HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verwerpt het beroep;**
2. **Verwijst verzoekster in de kosten.**

Lecourt Monaco Pescatore Donner Mertens de Wilmars
Kutscher Ó Dálaigh Sørensen Mackenzie Stuart

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op twaalf juli negentienhonderddrieënzeventig.

De Griffier
A. Van Houtte

De President
R. Lecourt

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL M. MAYRAS VAN 19 JUNI 1973 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

I — Inleiding

Ofschoon de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt medebrengt dat er op verschillende gebieden een gemeenschappelijk economisch beleid moet worden gevoerd en derhalve door de instellingen met bepaalde dirigistische maatregelen in het economisch leven mag worden ingegrepen, blijft het van liberale geest doortrokken Verdrag van Rome niettemin van een vrije mededinging uitgaan.

Het beleid van de Gemeenschap moet volgens artikel 3, sub f), van het Verdrag strekken tot de „invoering van een régime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst".

Het ligt niet slechts in de lijn van dit beginsel dat kartels, dat wil zeggen overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de mededinging kunnen verhinderen, beperken of vervalsen (artikel 85) en misbruik van een machtspositie (artikel 86) verboden zijn; het kan ook tegen de Staten zelve worden ingeroepen. Want ook de staten laten zich — op nationaal niveau — met de economie in, met name doordien zij bepaalde ondernemingen of groepen van ondernemin-

1 — Vertaald uit het Frans.

gen, hetzij wegens hun aardrijkskundige ligging, hetzij in verband met de aard hunner activiteiten, te hulp komen. Of wij nu te maken hebben met regionale steunregelingen dan wel met steun aan bepaalde sectoren, het ten deze gevoerd overheidsbeleid kan de mededingingsvoorwaarden nadelig beïnvloeden in dier voege dat ondernemingen die binnen een gemeenschappelijke markt moeten concurreren niet langer over dezelfde middelen of mogelijkheden beschikken. Toch kan overheidssteun in het algemeen belang noodzakelijk blijken voor de ontwikkeling der bedrijvigheid in bepaalde gebieden of sectoren dan wel onontbeerlijk zijn voor de instandhouding van bedrijfstakken die door de technologische veranderingen dreigen te verdwijnen. Het is op zijn minst rechtmatig wanneer de overheid tijdelijk de helpende hand kan bieden ter vergemakkelijking van de aanpassing, als men wil: omschakeling, van produktiesectoren die door een recessie van structurele oorsprong worden getroffen.

Vooropstellend dat „steunmaatregelen in welke vorm ook van de staten of . . . met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen" met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar zijn, omschrijft artikel 92 van het Verdrag dan ook een groot aantal gevallen waarin dit beginsel uitzondering lijdt.

Dit zijn de materiële communautaire regelen inzake de steunmaatregelen der staten.

Hun *uitvoering* wordt geregeld in artikel 93, dat de procedures vaststelt welke ten deze door de instellingen der Gemeenschap, Raad en Commissie, moeten worden gevolgd en de bevoegdheden waarover zij jegens de staten beschikken omschrijft.

Had het Hof nog onlangs kennis te nemen van gedingen betreffende de verenigbaarheid met het Verdrag van bepaalde door de Lid-Staten genomen steunmaatregelen, thans krijgt het gelegenheid zich te verdiepen in de procedures volgens welke de Commissie kan interveniëren en zal het gerede aanleiding vinden de grenzen der aan de Commissie toegekende bevoegdheden nader te omschrijven.

II — De geleding van artikel 93 van het Verdrag

Ik meen allereerst een omschrijving te moeten geven van deze bevoegdheden en de wijze waarop zij kunnen worden gebruikt.

Ik artikel 93 van het Verdrag worden twee radicaal verschillende sutiaties onderscheiden:

— Het eerste Lid betreft in de Lid-Staten *bestaande steunregelingen;* de Commissie is hier enerzijds bevoegd tot onderzoek en tot het doen van voorstellen en mag anderzijds bedoelde Staten bevelen geven en eventueel door het Hof van Justitie te bekrachtigen besluiten nemen.

Wordt zij het na onderzoek van een dergelijke steunregeling niet met de betrokken Staat eens, dan kan zij beginnen met die Staat de maatregelen voor te stellen welke de geleidelijke ontwikkeling of de werking van de gemeenschappelijke markt vereist. Deze voorstellen behelzen eenvoudige, voor betrokkene niet verbindende, "aanbevelingen" in de zin van artikel 189, laatste alinea van het Verdrag.

— Het tweede lid van artikel 93 gaat veel verder. Vindt de Commissie redenen om te veronderstellen dat een bestaande steunregeling mogelijkerwijs niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is — anders gezegd: komt zulk een regeling haar „verdacht" voor —, dan moet zij een *procedure* volgen die begint met een aanmaning gericht tot de staten en andere belanghebbenden, dus de op enigerlei wijze bij de regeling betrokken natuurlijke en rechtspersonen,

die dan de gelegenheid krijgen hun opmerkingen te maken.

Stelt de Commissie na bestudering dezer opmerkingen vast dat de steunmaatregel niet met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is, dan is zij bevoegd te bepalen dat de betrokken staat die maatregel binnen de door haar vast te stellen termijn moet opheffen of wijzigen. Zodanig besluit is voor tenuitvoerlegging vatbaar. Mocht de betrokken staat zich er niet bij neerleggen, dan kan hij daartegen binnen de termijn van artikel 173 van het Verdrag in beroep komen met verzoek om nietigverklaring. Bij gebreke daarvan kan hij de rechtmatigheid van het besluit niet meer aanvechten, ook niet ten exceptieve voor het Hof van Justitie, immers zodanige exceptie kan volgens artikel 184 slechts tegen verordeningen worden opgeworpen.

Volgens Uw arrest van 10 december 1969 (Franse Republiek tegen Commissie, Jurisprudentie 1969, blz. 523-540) kan dit beginsel uitzondering lijden wanneer de fout welke het besluit volgens de betrokken staat aankleeft zodanig ernstig is dat het dientengevolge „in de communautaire orde geen enkele steun zou vinden". Dat is echter een uitzonderingsgeval.

Wanneer de staat dus niet tijdig tegen het besluit is opgekomen en zich er niet binnen de gestelde termijn naar gedraagt, kan de Commissie zich — evenals iedere andere belanghebbende staat — rechtstreeks tot het Hof van Justitie wenden.

Om tegen niet-nakoming van Verdragsverplichtingen op te komen voorziet artikel 93, lid 2, een bijzondere beroepsweg die tot dezelfde gevolgen kan leiden als een geding krachtens de artikelen 169 en 170; de procedure is echter in zoverre anders dat de Commissie, alvorens zich tot het Hof te wenden, geen met redenen omkleed advies behoeft uit te brengen. Dat zij zich in dit geval rechtstreeks tot het Hof van Justitie kan wenden vindt zijn oorzaak in het feit dat de Commissie door haar „aanmaning" de betrokken staat — en de andere belanghebbenden — reeds in de gelegenheid heeft gesteld opmerkingen te maken. De contradictoire aard van de voorprocedure is dus geëerbiedigd.

Voorts wordt aan de Raad een uitzonderlijke bevoegdheid toegekend. Op verzoek van een Lid-Staat kan hij met eenparigheid van stemmen beslissen dat een door die staat genomen of te nemen steunmaatregel in afwijking van artikel 92 als met de gemeenschappelijke markt verenigbaar moet worden beschouwd, wanneer buitengewone omstandigheden zodanige beslissing rechtvaardigen.

Doch onzes inziens blijkt duidelijk uit de bewoordingen van artikel 93, lid 2, derde alinea, dat deze inschakeling van, anders gezegd dit „hiërarchiek beroep op" de Raad moet plaatsvinden hetzij voordat de Commissie de procedure tot opheffing of wijziging van de betrokken steunmaatregel heeft ingeleid, hetzij — en in ieder geval — voordat de Commissie haar besluit heeft genomen. Wanneer bedoelde procedure reeds is aangevangen, wordt zij door het beroep op de Raad geschorst. Deze bepaling zou geen zin hebben wanneer de staat zich nog na het besluit der Commissie — dat de procedure afsluit — tot de Raad kon wenden.

Aan deze schorsende werking is trouwens een beperkte tijdsduur toegekend: heeft de Raad niet binnen een termijn van drie maanden, te rekenen vanaf het verzoek, zijn standpunt bepaald, dan beslist de — alsdan in haar bevoegdheid herstelde — Commissie.

Bovendien: wanneer men zich ook na een door de Commissie genomen besluit tot de Raad zou kunnen wenden, hoe zou dan 's Raads vooral op opportuniteitsgronden berustend ingrijpen zich verdragen met het aan de Commissie toegekende recht ter vaststelling van niet-nakoming van Verdragsverplichtingen bij het Hof van Justitie in beroep te gaan? Het is ondenkbaar dat de auteurs van het Verdrag het hebben willen laten aankomen op een conflict tussen een besluit van de Raad, gebaseerd op een beoordeling van uitzonderlijke omstandigheden die een afwijking van artikel 92

behelzen, en een arrest van het Hof dat slechts op een souvereine uitlegging dezer zelfde Verdragsbepaling kan berusten.

Ten slotte volgt, wat bestaande steunregelingen betreft, uit het systeem van artikel 93, lid 2, dat wanneer de Commissie bevoegd is een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar te verklaren, haar besluit slechts voor de *toekomst* werkt. Er kan — in de lijn van een door de Lid-Staten en door Uw Hof gezamenlijk aanvaard algemeen rechtsbeginsel — geen terugwerkende kracht aan toekomen. Het is een constitutieve en geen declatoire beslissing. Het verbod der steunmaatregel c.q. de verplichting haar te wijzigen vloeit uit dit besluit — en daaruit alleen — voort.

Een andere uitlegging van artikel 93 zou neerkomen op een miskenning van door derden verkregen rechten, de rechtszekerheid volkomen ondergraven en ook bij de toepassing tot onoverkomelijke moeilijkheden leiden.

De situatie is geheel verschillend wanneer de Commissie te maken krijgt met een project tot invoering — of wijziging — van een steunmaatregel. Uit een project vloeien geen subjectieve rechten voort. Men heeft daarom in dit geval gemeend de Commissie de zeer vergaande bevoegdheid te mogen toekennen zich tegen de tenuitvoerlegging van voorgenomen maatregelen te verzetten wanneer zij deze niet — in voege als bedoeld in artikel 92 — met de gemeenschappelijke markt verenigbaar acht.

De Commissie kan er echter niet mede volstaan een voorgenomen maatregel als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt „te beschouwen" en de desbetreffende staat haar bedenkingen mede te delen. Om zich beter een denkbeeld te kunnen vormen over de verenigbaarheid van de voorgenomen maatregel met het Verdrag moet zij bovendien de opmerkingen van „belanghebbenden" inwinnen en aan haar bedoeling zich eventueel tegen het voornemen te verzetten of wijziging te verlangen een zekere openbaarheid geven. Daarom heeft men de Commissie *verplicht* onverwijld de in artikel 93, lid 2, bedoelde procedure aan te vangen, dat wil zeggen de staten en verdere belanghebbenden aan te manen hun opmerkingen te maken. Alleen aan zodanige „aanmaning" is *schorsende* werking toegekend. Zij leidt tot een werkelijke opschorting der tenuitvoerlegging zolang de procedure niet tot een eindbeslissing heeft geleid.

Uit dit systeem volgt onzes inziens dat de Commissie na inleiding der procedure steeds gehouden is een beslissing te nemen, om het even of die beslissing een definitief verbod tot tenuitvoerlegging der voorgenomen maatregelen inhoudt, die tenuitvoerlegging van bepaalde wijzigingen of aanpassingen afhankelijk stelt dan wel juist de op grond van nader onderzoek getroffen vaststelling behelst dat de steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt verenigbaar is. Zou de Commissie met haar beslissing al te zeer dralen en het overheidsbeleid van de betrokken staat voor onbepaalde tijd lamleggen, dan zou die staat onzes inziens wegens niet-nakoming van Verdragsverplichtingen tegen haar in beroep kunnen komen.

III — Uiteenzetting der feiten

Wij zullen thans moeten uiteenzetten in welke omstandigheden de Commissie heeft gemeend zich met een tegen de Bondsrepubliek Duitsland gericht beroep ex artikel 93, lid 2, tot Uw Hof te moeten wenden op grond dat deze staat zich niet zou hebben gedragen naar een besluit waarbij haar gelast was de uitvoering van een investeringssteunregeling op te schorten.

De Duitse wetgever stelde op 15 mei 1968 het „Kohlegesetz" vast.

Die wet behelst enerzijds maatregelen tot sanering van de kolenmijnindustrie, bedoeld om een economische recessie in de door de steenkolencrisis getroffen streken te voorkomen en werkloosheid als gevolg van de sluiting van bepaalde mij-

nen op te vangen; anderzijds maatregelen om in deze zelfde gebieden de oprichting, vergroting of overplaatsing van industriële ondernemingen te begunstigen en zo de werkgelegenheid te bevorderen en de economische structuren, die al te eenzijdig op de exploitatie der mijnen berustten, gevarieerder te maken.

Zo wordt in artikel 32, lid 1, dezer wet aan belastingplichtingen (natuurlijke of rechtspersonen) die in een steenkolenmijngebied een vaste vestiging oprichten of uitbreiden, een *investeringspremie* in uitzicht gesteld. De steunverlening vindt niet plaats door rechtstreekse subsidiëring, doch door aftrek van de inkomstenbelasting of winstbelasting tot 10 % van het bedrag der investeringen.

De aftrek is alleen geoorloofd wanneer de Bundesbeauftragte für den Steinkohlenbergbau, een rechtstreeks onder de minister van Economische Zaken geplaatste hoge ambtenaar, in overleg met de regering van het betrokken Land een verklaring afgeeft waaruit blijkt dat de oprichting of uitbreiding de economische structuur van de mijnstreek kan verbeteren en, meer in het algemeen, voor de nationale economie van belang is. Wanneer deze oprichting of uitbreiding der vestiging met overplaatsing van een onderneming gepaard gaat, moet er bovendien een aanzienlijk aantal nieuwe arbeidsplaatsen in het leven worden geroepen.

Komt de investering voor toekenning van premie in aanmerking, dan wordt er een verklaring van geen bezwaar afgegeven op grond waarvan de administratie verplicht is belastingverlaging tot het investeringsbedrag toe te staan.

Het verzoek om afgifte dezer verklaring kan aan de investering voorafgaan; zij wordt dan eventueel afgegeven voor een project dat, wat ligging, en aard en omvang der investering betreft, met voldoende nauwkeurigheid moet zijn omschreven. Het verzoek kan echter ook pas na — of tijdens — de investering worden gedaan.

Voorts is van doorslaggevende betekenis dat de belastingaftrek volgens artikel 32 van de wet van 15 mei 1968 slechts wordt verleend voor investeringen die in een „begunstigingsperiode" — aanvankelijk 30 april 1967 tot 1 januari 1970 — plaatsvinden. Is echter binnen deze periode tot oprichting of uitbreiding van een industriële vestiging overgegaan, dan kan de belastingaftrek binnen bepaalde grenzen ook worden toegekend voor de investeringen die gemoeid zijn met de voortzetting en voltooiing der werkzaamheden gedurende een nadere periode van twee jaren die op de begunstigingsperiode aansluit.

Deze investeringspremieregeling is ongetwijfeld een „steunmaatregel van de staat" in de zin van artikel 92: zij beoogt de oprichting of uitbreiding van industriële vestigingen te bevorderen, terwijl daartoe via vermindering van de fiscale last der ondernemingen uit de openbare middelen wordt geput.

De Bondsregering zag dit trouwens zeer wel in: toen het Kohlegesetz zich in 1969 nog in het ontwerpstadium bevond heeft zij ter voldoening aan de verplichting welke haar in artikel 93, lid 3, van het Verdrag wordt opgelegd, de Commissie van de Europese Gemeenschappen op de hoogte gesteld.

De Commissie maakte destijds tegen zulk een steunregeling, tenminste voor zover haar toepassing ratione temporis begrensd zou zijn, geen enkel bezwaar.

Gezien de destijds in de steenkolenindustrie heersende crisis, de bij de afzet van steenkool ondervonden moeilijkheden, de ongunstige inkomens-ontwikkeling in de hierbedoelde mijnstreek, vergeleken met het territorium van de Bondsrepubliek in zijn geheel, en voorts de noodzaak om tijdens de „begunstigingsperiode" voor 20 000 nieuwe arbeidsplaatsen te zorgen kwam de Commissie tot de conclusie dat deze steunregeling, bedoeld ter voorkoming van ernstige economische en sociale moeilijkheden als gevolg van het feit dat er in de bedrijfstakken die voor de economische structuur dezer streken bepalend waren alom een recessie was ingetreden, recht van bestaan had.

Met name sprak zij haar voldoening uit:

— over het feit dat een krachtige poging tot sanering van de getroffen sector werd gedaan;

— over het „doorzichtig" karakter van de steunverlening — die in een bepaalde verhouding stond tot de investering en als via belastingaftrek betaalbare premie selectief werkte in die zin dat alleen winstmakende — dat wil in beginsel zeggen: concurrerende — ondernemingen ervan zouden profiteren —;

— over de duidelijke en nauwkeurige afbakening der steenkolenmijngebieden.

Toen het Kohlegesetz in werking was getreden is de investeringspremieregeling voor de steenkolenmijngebieden dus met goedvinden van de Commissie toegepast.

Een jaar later legde de regering aan de Bundestag een ontwerp-Steueränderungsgesetz voor, dat met name een aantal maatregelen van algemene strekking behelsde inzake investeringstoelagen voor aan de oostzone grenzende gebieden en andere gebieden die eveneens begunstiging behoefden.

In dit ontwerp was aanvankelijk geen wijziging van het Kohlegesetz voorzien. Doch bij behandeling in tweede lezing door de Bundestag stelde de financiële Commissie van dit lichaam de toepassing van dit ontwerp op de mijnstreken aan de orde. Evenals de Commissie voor Economische Zaken achtte zij behalve in Saarland een verlenging met twee jaren van de bijzondere steunregeling van artikel 32 van het Kohlegesetz voldoende. Bij wege van amendement op het door de regering ingediende ontwerp stelden de beide Commissies dan ook voor de „begunstigingsperiode", die op 1 januari 1970 had zullen eindigen, *tot 1 januari 1972* te verlengen. De eveneens met twee jaren verlengde „nadere periode" gedurende welke ook investeringen wegens oprichting of uitbreiding van een industriële of handelsvestiging van de belastingaftrek konden profiteren, zou dus pas op 31 december 1973 eindigen.

Dit in tweede lezing door de Bundestag aangenomen amendement is terug te vinden in artikel 9 van het op 10 juli 1969 ook door de Bundesrat Steueränderungsgesetz.

Enkele dagen later, op 16 juli, deed de regering van de Bondsrepubliek hiervan mededeling aan de Commissie van de Europese Economische Gemeenschappen.

De reactie der Commissie bleef niet uit: zij wees erop dat zij tijdig — reeds bij indiening van het amendement — van deze wijziging van artikel 32 van het Kohlegesetz op de hoogte had moeten worden gesteld. Zij volstond er echter mede de Bondsrepubliek te verzoeken om „nadere bijzonderheden en opgave van de gronden die tot de wijziging hadden geleid".

Pas op 1 oktober antwoordde de regering dat zij aanvankelijk in het geheel geen wijziging van artikel 32 van het Kohlegesetz had voorzien en dat de verlenging van de begunstigingsperiode aan een initiatief van de Bundestag te danken was; men had de Commissie er dus voor aanneming van het amendement niet van in kennis kunnen stellen.

Inmiddels was op 18 augustus 1969 de nieuwe belastingwet afgekondigd. Daags na plaatsing in het Bundesgesetzblatt (op 21 augustus) trad zij in werking, hetgeen op 19 september officieel aan de Commissie werd medegedeeld.

Zoals gezegd, trachtte zij van de regering opheldering te verkrijgen nopens de vraag waarom deze had gemeend de investeringspremieregeling voor de steenkolenmijngebieden te moeten verlengen.

De verstrekte gegevens — waarmede de regering blijkbaar node over de brug kwam — overtuigden de Commissie nergens van de verenigbaarheid ener ongedifferentieerde handhaving van deze bijzondere steunregeling met de gemeenschappelijke markt. Integendeel, op grond van nadere bestudering meende zij te moeten vaststellen dat de economische en sociale toestand in de steenkolenbekkens zich in gunstige zin had ontwikkeld en dat het peil der werkgelegenheid, met

name in Nordrhein-Westfalen, thans bevredigend was. Er waren in een tijdsbestek van twee jaren tienduizenden nieuwe arbeidsplaatsen geschapen en de werkloosheid was goeddeels verdwenen. De gevolgen van de steenkolencrisis waren weliswaar nog niet geheel verdwenen, doch deden zich toch in veel mindere mate gevoelen.

Zonder te tornen aan een verlenging der regeling voor de steenkoolgebieden buiten het Land Nordrhein-Westfalen, waar zich behalve de moeilijkheden als gevolg van de mijnrecessie ook problemen van regionale aard voordeden, heeft de Commissie daarom in genoemd Land een ongedifferentieerde toekenning van investeringspremies niet gerechtvaardigd geacht.

Zij besloot derhalve gebruik te maken van de bevoegdheden die zij aan artikel 93, lid 2, ontleent en bracht op 30 juli 1970 ter kennis van de Bondsregering dat in Nordrhein-Westfalen een ongedifferentieerde toekenning van de investeringspremies bedoeld in artikel 32 van het Kohlegesetz per 1 december moest worden beëindigd — met uitnodiging binnen een termijn van zes weken haar opmerkingen kenbaar te maken —.

Een zelfde uitnodiging werd tot de andere Lid-Staten gericht. Ook aan de bij deze steunregeling betrokken particulieren werd — via een in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 14 augustus 1970 geplaatste mededeling — verzocht hun standpunt dienaangaande kenbaar te maken.

De Duitse Regering voldeed pas op 5 november 1970 aan de hierbedoelde „aanmaning".

En pas op 17 februari 1971, zes maanden na de inleiding der procedure, gaf de Commissie, kennis genomen hebbende van de antwoorden van alle belanghebbenden, een beschikking in welks artikel 1 aan de Bondsrepubliek werd gelast *onverwijld* alle nodige maatregelen te nemen om de *ongedifferentieerde* verlening van investeringspremies op grond van § 32, lid 1, van de Wet op de aanpassing en sanering van de Duitse steenkolenmijnbouw en de Duitse steenkolenmijngebieden in de versie van artikel 9 van het Steueränderungsgesetz van 18 augustus 1969, te beëndigen.

De draagwijdte der beschikking wordt in deel V van de considerans in tweeërlei opzicht verduidelijkt:

— enerzijds behoefde de toekenning dezer premies op grond van § 32 van het gewijzigde Kohlegesetz slechts te worden *stopgezet* totdat een gedifferentieerde handhaving van dit steunmiddel zou zijn gewaarborgd;

— anderzijds zou voor ondernemingen die vóór deze beschikking een certificaat van de Kohlebeauftragte hadden ontvangen de in § 32, lid 1, tweede zin, neergelegde regeling voor de periode na afloop van deze termijn blijven bestaan, zodat zij aftrek van belasting konden krijgen voor investeringen die na 1 januari 1970 hadden plaatsgehad met dien verstande dat zij verband moesten houden met oprichtingen of uitbreidingen van vóór die datum.

Ten slotte stelde de Commissie in haar kennisgevingsbrief de Bondsregering voor besprekingen te openen ten einde te komen tot vaststelling van de economische en aardrijkskundige criteria aan de hand waarvan een met de gemeenschappelijke markt verenigbare gedifferentieerde steunregeling zou kunnen worden opgezet.

Na een op 4 mei 1971 te Brussel gehouden vergadering deed de Duitse Regering daartoe strekkende voorstellen, die na bestudering en gedachtenwisseling door de Commissie in een brief van 16 december 1971 werden aanvaard.

Volgens deze brief zouden er in bepaalde Landkreise en kreisfreie Städte aan de toekenning van investeringspremies alternatieve voorwaarden worden gesteld:

— of in 1969 werkte meer dan 20 % der werknemers in de industriële sector nog in de steenkolenmijnen en het bruto binnenlands produkt per hoofd der bevolking lag in deze Landkreise 10 % beneden het gemiddelde van het Land;

— dan wel maatregelen ter sanering van de kolenmijnindustrie (sluiting van schachten) waren aldaar reeds genomen doch nog niet voltooid c.q. zouden voor 31 december 1971 worden genomen.

De inhoud der gedifferentieerde steunregeling bedoeld in de beschikking van 17 februari 1971 kon dus pas aan het eind van dat jaar volledig vaststaan.

Sindsdien heeft de regering van de Bondsrepubliek zich, naar de Commissie zelf toegeeft, aan de door haar opgestelde criteria gehouden. De regering heeft nimmer weersproken dat een ongedifferentieerde steunregeling voor het gehele Land Nordrhein-Westfalen met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar was noch ook de rechtmatigheid van de beschikking der Commissie aangevochten.

Het kan daarom aanvankelijk enige verwondering wekken dat de Commissie heeft gemeend zich tot Uw Hof te moeten wenden.

De gerezen moeilijkheden betreffen niet de kern van de zaak, doch slechts de uitlegging en toepassing die men indertijd aan de beschikking van 17 februari 1971 heeft gegeven.

Het verwijt dat de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland maakt is daarin gelegen dat zij na 24 februari 1971, dag van ontvangst der beschikking, in het gehele Land Nordrhein-Westfalen steun is blijven verlenen ter zake van investeringen die waren aangevangen na 1 januari 1970, toen de aanvankelijk in artikel 32 van het Kohlegesetz voorziene „begunstigingsperiode" was geëindigd.

Verzoekster vraagt U bovendien te verstaan dat de Bondsrepubliek Duitsland gehouden is de terugbetaling te verlangen van premies toegekend wegens na 24 februari 1971 afgegeven certificaten, tenzij de desbetreffende investeringen uiterlijk op 20 augustus 1970 zijn aangevangen c.q. het verzoek om afgifte van het certificaat voordien is gedaan.

Zij motiveert de keuze van deze datum door erop te wijzen dat de betrokken investeerders uit de mededeling in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 17 augustus 1970 hadden kunnen vernemen dat de verlenging van een ongedifferentieerde steunregeling zich niet met de gemeenschappelijke markt verdroeg.

IV — Analyse van de rechtstoestand

De helderheid van het debat is ermede gediend dat wij, alvorens op de posita van beide partijen in te gaan, een bespreking wijden aan de rechtstoestand, zoals die blijkens het zojuist gegeven feitelijk exposé bestaat, om die toestand vervolgens aan artikel 93 van het Verdrag te toetsen.

Toen de Duitse Regering de Commissie er op 16 juli 1969 van in kennis stelde dat het Parlement het amendement tot verlenging van de investeringspremieregeling van artikel 32 van het Kohlegesetz had aangenomen, zag verzoekster zich een *voornemen tot wijziging* van een bestaande steunmaatregel in de zin van artikel 93, lid 3, eerste zin, voorgelegd.

Enerzijds leidt het geen twijfel dat de tijdelijke aard van de steunregeling voor de steenkolenmijngebieden een factor van wezenlijk belang was die de Commissie trouwens, in 1967, aanleiding had gegeven haar met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te achten; toen de werkingsduur met twee jaar werd verlengd, mochte de Commissie dan ook van een wezenlijke wijziging van de vroegere regeling spreken; anderzijds was het amendement weliswaar reeds in stemming gebracht toen verzoekster ervan in kennis werd gesteld, doch de wet was nog niet afgekondigd of gepubliceerd.

Wij menen dus dat de Commissie met gebruikmaking van de bevoegdheid welke zij aan artikel 93, lid 3, tweede volzin, ontleent terstond de in het voorafgaande lid omschreven procedure had kunnen inleiden en niet slechts de Bondsregering, doch ook de andere Lid-Staten en alle andere belanghebbenden had kunnen

verzoeken hun opmerkingen te maken. Daarmede zou zij de Duitse wetgevende procedure hebben geblokkeerd en de Bondsregering zou dan langs legale weg buiten staat gesteld zijn de voorgenomen maatregelen ten uitvoer te leggen zolang de procedure niet tot een eindbeslissing had geleid.

De Commissie volstond echter met een principieel gehouden vertoog tot de Bondsregering en leidde, door om opheldering en opgave van redenen te verzoeken, de dialoog in.

Deze stap, waaraan geen enkele openbaarheid is gegeven, is rechtens niet met schorsing der tenuitvoerlegging gelijk te stellen.

Via afkondiging en publikatie is het Steueränderungsgesetz dat in zijn artikel 9 de investeringspremieregeling voor de mijnstreken verlengt, op 22 augustus 1969 in werking getreden.

Nolens volens kreeg de Commissie toen te maken met een „bestaande steunregeling" in de zin van artikel 93, lid 1.

Tegen dit standpunt kunnen twee bedenkingen worden ingebracht; wij menen ze echter van de hand te moeten wijzen.

In de eerste plaats kan men zich afvragen of een tekst die op het tijdstip van kennisgeving aan de Commissie reeds door de parlementaire vergaderingen was aangenomen, wels als „project" („voornemen") mag worden gekwalificeerd. Blijkbaar is de President van de Bondsrepubliek krachtens het Grundgesetz niet bevoegd afkondiging van een door het parlement aangenomen wet te weigeren. Doch toen de Commissie erin werd gekend was het Steueränderungsgesetz van 1969 nog niet perfect geworden; het was nog niet voor tenuitvoerlegging vatbaar. De Bondsregering mocht dus onzes inziens haar constitutionele recht niet boven de Verdragsbepalingen doen prevaleren. Het primaat van het Gemeenschapsrecht had tot schorsing van de tenuitvoerlegging moeten leiden, mits de Commissie onverwijld de daartoe strekkende procedure van artikel 93, lid 3, zou hebben ingeleid.

In de tweede plaats rijst de vraag of de Duitse Regering niet zelf de uit het Verdragsvoorschrift voortvloeiende verplichting heeft geschonden door de Commissie te laat, namelijk toen het amendement reeds was aangenomen, op de hoogte te brengen. Was dit niet mogelijk geweest zodra de Financiële Commissie van de Bundestag de verlenging aan de orde stelde?

Zeer waarschijnlijk wel, maar aan het gedrag der regering waren onzes inziens rechtens geen consequenties verbonden. Het zou dus op de weg der Commissie gelegen hebben wegens schending van deze plicht tot kennisgeving *tempore utili*, onverwijld stappen te nemen. Zij heeft dat echter niet gedaan.

De Commissie heeft dus, zoals wij zagen ter inleiding van de procedure van het artikel 93, lid 3, door de tot alle belanghebbenden gerichte „aanmaning" hun opmerkingen te maken — de beschikking gehad over de onzes inziens voldoende termijn van een maand. Om de procedure te kunnen beginnen en tevens voor schorsing van de tenuitvoerlegging te zorgen behoefde zij slechts „verdenking" tegen zodanige verlenging te koesteren.

Zij zou dan over de nodige tijd hebben beschikt om zich op de hoogte te stellen, de gevolgen van het project te bestuderen en na beraad tot een eindbeslissing te komen.

Omdat zij van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt heeft, was verzoekster aangewezen op het stelsel van controle op „bestaande steunmaatregelen". Zij is daarbij echter niet over één nacht ijs gegaan: pas toen er na publikatie van de wet ten naaste bij een jaar verstreken was, op 14 augustus 1970, besloot zij ten lange leste de procedure — door een tot belanghebbenden gerichte mededeling — in te leiden.

Het U gestelde rechtsprobleem is dus, naar door de Commissie niet betwist wordt, gelegen op het terrein van artikel 93, lid 2, en het is voor de oplossing van het geschil van beslissende betekenis.

V — De vragen betreffende de termijn binnen welke volgens artikel 93, lid 2, een besluit der Commissie moet worden ten uitvoer gelegd

De regering van de Bondsrepubliek brengt tegen het verzoek der Commissie een als eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid aangediend verweer in, volgens hetwelk de Commissie haar in de beschikking van 17 februari 1971 geen termijn zou hebben gesteld om aan de niet-gedifferentieerde toekenning van investeringspremies in het Land Nordrhein-Westfalen een einde te maken.

Een termijn zou reeds blijkens de bewoordingen dezer bepaling moeten worden gesteld en de Commissie zou zich ook alleen dan met een op niet-nakoming van Verdragsverplichtingen gebaseerde actie rechtstreeks tot het Hof kunnen wenden.

In werkelijkheid raakt deze kwestie onzes inziens niet de ontvankelijkheid van het beroep; het gaat alleen erom of de beschikking der Commissie een bindend karakter draagt.

Het standpunt van de Bondsrepubliek komt erop neer dat de beschikking bij gebreke van een in tijdseenheden uitgedrukte termijn onvolkomen zou zijn; er zou een wezenlijk bestanddeel ontbreken. Heeft de Commissie volgens de bewoordingen der beschikking zelve de termijn te bepalen binnen welke de betrokken staat een met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar geachte steunregeling moet opheffen of wijzigen, dan rijst de vraag met ingang van welk tijdstip een niet-nakoming van de verplichting zich naar haar beschikking te gedragen kan worden vastgesteld wanneer er in het geheel geen termijn is bepaald.

Dit op zuiver letterlijke uitlegging berustend standpunt is slechts schijnbaar steekhoudend.

Er worden namelijk twee overwegingen buiten beschouwing gelaten:

— De eerste overweging is eveneens aan de tekst, en wel aan de beschikking zelve, ontleend. Volgens Franse versie heeft de Commissie van de Bondsrepubliek verlangd dat zij *sans délai* een einde zou maken aan de niet gedifferentieerde toekenning van investeringspremies, terwijl in het Duits sprake is van *unverzüglich*, („sans retard"). Hetgeen alleen maar wil zeggen dat de staat waaraan de beschikking gericht is met de nodige diligentie tot tenuitvoerlegging moet overgaan.

— De tweede overweging berust op de algemene opzet van artikel 93, lid 2. De door de Commissie te nemen beschikking nopens de onverenigbaarheid van een steunregeling met de gemeenschappelijke markt vormt, naar wij zagen, de afsluiting van een procedure op tegenspraak. Er is een „aanmaning" aan de staten en andere belanghebbenden tot het maken van opmerkingen aan voorafgegaan. Die opmerkingen zijn door de Commissie bestudeerd en meestal hebben zij tot een gedachtenwisseling met de betrokken regering aanleding gegeven. Door de aanmaning reeds op haar qui vive is de regering via deze gedachtenwisseling in den regel volledig van het door de Commissie ingenomen standpunt op de hoogte.

Moet er dus volgens artikel 93, lid 2, een termijn worden gesteld binnen welke de staat zich naar de beschikking heeft te gedragen, dan staat het alleen aan de Commissie die termijn vast te stellen en deze heeft daarbij onder meer rekening te houden met de duur die in den regel met nationale procedures tot tenuitvoerlegging harer beschikking gemoeid is (Mégret, deel IV, blz. 393).

Met andere woorden, de Commissie beschikt hier over goeddeels discretionaire bevoegdheden. Brengt wijziging ener steunregeling bij voorbeeld mede dat er wetgevende maatregelen moeten worden genomen, dan gaat er met de legislatieve procedure natuurlijk vrij veel tijd heen.

Zijn er daarentegen ter uitvoering van de beschikking slechts eenvoudige admini-

stratieve maatregelen nodig, waartoe onmiddellijk kan worden overgegaan, dan valt niet wel in te zien waarom de Commissie niet zou verlangen dat zulke maatregelen ten spoedigste, althans zonder onnodige vertraging, worden genomen.

Zo lagen de zaken in casu. Voor toekenning van investeringspremies volgens artikel 32 van het Kohlegesetz moet een certificaat (verklaring van geen bezwaar) worden afgegeven. Om de industriële investeerders dus niet langer voor de premies in aanmerking te brengen, behoefde de Wirtschaftsminister de onder hem geplaatste Bundesbeauftragte für den Steinkohlenbergbau slechts te gelasten de afgifte van zulke verklaringen op te schorten. Het stellen van een termijn was daartoe onnodig.

Wij menen dus dat men de Commissie niet mag verwijten dat zij de Bondsrepubliek een dergelijke termijn ter beëindiging van de ongedifferentieerde toekenning der investeringspremies niet heeft gesteld; de daartoe „noodzakelijke maatregelen" behoefden slechts in administratieve instructies te bestaan. Op dit punt moet het betoog van de regering van de Bondsrepubliek worden verworpen. De nationale gezagsorganen zijn bovendien verplicht alle maatregelen te nemen om de volledige doorwerking van communautaire besluiten te vergemakkelijken en de Bondsregering mag zich ter rechtvaardiging van de niet-nakoming der uit zulke besluiten voortvloeiende verplichtingen niet — ten exceptieve — op nationale voorschriften of praktijken beroepen (arresten van 13 juli 1972, zaak 48-71, Commissie/Italië, Jurisprudentie 1972, blz. 535 en 8 februari 1973, zaak 30-72, Commissie/Italië, blz. 20, stencil). Men mag zich trouwens zelfs afvragen of de regering van de Bondsrepubliek — die niet tijdig om nietigverklaring van de beschikking der Commissie heeft verzocht — nog wel kan worden ontvangen in haar betoog dat de Commissie geen termijn heeft gesteld.

VI — De vraag of Verdragsverplichtingen niet zijn nagekomen

Neemt men aan dat de beschikking der Commissie voor de Bondsrepubliek Duitsland ook zonder termijnstelling bindend was, dan wil dat nog niet zeggen dat de aan de regering verweten niet-nakoming harer verplichtingen is komen vast te staan. Daartoe moet nog worden onderzocht of de regering zich in feite naar deze beschikking heeft gedragen.

Allereerst rijst dan de vraag of de Commissie bevoegd was de stopzetting van de ongedifferentieerde toekenning van investeringssteun te gelasten, ofschoon uit de redengeving der beschikking duidelijk blijkt dat zij de regeling als zondanig niet afwees doch slechts haar toepassing met behulp van bepaalde criteria tot welomschreven territoriale gebieden wenste te beperken.

Had zij met haar beschikking niet moeten wachten totdat de procedure van onderzoek zou zijn geëindigd, dat wil zeggen totdat er in gemeen overleg met de regering van de Bondsrepubliek zulke criteria zouden zijn opgesteld? Met andere woorden, moet het er niet voor gehouden worden dat verzoekster door voorlopig — in afwachting van een definitieve oplossing — de algehele stopzetting van de toekenning der investeringspremies te gelasten in feite een maatregel heeft genomen welke, getoetst aan het Verdrag, slechts ten aanzien van steunverleningsprojecten en niet met betrekking tot bestaande steunmaatregelen geoorloofd was?

Wij hebben enigszins geaarzeld of wij U wel zouden voorstellen deze uitlegging van de hand te wijzen. Want voor zover de Commissie ten slotte heeft aanvaard dat de verlenging der regeling van artikel 32 van het Kohlegesetz slechts in die zin behoefde te worden aangepast dat er bepaalde selectieve criteria worden opgesteld, is er iets voor te zeggen dat zij slechts met volledige kennis van zaken — en na de gebieden binnen welke de regeling in overeenstemming met artikel

92 toepassing kan blijven vinden te hebben omschreven — tot een beslissing mocht komen.

Zou men de oplossing in deze richting zoeken, dan impliceert dat natuurlijk dat de beschikking van 17 februari 1971 op zichzelf niet kon binden en pas op 16 december 1971 — aangevuld door een lijst van steden en „Landkreise" waar de toekenning der premies geoorloofd was bevonden — voor tenuitvoerlegging vatbaar is geworden.

Het spreekt vanzelf dat U het beroep dan slechts kunt verwerpen; de Commissie erkent immers zelf dat de Bondsregering zich sinds laatstgenoemde datum naar haar beschikking heeft gedragen.

Wij laten deze oplossing echter voor wat zij is: zij lijkt ons van te vergaande juristerij te getuigen en doet de feiten onvoldoende recht wedervaren.

Het zou er op neerkomen dat een ongedifferentieerde toekenning der premies na 24 februari nog maandenlang had kunnen voortgezet, terwijl men om nog uiteen te zetten redenen geen terugbetaling van premies die wegens investeringen buiten de krachtens bedoelde selectie „begunstigde" gebieden waren verleend had kunnen verlangen. In herinnering zij gebracht dat artikel 93, lid 2, aan de Commissie uitgebreide bevoegdheden inruimt, die zover gaan dat zij volledige intrekking van een steunregeling kan gelasten. Door tijdelijke stopzetting van toekenning der premies te bevelen is verzoekster onzes inziens haar bevoegdheden niet te buiten gegaan; zij heeft gemeend aldus het belang van de gemeenschap bij dat van de Duitse industriëlen te moeten doen voorgaan. Trouwens, toen eenmaal was vastgesteld binnen welke gebieden de verlenging van de steunregeling met het Verdrag in overeenstemming was bevonden, konden de betrokken investeerders hun recht op belastingaftrek wederom doen gelden. De beschikking had voor hen geen andere consequentie dan dat zij in voorkomende gevallen pas enkele maanden later in het genot van steun werden gesteld.

VII — De restitutie van bepaalde na 24 februari 1971 toegekende premies

Het petitum doet nog een laatste vraag rijzen; zij betreft de toepassing der beschikking op vóór 24 februari 1971 ingetreden situaties.

Naar wij zagen betoogt de Commissie dat de Duitse Regering zich niet naar haar beschikking heeft gedragen door het enkele feit dat zij nadat de kennisgeving haar had bereikt aan de Bundesbeauftragte für den Steinkohlenbergbau niet heeft gelast de afgifte van certificaten die aanspraak op de investeringspremies gaven stop te zetten.

De Bondsregering betwist zulks niet en erkent dat er tussen 24 februari 1971 en half december 1971 nog certificaten zijn afgegeven.

Doch kon de Commissie wel de stopzetting van de afgifte der certificaten gelasten zonder op enigerlei wijze rekening te houden met vóór haar beschikking verkregen rechten of vóór kennisgeving dier beschikking ingenomen rechtsposities?

Zoals gezegd, kan zij op grond van artikel 93, lid 2, slechts voor de toekomst beslissen. Haar krachtens dit voorschrift genomen beschikkingen hebben geen declatoire werking. Pas nadat de Commissie zich heeft uitgesproken mag de betrokken steunregeling dus, behoudens Uw rechtscontrole, met de gemeenschappelijke markt onverenigbaar worden geacht. Van terugwerkende kracht kan dus stellig geen sprake zijn en terugbetaling van voordien door de ondernemingen ontvangen premies is in ieder geval uitgesloten.

De Commissie gaat in casu trouwens niet zover; zij verlangt niet dat de Duitse Regering tot terugvordering van premies gekoppeld aan voor 21 februari 1971 betaalde belastingtermijnen overgaat.

Zij vindt zelfs goed dat industriëlen die voordien een certificaat van de Bundesbeauftragte hadden ontvangen via de nadere termijn van artikel 32 van het Kohlegesetz de aangevangen werkzaamheden met behoud van de investeringspremies kunnen afmaken.

Wel wil zij de Duitse Regering verplichten restitutie der premies te verlangen wanneer die zijn uitgekeerd op grond van na 24 februari 1971 verstrekte certificaten en investeringen c.q. aanvragen betreffen die na 20 augustus 1971 zijn aangevangen c.q. ingediend.

De inzet van dit debat schijnt ons echter van betrekkelijk gering belang. Mocht de vordering der Commissie worden toegewezen, dan zouden er volgens de Bondsregering uiteindelijk slechts 18 ondernemingen tot restitutie ter zake van na 20 augustus 1971 aangevangen investeringen gehouden zijn; deze investeringen beliepen 33 miljoen DM, overeenkomende met een premiebedrag van 3,3 miljoen DM.

Ondanks dit beperkt financieel belang doet het geding toch een principiële vraag rijzen. Zoals wij reeds betoogden, bood de investeringspremieregeling van artikel 32 van het Kohlegesetz de ondernemingen meerdere mogelijkheden:

— de aanvraag van het certificaat en, vervolgens, de toekenning der premie vinden pas bij beëindiging der werkzaamheden plaats;

— het certificaat wordt tijdens de werkzaamheden afgegeven en betrokkene beschikt voorts over de nadere periode om de werkzaamheden te beëindigen;

— de aanvraag wordt voor het aangaan van enigerlei investeringsverplichting ingediend; het certificaat wordt in dit geval afgegeven voor een project dat aan bepaalde voorwaarden moest voldoen.

Slechts in dit laatste geval kon en moest de beslissing der Commissie waarbij de Bondsregering werd gelast de afgifte der certificaten met ingang van 24 februari 1971 onverwijld stop te zetten, terstond worden nagekomen wanneer betrokkenen tenminste nog geen vergunning hadden aangevraagd.

Industriëlen die reeds voordien verbintenissen hadden aangegaan en a fortiori zij die de oprichting of uitbreiding van vestigingen reeds geheel hadden gefinancierd konden op grond van hun nationale wet rechtens aanspraak op de investeringspremies maken, mits de Bundesbeauftragte die investeringen met de beoogde aanpassing en verbetering van de economische structuur der steenkolenmijngebieden in overeenstemming achtte. Ten betoge dat de premies welke aan de hierbedoelde belastingplichtigen op grond van na 24 februari 1971 afgegeven certificaten waren toegekend moesten worden gerestitueerd, beroept de Commissie zich echter alleen op het feit dat die investeringen of het indienen der aanvragen uiterlijk op 20 augustus 1970 hadden moeten geschieden. Zij wil daarmede de gevolgen van de stopzetting der steunregeling doen terugwerken tot voor de beschikking, en wel tot 14 augustus 1970, datum van haar mededeling in het Publikatieblad van de Gemeenschappen: zes dagen nadien konden alle belanghebbenden er haars inziens kennis van hebben genomen.

In deze redenering wordt aan de mededeling een werking toegekend die er niet aan kan toekomen. Het is slechts een eerste en in geen enkel opzicht beslissende fase van een procedure die slechts tot één voor tenuitvoerlegging vatbare handeling leidt, te weten de beschikking waarmede zij wordt afgesloten. In de tweede plaats is, anders dan de Commissie wil volhouden, niet de afgifte van een certificaat door de Bundesbeauftragte de „oorzaak" van het recht op de investeringspremie. Die oorzaak is gelegen in de aanbesteding en financiering van werken die vervolgens met de doelstelling van artikel 32 van het Kohlegesetz in overeenstemming bevonden zijn. Recht op de premie — toegekend via vermindering van belastingschuld — heeft betrokkene pas definitief wanneer het belastingbedrag is vastgesteld. Volgens de redenering der Commissie had zij dus evengoed kunnen gelasten dat er na kennisgeving harer beschikking geen belastingaftrek meer mocht plaatsvinden. Dit volkomen willekeurig criterium — de datum van afgifte van het certificaat — ontbeert een degelijke juridische grondslag.

Anderzijds blijkt uit de beschikking zelf nergens dat 20 augustus 1970 de uiterste datum was waarop met de investeringen moest zijn begonnen. Wij vernemen het uit de brief welke de Commissie op 16 december 1971 tot de Bondsregering heeft gericht. De keuze van deze datum, die op een onzes inziens onjuiste opvatting van de bevoegdheden der Commissie berust, houdt ook schending in van de regel nopens de bescherming van opgewekt vertrouwen die Uw Hof in het arrest van 5 juni 1973, gewezen in de zaak 82-72, Commissie/Raad, als een — bindend — algemeen beginsel van het Gemeenschapsrecht heeft beschouwd.

De enige verplichting welker nakoming de Commissie dus van de Bondsregering mocht verlangen, was dat zij per 24 februari 1971 de ongedifferentieerde toekenning van investeringspremies in het Land Nordrhein-Westfalen zou beëindigen, doch zulks alleen voor op die datum nog niet aangevangen investeringen c.q. nog niet ingediende aanvragen.

En de Duitse Regering heeft onbetwist gesteld dat er voor zulke investeringen of projecten geen enkel certificaat was afgegeven.

Wij kunnen dan ook slechts vaststellen dat deze regering zich van de verplichtingen welker nakoming de Commissie van haar mocht verlangen heeft gekweten, zodat wij concluderen tot verwerping van het beroep der Commissie — met verwijziging der Commissie in de kosten van het geding —.