tigheid van de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven, beoogt te preciseren, die in serie C van het Publikatieblad is gepubliceerd en die ter kennis van alle Lid-Staten is gebracht.

Deze mededeling, die de Lid-Staten verplicht, de Commissie in het algemeen, jaarlijks en systematisch de gegevens te verstrekken betreffende de financiële betrekkingen van een bepaalde categorie ondernemingen met een bepaalde omzet, is immers een handeling die eigen rechtsgevolgen teweeg beoogt te brengen, welke zich onderscheiden van die van artikel 5, lid 2, van de richtlijn, en die nieuwe verplichtingen toevoegen aan die waarin die bepaling voorziet.

2. Het van de communautaire rechtsorde deel uitmakende rechtszekerheidsbeginsel verlangt dat de communautaire wetgeving duidelijk is en dat de toepassing ervan voorzienbaar is voor hen die erdoor worden geraakt. Ingevolge dit vereiste dient elke handeling die rechtsgevolgen teweeg beoogt te brengen, haar verbindendheid te ontlenen aan een bepaling van gemeenschapsrecht, die expliciet als rechtsgrondslag moet worden vermeld en die de vorm bepaalt waarin de handeling moet worden verricht.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-325/91 *

I — De feiten en het normatieve kader

1. Op 25 juli 1980 heeft de Commissie richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven (PB 1980, L 195, blz. 35; hierna: „richtlijn") vastgesteld. Deze richtlijn bepaalt in artikel 1:

„De Lid-Staten verschaffen volgens de in deze richtlijn vervatte regeling doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen overheden en openbare bedrijven door opening van zaken te geven over:

a) de rechtstreekse beschikbaarstellingen van openbare middelen door overheden aan de betrokken bedrijven;

b) beschikbaarstellingen van openbare middelen door de overheden via openbare bedrijven of financiële instellingen;

* Procestaal: Frans.

c) de daadwerkelijke besteding van deze openbare middelen."

en in artikel 3:

„De financiële betrekkingen tussen overheden en openbare bedrijven, waarin overeenkomstig artikel 1 doorzichtigheid dient te worden verschaft, zijn inzonderheid:

a) vergoeding van bedrijfsverliezen,

b) kapitaalinbreng of dotatie,

c) inbreng à fonds perdu en leningen tegen gunstige voorwaarden,

d) verlening van financiële voordelen door het achterwege laten van de inning van winsten of vorderingen,

e) het afzien van een normale beloning van de aangewende openbare middelen,

f) vergoeding van door overheden opgelegde lasten."

Artikel 5 van de richtlijn luidt als volgt:

„1. De Lid-Staten nemen de nodige maatregelen opdat de gegevens inzake de in artikel 1 bedoelde financiële betrekkingen gedurende vijf jaar, gerekend vanaf het eind van het boekjaar waarin de openbare middelen ter beschikking van de betrokken openbare bedrijven zijn gesteld, ter beschikking van de Commissie blijven.

Wanneer de openbare middelen in een later boekjaar zijn besteed, begint de termijn van vijf jaar evenwel van het eind van dat boekjaar te lopen.

2. Op verzoek van de Commissie en voor het geval zij zulks nodig acht, doen de Lid-Staten haar de in lid 1 bedoelde gegevens toekomen, alsmede de eventueel ten behoeve van de oordeelsvorming nodige gegevens, in het bijzonder de nagestreefde doelstellingen."

2. Bij brief van 8 oktober 1991 heeft de Commissie aan de Lid-Staten een mededeling ter kennis gebracht betreffende de toepassing op openbare bedrijven in de industriesector van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en artikel 5 van richtlijn 80/723/EEG (PB 1980, C 273, blz. 2; hierna: „mededeling"). Deze mededeling bestaat uit twee gedeelten.

Het eerste deel (punten 1 t/m 44) heeft betrekking op de uitlegging door de Commissie van de rechtspraak van het Hof met betrekking tot openbare bedrijven en op de wijze waarop zij voornemens is de regelgeving inzake staatssteun toe te passen op de volgende overheidsbemoeiingen: kapitaalinbreng, garanties, leningen en rendement op kapitaalinvesteringen.

In het tweede deel (punten 45 e. v.) worden de Lid-Staten uitgenodigd, de Commissie jaarlijks verslagen over te leggen op grond van artikel 5, lid 2, van de richtlijn. Deze verslagen hebben betrekking op de openbare bedrijven in de industriesector, waarvan de jaaromzet hoger is dan 250 miljoen ECU, en dienen, zoals in punt 46 wordt verduidelijkt, detailgegevens te bevatten ten aanzien van het financiële jaarverslag (balans en winst- en verliesrekening) van elk betrokken openbaar bedrijf.

Voor zover dit jaarverslag niet volledig is, dienen voorts de volgende inlichtingen over elk bedrijf te worden verstrekt:

— het verschaffen van (aandelen-)kapitaal;

— subsidies die niet of slechts onder bepaalde omstandigheden dienen te worden terugbetaald;

— het verstrekken van leningen aan het bedrijf;

— garanties die met betrekking tot financiering via leningen aan de onderneming zijn gegeven;

— ontvangen dividenden en niet uitgekeerde winst;

— wijzigingen in de voorwaarden die aan reeds bestaande staatsbemoeiingen zijn verbonden, met name kwijtschelding van door een openbaar bedrijf aan de overheid verschuldigde bedragen;

— overeenkomstig de definitie in de Vierde richtlijn 78/660/EEG van de Raad van 25 juli 1978 betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen, de volgende gegevens:

— winst of verlies uit de normale bedrijfsuitoefening vóór belasting;

— rentelasten;

— crediteuren: schulden met een resterende looptijd van meer dan een jaar;

— eigen vermogen.

3. Wat Frankrijk betreft, gold het verzoek om inlichtingen op basis van artikel 5 van de richtlijn slechts voor veertien bedrijven. De desbetreffende lijst, opgenomen in het telefaxbericht van het Ministerie van Economische zaken, Financiën en Begroting van 25 juni 1991, omvat de volgende ondernemingen: Bull, Thomson, Aérospatiale, Snecma, Rénault, Seita, Elf-Aquitaine, Rhone-Poulenc, Entreprise Minière et Chimique, Société nationale des poudres et explosifs, Usinor-Sacilor, Pechiney, Société le Nickel, Framatome.

II — Schriftelijke procedure en conclusies van partijen

4. Het beroep van de Franse Republiek is ter griffie van het Hof ingeschreven op 16 december 1991.

5. De schriftelijke procedure heeft een normaal verloop gehad. Op rapport van de rechter-rapporteur, gehoord de advocaat-generaal, heeft het Hof besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

6. De *Franse Republiek* concludeert dat het het Hof behage:

— nietig te verklaren mededeling 91/C 273/02 van de Commissie betreffende de toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EEG-Verdrag en van artikel 5 van richtlijn 80/723/EEG op openbare bedrijven in de industriesector;

— verweerster in de kosten te verwijzen.

7. De *Commissie* concludeert dat het het Hof behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren dan wel te verwerpen,

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

III — Middelen en argumenten van partijen

De ontvankelijkheid

8. De *Franse regering* is van mening, dat de litigieuze handeling, niettegenstaande haar benaming, een voor beroep vatbare handeling is. Volgens vaste rechtspraak staat beroep tot nietigverklaring open met betrekking tot alle handelingen van de instellingen, die — ongeacht hun aard of vorm — rechtsgevolgen beogen teweeg te brengen. Het feit dat de bestreden handeling de vorm van een mededeling heeft en dat daarin de term „uitnodigen" wordt gebezigd, is mitsdien niet van invloed op de vatbaarheid voor beroep van deze handeling. Deze mededeling is gebaseerd op artikel 5 van richtlijn 80/723/EEG. Het verband dat de Commissie tussen deze bepaling en haar mededeling heeft gelegd, kan niet toevallig zijn en maakt duidelijk, welke strekking de mededeling in de ogen van de Commissie heeft. Dat verband is bijzonder duidelijk in punt 46, waarin de aard en inhoud van de door de Lid-Staten aan de Commissie te verstrekken inlichtingen worden omschreven. Ten gevolge van deze nieuwe eisen zouden bepaalde openbare concerns in de industriesector zeer vele verslagen moeten produceren, aangezien tientallen van die concerns deel uitmakende openbare bedrijven aan de gestelde criteria voldoen. De bestreden tekst legt dus nieuwe verplichtingen op zowel aan de Lid-Staten als aan hun openbare bedrijven.

9. Voor zover de mededeling de Lid-Staten uitnodigt, systematisch elk jaar verslagen aan de Commissie over te leggen, gaat zij volgens de Franse regering verder dan de in artikel 5 van richtlijn 80/723 bedoelde verplichtingen en schept zij in feite nieuwe verplichtingen voor de Lid-Staten. Genoemde bepaling verplicht de Lid-Staten, gedurende vijf jaar de gegevens inzake de financiële betrekkingen beschikbaar te houden en deze desgevraagd aan de Commissie te verstrekken, maar de richtlijn verlangt geen jaarlijkse verslagen. Zoals de Commissie heeft aangegeven in de zaken 188/80-190/80 (arrest van 6 juli 1982, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie, Jurispr. 1982, blz. 2545), verplicht deze richtlijn slechts tot het verstrekken van inlichtingen achteraf en niet tot het automatisch en stelselmatig verstrekken van inlichtingen vooraf. Ofschoon de Commissie bij brief van 17 september 1984 een mededeling tot de Lid-Staten heeft gericht inzake de toepassing van de artikelen 92 en 93 op overheidsdeelnemingen, is deze niet verbindend

en dient zij slechts als richtsnoer. Zo artikel 5 van de richtlijn al een ruime discretionaire bevoegdheid aan de Commissie toekent om de Lid-Staten om inlichtingen te vragen, dan nog kan deze bepaling, gelet met name op de aanwijzingen die de Commissie gaf ten tijde van de bekendmaking van de mededeling en in de loop van de daarop volgende rechtszaken, niet in die zin worden uitgelegd, dat zij de Commissie de bevoegdheid toekent om een procedure die in informatieverstrekking ad hoc voorziet, te wijzigen in een procedure van stelselmatige informatieverstrekking.

10. De Franse regering geeft toe, dat de richtlijn niet het beoogde effect zou hebben indien de Commissie haar verzoeken om inlichtingen altijd zou moeten beperken tot één bedrijf, één transactie of één bepaald jaar. Maar de verplichting voor de veertien grootste Franse openbare concerns om voortaan, voor onbepaalde tijd, stelselmatig jaarverslagen aan de Commissie over te leggen, gaat verder dan de strekking die uit de bewoordingen van artikel 5 van de richtlijn voortvloeit. De Franse regering voegt daaraan toe, dat de Commissie deze uitlegging van artikel 5 heeft verdedigd in de zaken 188/80-190/80 (reeds aangehaald), alsmede in haar achtste en negende verslag over het mededingingsbeleid. Thans kan zij derhalve uitsluitend via een wijziging van de betrokken richtlijn op die uitlegging terugkomen. In tegenstelling tot hetgeen de Commissie beweert, heeft de mededeling een algemeen en systematisch karakter. Zij kan dan ook niet een bundel van individuele beschikkingen in de zin van 's Hofs rechtspraak zijn, die specifiek tot de betrokken Lid-Staat en tot elk van de veertien betrokken ondernemingen zijn gericht. Gelet op haar inhoud en benaming is de mededeling van toepassing op abstract en algemeen bepaalbare groepen personen. Voorts merkt de Franse regering op, dat de uitlegging en de geldigheid van een gemeenschapshandeling niet louter het resultaat kunnen zijn van de overtuiging van de instelling die de handeling heeft verricht, of van een consensus tussen deze instelling en de adressaten van de handeling over de hieraan te geven toepassing.

Als de draagwijdte en de geldigheid van de mededeling zouden moeten worden beoordeeld aan de hand van één van de op de lijst staande veertien Franse openbare bedrijven, zou men hieruit moeten afleiden dat die draagwijdte en geldigheid veranderen al naar gelang er veranderingen in de lijst worden aangebracht, hetgeen de Commissie eenzijdig kan doen. In dat geval zouden de Lid-Staten, zodra de beroepstermijn van twee maanden is verstreken, niet meer de mogelijkheid hebben om hiertegen een beroep tot nietigverklaring in te stellen. De mededeling is bestemd om rechtsgevolgen teweeg te brengen en is derhalve vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring.

11. Volgens de *Commissie* blijkt uit haar opmerkingen over de grond van de zaak, dat de mededeling geen enkele nieuwe verplichting schept ten opzichte van die bedoeld in artikel 5. Aangezien niet is voldaan aan de voorwaarde dat er andere, nieuwe rechtsgevolgen teweeg zijn gebracht, moet het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard.

Ten gronde

12. Volgens de *Franse regering* had de mededeling, voor zover zij nieuwe verplichtingen oplegt, gebaseerd moeten zijn op een duidelijke rechtsgrondslag. Het ontbreken hiervan versterkt de onzekerheid ten aanzien van de draagwijdte van de door de mededeling opgelegde nieuwe verplichtingen. De Commissie kan immers niet in strijd met het

elementaire actus-contrariusbeginsel door middel van een simpele mededeling een richtlijn wijzigen. Evenmin als interne dienstvoorschriften kan een eenvoudige mededeling nieuwe juridische verplichtingen in de zin van artikel 189 van het Verdrag in het leven roepen. Het ontbreken van een rechtsgrondslag levert schending op van artikel 190 van het Verdrag. Bovendien is het in strijd met het beginsel van rechtszekerheid, krachtens hetwelk de gemeenschapswetgeving ondubbelzinnig dient te zijn.

13. Een simpel beroep op de ingewikkeldheid van de financiële betrekkingen tussen overheden en particuliere ondernemingen en de uiteenlopende vormen die openbare bedrijven in de verschillende Lid-Staten kunnen hebben, is niet voldoende om welke extra verplichting ook te kunnen rechtvaardigen die aan ondernemingen, enkel en alleen omdat zij tot de openbare sector behoren, wordt opgelegd. De Franse regering is van mening, dat de verplichting om voortaan stelselmatig jaarverslagen over te leggen, erop uitloopt, dat een volledige inventarisatie van de financiële transacties van de openbare bedrijven moet worden gegeven, wat in geen verhouding staat tot de nagestreefde doelen. De Commissie heeft de vaststelling van de litigieuze tekst met name gemotiveerd door de onvoldoende mate van discipline op het gebied van steunmaatregelen. Deze verklaring lijkt onjuist, aangezien de richtlijn inzake de financiële doorzichtigheid betrekking heeft op alle openbare bedrijven en op de financiële steun die zij ontvangen. De mate van detaillering van de mededeling lijkt duidelijk buitensporig ten opzichte van de voorschriften van de artikelen 92 en 93, die reeds voorzien in een verplichting om de Commissie vooraf in kennis te stellen.

14. De door de mededeling opgelegde nieuwe verplichtingen leiden tot discriminatie van de openbare bedrijven en geven zijdens de Commissie blijk van een algemeen wantrouwen jegens deze ondernemingen. In het perspectief van de interne markt kan men de openbare bedrijven niet bij uitsluiting verplichten om een specifiek boekhoudkundig instrument uit te werken en bij te houden, dat enkel en alleen gecreëerd is om aan de informatiebehoefte van de Commissie tegemoet te komen. Door in detail te vragen naar de onderlinge financiële betrekkingen tussen openbare bedrijven van een zelfde concern, ontstaat ongelijkheid. Hiermee geeft de Commissie te verstaan, dat zij binnen een concern geen financiële overboekingen zal toestaan tussen op een bepaald moment winstgevende en verliesgevende sectoren, hetgeen in de particuliere sector toch een gangbare praktijk is.

15. De mededeling neemt een loopje met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Daar de Commissie niet aan een bepaalde termijn is gebonden bij haar besluitvorming ten aanzien van bedoelde stukken, worden de openbare bedrijven zonder enige zekerheid, gedurende verschillende jaren nadat zich eventueel omstreden feiten hebben voorgedaan, blootgesteld aan het risico van een juridische procedure. Onzekerheid bestaat ook ten aanzien van de werkingssfeer van de mededeling, gezien het feit dat de Commissie zich de mogelijkheid voorbehoudt om die werkingssfeer uit te breiden tot buiten de industriesector. De mededeling, die reeds iedere rechtsgrondslag ontbeert, overschrijdt in elk geval de grenzen van de beoordelingsvrijheid die de Commissie bij artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag is toegekend, aangezien zij in geen enkel opzicht noodzakelijk is, de opgelegde verplichtingen onevenredig zijn en de openbare bedrijven ten opzichte van particuliere ondernemingen worden gediscrimineerd.

16. De *Commissie* merkt op, dat de letter en de geest van artikel 5 zich in principe niet

verzetten tegen de invoering van een algemene verplichting om stelselmatig inlichtingen te verstrekken. De richtlijn zou niet het beoogde effect hebben, indien de verzoeken van de Commissie zich altijd moeten beperken tot een bepaalde onderneming of transactie. Thans zou zij artikel 5 anders kunnen en moeten uitleggen respectievelijk toepassen dan zij in het verleden heeft gedaan. De mededeling roept echter geenszins een dergelijke nieuwe verplichting in het leven om algemeen en stelselmatig inlichtingen te verschaffen. De ingevolge de mededeling vereiste inlichtingen beperken zich namelijk tot de bedrijven in de industriesector en dan ook nog uitsluitend tot die bedrijven waarvan de omzet hoger is dan 250 miljoen ECU.

17. Bovendien is na bilaterale onderhandelingen die vóór de totstandkoming van de mededeling zijn gevoerd, het verzoek om inlichtingen ex artikel 5 beperkt gebleven tot veertien bedrijven. Het betreft hier een lijst die na overleg tussen Frankrijk en de Commissie is vastgesteld. De mededeling moet worden gelezen, uitgelegd en toegepast in het licht van de briefwisseling die vóór de vaststelling ervan tussen de Commissie en de Franse overheid heeft plaatsgevonden en die er een geheel mee vormt. Voor zover het Frankrijk betreft, is en blijft het het doel van de mededeling, achteraf inlichtingen te verkrijgen over de veertien bedrijven die door de Franse autoriteiten zijn aangewezen en bij naam genoemd. Op grond hiervan is de mededeling slechts een toepassings- en uitvoeringsmaatregel betreffende de verplichtingen van artikel 5. In wezen gaat het om een complexe handeling, bestaande uit een bundel beschikkingen die specifiek gericht zijn tot elke Lid-Staat en elke onderneming of concern waarvan de Commissie inlichtingen in de zin van de artikelen 3 en 5 van de richtlijn verwacht.

18. Ten aanzien van het noodzakelijkheidscriterium brengt de Commissie in herinnering, dat vele malen steun aan openbare bedrijven is toegekend in strijd met artikel 93, lid 3. Uit de betrokken cijfers blijkt, dat er drie maal zo vaak niet meegedeelde steun aan openbare bedrijven is toegekend dan aan particuliere bedrijven.

19. Wat de duur van de informatieplicht betreft, voorzien artikel 90, lid 3, van het Verdrag en artikel 5 van de richtlijn in geen enkele termijn, noch voor de uitoefening van de controlebevoegdheden van de Commissie noch voor de verplichting van de Lid-Staten om de Commissie de benodigde inlichtingen te verschaffen.

20. Voorts vestigt de Commissie er de aandacht op, dat de mededeling van 1991 geen weergave is van haar standpunt uit 1980. Het is de rechtspraak van het Hof over subsidies, toegekend via niet-openbare doch wel door de staat beheerste ondernemingen, die een ware omslag op het gebied van steunmaatregelen heeft teweeggebracht. De mededeling heeft ten doel, overeenkomstig deze rechtspraak de informatieverstrekking en de verwerking door de Commissie van de reeds gebruikte boekhoudkundige en financiële gegevens van bedrijven te formaliseren. Het onder de werkingssfeer van artikel 5 brengen van de kapitaalbewegingen binnen openbare concerns komt tegemoet aan de eis om deze bepaling in samenhang met de ontwikkeling van het economisch leven en vooral met de ter zake relevante rechtspraak van het Hof toe te passen. Deze stellingname, ofschoon afwijkend van die van 1980, botst niet met de geest en letter van artikel 5, aangezien deze bepaling geen onderscheid maakt tussen openbare middelen die wel en die niet afkomstig zijn van openbare concerns.

In punt 29 bevestigt de mededeling duidelijk, dat interne subsidies binnen een concern niet op zich al een steunmaatregel van de overheid zijn. Volgens de rechtspraak van het Hof kunnen overdrachten binnen een zelfde concern een steunmaatregel zijn. Er is geen enkele reden om deze te onttrekken aan het toezicht van de Commissie.

21. De Commissie herinnert eraan, dat artikel 5 de rechtsgrondslag van de mededeling vormt en dat, gezien de beperkte draagwijdte van een administratieve handeling die een bundel beschikkingen inhoudt, het geenszins noodzakelijk was om daarvoor het instrument van de richtlijn in de zin van artikel 189 van het Verdrag te gebruiken. Wat het beginsel van de rechtszekerheid betreft, hebben de Lid-Staten een eenvoudig middel om die zekerheid in hun financiële betrekkingen met openbare bedrijven te verkrijgen. Het enige wat daarvoor nodig is, is een kennisgeving aan de Commissie.

22. Met betrekking tot de vereiste inlichtingen kan moeilijk worden volgehouden, dat het verstrekken van die inlichtingen nieuwe verplichtingen voor openbare bedrijven met zich meebrengt, daar zij reeds dienen te voldoen aan de boekhoudkundige verplichtingen van de Vierde richtlijn. Aangezien openbare en particuliere bedrijven zich qua financiële handelingen niet in een vergelijkbare positie bevinden, is het toezicht van de Commissie op de naleving van de bepalingen van artikel 92 volledig gerechtvaardigd, ja zelfs noodzakelijk.

P. J. G. Kapteyn
rechter-rapporteur