedure als bedoeld in artikel 93, lid 2, zijn opmerkingen had meegedeeld. Zie ook R. Joliet, in *Le droit institutionnel des Communautés européennes, Le contentieux*, Luik, 1981, blz. 160, volgens wie particulieren geen beroep wegens nalaten kunnen instellen om een beschikking als bedoeld in artikel 93, lid 2, te verkrijgen.

11 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Roemer in de gevoegde zaken 10 en 18/68, Eridania, reeds aangehaald: „Essentieel... is..., dat een gemeenschapsorgaan door stilzitten het Verdrag heeft geschonden. Daaruit volgt, dat (dit orgaan) verplicht moet zijn geweest tot handelen, terwijl de enkele mogelijkheid daartoe, in gevallen waarin de administratie over een discretionaire bevoegdheid beschikt, niet voldoende is"; conclusie van advocaat-generaal Gand in zaak 6/70, Borromeo, Jurispr. 1970, blz. 815, 822; en ook de conclusie van advocaat-generaal Sir Gordon Slynn in zaak 246/81, Lord Bethell, Jurispr. 1982, blz. 2277, 2296. Voor de doctrine, zie met name E. Reuter, „Le recours en carence de l'article 175 du traité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes", *Cahiers de Droit Européen*, 1972, blz. 159, 173.

12 — Conclusie in zaak 70/72, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1973, blz. 813, 834, 835 en 836.

„In artikel 93 van het Verdrag worden twee radicaal verschillende situaties onderscheiden.

— Het eerste lid betreft in de Lid-Staten *bestaande steunregelingen*; de Commissie is hier enerzijds bevoegd tot onderzoek en tot het doen van voorstellen en mag anderzijds bedoelde Staten bevelen geven en besluiten nemen, welke bevelen en besluiten eventueel door Hof van Justitie kunnen worden getoetst. Na een dergelijke steunregeling, de betrokken Staat gehoord, te hebben onderzocht, kan zij beginnen met die Staat de maatregelen voor te stellen welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist. Deze voorstellen behelzen eenvoudige, voor betrokkene niet verbindende, ‚aanbevelingen' in de zin van artikel 189, laatste alinea, van het Verdrag.

— Het tweede lid van artikel 93 gaat veel verder. Vindt de Commissie redenen om te veronderstellen dat een bestaande steunregeling mogelijkerwijs niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is — anders gezegd: komt zulk een regeling haar ‚verdacht' voor —, dan moet zij een *procedure* volgen die begint met een aanmaning gericht tot de staten en andere belanghebbenden, dus de op enigerlei wijze bij de regeling betrokken natuurlijke en rechtspersonen, die dan de gelegenheid krijgen hun opmerkingen te maken.

Stelt de Commissie na bestudering dezer maatregelen vast dat de steunmaatregel niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is, dan is zij bevoegd te bepalen dat de betrokken staat die maatregel binnen de door haar vast te stellen termijn moet opheffen of wijzigen. Zodanig besluit is voor tenuitvoerlegging vatbaar...

Ten slotte volgt, wat bestaande steunmaatregelen betreft, uit het systeem van artikel 93, lid 2, dat wanneer de Commissie bevoegd is een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar te verklaren, haar besluit *slechts voor de toekomst* werkt. Er kan — in de lijn van een door de Lid-Staten en het Hof gezamenlijk aanvaard algemeen rechtsbeginsel — geen terugwerkende kracht aan toekomen. Het is een constitutieve en geen declaratoire beslissing. Het verbod der steunmaatregelen c. q. de verplichting haar te wijzigen, vloeit uit dit besluit — en daaruit alleen — voort.

Een andere uitlegging van artikel 93 zou neerkomen op een miskenning van door derden verkregen rechten, de rechtszekerheid volkomen ondergraven en ook bij de toepassing tot onoverkomelijke moeilijkheden leiden.

De situatie is geheel verschillend wanneer de Commissie te maken krijgt met een project tot invoering — of wijziging — van een steunmaatregel. Uit een project vloeien geen subjectieve rechten voort. Men heeft daarom in dit geval gemeend de Commissie de zeer vergaande bevoegdheid te mogen toekennen zich tegen de tenuitvoerlegging van voorgenomen maatregelen te verzetten, wanneer zij deze — in voege als bedoeld in artikel 92 — met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar acht."

25. Met betrekking tot de „overgang" van de ene naar de andere categorie dient te worden gepreciseerd, dat een nieuwe steunmaatregel die

„na de kennisgeving van een positieve beschikking van de Commissie in werking wordt gesteld, een ‚bestaande steunmaatregel' wordt, die als zodanig aan het voortdurend onderzoek bedoeld in artikel 93, lid 1, is onderworpen." [13]

13 — Arrest van 20 maart 1984, zaak 84/82, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1984, blz. 1451, 1488, r. o. 12.

Ten slotte vallen de wijzigingen van de „bestaande steunmaatregelen" volgens artikel 93, lid 3, onder de categorie „nieuwe steunmaatregelen".

26. De structuur van artikel 93 kan derhalve aldus worden samengevat:

— in het geval van een bestaande steunregeling geldt een in het kader van artikel 93, lid 2, gegeven beschikking slechts voor de toekomst [14];

— in het geval van nieuwe steunmaatregelen wordt iedere tenuitvoerlegging die tot teruggave aanleiding kan geven, opgeschort totdat de steunmaatregel een bestaande steunmaatregel wordt doordat hij door de Commissie wordt goedgekeurd of doordat een redelijke termijn verstrijkt zonder dat de Commissie reageert.

27. Alleen al tegen de achtergrond van deze analyse lijkt verzoeksters stelling onhoudbaar. Ik herhaal, dat volgens verzoekster elke individuele steunmaatregel een nieuwe steunmaatregel is, waarvoor de aanmeldingsplicht geldt en met betrekking tot welke de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, moet inleiden, wanneer hij in bepaalde opzichten overenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Welnu, wat kan het beginsel, volgens hetwelk een ter zake van een bestaande steunregeling gegeven niet-onverenigbaarheidsbeschikking als bedoeld in artikel 93, lid 2, slechts voor de toekomst werkt, anders betekenen dan dat individuele steun die (vóór de beschikking) ter uitvoering van die regeling is verleend, niet in geding kan worden gebracht? Het door verzoekster gemaakte onderscheid tussen de bestaande steunregeling en de individuele maatregelen kan niet worden aanvaard, voor zover deze laatste daarbij als „nieuwe steunmaatregelen" in de zin van artikel 93 worden aangemerkt.

28. In dit verband zij gewezen op het arrest Lorenz [15], waarin het Hof heeft geantwoord op de vraag, onder welke voorwaarden een overeenkomstig artikel 93, lid 3, bij de Commissie aangemelde nieuwe regionale steunregeling bij stilzitten van die instelling een bestaande steunregeling wordt. Het Hof oordeelde, dat de Lid-Staat, na het verstrijken van een redelijke termijn en na de Commissie daarvan op de hoogte te hebben gebracht, *„de voorgenomen steunmaatregel tot uitvoering kan brengen"*, waarna de steunmaatregel als bestaande steunmaatregel onder de bepalingen van artikel 93, leden 1 en 2, zal vallen. Het arrest is dus zeer duidelijk: een bestaande regeling werkt en wordt uitgevoerd zonder dat bij de vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen de procedure van artikel 93, lid 3, moet worden gevolgd.

29. Laatstgenoemde maatregelen vormen de uitvoering van een bestaande regeling. Dit is, anders dan verzoekster stelt, geen beleid van „machtigingen en bloc". Het is het logische gevolg van de omstandigheid, dat regionale steunregelingen *„een concrete vorm aannemen"* onder de regeling van artikel 93, lid 1, EEG-Verdrag.

30. Het onderzoek dat de Commissie op grond van deze bepaling verricht, stelt haar in staat, tezamen met de Lid-Staten de werking van de regeling te beoordelen en, zo nodig, wijzigingen voor te stellen. Indien deze wijzigingen door de betrokken Lid-Staat worden geweigerd, kunnen zij via de procedure van artikel 93, lid 2, worden op-

14 — Conclusie van advocaat-generaal Mayras, reeds aangehaald; conclusie van advocaat-generaal Warner in zaak 173/73, Italië/Commissie, Jurispr. 1974, blz. 709, 723: „Met name werkt de bevoegdheid van de Commissie om te beslissen dat de betrokken staat een bestaande steunmaatregel moet opheffen of wijzigen, alleen voor de toekomst. De beslissing heeft geen terugwerkende kracht of declaratoire werking"; conclusie van advocaat-generaal Reischl in zaak 120/73, Lorenz (arrest van 11 december 1973), Jurispr. 1973, blz. 1471.

15 — Zaak 120/73, reeds aangehaald.

gelegd, maar, het zij herhaald, enkel voor de toekomst. De uitzonderlijke, preventieve controle van „belangrijke gevallen" [16], die het algemene toezicht op de inachtneming van de desbetreffende voorschriften beoogt te versterken, wordt overigens uitgeoefend om zich ervan te vergewissen, dat wat de regeling beoogt, te weten een compromis tussen het „minus" aan concurrentie dat het gevolg is van de steun, en het „plus" aan industrialisering en ontwikkeling, ook wordt gerespecteerd wanneer bijzonder veel financiële steun wordt verleend.

31. Hoe ingenieus de analyse van Irish Cement ook moge zijn, zij berust op een exegetische en letterlijke lezing van artikel 93 EEG-Verdrag, die geen rekening houdt met de interne logica van die bepaling en voorbijgaat aan de strekking van het begrip bestaande regeling in artikel 93, lid 1.

32. Verzoekster is zich overigens bewust van een van de gevolgen van haar stelling: waarom regionale regelingen goedkeuren, wanneer de Staten in ieder geval alle uitvoeringsmaatregelen moeten aanmelden? Om deze vraag te voorkomen, suggereert Irish Cement — evenwel ten onrechte —, dat de goedkeuring van de regeling de Staat toelaat de steun te „plannen", met „goede kansen" dat de individuele maatregelen zullen worden goedgekeurd. Met andere woorden, de goedkeuring van een regeling heeft geen enkel rechtsgevolg. Wanneer men verzoeksters voorstellen „ad absurdum" doortrekt, is het zelfs niet nodig de nieuwe regionale steunregelingen aan te melden, aangezien in ieder geval de individuele maatregelen moeten worden aangemeld...

33. De nadruk waarmee Irish Cement stelt dat de individuele maatregelen moeten worden aangemeld, heeft uiteraard niet tot doel het Hof tot een ongewone uitlegging van artikel 93 te bewegen. Het inleiden van de procedure van artikel 93, lid 2, met betrekking tot een individuele steun als die welke aan SQQL is toegekend, stuit allereerst op de „zekerheid" waarmee de werking van een bestaande steunregeling moet worden omringd. Om dit bezwaar uit de weg te ruimen, moet men wel zijn toevlucht nemen tot de redenering van verzoekster, die uiteindelijk erop is gericht, via de eis dat elke individuele maatregel moet worden aangemeld, te voorkomen dat haar in het onderhavige geval de rechtszekerheid wordt tegengeworpen.

34. Er dient evenwel op te worden gewezen dat, gezien de belangrijke gevolgen die zijn verbonden aan de omstandigheid dat een regeling reeds bestaat, strikt de hand moet worden gehouden aan de aanmelding van de wijzigingen ervan. Vaststaat dienaangaande, dat het SCGS dateert van vóór de toetreding van het Verenigd Koninkrijk en derhalve een bestaande regeling is. Bij lezing van de Franse versie van de memories van de Commissie en de bijlagen daarbij, kan evenwel veel verwarring ontstaan omtrent de „evolutie" van het SCGS. In die memories wordt immers gezegd, dat de Order van 1982 niet is aangemeld omdat hij geen materiële wijzigingen bevat, terwijl in de brief van de Permanente vertegenwoordiging van het Verenigd Koninkrijk wordt verklaard, dat de Order de bestaande regeling heeft versterkt („renforcé"). In de originele Engelse tekst wordt evenwel het woord „consolidated" gebruikt. De *Concise Law Dictionary* leert ons, dat het woord „consolidated" in de juridische terminologie „gecodificeerd" en niet „versterkt" betekent. In deze omstandigheden kan overigens worden aanvaard, dat een wijziging („with

16 — Deze moeten worden geplaatst naast de gevallen waarin op grond van een „steuncode" kan worden geëist, dat alle steunvoornemens, ongeacht de rechtsregeling waarop zij berusten, worden aangemeld; in dat geval is de in artikel 93, leden 2 en 3, neergelegde procedure voor „nieuwe steunmaatregelen" ook van toepassing wanneer het steunvoornemen op een bestaande regeling berust; dit zijn evenwel juist materiële uitzonderingen op de aangehaalde beginselen.

amendment") bestaande in een bestuurlijke herschikking van de regeling, gelijk de Commissie en het Verenigd Koninkrijk de Order van 1982 begrijpen, niet behoeft te worden aangemeld voor zover zij het effect van de regeling op geen enkele wijze versterkt. [17]

35. De in 1985 aangebrachte wijzigingen zijn, zij het na hun vaststelling, ter kennis gebracht van de Commissie, die daartegen geen op de artikelen 92 tot en met 94 gebaseerde bezwaren heeft gemaakt. De wijziging van 1983 ten slotte is weliswaar niet aangemeld, doch het ging om een besluit waarbij werd bepaald welk bedrag beschikbaar was voor het verlenen van steun op basis van de betrokken regeling.

36. Indien het Hof deze analyse volgt en oordeelt dat de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, *niet kan* inleiden met betrekking tot individuele steun verleend in het kader van en overeenkomstig een bestaande regeling, dient het uiteraard vast te stellen dat er geen verplichting tot handelen bestond en dat het beroep niet-ontvankelijk is. Mijns inziens moet de Commissie enkel nagaan of de individuele steun in overeenstemming is met de voorschriften van de bestaande regeling, hetgeen zij in het onderhavige geval trouwens heeft gedaan. Indien de individuele maatregel niet op de regeling berustte, kon verzoekster *de wettigheid* ervan voor de nationale rechter betwisten, overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de procedurevoorschriften van artikel 93, lid 3, laatste zin, rechtstreekse werking hebben. [18]

37. Thans moet nog de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring worden onderzocht. Gezien mijn conclusie aangaande de onmogelijkheid voor de Commissie om de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden met betrekking tot een individuele steunmaatregel die ter uitvoering van en in overeenstemming met een regionale steunregeling is genomen, moet worden opgemerkt dat, hoezeer ik er ook naar streef het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen, die conclusie in ruime mate prejudicieert op de discussie over de grond van de zaak...

38. Die discussie over de grond van de zaak behoeft mijns inziens overigens niet plaats te vinden, want ik meen niet, dat het Hof het beroep tot nietigverklaring ontvankelijk kan verklaren, gezien de *aard* van de beschikking waartegen het beroep is gericht. Het gaat immers om een negatieve beschikking, een weigering. Volgens de rechtspraak van het Hof is het beroep tegen een weigeringsbeschikking slechts ontvankelijk, wanneer de positieve beschikking zelf in rechte had kunnen worden bestreden. Deze oplossing is bevestigd in tal van arresten van het Hof en met name in de arresten De Gezamenlijke Steenkolenmijnen [19], Lütticke [20] en Nordgetreide [21]. Daaruit blijkt duidelijk, dat

„men tegen een afwijzende beschikking principieel slechts in beroep kan komen als de handeling die het daartoe bevoegde gezag niet heeft willen verrichten, ook zelf in rechte kan worden bestreden". [22]

39. In het onderhavige geval zou de positieve beschikking hebben bestaan in de aan-

17 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Warner in zaak 177/78, Pigs and Bacon Commission, Jurispr. 1979, blz. 2161, volgens wie „te verwaarlozen" wijzigingen niet behoeven te worden aangemeld.

18 — Arrest van 15 juli 1984, zaak 6/64, Costa-ENEL, Jurispr. 1964, blz. 1203, 1222; arrest Lorenz, reeds aangehaald; arrest van 19 juni 1973, zaak 77/72, Capolongo, Jurispr. 1973, blz. 611; arrest van 11 december 1973, zaak 121/73, Markmann, Jurispr. 1973, blz. 1495.

19 — Arrest van 23 februari 1961, zaak 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen, Jurispr. 1961, blz. 1.

20 — Arrest van 1 maart 1966, zaak 48/65, Lütticke, Jurispr. 1966, blz. 27.

21 — Arrest van 8 maart 1972, zaak 42/71, Nordgetreide, Jurispr. 1972, blz. 105.

22 — Conclusie van advocaat-generaal Gand in zaak 48/65, Lütticke, reeds aangehaald, blz. 45.

maning bedoeld in artikel 93, lid 2. Het lijdt geen twijfel dat daartegen geen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld. Dit is immers een voorbereidende handeling, die de Commissie in staat moet stellen de in haar bezit zijnde gegevens [23] te vervolledigen met het oog op de eindbeschikking over de verenigbaarheid van de steun. Het is in het kader van het beroep tegen laatstgenoemde beschikking, dat het Hof de eventuele onregelmatigheden van de „aanmaning" [24] zal onderzoeken.

40. Het is juist, dat de rechtspraak van het Hof betreffende de ontvankelijkheid van een beroep tegen een negatieve handeling, die analoog is aan de oplossing die voor de positieve handeling zou moeten worden gekozen, niet door alle commentatoren [25] gunstig is onthaald. Opgemerkt wordt in dit verband, dat de weigering of het stilzitten definitieve rechtsgevolgen kan teweegbrengen, het typische kenmerk van een handeling waartegen beroep openstaat, terwijl dit soms niet het geval is voor de positieve handeling. Een sprekend voorbeeld daarvan is het voorstel voor een richtlijn dat, wanneer het wordt afgewezen of wanneer er niet op wordt gereageerd, de Raad definitief belet een beslissing te nemen.

41. Vaststaat evenwel, dat uit genoemde rechtspraak van het Hof blijkt, dat tegen de negatieve handeling slechts kan worden opgekomen voor zover de positieve handeling in rechte had kunnen worden bestreden. Tenzij het Hof zou willen terugkomen van een zo duidelijk geformuleerde oplossing, dient het ook het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk te verklaren.

42. Bovendien vormt de aard van de betrokken handeling, gezien de rechtspraak van het Hof, een bijkomende reden om het beroep wegens nalaten niet-ontvankelijk te verklaren. De ontvankelijkheid van deze rechtsgang hangt immers af van de aard van de handeling waarom is verzocht. [26] Het Hof is overigens van oordeel, dat voor het beoordelen van de ontvankelijkheid van een beroep wegens nalaten en van een beroep tot nietigverklaring aan het begrip „handeling" welke grond kan opleveren tot een beroep, dezelfde inhoud moet worden gegeven. [27] Op grond van deze beginselen zou het Hof derhalve tot het oordeel moeten komen, dat wanneer de weigering om de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden, geen voor beroep vatbare handeling is, ook het beroep van Irish Cement tegen het feit dat de Commissie heeft nagelaten die procedure in te leiden, niet kan worden ontvangen.

23 — Hier ligt mijns inziens de moeilijkheid om de in het arrest Fediol (arrest van 5 oktober 1983, zaak 191/82, Jurispr. 1983, blz. 2913) geformuleerde regel in het onderhavige geval toe te passen. In die zaak heeft het Hof immers de ontvankelijkheid aanvaard van een beroep gericht tegen een beschikking houdende beëindiging van het voorafgaande onderzoek met betrekking tot de instelling en het verloop waarvan de klagers „welomschreven rechten" hebben. Dit is hier niet het geval. In artikel 93, lid 2, wordt het recht erkend om opmerkingen ter kennis van de Commissie te brengen, doch dit gebeurt in „algemene termen..., zonder dat dit... nader wordt uitgewerkt" (arrest van 28 januari 1986, zaak 169/84, Cofaz, Jurispr. 1986, blz. 391, r. o. 25). Bovendien gaat het slechts om een mogelijkheid en kan daarvan slechts gebruik worden gemaakt nadat de procedure is ingeleid. Dienaangaande zij opgemerkt, dat het Hof in zijn arrest Cimenteries bij het bepalen van de aard van een mededeling als bedoeld in artikel 15 van verordening nr. 17 heeft overwogen, dat deze mededeling de „afsluiting vormt van een bijzondere rechtsgang, welke zich onderscheidt van die welke... tot een beslissing in de hoofdzaak kan leiden" (arrest van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8-11/66, Jurispr. 1967, blz. 91). Nogmaals, dit is hier niet het geval.

24 — Arrest van 14 november 1984, zaak 323/82, Intermills, Jurispr. 1984, blz. 3809.

25 — Vandersanden en Barav, *Contentieux communautaire*, blz. 145-146 en 229-230; Kovar, *Jurisclasseur de droit international*, 1980, Aflevering 161 C, blz. 8, punt 24.

26 — Arrest Borromeo, reeds aangehaald, Jurispr. 1970, blz. 815 (met betrekking tot deze oplossing wordt hetzelfde voorbehoud gemaakt als met betrekking tot de negatieve handeling); ook hier wordt aangevoerd dat het stilzitten definitieve rechtsgevolgen kan teweegbrengen die de positieve handeling niet zou sorteren (zie de verwijzingen en de auteurs genoemd in voetnoot 22).

27 — Arrest van 18 november 1970, zaak 15/70, Chevalley, Jurispr. 1970, blz. 975, 979, r. o. 6.

43. Ingevolge artikel 69, paragraaf 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof de proceskosten compenseren wegens bijzondere redenen. In het arrest Holtz [28] heeft het Hof deze bepaling toegepast op grond van de overweging

„dat verzoekster in casu genoegzame redenen had het Hof om een uitspraak nopens de litigieuze situatie te verzoeken".

Het lijkt mij billijk, aan te nemen dat dit in casu het geval is.

28 — Arrest van 2 juli 1974, zaak 153/73, Holtz, Jurispr. 1974, blz. 675.