CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 3 oktober 1990 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Met het onderhavige beroep krachtens artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag verzoekt de Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie het Hof om nietigverklaring van beschikking SG(88) D/6179 van 26 mei 1988, waarbij de Commisie weigerde maatregelen te treffen ter voorkoming van de distorsies van de mededinging die volgens verzoekster zouden voortvloeien uit de toekenning aan de Britse onderneming British Steel Corporation van staatssteun die niet noodzakelijk was voor het herstel van de levensvatbaarheid van deze onderneming. Subsidiair verzoekt zij het Hof krachtens artikel 35, derde alinea, EGKS-Verdrag om de nietigverklaring van de stilzwijgende afwijzende beschikking van de Commissie, voor het geval het Hof van oordeel zou zijn, dat de brief van 26 mei 1988 geen beschikking in de zin van artikel 33 EGKS-Verdrag vormt.

2. Laat ik meteen zeggen, dat genoemde brief naar mijn mening wel degelijk een beschikking is, voor zover daarin een duidelijk standpunt wordt ingenomen over een door verzoekster ingediend verzoek, en deze brief „definitieve rechtsgevolgen" heeft ten aanzien van verzoekster.[1] De slotzin van die brief luidt immers: „De Commissie is niet van mening, dat die factoren haar aanleiding geven een deel van de toegekende steun terug te vorderen." Hij kan derhalve slechts worden opgevat als een definitieve weigering om de door verzoekster gevraagde maatregelen te treffen. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie de betrokken brief overigens als een beschikking aangemerkt. Mitsdien behoeft de subsidiaire vordering niet te worden onderzocht.

3. De Commissie heeft bij de aanvang van het geding verschillende excepties van niet-ontvankelijkheid opgeworpen.

4. Terwijl het beroep blijkens zijn bewoordingen slechts de toekenning van *niet-noodzakelijke steun* lijkt te betreffen, blijkt uit de opmerkingen in het beroepschrift, dat verzoekster tevens kritiek wil leveren op de toekenning van door de Commissie *niet-goedgekeurde steun.* De Commissie lijkt in haar memorie betreffende de exceptie van niet-ontvankelijkheid dan ook terecht onderscheid te maken tussen het middel ontleend aan de toekenning van niet-noodzakelijke steun en het middel betreffende de toekenning van niet-goedgekeurde steun.

5. Tegen het eerste middel werpt de Commissie drie excepties op. Zij is van mening, dat verzoekster door op te komen tegen de beschikking van 26 mei 1988 in feite beschikking 83/399/EGKS van 29 juni 1983[2], die het voorwerp is geweest van een door het Hof verworpen beroep[3], of de vrijgevingsbeschikkingen van 10 februari en 20 december 1984 en 24 december 1985,

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Zie te dezen het arrest van 15 december 1988, gevoegde zaken 166/86 en 220/86, Irish Cement Ltd, Jurispr. 1988, blz. 6473, r. o. 11.

2 — Beschikking van de Commissie inzake de steun die de regering van het Verenigd Koninkrijk voornemens is aan de ijzer- en staalindustrie te verlenen (PB 1983, L 227, blz. 36).

3 — Arrest van 3 oktober 1985, zaak 214/83, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 3053.

die hetzij niet voor beroep vatbaar zijn, hetzij intussen onaantastbaar zijn geworden, opnieuw in het geding wil brengen. Ten slotte werpt de Commissie op, dat intrekking van een goedkeuring voor de toekenning van steun vijf jaar na dato, rechtens onmogelijk is.

6. Ten aanzien van het tweede middel stelt de Commissie, dat verzoeksters brief van 30 maart 1988, waarbij deze een verzoek om tussenkomst indiende, slechts op de niet-noodzakelijke steun betrekking had. In het antwoord op dat verzoek, dat wil zeggen in de beschikking die het voorwerp is van het onderhavige geding, wordt dan ook alleen op dat bezwaar ingegaan. Eerst bij brief van 20 mei 1988 heeft verzoekster de vraag betreffende de niet-goedgekeurde steun opgeworpen. Het antwoord op dat nieuwe verzoek is door de Commissie verwoord in een brief van 25 juli 1988. Aangezien het beroep geen betrekking had op die tweede beschikking, is het niet-ontvankelijk voor zover daarin bezwaar wordt gemaakt tegen de toekenning van niet-goedgekeurde steun.

7. Zoals men ziet, is de eerste moeilijkheid, te bepalen wat in feite het voorwerp van het beroep is. Naar de vorm beoogt het weliswaar de nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 26 mei 1988, maar het spreekt er zich niet echt over uit wat verzoekster in haar brief van 30 maart 1988 van de Commissie verlangde. Verzoekster heeft verklaard, dat het niet haar bedoeling is, de „raambeschikking" 83/399 opnieuw in geding te brengen en zij heeft, na tevens te hebben ontkend dat zij tegen de vrijgevingsbeschikkingen wilde opkomen, slechts subsidiair om nietigverklaring van de twee laatste vrijgevingsbeschikkingen verzocht. Het beroep zou dus primair tot doel hebben, de voor British Steel Corporation al te gunstige gevolgen van de toegekende steun door de Commissie achteraf te doen „corrigeren". Hoe de formulering ook luidt, verzoekster lijkt in feite de *intrekking*, eventueel gedeeltelijk, van die vrijgevingsbeschikkingen te vorderen. Zodra de Commissie immers de betaling van steun aan een onderneming heeft goedgekeurd, kan een beschikking waarbij de steun, zelfs gedeeltelijk, wordt teruggevorderd, rechtens slechts worden opgevat als een *intrekking*, dat wil zeggen het opnieuw in geding brengen van de vrijgevingsbeschikkingen. De Commissie, die als derde verweer stelt dat de intrekking van die beschikkingen rechtens onmogelijk is, heeft dat argument dus terecht als exceptie van niet-ontvankelijkheid en niet als een verweer ten gronde naar voren gebracht. Naar het mij voorkomt, is dit een situatie die sterk lijkt op die waarin een verzoeker door middel van een beroep wegens nalaten de termijn van het beroep tot nietigverklaring tracht te heropenen. In het arrest van 6 april 1962, Meroni [4], heeft het Hof een verzoek van ondernemingen uit de ijzer- en staalsector aan de Hoge Autoriteit tot opheffing van een discriminatie tussen ondernemingen aangemerkt als een vordering die in feite erop gericht was eerdere ontheffingsbeschikkingen ongedaan te maken. Het Hof verklaarde het beroep niet-ontvankelijk op grond dat het de nietigverklaring beoogde van beschikkingen waarvoor de beroepstermijn was verstreken.

8. Mijns inziens beoogt het beroep dus niet de „raambeschikking" maar enkel de vrijgevingsbeschikkingen weer in het geding te brengen. Al zou het Hof daar anders over denken, vaststaat in elk geval, dat de nietigverklaring van beschikking 83/399 niet meer kan worden gevorderd, gezien het arrest van 30 oktober 1985 [5], dat aan verzoekster, die in dat geding had geïntervenieerd, kan worden tegengeworpen, en omdat de termijn van één maand bedoeld in artikel 33, derde alinea, EGKS-Verdrag verstreken is,

4 — Gevoegde zaken 21/61 tot en met 26/61, Jurispr. 1962, blz. 145.

5 — Zaak 214/83, zie noot 3.

nu de beschikking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* van 19 augustus 1983 is bekendgemaakt.

9. Derhalve moet vooral worden nagegaan, of het beroep ontvankelijk is voor zover het erop is gericht de vrijgevingsbeschikkingen van 10 februari en 20 december 1984 en van 24 december 1985 opnieuw in het geding te brengen. Zoals gezegd acht de Commissie die beschikkingen niet voor beroep vatbaar.

10. Het eerste argument overtuigt niet. Men bedenke immers hoe het stelsel van EGKS-steun is opgebouwd. Bij beschikking 83/399 wordt krachtens beschikking 2320/81/EGKS[6], de zogeheten Tweede steuncodex, bepaald, dat de steun die de Britse regering voornemens is toe te kennen aan British Steel Corporation onder bepaalde voorwaarden met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is. Het bedrag van de voorgenomen steun wordt in de beschikking vastgesteld. De belangrijkste voorwaarden zijn de vermindering van de produktiecapaciteit en de mogelijkheid om de levensvatbaarheid van de onderneming snel te verzekeren. Artikel 3 van de beschikking bepaalt immers, dat „de steun eerst wordt uitgekeerd, nadat de Commissie heeft kunnen vaststellen dat de betrokken onderneming vóór eind 1985 levensvatbaarheid zal hebben gekregen". Voorts wordt in artikel 4 de uitkering van steun afhankelijk gesteld van de vaststelling door de Commissie, dat de vermindering van de produktiecapaciteit is gerealiseerd en dat de onderneming haar verplichtingen op het gebied van de produktiequota nakomt. Volgens artikel 5 ten slotte mag de investeringssteun slechts worden verleend na gunstig advies van de Commissie overeenkomstig artikel 54 EGKS-Verdrag.

6 — Beschikking van de Commissie van 7 augustus 1981 tot invoering van communautaire regels voor steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB 1981, L 228, blz. 14).

11. De vrijgevingsbeschikkingen hadden dus voornamelijk tot doel, te onderzoeken of aan de voor verlening van de steun gestelde voorwaarden was voldaan en of de Britse regering derhalve kon overgaan tot uitkering van de daarmee overeenkomende bedragen.

12. Volgens een vaste rechtspraak van het Hof[7], die weliswaar is ontwikkeld ten aanzien van artikel 173 EEG-Verdrag, maar ook op het EGKS-Verdrag wordt toegepast[8], moet, om vast te stellen of de bestreden maatregelen voor een beroep tot nietigverklaring vatbare handelingen zijn, worden onderzocht of die maatregelen

„bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen".[9]

Aldus heeft het Hof in het arrest Krupp[10] de eventuele ontoereikendheid van de motivering van mededelingen van de Commissie houdende vaststelling van produktiequota onderzocht en is het dus stilzwijgend ervan uitgegaan dat dergelijke mededelingen voor beroep vatbaar waren.

13. Doordat zij vaststellen dat de begunstigde onderneming de maatregelen heeft getroffen die als voorwaarde voor de verlening van de steun waren opgelegd, en zij de uitkering van die steun goedkeuren, hebben de vrijgevingsbeschikkingen mijns inziens „bindende rechtsgevolgen". Voorts tasten de steunmaatregelen de belangen van verzoekster aan voor zover concurrerende bedrijven voortaan in staat worden gesteld,

7 — Arrest van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries CBR e. a., Jurispr. 1967, blz. 91; arrest van 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad, Jurispr. 1971, blz. 263, r. o. 42.

8 — Zie bij voorbeeld arrest van 5 december 1963, gevoegde zaken 23/63, 24/63 en 52/63, Usines Henricot, Jurispr. 1963, blz. 459; arest van 16 juni 1966, zaak 54/65, Forges de Châtillon, Jurispr. 1966, blz. 229.

9 — Arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639, r. o. 9.

10 — Arrest van 28 oktober 1981, gevoegde zaken 275/80 en 24/81, Jurispr. 1981, blz. 2489, r. o. 6 tot en met 13.

van de voorgenomen steun te profiteren. Ten slotte wordt verzoeksters rechtspositie aanmerkelijk gewijzigd, aangezien zij, behoudens de instelling van een beroep tot nietigverklaring, niets meer kan ondernemen tegen een situatie die onomkeerbaar is geworden en waaruit haar concurrenten financieel voordeel halen.

14. De opvatting, dat enkel de „raambeschikking" 83/399 voorwerp van een beroep tot nietigverklaring kan zijn, zou daarentegen tot gevolg hebben, dat het oordeel van de Commissie over de uitvoering door de ondernemingen van de als voorwaarde voor de uitkering van steun geëiste maatregelen — vermindering van de produktiecapaciteit, inachtneming van de quota, streven naar spoedige levensvatbaarheid — aan *elk rechterlijk toezicht* wordt onttrokken. Dat lijkt lijnrecht in te gaan tegen de rechtspraak van het Hof. [11]

15. Het tweede argument van de Commissie, betreffende het verstrijken van de beroepstermijn, lijkt van groter belang. Immers, volgens de rechtspraak van het Hof betreffende artikel 173, derde alinea, EEG-Verdrag [12], dat in het arrest Dillinger Hüttenwerke [13] is toegepast op het EGKS-Verdrag,

„ligt het, bij gebreke van kennisgeving of openbaarmaking, op de weg van degene die kennis krijgt van het bestaan van een hem betreffende handeling, om binnen een redelijke termijn om de volledige tekst ervan te verzoeken".

Dit neemt echter niet weg, dat

„de beroepstermijn pas kan ingaan op de dag waarop de betroffen derde kennis krijgt van de exacte inhoud en van de motivering van de betrokken handeling, zodat hij met vrucht van zijn beroepsrecht gebruik kan maken". [14]

Voorts heeft het Hof in hetzelfde arrest betreffende artikel 33, tweede alinea, EGKS-Verdrag overwogen, dat

„een onderneming door een beschikking van de Commissie is ‚betroffen' in de zin van genoemde bepaling, wanneer daarbij voordelen worden verleend aan een of meer ondernemingen waarmee eerstgenoemde onderneming in concurrentie staat". [15]

16. Verzoekster, een vereniging van Duitse ijzer- en staalondernemingen, wordt ontegenzeglijk „betroffen" door de vrijgevingsbeschikkingen, waarbij de uitkering van staatssteun aan in een ander gebied van de Gemeenschap gevestigde concurrerende ondernemingen wordt goedgekeurd.

17. Derhalve moet worden nagegaan, of de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring van die beschikkingen niet reeds is verstreken. Alleen al door lezing van de jaarrekeningen van British Steel Corporation, met name die welke op 8 juli 1986 openbaar werden gemaakt, had men kennis kunnen krijgen van het bestaan

11 — Bij voorbeeld arrest van 15 mei 1986, zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651; arrest van 15 oktober 1987, zaak 222/86, Heylens, Jurispr. 1987, blz. 4097.

12 — Arrest van 5 maart 1980, zaak 76/79, Könecke, Jurispr. 1980, blz. 665; arrest van 5 maart 1986, zaak 59/84, Tezi Textiel, Jurispr. 1986, blz. 887.

13 — Arrest van 6 juli 1988, zaak 236/86, Jurispr. 1988, blz. 3761.

14 — Zaak 236/86, zie noot 13, r. o. 14.

15 — Zaak 236/86, zie noot 13, r. o. 8.

van de vrijgevingsbeschikkingen. Uit verzoeksters beroepschrift blijkt bovendien, dat deze in het bezit was van de jaarrekeningen van de Britse onderneming. In elk geval had verzoekster als gevolg van de goedkeuring van het Veertiende en het Vijftiende verslag van de Commissie over het mededingingsbeleid, betreffende respectievelijk 1984 en 1985, moeten weten, dat de Commissie de omstreden beschikkingen had gegeven. Het Publikatiebureau zendt die rapporten immers aan alle belanghebbenden toe, en het is moeilijk aan te nemen dat een zo belangrijke bedrijfsorganisatie als verzoekster zou hebben nagelaten daarvan kennis te nemen of zich op een dergelijke nalatigheid zou beroepen. Ten slotte heeft de Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie een vertegenwoordiger in het Raadgevend Comité EGKS. Aan dat Comité is op 6 augustus 1986 het verslag van de Commissie over de toepassing van de steuncodex voor de ijzer- en staalindustrie in 1984-1985 [document COM (86) 235 def.] toegezonden. Al heeft volgens het beroepschrift verzoekster de Commissie op 28 april 1987 een brief gezonden, toch vestigde die brief slechts de aandacht op het eventuele bestaan van niet-goedgekeurde steun en bevatte hij geen kritiek op de vrijgevingsbeschikkingen. In de briefwisseling tussen verzoekster en de Commissie die aan de instelling van het beroep op 1 juli 1988 voorafging, is de gemeenschapsinstelling nooit om de tekst van de vrijgevingsbeschikkingen verzocht. De redelijke termijn waarbinnen verzoekster om mededeling van de tekst van die beschikkingen had moeten verzoeken „ten einde met vrucht gebruik te kunnen maken van haar recht op beroep", lijkt derhalve ruimschoots verstreken. Al heeft het Hof in het arrest Tezi Textiel [16] een termijn van veertien maanden redelijk geacht, toch heeft het in het arrest Nederland/Commissie [17] een termijn van achttien maanden onredelijk geacht voor het instellen van een beroep als bedoeld in artikel 35 EGKS-Verdrag. Aangezien verzoekster uiterlijk in 1986 kennis moet hebben gekregen van het bestaan van de vrijgevingsbeschikkingen, lijkt de redelijke termijn ruimschoots overschreden. Het opnieuw in geding brengen van die beschikkingen is dus niet-ontvankelijk.

18. De navolgende opmerkingen maak ik subsidiair, voor geval het Hof mijn opvatting over de te late betwisting van de vrijgevingsbeschikkingen niet zou delen.

19. Het lijkt vrij moeilijk, uit te maken wat de juiste aard is van de in het beroepschrift en de repliek naar voren gebrachte grieven. Mijns inziens moet in de eerste plaats worden benadrukt, dat het feit dat het arrest van 3 oktober 1985 rechtskracht heeft, eraan in de weg staat dat dezelfde grieven als in die procedure naar voren worden gebracht, daar deze uiteraard niet-ontvankelijk zouden zijn. In de tweede plaats zal ik de argumenten onderzoeken die ten gronde zijn aangevoerd voor het opnieuw in geding brengen van de vrijgevingsbeschikkingen.

20. Verzoeksters betoog betreffende het eerste punt — dat zoals gezegd de goedgekeurde, maar niet-noodzakelijke steun betreft — is gebaseerd op de stelling, dat aan British Steel Corporation onnodig steun zou zijn toegekend, daar die onderneming ook zonder die steun haar levensvatbaarheid had kunnen herkrijgen. Daardoor zou zij met name veel minder geld hebben behoeven te lenen dan de concurrerende ondernemingen, en zou zij minder financiële kosten

16 — Zaak 59/84, zie noot 12, r. o. 11.

17 — Arrest van 6 juli 1971, zaak 59/70, Jurispr. 1971, blz. 639, r. o. 22.

hebben. Voorts wordt het ontbreken van een passend verband tussen de geleverde prestatie en de tegenhanger daarvan gelaakt.

21. De aldus verwoorde grief lijkt reeds tot op zekere hoogte door het Hof te zijn onderzocht en verworpen in het arrest van 3 oktober 1985.[18] In rechtsoverweging 21 van dat arrest worden de grieven van de Duitse Bondsrepubliek, ondersteund door verzoekster, immers aldus weergegeven:

„Tot staving van haar primaire vordering beroept verzoekster zich in de eerste plaats op schending van de Tweede steuncodex; zij betoogt met name, dat voor de ijzer- en staalbedrijven in ... het Verenigd Koninkrijk steun is goedgekeurd die veel verder gaat dan noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de verlangde capaciteitsvermindering. Verzoekster beklaagt zich voorts over discriminatie van de niet-gesubsidieerde ondernemingen, in het bijzonder de Duitse, waarvoor een in verhouding tot de goedgekeurde steun veel grotere verlaging van de produktiecapaciteit is voorgeschreven."

Het Hof heeft daarop geantwoord:

„Hoewel de Tweede steuncodex verband legt tussen herstructurering en steunverlening, blijkt noch uit de bepalingen noch uit de considerans van de desbetreffende beschikking van een precieze kwantitatieve relatie tussen de steunbedragen en de omvang van de capaciteitsvermindering".[19]

en

„Het middel ontleend aan ongelijkheid van behandeling, ware alleen gerechtvaardigd indien de bestreden beschikkingen *uiteenlopende voordelen* zouden hebben meegebracht voor ijzer- en staalondernemingen die zich in dezelfde situatie bevinden, of gelijke voordelen voor ondernemingen die zich in zeer verschillende situaties bevinden. Noch uit het dossier noch uit de behandeling voor het Hof is echter gebleken, dat een van beide gevallen zich in casu voordoet. De Commissie heeft er integendeel juist op gewezen, hoe sterk de situaties verschillen waarin de individuele ondernemingen zich bevinden, en hoe zeer de voorwaarden waaronder deze ondernemingen aanspraak op de goedgekeurde steun kunnen maken, uiteenlopen."[20]

22. Derhalve lijken de door verzoekster in het onderhavige geding geformuleerde bezwaren, die zijn ontleend aan het ontbreken van een passend verband tussen de geleverde prestatie en de tegenhanger daarvan, reeds te zijn beantwoord in het zojuist genoemde arrest, waarin het Hof geen precies kwantitatief verband heeft willen leggen tussen de steunbedragen en de omvang van de capaciteitsvermindering.

23. Voorts is het argument, dat British Steel Corporation haar levensvatbaarheid ook zonder de in beschikking 83/399 genoemde steun had kunnen herkrijgen, geheel identiek aan het argument gebaseerd op ongelijke behandeling, al is het in andere bewoordingen geformuleerd. In de eerste zaak is betoogd, dat de steun hoger was dan het bedrag dat noodzakelijk was om de capaciteitsvermindering te begeleiden en dat dit voor de Britse onderneming *ongerechtvaardigde voordelen* opleverde; thans wordt gesteld, dat diezelfde steun *daadwerkelijk voordelen heeft opgeleverd die niet kunnen*

18 — Zaak 214/83, zie noot 3.

19 — Zaak 214/83, zie noot 3, r. o. 33.

20 — R. o. 36, eigen cursivering.

worden gerechtvaardigd ten aanzien van de concurrerende ondernemingen, aangezien British Steel Corporation zijn financieringskosten aanzienlijk kon verminderen. Ongelijke behandeling of verstoring van de mededinging zijn hier de twee zijden van één medaille.[21] Het Hof heeft reeds geoordeeld, dat gezien de situatie van de betrokken ijzer- en staalondernemingen, met name de Engelse en Duitse, noch de voorwaarden voor de toekenning van de steun aan British Steel Corporation, noch het bedrag van de steun in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling; ik acht het niet mogelijk, onder het mom van een gestelde verstoring van de mededinging op dit oordeel terug te komen, daar een dergelijk argument niet-ontvankelijk zou zijn.

24. Thans ga ik over tot het onderzoek van de argumenten ten gronde die met kans op succes tegen de vrijgevingsbeschikkingen zouden kunnen worden aangevoerd. Deze zouden, naar het mij voorkomt, berusten op niet-nakoming van de in de „raambeschikking" neergelegde verplichtingen of op de onnodigheid van die steun.

25. Wat het eerste argument betreft, wordt niet betwist dat is voldaan aan de voorwaarden betreffende de vermindering van de produktiecapaciteit en betreffende de mogelijkheid voor de Britse onderneming om haar volledige levensvatbaarheid snel te bereiken. Verzoekster lijkt in haar repliek enkel kritiek te leveren op het feit dat de Commissie de betaling van de steun heeft goedgekeurd ofschoon British Steel Corporation zich niet had gehouden aan haar verplichtingen inzake produktiequota. Uit de beschikkingen C (87) 2031 van 10 november 1987[22] blijkt inderdaad, dat de Commissie British Steel Corporation boetes heeft opgelegd wegens overschrijding van de produktiequota in de eerste drie kwartalen van 1985. In artikel 7, lid 1, van beschikking 83/399 wordt evenwel bepaald, dat „de Commissie te allen tijde opschorting van de steunuitkering *kan* gelasten, indien zij zou vaststellen, dat: — steun is uitgekeerd zonder dat aan de voorwaarden is voldaan (...) welke aan de goedkeuring ervan zijn verbonden". De opschorting van de steunuitkering is dus slechts een bijkomende sanctie naast de door de Commissie opgelegde boetes. Gelijk de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen terecht benadrukt, staat het haar vrij dat artikel al dan niet aan te wenden. Het beroep is op dit punt dan ook tot mislukking gedoemd.

26. Wat het tweede argument betreft, moet niet alleen worden onderzocht op welk tijdstip de Commissie de noodzaak van de steun moet beoordelen, een punt waarover partijen verdeeld zijn, maar ook of er een verplichting bestaat om eventuele distorsies van de mededinging als gevolg van de toekenning van steun „achteraf te corrigeren".

27. Aangaande het eerste punt is de Commissie van mening, dat de noodzakelijkheid van de steun moet worden beoordeeld op het ogenblik waarop de „raambeschikking" wordt gegeven, en dat deze niet meer kan worden geverifieerd bij het geven van de vrijgevingsbeschikkingen.

28. Dat standpunt kan ik niet delen. In het arrest van 3 oktober 1985 heeft het Hof verklaard, dat

„de Commissie ... in geen geval kon toestaan dat staatssteun werd verleend die niet

21 — Zie voor een soortgelijke situatie het arrest van het Hof van 24 februari 1987, zaak 304/85, Falck, Jurispr. 1987, blz. 871, r. o. 22.

22 — PB 1987, C 321.

onontbeerlijk was voor het bereiken van de in het EGKS-Verdrag gestelde doelen en tot concurrentievervalsing op de gemeenschappelijke markt voor ijzer en staal kon leiden". [23]

Ook in het arrest Falck verklaarde het Hof, dat

„de Commissie ... geen steun mag goedkeuren die een kennelijke discriminatie... zou kunnen veroorzaken". [24]

29. In het arrest van 3 oktober 1985 ging het om de „raambeschikking" van 1983 en niet om de vrijgevingsbeschikkingen. Ofschoon in de „raambeschikking" niet uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van het noodzakelijk karakter van de voorgenomen steun, komt het mij voor dat dat vereiste rechtstreeks voortvloeit uit artikel 2, lid 1, vierde streepje, en artikel 3, lid 1, tweede streepje, van de Tweede steuncodex, die respectievelijk voorschrijven, dat de betrokken steun geen distorsies van de mededinging mag veroorzaken en dat het bedrag en de intensiteit van de steun beperkt moeten blijven tot hetgeen voor de herstructurering noodzakelijk is. Het is dan ook mogelijk, dat de in de „raambeschikking" genoemde bedragen eventueel niet worden gehaald, indien de Commissie tijdens de opeenvolgende fasen van uitvoering vaststelt dat bepaalde steunuitkeringen niet meer onontbeerlijk zijn.

30. Thans kom ik tot het tweede punt, te weten de gestelde verplichting van de Commissie om de nodige maatregelen te nemen ten einde achteraf gebleken distorsies van de mededinging recht te trekken. Verzoekster geeft niet aan, wat zij precies van verweerster verlangt, maar lijkt haar te verwijten, dat zij de beschikkingen houdende goedkeuring van de steun niet heeft ingetrokken of geen beschikking houdende terugvordering van de steun heeft gegeven. De Commissie brengt daartegen in, dat intrekking van een beschikking houdende goedkeuring van steun rechtens onmogelijk is.

31. Verzoekster baseert de door haar gestelde verplichting tot correctie op de artikelen 4, sub c, en 5 EGKS-Verdrag. Zoals bekend, zijn volgens het eerste artikel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal „door de staten verleende ... hulp ... in welke vorm ook"; artikel 5 bepaalt: „... de Gemeenschap ... verzekert ... de vestiging, de handhaving en de inachtneming van normale concurrentieverhoudingen". Die artikelen behoren tot de eerste zes van het Verdrag, die de eerste titel, met als opschrift „Van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal", vormen. Zoals in artikel 95 uitdrukkelijk wordt gezegd, zijn in artikel 4 de doelstellingen van de Gemeenschap omschreven.

32. Laat ik meteen zeggen, dat het mij niet mogelijk lijkt om uit die artikelen met algemeen karakter een zo nauw omschreven verplichting af te leiden als de aan de Commissie toegeschreven verplichting om de al te gunstige economische gevolgen van de toegekende steun achteraf te corrigeren ten einde een soort „gelijkschakeling" van de concurrerende ijzer- en staalondernemingen te bewerkstelligen.

33. In de derde alinea van overweging I van de Tweede steuncodex wordt inderdaad verklaard, dat het omvattende communautaire hulpsysteem in de ijzer- en staalsector „vervalsingen van de concurrentie tot een minimum zou moeten beperken". Die bezorgdheid komt tot uitdrukking in arti-

23 — Rechtsoverweging 30.

24 — Zaak 304/85, zie noot 21, r. o. 27.

kel 2, lid 1, van die steuncodex, volgens hetwelk „steun die verleend wordt aan de ijzer- en staalindustrie verenigbaar kan worden geacht met de goede werking van de gemeenschappelijke markt op voorwaarde: ... — dat door de betrokken steun geen distorsies van de mededinging worden veroorzaakt en de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijke belang wordt geschaad". Of aan die voorwaarde wordt voldaan, moet evenwel door de Commissie worden beoordeeld *op het tijdstip dat zij beschikt* op een verzoek om steun en met name het bedrag en de intensiteit van de te verlenen steun onderzoekt, zoals blijkt uit de leden 2 en 3 van dat artikel, en zulks onverminderd de door de Commissie bij het geven van de vrijgevingsbeschikkingen te verrichten verificatie van het noodzakelijk karakter van de steun.

34. Al legt artikel 9 van de Tweede steuncodex de Lid-Staten de verplichting op om de Commissie halfjaarlijks „verslag uit (te brengen) over de in de voorgaande zes maanden verstrekte steun, over het gebruik dat daarvan is gemaakt en over de in deze periode bereikte resultaten op het gebied van de herstructurering" en al schrijft artikel 10 de Commissie voor om op gezette tijden voor de Raad en het Parlement verslagen op te stellen, toch blijkt uit de tweede alinea van considerans II, „dat er goede controleprocedures moeten worden ingevoerd ten einde te verzekeren dat de steun niet op zulk een wijze wordt toegepast dat hij het stelsel van normale marktomstandigheden en met name van prijsniveaus waarmede de industrie zo spoedig mogelijk zonder steun rendabel kan functioneren, belemmert". Met andere woorden, het bij de Tweede steuncodex ingestelde controlestelsel is hoofdzakelijk bedoeld om na te gaan of de vereiste capaciteitsverminderingen daadwerkelijk zijn verricht, ten einde aldus een verdere daling van de prijzen tegen te gaan en naar een bevredigend prijsniveau terug te keren. Het gaat er geenszins om, erop toe te zien of men bij de oorspronkelijke beoordeling van het bedrag aan steun dat een onderneming nodig heeft om snel levensvatbaarheid te verkrijgen, achteraf al te gul blijkt te zijn geweest. Beschikking 1018/85/EGKS [25], de zogenoemde „Derde steuncodex", beperkt zich overigens tot een wijziging van de in beschikking 2320/81 neergelegde termijnen, ten einde de betaling van aanvullende steun mogelijk te maken.

35. Al rekent het Hof tot de voorwaarden voor de wettigheid van de steun, dat de steun noodzakelijk is voor het bereiken van de communautaire doelen, toch behoeft de Commissie slechts *op het tijdstip van de goedkeuring* te onderzoeken of aan dit vereiste is voldaan. In zijn arrest van 3 oktober 1985 heeft het Hof er immers aan herinnerd, dat

„de Commissie ... in geen geval kon *toestaan* dat staatssteun werd verleend die niet onontbeerlijk was voor het bereiken van de in het EGKS-Verdrag gestelde doelen en tot concurrentievervalsing op de gemeenschappelijke markt voor ijzer en staal kon leiden". [26]

In het arrest Falck oordeelde het Hof eveneens, dat

„hoewel elke steuninterventie kan leiden tot bevoordeling van de ene onderneming ten opzichte van de andere, de Commissie *niettemin geen steun mag goedkeuren* die een kennelijke discriminatie... zou kunnen veroorzaken. Toekenning van die steun zou dan immers zodanige distorsies van de mededinging teweegbrengen dat het gemeenschappelijk belang erdoor wordt geschaad". [27]

25 — Beschikking van de Commissie van 19 april 1985 tot wijziging van beschikking 2320/81/EGKS tot invoering van communautaire regels voor steun aan de ijzer- en staalindustrie (PB 1985, L 110, blz. 5).

26 — Zaak 214/83, zie noot 3, r. o. 30, eigen cursivering.

27 — Zaak 304/85, zie noot 21, r. o. 27, eigen cursivering.

Eens te meer blijkt, dat het Hof er niet van uitgaat, dat wettig betaalde steun op losse schroeven kan worden gezet op basis van een algemene verplichting van de Commissie om na te gaan of die steun, die op het tijdstip van goedkeuring noodzakelijk werd geacht, geen distorsies van de mededinging teweeg heeft gebracht, daar deze noodzaak ten tijde van de vrijgevingsbeschikkingen werd bevestigd. Integendeel, in de zojuist aangehaalde rechtsoverweging 27 van het arrest Falck lijkt te worden aangenomen, dat de toekenning van steun kan leiden tot bevoordeling van de ene onderneming ten opzichte van de andere.

36. Een rectificatie achteraf zou overigens ernstige moeilijkheden opleveren met betrekking tot de beoordeling van het causaal verband tussen de verleende steun en de nieuwe economische bloei van de onderneming die de steun heeft ontvangen. Hoe moet het aandeel worden bepaald van de verschillende elementen die bij het verkrijgen van levensvatbaarheid door de onderneming een rol kunnen hebben gespeeld, zoals het herstel van de groei, de zorgvuldigheid van het beheer, de schommelingen in de wisselkoersen, de juiste of minder juiste schattingen van de vooruitzichten op middellange termijn op het tijdstip van de steunverlening?

37. Bovendien zouden niet alleen de rechtszekerheid en het gewettigd vertrouwen waarop de ontvangers van de steun recht hebben, maar ook het handelsvertrouwen in de gesteunde onderneming en het vertrouwen van de investeerders of de handelspartners van de onderneming ernstig worden aangetast wanneer de onderneming vijf jaar na de betaling van wettig toegekende steun zou kunnen worden veroordeeld tot terugbetaling daarvan. Het Hof heeft dergelijke imperatieven reeds eerder in aanmerking genomen, namelijk in het reeds aangehaalde arrest Nederland/Commissie, waarin het verklaarde, dat

„de ingevolge artikel 86 op de Lid-Staten rustende verplichting tot samenwerken een Lid-Staat die een systeem van steunverlening in strijd met het Verdrag acht, ertoe moet aanzetten de in het Verdrag te zijner beschikking gestelde procedures en beroepsmogelijkheden *zo tijdig aan te wenden dat een doeltreffende ingreep nog mogelijk is en de positie van derden niet nodeloos wordt aangetast*".[28]

38. Last but not least is er geen enkele rechtsgrond op basis waarvan de Commissie zou kunnen overgaan tot het rechttrekken van eventuele mededingingsdistorsies als gevolg van de verlening van wettige steun, waarvan de noodzaak op het tijdstip van de vrijgevingsbeschikkingen reëel, maar later niet meer zo evident leek. Het gemeenschapsrecht kent immers weliswaar de intrekking van *onwettige* handelingen, mits dit binnen een redelijke termijn gebeurt en de Commissie voldoende rekening houdt met de mate waarin de betrokkenen mogelijkerwijs van de wettigheid van de beschikking zijn uitgegaan[29], maar wettige handelingen kunnen na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een beroep tot nietigverklaring niet worden aangevochten.

39. Verzoekster heeft overigens, ondanks de haar dienaangaande ter terechtzitting gestelde vragen, niet aangegeven, welke concrete maatregelen de Commissie volgens haar moest nemen om de haars inziens verstoorde mededingingsgelijkheid te herstellen.

40. Het beroep lijkt dus ongegrond. Maar, zoals gezegd, dient het Hof die elementen slechts te onderzoeken wanneer het mijn

28 — Zaak 59/70, zie noot 17, r. o. 21, eigen cursivering.

29 — Arrest van 12 juli 1957, gevoegde zaken 7/56 en 3/57 tot en met 7/57, Algera, Jurispr. 1957, blz. 85, 122; arrest van 12 juli 1962, zaak 14/61, Hoogovens, Jurispr. 1962, blz. 505, 543; arrest van 13 juli 1965, zaak 111/63, Lemmerz-Werke, Jurispr. 1965, blz. 935, 953; arrest van 3 maart 1982, zaak 14/81, Alpha Steel, Jurispr. 1982, blz. 749, r. o. 10; arrest van 26 februari 1987, zaak 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, Jurispr. 1987, blz. 1005, r. o. 12; zie over laatstgenoemd arrest Miren A. Letemendia: *Cahiers de droit européen 1989*, blz. 627.

opvatting over de niet-ontvankelijkheid van het beroep wegens te late bestrijding van de vrijgevingsbeschikkingen niet volgt.

41. Thans wil ik zeer kort ingaan op het tweede middel, betreffende de verlening van niet-goedgekeurde steun. Volgens de Commissie is dat middel niet ontvankelijk omdat het desbetreffende verzoek haar eerst is voorgelegd bij de tweede brief van verzoekster, van 20 mei 1988, waarop zij bij brief van 25 juli 1988 heeft geantwoord. Deze laatste brief is niet aangevochten en niet meer vatbaar voor beroep. Dit lijkt veeleer een verweer ten gronde. De Commissie acht het middel immers in feite onwerkzaam voor zover daarbij kritiek wordt geleverd op een weigering die niet in de bestreden beschikking is vervat omdat het probleem in dat stadium nog niet aan de Commissie was voorgelegd.

42. Verzoekster kan mijns inziens moeilijk worden gevolgd waar zij stelt, dat zij in haar eerste brief, van 30 maart 1988, ook vragen in verband met de verlening van niet-goedgekeurde steun heeft voorgelegd, en daarbij wijst op de zinsnede „goedgekeurde of *gedoogde* steun", die zou betekenen, dat zij ook dat probleem aan de orde wilde stellen. Die zinsnede staat in een alinea waar enkel sprake is van de toekenning van niet-noodzakelijke steun aan British Steel Corporation. In de samenvatting van de door verzoekster krachtens artikel 35 EGKS-Verdrag aan de Commissie gedane formele verzoeken wordt zelfs niet zijdelings gedoeld op de verlening van niet-goedgekeurde steun. Wie in de brief van 30 maart 1988 een verzoek aan de Commissie ten aanzien van een eventuele betaling van niet-goedgekeurde steun leest, rekt de bewoordingen van die brief al te zeer op.

43. Eerst bij de tweede brief van verzoekster, van 20 mei 1988, is deze vraag dus aan de Commissie voorgelegd. Een beroep tegen de *tweede beschikking* van de Commissie, van 25 juli 1988, zou niet-ontvankelijk zijn omdat het te laat zou zijn ingesteld. Het onderhavige beroep is evenwel enkel gericht tegen de *eerste beschikking*, van 26 mei 1988. Daar deze geenszins betrekking heeft op de beweerdelijk niet-goedgekeurde steun, moet het tweede middel, dat de verlening daarvan betreft, onwerkzaam worden geacht.

44. Verzoekster haalt enige arresten van het Hof aan waaruit haars inziens blijkt, dat uitbreiding van het voorwerp van het geding tijdens de procedure is toegestaan. In de rechtspraak van het Hof wordt inderdaad erkend, dat een beschikking

„die in de loop van het geding in de plaats is gekomen van een eerdere ... beschikking *van dezelfde inhoud* ... als een nieuw feit is te beschouwen, op grond waarvan verzoekster gerechtigd is haar conclusies en middelen aan te passen. ... Het zou in strijd zijn met een behoorlijke rechtsbedeling en met het vereiste van proceseconomie om verzoekster te verplichten een nieuw beroep bij het Hof in te stellen". [30]

45. Het gaat evenwel niet om dezelfde situatie. In de aangehaalde arresten had de Commissie in de loop van het geding een wijzigingsbeschikking gegeven, die evenwel

30 — Zaak 14/81, zie noot 39, r. o. 8, eigen cursivering; zie ook het arrest van 29 september 1987, Fabrique de fer de Charleroi en Dillinger Hüttenwerke, gevoegde zaken 351/85 en 360/85, Jurispr. 1987, blz. 3639, r. o. 11; arrest van 14 juli 1988, zaak 103/85, Stahlwerke, Jurispr. 1988, blz. 4131, r. o. 11.

betrekking had op dezelfde feiten, die het voorwerp van het geding vormden. Het ging meestal om een uitdrukkelijk gegeven afwijzingsbeschikking die in de plaats kwam van een als stilzwijgende afwijzing opgevat stilzitten. In casu is bij beschikking van 25 juli 1988 uitspraak gedaan over een ander onderwerp dan bij de beschikking van 26 mei 1988. Verzoeksters opmerking heeft dus niet tot gevolg, dat de desbetreffende afwijzing in de onderhavige zaak opnieuw in geding wordt gebracht.

46. Mitsdien geef ik het Hof in overweging

1) het beroep te verwerpen voor zover het betrekking heeft op de verlening van niet-goedgekeurde steun;

2) het beroep voor het overige niet-ontvankelijk te verklaren en, subsidiair, te verwerpen;

3) verzoekster in de kosten te verwijzen.