CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER

van 21 februari 2002 [1]

Inhoud

I — Inleiding ... I-7878

II — Juridisch kader ... I-7879

III — Feiten en bestreden beschikking ... I-7880

A — Feiten ... I-7880

B — Bestreden beschikking ... I-7882

IV — Procedure voor het Gerecht ... I-7884

V — Middelen in eerste aanleg en arrest van het Gerecht ... I-7885

VI — Hogere voorziening bij het Hof ... I-7887

VII — Juridische beoordeling ... I-7889

A — Ontvankelijkheid van de hogere voorziening van Falck (zaak C-74/00 P) ... I-7889

1) De rechtstreekse aantasting van de situatie van Falck ... I-7889

2) Het ontbreken van de hoedanigheid van onderneming in de zin van het EGKS-Verdrag ... I-7893

B — Vordering van de Commissie tot verwijdering van interne documenten uit het dossier ... I-7894

C — De afzonderlijke middelen ... I-7898

1) Schending van de rechten van de verdediging ter terechtzitting voor het Gerecht ... I-7898

a) Argumenten van partijen ... I-7898

b) Beoordeling ... I-7898

2) Schending van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure voorafgaand aan de vaststelling van de beschikking ... I-7899

a) Argumenten van partijen ... I-7899

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

b) Beoordeling I-7900

aa) Ontvankelijkheid van de grief dat de rechten van verdediging van Falck zijn geschonden I-7900

bb) Recht om gehoord te worden I-7901

cc) Inachtneming van het recht om gehoord te worden in het onderhavige geval I-7904

dd) Gevolgen voor de informatieplicht van de Commissie en de ontvankelijkheid van nieuwe feiten voor het Gerecht I-7906

3) Rechtsgrondslag van de bestreden beschikking I-7907

a) Argumenten van partijen I-7907

b) Beoordeling I-7908

aa) Belang van rekwirantes bij de toepassing van de tweede staalsteuncode I-7909

bb) Toepassing van de bij de toekenning van de steun geldende code . I-7910

cc) Toepassing van de ten tijde van de beschikking van de Commissie geldende code I-7912

dd) Vertrouwensbescherming I-7913

ee) Ontoereikende motivering van de gekozen rechtsgrondslag I-7914

ff) Conclusie I-7914

4) Vaststelling van de feiten en de omvang van I-7914

a) Inaanmerkingneming van een reeds in beschikking 91/176 getoetste steun I-7915

aa) Argumenten van partijen I-7915

bb) Beoordeling I-7915

b) Tekortschietend onderzoek van de afwijkingen van het steunverbod .. I-7917

aa) Argumenten van partijen I-7917

bb) Beoordeling I-7918

5) Niet-inaanmerkingneming van de invloed op het intracommunautaire handelsverkeer I-7920

a) Argumenten van partijen I-7920

b) Beoordeling I-7920

6) Schending van de verjaringsregels en van het rechtszekerheidsbeginsel ... I-7921
a) Argumenten van partijen ... I-7921
b) Beoordeling ... I-7922
7) Schending van het vertrouwensbeginsel ... I-7924
a) Argumenten van partijen ... I-7924
b) Beoordeling ... I-7925
8) Onjuiste vaststelling van de toe te passen rente op de terugbetaling ... I-7928
a) Argumenten van partijen ... I-7928
b) Beoordeling ... I-7929
9) Verbod op strafmaatregelen en het evenredigheidsbeginsel ... I-7931
a) Argumenten van partijen ... I-7931
b) Beoordeling ... I-7931
VIII — Kosten ... I-7933
IX — Conclusie ... I-7933

I — Inleiding

1. Met de onderhavige hogere voorzieningen vechten Acciaierie di Bolzano SpA (hierna: „ACB") en Falck SpA (hierna: „Falck") het arrest aan van het Gerecht van eerste aanleg van 16 december 1999 in zaak T-158/96. Het Gerecht heeft het beroep van ACB tot nietigverklaring van beschikking 96/617/EGKS van de Commissie van 17 juli 1996 (hierna: „bestreden beschikking")[2] verworpen. Bij deze beschikking werd de Italiaanse Republiek verplicht, vanaf 1 januari 1986 de door de Autonome Provincie Bolzano aan de staalonderneming Acciaierie di Bolzano (sedert het begin van de tachtiger jaren) toegekende steun terug te vorderen, aangezien deze niet was aangemeld en niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar was. Geschilpunten hierbij zijn onder meer, of de steunmaatregelen moeten worden getoetst aan de ten tijde van de steunverlening geldende staalsteuncode of aan de ten tijde van de terugvorderingsbeschikking geldende code.

2. ACB is als producente van producten van speciaal staal een onderneming in de zin van het EGKS-Verdrag. Tot en met de verkoop aan Valbruna Srl op 31 juli 1995 werd de vennootschap door het staalconcern Falck gecontroleerd, dat ACB in eerste aanleg als interveniënte heeft ondersteund.

2 — PB L 274, blz. 30.

3. Rekwirantes verwijten het Gerecht, een reeks rechtsschendingen in de beschikking niet juist te hebben beoordeeld. Met name zijn bij de vaststelling van de beschikking het recht om gehoord te worden, respectievelijk de rechten van de verdediging van ACB genegeerd. Bovendien heeft de beschikking niet de opheffing van de effecten van de steunmaatregelen tot doel, maar gaat het om een sanctie. De berekening van de rente is eveneens foutief. Verder heeft de Commissie door terugvordering van de tot en met tien jaar geleden toegekende steun te eisen de regels betreffende de verjaring, het verbod van terugwerkende kracht en het vertrouwensbeginsel geschonden.

4. Terwijl de Italiaanse Republiek zich in haar memorie van antwoord ten gunste van rekwirantes uitspreekt, bestrijdt de Commissie de grieven. Zij twijfelt bovendien aan de ontvankelijkheid van de hogere voorziening van Falck (C-74/00 P) en vordert verwijdering van enkele interne documenten uit het dossier, die andere betrokkenen bij de procedure hebben overgelegd.

II — Juridisch kader

5. Ingevolge artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag is steunverlening door de lidstaten als zodanig onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal en verboden. Artikel 95 EGKS-Verdrag verleent de Commissie echter de bevoegdheid afwijkingen toe te staan, voorzover dat noodzakelijk blijkt tot het verwerkelijken, overeenkomstig de bepalingen van artikel 5, van een der doelstellingen van de Gemeenschap zoals deze zijn omschreven in de artikelen 2, 3 en 4.

6. Op deze grondslag heeft de Commissie in 1980 de zogenoemde eerste staalsteuncode [3] vastgesteld, die in afwijking van artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag in bepaalde gevallen in het kader van een gemeenschappelijk beleid staatssteun voor de herstructurering van de ijzer- en staalindustrie toestond.

7. De eerste steuncode gold tot en met 31 december 1981 en werd aansluitend vervangen door de tweede staalsteuncode [4], die tot en met 31 december 1985 van toepassing was. Daarna volgden de derde staalsteuncode, toepasselijk van 1 januari 1986 tot en met 31 december 1988 [5], de vierde staalsteuncode, geldig van 1 januari

3 — Beschikking nr. 257/80/EGKS van de Commissie van 1 februari 1980 tot instelling van communautaire bepalingen voor specifieke steunmaatregelen ten behoeve van de ijzer- en staalindustrie (PB L 29, blz. 5; hierna: „eerste code").

4 — Beschikking nr. 2320/81/EGKS van de Commissie van 7 augustus 1981 tot invoering van communautaire regels voor steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 228, blz. 14), zoals gewijzigd bij beschikking nr. 1018/85/EGKS van de Commissie van 19 april 1985 (PB L 110, blz. 5; hierna: „tweede code").

5 — Beschikking nr. 3484/85/EGKS van de Commissie van 27 november 1985 tot invoering van communautaire regels voor de steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 340, blz. 1, hierna:„derde code").

1989 tot en met 31 december 1991[6], de vijfde staalsteuncode, van kracht van 1 januari 1992 tot en met 31 december 1996[7] en ten slotte de zesde staalsteuncode, die sedert 1 januari 1997[8] geldt.

8. De codes voorzien in een bijzondere goedkeuringsprocedure voor steunverlening aan de ijzer- en staalsector. Volgens deze procedure dienen de lidstaten steunvoornemens telkenmale uiterlijk op een bepaalde datum bij de Commissie te hebben aangemeld. Deze beslist na de belanghebbenden in de gelegenheid te hebben gesteld hun opmerkingen kenbaar te maken.[9] Vanaf de tweede code bevatten de codes een bepaling volgens welke de goedgekeurde steun slechts gedurende de looptijd van de op dat moment toepasselijke code mag worden uitbetaald (artikel 2, lid 1, laatste gedachtestreepje, tweede code).

9. De afwijkingsmogelijkheden in de codes zijn in de loop der tijd steeds meer beperkt. In de eerste en de tweede code kwam algemene investeringssteun en — met beperkingen — ook bedrijfssteun nog in ruime mate voor goedkeuring in aanmerking, voorzover de verlening plaats vond in het kader van een herstructureringsprogramma. De derde en de vierde code stonden daarentegen nog slechts de goedkeuring toe van steun aan research en ontwikkeling, milieubescherming en in geval van sluiting. Andere in algemene regelingen voorziene regionale investeringssteunmaatregelen konden slechts onder strikte voorwaarden worden goedgekeurd (artikel 5, derde code, en artikel 5, vierde code). Ingevolge artikel 5 van de vijfde code zijn regionale investeringssteunmaatregelen uitsluitend nog in Griekenland, Portugal en op het grondgebied van de voormalige Duitse Democratische Republiek toegestaan.

III — Feiten en bestreden beschikking

A — *Feiten*

10. Met betrekking tot de voorgeschiedenis van het geding heeft het Gerecht in zijn arrest het volgende vastgesteld:

„8. Bij brief van 5 juli 1982 deelde de Commissie de Italiaanse regering mee, dat zij had besloten haar goedkeuring te hechten aan de regeling voor regionale steun, die was ingesteld bij wet nr. 25/81 van de autonome provincie Bolzano van 8 september 1981 inzake financiële steun ten behoeve van de industriesector (hierna: ‚provinciale wet nr. 25/81'). In die brief beklem-

6 — Beschikking nr. 322/89/EGKS van de Commissie van 1 februari 1989 tot invoering van communautaire regels voor de steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 38, blz. 8, hierna:„vierde code").

7 — Beschikking nr. 3855/91/EGKS van de Commissie van 27 november 1991 tot invoering van communautaire regels voor de steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 362, blz. 57, hierna:„vijfde code").

8 — Beschikking nr. 2496/96/EGKS van de Commissie van 18 december 1996 houdende communautaire regels voor steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB L 338, blz. 42, hierna:„zesde code").

9 — Zie bijvoorbeeld artikel 6, derde code, en artikel 6, vijfde code.

toonde de Commissie evenwel, dat zij zich ook diende uit te spreken over de sectoriële toepassing van de terzake toepasselijke nationale wet nr. 675 van 12 augustus 1977 houdende maatregelen voor de coördinatie van de industriepolitiek en voor de herstructurering, omschakeling en ontwikkeling van de sector (1/a) (hierna: ‚wet nr. 675'), en dat zij zich derhalve het recht voorbehield, de voorwaarden te bepalen waaronder die regeling van toepassing zou zijn op de provincie Bolzano, afhankelijk van wat zij op nationaal vlak zou beslissen. Zij preciseerde bovendien, dat de autoriteiten van Bolzano de regeling en de communautaire codes betreffende steunverlening aan de ijzer- en staalindustrie volledig moesten eerbiedigen.

9. Artikel 1 van beschikking 91/176/EGKS van de Commissie van 25 juli 1990 inzake steun van de provincie Bolzano aan de Acciaierie di Bolzano (PB 1991, L 86, blz. 28)[10], bepaalt: ‚De rentesubsidie op een lening [van 6 miljard ITL] die in december 1987 door de provincie Bolzano (Italië) aan de Acciaierie di Bolzano op grond van provinciale wet nr. 25 van 8 september 1981 is verstrekt, is een onrechtmatige steunmaatregel, aangezien de verstrekking daarvan heeft plaatsgevonden zonder voorafgaande toestemming van de Commissie en is voorts onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt in de zin van beschikking nr. 3484/85/EGKS [derde code]'. In die beschikking verlangde de Commissie echter geen terugvordering van de bedragen die reeds waren uitgekeerd, doch volstond zij ermee de autoriteiten van de provincie Bolzano te gelasten, de rentesubsidies op de annuïteiten van de litigieuze lening tot het einde van de looptijd daarvan te beëindigen.

10. In punt II, tweede alinea, van de considerans van die beschikking herinnerde de Commissie eraan, dat zij op 25 mei 1983 overeenkomstig de tweede code had ingestemd met steun tot herstructurering van een aantal ondernemingen in de particuliere sector in Italië. Het ging daarbij om een bedrag van 40 miljard ITL, waaronder een bedrag van twee miljard ITL voor de Acciaierie di Bolzano uit hoofde van wet nr. 675/77. In dat kader zou in het bijzonder een project voor de kwalitatieve verbetering van de walsdraadproducten in Bolzano worden gesteund door middel van, onder meer, een gesubsidieerde lening van 6 miljard ITL. In punt II, derde alinea, van genoemde beschikking beklemtoonde de Commissie evenwel, dat de Italiaanse regering haar had laten weten, dat wegens de administratieve structuur van Italië, die met name de provincies Trentino en Bolzano een ruime mate van autonomie geeft, nationale wet nr. 675/77 in die gebieden niet van toepassing was. Zij wees erop, dat in de provincie Bolzano provinciale wet nr. 25/81 van toepassing was en dat als gevolg daarvan de daadwerkelijke verstrekking van de steun met vertraging had plaatsgevonden. In punt III, tweede alinea, van de beschikking kwam de Commissie dan ook tot de slotsom, dat waar de goedgekeurde steun niet vóór de in artikel 2, lid 1, laatste streepje, van de tweede code bepaalde uiterste

10 — Hierna: „beschikking 91/176".

datum van 31 december 1985 was betaald, noch overeenkomstig de derde code opnieuw bij haar was aangemeld en door haar was goedgekeurd, het hier onrechtmatig verleende steun betrof.

11. Naar aanleiding van een formele klacht verzocht de Commissie de Italiaanse autoriteiten bij schrijven van 21 december 1994 om inlichtingen betreffende de overheidsmaatregelen ten gunste van verzoekster. De Italiaanse regering beantwoordde dat schrijven bij brieven van 6 april en 2 mei 1995.

12. Bij schrijven van 1 augustus 1995 stelde de Commissie de Italiaanse regering in kennis van haar besluit de procedure van artikel 6, lid 4, van de vijfde code in te leiden en verzocht zij haar, haar opmerkingen kenbaar te maken. Het besluit tot inleiding van de procedure werd op 22 december 1995 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (PB C 344, blz. 8; hierna: ‚besluit tot inleiding van de procedure'), en de overige lidstaten en andere belanghebbenden werd verzocht hun opmerkingen kenbaar te maken.

13. Bij schrijven van 18 januari 1996 richtte verzoekster (ACB) zich in haar hoedanigheid van belanghebbende tot de Commissie met het verzoek, in het kader van de ingeleide procedure te worden geraadpleegd en gehoord. Daar dat schrijven onbeantwoord bleef, zond verzoekster de Commissie op 28 maart 1996 een tweede brief met het verzoek haar mede te delen, hoe ver de procedure gevorderd was en, in het bijzonder, of zij meende gehouden te zijn, verzoekster te horen dan wel inlichtingen bij haar in te winnen.

14. De vereniging van Duitse ijzer- en staalproducenten, de Wirtschaftsvereinigung Stahl, en die van Britse ijzer- en staalproducenten, The British Iron and Steel Producers Association, deelden hun opmerkingen aan de Commissie mede bij brieven van 19 respectievelijk 22 januari 1996. De Commissie zond die brieven door aan de Italiaanse autoriteiten bij schrijven van 20 februari 1996.

15. Bij schrijven van 27 maart 1996 maakten de Italiaanse autoriteiten hun opmerkingen aan de Commissie kenbaar."

B — *Bestreden beschikking*

11. Op 17 juli 1996 heeft de Commissie op basis van de vijfde code de bestreden beschikking vastgesteld.

12. In artikel 1 van de beschikking stelt de Commissie vast dat de krachtens provinciale wet nr. 25/81 verleende steun onrechtmatig is omdat zij niet vooraf is aangemeld

en ingevolge artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

13. Artikel 2 verplicht Italië over te gaan tot terugvordering van de steun, vermeerderd met rente, die sedert 1 januari 1986 op grond van provinciale wet nr. 25/81 bij de besluiten nrs. 7673 van 14 december 1987, 2429 van 2 mei 1988 en 4158 van 4 juli 1988 is toegekend. De toepasselijke rentevoet is „die welke de Commissie gebruikt voor de berekening van het nettosubsidie-equivalent van de regionale steun tijdens de betrokken periode".

14. In de considerans heeft de Commissie samengevat het volgende vastgesteld.

15. In de periode 1982 tot en met 1990 heeft ACB op grond van provinciale wet nr. 25/81 de volgende steun ontvangen:

— bij besluit nr. 784 van 14 februari 1983:

een lening van 5,6 miljard ITL, en een niet terug te betalen kapitaalbijdrage van 8 miljard ITL;

— bij besluit nr. 3082 van 1 juli 1985:

een lening van 12,941 miljard ITL;

— bij besluit nr. 6346 van 3 december 1985:

een niet terug te betalen kapitaalbijdrage van 10,234 miljard ITL;

— bij besluit nr. 7673 van 14 december 1987:

een lening van 6,321 miljard ITL;

— bij besluit nr. 2429 van 2 mei 1988:

een niet terug te betalen kapitaalbijdrage van 3,750 miljard ITL;

— bij besluit nr. 4158 van 4 juli 1988:

een lening van 987 miljoen ITL en een niet terug te betalen kapitaalbijdrage van 650 miljoen ITL.

16. De steun is enerzijds in de vorm van voordelige leningen met een looptijd van tien jaar tegen een rente van 3 %, dat wil zeggen ongeveer 9 procentpunten lager dan het destijds in Italië toepasselijke normale markttarief van rond 12 %, en anderzijds als niet terug te betalen kapitaalbijdragen toegekend.

17. Met uitzondering van de lening van 5,6 miljard ITL is geen van deze steunmaatregelen bij de Commissie aangemeld of door haar goedgekeurd. [11] Deze steun is bij beschikking 91/176 echter met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar verklaard omdat zij te laat is uitbetaald. De Commissie heeft evenwel niet de terugvordering ervan gelast.

18. De Commissie heeft toepassing van de tweede code op de vóór 31 december 1985 toegekende steun afgewezen, maar heeft tegelijkertijd benadrukt dat de maatregelen in ieder geval ook krachtens deze bepalingen niet voor goedkeuring in aanmerking kwamen.

19. Wat betreft de vóór 1 januari 1986 toegekende steun heeft de Commissie ervan afgezien terugvordering te gelasten. Bijzondere omstandigheden zouden bij de Italiaanse autoriteiten in deze periode tot een misvatting over de aanmeldingsplicht hebben kunnen leiden.

IV — Procedure voor het Gerecht

20. Op 12 oktober heeft ACB beroep ingesteld.

21. Falck en de Italiaanse Republiek hebben verzocht om als interveniënten ter ondersteuning van de conclusies van verzoekster te worden toegelaten. Met betrekking tot haar belang bij de oplossing van het geschil heeft Falck aangevoerd dat zij na de verkoop van haar aandelen aan Valbruna Srl weliswaar niet meer bij ACB betrokken was; in geval van terugvordering van de steun zou zij echter uit hoofde van haar contractuele verplichtingen de verkrijgster van ACB het overeenkomstige deel van de koopprijs dienen te vergoeden. Het Gerecht heeft deze omstandigheid als voldoende grond beschouwd voor het door de interveniënt aan te tonen belang bij de

11 — In haar opmerkingen inzake de memories in interventie in eerste aanleg (voetnoot 2) heeft de Commissie erkend dat het bedrag van 5,6 miljard ITL abusievelijk in de beschikking is vermeld; dit had 6,5 miljard ITL moeten zijn.

oplossing van het geschil en heeft het verzoek van Falck bij beschikking van 11 juli 1997 ingewilligd. Bij dezelfde beschikking is Italië eveneens als interveniënte toegelaten.

22. Het Gerecht heeft partijen voorafgaand aan de terechtzitting om schriftelijke beantwoording van enige vragen verzocht. Met name heeft het de Commissie verzocht om overlegging van de brief van 27 maart 1996 van de Italiaanse autoriteiten, waarin op het resultaat van de hoorzitting wordt ingegaan. De Commissie heeft dat geweigerd omdat de brief vertrouwelijke informatie over de ontvanger van de steun bevatte. De Italiaanse autoriteiten dienden derhalve met de overlegging in te stemmen. Bij een van de bijlagen bij deze brief zou het bovendien om een interne nota van de juridische dienst van de Commissie gaan. Het Gerecht heeft de Commissie vervolgens verzocht de brief zonder de interne nota — of eventueel ook een gedeeltelijk gekuiste versie — ter terechtzitting te overleggen.

23. De Commissie heeft bij het begin van de terechtzitting de brief zonder de nota van de juridische dienst overgelegd. Aan partijen is aanvankelijk echter uitsluitend de brief zelf en bijlage 1 rondgedeeld. Wegens de omvang ervan zijn de andere bijlagen ter griffie ter inzage gelegd. Tijdens de terechtzitting is tabel A van bijlage 5 (overzicht van de steun ten gunste van ACB) vervolgens echter toch aan partijen rondgedeeld en is de zitting gedurende 20 minuten geschorst. Later zijn eveneens de tabellen B, C en D van bijlage 5 (overzichten van de investeringen van ACB), bijlage 6 (overzichten van de uitvoer van ACB naar Duitsland en Groot-Brittannië) en bijlage 7 (brief van 3 augustus 1995 van de Autonome Provincie Bolzano aan de Italiaanse autoriteiten) rondgedeeld en is de zitting wederom voor een uur geschorst.

V — Middelen in eerste aanleg en arrest van het Gerecht

24. In wezen heeft ACB tot staving van haar beroep de volgende middelen aangevoerd:

Eerste middel: de Commissie heeft de rechten van de verdediging van ACB tijdens de administratieve procedure genegeerd. Na het bericht over de inleiding van de procedure als bedoeld in artikel 6 van de vijfde code heeft ACB zich met brieven van 18 januari en 28 maart 1996 tot de Commissie gericht en verzocht om te worden gehoord, respectievelijk naar het verloop van de procedure geïnformeerd. De Commissie heeft vervolgens de beschikking gegeven zonder deze brieven te beantwoorden.

Tweede middel: de Commissie heeft ten onrechte met terugwerkende kracht de vijfde code en niet de ten tijde van de

toekenning van de steun geldende codes toegepast en zij heeft verjaringstermijnen niet in acht genomen. Hierdoor zijn het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel geschonden.

Derde middel: de Commissie heeft het beginsel van loyale samenwerking en het vertrouwensbeginsel geschonden door de steun pas vele jaren na de toekenning terug te vorderen, ofschoon ACB op grond van talrijke omstandigheden op de goedkeuring van de steun door de Commissie mocht vertrouwen. Door de laattijdige terugvordering van de steun krijgt de beschikking het karakter van een sanctie en wordt het evenredigheidsbeginsel geschonden.

Vierde middel: de Commissie heeft niet onderzocht in hoeverre de steunmaatregelen ondanks de geringe productiecapaciteit van ACB het handelsverkeer tussen de lidstaten heeft beïnvloed. Zij heeft de feiten onjuist beoordeeld door de maatregelen als niet voor goedkeuring in aanmerking komende steun in de zin van de code te kwalificeren.

Vijfde middel: de door Commissie aangegeven rentevoet is onbepaalbaar en mist rechtsgrondslag. Bovendien had de Commissie niet Italië maar Duitsland als referentiemarkt voor de toe te passen rentevoet moeten nemen, aangezien ACB hoofdzakelijk daar actief was.

Zesde middel: de Commissie heeft niet gemotiveerd waarom zij 1 december 1985 als peildatum voor de terugbetaling heeft genomen. De vaststelling van de rentevoet is eveneens onbegrijpelijk gemotiveerd.

25. Het Gerecht heeft de achteraf door de Commissie aangevoerde bezwaren tegen de toelating van Falck als interveniënte afgewezen en de reeds in de beschikking van 11 juli 1997 gegeven motivering met betrekking tot het belang van Falck om aan de zijde van ACB tussen te komen, bekrachtigd. [12] Ten gronde is het beroep echter verworpen.

26. Het Gerecht heeft met betrekking tot het *eerste middel* uiteengezet dat ACB in de procedure slechts de positie van belanghebbende heeft en bijgevolg geen beroep kan doen op de rechten van de verdediging die zijn toegekend aan degenen tegen wie de procedure is ingeleid. ACB is in de gelegenheid gesteld haar opmerkingen te maken over de feiten en de juridische overwegingen die de Commissie in de mededeling over de inleiding van de procedure heeft opgenomen. [13]

27. Het Gerecht heeft het *tweede middel* afgewezen met het argument dat de codes de Commissie slechts gedurende hun loop-

12 — Punten 32 tot en met 35 van het bestreden arrest.
13 — Punten 42 tot en met 47 van het bestreden arrest.

tijd de bevoegdheid verlenen steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te verklaren. Om die reden kan de Commissie niet-aangemelde steunmaatregelen niet meer goedkeuren op grond van een buiten werking getreden code. Bij gebreke van passende wetgeving behoeft bij de terugvordering van niet-aangemelde steun geen verjaringstermijn in acht genomen te worden. [14]

28. Het Gerecht heeft het *derde middel* vooral beoordeeld vanuit het oogpunt van het vertrouwensbeginsel. Ten principale kan een ontvanger van steun zich niet op het vertrouwensbeginsel beroepen wanneer de steun niet is aangemeld. Noch de oorspronkelijke goedkeuring van de bepalingen voor regionale steun in provinciale wet nr. 25/81, noch beschikking 91/179/EGKS kunnen bij ACB tot een gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun hebben geleid. [15]

29. Het Gerecht heeft met betrekking tot het *vierde middel* vastgesteld dat anders dan de steunbepalingen van het EG-Verdrag, artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag geen beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten vereist. De Commissie heeft de steunmaatregelen op basis van de haar beschikbare informatie juist beoordeeld. Het stond aan de Italiaanse regering en ACB om tijdens de administratieve procedure zo nodig bewijs te leveren dat was voldaan aan de in de vijfde code voorziene afwijkingen op het steunverbod. Het aanvullende argument van Falck dat de bestreden beschikking ook steunmaatregelen omvat die reeds het voorwerp van beschikking 91/176/EGKS waren geweest, heeft het Gerecht verworpen op grond van het feit dat Falck en de Italiaanse regering dit tijdens de administratieve procedure niet hebben aangevoerd. [16]

30. Het Gerecht heeft eveneens het *vijfde middel* afgewezen. De Commissie mocht de rentevoet op de gekozen wijze vaststellen om op die manier het effect van de steunmaatregelen op te heffen. Tijdens de administratieve procedure zijn geen feiten aangevoerd op grond waarvan de in Duitsland gebruikelijke rentevoet genomen had moeten worden. [17]

31. De als *zesde middel* naar voren gebrachte motiveringsklacht achtte het Gerecht evenmin gefundeerd. [18]

VI — Hogere voorziening bij het Hof

32. Falck (C-74/00 P) en ACB (C-75/00) hebben bij verzoekschriften die beide op 2 maart 2000 ter griffie van het Hof zijn

14 — Punten 59 tot en met 69 van het bestreden arrest.
15 — Punten 83 tot en met 99 van het bestreden arrest.
16 — Punten 111 tot en met 142 van het bestreden arrest.
17 — Punten 148 tot en met 161 van het bestreden arrest.
18 — Punten 160 tot en met 176 van het bestreden arrest.

neergelegd, hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht. Zij klagen in de eerste plaats over een procedurefout door het Gerecht doordat het hen onvoldoende gelegenheid heeft geboden om de ter terechtzitting overgelegde bijlagen te onderzoeken. De andere middelen hebben betrekking op fouten bij de juridische beoordeling van de beschikking. De middelen zal ik hierna afzonderlijk bespreken.

33. Falck concludeert dat het het Hof behage:

1. het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 16 december 1999 in zaak T-158/96, Acciaierie di Bolzano/Commissie van de Europese Gemeenschappen, interveniënten: Italiaanse Republiek en Falck SpA, te vernietigen;

2. dienovereenkomstig beschikking 96/617/EGKS van de Commissie van 17 juli 1996 nietig te verklaren;

subsidiair,

3. voor het geval dat het Hof de zaak nog niet in staat van wijzen acht, de zaak naar een andere kamer van het Gerecht te verwijzen met vermelding van de gronden die voor toewijzing van de vordering pleiten;

in ieder geval,

4. elke andere daaruit voortvloeiende maatregel of beslissing die passend of redelijk lijkt, te nemen;

5. de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure.

34. ACB concludeert met betrekking tot de punten 1 tot en met 3 hetzelfde als Falck en concludeert bovendien dat het het Hof behage:

4. elke andere daaruit voortvloeiende maatregel of beslissing die passend of redelijk lijkt, ook als maatregel van instructie, te nemen;

5. de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure, daaronder begrepen de kosten van de procedure in eerste aanleg.

35. De Italiaanse Republiek ondersteunt rekwirantes in haar memorie van antwoord. Zij concludeert dat het het Hof behage:

1. de hogere voorzieningen van ACB en Falck, toe te wijzen, het bestreden arrest in zijn geheel te vernietigen en de vorderingen in eerste aanleg van de Italiaanse regering toe te wijzen;

2. subsidiair, de subsidiaire vorderingen van ACB en Falck toe te wijzen;

3. de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure.

36. De Commissie bestrijdt de hogere voorzieningen ten gronde. Bovendien twijfelt zij aan de ontvankelijkheid van de door Falck ingestelde hogere voorziening. Zij verzoekt het Hof daarenboven twee mogelijkerwijs door haar diensten opgestelde interne documenten alsmede een interne nota van haar juridische dienst uit het dossier te verwijderen. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

de hogere voorzieningen van Falck en ACB af te wijzen;

rekwirantes te verwijzen in de kosten van de procedure.

VII — Juridische beoordeling

A — *Ontvankelijkheid van de hogere voorziening van Falck (zaak C-74/00 P)*

37. De Commissie twijfelt om twee redenen aan de ontvankelijkheid van de hogere voorziening van Falck. Ten eerste is het de vraag of het bestreden arrest de situatie van Falck rechtstreeks aantast in de zin van artikel 49, tweede alinea, Statuut-EGKS van het Hof van Justitie. Ten tweede twijfelt de Commissie aan de bevoegdheid van Falck om hogere voorziening in te stellen, aangezien zij geen onderneming als bedoeld in artikel 80 EGKS-Verdrag is.

1) De rechtstreekse aantasting van de situatie van Falck

38. Ingevolge artikel 49, tweede alinea, Statuut-EGKS van het Hof van Justitie kunnen particulieren die in eerste aanleg zijn tussengekomen, slechts hogere voorziening instellen wanneer de beslissing van het Gerecht hun situatie rechtstreeks aantast.

39. De Commissie is van mening dat het begrip „rechtstreeks aantasten" op dezelfde

wijze als in artikel 230 EG moet worden begrepen. Volgens dat artikel dient de bestreden beslissing van het Gerecht rekwirant op dezelfde wijze te raken als degene die tegen een tot een derde gerichte beschikking beroep kan instellen. De standaardsituatie in deze is de volgende: een begunstigende beschikking wordt door het Gerecht nietig verklaard. De positie van de begunstigde die in eerste aanleg is tussengekomen aan de zijde van de gedaagde instelling, wordt door de nietigverklaring door het Gerecht rechtstreeks aangetast, zodat de begunstigde hogere voorziening kan instellen. In dit geval tast het arrest rechtstreeks de rechtspositie van rekwirant aan.

40. Falck wordt echter slechts indirect door het arrest geraakt. De aansprakelijkheid die zou bestaan jegens de vennootschap die ACB heeft verworven, berust namelijk niet rechtstreeks op het arrest van het Gerecht, maar op de privaatrechtelijke overeenkomsten tussen de ondernemingen.

41. Falck brengt daartegen in dat, aangezien het Gerecht haar als interveniënte heeft toegelaten en daarmee haar belang bij de oplossing van het geschil heeft erkend, haar positie ook rechtstreeks door het arrest wordt aangetast en dat zij dus hogere voorziening kan instellen.

42. Uit de formulering van het Statuut-EGKS kan weinig duidelijkheid worden verkregen, wanneer een beslissing van het Gerecht de positie van een interveniënt rechtstreeks aantast in de zin van artikel 49, tweede alinea, Statuut-EGKS. Het Hof heeft zich voorzover valt na te gaan nog niet met deze vraag beziggehouden. In het door de Commissie aangehaalde arrest VBA/Florimex e.a.[19] heeft het Hof de hogere voorziening van een interveniënt behandeld, zonder de voorwaarden voor de ontvankelijkheid nader te onderzoeken.

43. Niet iedere natuurlijke of rechtspersoon die een belang heeft bij de oplossing van het geschil, zoals voor de toelating als interveniënt is vereist, wordt door de beslissing van het Gerecht rechtstreeks in zijn positie aangetast. Anders zou de bijkomende beperking van de bevoegdheid van niet bevoorrechte interveniënten om hogere voorziening in te stellen, overbodig zijn.[20]

44. Uit de artikelen 115 en 116 van het Reglement voor de procesvoering blijkt dat een interveniënt in eerste aanleg automatisch partij is bij de hogere voorziening voor het Hof en in zijn memorie van antwoord eigen conclusies naar voren kan brengen.[21] Met name kan hij evenals in een eigen hogere voorziening vernietiging van de beslissing van het Gerecht vorderen zonder te hoeven bewijzen dat deze beslissing zijn positie rechtstreeks aantast. Hieruit blijkt enerzijds dat de voormalige inter-

19 — Arrest van 30 maart 2000 (C-265/97 P, Jurispr. blz. I-2061).

20 — Zie Dauses en Henkel, „Streithilfe durch natürliche oder juristische Personen in Verfahren vor dem EuGH und EuG", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, blz. 581 en 585.*

21 — Voor meer details betreffende de rol in hogere voorziening van de interveniënt in eerste aanleg, zie het arrest van 11 februari 1999, Antillean Rice Mills e.a./Commissie (C-390/95 P, Jurispr. blz. I-769, punt 20 e.v.).

veniënt die niet zelf hogere voorziening heeft ingesteld, verregaande bevoegdheden bij de hogere voorziening heeft. Anderzijds kan hij deze rechten slechts doen gelden wanneer een derde het initiatief heeft genomen en hogere voorziening heeft ingesteld.

45. Het criterium van de rechtstreekse aantasting dient dus ter afgrenzing van de bevoegdheid om het initiatief te nemen en dient daarmee eenzelfde doel als de voorwaarden in artikel 230, vierde alinea, EG voor de bevoegdheid van particulieren om beroep in te stellen. Het beperkt de kring van gelegitimeerden tot degenen die een zekere betrokkenheid bij de beslissing van het Gerecht hebben, die verder gaat dan het belang bij de oplossing van het geschil, dat voor de toelating als interveniënt voldoende is.

46. In artikel 49, tweede alinea, Statuut-EGKS wordt echter een andere terminologie gehanteerd dan in artikel 230, vierde alinea, EG. Ten eerste ontbreekt het criterium van het individueel geraakt worden. De voormalige interveniënt is door zijn deelname aan de procedure in eerste aanleg namelijk reeds voldoende geïndividualiseerd. Ten tweede moet de beslissing in eerste aanleg de niet bevoorrechte interveniënt „rechtstreeks aantasten" en niet „rechtstreeks raken". Daaruit kan worden geconcludeerd dat de opstellers van het Statuut geen identieke betekenis aan de criteria wilden toekennen. [22] Daarbij dient eveneens te worden bedacht dat voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring van een particulier krachtens artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag, dat hier het juiste ijkpunt zou zijn, een rechtstreeks geraakt zijn van de verzoeker geenszins een voorwaarde is. [23] De verschillende begrippen maken ten slotte duidelijk dat de ontvankelijkheid van de hogere voorziening afhangt van de gevolgen van het bestreden arrest en niet in eerste instantie van het geraakt worden door de litigieuze handeling van de instelling.

47. In het door de Commissie geschetste voorbeeld is de positie van de voormalige interveniënt zeker rechtstreeks door de beslissing van het Gerecht aangetast. [24] Wanneer een begunstigende beschikking door het Gerecht nietig wordt verklaard, kan de begunstigde die de beklaagde instelling als interveniënt heeft ondersteund, hogere voorziening instellen. De nietigverklaring door het Gerecht heeft namelijk rechtstreeks het wegvallen van het voordeel tot gevolg.

48. Het is de vraag of een arrest waarin het Gerecht zoals in het onderhavige geval het beroep tegen een bezwarende beschikking verwerpt, overeenkomstige rechtstreekse rechtsgevolgen voor de interveniënt aan de zijde van verzoeker kan veroorzaken. Gesteld zou kunnen worden dat in dit geval

22 — Zie Dauses en Henkel, aangehaald in voetnoot 20.

23 — Zie arrest van 23 februari 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit (30/59, Jurispr. blz. 3).

24 — Zie wat dat betreft eveneens Friden, „Quelques réflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance", Revue des Affaires européennes 2000, blz. 231, op blz. 233.

niet het arrest de positie van de interveniënt aantast, maar de instandblijvende beschikking, die de interveniënt met een zelfstandig beroep tot nietigverklaring had moeten aanvechten. [25]

49. Tot en met de afloop van de gerechtelijke procedure is de beschikking van de instelling evenwel nog niet definitief. Zelfs wanneer van het vermoeden van geldigheid van de rechtshandeling wordt uitgegaan, hebben alle rechtsgevolgen van de beschikking tot dan slechts een voorlopige karakter. De werking van het arrest bestaat in dit geval enerzijds in een versterking van de door de bestreden beschikking tot stand gebrachte rechtspositie. Het Gerecht kan anderzijds tot feitelijke en juridische vaststellingen komen, die zelfstandige inbreuken op de rechten van de voormalige interveniënt inhouden. Dat geldt met name voor de procedurele rechten van de interveniënt in de procedure in eerste aanleg.

50. Wanneer de interveniënt de bevoegdheid om hogere voorziening tegen een afwijzend arrest in te stellen ten principale zou worden onthouden, omdat hij de gevolgen van de beschikking met een eigen beroep tot nietigverklaring had kunnen opheffen, ontneemt men hem de mogelijkheid deze inbreuken op zijn rechten zelfstandig aan de orde te stellen. De door het Gerecht bevestigde beschikking zou definitief onaantastbaar zijn en mogelijke procedurefouten in het nadeel van de interveniënt zouden geen gevolgen hebben.

25 — Zie in deze zin Friden, aangehaald in voetnoot 24.

51. Bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van de hogere voorziening dient derhalve rekening te worden gehouden met zowel de gevolgen die reeds door de litigieuze beschikking werden veroorzaakt en die door het arrest zijn versterkt, als eventuele zelfstandige rechtsschendingen door het arrest in eerste aanleg. De gevolgen dienen de rechtssfeer van Falck rechtstreeks te hebben aangetast, dat wil zeggen zonder verdere tussenstappen of handelingen van derden.

52. De bestreden beschikking is tot de Italiaanse Republiek gericht. Zij verplicht Italië, zonder enige beoordelingsruimte toe te kennen, om de aan ACB toegekende steun terug te vorderen overeenkomstig de inzake teruggave van overheidsmiddelen toepasselijke Italiaanse wetgeving. Daardoor is allereerst ACB als ontvanger van de terug te betalen steun geraakt, en zij kon derhalve eveneens een ontvankelijk beroep tegen de beschikking van de Commissie instellen bij het Gerecht. [26]

53. Uit artikel 8.01 (i) van de overeenkomst tussen Falck en Valbruna Srl volgt dat

26 — De beschikking bepaalt echter niet van wie de Italiaanse Republiek de steun dient terug te vorderen. Het zou eveneens denkbaar zijn wat dat betreft — al naargelang de inhoud van het nationale recht — Falck aan te spreken. Want de steun kan de waarde van ACB en dienovereenkomstig eveneens de opbrengst die Falck bij de verkoop van haar aandeel heeft ontvangen, hebben verhoogd. Bijgevolg zou Falck uiteindelijk door de steun zijn verrijkt. Bovendien heeft Falck jegens verkrijgster de aansprakelijkheid voor wijzigingen in de passiva op zich genomen. Zie voor een vergelijkbare feitelijke situatie, het arrest van 21 maart 1991, Italië/Commissie (C-305/89, Jurispr. blz. I-1603, punten 38 e.v.). In het dossier bevindt zich evenwel geen enkele aanwijzing dat de Italiaanse autoriteiten van plan zijn Falck rechtstreeks aan te spreken.

Falck als verkoper aansprakelijk is voor wijzigingen in de passiva ten opzichte van de eindbalans. Falck heeft dus vóór de vaststelling van de bestreden beschikking de verplichting op zich genomen een deel van de koopprijs te vergoeden wanneer er steun terugbetaald dient te worden. Deze privaatrechtelijke aanspraak ontstaat automatisch wanneer deze voorwaarde wordt vervuld. Aangezien de bestreden beschikking Italië tot terugvordering verplicht, zal de voorwaarde zeker worden vervuld. Er zijn evenmin omstandigheden — bijvoorbeeld verjaring — die de aanspraak van Valbruna Srl in de weg staan. Het ontstaan van de betalingsverplichting ten slotte hangt niet van een vervolghandeling van een derde af, met name niet van het feit of Valbruna Srl de aanspraak in of buiten rechte doet gelden, maar volgt reeds rechtstreeks uit de overeenkomst. Het arrest, dat dit gevolg van de beschikking bevestigt, tast Falcks positie derhalve rechtstreeks aan.

54. Falck betoogt bovendien dat het Gerecht onder andere het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden doordat het Falck onvoldoende gelegenheid heeft geboden over de ter terechtzitting door de Commissie overgelegde documenten haar mening te geven. Aangenomen dat de gestelde schending van de procedurele rechten terecht zou zijn en van invloed zou zijn geweest op het arrest, dan zou dat alleen al een rechtstreekse aantasting van de rechtssfeer van Falck betekenen die het instellen van hogere voorziening rechtvaardigt.

2) Het ontbreken van de hoedanigheid van onderneming in de zin van het EGKS-Verdrag

55. De Commissie is in de tweede plaats van mening dat aangezien Falck niet tot de marktdeelnemers behoort waaraan het EGKS-Verdrag rechten verleent, Falck niet bevoegd is hogere voorziening in te stellen. Met name het recht beroep in te stellen krachtens artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag komt alleen ondernemingen en verenigingen in de zin van de artikelen 80 en 48 EGKS-Verdrag toe.[27] De bevoegdheid hogere voorziening in te stellen kan niet verder strekken.

56. Het Hof en het Gerecht hebben in de door de Commissie aangehaalde beslissingen vastgesteld dat de kring van bevoegden om beroep in te stellen in artikel 33 EGKS-Verdrag limitatief is geregeld. Ondernemingen in de zin van het EGKS-Verdrag zijn ingevolge artikel 80 uitsluitend ondernemingen die zich bezighouden met de productie van kolen en staal, evenals, binnen de context van de artikelen 65 en 66 EGKS-Verdrag, handelsondernemingen in deze sectoren.

57. Zoals reeds gezegd, kan het arrest van het Gerecht zelf tot aantasting van de rechtspositie van de interveniënt, met name

27 — De Commissie verwijst hiertoe naar de arresten van 4 juli 1963, Schliecker/Hoge Autoriteit (12/63, Jurispr. blz. 173); 11 juli 1984, Gemeente Differdange e.a./Commissie (222/83, Jurispr. blz. 2889, punten 8 en 9), alsmede naar de beschikking van 29 september 1997, Région wallonne/Commissie (T-70/97, Jurispr. blz. II-1513, punten 22 en 23).

van zijn procedurele rechten, leiden. Derhalve hangt de bevoegdheid hogere voorziening in te stellen niet dwingend ervan af, of rekwirant eveneens bevoegd is beroep in te stellen krachtens artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag. Artikel 49, tweede alinea, tweede zin, Statuut-EGKS geeft wat dit betreft integendeel een eigen definitie.

58. Voorzover Falck een beroep doet op schending van het beginsel van hoor en wederhoor door het Gerecht, is er sprake van een aantasting, onafhankelijk van het feit of zij een ijzer- en staalonderneming in de zin van het EGKS-Verdrag is. De klachten van Falck beperken zich echter niet tot deze vormfout. Derhalve dient te worden nagegaan of de positie van Falck eveneens door het arrest van het Gerecht wordt aangetast omdat het de gevolgen van de beschikking van de Commissie versterkt.

59. Falcks positie dient in ieder geval als aangetast te worden beschouwd, wanneer zij op het relevante tijdstip een onderneming in de zin van het EGKS-Verdrag was en de beschikking Falck in deze hoedanigheid heeft geraakt. Weliswaar blijkt uit het dossier niet duidelijk of Falck zichzelf bezighoudt met de productie in de ijzer- en staalsector of zich daarmee heeft beziggehouden en bijgevolg aan de voorwaarden van artikel 80 EGKS-Verdrag voldoet. Partijen lijken het echter erover eens dat Falck tot en met de verkoop van ACB als ijzer- en staalonderneming dient te worden beschouwd.

60. De Commissie heeft onweersproken aangevoerd dat Falck deze hoedanigheid met de verkoop van ACB op 31 juli 1995 heeft verloren. Het is derhalve de vraag tot welk tijdstip Falck de hoedanigheid van ijzer- en staalonderneming heeft moeten behouden om in haar hogere voorziening te kunnen opkomen tegen de beoordeling van de beschikking door het Gerecht.

61. De bestreden beschikking heeft betrekking op steun die reeds was uitbetaald ten tijde dat Falck ACB nog controleerde en onweersproken als ijzer- en staalonderneming beschouwd kon worden. De financiële aansprakelijkheid van Falck in het geval van terugbetaling van de steun vloeit voort uit haar toenmalige positie. De gevolgen van de bestreden beschikking en daarmee ook de gevolgen van het arrest van het Gerecht, dat de beschikking bevestigt, haken derhalve aan de positie van Falck als ijzer- en staalonderneming aan. Het beginsel van volledige rechtsbescherming vereist dat Falck tegen de aanhoudende gevolgen kan opkomen met een hogere voorziening, ook wanneer zij de hoedanigheid van onderneming in de zin van artikel 80 EGKS-Verdrag inmiddels zou hebben verloren. [28]

B — *Vordering van de Commissie tot verwijdering van interne documenten uit het dossier*

62. De Commissie komt op tegen de overlegging van drie documenten die ACB in

28 — Zie arrest van 10 januari 2002, Plant e.a./Commissie en South Wales Small Mines (C-480/99 P, Jurispr. blz. I-265, punt 44).

haar hogere voorziening als bijlage B en Falck als bijlage B 4, 5 en 6 in kopie heeft gevoegd, en vordert hun verwijdering uit het dossier.

63. Dezelfde stukken heeft ACB reeds in eerste aanleg als bijlage bij haar schriftelijke antwoorden op de vragen van het Gerecht gevoegd. Het betreft in de eerste plaats de interne nota van de juridische dienst van 18 juli 1990, die ook bij de brief van de Italiaanse autoriteiten van 27 maart 1996 aan de Commissie was gevoegd, en in de tweede plaats twee overzichten met betrekking tot steunmaatregelen in de ijzer- en staalsector, waarvan de auteur niet blijkt uit de bijlagen zelf. Rekwirantes betogen dat de stukken van de diensten van de Commissie afkomstig zijn. Naar hun mening blijkt uit de stukken met name dat de Commissie zelf het standpunt had dat altijd de ten tijde van de steunverlening toepasselijke code dient te worden toegepast.

64. De Commissie kan noch het belang, noch de oorsprong van de laatstgenoemde „anonieme" documenten bevestigen. Wanneer het echter om interne documenten van de Commissie zou gaan, dan hebben rekwirantes, evenals bij de nota van de juridische dienst, niet verklaard hoe deze in hun bezit zijn gekomen. Derhalve dienen zij uit het dossier te worden verwijderd en dienen de verwijzingen ernaar in de hogere voorzieningen te worden geschrapt.[29] De Commissie kan zich wat dit betreft op de vertrouwelijkheid van haar interne beraadslagingen beroepen.

65. Wat de twee „anonieme" documenten betreft, valt niet met zekerheid te achterhalen of de stukken wel door de diensten van de Commissie zijn opgesteld. Noch het auteurschap, noch hun aard blijkt eruit. Rekwirantes hebben ook geen nadere inlichtingen over de herkomst ervan verstrekt. Derhalve kunnen uit de documenten geen conclusies worden getrokken over mogelijke rechtsopvattingen van de Commissie.

66. Als het echter niet duidelijk is dat het eigenlijk om interne stukken van de Commissie gaat, kan de Commissie zich niet op hun vertrouwelijkheid beroepen en verwijdering uit het dossier vorderen. De verwijdering van de documenten is ook helemaal niet noodzakelijk aangezien zij, gelet op het niet opgehelderde auteurschap, geen enkele bewijskracht bezitten.

67. De feitelijke situatie in het onderhavige geval verschilt in dit opzicht van de feiten van de door de Commissie aangehaalde zaak Ludwigshafener Walzmühle. Daar stond vast dat het litigieuze document door

29 — De Commissie verwijst wat dit betreft naar het arrest van 17 december 1981, Ludwigshafener Walzmühle e.a./Raad en Commissie (197/80 tot en met 200/80, 243/80, 245/80 en 247/80, Jurispr. blz. 3211, punt 16).

de Commissie was opgesteld. Het was slechts onduidelijk of het om een concept of om de definitieve versie van een mededeling van de Commissie aan de Raad ging. In dat geval kon de Commissie met succes een beroep doen op de vertrouwelijkheid van de door haar diensten opgestelde interne documenten en verwijdering ervan uit het dossier doorzetten, aangezien verzoeksters niet konden aantonen hoe het document in hun bezit was gekomen.

68. Bij de nota van de juridische dienst van de Commissie ligt de zaak anders. De Commissie kan ten principale de verwijdering van de nota uit het dossier vorderen, wanneer zij niet tot openbaarmaking van het document verplicht is en de nota niet door haarzelf of met haar toestemming openbaar is gemaakt.

69. In zijn beschikking in kort geding van 3 maart 1998 [30] heeft de president van het Gerecht met betrekking tot de verplichting adviezen van de juridische dienst van de Raad toegankelijk te maken, geoordeeld:

„Gelet op de bijzondere aard van de twee betrokken documenten, moeten de door verweerder aangevoerde redenen — te weten de noodzaak om ‚de bescherming van de rechtszekerheid en de stabiliteit van het gemeenschapsrecht' en ‚de mogelijkheid voor de Raad om onafhankelijk juridisch advies in te winnen' te verzekeren — op het eerste gezicht als geldige redenen worden beschouwd [...]."

70. Advocaat-generaal Jacobs is eveneens van mening dat adviezen van de juridische dienst van de Raad niet bekendgemaakt behoeven te worden, aangezien dat in strijd zou zijn met het algemeen belang bij een onafhankelijke juridische advisering. [31]

71. Het Gerecht heeft deze rechtsopvatting met een beroep op de beschikking in de zaak Carlsen en de aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Ghignone e.a. nog eens uitdrukkelijk bevestigd en beslist dat de Commissie bijgevolg de verwijdering van adviezen van de juridische dienst uit het dossier kan eisen. [32]

72. Met deze opvatting kan worden ingestemd. Een advies van de juridische dienst dient in de regel (slechts) ter voorbereiding van de besluitvorming van de desbetreffende instelling. Er wordt daarin eveneens op de juridische risico's van de verschil-

30 — Carlsen e.a./Raad (T-610/97 R, Jurispr. blz. II-485, punt 47).

31 — Conclusie van 9 maart 1995 in de zaak Spanje/Raad (arrest van 13 juli 1995, C-350/92, Jurispr. blz. I-1985, I-1988, punt 35), met verwijzing naar het arrest van 18 mei 1982, AM & S Europa/Commissie (155/79, Jurispr. blz. 1575, punten 18 e.v.), waar het echter om de vertrouwelijkheid van de advisering van een onderneming door haar advocaat ging.

32 — Arrest van 8 november 2000 (T-44/97, JurAmbt. blz. I-A-223 en II-1023, punten 47 en 48).

lende alternatieven gewezen. De juridische dienst kan deze risico's niet meer onbevooroordeeld uiteenzetten wanneer het advies openbaar gemaakt zou moeten worden. Hoogstens wanneer door inzage van interne documenten moet worden aangetoond dat de Commissie misbruik van haar bevoegdheden heeft gemaakt, wat in het onderhavige geval echter volstrekt niet is aangevoerd, zou de verplichting om interne documenten te overleggen bij wijze van uitzondering verder kunnen strekken. [33]

73. De Commissie kan derhalve in principe de verwijdering van een dergelijk document uit het dossier vorderen. Dit is slechts anders wanneer zij van geheimhouding heeft afgezien, bijvoorbeeld doordat zij het document zelf openbaar heeft gemaakt of met openbaarmaking door derden heeft ingestemd.

74. Uit het enkele feit dat ACB kennelijk beschikt over het document, kan niet worden geconcludeerd dat de Commissie het advies openbaar heeft gemaakt of overigens van geheimhouding heeft afgezien. ACB heeft namelijk niet aangetoond op welke manier het document in haar bezit is gekomen. Het is derhalve niet uitgesloten dat het zonder toestemming van de Commissie — bijvoorbeeld door indiscretie van een van haar ambtenaren — openbaar is gemaakt. Daarmee is echter niet gezegd dat ACB te kwader trouw in het bezit van het document is gekomen.

33 — Zie beschikking van 18 juni 1986, BAT en Reynolds/Commissie (142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 1899).

75. De Commissie heeft voor het Gerecht weliswaar geweigerd de nota zelf over te leggen. Zij heeft echter niet gevorderd dat de door ACB overgelegde kopie uit het dossier van het Gerecht werd verwijderd, hoewel zij daartoe ter terechtzitting nog gelegenheid had gehad. Daardoor heeft zij aanvaard dat de nota werd opgenomen in het dossier van de procedure in eerste aanleg. Zelfs wanneer dat geen uitdrukkelijke toestemming van de openbaarmaking door ACB betekent, kan de Commissie in hogere voorziening niet meer verwijdering van een document vorderen, dat reeds zonder tegenspraak is opgenomen in het dossier van de procedure in eerste aanleg en dientengevolge grondslag van het arrest is geworden.

76. Wanneer de verwijdering achteraf uit het dossier van de procedure in eerste aanleg is uitgesloten, is er ook geen aanleiding hetzelfde in hogere voorziening opnieuw overgelegde document thans uit het dossier van het Hof te verwijderen. Ingevolge artikel 111, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering zendt de griffie van het Gerecht het dossier in eerste aanleg aan het Hof nadat hogere voorziening is ingesteld. De inhoud van dit dossier en daarmee ook het daarin opgenomen advies van de juridische dienst maakt derhalve hoe dan ook reeds deel uit van het procesdossier voor het Hof.

77. De vordering van de Commissie om eveneens het door ACB overgelegde advies van de juridische dienst uit het dossier te verwijderen dient bijgevolg te worden afgewezen.

C — *De afzonderlijke middelen*

78. Beide hogere voorzieningen steunen in wezen op dezelfde middelen, zodat zij gezamenlijk kunnen worden behandeld. Ik zal om te beginnen ingaan op de middelen inzake schending van de procedurele rechten ter terechtzitting voor het Gerecht en tijdens de administratieve procedure. Daarna bespreek ik de middelen waarmee de keuze van de rechtsgrondslag en de beoordeling van de feiten in relatie tot de voorwaarden van de steunbepalingen wordt aangevochten, en ten slotte de middelen waarmee rekwirantes zich tegen de terugvordering van de steun keren.

1) Schending van de rechten van de verdediging ter terechtzitting voor het Gerecht

a) Argumenten van partijen

79. Rekwirantes stellen dat het Gerecht een procedurele onregelmatigheid heeft begaan door hen onvoldoende gelegenheid te bieden de pas ter terechtzitting overgelegde brief van de Italiaanse regering van 27 maart 1996, met bijlagen, te onderzoeken en daarover een standpunt te bepalen. Het Gerecht heeft noch de mondelinge behandeling heropend, noch de desbetreffende uitlatingen van rekwirantes in het arrest opgenomen. Zij verzoeken derhalve door middel van een maatregel tot organisatie van de procesgang het transcript van de terechtzitting aan het dossier toe te voegen.

80. De Commissie wijst erop dat rekwirantes geen verzoek tot heropening hebben ingediend. Een dergelijk verzoek zou ook slechts kans van slagen hebben gehad wanneer verzoeksters doorslaggevende omstandigheden zouden hebben aangevoerd die zij vóór de sluiting van de mondelinge behandeling niet naar voren hebben kunnen brengen.

b) Beoordeling

81. Volgens artikel 51, eerste alinea, tweede volzin, Statuut-EGKS moet de hogere voorziening zijn gebaseerd op middelen ontleend aan onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht, waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan. Hiervoor is met name van belang of de procedurele onregelmatigheid tot een schending van de rechten van de verdediging van rekwirantes heeft geleid. [34] Weliswaar wordt de brief van de Italiaanse regering van 27 maart 1996 in de punten 126, 131 en 138 van het bestreden arrest genoemd. Rekwirantes hebben echter

34 — Zie beschikking van 25 januari 2001, Lech-Stahlwerke/Commissie (C-111/99 P, Jurispr. blz. I-727, punt 36).

niet aangetoond in hoeverre de ter terechtzitting overgelegde documenten van belang voor het oordeel van het Gerecht waren. Zij voeren evenmin aan welke andere argumenten zij bij tijdige kennisname van de stukken naar voren hadden kunnen brengen.

2) Schending van de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure voorafgaand aan de vaststelling van de beschikking

a) Argumenten van partijen

82. Overeenkomstig artikel 62 van zijn Reglement voor de procesvoering kan het Gerecht de mondelinge behandeling heropenen. Hiertoe is echter slechts aanleiding wanneer omstandigheden, waarvan de beslechting van het geding afhangt, zo laat bekend worden dat partijen zich er ter terechtzitting niet meer over kunnen uitspreken. Aangezien zich naar het oordeel van het Gerecht een dergelijk geval kennelijk niet voordeed, heeft het de mondelinge behandeling niet ambtshalve heropend. Rekwirantes hebben evenmin door middel van een desbetreffend verzoek de aanwezigheid van dergelijke omstandigheden naar voren gebracht.

84. Rekwirantes zijn van mening dat het Gerecht ten onrechte geen schending van de rechten van de verdediging van ACB en van het beginsel van hoor en wederhoor tijdens de administratieve procedure heeft aangenomen. Het had in aanmerking moeten nemen dat ACB bij brieven van 18 januari en 28 maart 1996 de noodzaak om te worden gehoord tot uitdrukking heeft gebracht en naar de stand van de procedure heeft geïnformeerd. De Commissie was verplicht om op deze brieven te antwoorden en om inlichtingen te verzoeken teneinde aan haar onderzoeksverplichting te voldoen.

83. Bijgevolg dient de grief van schending van de rechten van de verdediging in de procedure voor het Gerecht te worden afgewezen, zonder dat nader behoeft te worden onderzocht of de instructie om ter terechtzitting stukken te overleggen in overeenstemming was met de eisen van een goede procesorde. Om deze reden is er in hogere voorziening evenmin behoefte aan maatregelen tot organisatie van de procesgang ter verdere opheldering van de gang van zaken ter terechtzitting voor het Gerecht.

85. Hoewel ACB zodoende niet behoorlijk bij de administratieve procedure is betrokken, verwijt het Gerecht haar en Falck, met betrekking tot verschillende punten geen inlichtingen aan de Commissie te hebben verstrekt. Wanneer betrokkenen zouden zijn gehoord, zou de beschikking van de Commissie anders zijn uitgevallen omdat ACB en Falck zich dan tijdens de administratieve procedure over die punten hadden kunnen uitlaten.

86. De Italiaanse Republiek betoogt dat de administratieve procedure weliswaar tegen de lidstaat is gericht, maar dat de ontvangers van de steun, wier rechten door de procedure worden aangetast, eveneens de gelegenheid moeten hebben om hun opmerkingen te maken. Dit is bepaald in artikel 6, lid 4, van de vijfde code en de overeenkomstige bepalingen in de andere codes. Het recht om gehoord te worden, wordt uitgehold wanneer de Commissie zich in het besluit tot inleiding van de formele procedure zou kunnen beperken tot het aanmanen van de belanghebbenden om hun opmerkingen te maken. In ieder geval zou de Commissie op de brieven van ACB hebben moeten antwoorden.

87. De Commissie stelt om te beginnen in het algemeen, dat rekwirantes geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om zich tijdens de administratieve procedure uit te laten. Zij konden zich bijgevolg voor het Gerecht niet op feiten beroepen die zij reeds in de procedure voor de Commissie hadden kunnen aanvoeren. De Commissie is niet verplicht, ambtshalve grieven te onderzoeken die particuliere belanghebbenden naar voren hadden kunnen brengen. [35]

88. Voor het Gerecht is uitsluitend schending van de rechten van de verdediging van ACB gesteld. Het voor het eerst in hogere voorziening ook met betrekking tot de rechten van Falck aangevoerde middel is niet-ontvankelijk.

89. Aangezien de lidstaten de adressaten van de steunbeschikking zijn, behoefde de Commissie slechts met hen een contradictoire procedure te voeren. Ook in verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag (hierna: „verordening nr. 656/1999") [36] is slechts voorzien dat andere belanghebbenden dan de betrokken lidstaat gelegenheid tot het maken van opmerkingen wordt geboden bij inleiding van de formele procedure.

b) Beoordeling

aa) Ontvankelijkheid van de grief dat de rechten van verdediging van Falck zijn geschonden

90. Vooraf kan worden vastgesteld dat Falck — anders dan de Commissie beweert — reeds in haar memorie van interventie in eerste aanleg (blz. 2, onder 1 a), aanhakend bij de overeenkomstige grief van ACB, heeft aangevoerd dat haar

35 — De Commissie verwijst naar het arrest van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France (C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 60).

36 — PB L 83, blz. 1.

recht van verweer is geschonden. Deze grief is derhalve ontvankelijk.

bb) Recht om gehoord te worden [37]

91. Het EGKS-Verdrag bevat geen met artikel 88 EG overeenkomende bepaling betreffende de procedure inzake het onderzoek van steunmaatregelen, aangezien artikel 4, sub c, steunmaatregelen door de lidstaten zonder uitzondering verbiedt. De staalsteuncodes staan in afwijking daarvan steunmaatregelen onder bepaalde voorwaarden toe. Iedere steun dient krachtens artikel 1, lid 3, juncto artikel 6 van de vijfde code voorafgaand aan de toekenning te worden aangemeld en door de Commissie te worden goedgekeurd. [38] In artikel 6 van de vijfde code wordt de goedkeuringsprocedure, daaronder begrepen het horen van de lidstaten en particuliere belanghebbenden, verder uitgewerkt. Artikel 6, lid 4, eerste volzin, luidt:

„Indien de Commissie, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat een steunmaatregel niet verenigbaar is met het bepaalde in deze beschikking, stelt zij de betrokken lidstaat [die om de goedkeuring van de steunmaatregel heeft verzocht] van haar beslissing in kennis."

92. Deze bepaling waarop de Commissie haar mededeling over de inleiding van de procedure (gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. C 344 van 22 december 1995) heeft gebaseerd, omschrijft het recht van belanghebbenden om gehoord te worden in soortgelijke bewoordingen als artikel 88, lid 2, EG. Tot de belanghebbenden behoort met name de ontvanger van de steun. [39] Artikel 6 van de vijfde code heeft evenwel in de eerste plaats betrekking op de procedure van aanmelding en onderzoek van steun die nog niet is toegekend. Het is niet geheel duidelijk in hoeverre deze bepaling eveneens bij niet aangemelde en reeds verstrekte steun toepasselijk is. [40]

93. Deze vraag kan hier echter onbeantwoord blijven aangezien volgens vaste rechtspraak „de eerbiediging van de rechten der verdediging in iedere procedure tegen een persoon, die tot een voor deze laatste nadelige handeling kan leiden, [moet] worden beschouwd als een grond-

37 — Partijen en het Gerecht gebruiken het Italiaanse begrip „diritti della difesa". In de Franse respectievelijk Engelse vertaling van het bestreden arrest wordt over „droits de la défense" respectievelijk „right to a fair hearing" gesproken. Deze begrippen worden in het Duits gewoonlijk met het begrip „Anspruch auf rechtliches Gehör" vertaald, hoewel de letterlijke vertaling van het Duitse begrip eigenlijk „droit d'être entendu" respectievelijk „right to be heard" zou zijn. In de Duitse vertaling van het bestreden arrest toetst het Gerecht evenwel een schending van de „Rechte der Verteidigung". Het is niet geheel duidelijk of achter de verschillende begrippen eveneens een verschillende inhoud van dit procedurele beginsel schuilgaat. Hierna zal ik het ruimere begrip „Anspruch auf rechtliches Gehör" gebruiken in de zin van een „droit d'être entendu" of een „right to be heard".

38 — De zesde code en de eerdere codes bevatten overeenkomstige bepalingen.

39 — Zie met betrekking tot artikel 88, lid 2, EG, de arresten van 14 november 1984, Intermills/Commissie (323/82, Jurispr. blz. 3809, punt 16), en 3 mei 2001, Portugal/Commissie (C-204/97, Jurispr. blz. I-3175, punt 31).

40 — Zie hieronder, de punten 140 en 141.

beginsel van gemeenschapsrecht, dat zelfs bij gebreke van een bijzondere regeling in acht moet worden genomen".[41] Voorzover artikel 6, lid 4, van de vijfde code een toepasselijke bepaling van afgeleid recht vormt, dient deze in ieder geval in het licht van het algemene rechtsbeginsel te worden uitgelegd.

94. In de punten 44 en 45 van het bestreden arrest stelt het Gerecht onder verwijzing naar zijn arrest van 25 juni 1988, British Airways e.a. en British Midland Airways/Commissie[42] enerzijds vast dat geen enkele bepaling het horen van de ontvanger van steun vereist en dat deze zich niet op een recht van verweer kan beroepen als aan de adressaten is toegekend. Anderzijds heeft hij echter het recht om, gelet op de omstandigheden van het concrete geval, op passende wijze bij de procedure te worden betrokken, aldus het Gerecht.

95. Beschouwd binnen de context van het arrest British Airways kan dit in die zin worden begrepen dat slechts de adressaat van de beschikking het recht heeft om gehoord te worden, terwijl het informeren van andere belanghebbenden een soort onderzoeksmaatregel vormt die de Commissie door de naar aanleiding daarvan gemaakte opmerkingen nadere inlichtingen verschaft. Wanneer deze gedachtegang wordt doorgetrokken, dan zou de Commissie in een concreet geval ook geheel van het informeren van de belanghebbenden kunnen afzien voorzover hierin niet speciaal is voorzien, en de Commissie reeds over voldoende inlichtingen beschikt. Deze opvatting doet echter geen recht aan het beginsel van het recht om te worden gehoord.

96. Het recht om gehoord te worden is een individueel recht dat aan iedereen toekomt die door de voorgenomen beschikking in zijn rechten of rechtens beschermde belangen wordt geraakt. Het Hof heeft in de aangehaalde arresten[43] geoordeeld dat het recht om gehoord te worden dient te worden toegekend aan degene die door een tijdens de procedure vast te stellen bezwarende beschikking kan worden geraakt. Weliswaar had dit standpunt telkens betrekking op de lidstaat, als adressaat van een dergelijke beschikking. De ontvanger van steun die de Commissie onverenigbaar acht met de gemeenschappelijke markt, wordt echter eveneens geraakt. Wanneer namelijk de eerste inschatting van de Commissie wordt bevestigd, leidt de procedure doorgaans tot een terugvorderingsbeschikking die de lidstaat geen beoordelingsruimte laat. Hoewel de beschikking niet tot hem is gericht, wordt de rechtspositie van de ontvanger van de steun rechtstreeks aangetast en kan hij derhalve eveneens krachtens artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag respectievelijk artikel 230, vierde alinea, EG beroep instellen.

41 — Arrest van 21 maart 1990, België/Commissie (C-142/87, Jurispr. blz. I-959, punt 46; hierna: „arrest Tubemeuse"); zie eveneens de arresten van 10 juli 1986, België/Commissie (234/84, Jurispr. blz. 2263, punt 27), en 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie (C-288/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 99).

42 — Arrest van 25 juni 1998 (T-371/94 en T-394/94, Jurispr. blz. II-2405, punt 60).

43 — Zie voetnoot 41.

97. Het Gerecht baseert zijn opvatting dat de mededeling slechts een informatief karakter heeft en geen uitvloeisel is van het recht om te worden gehoord, met name op een uitlating van het Hof in het arrest van Commissie/Duitsland.[44] Het Hof heeft ter aangehaalde plaatse een standpunt ingenomen met betrekking tot de vraag of op het tijdstip van de openbaarmaking in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van het bericht van inleiding van een onderzoeksprocedure inzake reeds toegekende steun het gewettigd vertrouwen in de rechtmatigheid van de steun vervalt. Het heeft uiteindelijk een dergelijk rechtsgevolg afgewezen voor particulieren. Het aangehaalde standpunt heeft bijgevolg een geheel andere context en heeft geen betrekking op het recht om gehoord te worden.

98. Het recht om gehoord te worden, vindt zijn positiefrechtelijke uitwerking hierin, dat de betrokken steunontvanger bij de inleiding van de onderzoeksprocedure krachtens artikel 6, vierde alinea, van de vijfde code of de procedure krachtens artikel 88, lid 2, EG gelegenheid wordt geboden zich met betrekking tot deze omstandigheden uit te laten. Het Hof spreekt uitdrukkelijk van procedurele waarborgen die artikel 88, lid 2, EG de belanghebbenden biedt.[45] Advocaat-generaal Tesauro heeft in zijn conclusie in de zaak Cook/Commissie[46] eveneens betoogd dat de formele procedure krachtens artikel 88, lid 2, EG naast zijn informatie functie juist dient als waarborg van het recht van belanghebbenden om te worden gehoord.

99. Teneinde zijn standpunt bij de Commissie naar voren te kunnen brengen, dient de ontvanger van steun de voornaamste overwegingen te kennen die de Commissie tot de inleiding van de procedure hebben gebracht. Over deze overwegingen dient hij zich binnen een door de Commissie vastgestelde termijn te kunnen „uitlaten".

100. Uit het recht om te worden gehoord vloeit daarentegen niet voort dat de steunontvanger met de Commissie in debat gaat en in een contradictoire procedure eveneens de argumenten van de lidstaat die de steun heeft toegekend, of de argumenten van andere belanghebbenden kan becommentariëren. Mogelijkerwijs verstaat het Gerecht onder „horen" in punt 44 van het bestreden arrest juist deze verdergaande participatie en wijst het daarom een desbetreffend recht van de ontvanger van de steun — wat dit betreft terecht — af.

101. Dat een steunontvanger niet op dezelfde manier aan de procedure kan deelnemen als de betrokken lidstaat, volgt in de eerste plaats uit het feit dat het

44 — Arrest van 12 juli 1973 (70/72, Jurispr. blz. 813, punt 19).

45 — Arrest Commissie/Sytraval en Brink's France, aangehaald in voetnoot 35, punt 40.

46 — Conclusie van 31 maart 1993 met betrekking tot de relevante feiten en de juridische beoordeling door de Commissie (arrest van 19 mei 1993, C-198/91, Jurispr. blz. I-2487, punt 14).

voorwerp van de procedure een maatregel van deze lidstaat is.[47] Het is aannemelijk dat degene die de steun heeft toegekend, het snelst inlichtingen over de feitelijke en juridische achtergronden en zijn overwegingen met betrekking tot de steunmaatregel kan verschaffen. Op hem rust derhalve de verplichting zijn handelwijze aan de Commissie te verduidelijken en te rechtvaardigen, waarbij hij in de praktijk mogelijk met de ontvanger van de steun zal samenwerken. De beschikking van de Commissie is per saldo tot de lidstaat gericht.[48]

102. Ten tweede pleiten eveneens praktische overwegingen tegen een gelijke behandeling van lidstaat en steunontvanger tijdens de procedure voor de Commissie. Dikwijls — met name in geval van algemene steunregelingen — behoort namelijk een grotere kring van ondernemingen tot de begunstigden. Daarenboven dienen niet alleen de ontvangers van de steun als belanghebbende te worden gehoord, maar ook hun concurrenten en beroepsverenigingen. Tenslotte kan het tot langdurige onderhandelingen tussen de Commissie en de lidstaat komen. Zou men alle belanghebbenden het recht verlenen om in ieder stadium op dezelfde wijze als de betrokken lidstaat deel te nemen, dan zou dit een aanzienlijke belasting veroorzaken en tot onacceptabele vertragingen in de procedure leiden. Het oordeel van het Gerecht in het bestreden arrest is bijgevolg in zoverre juist, dat de ontvanger van de steun niet dezelfde procedurele rechten als de betrokken lidstaat worden toegekend.

103. Uit dezelfde overwegingen volgt dat een steunontvanger niet kan verlangen om individueel door de Commissie tot het maken van opmerkingen te worden aangemaand. Het is voldoende wanneer de Commissie door een bericht in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen informatie verschaft over de voornaamste overwegingen die haar tot de inleiding van de procedure hebben gebracht, en de belanghebbenden gelegenheid biedt hun standpunt kenbaar te maken.[49] Dit geldt in ieder geval wanneer de ontvanger van de steun een marktdeelnemer is, waarvan men in het algemeen kan verwachten dat hij van relevante mededelingen in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen kennis neemt.

cc) Inachtneming van het recht om gehoord te worden in het onderhavige geval

104. De Commissie heeft de hier uiteengezette beginselen in haar procedure in acht genomen.

105. Het bericht in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van

47 — Zie met betrekking tot artikel 88, lid 2, EG, de conclusie van advocaat-generaal Lenz van 17 september 1992 in de zaak CIFRS e.a./Commissie (arrest van 24 maart 1993, C-313/90, Jurispr. blz. I-1125, punt 64). In participatie van de lidstaat is in artikel 6, lid 4, van de vijfde code evenwel niet uitdrukkelijk voorzien (zie punt 140). Bovendien ontbreekt eveneens een met verordening nr. 659/1999 overeenkomende algemene procedureregeling voor de EGKS-sfeer.

48 — Arrest Commissie/Sytraval en Brinks'France, aangehaald in voetnoot 35, punt 45.

49 — Arrest Intermills/Commissie, aangehaald in voetnoot 39, punt 17.

22 december 1995 bevat de aan de Italiaanse Republiek gerichte brief van 1 augustus 1995 en vermeldt de voornaamste feitelijke en juridische overwegingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd. Aan belanghebbende derden wordt ondubbelzinnig een termijn van een maand vanaf de bekendmaking van het bericht gegeven om hun opmerkingen te maken met betrekking tot de litigieuze maatregelen. Uit het bericht in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen blijkt verder dat eventuele opmerkingen van belanghebbende derden aan de Italiaanse regering ter kennis worden gebracht. Opmerkingen dienden dus schriftelijk te worden gemaakt en niet op (mondelinge) hoorzittingen.

106. Zowel Falck als ACB beschikken als ondernemingen in de ijzer- en staalsector over de nodige ervaring. Bovendien hebben zij in het verleden reeds steun ontvangen die het voorwerp van procedures voor de Commissie vormde. Zoals blijkt uit haar brief van 18 januari 1996, waarin zij uitdrukkelijk verwijst naar het bericht, was ACB ook tijdig op de hoogte. Toch heeft noch ACB, noch Falck de Commissie van haar standpunt in kennis gesteld, hoewel de gelegenheid daartoe bestond.

107. Nochtans schijnt ACB er in haar brieven van 18 januari en 28 maart 1996 [50] ten onrechte van te zijn uitgegaan dat zij recht had op deelname aan de verdere procedure. Het is de vraag wat de gevolgen zijn van het onbeantwoord laten van deze brieven door de Commissie.

108. Het beginsel van goed bestuur vereist dat autoriteiten aan hen gerichte brieven beantwoorden. De Commissie zou bijvoorbeeld hebben kunnen wijzen op de reeds in het bericht genoemde mogelijkheid opmerkingen in te dienen, en ACB duidelijk hebben kunnen maken dat niet is voorzien in een verdere deelname van de steunontvanger aan de procedure. ACB zou vervolgens — eventueel met excuses voor de vertraging — nog opmerkingen hebben kunnen indienen. Het onbeleefde uitblijven van een antwoord op de brief valt beslist te bekritiseren.

109. Het beginsel van goed bestuur gaat evenwel niet zover dat de Commissie eveneens verplicht was geweest ACB over een eventuele onjuiste rechtsopvatting in te lichten. De algemene verplichting brieven te beantwoorden, is niet zo nauw verbonden met de procedurele waarborgen van de ontvanger van steun, dat schending ervan tot nietigverklaring van de beschikking kan leiden.

110. Alles overziende heeft het Gerecht bijgevolg terecht geoordeeld dat de Commissie het recht van ACB en Falck om gehoord te worden niet heeft geschonden. Het eerste middel dient dus te worden afgewezen.

50 — Zie hierboven punt 13 van het bestreden arrest, aangehaald in punt 10 van deze conclusie.

dd) Gevolgen voor de informatieplicht van de Commissie en de ontvankelijkheid van nieuwe feiten voor het Gerecht

111. De procedure krachtens artikel 6, lid 4, van de vijfde code dient ertoe de Commissie de nodige kennis van alle feitelijke omstandigheden en juridische argumenten te verschaffen, zodat zij onpartijdig en met inachtneming van alle gezichtspunten kan beslissen en haar beschikking dienovereenkomstig kan motiveren. [51]

112. Wanneer de Commissie de belanghebbenden, zoals in de procedurebepalingen is voorzien, gelegenheid heeft gegeven opmerkingen te maken, doch dezen daarvan geen gebruik hebben gemaakt, dan heeft zij aan haar onderzoeksverplichting voldaan. Zij is in de regel niet verplicht verdere inlichtingen van hen in te winnen. Zij kan er integendeel van uitgaan dat de feitelijke veronderstellingen waarop zij zich in het bericht van de inleiding van de procedure heeft gebaseerd, juist zijn. Alleen wanneer een belanghebbende deze veronderstellingen gemotiveerd bestrijdt, dient de Commissie verder onderzoek te doen. De enkele vaststelling van ACB in de brief van 18 januari 1996 dat het noodzakelijk is dat zij wordt gehoord, is zonder vermelding van de concrete redenen niet voldoende om een verdere noodzaak tot onderzoek op te baseren.

113. De Commissie is van mening dat rekwirantes het niet deelnemen aan de administratieve procedure niet meer voor de rechter kunnen aanvoeren. Zoals het Hof in zijn arrest van 14 december 1994 [52] heeft geoordeeld, kan een lidstaat zich voor het Gerecht niet op feitelijke omstandigheden beroepen die hij tijdens de administratieve procedure niet heeft aangevoerd. Dat geldt evenzeer voor belanghebbende derden.

114. Deze gelijkstelling van belanghebbende derden met de betrokken lidstaat met betrekking tot het uitsluiten van nieuwe feiten voor de rechter is echter niet gerechtvaardigd. Want zoals reeds gezegd, hebben derden tijdens de administratieve procedure niet dezelfde rechten als de adressaat. Terwijl de lidstaten een dialoog met de Commissie aangaan en ook de opmerkingen van andere lidstaten en derden kunnen becommentariëren [53], hebben andere belanghebbenden na de inleiding van de procedure krachtens artikel 6, lid 4, van de vijfde code slechts eenmaal gelegenheid binnen een korte termijn (in het onderhavige geval: een maand) hun opmerkingen te maken.

51 — Zie met betrekking tot artikel 88 EG, de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Cook/Commissie (aangehaald in voetnoot 46, punt 15), met verwijzing naar het arrest van 21 november 1991, Technische Universität München (C-269/90, Jurispr. blz. I-5469).

52 — Arrest Spanje/Commissie (C-278/92 tot en met C-280/92, Jurispr. blz. I-4103, punt 31).

53 — Dat schijnt in ieder geval, ondanks het ontbreken van overeenkomstige positiefrechtelijke bepalingen, binnen de EGKS-sfeer de praktijk van de Commissie te zijn.

115. Op grond van deze mogelijkheid reeds een ruime substantiëringsplicht tijdens de administratieve procedure aan te nemen, is niet gerechtvaardigd. Bedacht moet worden dat belanghebbende derden als informatiebron slechts over het bericht van de Commissie betreffende de inleiding van de procedure beschikken. Derhalve behoort voor belanghebbenden het aanvoeren van nieuwe feiten voor de rechter niet principieel uitgesloten te zijn. Niettemin geldt het beginsel, dat de Commissie haar beschikking op de haar ten tijde van de vaststelling ervan bekende feiten baseert.[54] Wanneer de feiten waarop de Commissie zich in het bericht betreffende de inleiding van de procedure baseert, naar de mening van de steunontvanger niet juist zijn, dient hij deze reeds tijdens de administratieve procedure gemotiveerd te bestrijden. Maakt hij van deze mogelijkheid geen gebruik, dan kan hij de Commissie voor de rechter niet verwijten dat de beschikking op onjuiste feiten berust.

3) Rechtsgrondslag van de bestreden beschikking

a) Argumenten van partijen

116. Rekwirantes stellen dat het Gerecht geen kritiek heeft geuit op het feit dat de Commissie zonder nadere motivering de vijfde code aan de bestreden beschikking ten grondslag heeft gelegd en niet de eerdere codes die ten tijde van de toekenning van de steun van kracht waren. Het Gerecht heeft de in de tijd beperkte werkingssfeer van de codes als uitgangspunt genomen en miskend dat het oorspronkelijke verbod van artikel 4, onder c, EGKS-Verdrag zich in een twintigjarige praktijk tot een duurzaam geregelde toelaatbaarheid van bepaalde steunmaatregelen heeft ontwikkeld. Onafhankelijk van de bij de vaststelling van een beschikking geldende procedurebepalingen dient in materieelrechtelijk opzicht uitgegaan te worden van de code die ten tijde van de toekenning van de steun van kracht was. Dit was ook de opvatting van de juridische dienst van de Commissie in zijn interne nota van 18 juli 1990. Het met terugwerkende kracht toepassen van de vijfde code schendt het beginsel van de rechtszekerheid en het principe „tempus regit actum".

117. Falck wijst erop dat de Commissie zich in beschikking 91/176 weliswaar niet op de code die ten tijde van de toekenning van de steun van kracht was heeft gebaseerd, maar tenminste op de ten tijde van de uitbetaling van de steun geldende code. De toepassing van de bij de vaststelling van de beschikking van kracht zijnde code geeft de Commissie in feite de keuze van de rechtsgrondslag, aangezien zij het tijdstip van haar beschikking kan bepalen.

118. ACB voert ten slotte een reeks omstandigheden aan op grond waarvan zij

54 — Arresten België/Commissie (aangehaald in voetnoot 41, punt 16) en van 26 september 1996, Frankrijk/Commissie (C-241/94, Jurispr. blz. I-4551, punt 33).

erop heeft vertrouwd dat de Commissie de ten tijde van de toekenning van de steun geldende code zou toepassen: in de eerste plaats de nota van de juridische dienst van de Commissie en de overige documenten van de diensten van de Commissie die zij in bijlage bij haar antwoord op vragen van het Gerecht heeft overgelegd. Ten tweede heeft de Commissie in beschikking 91/176 eveneens zo gehandeld.

119. De Italiaanse regering sluit zich bij de argumentatie van rekwirantes aan.

120. De Commissie is daarentegen van mening dat haar goedkeuringsbevoegdheid slechts op de code berust die op een bepaald ogenblik toepasselijk is. Toepassing van een ten tijde van de beschikking reeds buiten werking getreden code is uitgesloten. Het is kenmerkend dat de codes niet eens de mogelijkheid noemen om een niet aangemelde steunmaatregel goed te keuren.

121. Rekwirantes kunnen reeds daarom geen beroep doen op het rechtszekerheidsbeginsel, omdat de steun niet vooraf is aangemeld. Weliswaar is beschikking 91/176 niet geheel juist inzoverre daarin de ten tijde van de uitbetaling geldende code toepasselijk wordt geacht. Deze fout blijft echter zonder rechtsgevolgen omdat de toegepaste regeling overeenkomt met de ten tijde van de beschikking geldende code.

122. Aangezien rekwirantes niet aan de administratieve procedure hebben deelgenomen, kunnen zij zich thans niet meer op een gebrekkige motivering beroepen. De Commissie bestrijdt dat uit de documenten, waarvan zij verwijdering uit het dossier vordert, de door rekwirantes getrokken conclusies zijn te trekken. Ten slotte dient het middel reeds daarom te worden afgewezen omdat de steunmaatregelen zelfs bij toepassing van de tweede code — zoals in de bestreden beschikking is uiteengezet — niet goedgekeurd hadden kunnen worden.

b) Beoordeling

123. De vaststelling van de toe te passen code veroorzaakt bijzondere moeilijkheden omdat de codes geen uitdrukkelijke procedurebepalingen voor niet aangemelde steunmaatregelen bevatten. De wetgever is er blijkbaar van uitgegaan dat steunmaatregelen altijd tijdens de looptijd van een code aangemeld en onderzocht zouden worden. In dat geval doet de vraag naar de toepasselijke code zich niet voor. Daarom bevatten de codes ook geen overgangsbepalingen die uitsluitsel geven welke

code op in het verleden liggende feiten dient te worden toegepast.[55] Uitsluitend artikel 13 van de tweede code bevat een — in casu echter niet toepasselijke — overgangsbepaling.

124. Alvorens nader in te gaan op de rechtsgrondslag, wil ik het laatste door de Commissie aangevoerde argument bespreken, waarmee zij eigenlijk een belang van rekwirantes bij de vaststelling van de rechtsgrondslag ontkent.

aa) Belang van rekwirantes bij de toepassing van de tweede staalsteuncode

125. Rekwirantes kunnen zich inderdaad niet met succes beroepen op het feit dat niet de vijfde, maar de bij de toekenning van de steun geldende code dient te worden toegepast, wanneer de steunmaatregelen ook krachtens deze code niet hadden kunnen worden goedgekeurd.

126. Om te beginnen heeft de beschikking betrekking op steun die in de periode 1983 tot en met 1988 is toegekend (teruggevorderd wordt echter slechts de vanaf 1 januari 1986 toegekende steun). Per 1 januari 1986 is de derde code in de plaats van de tweede code gekomen. Bijgevolg zou de beschikking — in de opvatting van rekwirantes — niet slechts op de tweede maar eveneens op de derde code moeten zijn gebaseerd.

127. Het is echter niet de taak van de gemeenschapsrechter om te onderzoeken of de steunmaatregelen krachtens eerdere codes voor goedkeuring in aanmerking hadden kunnen komen. Deze toetsing, die de beoordeling van complexe economische verbanden vereist, dient integendeel door de Commissie te worden verricht.

128. De Commissie heeft weliswaar in deel III van de considerans van de bestreden beschikking terloops vastgesteld dat niet aan de vereisten voor goedkeuring krachtens artikel 2, lid 1, van de tweede code is voldaan. Deze bepaling heeft betrekking op herstructureringssteun. De Commissie heeft de steunmaatregelen echter niet volledig getoetst aan de bepalingen van de tweede code. Zij heeft noch een onderscheid tussen de tweede en de derde code gemaakt, noch de specifieke bepalingen van deze codes betreffende investeringssteun voor energiebesparings- en milieubeschermingsmaatregelen (artikel 3 van de tweede en de derde code), bedrijfssteun (artikel 5 van de

55 — Zie bijvoorbeeld de mededeling van de Commissie — Communautaire kaderregeling inzake staatssteun ten behoeve van het milieu (PB 2001, C 37, blz. 3 tot en met 15), punt 82:
„Voor niet-aangemelde steunmaatregelen zal de Commissie:
a) de bepalingen van de onderhavige kaderregeling toepassen indien de steun is toegekend na de bekendmaking van deze kaderregeling in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen;
b) in alle andere gevallen de kaderregeling toepassen die op het moment van toekenning van de steun van kracht is."

tweede code) en steun voor research en ontwikkeling (artikel 7 van de tweede code en artikel 2 van de derde code) in aanmerking genomen, hoewel deze bepalingen mogelijk relevant waren.

129. De genoemde bepalingen van de tweede en de derde code wijken aanzienlijk af van de overeenkomstige bepalingen van de vijfde code. Met betrekking tot de steun voor onderzoek en ontwikkeling, alsmede de steun ten behoeve van de milieubescherming verwijst de vijfde code in tegenstelling tot de tweede en derde naar de desbetreffende communautaire kaderregelingen. Goedkeuring van bedrijfssteun is niet meer mogelijk. Algemene investeringssteun ten slotte mag nog slechts in bepaalde regio's worden toegekend.

130. Na de korte vermelding van de tweede code gaat de Commissie dan ook met de woorden „[b]ij toetsing van de betrokken steunmaatregelen aan de geldende Staalsteuncode [...]" tot de eigenlijke toetsing van de steunmaatregelen op grond van de vijfde code over.

131. Aangezien de Commissie haar beschikking bijgevolg hoofdzakelijk op de vijfde code heeft gebaseerd en de toepasselijkheid van de tweede code slechts voor herstructureringsmaatregelen heeft overwogen, staat niet vast dat goedkeuring van de steunmaatregelen krachtens de tweede en de derde code geheel uitgesloten zou zijn geweest.

bb) Toepassing van de bij de toekenning van de steun geldende code

132. Voor de beantwoording van de vraag of de Commissie zich op de bij de toekenning geldende code had behoren te baseren, hoewel deze ten tijde van de beschikking niet meer gold, is het systeem van het EGKS-Verdrag inzake staatssteun van belang.

133. Het Gerecht heeft de grondslagen ervan in de punten 59 en volgende van het bestreden arrest juist weergegeven. Uitgangspunt van het systeem is het in artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag vastgelegde algemene verbod van steunverlening. De op artikel 95 EGKS-Verdrag gebaseerde codes staan afwijkingen daarop toe, voorzover de steunmaatregelen van de lidstaten met de doelstellingen van het gemeenschappelijke beleid betreffende de ijzer- en staalindustrie overeenkomen. [56] De codes gaan zelfs zover om de met hun voorwaarden overeenkomende steun als „communautaire steun" aan te merken. [57] De codes waren de reactie van de Gemeenschap op de specifieke situatie van de ijzer- en staalsector in de jaren tachtig, die door een grote behoefte aan herstructurering werd gekenmerkt.

134. De opeenvolgende en elkaar telkens vervangende codes hebben op geen enkele wijze tot een omkering van dit regel/

56 — Zie deel I van de considerans van de eerste code.

57 — Zie artikel 1, lid 2, van de vijfde code alsmede de overeenkomstige bepalingen van de andere codes.

uitzondering-beginsel geleid, zoals rekwirantes stellen. Iedere code heeft integendeel een aan de technische en economische ontwikkelingen binnen de ijzer- en staalindustrie van dat moment aangepaste herziening van de uitzonderingsbepalingen opgeleverd. De wetgever heeft met de herziening van de codes juist willen bereiken dat toekenning van steun geen permanente toestand is, maar een op een bepaalde situatie afgestemde, tijdelijke uitzondering blijft.

135. De gelding van de codes was van meet af aan beperkt (twee tot vijf en een half jaar). Vanaf de tweede code bevatten de codes aanmeldingstermijnen, die het Hof reeds in het arrest Duitsland/Commissie als fatale termijnen heeft gekwalificeerd. [58] De termijnen dienen te waarborgen dat steunvoornemens dermate tijdig bij de Commissie worden aangemeld, dat de goedkeuring en de uitbetaling nog tijdens de geldingsduur van de code kan plaatsvinden. Wanneer niet wordt voldaan aan de aanmeldingstermijn, verliest de Commissie de bevoegdheid de steunmaatregel goed te keuren.

136. Vanaf de tweede code bepalen de codes bovendien dat de krachtens een bepaalde code goedgekeurde steun niet meer na de buitenwerkingtreding van de betrokken code mag worden uitbetaald. Aldus is gewaarborgd dat steun die volgens de inschatting van de wetgever in een bepaalde periode met de mededingingssituatie verenigbaar is, niet op een later tijdstip, wanneer deze situatie mogelijk reeds is veranderd, wordt uitbetaald. Voor bepaalde soorten steun worden in de codes voor een deel zelfs uitbetalingstermijnen gesteld die voor de expiratiedatum van de code liggen. [59] Wanneer na de buitenwerkingtreding van de code zelfs de uitbetaling van reeds goedgekeurde steun niet is toegestaan, dan is goedkeuring krachtens de niet meer geldende code al helemaal uitgesloten.

137. De argumentatie van rekwirantes en de Italiaanse regering, erop neerkomend dat de procedurele bevoegdheden van de Commissie op de geldende code berusten en dat slechts wat betreft de materieelrechtelijke voorwaarden de tweede of de derde code toepasselijk is, is niet verdedigbaar. Procedurevoorschriften en materiële bepalingen van de afzonderlijke codes vormen een eenheid. De wetgever wilde juist geen algemeen, van artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag afwijkend systeem van goedkeuring van steunmaatregelen, waarbinnen telkenmale enkel verschillende materiële bepalingen gelden. De codes verlenen de Commissie zowel in materiële, als in procedurele zin slechts tijdelijke bevoegdheden. Wanneer een code niet meer van kracht is, kan de Commissie er geen bevoegdheden meer aan ontlenen.

138. Het Gerecht heeft bijgevolg terecht geoordeeld dat de Commissie na afloop van de geldingsduur van een code geen steun-

58 — Arrest van 3 oktober 1985 (214/83, Jurispr. blz. 3053, punten 45 tot en met 47); bevestigd door arrest van 13 juli 2000, Salzgitter/Commissie (C-210/98 P, Jurispr. blz. I-5843, punten 49 tot en met 55).

59 — Zie artikel 5, lid 1, tweede gedachtestreepje, van de tweede code betreffende bedrijfssteun en artikel 1, lid 3, tweede volzin, juncto artikel 5, lid 1, van de vijfde code betreffende regionale investeringssteun.

maatregel meer krachtens de afwijkingsbepalingen van die code kan goedkeuren.

cc) Toepassing van de ten tijde van de beschikking van de Commissie geldende code

139. De Commissie heeft haar beschikking op de vijfde code gebaseerd, die bij de vaststelling van de beschikking gold. Zij heeft deze code derhalve op steun toegepast die niet voor de uitbetaling en voor afloop van de termijn van artikel 6, lid 1, derde volzin, respectievelijk lid 2, van de vijfde code is aangemeld.

140. Artikel 6 van de vijfde code gaat net zoals de overeenkomstige bepalingen in eerdere codes blijkens de tekst uit van het geval dat de lidstaten iedere maatregel vóór de uitvoering ervan en binnen de fatale termijn aanmelden. Dit verklaart eveneens waarom artikel 6, lid 4, als zodanig niet voorschrijft dat de lidstaat die de steun heeft toegekend, wordt gehoord. Horen is namelijk overbodig wanneer de lidstaat de steunmaatregel zelf heeft aangemeld. Het geval van niet aangemelde steun is — zoals de Commissie terecht stelt — in de codes niet uitdrukkelijk geregeld.

141. Daaruit kan echter niet worden geconcludeerd dat iedere steun, alleen omdat hij niet binnen de termijn is aangemeld, onverenigbaar met de bepalingen van de code dient te worden verklaard. Het zou in strijd zijn met de grondgedachte van de communautaire regeling inzake staatssteun om enkel uit een formele strijdigheid de onverenigbaarheid met de bepalingen inzake staatssteun af te leiden.[60] Dat het uiteindelijk van de verenigbaarheid met de materiële bepalingen afhangt, blijkt eveneens uit artikel 1, lid 1, van de vijfde code, volgens welk steun „alleen als communautaire steun en derhalve als verenigbaar met de goede werking van de gemeenschappelijke markt [kan] worden aangemerkt, indien hij voldoet aan het bepaalde in de artikelen 2 tot en met 5".

142. Het situatiegebonden karakter van elke code zou echter tegen het met terugwerkende kracht toepassen van de vijfde code kunnen pleiten. Zoals uiteengezet, vormen de codes een in de tijd beperkte reactie op een bepaalde economische toestand binnen de ijzer- en staalsector. Wanneer men zich met terugwerkende kracht op een latere code baseert, dan worden bepalingen toegepast die van een andere toestand uitgaan dan bij de toekenning van de steun bestond.

143. Niettemin duurt het effect van onrechtmatige steun voort tot en met de

60 — Arrest Tubemeuse, aangehaald in voetnoot 41, punt 20, evenals het arrest van 21 november 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon (C-354/90, Jurispr. blz. I-5505, punt 13); voor de parallelle vraag op het toepassingsgebied van de code voor steunmaatregelen ten behoeve van de kolenindustrie, zie het arrest van 9 september 1999, RJB Mining/Commissie (T-110/98, Jurispr. blz. II-2585, punten 65 e.v.; nog geen kracht van gewijsde).

terugbetaling. Zelfs wanneer het voordeel jaren na de toekenning van de steun niet meer direct op de balans van de onderneming is terug te vinden, heeft de steun de concurrentiepositie van de begunstigde in vergelijking met andere ondernemingen die niets hebben gekregen, toch duurzaam versterkt. [61]

144. Het behoort niet tot de taak van de Commissie terug te gaan naar het tijdstip van de toekenning van de steun en alleen de toenmalige gevolgen te beoordelen. De Commissie dient integendeel de huidige mededinging te beschermen door de (voortdurende) gevolgen van de steun aan de regels te toetsen, die bij de vaststelling van de beschikking toepasselijk zijn.

dd) Vertrouwensbescherming

145. In beginsel is de bescherming van het gewettigd vertrouwen in een bepaalde praktijk van de Commissie slechts aan de orde wanneer de Commissie door deze praktijk een aan haar toegekende beoordelingsvrijheid benut. De vraag welke code dient te worden toegepast, is echter een rechtsvraag die in laatste instantie door het Hof dient te worden beoordeeld, zonder dat de Commissie wat dat betreft beoordelingsvrijheid toekomt.

61 — Arrest van 20 maart 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Jurispr. blz. I-1591, punten 51 en 52).

146. Zelfs wanneer de Commissie dus in het verleden het standpunt heeft ingenomen dat telkens de bij de toekenning of de uitbetaling van steun geldende code diende te worden toegepast, [62] dan kunnen rekwirantes hieraan geen gewettigd vertrouwen ontlenen. Dit geldt te meer aangezien deze rechtsopvatting onjuist is.

147. Uit de interne nota van de juridische dienst kunnen rekwirantes tot slot al helemaal geen rechtspositie afleiden. In de eerste plaats is de nota door de Commissie niet aan rekwirantes ter kennis gebracht of openbaar gemaakt. Zelfs wanneer dit het geval zou zijn geweest, dan blijkt duidelijk uit het document dat het niet om een definitief naar buiten gericht standpunt van de Commissie gaat maar slechts om een juridisch advies van de juridische dienst aan de voor de vaststelling van de beschikking bevoegde diensten van de Commissie.

62 — De Commissie heeft zich in feite niet alleen in beschikking 91/176 op deze opvatting gebaseerd. Zie bijvoorbeeld eveneens beschikking 1999/720/EG, EGKS van de Commissie van 8 juli 1999 betreffende de door Duitsland aan Gröditzer Stahlwerke GmbH en haar dochteronderneming Walzwerk Burg GmbH verleende overheidssteun (PB L 292, blz. 27, punt 46), waar zij heeft verklaard: „De investeringssteun die onder de toepassing van het EGKS-Verdrag valt, moet worden getoetst aan artikel 4, onder c, van het EGKS-Verdrag en de staalsteuncode die op het tijdstip van de toekenning van de steun van kracht was". De praktijk van de Commissie is echter niet standvastig. In beschikking 1999/227/EGKS van 29 juli 1998 inzake steun van de deelstaat Nedersaksen (Duitsland) aan Georgsmarienhütte GmbH (PB 1999, L 83, blz. 72) en in beschikking 1999/196/EGKS van 14 juli 1998 betreffende borgtochten voor Eisen- und Stahlwalzwerke Rötzel GmbH (PB 1999, L 63, blz. 63) is de Commissie op gelijke wijze als in de bestreden beschikking te werk gegaan.

ee) Ontoereikende motivering van de gekozen rechtsgrondslag

148. Of rekwirantes dit argument, dat zij niet reeds tijdens de administratieve procedure naar voren hebben gebracht, in de procedure voor het Hof nog kunnen aanvoeren, behoeft geen nadere bespreking. Het Gerecht heeft namelijk terecht in de punten 167 en volgende van het bestreden arrest uiteengezet dat de motivering van de beschikking wat dit betreft aan de eisen voldoet.

149. Met name zijn aan de beschikking zelf alsmede uit de context, die volgens de rechtspraak van het Hof evenzeer van belang is,[63] voldoende redenen voor de toepasselijkheid van de vijfde code te ontlenen. Zo blijkt uit het besluit tot inleiding van de procedure, dat de Commissie zich op de vijfde code heeft gebaseerd, omdat deze de enige ten tijde van de vaststelling van de beschikking geldende rechtsgrondslag was.

150. De andere overweging van de Commissie, dat de tweede code niet van belang is omdat goedkeuring op die basis evenzeer uitgesloten is, lijkt enigszins oppervlakkig.[64] Dit levert echter geen motiveringsgebrek op, dat nietigverklaring van de beschikking zou rechtvaardigen.

ff) Conclusie

151. Aangezien de Commissie haar beschikking terecht heeft gebaseerd op de vijfde code en niet op de codes die bij de toekenning van de steun toepasselijk waren, dient het middel te worden afgewezen.

4) Vaststelling van de feiten en de omvang van de toetsing

152. Rekwirantes voeren in verschillende middelen grieven aan, waarmee zij de vaststelling van de feiten door de Commissie en het Gerecht, alsmede de omvang van de waardering van de feiten bekritiseren. Ten eerste betogen zij dat de Commissie in de bestreden beschikking een maatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt heeft verklaard, die zij in beschikking 91/176 positief had beoordeeld. Ten tweede stellen rekwirantes dat niet voldoende is onderzocht of de afwijkingen op het steunverbod toepasselijk waren.

63 — Arresten van 29 februari 1996, België/Commissie (C-56/93, Jurispr. blz. I-723, punt 86), en 19 september 2000, Duitsland/Commissie (C-156/98, Jurispr. blz. I-6857, punt 97).

64 — Zie hierboven, punten 128 tot en met 131.

a) Inaanmerkingneming van een reeds in beschikking 91/176 getoetste steun

aa) Argumenten van partijen

153. Met betrekking tot het eerstgenoemde aspect betogen rekwirantes dat de Commissie ten aanzien van de bij besluit nr. 7673 van de Autonome Provincie Bolzano van 14 december 1987 toegekende steun twee tegenstrijdige beschikkingen heeft vastgesteld. De in de bestreden beschikking vermelde lening van 6 321 000 000 ITL is reeds het voorwerp van beschikking 91/176 geweest. Het terug te betalen bedrag is foutief berekend; het bedraagt slechts 4 400 000 000 ITL. Het Gerecht heeft dit niet bekritiseerd en enkel gewezen op het feit dat de Commissie slechts de ten tijde van de vaststelling van de beschikking beschikbare informatie in aanmerking diende te nemen.

154. De Commissie is van mening dat de grief niet-ontvankelijk is omdat hij niet reeds tijdens de administratieve procedure is aangevoerd. Bovendien gaat het om een door het Gerecht beoordeelde feitelijke vraag. Ten gronde is de Commissie van mening dat rekwirantes niet hebben aangetoond in hoeverre beide beschikkingen op dezelfde steunmaatregel betrekking hadden. Beschikking 91/176 heeft betrekking op een lening van 6 500 000 000 ITL tegen een rente van 4,5 % en een looptijd van 12 jaar, welke op 2 januari 1982 is aangevraagd en op 14 februari 1983 bij besluit nr. 784 is goedgekeurd. Het is niet duidelijk in hoeverre deze maatregel dezelfde zou zijn als de lening van 13 306 000 000 ITL tegen een rente van 3 % en een looptijd van 7 jaar, welke op 3 juli 1986 is aangevraagd en bij besluit nr. 7673 van 14 december 1987 is goedgekeurd en in twee termijnen is uitbetaald, namelijk 6 321 000 000 ITL op 10 maart 1988 en 987 000 000 ITL op 30 januari 1989.

bb) Beoordeling

155. De grief is ontvankelijk. Rekwirantes hadden formeel deze grief voor het Gerecht mogen aanvoeren. [65] De beperking van de hogere voorziening tot rechtsvragen staat de grief evenmin in de weg. Want er worden in ieder geval eveneens rechtsvragen aan de orde gesteld.

156. Het Gerecht heeft met betrekking tot de feiten geen eigen vaststellingen gedaan, maar slechts geconstateerd dat de Commissie de feiten niet kennelijk onjuist heeft beoordeeld gezien de informatie die haar bij de vaststelling van de beschikking bekend was. Bij gebreke van andersluidende informatie van de Italiaanse regering en rekwirantes tijdens de administratieve

65 — Zie boven, punt 115.

procedure waren er geen aanwijzingen dat de feiten niet juist zouden zijn. Of deze substantiëringsplicht terecht is aangenomen, is een rechtsvraag.

157. Slechts in punt 141 van het bestreden arrest heeft het Gerecht als obiter dictum bezien hoe de feiten van beide beschikkingen met elkaar in overeenstemming zijn te brengen, zonder dat het echter daarop zijn arrest heeft gebaseerd.

158. De onzekerheid of de Commissie over een en dezelfde steunmaatregel tweemaal heeft beslist, spruit onder andere voort uit de niet geheel duidelijke omschrijving van het voorwerp van beschikking 91/176. In deel I van de considerans van de beschikking wordt gesteld:

„In december 1987 hebben de autoriteiten van de autonome provincie Bolzano aan de Acciaierie di Bolzano (Falck-concern) een gesubsidieerde lening van 6 miljard lire [...] toegekend ter ondersteuning van een investering van 23 miljard lire [...]

Deze lening heeft een looptijd van elf jaar en is verstrekt tegen een rente van 3,5 %. [...]"

159. Verderop wordt verduidelijkt dat de verstrekking van de lening is gebaseerd op een besluit van de provinciale autoriteiten van Bolzano van 14 februari 1983 en weliswaar tijdig bij de Commissie is aangemeld, maar ten onrechte pas na de buitenwerkingtreding van de tweede code in 1987 daadwerkelijk is verstrekt.

160. Deze steunmaatregel wordt in deel I, onder a, van de considerans van de bestreden beschikking vermeld. In datzelfde deel, onder d, wordt een andere steunmaatregel vermeld, die op besluit nr. 7673 van 14 december 1987 berust. De maatregel die het voorwerp van beschikking 91/176 is, wordt in de bestreden beschikking evenals in het bericht van de inleiding van de procedure bijgevolg als niet identiek met een van de steunmaatregelen waarover op 14 december 1987 is beslist, beschouwd.

161. Rekwirantes betogen daarentegen dat beschikking 91/176 op de in besluit nr. 7673 vermelde steunmaatregelen betrekking heeft. Zij verklaren evenwel niet wat de betekenis is van de in deel I, onder a, van de considerans van de bestreden beschikking vermelde steunmaatregel. Verschillende mogelijkheden zijn denkbaar. In de eerste plaats zou het om exact dezelfde steunmaatregel kunnen gaan als die die eveneens onder d is vermeld. In dat geval zou de beschikking tegenstrijdig zijn, aangezien zij dezelfde steun enerzijds van haar toepassingssfeer uitsluit, maar anderzijds terugbetaling ervan gelast.[66] De tweede

66 — Indien dit in het kader van de terugvordering van de steun door de nationale autoriteiten juist zou blijken te zijn, dan zou een uitlegging van de beschikking moeten worden gevonden die het best aan haar doelstelling voldoet. Aangezien zij de in beschikking 91/176 onderzochte steunmaatregel niet opnieuw aan de orde wilde stellen, is hetgeen resteert de bepaling, dat vanaf de betekening van deze beschikking de gebruikelijke marktrente dient te worden berekend.

mogelijkheid zou kunnen zijn dat het inderdaad twee verschillende maatregelen betreft. Ten slotte zou de hypothese van het Gerecht juist kunnen zijn, dat de Commissie bij de vaststelling van beschikking 91/176 niet correct was geïnformeerd en dat haar veronderstelling dat de in december 1987 verstrekte steun overeenkwam met de reeds in 1983 voorgenomen maatregelen, niet juist was, maar een geheel nieuwe maatregel met een volstrekt andere doelstelling betrof.

162. Helaas heeft de Italiaanse regering in haar memorie van antwoord hierover niets gesteld en geen bijdrage aan de opheldering ervan geleverd. Het betoog van de Commissie voor het Hof bevordert het begrip van de samenhang ook niet bepaald. Zij heeft het bedrag van de door beschikking 91/176 bestreden steun aanvankelijk op 5,6 miljard ITL becijferd en later in 6,5 miljard ITL gewijzigd. De looptijd zou 12 jaar zijn en de rente 4,5 % bedragen.[67] In de beschikking zelf worden daarentegen geheel andere getallen (6 miljard, elf jaar en 3,5 % rente) genoemd.

163. Beslissend is echter dat de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking op grond van de haar bekende informatie ervan is uitgegaan dat het om twee verschillende maatregelen ging. Aangezien noch de Italiaanse regering, noch rekwirantes tijdens de administratieve procedure de Commissie op een eventuele vergissing hebben geattendeerd, hoewel uit het bericht van de inleiding van de formele procedure duidelijk was op welke feiten de Commissie zich baseerde, komt nietigverklaring van de beschikking op deze grond niet in aanmerking.

164. Voor de andere in dit verband aangevoerde grief, dat de Commissie het terug te betalen bedrag foutief heeft vastgesteld, is door rekwirantes zelfs geen begin van motivering geleverd. Zij hebben met name niet verklaard in hoeverre het Gerecht op dit punt het recht zou hebben geschonden.

165. Het eerste onderdeel van de grief dient derhalve in zijn geheel te worden afgewezen.

b) Tekortschietend onderzoek van de afwijkingen van het steunverbod

aa) Argumenten van partijen

166. Rekwirantes stellen dat, aangezien de Commissie hen niet heeft gehoord, zij niet reeds tijdens de administratieve procedure, maar pas voor het Gerecht duidelijk hebben

67 — Deze voorwaarden lijken overeen te stemmen met de feitelijk in besluit nr. 784 van de autonome provincie Bolzano genoemde.

kunnen maken dat de steunmaatregelen feitelijk aan de vereisten voor goedkeuring voldeden. Het Gerecht had de beschikking derhalve nietig moeten verklaren ofwel wegens schending van de rechten van de verdediging, ofwel — na beoordeling van het door ACB en Falck overgelegde bewijs — omdat de Commissie de steunmaatregelen foutief heeft beoordeeld.

167. Het Gerecht heeft van de overgelegde bewijzen wel nota genomen, maar er niet de noodzakelijke consequenties uit getrokken. Wanneer de bewijzen niet voldoende waren geweest, had het Gerecht de mening van een deskundige moeten inwinnen. Verder heeft het Gerecht de argumenten van Falck ter terechtzitting niet in aanmerking genomen.

168. De Italiaanse regering keert zich tegen de het standpunt van het Gerecht, dat de Italiaanse regering tijdens de administratieve procedure alle omstandigheden waaruit de toelaatbaarheid van de steunmaatregel bleek, naar voren had dienen te brengen. Haars inziens is het integendeel de taak van de Commissie, die de procedure heeft ingeleid, om de feiten vast te stellen.

169. De Commissie is van mening dat het Gerecht de grenzen van de rechterlijke toetsing juist heeft aangegeven en de overgelegde bewijzen correct heeft beoordeeld.

bb) Beoordeling

170. Het tweede onderdeel van dit middel klaagt in wezen dat zowel de Commissie als het Gerecht in het kader van de toetsing van de vereisten voor goedkeuring de feiten onvoldoende heeft onderzocht en verkeerd heeft beoordeeld.

171. Zoals reeds gezegd, hebben rekwirantes tijdens de administratieve procedure voldoende gelegenheid gehad de feiten naar voren te brengen die volgens hen de verenigbaarheid van de steunmaatregelen met de code aantoonden. In het bericht van de inleiding van de onderzoeksprocedure heeft de Commissie duidelijk aangegeven dat de steunmaatregelen volgens de haar bekende informatie niet aan de vereisten voor toelaatbare onderzoek- en ontwikkelingssteun of maatregelen ten behoeve van de milieubescherming, de energiebesparing of ter verbetering van de productkwaliteit voldeden. Het had op de weg gelegen van de Italiaanse Republiek en rekwirantes om vervolgens hun tegengestelde opvatting kenbaar en door aanvullende informatie aannemelijk te maken, zoals het Gerecht in punt 116 van het bestreden arrest terecht heeft beslist. Wanneer de Commissie geen aanwijzingen krijgt dat haar informatie onjuist of onvolledig is, dan behoeft zij de feiten niet ambtshalve verder te onderzoeken.

172. De Commissie heeft de feiten evenmin kennelijk onjuist beoordeeld. Het Gerecht komt correct via de volgende toetsing tot

deze conclusie. Het stelt om te beginnen vast dat de rechterlijke toetsing van de beoordeling van complexe economische feiten beperkt is tot misbruik van bevoegdheid of kennelijke fouten [68], waarbij de verzoekende partij feiten dient aan te voeren die de beoordeling van de feiten door de Commissie onaannemelijk maken. Vervolgens toetst het Gerecht of de Commissie de door de Italiaanse Republiek tijdens de administratieve procedure naar voren gebrachte feiten niet kennelijk onjuist heeft beoordeeld. Het betrekt daarbij het voor het Gerecht overgelegde bewijs, met name het zogenaamde rapport Andersen.

173. Om te beginnen wil ik opmerken dat de rechtmatigheid van de beschikking in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 33 EGKS-Verdrag moet worden beoordeeld naar de informatie waarover de Commissie bij de vaststelling van de beschikking beschikte. [69]

174. Uit eerdere procedures betreffende steunmaatregelen ten gunste van ACB en Falck was de Commissie reeds bekend met enige omstandigheden. Verdere informatie kon zij tijdens de administratieve procedure uit de gegevens van de Italiaanse regering, alsmede van de Duitse en Britse verenigingen van ijzer- en staalproducenten afleiden. De pas voor het Gerecht door rekwirantes aangevoerde feiten en overgelegde bewijzen zijn daarentegen slechts relevant voorzover daaruit aanwijzingen van kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie met betrekking tot de haar ten tijde van de besluitvorming bekende feiten blijken.

175. Aangezien hogere voorziening krachtens artikel 32d EGKS-Verdrag, juncto artikel 51, eerste alinea, van het Statuut-EGKS van het alleen rechtsvragen kan betreffen, kan het Hof in hogere voorziening niet toetsen of het Gerecht de feiten die rekwirantes als bewijs voor kennelijke beoordelingsfouten van de Commissie hebben aangevoerd, juist heeft gewaardeerd. Geheel afgezien daarvan hebben rekwirantes het Gerecht ook geen concrete beoordelingsfouten verweten. Zij hebben verder niet uiteengezet welke omstandigheden die ter terechtzitting door Falck naar voren zouden zijn gebracht, door het Gerecht niet in aanmerking zijn genomen.

176. Twijfelt het Gerecht na de toetsing van deze feiten niet aan de beoordeling van de Commissie, dan is het niet verplicht zelf de feiten nader te onderzoeken en bijvoorbeeld een deskundige te benoemen.

177. Bijgevolg dient het tweede middelonderdeel eveneens te worden afgewezen.

68 — Aldus eveneens de vaste rechtspraak van het Hof. Zie het arrest van 5 oktober 2000, Duitsland/Commissie, aangehaald in voetnoot 41, punt 26, met verdere verwijzingen.

69 — Zie de in voetnoot 54 aangehaalde rechtspraak.

5) Niet-inaanmerkingneming van de invloed op het intracommunautaire handelsverkeer

a) Argumenten van partijen

178. Met dit middel keren ACB en Falck zich tegen het feit dat het Gerecht — op grond van het arrest De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hoge Autoriteit [70] uit 1961 — niet in aanmerking heeft genomen dat de invloed van de steun op het intracommunautaire handelsverkeer slechts gering is geweest. Het heeft miskend dat volgens de recentere rechtspraak [71] de samenhang tussen de verdragen dient te worden gehandhaafd. Verder heeft het Gerecht zelf geoordeeld dat niet iedere steun onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, maar dat het steunverbod van artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag in samenhang met de doelstellingen van het Verdrag dient te worden uitgelegd. [72]

179. De Italiaanse regering betoogt ter aanvulling dat inaanmerkingneming van de invloed van een steunmaatregel op de mededinging en het intracommunautaire handelsverkeer een algemeen beginsel van de Verdragen is en bijgevolg ook hier aan de orde is.

180. De Commissie is daarentegen van mening dat het gezien het algemene verbod van staatssteun in artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag de invloed op het intracommunautaire handelsverkeer geen rol speelt. Zoals uit de rechtspraak van het Hof blijkt, is het EG-Verdrag krachtens artikel 305 EG niet op EGKS -producten toepasselijk. [73] Het arrest Busseni was op de grens van de uitlegging en is ook een incident gebleven.

b) Beoordeling

181. Het Hof heeft in zijn arrest van 21 juni 2001 beslist [74]:

„[...] dat artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag anders dan artikel 92, lid 1, EG-Verdrag, niet als voorwaarde voor de onverenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt stelt, dat zij de concurrentie vervalsen of dreigen te vervalsen [...]".

70 — Arrest aangehaald in voetnoot 23.

71 — Arrest van 22 februari 1990, Busseni (C-221/88, Jurispr. blz. I-495, punt 16).

72 — Arrest van 24 oktober 1997, EISA/Commissie (T-239/94, Jurispr. blz. II-1839, punt 62).

73 — De Commissie verwijst naar de arresten van 15 december 1987, Deutsche Babcock (328/85, Jurispr. blz. 5119, punt 10), en 2 mei 1996, Hopkins e.a. (C-18/94, Jurispr. blz. I-2281, punt 14).

74 — Arrest Moccia Irma e.a./Commissie (C-280/99 P tot en met C-282/99 P, Jurispr. blz. I-4717, punten 32 en 33); zie eveneens de beschikking Lech-Stahlwerke/Commissie (aangehaald in voetnoot 34, punt 41).

182. „Zoals het Gerecht in punt 82 van het bestreden arrest immers terecht heeft opgemerkt, verbiedt artikel 4, sub c, EGKS-Verdrag zonder beperking elke steun, teneinde de vestiging, de handhaving en de inachtneming van de normale concurrentieverhoudingen te verzekeren, zodat steunmaatregelen als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd, zonder dat moet worden aangetoond of zelfs maar onderzocht of in feite sprake is van een aantasting van de concurrentieverhoudingen dan wel of de kans daartoe bestaat."

183. Derhalve heeft het Gerecht in de onderhavige zaak eveneens terecht niet getoetst of door de steun aan ACB de mededinging is vervalst of het intracommunautaire handelsverkeer beïnvloed. Dit middel dient bijgevolg te worden afgewezen.

6) Schending van de verjaringsregels en van het rechtszekerheidsbeginsel

a) Argumenten van partijen

184. Rekwirantes keren zich tegen het oordeel van het Gerecht [75], dat de Commissie geen verjaringstermijn heeft geschonden. De gebondenheid van de Commissie aan een termijn waarbinnen zij haar bevoegdheden dient uit te oefenen, vloeit juist voort uit het algemene rechtszekerheidsbeginsel. Dit heeft het Hof met name in zijn arrest Geigy/Commissie [76] bevestigd.

185. Rekwirantes voeren bovendien verschillende verjaringsregelingen uit de sfeer van het EG-Verdrag en het EGKS-Verdrag aan, waarin het rechtszekerheidsbeginsel positiefrechtelijke, gestalte heeft gekregen, namelijk artikel 43 van het Statuut-EG [77], beschikking nr. 715/78/EGKS van de Commissie van 6 april 1978 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het toepassingsgebied van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal [78] en verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap. [79] Anderzijds laken zij de verwijzing naar verordening nr. 659/1999 door het Gerecht, omdat deze regeling uitsluitend betrekking heeft op steunmaatregelen binnen de sfeer van het EG-Verdrag.

186. De Commissie is van mening dat uit de door rekwirantes aangehaalde arresten

75 — Punt 69 van het bestreden arrest.

76 — Arrest van 14 juli 1972 (52/69, Jurispr. blz. 787, punten 20 tot en met 22).

77 — In het onderhavige geval zou een verwijzing naar artikel 40 van het Statuut-EGKS nochtans meer voor de hand liggen.

78 — PB L 94, blz. 22.

79 — PB L 319, blz. 1.

weliswaar blijkt dat verjaringstermijnen een uitdrukking van het rechtszekerheidsbeginsel zijn. Om echter aan dit beginsel te voldoen, dienen zij ex ante door de wetgever te zijn vastgesteld en niet ex post door de rechtspraak. De analoge toepassing van beschikking 715/78/EGKS wijst de Commissie eveneens af. Deze regeling heeft betrekking op de bevoegdheid van de Commissie om geldboeten en dwangsommen op te leggen. Het onderhavige geval betreft daarentegen geen sanctie, maar de terugbetaling van steun.

b) Beoordeling

187. Achter het door partijen als „verjaring" besproken probleem gaan in feite geheel van elkaar verschillende rechtsfiguren schuil.

188. Verjaring in de zin van verjaring van het recht van tenuitvoerlegging, zoals bijvoorbeeld geregeld in artikel 4 van beschikking 715/78/EGKS, heeft betrekking op de termijn waarbinnen de schuldeiser een definitief onaantastbaar geworden vordering dient te executeren. In het privaatrecht kan verjaring als exceptief verweer tegen de executie van een bestaande vordering worden opgeworpen. Verjaring in de zin van verjaring van het recht van vervolging [80] begrenst de tijd waarbinnen de Commissie een inbreuk op het Verdrag kan bestraffen. Voorzover het geen sancties betreft, is eerder het begrip termijnoverschrijding passend. [81] Alle vormen van verjaring of termijnoverschrijding hebben tot doel na een zeker tijdsverloop het rechtszekerheidsbeginsel te laten prevaleren boven de materiële gerechtigheid. Zij verschillen van elkaar met name wat de omstandigheden waardoor de termijn ingaat en wat de looptijd van de termijn betreft.

189. Het Hof leidt uit het beginsel van het recht op een eerlijk proces, zoals dat in artikel 6, lid 1, EVRM is vastgelegd, bovendien bepaalde termijnen voor de afronding van gerechtelijke procedures af. [82] Voorts heeft het beslist dat in geval van een trage afhandeling van de administratieve procedure door de Commissie, de steunontvanger onder bepaalde omstandigheden erop mag vertrouwen dat de Commissie geen terugvordering van de steun meer zal gelasten. [83] De gevolgen van de duur van de administratieve procedure zal ik derhalve afzonderlijk in het kader van het middel dat betrekking heeft op schending van het vertrouwensbeginsel, bespreken.

80 — Zie artikel 1 van beschikking 715/78/EGKS.

81 — Zie wat dat betreft mijn conclusie van 27 januari 2000 in de zaak Commissie/Griekenland (arrest van 12 september 2000, C-260/98, Jurispr. blz. I-6537, punten 73 en 74).

82 — Arrest van 17 december 1998, Baustahlgewebe/Commissie (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417, punten 20 en 21).

83 — Arrest van 24 november 1987, RSV/Commissie (223/85, Jurispr. blz. 4617, punt 17). Het door rekwirantes aangehaalde arrest van 27 januari 2000, Branco/Commissie (T-194/97 en T-83/98, Jurispr. blz. II-69, punt 91), betreft eveneens deze situatie.

190. Wanneer men de duur van de administratieve procedure buiten beschouwing laat, kan het hooguit om een vraag van termijnoverschrijding gaan. De termijn waarbinnen de Commissie in de sfeer van het EG-Verdrag terugvordering van steun kan gelasten, bedraagt krachtens artikel 15 van verordening nr. 659/1999 tien jaar. Een overeenkomstige positiefrechtelijke beperking van de bevoegdheden van de Commissie met betrekking tot EGKS-steunmaatregelen bestaat niet.

191. Analoge toepassing van beschikking nr. 715/78/EGKS komt niet in aanmerking. Deze regeling heeft betrekking op een heel andere bevoegdheid van de Commissie, namelijk de bevoegdheid om inbreuken op het mededingingsrecht met boeten en dwangsommen te bestraffen, respectievelijk om de desbetreffende beschikkingen ten uitvoer te leggen. [84]

192. Het is echter de vraag of een dergelijke beperking van de bevoegdheid van de Commissie rechtstreeks uit het rechtszekerheidsbeginsel valt af te leiden. In het arrest Lemmerz-Werke/Hoge Autoriteit, dat rekwirantes hebben aangehaald, heeft advocaat-generaal Roemer weliswaar de opvatting verdedigd, dat intrekking van een beschikking van de Hoge Autoriteit geruime tijd na het bekend worden van de intrekkingsgronden is uitgesloten. [85] Afgezien van het feit dat de zaak op een geheel ander feitencomplex berustte, is het Hof de advocaat-generaal niet gevolgd, zoals de Commissie terecht opmerkt. [86]

193. In het arrest Geigy/Commissie, dat de oplegging van boeten wegens schending van het mededingingsrecht betrof, heeft het Hof geoordeeld dat een verjaringstermijn vooraf door de wetgever dient te zijn vastgesteld om aan zijn doel te kunnen beantwoorden. [87] Niettemin verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich ertegen dat de Commissie onbeperkt lang met het opleggen van een geldboete wacht. Uit de verdere overwegingen van het Hof valt af te leiden dat er in dat geval — afgezien van het zuivere tijdsverloop — van bijkomende bijzondere omstandigheden sprake moet zijn, [88] die een beperking van de bevoegdheden van de Commissie noodzakelijk maken.

194. In casu komen in dit verband omstandigheden in aanmerking, die rekwirantes mogelijkerwijs het vertrouwen konden geven dat de Commissie de steun niet terug zou vorderen. Ik zal dit argument derhalve samen met het middel inzake het vertrouwensbeginsel behandelen.

84 — Zie arrest van 15 september 1998, BFM en EFIM/Commissie (T-126/96 en T-127/96, Jurispr. blz. II-3437, punt 48).

85 — Conclusie van 4 november 1964 in de zaak Lemmerz-Werke/Hoge Autoriteit (arrest van 13 juli 1965, 111/63, Jurispr. blz. 835).

86 — Arrest aangehaald in punt I.3.

87 — Arrest aangehaald in voetnoot 76, punten 20 en 21.

88 — Zie wat dat betreft eveneens de conclusie in de zaak Commissie/Griekenland (aangehaald in voetnoot 81, punten 75 e.v.).

7) Schending van het vertrouwensbeginsel

a) Argumenten van partijen

195. Rekwirantes stellen — ondersteund door de Italiaanse regering — dat het Gerecht het vertrouwensbeginsel heeft miskend, doordat het tal van omstandigheden niet in aanmerking heeft genomen, die een gewettigd vertrouwen konden opwekken.

196. De zes in de beschikking genoemde maatregelen berustten op provinciale wet nr. 25/81 en vloeiden allemaal uit het reeds in 1983 door de Commissie goedgekeurde herstructureringsplan voort. Er behoefde derhalve niet van een nieuwe aanmeldingsplicht te worden uitgegaan. [89] ACB heeft er zich nochtans bij de autonome provincie Bolzano van vergewist, dat deze alle noodzakelijke formaliteiten had vervuld.

197. Naar de mening van ACB is de Commissie vanaf juli 1988, dus sinds de procedure die culmineerde in beschikking 91/176, van de maatregelen op de hoogte geweest. Na de vaststelling van beschikking 91/176 en nadat reeds alle steun was uitbetaald, heeft ACB aangenomen dat de Commissie, afgezien van de afgekeurde steunmaatregel, geen bezwaren tegen de overige maatregelen had.

198. Rekwirantes beroepen zich bovendien op het advies van de juridische dienst van de Commissie van 18 juli 1990, waarop na de uiteenzetting in punt 147 hier evenwel niet verder behoeft te worden ingegaan.

199. Ten slotte mocht ACB, gezien de sedert de uitbetaling van de steun verstreken tijd, erop vertrouwen dat de steun niet meer zou worden afgekeurd. Op 26 juli 1987 heeft de Commissie de administratieve procedure ter voorbereiding van beschikking 91/176 ingeleid. Op 1 augustus 1995 is vervolgens de aan de bestreden beschikking voorafgaande procedure ingeleid, nadat reeds op 21 december 1994 aan de Italiaanse regering om eerste inlichtingen was verzocht. Volgens ACB heeft de Commissie eveneens de beginselen van evenredigheid en loyale samenwerking geschonden door de terugvorderingsbeschikking pas 156 maanden na de toekenning van de eerste steun en 96 maanden na de toekenning van de tweede steun vast te stellen.

200. Rekwirantes wijzen met name op het arrest RSV/Commissie [90] waarin het Hof

89 — Rekwirantes verwijzen wat dat betreft naar het arrest van 9 augustus 1994, Namur — Les assurances du crédit (C-44/93, Jurispr. blz. I-3829), dat echter niet relevant is omdat het daar, anders dan in het onderhavige geval, ging om bestaande en niet om nieuwe steunmaatregelen.

90 — Aangehaald in voetnoot 83.

een gewettigd vertrouwen reeds na een termijn van 26 maanden heeft aanvaard.

201. De Commissie herinnert eraan dat de ontvanger van niet-aangemelde steun zich slechts in geval van buitengewone omstandigheden op het vertrouwensbeginsel kan beroepen, waarbij het in de regel aan de nationale rechter is om deze omstandigheden te beoordelen.[91] Gezien het verdergaande steunverbod van het EGKS-Verdrag dienen hier nog strengere normen te worden gehanteerd dan bij steunmaatregelen op het toepassingsgebied van het EG-Verdrag.

202. Aan de goedkeuring van het herstructureringsprogramma in 1983, dat in 1986 zonder kennisgeving aan de Commissie zelfs nog een keer is veranderd, konden rekwirantes geen gewettigd vertrouwen ontlenen voor alle later toegekende steun. De vermeende door ACB aan de dag gelegde zorgvuldigheid verandert niets aan het feit dat ACB zich uitsluitend tot de provincie Bolzano heeft gewend, maar niet tot de Italiaanse overheidsinstanties die voor de aanmelding bevoegd zijn.

203. De stelling dat de Commissie al in 1988 op de hoogte was van alle omstandigheden, heeft het Gerecht op feitelijke gronden, die in hogere voorziening niet toetsbaar zijn, reeds afgewezen.

b) Beoordeling

204. Om te beginnen stel ik vast dat rekwirantes de gestelde schending van de beginselen van loyale samenwerking en evenredigheid niet nader toelichten. Bijgevolg zal ik hun argumenten uitsluitend vanuit het oogpunt van schending van het vertrouwensbeginsel behandelen.

205. Rekwirantes kunnen zich niet slechts voor de nationale rechter, maar eveneens voor de gemeenschapsrechter op het vertrouwensbeginsel beroepen. De terugvordering van onrechtmatige steun van de begunstigde vindt niettemin plaats overeenkomstig het nationale procesrecht. Tegen de terugvorderingsbeschikking van de nationale autoriteiten kan de steunontvanger voor de rechter van de lidstaat het vertrouwensbeginsel inroepen, voorzover dezelfde eisen worden gesteld als bij de terugvordering van financiële prestaties met

91 — De Commissie verwijst in dit verband naar de arresten van 20 september 1990, Commissie/Duitsland (C-5/89, Jurispr. blz. I-3437, punten 14 e.v.); 10 juni 1993, Commissie/Griekenland (C-183/91, Jurispr. blz. I-3131, punt 18), alsmede het arrest Alcan Deutschland (aangehaald in voetnoot 61).

een zuiver nationaal karakter en ten volle met het belang van de Gemeenschap rekening wordt gehouden. [92]

206. De Commissie lijkt daaruit, evenals het Gerecht in het arrest Siemens/Commissie, te concluderen dat de toetsing van het vertrouwensbeginsel alleen aan de nationale rechter is voorbehouden. [93]

207. Met deze opvatting kan echter niet worden ingestemd. In het arrest RSV/Commissie [94] heeft het Hof een beschikking van de Commissie waarbij deze terugvordering van steun had gelast, op grond van het vertrouwensbeginsel nietig verklaard. Het vertrouwensbeginsel wordt namelijk niet uitsluitend in het nationale recht erkend, maar eveneens in het gemeenschapsrecht. [95] De Commissie dient in haar beschikkingen met dit beginsel evengoed rekening te houden als het Hof bij de toetsing van de rechtmatigheid van deze beschikkingen.

208. Rekwirantes bestrijden niet de — juiste — vaststelling van het Gerecht, dat de begunstigde ten principale slechts dan op de rechtmatigheid van de steun mag vertrouwen wanneer deze met inachtneming van de voorziene procedure is toegekend, en dat in geval van onwettig toegekende steun een beroep op het vertrouwensbeginsel slechts in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is. [96] Zij zijn echter van mening dat er — anders dan het Gerecht heeft vastgesteld — van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden sprake was.

209. Hun stelling dat ACB tengevolge van de oorspronkelijke goedkeuring van het herstructureringsprogramma op de rechtmatigheid had kunnen vertrouwen, kan niet slagen. De Commissie heeft met onduidelijkheden over de aanmeldingsplicht van steun die voor 1 januari 1986 is uitbetaald, rekening gehouden en van het gelasten van terugvordering ervan afgezien. Krachtens de tweede code, op welke basis het herstructureringsprogramma was goedgekeurd, had alle steun uiterlijk 31 december 1985 uitbetaald moeten zijn. Alleen al daarom is het vertrouwen in de rechtmatigheid van later uitbetaalde steun uitgesloten. Tot dat moment niet-gerealiseerde voornemens hadden integendeel onder de volgende code opnieuw aangemeld en goedgekeurd moeten worden.

210. Rekwirantes mochten ook niet op de rechtmatigheid van de na 31 december 1985 uitbetaalde steun vertrouwen, omdat beschikking 91/176 slechts één steunmaatregel afkeurde en het opheffen van de gevolgen van de steun voor de toekomst voorschreef. Dat zou hooguit kunnen worden aangenomen wanneer de Commissie over alle maatregelen geïnformeerd was

92 — Arresten van 21 september 1983, Deutsche Milchkontor e.a. (205/82 tot en met 215/82, Jurispr. blz. 2633, punt 33), en 20 september 1990 (aangehaald in voetnoot 91, punten 13 tot en met 16).

93 — Arrest van 8 juni 1995 (T-459/93, Jurispr. blz. II-1675, punt 105).

94 — Aangehaald in voetnoot 83, punt 17.

95 — Zie arrest Deutsche Milchkontor e.a. (aangehaald in voetnoot 91, punt 30).

96 — Punt 84 van het bestreden arrest, met de aldaar aangehaalde verwijzingen.

geweest op het tijdstip van haar beslissing. In de considerans van beschikking 91/176 vermeldt de Commissie alleen een in december 1987 tegen een voordelige rente toegekende lening van 6 miljard ITL. Het Gerecht heeft in punt 94 van het bestreden arrest vastgesteld dat er geen bewijs voor een verdergaande kennis van de Commissie bij de vaststelling van beschikking 91/176 is aangevoerd. Het Hof is aan deze vaststelling gebonden. Bijgevolg kan uit beschikking 91/176 geen (stilzwijgende) goedkeuring van de overige na 31 december 1985 toegekende steun worden afgeleid.

211. Met betrekking tot de verklaring van de directeur van ACB, Morosetti, van 2 februari 1999 heeft het Gerecht vastgesteld dat de daarin vermelde contacten met de autonome provincie Bolzano niet betekenen dat ACB zich heeft vergewist dat de aanmeldingsprocedure in acht is genomen. [97]

212. Daarmee kan worden ingestemd. ACB had niet op de in de verklaring beschreven vage en zichzelf tegensprekende uitspraken van de vertegenwoordiger van de autonome provincie Bolzano mogen afgaan. Zelfs indien het juist zou zijn dat de autoriteiten van Bolzano de Commissie over alle maatregelen hadden geïnformeerd, dan had het ACB duidelijk moeten zijn dat krachtens de op dat ogenblik geldende code een tijdige en formele aanmelding slechts door de Italiaanse regering bewerkstelligd had kunnen worden.

97 — Punt 93 van het bestreden arrest.

213. Gezien de betekenis die de aanmelding van omvangrijke steunvoornemens heeft, is het eveneens verrassend dat er geen briefwisseling tussen ACB respectievelijk Falck en de autoriteiten van Bolzano of de Italiaanse overheidsinstanties over deze vraag is overgelegd. Er zou zeker aanleiding zijn geweest om op een regelmatige aanmelding te vertrouwen, indien aan ACB kopieën van brieven van de Italiaanse regering aan de Commissie waarin de steunmaatregelen waren aangemeld, waren overgelegd. ACB mocht in ieder geval niet alleen op grond van de gesprekken met de vertegenwoordigers van de autonome provincie Bolzano op de rechtmatigheid van de steunmaatregelen vertrouwen.

214. Ten slotte dient nog de vraag te worden beantwoord of het tijdsverloop tussen de toekenning van de steun en de vaststelling van de bestreden beschikking een gewettigd vertrouwen bij rekwirantes heeft kunnen wekken. De wat dit betreft van belang zijnde periode vangt aan op 14 december 1987, toen de eerste van de teruggevorderde steun bij besluit nr. 7673 van de autonome provincie Bolzano werd toegekend, en eindigt op 17 juli 1996, de dag waarop de litigieuze beschikking werd vastgesteld. Het gaat dus om een tijdsbestek van ongeveer acht en een half jaar.

215. Gelet op het ontbreken van een positiefrechtelijke verjaringsregeling wekt het tijdsverloop als zodanig geen gewettigd

vertrouwen in het mogen behouden van de steun.[98] Een dergelijk vertrouwen kan hoogstens ontstaan wanneer de Commissie, ondanks op de hoogte te zijn van de omstandigheden, gedurende langere periodes passief is geweest.[99]

216. Niets wijst erop dat de Commissie voorafgaand aan het inlichtingenverzoek van 21 december 1994 aan de Italiaanse regering en haar antwoord op 7 april 1995 was geïnformeerd over de in de bestreden beschikking teruggevorderde steun. Volgens de reeds aangehaalde vaststellingen van het Gerecht[100] was de Commissie bij de vaststelling van beschikking 91/176 alleen op de hoogte van een in december 1987 toegekende steun. Derhalve kan men de Commissie niet verwijten, tot en met 21 december 1994 niets te hebben ondernomen met betrekking tot de overige maatregelen.

217. Vanaf de eerste onderzoeksmaatregel van de Commissie tot en met de vaststelling van de bestreden beschikking zijn ongeveer achttien maanden verlopen. Een deel van deze periode valt toe te rekenen aan de termijnen die de Italiaanse regering en de overige belanghebbenden voor het indienen van opmerkingen zijn verleend.[101] Er is evenmin sprake van langere periodes waarin de Commissie passief is geweest of de procedure onnodig heeft vertraagd. Bijgevolg heeft ook de duur van de administratieve procedure bij rekwirantes niet het gewettigd vertrouwen kunnen wekken dat de Commissie de steun niet zou terugvorderen.

218. Het middel inzake schending van het vertrouwensbeginsel dient derhalve te worden afgewezen.

8) Onjuiste vaststelling van de toe te passen rente op de terugbetaling

a) Argumenten van partijen

219. Volgens rekwirantes is het rentepercentage dat moet worden toegepast op de terugbetaling, willekeurig en niet voorzienbaar. Zij voeren verschillende bronnen aan (mededelingen van de Commissie, arresten van het Hof) waarin andere criteria voor de berekening van de rente zijn gehanteerd. De rentevoet dient niet door de Commissie, maar door de Italiaanse autoriteiten te worden bepaald. Teneinde de toestand te herstellen die zonder betaling van de steun had hebben bestaan, zou de Commissie in ieder geval de Bondsrepubliek Duitsland als referentiemarkt hebben moeten nemen en niet de Italiaanse Republiek, omdat ACB op de eerste plaats op de Duitse markt actief is geweest.

98 — Arrest Geigy/Commissie (aangehaald in voetnoot 76, punten 20 en 21).

99 — Zie arrest RSV/Commissie (aangehaald in voetnoot 83, punt 17) en — betreffende de administratieve procedure — arrest Baustahlgewebe/Commissie (aangehaald in voetnoot 82, met name de punten 20, 21 en 26 e.v.).

100 — Zie hierboven, punt 210.

101 — De Commissie heeft echter niet gesteld dat de Italiaanse Republiek bij het verschaffen van inlichtingen nalatig is geweest. Zie daarentegen het arrest van 21 maart 1991, Italië/Commissie (C-303/88, Jurispr. blz. I-1433, punten 40 tot en met 44).

220. De Italiaanse regering sluit zich bij deze opvatting aan en beklemtoont bovendien dat de bestreden beschikking en het arrest van het Gerecht wat betreft de vaststelling van de rentevoet niet voldoende zijn gemotiveerd.

221. De Commissie voert een serie mededelingen en brieven aan waaruit haar vaste praktijk met betrekking tot de vaststelling van de rentevoet blijkt. De motivering van de beschikking voldoet aan de eisen en dient te worden bezien binnen de context van de beschikking. Ten slotte meent zij dat haar geen beoordelingsfout kan worden verweten doordat zij bij een in Italiaanse lires toegekende steun als referentiemarkt de Italiaanse markt heeft genomen.

b) Beoordeling

222. Zoals het Gerecht in de punten 148 tot en met 152 met een beroep op zijn arrest Siemens/Commissie [102] juist heeft uiteengezet, is het berekenen van rente over de vordering tot terugbetaling nodig voor een volledig herstel van de toestand die zonder de steun zou hebben bestaan.

223. Het is juist dat de terugvordering in beginsel krachtens het nationale procesrecht dient te geschieden. [103] Net zoals de Commissie echter bevoegd is de terugvordering van onwettige steun te gelasten teneinde de doeltreffendheid van het steunverbod te waarborgen, kan zij de lidstaat eveneens de berekening van rente over de terug te vorderen bedragen, inclusief de daarbij te hanteren rentevoet, voorschrijven.

224. Het is niet duidelijk waarom de verwijzing van de Commissie naar de voor de berekening van het netto subsidie-equivalent in het kader van regionale steunmaatregelen toegepaste rentevoet willekeurig of niet transparant zou zijn. Weliswaar vermeldt de beschikking geen bepaalde rentevoet, maar de toepasselijke rentevoet is echter door de verwijzing naar de regionale steunregelingen vast te stellen. Volgens punt 14 van de bijlage bij de mededeling inzake regionale steunregelingen van 21 december 1978 [104] wordt het „gemiddelde referentiepercentage dat van toepassing is op uitkering door de centrale regering van rentesubsidies aan kredietinstelling" als referentiepercentage gehanteerd. Aldus heeft de Commissie naar een rentevoet verwezen die als gebruikelijke marktrente in Italië kan worden beschouwd.

225. Bij gebreke van andersluidende inlichtingen van ACB kan de Commissie evenmin worden tegengeworpen dat zij voor steun

102 — Arrest aangehaald in voetnoot 93.

103 — Zie het arrest Tubemeuse (aangehaald in voetnoot 41, punt 61) en het arrest van 2 februari 1989, Commissie/Duitsland (94/87, Jurispr. blz. 175, punt 12).

104 — PB 1979, C 31, blz. 9.

die aan een in Italië gevestigde onderneming in Italiaanse lires is toegekend, de in Italië toegepaste rentevoet als referentiemaatstaf neemt.

226. De beschikking zelf bevat inderdaad geen nadere motivering van de bepaling inzake de rente. Zoals het Hof echter heeft vastgesteld, dient bij de motivering eveneens de context waarbinnen de handeling is verricht, in aanmerking te worden genomen. [105] In zoverre kunnen de mededelingen van de Commissie in aanmerking worden genomen die voorafgaand aan de vaststelling van de beschikking openbaar zijn gemaakt, met name de mededeling van 22 februari 1995. [106] De Commissie informeert de lidstaten daarin als volgt:

„[De Commissie is van mening] dat gebruikmaking van de [marktrente] [...] het mogelijk maakt de onrechtmatig door de begunstigde van de steun verkregen voordelen correcter te berekenen, met het oog op het herstel van de status quo ante.

[I]n haar beschikkingen waarbij de terugvordering van een onwettige en met het Verdrag onverenigbare steun verplicht wordt gesteld, [zal de Commissie] het voor de berekening van het subsidie-equivalent in het kader van de regionale steun gebruikte referentiepercentage [...] hanteren als grondslag voor de marktrentevoet."

227. Het doel van de berekening van rente over de te restitueren bedragen is met inachtneming van deze context voldoende begrijpelijk.

228. Hoewel juridisch niet dwingend, zou het aanbeveling verdienen dat de Commissie ook in terugvorderingbeschikkingen tenminste een korte uiteenzetting over het rentetarief opneemt. De lidstaten tot wie de beschikking is gericht, beschikken weliswaar over de nodige ervaring om de betekenis en de achtergrond van deze bepalingen te begrijpen. Aangezien echter ook derden betrokken zijn, zouden enige verduidelijkingen in ieder geval zinvol zijn. Dit geldt te meer wanneer de in aanmerking te nemen mededeling — zoals in het onderhavige geval — niet in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen openbaar is gemaakt.

229. Het bestreden arrest lijdt in ieder geval niet aan een tekortschietende motivering. Het Gerecht motiveert in de punten 148 tot en met 162 van het bestreden arrest uitvoerig waarom de grief afgewezen dient te worden.

230. Dit middel kan derhalve niet slagen.

105 — Zie de in voetnoot 63 aangehaalde rechtspraak.

106 — Gepubliceerd in de Commissie-uitgave *Mededingingsrecht in de Europese Gemeenschappen*, deel twee (mededingingsbepalingen betreffende staatssteun), 1999, blz. 76.

9) Verbod op strafmaatregelen en het evenredigheidsbeginsel

a) Argumenten van partijen

231. Rekwirantes zijn ten slotte van mening dat de beschikking het karakter van een strafmaatregel heeft en niet geschikt is om het uitsluitend toegestane doel — het ongedaan maken van het effect van de steun — te bereiken. Zij voeren in dit verband een reeks argumenten aan die reeds zijn afgewezen, namelijk dat het Gerecht de materiële verenigbaarheid van de steun niet in aanmerking heeft genomen, dat de beschikking gedeeltelijk betrekking heeft op steunmaatregelen die reeds het onderwerp van beschikking 91/176 zijn geweest en dat een overdreven hoge rentevoet is vastgesteld.

232. Daarenboven heeft de beschikking volgens rekwirantes het karakter van een sanctie omdat de facto Falck voor de terugbetaling van de steun aansprakelijk is, hoewel deze onderneming niet meer actief is in de ijzer- en staalsector. De beschikking is derhalve niet geschikt om een mogelijke vervalsing van de mededinging ongedaan te maken. Het Gerecht is op dit punt hoegenaamd niet ingegaan.

233. De Commissie acht deze grief niet-ontvankelijk omdat zij voor het eerst voor het Hof naar voren is gebracht, en bovendien ongegrond. Wanneer rekwirantes gelijk zouden hebben, zouden ondernemingen de verplichting tot terugbetaling van steun alleen al kunnen omzeilen door hun participatieverhoudingen te wijzigen.

b) Beoordeling

234. Enkel de omstandigheid dat de beschikking gevolgen heeft voor Falck, dient nog nader te worden onderzocht. Aangezien de overige argumenten, zoals ik reeds heb uiteengezet, mijns inziens niet kunnen slagen, kunnen zij evenmin de stelling dat de beschikking in feite het karakter van een sanctie heeft, ondersteunen.

235. Voorzover hier nog te toetsen, valt de ontvankelijkheid van het middel te betwijfelen.

236. Krachtens artikel 113, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof mag in hogere voorziening het voorwerp van het geding voor het Gerecht niet worden gewijzigd. Weliswaar heeft Falck in het kader van haar verzoek tot toelating als interveniënte verduidelijkt in hoeverre zij door de beschikking wordt geraakt. ACB heeft er in haar verzoekschrift vaag op gewezen dat de beschikking als gevolg van de wijziging in de omstandigheden het karakter van een sanctie heeft gekregen en niet meer het herstel van de mededingings-

voorwaarden beoogt.[107] Het Gerecht heeft daarin op de eerste plaats een grief betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel gezien en deze in punt 92 van het bestreden arrest op juiste gronden afgewezen.

237. Rekwirantes hebben echter geen van beiden in eerste aanleg voldoende duidelijk aangevoerd dat de beschikking wegens de gevolgen voor Falck, dat wil zeggen een onderneming die niet meer in de ijzer- en staalsector actief is, gebrekkig is. Derhalve kan het Gerecht in ieder geval niet worden verweten dat het zich over dit aspect niet heeft uitgelaten. Het voorwerp van het geding is evenwel niet gewijzigd, aangezien rekwirantes met dit argument slechts een nadere precisering hebben gegeven van de algemene grief dat wegens het tijdsverloop en de wijziging in de omstandigheden het herstel van de mededinging door de terugvordering van de steun niet meer mogelijk is. De grief is ontvankelijk.

238. Zij is echter niet gegrond. In wezen klagen rekwirantes over een schending van het evenredigheidsbeginsel waar zij stellen dat de terugvordering niet geschikt is tot het herstel van de mededinging. De beschikking zelf bepaalt niet van wie de Italiaanse autoriteiten de steun dienen terug te vorderen. Er dient echter vanuit te worden gegaan dat zij die van de rechtstreeks begunstigde ACB zullen opeisen. ACB is nog steeds in de ijzer- en staalbranche actief en profiteert van de versterking van haar concurrentiepositie als gevolg van de steunmaatregelen.

239. Zoals het Hof in het arrest Tubemeuse[108] heeft geoordeeld, kan de terugvordering van onwettige staatssteun in beginsel niet als een maatregel worden beschouwd die onevenredig is ten opzichte van de doelstellingen van de verdragsbepalingen inzake staatssteun. Het heeft daarmee het argument afgewezen, dat de terugvordering andere schuldeisers in het kader van een surseance van betaling die met betrekking tot het vermogen van de steunontvanger was verleend, schade berokkende.

240. Daaruit volgt dat de indirecte financiële gevolgen die de terugvordering van de steun bij derden veroorzaakt, geen schending van het evenredigheidsbeginsel vormen. Het is integendeel slechts een bijkomend gevolg dat geen invloed heeft op de geschiktheid van de maatregel om het doel — het effect van de steun ongedaan maken — te bereiken. De terugbetaling van onwettige steun heeft altijd gevolgen voor het bedrijfsresultaat van de ontvanger van de steun en daarmee mogelijkerwijze op de uitkeringen aan zijn aandeelhouders. Dat de schade in het onderhavige geval niet ten laste van het huidige moederbedrijf, maar op grond van contractuele afspraken ten laste van het voormalige moederbedrijf komt, is louter toevallig en staat de terugvordering van de steun van de dochteronderneming niet in de weg.

107 — Bladzijde 20, onder IV, punt 1, sub e, van het verzoekschrift in eerste aanleg, genoemd in punt 78 van het bestreden arrest.

108 — Arrest aangehaald in voetnoot 41, punten 65 en 66.

241. Dit middel dient derhalve eveneens te worden afgewezen.

VIII — Kosten

242. Krachtens artikel 122, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof beslist het Hof ten aanzien van de proceskosten wanneer de hogere voorziening ongegrond is.

243. Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat overeenkomstig artikel 118 op de procedure in hogere voorziening van toepassing is, dient de in het ongelijk gestelde partij in de kosten te worden verwezen, voorzover dit is gevorderd. Artikel 69, lid 4, tweede alinea, bepaalt dat de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten dragen. De Commissie heeft gevorderd om rekwirantes in de kosten te verwijzen. Aangezien rekwirantes in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij in de kosten van de procedure in hogere voorziening te worden verwezen, met uitzondering van de kosten van de Italiaanse Republiek, die haar eigen kosten draagt.

IX — Conclusie

244. Op grond van het bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

„1. de hogere voorziening af te wijzen;

2. rekwirantes in de kosten van de procedure te verwijzen, met uitzondering van de kosten van de Italiaanse Republiek;

3. de Italiaanse Republiek in haar eigen kosten te verwijzen."