BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF

29 april 2005 *

In zaak C-404/04 P-R,

betreffende een verzoek in kort geding krachtens de artikelen 242 EG en 243 EG, ingediend op 14 oktober 2004,

Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, vertegenwoordigd door C. Arhold en N. Wimmer, Rechtsanwälte, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

rekwirante,

andere partijen bij de procedure:

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

verweerster in eerste aanleg,

* Procestaal: Duits.

Schott AG (voorheen Schott Glas), vertegenwoordigd door U. Soltész, Rechtsanwalt,

interveniënte in eerste aanleg,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET HOF,

advocaat-generaal C. Stix-Hackl gehoord,

de navolgende

Beschikking

1 Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (hierna: „rekwirante") verzoekt de president van het Hof in kort geding primair om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 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: „bestreden beschikking") tot de definitieve beslissing van het Hof op de hogere voorziening van rekwirante van 22 september 2004 in zaak C-404/04 P dan wel tot een door de president van het Hof vast te stellen datum, subsidiair om elke andere of aanvullende maatregel te treffen die de president van het Hof noodzakelijk of geschikt acht.

Voorgeschiedenis van het onderhavige verzoek in kort geding

2 Bij de bestreden beschikking heeft de Commissie een steun van de Bondsrepubliek Duitsland aan rekwirante ten belope van 4 000 000 DEM onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard. In artikel 2 van deze beschikking heeft zij deze lidstaat gelast deze steun onverwijld terug te vorderen.

3 Rekwirante heeft het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen verzocht de bestreden beschikking nietig te verklaren. In de loop van het geding heeft de president van het Gerecht meermaals voorlopige maatregelen vastgesteld, waarmee in wezen de verplichting tot terugbetaling van het litigieuze bedrag werd opgeschort tot het einde van de procedure voor het Gerecht onder de voorwaarde evenwel dat rekwirante een deel van het bedrag terugbetaalde, hetgeen zij ook heeft gedaan (zie beschikkingen president van het Gerecht van 4 april 2002, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01 R, Jurispr. blz. II-2153; 1 augustus 2003, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01 R [II], Jurispr. blz. II-2895, en 12 mei 2004, Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01 R III, Jurispr. blz. II-1471).

4 Tegen de verwerping van het beroep in de hoofdzaak bij arrest van 8 juli 2004 (Technische Glaswerke Ilmenau/Commissie, T-198/01, Jurispr. blz. II-2717; hierna: „bestreden arrest") heeft rekwirante op 22 september 2004 hogere voorziening ingesteld. In het kader van deze hogere voorziening verzoekt zij thans wederom om opschorting van de bestreden beschikking totdat de procedure voor het Hof is beëindigd.

5 De punten 7 tot en met 28 van het bestreden arrest relateren in detail de voorgeschiedenis van het onderhavige verzoek in kort geding:

„7 De Duitse onderneming Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (hierna: verzoekster) is gevestigd in Ilmenau in de deelstaat Thüringen. Zij houdt zich bezig met de productie van glas.

8 Verzoekster is in 1994 door het echtpaar Geiß opgericht met het doel, vier van de twaalf glasproductielijnen over te nemen van de voormalige Ilmenauer Glaswerke GmbH (hierna: IGW), een bedrijf dat door de Treuhandanstalt (een met de herstructurering van ondernemingen van de voormalige Duitse Democratische Republiek belaste publiekrechtelijke instelling, de latere Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben; hierna: BvS) werd geliquideerd. De betrokken productielijnen hadden oorspronkelijk toebehoord aan Volkseigener Betrieb Werk für Technisches Glas Ilmenau, vóór de Duitse hereniging het centrum van de glasproductie in de voormalige Duitse Democratische Republiek.

9 De verkoop van de vier productielijnen door IGW aan verzoekster vond plaats in twee fasen, namelijk via een eerste overeenkomst van 26 september 1994 (hierna: activaovereenkomst 1), die in december 1994 door de Treuhandanstalt werd goedgekeurd, en via een tweede overeenkomst van 11 december 1995 (hierna: activaovereenkomst 2), die op 13 augustus 1996 door de BvS werd goedgekeurd.

10 Volgens activaovereenkomst 1 bedroeg de koopprijs voor de eerste drie productielijnen in totaal 5,8 miljoen DEM [2 965 493 euro (EUR)] en moest dit bedrag in drie termijnen worden betaald, telkens op 31 december van de jaren 1997, 1998 en 1999. De betaling werd gegarandeerd door een Grundschuld van 4 miljoen DEM (2 045 168 EUR) en een bankgarantie van 1,8 miljoen DEM (920 325 EUR).

11 Het staat vast, dat geen van die drie termijnen is betaald.

12 Via activaovereenkomst 2 werd ook de vierde productielijn voor een bedrag van 50 000 DEM (25 565 EUR) door IGW aan verzoekster verkocht.

13 Vaststaat ook, dat verzoekster in 1997 liquiditeitsproblemen kreeg, wat voor haar aanleiding was om onderhandelingen aan te knopen met de BvS. Als gevolg daarvan werd op 16 februari 1998 een overeenkomst gesloten, waarbij de BvS ermee instemde om de in activaovereenkomst 1 bepaalde koopprijs met 4 miljoen DEM te verlagen (hierna: prijsverlaging).

14 Bij brief van 1 december 1998 heeft de Bondsrepubliek Duitsland bij de Commissie verschillende maatregelen aangemeld die verzoekster er financieel bovenop moesten helpen, waaronder de prijsverlaging. Een deel van die aanmelding betrof een herstructureringsplan voor de periode 1998-2000. Volgens dat plan zou onder meer een nieuwe particuliere investeerder worden gezocht, die een bedrag van 3 850 000 DEM (1 968 474 EUR) zou kunnen inbrengen.

15 Bij brief SG (2000) D/102831 van 4 april 2000 heeft de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG ingeleid. Zij achtte het mogelijk, dat de Duitse autoriteiten in het kader van de activaovereenkomsten 1 en 2 verschillende vormen van staatssteun hadden toegekend. Die vermeende steunmaatregelen staan beschreven in de in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen* bekendgemaakte mededeling van 29 juli 2000 [Uitnodiging overeenkomstig artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag opmerkingen te maken betreffende steunmaatregel C 19/2000 (ex NN 147/98) — Steun ten gunste van Technische Glaswerke Ilmenau GmbH — Duitsland (PB C 217, blz. 10)], waarin de Commissie het voorlopig standpunt innam, dat twee van de betrokken

maatregelen als met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steun kunnen worden beschouwd, te weten de prijsverlaging en een lening van de Thüringer Aufbaubank (TAB) ten bedrage van 2 miljoen DEM (1 015 677 EUR), die op 30 november 1998 aan verzoekster werd verstrekt op basis van de [bij beschikking SG (96) D/1946 goedgekeurde] steunregeling NN 74/95.

16 De Bondsrepubliek Duitsland heeft bij op 7 juli 2000 ontvangen brief bij de Commissie haar opmerkingen over de inleiding van de formele onderzoeksprocedure ingediend. Zij voerde aan dat de prijsverlaging geen staatssteun was, maar in overeenstemming was met het gedrag van een particuliere schuldeiser die erop uit is zijn vordering te innen in een situatie waarin verzoekster vermoedelijk failliet zou zijn gegaan indien betaling van de volledige koopprijs was verlangd.

17 Nadat verzoekster kennis van de mededeling van 29 juli 2000 had genomen, heeft zij op 28 augustus 2000 haar opmerkingen bij de Commissie ingediend. Zij verzocht de Commissie, haar inzage te verlenen in het niet-vertrouwelijke gedeelte van het dossier, en haar daarna in de gelegenheid te stellen, opnieuw opmerkingen in te dienen.

18 Bij brief van 11 oktober 2000 heeft de BvS verzoekster termijnen gesteld voor de betaling van de resterende 1,8 miljoen DEM van de in activaovereenkomst 1 bepaalde koopprijs, alsook voor de betaling van de tussen 1 januari 1998 en 20 juni 2000 vervallen rente ten bedrage van 198 800 DEM (101 645 EUR). Zonder verdere rente in rekening te brengen heeft de BvS de nieuwe betalingstermijnen bepaald op 31 december van de jaren 2003, 2004 en 2005. Op elk van die data zou dus 666 600 DEM (340 827 EUR) moeten worden betaald.

19 Op 20 november 2000 heeft de Duitse regering door middel van een mededeling aan de Commissie gereageerd op de opmerkingen die de firma Schott Glas, een concurrent van verzoekster, op 28 september 2000 in het kader van de formele onderzoeksprocedure bij de Commissie had ingediend.

20 Op 27 februari 2001 heeft de Bondsrepubliek Duitsland de Commissie in bijlage bij haar mededeling een afschrift van een rapport van 24 november 2000 toegezonden, dat het accountantskantoor Arnold over de situatie en de rentabiliteitsvooruitzichten van verzoekster heeft opgesteld (hierna: rapport Arnold).

21 Op 12 juni 2001 heeft de Commissie [de bestreden beschikking] vastgesteld. Zij heeft uitdrukkelijk ervan afgezien, in het kader van dezelfde formele onderzoeksprocedure andere potentiële steunmaatregelen te onderzoeken, zoals de omzetting van de in verband met activaovereenkomst 1 gestelde bankgarantie van 1,8 miljoen DEM in een achtergestelde Grundschuld en het uitstel van de betaling van het restant van de in die overeenkomst bepaalde koopprijs tot 2003 (punten 42, 64 en 65 van de bestreden beschikking). Zij kwam tot de conclusie dat de prijsverlaging niet door een particuliere schuldeiser zou zijn geaccepteerd, maar een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormde.

22 De Commissie meende om drie redenen (punten 76-80 van de bestreden beschikking) dat de BvS zich bij de prijsverlaging niet als een particuliere schuldeiser had gedragen. Zelfs indien activaovereenkomst 2 van de prijsverlaging afhankelijk was, waren er volgens de bestreden beschikking geen aanwijzingen, dat dit lagere kosten zou hebben meegebracht dan wanneer was vastgehouden aan de volledige betaling van de aanvankelijk overeengekomen koopprijs en was afgezien van activaovereenkomst 2 (punt 81). Ook verzoeksters argument dat de prijsverlaging slechts een aanpassing van de privatiseringsovereenkomst was, die was ingegeven door het feit dat de deelstaat

Thüringen minder subsidie toekende dan aanvankelijk was toegezegd, heeft de Commissie van de hand gewezen. Volgens haar zijn namelijk de BvS en de deelstaat Thüringen verschillende rechtspersonen (punt 82). De Commissie leidt daaruit af, dat de BvS niet haar financiële belangen had willen beschermen, maar verzoeksters voortbestaan had proberen veilig te stellen (punt 83).

23 Volgens de bestreden beschikking kan de prijsverlaging niet als ad-hoc-herstructureringssteun van het steunverbod worden vrijgesteld, aangezien niet is voldaan aan de voorwaarden van de communautaire kaderregeling voor reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden. Met name was verzoeksters herstructureringsplan niet gebaseerd op realistische veronderstellingen, en was het twijfelachtig, of haar rentabiliteit op lange termijn zou worden hersteld (punten 92-97).

24 De Commissie wijst ook op de voor herstructureringssteun geldende voorwaarde dat het herstructureringsplan moet voorzien in maatregelen om nadelige gevolgen voor concurrenten zoveel mogelijk te compenseren (punten 98-101). In weerwil van de opmerking van een concurrent van verzoekster, dat in enkele productiesectoren waarin [verzoekster] actief is, sprake was van een structurele overcapaciteit, komt zij tot de conclusie, dat er volgens de informatie waarover zij beschikt, op de markt als geheel geen overcapaciteit lijkt te zijn (punt 101).

25 Tot slot stelt de Commissie zich op het standpunt, dat de voorwaarde van de evenredigheid van de steun niet was vervuld, aangezien er geen sprake was van een bijdrage van een particuliere investeerder in de zin van voormelde kaderregeling (punten 102-107). Waar bovendien volgens dezelfde concurrent verzoekster haar producten stelselmatig onder de marktprijs en zelfs onder de kostprijs verkocht en voortdurend een kapitaalinjectie als compensatie voor haar verliezen had ontvangen, valt volgens de Commissie niet uit te sluiten, dat

de aan verzoekster verstrekte middelen zijn gebruikt voor marktvervalsende activiteiten die geen verband houden met het herstructureringsproces (punt 103). De Commissie concludeert dan ook, dat de prijsverlaging onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (punt 109).

26 De artikelen 1 en 2 van de bestreden beschikking luiden:

„Artikel 1

De staatssteun van [de Bondsrepubliek] Duitsland ten gunste van Technische Glaswerke Ilmenau GmbH in de vorm van [een prijsverlaging] van de koopprijs met 4 000 000 [DEM] in het kader van de op 26 september 1994 gesloten activaovereenkomst 1 is niet verenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

Artikel 2

1. [De Bondsrepubliek] Duitsland treft alle nodige maatregelen om de in artikel 1 vermelde, onrechtmatig ter beschikking gestelde steun aan de begunstigde terug te vorderen.

2. De terugvordering van deze steun dient met inachtneming van de procedures van het Duitse recht onverwijld te geschieden, voorzover bedoelde procedures de onmiddellijke feitelijke tenuitvoerlegging van de beschikking toestaan. Over

het terug te vorderen bedrag is rente verschuldigd vanaf het tijdstip van de toekenning van de steun aan de begunstigde tot het tijdstip van de daadwerkelijke terugbetaling. De rente wordt berekend op basis van het percentage dat wordt gebruikt voor de berekening van het subsidie-equivalent voor regionale steunregelingen."

27 Verzoekster erkent, dat zij op 19 juni 2001 kennis heeft gekregen van de bestreden beschikking. Op die datum ontving zij namelijk van vertegenwoordigers van de BvS een afschrift van de beschikking.

28 Bij schrijven van 23 augustus 2001 heeft de Duitse regering de Commissie meegedeeld, dat zij, mits de Commissie daarmee instemde, voornemens was de terugvordering van de betrokken steun uit te stellen teneinde de onderhandelingen tussen verzoekster en een nieuwe potentiële investeerder niet in gevaar te brengen."

Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

6 Na het bestreden arrest heeft de BvS bij brief van 8 juli 2004 van rekwirante terugbetaling van de prijsverlaging gevorderd, vermeerderd met rente en verminderd met hetgeen overeenkomstig de in punt 3 van de onderhavige beschikking vermelde beschikkingen van de president van het Gerecht reeds was betaald, dat wil zeggen in totaal 2 212 027,04 EUR. BvS deelde evenwel mee dat zij de terugbetalingsverplichting niet zou executeren tot de afwijzing van een eventueel verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking, mits verzoekster een dergelijk verzoek vóór een bepaalde datum indiende.

7 In deze omstandigheden heeft rekwirante bij afzonderlijke akte krachtens de artikelen 242 EG en 243 EG in kort geding verzocht:

1. om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking,

   — tot de definitieve beslissing van het Hof op de hogere voorziening van rekwirante van 22 september 2004 in zaak C-404/04 P,

   — dan wel tot een door de president van het Hof vast te stellen datum;

2. subsidiair, om elke andere of aanvullende maatregel te treffen die de president van het Hof noodzakelijk of geschikt acht;

3. de beslissing over de kosten aan te houden.

8 De Commissie concludeert tot afwijzing van dit verzoek in kort geding, met verwijzing van rekwirante in de kosten.

9 Schott, die bij beschikking van 15 mei 2002 van de president van de Vijfde kamer (uitgebreid) van het Gerecht tot interventie aan de zijde van de Commissie is toegelaten, concludeert tot afwijzing van genoemd verzoek, met verwijzing van rekwirante in de kosten, daaronder begrepen de kosten van interveniënte; subsidiair verzoekt zij de president van het Hof de beslissing over de kosten aan te houden tot de beslissing in de hoofdzaak.

Het verzoek in kort geding

10 Volgens vaste rechtspraak kunnen voorlopige maatregelen door de rechter in kort geding worden toegestaan, indien wordt aangetoond dat zij op het eerste gezicht feitelijk en rechtens gerechtvaardigd zijn (fumus boni juris) en spoedeisend zijn in die zin, dat het ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade aan de belangen van de verzoeker noodzakelijk is dat zij reeds vóór de beslissing in de hoofdzaak worden gelast en effect sorteren. De kortgedingrechter weegt in voorkomend geval ook de betrokken belangen tegen elkaar af (zie, bijvoorbeeld, beschikking van 23 februari 2001, Oostenrijk /Raad, C-445/00 R, Jurispr. blz. I-1461, punt 73).

11 Deze voorwaarden zijn cumulatief, zodat het verzoek om voorlopige maatregelen moet worden afgewezen wanneer aan een ervan niet wordt voldaan [zie met name beschikking van 27 september 2004, Commissie/Akzo en Ackros, C-7/04 P(R), Jurispr. blz. I-8739, punt 28].

Opmerkingen vooraf

12 In de eerste plaats is het onderhavige verzoek in kort geding niet reeds niet-ontvankelijk omdat de gevraagde voorlopige maatregelen strekken tot opschorting van de bestreden beschikking en dus verder gaan dan de opschorting van de tenuitvoerlegging van het bestreden arrest.

13 Krachtens artikel 242 EG gevraagde maatregelen kunnen in beginsel weliswaar niet verder gaan dan het formele kader van de hogere voorziening waarmee zij

samenhangen, maar anderzijds is volgens vaste rechtspraak schorsing van de tenuitvoerlegging van een negatieve beslissing niet denkbaar, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, aangezien die schorsing niet tot een wijziging van de situatie van de verzoeker kan leiden (zie beschikking van 21 februari 2002, Front National en Martinez/Parlement, C-486/01 P-R en C-488/01 P-R, Jurispr. blz. I-1843, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

14 Daar het bestreden arrest kan worden gelijkgesteld met een negatieve beslissing aangezien het Gerecht bij dit arrest het beroep in zijn geheel heeft verworpen, en aangezien de verplichting tot terugbetaling van het litigieuze bedrag voortvloeit uit de bestreden beschikking, moet het verzoek van rekwirante tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking om de in de beschikking van 31 juli 2003, Le Pen/Parlement (C-208/03 P-R, Jurispr. blz. I-7939, punten 78-88) nader uiteengezette redenen in verband met het recht op een effectieve rechtsbescherming in casu ontvankelijk worden verklaard.

15 Bovendien is het onderhavige verzoek in kort geding ook gebaseerd op artikel 243 EG krachtens hetwelk het Hof in de voor hem aanhangige zaken de noodzakelijke voorlopige maatregelen kan gelasten.

16 Dat het verzoek in kort geding strekt tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking en niet van het bestreden arrest, heeft evenwel gevolgen voor de beoordeling van de fumus boni juris.

17 Hoe sterk de middelen en argumenten van rekwirante tegen het bestreden arrest ook mogen zijn, zij volstaan namelijk niet om de opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking op het eerste gezicht te rechtvaardigen. Om aan te tonen dat aan de voorwaarde van fumus boni juris is voldaan, zou rekwirante

bovendien aannemelijk moeten maken, dat de middelen en argumenten die zij in het beroep tot nietigverklaring tegen de rechtmatigheid van deze beschikking heeft aangevoerd, de gevraagde opschorting op het eerste gezicht kunnen rechtvaardigen (beschikking, reeds aangehaald, punt 90).

18 In de tweede plaats, wat de voorgeschiedenis van de onderhavige zaak betreft, heeft de president van het Gerecht in de eerste van de in punt 3 van de onderhavige beschikking vermelde kortgedingbeschikkingen, met name in de punten 79, 87 en 88 ervan, vastgesteld dat het eerste en het derde middel van rekwirante in haar beroep ten gronde niet iedere grondslag leken te missen. Voorts was hij bij de belangenafweging van oordeel dat het gemeenschapsbelang weliswaar normaal gesproken, zo niet vrijwel altijd, moet prevaleren boven het belang dat de steunontvanger erbij heeft, te vermijden dat de verplichting tot terugbetaling van de steun ten uitvoer wordt gelegd voordat het arrest in de hoofdzaak wordt gewezen, maar dat er „buitengewone en zeer specifieke omstandigheden [waren] die voor verlening van voorlopige maatregelen [pleitten]" (punt 118 van die beschikking). In de hoofdzaak heeft het Gerecht niettemin alle middelen van rekwirante van de hand gewezen.

19 In het kader van het onderhavige verzoek in kort geding moet er bij de beoordeling van de voorwaarde van fumus boni juris dus rekening mee worden gehouden dat de bestreden beschikking zowel feitelijk als juridisch reeds door een gemeenschapsrechter is onderzocht en dat hij het beroep tegen deze beschikking ongegrond achtte.

20 In de derde plaats is het in het onderhavige verzoek in kort geding ook hierom noodzakelijk dat op het eerste gezicht bijzonder serieus lijkende juridische argumenten worden aangevoerd, omdat deze ertoe moeten kunnen dienen, enerzijds de beoordeling van het Gerecht over de door rekwirante aangevoerde

argumenten in de hoofdzaak te weerleggen, en anderzijds de beoordeling op grond waarvan de president van het Gerecht het bestaan van uitzonderlijke en zeer specifieke omstandigheden in de onderhavige zaak heeft aanvaard, te bevestigen.

De fumus boni juris

21 Rekwirante heeft haar middelen in vijf rubrieken onderverdeeld, namelijk de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst („Wegfall der Geschäftsgrundlage"), het criterium van de particuliere investeerder, de onjuiste vaststelling van het steunbedrag, het herstructureringsplan en de niet-doorzending van de antwoorden van interveniënte aan de Bondsrepubliek Duitsland.

De middelen betreffende de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst

22 In het kader van haar betoog met betrekking tot de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst voert rekwirante zeven middelen aan. Twee ervan kwalificeert zij als materiële middelen, terwijl de overige vijf betrekking hebben op gebreken in de procedure voor het Gerecht. Om de in punt 17 van de onderhavige beschikking uiteengezette redenen zullen deze gestelde proceduregebreken niet worden onderzocht in de onderhavige kortgedingprocedure.

23 Volgens het eerste materiële middel heeft het Gerecht het recht geschonden door de motivering van de Commissie in de bestreden beschikking voor de niet-inachtneming van de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst in overeenstemming met de vereisten van artikel 253 EG te achten.

24 Volgens het tweede materiële middel heeft het Gerecht het recht geschonden door te oordelen dat de verwerping van haar argumenten betreffende de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst in de bestreden beschikking niet berust op een beoordelingsfout van de Commissie bij de toepassing van artikel 87, lid 1, EG.

25 Deze twee middelen, die tezamen moeten worden onderzocht, houden in wezen in, dat het Gerecht de Commissie ten onrechte niet heeft gekritiseerd wegens het feit dat zij enerzijds de prijsverlaging niet als de logische consequentie van de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst had beschouwd, en anderzijds de bestreden beschikking op dit punt ontoereikend gemotiveerd had.

26 In punt 82 van de considerans van deze beschikking heeft de Commissie met betrekking tot de verdwijning van de grondslag van de overeenkomst vastgesteld dat de BvS en de deelstaat Thüringen verschillende rechtspersonen zijn, en daaruit de conclusie getrokken dat het argument van rekwirante dat de prijsverlaging, gelet op de vermindering van de door deze deelstaat beloofde subsidies, slechts een aanpassing van het privatiseringscontract was, in geen geval kon worden aanvaard.

27 In het bestreden arrest heeft het Gerecht dit aldus uitgelegd dat de Commissie de argumenten van rekwirante in dit verband irrelevant achtte. Het overwoog dat de door de deelstaat Thüringen beweerdelijk toegezegde steun een investeringssubsidie was die viel onder het 23e kaderplan van het gemeenschappelijke actieprogramma „Verbetering van de regionale economische structuren", dat wil zeggen, een regionale investeringssteunregeling, terwijl de prijsverlaging niet onder deze specifieke regeling viel en dus door de Commissie niet aan de bepalingen van deze laatste regeling kon worden getoetst. Volgens het Gerecht was deze vermeende investeringssteun overigens een van de autonome bevoegdheden van de deelstaat Thüringen en niet van de BvS. In die omstandigheden, aldus het Gerecht, kon de Commissie niet worden geacht een beoordelingsfout te hebben gemaakt, toen zij het

argument betreffende de aanspraak op aanpassing van activaovereenkomst 1 afwees op grond dat de BvS en de deelstaat Thüringen verschillende rechtspersonen waren, ook al zou de deelstaat Thüringen verzoekster die investeringssteun inderdaad hebben toegezegd (zie bestreden arrest, punten 70-77).

28 Het Gerecht heeft eraan toegevoegd dat verzoekster in haar memories in elk geval niet rechtens genoegzaam had aangetoond dat de deelstaat Thüringen haar metterdaad een investeringssubsidie van 4 miljoen DEM had toegezegd. Bij gebreke van dit bewijs was het uitgangspunt van verzoeksters redenering met betrekking tot het bestaan van een door de deelstaat Thüringen toegezegde investeringssubsidie niet onderbouwd, zodat niet behoefde te worden ingegaan op verzoeksters argumenten inzake het begrip aanpassing van de overeenkomsten wegens het verdwijnen van de grondslag ervan, of te worden bepaald of die vermeende steuntoezegging door het 23e kaderplan werd gedekt (zie bestreden arrest, punten 78-86).

29 Voor het Hof stelt rekwirante dat het weinig belang heeft of de deelstaat Thüringen deze steun al dan niet had toegezegd. Beslissend is volgens haar dat de partijen bij het sluiten van de koopovereenkomst gezamenlijk van een grotere steun van de kant van deze deelstaat zijn uitgegaan.

30 Volgens de Commissie is dit een nieuw, niet voor het Gerecht aangevoerd argument van rekwirante en wordt, wanneer dit argument wordt gevolgd, praktisch een einde gemaakt aan het in het Verdrag vastgestelde systeem van controle op staatssteun. Om een steun aan het gemeenschapsrechtelijke controlesysteem te onttrekken, hoefden de overheidsinstantie en de steunontvanger dan namelijk alleen maar te stellen dat zij er beide van waren uitgegaan dat een derde financieel tot de koop zou bijdragen, en vervolgens, in het meer dan waarschijnlijke geval die bijdrage uitblijft, de koopprijs te verlagen.

31 Een beslissing over de vraag of en in voorkomend geval hoe een nationaal rechtsbegrip als het verdwijnen van de grondslag van de overeenkomst toepasselijk kan zijn op het systeem van controle op staatssteun, valt stellig buiten het kader van de onderhavige kortgedingprocedure.

32 Dit punt hoeft in dit stadium van de procedure evenwel niet te worden onderzocht, daar er onvoldoende aanknopingspunten zijn om op het eerste gezicht te kunnen concluderen dat is voldaan aan een van de voorwaarden voor toepassing van het rechtsbegrip van het verdwijnen van de grondslag van de overeenkomst in de onderhavige zaak.

33 Volgens de memories van rekwirante berust de toepassing van dit rechtsbegrip op de premisse dat zowel de BvS als zijzelf uitging van een grotere subsidie van de deelstaat Thüringen. Voor BvS lijkt dit evenwel niet bewezen.

34 Dienaangaande heeft het Gerecht in punt 75 van het bestreden arrest erop gewezen dat de prijsverlaging „door de BvS, een federale beheersinstelling, aan verzoekster (is) verleend om haar in staat te stellen het hoofd te bieden aan de door haar ondervonden financiële moeilijkheden en haar levensvatbaarheid te herstellen, en niet om de regionale economie van de deelstaat Thüringen te steunen, hetgeen het doel van het 23e kaderplan was".

35 Volgens punt 16 van het bestreden arrest had de Bondsrepubliek Duitsland in haar bij de Commissie ingediende opmerkingen betreffende de opening van de formele onderzoeksprocedure er bovendien op gewezen „dat de prijsverlaging geen staatssteun was, maar in overeenstemming was met het gedrag van een particuliere schuldeiser die erop uit is zijn vordering te innen in een situatie waarin verzoekster vermoedelijk failliet zou zijn gegaan indien betaling van de volledige koopprijs was verlangd".

36 Dit zijn feitelijke vaststellingen die voor het Hof niet kunnen worden betwist. Enkel het Gerecht is namelijk bevoegd de feiten vast te stellen — tenzij uit de overgelegde stukken blijkt, dat zijn bevindingen materieel onjuist zijn — en deze vervolgens te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een verkeerde interpretatie van de voorgelegde bewijsmiddelen (zie onder meer arrest van 11 februari 1999, Antillean Rice Mills e.a./Commissie, C-390/95 P, Jurispr. blz. I-769, punt 29, en beschikking Front National en Martinez/Parlement, reeds aangehaald, punt 84).

37 Ten slotte, wat de motivering betreft die de Commissie in de bestreden beschikking heeft gegeven, kan van de Commissie niet worden verlangd, haar beschikking ook uitvoerig te motiveren waar het argumenten betreft die zij irrelevant of slechts weinig relevant acht.

38 In deze omstandigheden heeft rekwirante met de middelen betreffende het verdwijnen van de rechtsgrondslag van de overeenkomst en de gestelde onvoldoende motivering van de bestreden beschikking niet het op haar rustende bewijs inzake de fumus boni juris geleverd.

Het middel betreffende het criterium van de particuliere investeerder

39 Dit middel klaagt in wezen dat het Gerecht enerzijds ten onrechte geen schending van de motiveringsverplichting heeft aangenomen met betrekking tot het antwoord van de Commissie op het argument inzake de wijze waarop een particuliere investeerder zich zou hebben gedragen in het geval van de bij rekwirante opgetreden moeilijkheden, en anderzijds de argumenten van rekwirante op dit punt ontoereikend heeft beantwoord.

40 Afgezien van het feit dat dit middel grotendeels neerkomt op een herhaling van de reeds voor het Gerecht aangevoerde argumenten, bevat de bestreden beschikking in de punten 76 tot en met 83 een motivering die op het eerste gezicht voldoende gedetailleerd lijkt om, zoals volgens vaste rechtspraak vereist, de redenering van de instelling die de handeling heeft verricht, duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking te brengen, zodat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en de bevoegde rechter zijn toezicht kan uitoefenen (zie met name arresten van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 63, en 22 maart 2001, Frankrijk/Commissie, C-17/99, Jurispr. blz. I-2481, punt 35).

41 Gelet op deze rechtspraak heeft rekwirante met dit middel niet het op haar rustende bewijs inzake de fumus boni juris geleverd.

Het middel betreffende de onjuiste vaststelling van het steunbedrag

42 Volgens dit middel heeft het Gerecht het recht geschonden door het argument van rekwirante te verwerpen dat de Commissie ten onrechte terugbetaling van de volledige prijsverlaging heeft gevorderd, terwijl het steunelement — voorzover van steun kan worden gesproken — in feite kleiner was dan de prijsverlaging. Het Gerecht heeft in zijn overwegingen miskend dat een particuliere investeerder weliswaar waarschijnlijk geen prijsverlaging voor hetzelfde bedrag als de BvS zou hebben aanvaard, maar in elk geval wel rekening had gehouden met de dreigende insolventie van rekwirante en de daardoor ontstane kosten en derhalve zou hebben gekozen voor een overeenkomstige geringere aanpassing van de koopprijs.

43 Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof heeft het Gerecht dienaangaande met name opgemerkt dat de ongedaanmaking van onwettige steun door middel van terugvordering het logische gevolg is van de vaststelling dat de steun onwettig is. Naar zijn oordeel is de terugvordering van onwettige staatssteun teneinde de vroegere toestand te herstellen, in beginsel dan ook niet te beschouwen als een maatregel die in geen verhouding staat tot de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun (zie met name arrest van 14 januari 1997, Spanje/Commissie, C-169/95, Jurispr. blz. I-135, punt 47).

44 Rekwirante heeft met dit middel dus niet het op haar berustende bewijs inzake de fumus boni juris geleverd.

Het middel betreffende niet-inachtneming van het gewijzigde herstructureringsplan

45 Dit middel klaagt erover dat het Gerecht geen belang heeft gehecht aan het feit dat de Commissie bij de vaststelling van de beschikking het in 2001 opgestelde gewijzigde herstructureringsplan, dat het plan van 1998 verving, buiten beschouwing heeft gelaten.

46 In haar beschrijving van de overwegingen op basis waarvan het Gerecht dit middel heeft verworpen, vermeldt rekwirante evenwel niet dat het Gerecht in punt 158 van het bestreden arrest erop heeft gewezen dat de Duitse autoriteiten de Commissie op 27 februari 2001 het volgende hebben meegedeeld: „De Bondsregering gaat er echter vanuit dat de Commissie op basis van het markttypisch gedrag van de BvS de

procedure zonder onderzoek van de nog nader overeen te komen wijzigingen van het herstructureringsplan kan afsluiten."

47 Op het eerste gezicht verzet niets zich ertegen om deze feitelijke vaststelling op zich als voldoende grond te beschouwen voor de Commissie om overeenkomstig de informatie van de Duitse regering zelf te mogen uitgaan van het herstructureringsplan van 1998.

48 Derhalve heeft rekwirante met dit middel niet het op haar rustende bewijs inzake de fumus boni juris geleverd.

Het middel betreffende de niet-doorzending van de antwoorden van interveniënte aan de Bondsrepubliek Duitsland

49 Volgens dit middel heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat de door hem vastgestelde schending van de rechten van de verdediging wegens de niet-doorzending van de antwoorden van interveniënte aan de Bondsrepubliek Duitsland niet zo belangrijk was dat dit als zodanig reeds tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kon leiden.

50 Aangezien een dergelijke schending van de rechten van de verdediging volgens vaste rechtspraak slechts tot nietigverklaring kan leiden indien de procedure zonder die

onregelmatigheid een andere afloop had kunnen hebben (zie met name arrest van 5 oktober 2002, Duitsland/Commissie, C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 101) en aangezien er geen aanknopingspunten zijn waaruit op het eerste gezicht blijkt dat de niet-doorzending van de gevraagde informatie de bestreden beschikking inhoudelijk zou hebben beïnvloed, heeft rekwirante met dit middel niet het op haar rustende bewijs inzake de fumus boni juris geleverd.

51 Uit al het voorgaande volgt dat rekwirante met geen van de aangevoerde middelen een fumus boni juris heeft kunnen aantonen die voldoet aan de in de punten 12 tot en met 20 van de onderhavige beschikking genoemde criteria en die de opschorting van de bestreden beschikking zou kunnen rechtvaardigen.

52 In deze omstandigheden moet het verzoek om opschorting van de bestreden beschikking of om andere voorlopige maatregelen te treffen, worden afgewezen.

De president van het Hof beschikt:

1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.

2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

ondertekeningen