BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN DE VIERDE KAMER (UITGEBREID) VAN HET GERECHT

2 april 1998 *

In zaak T-86/96 R,

Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen, vereniging zonder rechtspersoonlijkheid naar Duits recht, gevestigd te Bonn (Duitsland), met als leden:

— **Aero Lloyd Flugreisen GmbH & Co. Luftverkehrs-KG,** vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Oberursel (Duitsland),

— **Air Berlin GmbH & Co. Luftverkehrs KG,** vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Berlijn,

— **Condor Flugdienst GmbH,** vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Kelsterbach (Duitsland),

— **Germania Fluggesellschaft mbH,** vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Berlijn,

— **Hapag-Lloyd Fluggesellschaft mbH,** vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Langenhagen (Duitsland),

* Procestaal: Duits.

— **LTU Lufttransport Unternehmen GmbH & Co. KG,** vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Düsseldorf (Duitsland),

en

Hapag-Lloyd Fluggesellschaft mbH, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Langenhagen (Duitsland),

vertegenwoordigd door G. Schohe, advocaat te Hamburg, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Baden, advocaat aldaar, Rue Philippe II 34B,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. F. Nemitz, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door G. Berrisch, advocaat te Hamburg en te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek om voorlopige maatregelen in verband met beschikking 96/369/EG van de Commissie van 13 maart 1996 betreffende een fiscale steunmaatregel in de vorm van een afschrijvingsregeling ten behoeve van de Duitse luchtvaartmaatschappijen (PB L 146, blz. 42),

geeft

DE PRESIDENT VAN DE VIERDE KAMER (UITGEBREID)
VAN HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG

waarnemend voor de president van het Gerecht overeenkomstig de artikelen 106, tweede alinea, en 9, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering,

de navolgende

Beschikking

Rechtskader, feiten en verloop van de procedure in de hoofdzaak

1 Met het onderhavige verzoek in kort geding wensen verzoeksters, een vereniging van Duitse luchtvaartmaatschappijen, alsook een daarbij aangesloten onderneming, voorlopige maatregelen te verkrijgen betreffende een beschikking waarbij de Commissie een Duitse fiscale regeling krachtens welke voor luchtvaartuigen bijzondere afschrijvingen kunnen worden toegepast, als een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel heeft aangemerkt (beschikking 96/369/EG van de Commissie van 13 maart 1996, PB L 146, blz. 42; hierna: „bestreden beschikking").

2 Naar Duits recht kan de belastingplichtige voor de fiscale afschrijving van bedrijfsgoederen met een gebruiksduur van meer dan een jaar onder bepaalde voorwaarden kiezen tussen verschillende stelsels, in het bijzonder tussen jaarlijkse afschrijving van identieke bedragen (hierna: „lineaire afschrijving") enerzijds en jaarlijkse afschrijving van afnemende bedragen (hierna: „degressieve afschrijving") anderzijds.

3 De regeling waarop de bestreden beschikking betrekking heeft en die is neergelegd in § 82f van de Einkommensteuer-Durchführungsverordnung (uitvoeringsbesluit inkomstenbelasting; hierna: „EStDV"), kan worden toegepast als aanvulling op de lineaire afschrijving maar geldt niet in het geval van de degressieve afschrijving. Voor bepaalde categorieën van koopvaardij- en vissersschepen en luchtvaartuigen voorziet zij in de mogelijkheid om volgens bepaalde modaliteiten en gedurende een bepaalde tijd na de aankoop van het bedrijfsgoed hogere afschrijvingen dan bij lineaire afschrijving toe te passen.

4 De regeling geldt voor luchtvaartuigen die commercieel voor het internationale goederen- of personenvervoer of voor andere commerciële activiteiten in het buitenland worden ingezet. Het moet gaan om in Duitsland geregistreerde luchtvaartuigen die in de zes jaar na de verwerving ervan, niet mogen worden vervreemd. Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, mag volgens § 82f EStDV in het jaar van aankoop en in de loop van de volgende vier jaren bij wijze van uitzondering een afschrijving van maximaal 30 % van de totale aankoopkosten worden toegepast. Dit uitzonderlijk afschrijvingsbedrag mag in de loop van het jaar van aankoop reeds volledig worden uitgeput, dan wel naar goeddunken over de eerste vijf jaar worden gespreid. In de onderhavige zaak betreft deze regeling alleen luchtvaartuigen.

5 De regeling gaat terug tot 1965 en is door de Commissie niet afgekeurd, voor zover zij na een verlenging in 1986 tot eind 1994 van toepassing was. De procedure met betrekking tot deze verlenging werd beëindigd (artikel 4 van de bestreden beschikking) door de feitelijke aanvaarding ervan door de Commissie (afdeling II, zesde alinea en afdeling IV, eerste en tweede alinea, van de bestreden beschikking).

6 Het onderhavige geschil betreft alleen de verlenging van deze regeling na 31 december 1994, die op 8 september 1993 bij de Commissie is aangemeld en vervolgens op 13 september daaraanvolgend bij de artikelen 1 en 8 Standortsicherungsgesetz (wet tot toekenning van gunstige fiscale voorwaarden, teneinde in het kader van de interne markt de positie van Duitsland als vestigingsplaats van ondernemingen te handhaven, *BGBl.* I, blz. 1569) is goedgekeurd. Mits aan voormelde voorwaarden was voldaan, moest zij de betrokken belastingplichtigen in staat

stellen over te gaan tot bijzondere afschrijvingen voor „vóór 1 januari 2000 aangekochte of gebouwde" luchtvaartuigen. Voor deze verlenging was evenwel de goedkeuring van de Commissie vereist (artikel 20, lid 2, van deze wet).

7 Op 29 november 1995, na afloop van de tegen deze tweede verlenging geopende administratieve procedure, heeft de Commissie beschikking C(95) 3319 def. (hierna: „oorspronkelijke beschikking") vastgesteld. In artikel 1 ervan werd de regeling aangemerkt als met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteun in de zin van de artikelen 92 EG-Verdrag en 61 EER-overeenkomst. Bij de artikelen 2 en 3 werd Duitsland gelast de steunmaatregel met ingang van 1 januari 1995 op te heffen en de Commissie binnen twee maanden na de kennisgeving van de beschikking op de hoogte te brengen van de ter uitvoering ervan vastgestelde maatregelen.

8 Verzoeksters hebben beroep ingesteld tot nietigverklaring van deze beschikking (zaak T-25/96).

9 Op 13 maart 1996 heeft de Commissie de bestreden beschikking gegeven.

10 Volgens artikel 5 ervan wordt de oorspronkelijke beschikking ingetrokken, aangezien de Duitse versie ervan volgens de laatste overweging van de considerans van de bestreden beschikking talrijke onjuistheden van redactionele aard bevatte.

11 Na deze intrekking en op verzoek van de Commissie van 9 april 1996 heeft het Gerecht (Vierde kamer — uitgebreid) beschikt, dat op het beroep in de hoofdzaak niet behoefde te worden beslist en dat de Commissie in alle kosten werd verwezen (beschikking Gerecht van 14 maart 1997, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen en Hapag-Lloyd/Commissie, T-25/96, Jurispr. blz. II-363).

12 De artikelen 1 tot en met 3 van de bestreden beschikking komen overeen met de overeenkomstige artikelen van de oorspronkelijke beschikking. In het bijzonder is in artikel 1 van de bestreden beschikking vastgesteld, dat de verlenging van de Duitse regeling een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel vormt. De artikelen 2 en 3 van de bestreden beschikking bevatten dezelfde injuncties als de artikelen 2 en 3 van de oorspronkelijke beschikking (zie punt 7 supra).

13 Bij op 31 mei 1996 ter griffie van het Gerecht ingediend verzoekschrift hebben verzoeksters verzocht om nietigverklaring van de beschikking voor zover zij voormelde verlenging betreft.

14 Bij op 16 september 1996 ingediende akte heeft de Commissie gelijktijdig met de neerlegging van haar verweerschrift een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, die bij beschikking van de Vierde kamer (uitgebreid) van 8 juli 1997 met de hoofdzaak is gevoegd.

15 De schriftelijke procedure is afgesloten met de neerlegging van de dupliek op 18 december 1997.

De na de instelling van het beroep in de hoofdzaak door Duitsland vastgestelde maatregelen

16 Bij het Jahressteuergesetz 1997 (hierna: „belastingwet 1997") van 20 december 1996 (*BGBl.* I, blz. 2049) heeft de Duitse wetgever twee wijzigingen aangebracht in § 82f EStDV. Enerzijds kan de bijzondere afschrijving voortaan slechts worden toegepast voor luchtvaartuigen die vóór 1 januari 1999 (één jaar vroeger dan de datum vastgesteld in het Standortsicherungsgesetz) zijn gekocht of gebouwd. Anderzijds moet het gaan om luchtvaartuigen waarvoor het koop- of bouwcontract vóór 25 april 1996 is gesloten.

17 Volgens een dienstvoorschrift van 17 februari 1997 van de bondsminister van Financiën „heeft de Europese Commissie (...) de bijzondere afschrijvingen voor luchtvaartuigen slechts toegestaan, wanneer deze vóór 1 januari 1995 zijn gekocht of gebouwd. Bijzondere afschrijvingen voor luchtvaartuigen kunnen derhalve in afwijking van de gewijzigde bepalingen van het Jahressteuergesetz 1997 slechts worden toegepast in de door de Commissie tot dusver toegestane omvang."

Het kort geding

18 Bij afzonderlijke akte, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 10 december 1997, hebben verzoeksters om opschorting verzocht van de tenuitvoerlegging van de artikelen 1 tot en met 3 van de bestreden beschikking, subsidiair, om vaststelling van iedere andere of bijkomende voorlopige maatregel die de rechter in kort geding noodzakelijk of geschikt acht.

19 In haar schriftelijke opmerkingen, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 28 januari 1998, concludeert de Commissie tot afwijzing van het verzoek in zijn geheel.

20 Partijen zijn op 3 maart 1998 in hun mondelinge toelichtingen gehoord.

21 Ter terechtzitting hebben verzoeksters afgezien van hun verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking. Zij hebben verklaard, dat hun aanvankelijk subsidiair ingediende verzoek strekt tot vaststelling van een positieve maatregel door de rechter in kort geding op basis van artikel 186 EG-Verdrag. De Commissie zou moeten worden gelast om de Duitse autoriteiten voorlopig toe te laten de litigieuze maatregel voor 1997 en 1998 toe te passen. Deze uitlegging zou blijken uit de motivering van het verzoek in kort geding (punt 55). Subsidiair concluderen verzoeksters tot het verlenen van deze voorlopige toelating uitsluitend te hunnen gunste.

22 De Commissie heeft haar conclusies tot afwijzing gehandhaafd.

In rechte

23 Krachtens de bepalingen van de artikelen 185 en 186 van het Verdrag, in samenhang met artikel 4 van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB L 319, blz. 1), zoals gewijzigd bij besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 (PB L 144, blz. 21), en bij besluit 94/149/EGKS, EG van de Raad van 7 maart 1994 (PB L 66, blz. 29), kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, de opschorting van de uitvoering van de bestreden handeling of de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.

24 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt, dat de verzoeken om voorlopige maatregelen een duidelijke omschrijving moeten bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt. De gevraagde maatregelen moeten een voorlopig karakter hebben in die zin, dat zij niet mogen vooruitlopen op de beslissing in de hoofdzaak (zie laatstelijk beschikking van de president van het Gerecht van 3 maart 1998, Carlsen e. a./Raad, T-610/97, Jurispr. blz. II-485, punt 13).

Argumenten van partijen

Voorafgaande opmerkingen over het doel van het verzoek in kort geding

25 Volgens verzoeksters moeten zij via de gevraagde voorlopige maatregelen in aanmerking komen voor de toepassing van § 82f EStDV tot het einde van de geldingsduur ervan, dit wil zeggen voor de belastingjaren 1997 en 1998, zij het alleen voorlopig, dus met dien verstande dat indien de gemeenschapsrechter vaststelt dat het

gaat om staatssteun, Duitsland de onrechtmatig ontvangen bedragen terugvordert. Gelet op de gemiddelde duur van de procedures voor het Gerecht en een mogelijke hogere voorziening van de Commissie tegen een arrest, zou dit doel anders onherroepelijk worden gemist.

De ontvankelijkheid van het verzoek

26 In haar opmerkingen over het verzoek in kort geding werpt de Commissie de niet-ontvankelijkheid op van de conclusies strekkende tot vaststelling van iedere andere of bijkomende voorlopige maatregel die de rechter in kort geding nodig of geschikt acht. Het verzoekschrift geeft onvoldoende duidelijk de door verzoeksters gewenste maatregelen weer (zie beschikking van de president van het Hof van 22 mei 1978, Simmenthal/Commissie, 92/78 R, Jurispr. blz. 1129, punten 20 en 21), zodat de Commissie haar rechten in het kader van haar opmerkingen niet kan verdedigen (artikel 105, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering) en de rechter in kort geding niet kan nagaan, of aan de voorwaarden voor het gelasten van voorlopige maatregelen is voldaan. Ter terechtzitting voegde zij hieraan toe, dat de motivering van het verzoekschrift geen duidelijkheid brengt over de inhoud van de conclusies.

27 Zou de rechter in kort geding de Commissie gelasten de toepassing van § 82f EStDV voorlopig toe te staan, wat het enige middel is om het door verzoeksters nagestreefde doel te kunnen bereiken (zie punt 25 supra), dan zou hij zich ten onrechte in de plaats van de Commissie stellen en verzoeksters een voordeel toekennen dat zij in de hoofdzaak niet kunnen verkrijgen (zie beschikking van de president van het Gerecht van 17 december 1996, Moccia Irme/Commissie, T-164/96 R, Jurispr. blz. II-2261, punt 29).

28 Ter terechtzitting betwijfelde de Commissie, of de gewenste voorlopige toelating, gelet op § 20, lid 2, Standortsicherungsgesetz (zie punt 6 supra), de toepassing van § 82f EStDV kan teweegbrengen. Deze toelating kan Duitsland (dat zich overigens niet tot de bevoegde rechter in kort geding heeft gewend) niet dwingen deze

bepaling toe te passen. Dat verzoeksters in de huidige stand van de Duitse wetgeving ook niet voorlopig of achteraf aanspraak op toepassing van deze bepaling kunnen maken, is geen rechtvaardiging voor een vordering tegen de Commissie. In elk geval moet de gevraagde maatregel tot verzoeksters worden beperkt.

29 Ter terechtzitting hebben verzoeksters betoogd, dat artikel 186 de rechter in kort geding toestaat de Commissie te gelasten positieve maatregelen te nemen (beschikking van de president van het Hof van 17 januari 1980, Pardini/Commissie, 809/79 R, Jurispr. blz. 139; beschikking van de president van de Tweede kamer van het Hof van 5 augustus 1983, CMC e.a./Commissie, 118/83 R, Jurispr. blz. 2583). Uit § 20, lid 2, Standortsicherungsgesetz alsmede uit het feit dat Duitsland bij het Hof tegen de beschikking is opgekomen (zaak C-182/96) blijkt, dat het § 82f EStDV zou toepassen indien de gevraagde maatregel werd gelast. Het ware ongerechtvaardigd hier de rechterlijke bescherming te weigeren, op de enkele grond dat Duitsland ingevolge de toepasselijke bepalingen het litigieuze voordeel niet heeft toegekend wegens het ontbreken van een positieve beschikking van de Commissie, of omdat het zich niet zelf tot de bevoegde rechter in kort geding heeft gewend.

De fumus boni juris

30 Verzoeksters beklemtonen dat hun beroep in de hoofdzaak ontvankelijk is, en stellen dat de beschikking met name wegens de blijkbaar talrijke en ernstige motiveringsgebreken onwettig is.

31 Om te beginnen heeft de Commissie geen rekening gehouden met de drie deskundigenrapporten waarover zij beschikte vóór het geven van de beschikking, doch die zij daarin niet heeft vermeld. Op grond van een wetenschappelijke beoordeling van de werking van § 82f EStDV luidde de conclusie van elk van deze rapporten, dat deze bepaling geen belastingbesparing of rentevoordeel kon opleveren. Wat het steunkarakter van de bij deze bepaling ingevoerde regeling betreft, vormden deze rapporten de enige bron van wetenschappelijke informatie voor de

Commissie. Door deze rapporten niet te gebruiken heeft de Commissie dus geen rekening gehouden met „alle in casu relevante omstandigheden en factoren" (zie arresten Hof van 13 maart 1985, Nederland en Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissie, 296/82 en 318/82, Jurispr. blz. 809, punt 19, en 24 oktober 1996, Duitsland e. a./Commissie, C-329/93, C-62/95 en C-63/95, Jurispr. blz. I-5151, punt 32). In deze situatie kunnen de belanghebbenden hun recht niet laten gelden en kan de gemeenschapsrechter de wettigheid van de bestreden beschikking niet met kennis van zaken toetsen (zie hierover bijvoorbeeld arresten Gerecht van 18 september 1995, Tiercé Ladbroke/Commissie, T-471/93, Jurispr. blz. II-2537, punt 29, en 28 september 1995, Sytraval en Brink's France/Commissie, T-95/94, Jurispr. blz. II-2651, punt 52).

32 In de tweede plaats is de motivering van de bestreden beschikking gebrekkig doordat § 82f EStDV volgens verzoeksters een „algemene" en niet een „selectieve" werking heeft en dus geen staatssteun in de zin van artikel 92 EG-Verdrag vormt. Eenieder kan zich als belegger op die bepaling beroepen, met name in het kader van Duitse commanditaire vennootschappen die openstaan voor het publiek en waarvan de commanditarissen (beleggers) de belastingen over de fiscale resultaten dragen. Dezelfde overwegingen gelden voor de aankoop van luchtvaartuigen die voor internationale commerciële vluchten (bijvoorbeeld de exploitatie van een grensoverschrijdende „luchttaxidienst" door een particulier) worden ingezet, en voor de verwerving van aandelen van luchtvaartmaatschappijen door particulieren.

33 Onder verwijzing naar het verzoekschrift en naar de repliek in het hoofdgeding wijzen verzoeksters in de derde plaats op andere kennelijke motiveringsgebreken, waar de Commissie er genoegen mee heeft genomen beweringen te formuleren zonder het bewijs ervan te leveren, ofschoon de bewijslast inzake het bestaan van staatssteun op haar rust. Het toetsingsrecht van de gemeenschapsrechter ter zake is onbeperkt. Ter terechtzitting hebben verzoeksters daaraan toegevoegd, dat voormelde deskundigenrapporten het bewijs bevatten, dat de litigieuze Duitse bepalingen geen dergelijke steun vormen.

34 Volgens de Commissie is het beroep in de hoofdzaak niet-ontvankelijk en ongegrond. Zij verwijst naar haar memories in het hoofdgeding.

De spoedeisendheid

35 Volgens verzoeksters is de gevraagde maatregel noodzakelijk ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade, te weten het definitieve verlies van het voordeel van § 82f EStDV.

36 Aangaande de onherstelbaarheid van deze schade wijzen verzoeksters erop, dat het geschil in de hoofdzaak waarschijnlijk eerst in 1999 definitief zal worden beslecht. De Commissie kan namelijk deze einduitspraak vertragen (zoals zij reeds deed door de intrekking van de oorspronkelijke beschikking en de vaststelling van de inhoudelijk identieke beschikking die thans aan de orde is) via procedurele stappen zoals verzoeken om termijnverlenging en vooral door het instellen van een hogere voorziening.

37 Indien het geschil dus eerst zo laat, na het einde van het laatste in § 82f EStDV bedoelde belastingjaar (zie punt 25 supra) wordt beslecht, verliezen de ondernemingen definitief het voordeel van die bepaling, zodat een eventueel arrest tot toewijzing van hun beroep geen enkel nut meer zou hebben.

38 Dienaangaande zetten verzoeksters allereerst uiteen, dat de keuze tussen de degressieve afschrijving en de lineaire afschrijving (de enige formule waarbij de bijzondere afschrijving kan worden toegepast) vóór een bepaalde datum moet worden gemaakt. In hun verzoek om voorlopige maatregelen stellen zij, dat deze keuze „binnen het jaar van aankoop" moet worden gemaakt, en verwijzen zij naar de datum van afsluiting van de balans (31 december). Ter terechtzitting hebben zij evenwel gepreciseerd, dat deze keuze wordt gemaakt in het kader van het opmaken van de fiscale balans na het einde van het jaar van aankoop. De einddatum voor het opmaken van deze balans varieert naar gelang van het type vennootschap. Momenteel is hij wat 1997 betreft nog niet overschreden voor sommige kleine besloten vennootschappen. Deze vennootschappen zouden voor dat jaar dus nog kunnen kiezen tussen de twee voornaamste afschrijvingsmogelijkheden. Ter terechtzitting hebben verzoeksters daaraan evenwel toegevoegd, dat de bestuurders deze keuze, omwille van het nut ervan in het kader van het „balansbeleid" van de onderne-

ming, ruim voor de formele einddatum moeten maken om tijdig de andere stappen te kunnen nemen die zich in het kader van dit beleid opdringen.

39 In de tweede plaats kan een onderneming die (formeel) voor degressieve afschrijving heeft gekozen, volgens de toepasselijke wetgeving later niet meer overgaan op lineaire afschrijving in combinatie met de bijzondere afschrijving. Voor reeds gecontroleerde en afgesloten jaarrekeningen is retroactieve toepassing van § 82f EStDV niet mogelijk. In het bijzonder is een retroactieve correctie van deze rekeningen onverenigbaar met het beginsel van de waarheidsgetrouwheid van de balans. Voorts hebben verzoeksters er ter terechtzitting op gewezen, dat evenmin om voorlopige toepassing van § 82f EStDV kan worden verzocht. Want dan kan de betrokken onderneming voor de betrokken balans niet het vereiste accountantsvisum krijgen. Aldus heeft deze bepaling sinds 1995 geen toepassing meer gevonden.

40 In de derde plaats kunnen verzoeksters geen vergoeding krijgen in de vorm van een geldsom, want het voordeel van de toepassing van deze bepaling kan op zich niet in geld worden uitgedrukt. De betrokken luchtvaartmaatschappijen verkrijgen namelijk geen belastingbesparing of rentevoordeel over het geheel van de afschrijvingsperiode (de effecten over een enkel jaar zijn, anders dan de Duitse regering oordeelde in het kader van de vaststelling van de belastingwet 1997, niet beslissend). Deze bepaling bood hen alleen de mogelijkheid tot op zekere hoogte te kiezen hoe het totale bedrag over de afschrijvingsperiode wordt gespreid, en aldus een soepel balansbeleid te voeren. Aldus kunnen deze ondernemingen de variaties verminderen die in hun jaarrekeningen kunnen optreden ten gevolge van de zware investeringen in luchtvaartuigen, die mede het gevolg zijn van de introductie van nieuwe „generaties" van toestellen. Deze beperkte variaties in de jaarrekeningen zijn essentieel voor het vertrouwen van de aandeelhouders, de sociale partners en de banken in de continuïteit en de betrouwbaarheid van de onderneming.

41 Het verlies van die mogelijkheid vormt voor de betrokken ondernemingen een economisch nadeel, dat niet alleen onherstelbaar, maar ook aanzienlijk en ernstig is.

42 Ter terechtzitting hebben verzoeksters erop gewezen, dat de ondernemingen die aangesloten zijn bij eerste verzoekster, in 1997 en 1998 in totaal 50 luchtvaartuigen voor een bedrag van ongeveer 2,5 miljard USD hebben aangekocht. Ofschoon luchtvaartuigen wegens de stijgende prijzen steeds meer worden geleast, zijn de Duitse ondernemingen, in het bijzonder de leden van eerste verzoekster, er tot dusver in geslaagd de toestellen zelf aan te kopen. Voor het overige kan van verzoeksters niet worden verlangd dat zij voor elke betrokken onderneming individuele gegevens verstrekken, welke gegevens overigens vertrouwelijk zijn en voor de door de rechter in kort geding te nemen beslissing irrelevant zijn. Wanneer zulks van hen werd verlangd, zouden zij nauwkeuriger informatie moeten meedelen dan in de beschikking zelf is gegeven. In casu is vooral van belang, dat een instrument verloren gaat dat soepelheid mogelijk maakte.

43 Dat het verzoek in kort geding eerst in december 1997 is ingediend, is te verklaren doordat van toen af kon worden voorzien, dat het voordeel van § 82f EStDV onherstelbaar verloren zou gaan, nu de belastingwet 1997 de geldingsduur ervan met een jaar had verminderd. Dat deze mogelijkheid bij het verstrijken van bedoelde geldingsduur wegvalt, zal volgens verzoeksters voor de sector zeer zware gevolgen hebben.

44 Onder verwijzing naar het evenredigheidsbeginsel en het Duitse recht zijn verzoeksters ten slotte van mening, dat de vereisten in verband met het criterium van spoedeisendheid in casu niet te streng mogen worden toegepast, aangezien de bestreden beschikking kennelijk onwettig is. Dienaangaande herinneren zij aan de tot staving van de fumus boni juris van het beroep in de hoofdzaak aangevoerde eerste grief (zie punt 31 supra).

45 De Commissie stelt, dat volgens vaste rechtspraak, gebaseerd op de tekst van de toepasselijke bepalingen (artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht) de spoedeisendheid een wezenlijke en onmisbare voorwaarde is voor het gelasten van voorlopige maatregelen (zie beschikking van de president van het Hof van 21 maart 1997, Nederland/Raad, C-110/97 R, Jurispr. blz. I-1795, punt 24, en de aldaar aangehaalde rechtspraak; beschikking van de president van het Gerecht van 19 juni 1997, Chaves Fonseca Ferrão/OHMI, T-159/97 R, Jurispr. blz. II-1049, punt 11). Wegens de duidelijkheid van deze bepalingen is ieder beroep op algemene rechtsbeginselen uitgesloten. Ook naar Duits recht kan het criterium

van de spoedeisendheid volgens de Commissie niet terzijde worden geschoven door in het algemeen te verwijzen naar de kans op slagen in de hoofdzaak. De bestreden beschikking is hoe dan ook niet kennelijk onwettig (zie punt 34 supra).

46 Verzoeksters hebben de spoedeisendheid van de gewenste maatregelen niet aangetoond; hiervoor zou in het bijzonder moeten worden bewezen, dat de toepassing van de bestreden beschikking ernstige en onherstelbare schade dreigt te veroorzaken.

47 Wat dit laatste punt betreft hadden verzoeksters moeten preciseren, of de ondernemingen die aangesloten zijn bij eerste verzoekster, dan wel tweede verzoekster zelf luchtvaartuigen hebben aangekocht of zullen aankopen die vóór 1 januari 1999 zijn gekocht of gebouwd op basis van koop- of bouwcontracten van vóór 25 april 1996, en die aan de toepassingsvoorwaarden van § 82f EStDV voldoen. De ter terechtzitting verstrekte summiere preciseringen stellen de Commissie niet in staat zich naar behoren te verdedigen.

48 Volgens de Commissie hadden verzoeksters in elk geval met concrete cijfers de gevolgen van het verlies van deze mogelijkheid voor elk van deze ondernemingen en ten aanzien van elk van de betrokken luchtvaartuigen moeten uiteenzetten. Dit vereiste kan volgens de Commissie, in elk geval wat tweede verzoekster betreft, geen ernstige problemen inzake vertrouwelijkheid opleveren.

49 Ter terechtzitting heeft zij anderzijds betoogd, dat de ondernemingen de mogelijkheid hadden zich in het kader van hun fiscale balans 1997 voorlopig op § 82f EStDV te beroepen, om de definitieve toepassing ervan door de nationale autoriteiten na de uitspraak van het arrest in de hoofdzaak te verkrijgen.

50 Voor 1998 is het risico van schade niet zo groot, dat onmiddellijke maatregelen gerechtvaardigd zijn [zie beschikking van de president van het Gerecht van 10 mei 1994, Société commerciale des potasses et de l'azote en Entreprise minière et

chimique/Commissie, T-88/94 R, Jurispr. blz. II-263, punt 39, en beschikking van de president van het Hof van 19 juli 1995, Commissie/Atlantic Container Line e. a., C-149/95 P(R), Jurispr. blz. 2165, punt 38]. Voor dat jaar moet eerst aan het einde ervan een formele keuze tussen de twee afschrijvingsmethoden worden gemaakt; volgens verzoeksters moet de eigenlijke keuze tijdens het laatste kwartaal worden gemaakt. Het is niet uitgesloten, en zelfs eerder waarschijnlijk, dat in de hoofdzaak voordien reeds uitspraak wordt gedaan. Mocht het tegendeel blijken, kunnen verzoeksters een nieuw verzoek in kort geding indienen.

51 Dienaangaande betwist de Commissie zowel het verwijt dat zij tot dusver dilatoir zou hebben gehandeld als verzoeksters' voorspellingen over haar optreden in de toekomst. In het bijzonder is er geen enkel automatisme wat het instellen van een hogere voorziening door de Commissie tegen het door het Gerecht te wijzen arrest betreft, gesteld dat verzoeksters daarbij in het gelijk zouden worden gesteld. Daarover beslist de Commissie eerst na zorgvuldig onderzoek van de motivering van dat arrest. Zijzelf moet hoe dan ook de nodige maatregelen nemen voor de uitvoering van dat arrest, aangezien een door haar ingestelde hogere voorziening, behoudens door het Hof genomen voorlopige maatregelen, geen opschortende werking heeft.

52 De stelling dat het onderhavige verzoek spoedeisend is, wordt weersproken doordat de bij de belastingwet 1997 aangebrachte wijzigingen strekken tot het verkrijgen van begrotingsbesparingen, waaruit blijkt dat de schade die verzoeksters stellen te moeten lijden, eigenlijk van pecuniaire aard is. Zij wordt voorts weersproken door de omstandigheid dat in zaak T-25/96 geen enkel verzoek in kort geding is ingediend, dat het onderhavige verzoek, wat 1996 betreft en zelfs in bepaalde opzichten wat 1997 betreft, te laat is ingediend, en dat de Duitse regeling weldra zal vervallen.

De belangenafweging

53 Volgens verzoeksters moet ingevolge artikel 3 B, derde alinea, EG-Verdrag, bepalende dat het optreden van de Gemeenschap niet verder gaat dan wat nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken, rekening worden gehouden met de bezwarende gevolgen van een bepaalde maatregel voor partijen.

54 In casu kan van verzoeksters niet worden verlangd dat zij de schade ondergaan door (voor de laatste twee belastingjaren waarvoor zulks kan) definitief af te zien van de mogelijke toepassing van de bijzondere afschrijving. De Gemeenschap van haar kant lijdt geen enkele schade wanneer zij na het gelasten van de gevraagde voorlopige maatregel het arrest in de hoofdzaak afwacht, ook al wordt het beroep door het Gerecht afgewezen. Deze afwijzing zou namelijk inhouden, dat § 82f EStDV een geldelijk voordeel verleent en dus een staatssteun vormt. De Commissie zou Duitsland dan kunnen gelasten deze terug te vorderen, waardoor alle eventueel door de Gemeenschap in verband met deze voorlopige maatregel geleden schade zou worden gecompenseerd. Aangaande het belang dat de Gemeenschap erbij heeft dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst (artikel 3, sub g, EG-Verdrag) betogen verzoeksters, dat bij hun weten geen enkele concurrent in de 25 jaar dat § 82f EStDV van kracht is, zich bij de bevoegde autoriteiten erover heeft beklaagd, dat de Duitse luchtvaartmaatschappijen zich daarop kunnen beroepen.

55 De belangenafweging noopt volgens de Commissie niet tot de conclusie dat de gevraagde maatregel moet worden toegewezen. Wanneer steun achteraf wordt teruggevorderd, neemt zulks niet weg dat de toekenning van die steun van meet af aan de mededinging heeft vervalst, en is ook niet steeds gegarandeerd dat deze vervalsing met terugwerkende kracht wordt opgeheven.

Beoordeling door de rechter in kort geding

56 In het licht van de door verzoeksters ter terechtzitting verstrekte toelichtingen moet worden vastgesteld, dat zij een rechterlijk bevel verlangen waarbij de Commissie wordt gelast de toepassing van de litigieuze Duitse maatregel voorlopig en voor 1997 en 1998 toe te staan, of subsidiair een soortgelijk rechterlijk bevel, doch alleen ten behoeve van verzoeksters.

57 Zelfs gesteld dat op regelmatige wijze om deze maatregelen is verzocht, moet het verzoek gelet in het bijzonder op de inhoud van de inleidende akte van het onderhavige kort geding worden afgewezen, nu niet is voldaan aan de voorwaarden rechtens voor het gelasten van de gewenste maatregelen.

58 Volgens vaste rechtspraak moet de voorwaarde betreffende spoedeisendheid in de zin van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht worden getoetst aan de vraag, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de partij die om de voorlopige maatregel verzoekt. Deze partij dient dus aan te tonen, dat zij niet op de uitspraak in de hoofdzaak kan wachten zonder dergelijke schade te lijden (zie bijvoorbeeld beschikking van de president van het Gerecht van 7 november 1995, Eridania e. a./Raad, T-168/95 R, Jurispr. blz. II-2817, punt 33).

59 Ten onrechte pogen verzoeksters de rechter in kort geding ertoe te bewegen de aan dit criterium verbonden vereisten af te zwakken, omdat de bestreden beschikking kennelijk onwettig zou zijn.

60 Alle in het verzoek om voorlopige maatregelen geformuleerde grieven tot staving van de fumus boni juris van het beroep in de hoofdzaak zijn ontleend aan „motiveringsgebreken", waaronder de in de onderhavige context extra beklemtoonde grief, dat de deskundigenrapporten niet in de beschikking zijn vermeld (zie punten 31 en 44 supra). Deze gebreken, gesteld dat zij bewezen zijn, volstaan geenszins om uit te sluiten, dat de kwalificatie in de beschikking van de Duitse maatregel als een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare staatssteunmaatregel, ten gronde gerechtvaardigd kan zijn vanuit het oogpunt van artikel 92 EG-Verdrag. Zij vormen dus niet het bewijs van het bestaan van een bijzonder, rechtmatig belang van verzoeksters om een rechterlijk bevel te verkrijgen waarbij de Commissie ingevolge laatstbedoelde bepaling wordt gelast een voorlopige toelating te geven. Hoe dan ook kan aan geen enkele van de door verzoeksters aangevoerde grieven op het eerste gezicht de conclusie worden verbonden, dat zij wegens de gestelde ontoereikende motivering, op dit punt niet naar behoren hun standpunt hebben kunnen uiteenzetten. Met elk van deze grieven worden onjuistheden aan de orde gesteld die de Commissie bij het onderzoek van de zaak zou hebben begaan, door de deskundigenrapporten niet te gebruiken (eerste grief), ofwel door tot het selectieve karakter van de Duitse regeling te concluderen (tweede grief), ofwel nog door haar stellingen niet te bewijzen (derde grief).

61 Aangaande de materiële regelmatigheid van de bestreden beschikking wordt in de drie grieven impliciet, evenals in het in de hoofdzaak aangevoerde derde middel expliciet is gesteld (schending van artikel 92, lid 1, EG-Verdrag), de kwalificatie van de litigieuze nationale maatregel als staatssteun in twijfel getrokken. De aldus opgeworpen vraag kan evenwel slechts worden opgelost na een grondig onderzoek door de rechter in de hoofdzaak. Deze overweging geldt in het bijzonder voor de vraag of deze maatregel de belastingplichtigen in staat stelt te besparen, met name op het vlak van de rentelast. Ter terechtzitting hebben verzoeksters zelf het belang beklemtoond dat huns inziens verbonden was aan de economische analyses in de drie deskundigenrapporten in de administratieve procedure. Voorts zijn partijen het oneens over het te kiezen criterium om vast te stellen of er al dan niet sprake is van dergelijke besparingen. De oplossing van dit probleem vergt ook een grondig onderzoek door het Gerecht in het kader van zijn beoordeling van het beroep in de hoofdzaak. De rechter in kort geding mag op deze beoordeling niet vooruitlopen.

62 In deze omstandigheden moet volgens voormelde rechtspraak worden onderzocht, of verzoeksters rechtens genoegzaam hebben bewezen, dat voor hen ernstige en onherstelbare schade dreigt.

63 Dienaangaande zij allereerst gepreciseerd, dat het risico van schade hun eigen belangen of, wat specifiek de verzoekende vereniging betreft, op zijn minst de door haar te behartigen belangen moet betreffen (zie beschikking van de president van het Gerecht van 2 oktober 1997, Eurocoton e. a./Raad, T-213/97 R, Jurispr. blz. II-1609, punt 46).

64 In de tweede plaats moet de rechter in kort geding, om te kunnen beoordelen of de door verzoeksters gestelde schade ernstig en onherstelbaar is, zodat er gronden zijn om de bestreden beschikking bij wijze van uitzondering buiten toepassing te laten, beschikken over concrete aanwijzingen om voor elk van de betrokken ondernemingen de precieze gevolgen te kunnen beoordelen die zich bij uitblijven van de gevraagde maatregelen waarschijnlijk zullen voordoen.

65 Uit hoofde van deze criteria hadden verzoeksters om te beginnen met bewijsstukken voor elk van de betrokken ondernemingen de aankopen van luchtvaartuigen moeten aangeven die binnen de werkingssfeer van de litigieuze Duitse regeling vallen. Wegens de wijzigingen aangebracht bij de belastingwet 1997 (zie punt 16 supra) moeten deze koopcontracten vóór 25 april 1996 zijn gesloten en zijn zij dus op het eerste gezicht identificeerbaar voor de volledige resterende geldingsduur van deze regeling.

66 Het verzoek in kort geding bevat geen enkele aanwijzing van dien aard. Ter beoordeling van het concrete belang van elk van de betrokken ondernemingen kan niet worden volstaan met de loutere bewering ter terechtzitting, dat alle ondernemingen die aangesloten zijn bij eerste verzoekster, een bepaald aantal luchtvaartuigen voor een bij benadering aangegeven bedrag hebben aangekocht.

67 Dergelijke nauwkeurige, individuele en gestaafde aanwijzingen waren des te meer noodzakelijk, omdat verzoeksters ter terechtzitting hebben erkend, dat naast de aankoop van luchtvaartuigen door de luchtvaartmaatschappijen zelf, waarbij de toestellen in de eigen boekhouding van elk van deze maatschappijen worden afgeschreven, wegens de stijging van de door de constructeurs aangerekende prijzen leasing steeds meer aan belang wint.

68 Gelet op de gegevens betreffende deze aankopen en concreet gesproken hadden verzoeksters dus althans bij benadering en gestaafd met voorbeelden de door hen verwachte gevolgen van het buiten toepassing laten van § 82f EStDV moeten toelichten, zowel ten aanzien van de ontwikkeling van de balans van de ondernemingen als van de uit deze ontwikkeling voortvloeiende te verwachten schadelijke gevolgen. Zij hebben niet gesteld, dat een dergelijke voorstelling onmogelijk was. § 82f EStDV was tussen 1965 en 1994 van toepassing, en daarna niet meer, zodat het op het eerste gezicht dus niet uitgesloten is, dat althans sommige van de ondernemingen wier belangen hier aan de orde zijn, de situaties onder de twee regelingen hebben kunnen vergelijken. In deze omstandigheden vormt de loutere verwijzing naar het mogelijke belang van een soepel balansbeleid om het vertrouwen van belanghebbende derden in de continuïteit en betrouwbaarheid van de onderneming te handhaven, geen afdoende verklaring.

69 Voor zover zij zich beroepen op de vertrouwelijkheid van de economische en boekhoudkundige gegevens van de betrokken ondernemingen (de leden van eerste verzoekster alsmede tweede verzoekster) kan hun betoog niet slagen. Tegenover de Commissie, die namelijk verplicht is tot geheimhouding (artikel 214 EG-Verdrag), is geen beroep op deze vertrouwelijkheid mogelijk. Aangaande de vertrouwelijkheid tussen de betrokken ondernemingen onderling hebben verzoeksters geen enkel element aangebracht ten bewijze dat zij in het kader van een regelmatige procedure voor de rechter in kort geding niet kon worden verzekerd, in het bijzonder ten aanzien van de rechten van verweer van elk van hen.

70 De specifieke omstandigheden van de indiening van het onderhavige verzoek bevatten bovendien elementen die tegen de spoedeisendheid ervan pleiten.

71 Er zij aan herinnerd, dat § 82f EStDV sinds eind 1994 niet meer van toepassing was, en na 31 december 1998 niet meer zal gelden. Verzoeksters hebben evenwel niet kunnen uitleggen waarom het verkrijgen van het voordeel dat zij aan deze bepaling verbinden, spoedeisend is wat de aankoop van luchtvaartuigen in 1997 en 1998 betreft, en ook niet waarom zij geen soortgelijk verzoek als het onderhavige hebben ingediend voor de belastingjaren 1995 of 1996 in het kader van zaak T-25/96, of in de onderhavige zaak in het hoofdgeding.

72 Voor zover verzoeksters de voor de indiening van hun verzoek in kort geding gekozen datum verklaren door de vrees dit voordeel definitief te verliezen, in die zin dat het voor alle in aanmerking komende belastingjaren voortaan voor hen verloren dreigde te gaan, kan hun betoog niet slagen. Volgens verzoeksters zelf was het onderhavige verzoek gerechtvaardigd teneinde voor 1997 en 1998 vóór de naar nationaal recht daartoe gestelde einddata en gelet op de onomkeerbaarheid van deze keuze, te kunnen opteren voor de lineaire afschrijving, met de zekerheid daarna bijzondere afschrijvingen te kunnen toepassen. Deze rechtvaardiging had in de context van de overeenkomstige uiterste data van de vorige jaren evenwel evengoed kunnen worden aangevoerd. Dat de belastingwet 1997 de einddatum voor de aankoop van de luchtvaartuigen een jaar heeft vervroegd, doet aan deze redenering

niet af. De vaststelling van deze wet zelf in december 1996 kan als zodanig geen verklaring zijn voor de indiening, ongeveer een jaar later, van het verzoek in kort geding.

73 Bovendien blijkt uit verzoeksters' stelling, dat de keuze tussen de verschillende afschrijvingsmethodes ruim vóór de formele einddatum moet vaststaan om van nut te kunnen zijn voor het „balansbeleid" van de onderneming, op het eerste gezicht veeleer, dat het onderhavige verzoek te laat is ingediend om voor 1997 alle mogelijkheden open te laten die verzoeksters aan de Duitse regeling verbinden.

74 Aangezien dus aan de voorwaarde van spoedeisendheid niet is voldaan, kan in de omstandigheden van de onderhavige zaak de conclusie van de belangenafweging niet luiden dat de verlangde maatregel moet worden toegewezen. Verzoeksters hebben geen elementen aangebracht die kennelijke twijfel rechtvaardigen omtrent de geldigheid van de kwalificatie van de litigieuze nationale maatregel als staatssteun (zie punt 61 supra). Voorts zij erop gewezen, dat de artikelen 92 en 93 EG-Verdrag moeten beletten, dat dergelijke steunmaatregelen de mededinging in de Gemeenschap vervalsen. Ter vrijwaring van de mededinging verzet artikel 93, lid 3, laatste zin, zich tegen de betaling van de steun voordat de Commissie zich van de verenigbaarheid ervan met de gemeenschappelijke markt heeft kunnen vergewissen. Bij dit onderzoek beschikt de Commissie over een ruime beoordelingsbevoegdheid (arrest Hof van 14 januari 1997, Spanje/Commissie, C-169/95, Jurispr. blz. I-135, punt 18), zodat de rechter in kort geding zich niet in haar plaats kan stellen (zie beschikking van de president van het Gerecht van 21 oktober 1996, Pantochim/Commissie, T-107/96 R, Jurispr. blz. II-1361, punt 44). In casu heeft de Commissie in het kader van deze bevoegdheid de steun onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard. Wanneer niet genoegzaam is bewezen dat ernstige en onherstelbare schade dreigt, kan de rechter in kort geding de vrijwaring van de mededinging waarin de artikelen 92 en 93 EG-Verdrag voorzien, derhalve niet terzijde schuiven. Verzoeksters' stelling dat tegen de Duitse regeling tot dusver geen klacht is ingediend, doet niet af aan deze beoordeling.

75 Uit een en ander volgt, dat aan de voorwaarden rechtens voor het gelasten van voorlopige maatregelen in casu niet is voldaan. Het verzoek moet dus worden afgewezen.

DE PRESIDENT VAN DE VIERDE KAMER (UITGEBREID)
VAN HET GERECHT

beschikt:

1) Het verzoek in kort geding wordt afgewezen.

2) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Luxemburg, 2 april 1998.

De griffier

H. Jung

De president van de Vierde kamer

P. Lindh