2. Verwerpt het beroep van de regering van de Bondsrepubliek Duitsland voor het overige.

3. Verwijst de Commissie in de kosten van het geding.

Mertens de Wilmars Koopmans Bahlmann

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Bosco Due Everling Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 maart 1984.

De griffier
voor deze

H. A. Rühl

Hoofdadministrateur

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 25 JANUARI 1984 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De textiel- en kledingindustrie van de Gemeenschap heeft, zoals bekend, op grote schaal te lijden gehad van de recessie en de groeiende invoer van relatief goedkope produkten uit derde landen. In het Koninkrijk België vormt deze industrie een belangrijke bedrijfstak en de Belgische regering tracht al enkele jaren iets te doen om haar te steunen. Uiteraard beïnvloedde het geclausuleerde verbod van steunmaatregelen van de Staten, neergelegd in artikel 92 EEG-Verdrag, haar mogelijkheden en waren haar maatregelen krachtens artikel 93 EEG-Verdrag aan het toezicht van de Commissie onderworpen.

Na een lange reeks discussies verleende de Commissie bij schrijven van 18 no-

1 — Vertaald uit het Engels.

vember 1981 vergunning om een vijfjarenplan voor de herstructurering van de Belgische textiel- en kledingindustrie voor de duur van een jaar ten uitvoer te leggen.

In de onderhavige zaak vordert de Bondsrepubliek Duitsland op grond van artikel 173 EEG-Verdrag nietigverklaring van deze vergunning. Voor het geval haar vordering mocht worden afgewezen of enkel worden toegewezen wegens schending van vormvoorschriften, vordert de Bondsrepubliek subsidiair een verklaring voor recht krachtens artikel 175, inhoudende dat de Commissie de artikelen 92 en 93 EEG-Verdrag heeft geschonden door het plan niet na behoorlijke toetsing onverenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt.

Deze zaak stelt een belangrijk procedureel punt aan de orde en met betrekking tot de inhoudelijke merites van de concrete vergunning zijn partijen uitgebreid ingegaan op de economische, technische en sociale implicaties van het plan. Het lijkt mij praktisch om eerst de vordering tot nietigverklaring te behandelen, die de Commissie mijns inziens terecht ontvankelijk acht, en om de subsidiaire vordering, die de Commissie niet-ontvankelijk acht, apart te behandelen.

Het formele middel houdt kortgezegd in, dat de Commissie onder de concrete omstandigheden voor het plan geen vergunning had mogen verlenen zonder de procedure van artikel 93, lid 2, EEG-Verdrag op gang te brengen, hetgeen zij onbetwist niet heeft gedaan; de Commissie zegt, dat zij hiertoe niet verplicht was.

Tot genoemde omstandigheden behoren, kort samengevat, de volgende gebeurtenissen die voor een beslissing op het formele punt mijns inziens relevant en zelfs van fundamenteel belang zijn.

Bij Koninklijk Besluit van 20 december 1977 (Belgisch Staatsblad van 24. 12. 1977) werd voor beide bedrijfstakken een steunregeling ingevoerd. In maart 1978 startte de Commissie de onderzoeksprocedure van artikel 93, lid 2, daar de steunregeling niet vooraf was aangemeld. Na overleg tussen de Belgische regering en de Commissie gaf eerstgenoemde te kennen dat zij een nieuw plan zou opstellen waarin rekening zou worden gehouden met de door de Commissie voorgestelde wijzigingen. Hierop werd de eerste procedure in maart 1979 beëindigd. In april 1980 werd de procedure heropend met een verzoek aan de regering om een gedetailleerde beschrijving van haar voorgenomen steunregeling. Deze beschrijving werd blijkens de ontvangstbevestiging van 11 augustus 1980 op 28 juli 1980 verstrekt en werd behandeld als een aanmelding van een voorgenomen steunmaatregel in de zin van artikel 93, lid 3, EEG-Verdrag. Tussen de Commissie en de Belgische regering ontspon zich een briefwisseling en vonden bijeenkomsten plaats, en het Belgische plan lijkt in elk geval één keer te zijn behandeld op een van de bijeenkomsten van de vertegenwoordigers van de Lid-Staten, die de Commissie regelmatig bijeenroept in het kader van haar toezicht op steunmaatregelen. Tijdens een bijeenkomst van de Belgische regering en de Commissie op 22 juli 1981 verzocht de Commissie, enkele wijzigingen in het plan aan te brengen; deze wijzigingen werden opgesomd en aanvaard in een brief van de Belgische regering van 5 augustus 1981. Zij hadden betrekking op de financiering van de uit te keren steun, de uitsluiting van de betrokken sectoren

van de textiel- en kledingindustrie van andere vormen van overheidssteun, een korting van 1 % bij de terugbetaling van voor bepaalde doeleinden geïnvesteerde bedragen, en de aanmelding vooraf bij de Commissie van voorgenomen steunuitkeringen voor bepaalde produkten, zoals herenconfectie en kousen. Uit de brief komt duidelijk naar voren, dat er belangrijke veranderingen werden aangebracht, en zowel de Commissie als de Duitse regering behandelen deze brief in hun memories als een aanmelding van een nieuwe voorgenomen steunregeling.

Op 17 september riep de Commissie een vergadering van de Lid-Staten bijeen; het was een van de multilaterale vergaderingen die regelmatig plaatsvinden. Het Belgische plan vormde een van de agendapunten en er circuleerde een werkdocument dat een samenvatting bevatte van het plan in zijn toenmalige vorm (bijlage 17 bij het verweerschrift).

Later in die maand hielden de Commissie en de Belgische regering nog twee vergaderingen. Op 1 oktober 1981 verklaarde de Belgische regering zich akkoord met een in deze twee vergaderingen uitgewerkt compromissteunplan. De regering was met name bereid om voor de normale gevallen de eigen bijdrage van de bedrijven aan het noodzakelijke kapitaal voor de herstructurering te verhogen van 25 tot 30 %; zij accepteerde schoorvoetend de bezwaren van de Commissie tegen de korting op de terugbetalingen, die tot dan toe was beschouwd als een essentieel onderdeel van het plan, en ging akkoord met aanmelding vooraf van steun voor een bepaalde groep produkten — onder meer herenconfectie en kousen — wanneer de betrokken ondernemingen meer dan 50 werknemers in dienst hadden (en niet 150, zoals aanvankelijk voorgesteld).

Op 2 oktober gaf de Duitse regering haar commentaar op de haar bekende versie van het plan; hierin verklaarde zij, dat het plan haars inziens een belemmering zou vormen voor de noodzakelijke structurele aanpassing van een bedrijfstak in recessie, dat een eigen deelneming van de betrokken ondernemingen van 25 % te laag was, dat niets bekend was over de bedragen die in de jaren na het eerste jaar zouden worden uitgetrokken, maar vooral dat het plan zou leiden tot een aanzienlijke concurrentievervalsing in de Gemeenschap en tot een verlies van banen in andere Lid-Staten.

Ook andere Lid-Staten zonden hun commentaar.

Op 5 november vond nog een bijeenkomst plaats tussen de Commissie en de Belgische regering en op 18 november (bijlage 24 bij het verweerschrift) ging de Commissie ermee akkoord dat het plan onder de door haar genoemde voorwaarden voor de duur van één jaar ten uitvoer zou worden gelegd. Vermeldenswaard is nog, dat de Commissie verklaarde nog steeds bezorgd te zijn over de gevolgen van het plan voor de mededinging binnen de Gemeenschap, een bezorgdheid die nog een extra dimensie kreeg door de houding van de andere Lid-Staten tijdens de vergadering van 17 september en hun hierop aansluitende nota's aan de Commissie. Pas na een bijzonder diepgaand onderzoek van het plan was de Commissie naar haar zeggen tot de slotsom gekomen, dat het plan, met alle waarborgen, de handel tussen de Lid-Staten niet zodanig zou veranderen dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad. De Belgische regering werd meegedeeld, dat de Commissie een procedure krachtens artikel 93, lid 2,

EEG-Verdrag zou inleiden wanneer de voorwaarden niet binnen acht dagen zouden worden aanvaard.

Op 4 december maakte de Duitse minister van Economische Zaken het met mededingingsvraagstukken belaste lid van de Commissie duidelijk, dat de Duitse regering ertegen was dat de Commissie het plan goedkeurde. Op 9 december 1981 aanvaardde de Belgische regering echter de voorwaarden neergelegd in de brief van 18 november, en zij kreeg daarop van de Commissie bij schrijven van 16 december te horen, dat het plan met ingang van 1 januari 1982 ten uitvoer kon worden gelegd. De Lid-Staten werd meegedeeld, dat de Commissie geen bezwaar had tegen het plan, mits werd voldaan aan de voorwaarden neergelegd in de brief van 18 november.

Uit het omvangrijke documentatiemateriaal dat aan het Hof is overgelegd, blijkt duidelijk dat de Commissie op verschillende tijdstippen ernstige bedenkingen had ten aanzien van de financieringsmethode en het beschikbaar gestelde bedrag, ten aanzien van de te steunen sectoren, de behoefte aan steun voor ondernemingen in bepaalde sub-sectoren van de branche, de noodzaak om het voortbestaan van ondernemingen die noch efficiënt noch winstgevend waren, te verzekeren, en de invloed op de mededinging. Vooral de Duitse regering gaf duidelijk te kennen, dat zij zich zorgen maakte over de gevolgen van dit plan voor de Duitse industrie, zowel wat de omvang van het handelsverkeer als wat de mogelijke werkeloosheid betreft. De Commissie achtte zich niet in staat om het plan goed te keuren zonder hiernaar een uitgebreid en gedetailleerd onderzoek in te stellen.

Zowel in haar brief van 18 november 1981 als in deze procedure beschouwt de Commissie klaarblijkelijk het in augustus 1980 overgelegde plan met latere wijzigingen, en niet een nieuw plan dat op 5 augustus 1981 is overgelegd, als het relevante plan. Hiervan dient mijns inziens ook te worden uitgegaan.

Was de Commissie bevoegd om de tenuitvoerlegging van dit plan toe te staan zonder de procedure van artikel 93, lid 2, in te leiden?

Wanneer de Commissie op de hoogte wordt gesteld van een voornemen tot invoering of wijziging van steunmaatregelen, moet zij, volgens de Duitse regering, een vluchtig onderzoek verrichten naar de verenigbaarheid van die maatregelen met de gemeenschappelijke markt. Dit onderzoek berust op artikel 93, lid 3, en beperkt zich tot de vraag of (1) duidelijk en naar objectieve maatstaven is voldaan aan de voorwaarden voor goedkeuring van de steunregeling, en (2) of een voorlopige afweging van de argumenten vóór en tegen de steunregeling tot goedkeuring ervan leidt. Heeft de Commissie haar twijfels over de verenigbaarheid van het plan met de gemeenschappelijke markt, of kan zij haar beoordelingsbevoegdheid niet objectief en nauwgezet uitoefenen zonder inlichtingen in te winnen bij en de standpunten te horen van andere Lid-Staten en de belanghebbenden, dan kan zij het plan in deze voorfase niet goedkeuren en moet zij een hoofdonderzoek instellen als bedoeld in artikel 93, lid 2. In casu was het van meet af aan duidelijk, dat er twijfels bestonden over de verenigbaarheid van het Belgische plan met de gemeenschappelijke markt. De Commissie had dan ook de procedure van artikel 93, lid 2, moeten volgen. In plaats daarvan gaf zij haar beschikking aan het einde van het voor-

onderzoek als bedoeld in artikel 93, lid 3, en beroofde zij daarmee de belanghebbende derden van hun recht om terzake te worden gehoord, aldus de Duitse regering.

De Commissie is van mening, dat artikel 93, lid 3, een gedetailleerd onderzoek van een voorgenomen steunmaatregel voorschrijft. Zij beroept zich hiervoor vooral op de tweede volzin van de bepaling, die luidt: „Indien zij [de Commissie] meent dat zulk een voornemen volgens artikel 92 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, vangt zij onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aan." Hieruit zou volgen, dat de Commissie niet verplicht is de Lid-Staten of belanghebbende derden te raadplegen alvorens te beslissen dat een plan verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, en dat er ook geen sprake is van een recht om te worden gehoord. Het onderzoek zou hoe dan ook tot hetzelfde resultaat hebben geleid, ook indien de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, had gevolgd, en de werkelijke vraag zou dus zijn of de beslissing materieel onjuist is, en niet of zij vormgebreken vertoont.

De systematiek van deze twee artikelen is mijns inziens de volgende:

i) Steunmaatregelen die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen, zijn voor zover zij het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, ingevolge artikel 92 verboden omdat zij onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt tenzij

a) zij behoren tot de steunmaatregelen genoemd in artikel 92, lid 2 — dan zijn zij van rechtswege geoorloofd;

b) zij bij besluit van de Raad zijn aangewezen als met de gemeenschappelijke markt verenigbare steunmaatregelen — dan zijn zij van rechtswege geoorloofd;

c) de steunmaatregelen onder de definitie van artikel 92, lid 1, vallen, maar tevens onder de omschrijving van artikel 92, lid 3, sub a, b, of c, en zij als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn „beschouwd"; behoudens toetsing door het Hof, is het de taak van de Commissie om zich uit te spreken over de vraag of er bij een dergelijke steunmaatregel van zulk een verenigbaarheid sprake is; pas als de Commissie tot deze conclusie is gekomen, is de steunmaatregel niet langer verboden.

ii) De Commissie is belast met de toetsing van de bestaande steunmaatregelen en de voornemens tot invoering of wijziging van steunmaatregelen, wederom onverminderd de toetsing door het Hof. Met betrekking tot bestaande steunmaatregelen verplicht artikel 93, lid 2, de Commissie om opheffing of wijziging van een steunmaatregel voor te schrijven, indien zij, na de belanghebbenden te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken, vaststelt dat de maatregel niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of dat er misbruik van wordt gemaakt. De Commissie moet ook van voornemens tot invoering van nieuwe steunmaatregelen tijdig op de hoogte worden gebracht, om haar opmerkingen te kunnen maken (artikel 93, lid 3). Indien zij „meent dat zulk een voornemen volgens artikel 92 onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt", moet zij „onverwijld de in het vorige lid bedoelde procedure aanvangen". De maatregelen mogen niet tot uitvoering worden gebracht voordat de procedure tot een eindbeslissing heeft geleid.

iii) Artikel 93 zegt niet, wat er moet gebeuren wanneer de Commissie niet van

mening is dat de voorgenomen maatregel onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, of wanneer zij de vraag niet binnen een redelijke termijn na aanmelding beantwoordt.

iv) In de zaken-Lorens en Markmann (zaken 120/73 en 121/73, Jurispr. 1973, blz. 1471 en 1495) overwoog het Hof, dat hiermee voor nieuwe steunmaatregelen een voorfase wordt gecreëerd teneinde de Commissie voldoende tijd voor beraad en onderzoek te laten „om zich een aanvankelijk oordeel te vormen over de vraag of [de voorgenomen maatregelen] geheel of gedeeltelijk met het Verdrag in overeenstemming zijn". Acht de Commissie de maatregel verenigbaar met het Verdrag, dan dient zij dit aan de Lid-Staten mee te delen, maar zij is niet verplicht om een formele beschikking te geven. De Commissie is enkel gehouden de „contradictoire procedure" van artikel 93, lid 2, in te leiden, indien zij het plan onverenigbaar acht. Wanneer de Commissie niet binnen een redelijke termijn (twee maanden wordt redelijk geacht) een positieve of negatieve beschikking geeft, mogen de Lid-Staten, in verband met het belang van de economie bij een niet onnodig vertraagde invoering van sommige steunmaatregelen, tot de uitvoering van de steunmaatregel overgaan; deze kan worden getoetst als een bestaande steunmaatregel, want het stilzitten van de Commissie leidt niet tot enig rechtsvermoeden van verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Het is dus duidelijk, dat de Commissie tijdens de inleidende fase niet verstoken is van de mogelijkheid om onderzoek in te stellen en inlichtingen in te winnen. Haar mogelijkheden zijn niet beperkt tot de bestudering van het plan en het vormen van een vluchtig oordeel alleen op basis daarvan. Anderzijds is zij buiten de „contradictoire procedure" enkel verplicht om zich een aanvankelijk oordeel te vormen.

Komt de Commissie tot het aanvankelijke oordeel, dat het plan onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, dan ligt de situatie duidelijk. De procedure van artikel 93, lid 2, moet worden ingeleid en in de daarin gegeven eindbeschikking zal definitief worden beslist of het plan geheel of gedeeltelijk verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt of niet.

Is het plan naar het aanvankelijk oordeel van de Commissie niet onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en stelt de Commissie een Lid-Staat hiervan in kennis, dan zijn er twee mogelijkheden denkbaar. De eerste is dat de Lid-Staat dan bevoegd is het plan ten uitvoer te leggen, dat wil zeggen dat het plan, wanneer het ten uitvoer is gelegd, verenigbaar moet worden geacht met de gemeenschappelijke markt. Anderzijds zou men kunnen zeggen, dat er niet positief is beslist dat het plan verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt; door de eerste schifting wordt enkel het verbod van tenuitvoerlegging opgeheven; de vraag naar de verenigbaarheid wordt opengelaten; hierover kan enkel definitief worden beslist indien vervolgens de procedure van artikel 93, lid 2, wordt ingeleid. Met andere woorden, het nieuwe plan, dat niet is tegengehouden, is onderworpen aan hetzelfde kritisch onderzoek als bestaande steunmaatregelen en kan, ongeacht de latere ontwikkelingen, onverenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt.

Mijns inziens is het eerste uitgangspunt het juiste en moet een plan, wanneer het is toegelaten als niet onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, van meet af aan worden beschouwd als een plan

waarbij een steunregeling wordt ingevoerd die verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, met dien verstande dat wanneer het plan in werking is, de effecten ervan opnieuw voor de toekomst mogen worden bezien, als het ernaar uitziet dat het onverenigbaar is geworden met de gemeenschappelijke markt. Het tweede uitgangspunt schept een mijns inziens niet bedoelde onzekerheid.

Het eerste uitgangspunt leidt echter op een belangrijk punt tot een merkwaardig resultaat. Een van de doelstellingen van artikel 92 is te voorkomen dat de Lid-Staten steun toekennen die hun eigen industrie een onredelijk concurrentievoordeel geeft ten opzichte van de ondernemingen in andere Lid-Staten. Of een steunmaatregel in een bepaalde Lid-Staat mag worden toegekend, kan dus van cruciaal belang zijn voor andere Lid-Staten en ondernemingen aldaar. Het feit dat een steunmaatregel verenigbaar wordt geacht met de gemeenschappelijke markt, kan voor een andere Lid-Staat (ik ga ervan uit, dat deze een belanghebbende is in de zin van artikel 93, lid 2) van meer belang zijn dan het feit dat het daarmee onverenigbaar wordt geacht. Men zou dan ook verwachten, dat de Lid-Staten het recht hadden gekregen om hun standpunt kenbaar te maken in het geval waarin de Commissie van plan was de steunmaatregel als een met de gemeenschappelijke markt verenigbare maatregel te aanvaarden.

Deze overweging biedt mijns inziens steun aan de door de Bondsrepubliek bepleite oplossing. De bevoegdheid van de Commissie om een voorgenomen steunmaatregel in de inleidende fase (op grond van een eerste indruk) goed te keuren, is beperkt, en buiten dit beperkte terrein hebben de Lid-Staten het recht om te worden gehoord.

Men zou kunnen verdedigen, dat de bevoegdheid beperkt is tot beslissingen krachtens artikel 92, leden 1 en 2, en dat zij niet geldt voor beslissingen krachtens artikel 92, lid 3, waarbij de vraag moet worden beoordeeld of een steunmaatregel die onder artikel 92, lid 1, valt en onder een van de rubrieken van artikel 92, lid 3, met de gemeenschappelijke markt verenigbaar moet worden geacht. Men zou kunnen stellen, dat bij deze beoordeling hoogstwaarschijnlijk punten aan de orde komen die andere Lid-Staten en andere betrokkenen die het recht zouden moeten hebben om te worden gehoord, raken. Mijns inziens is de bevoegdheid niet zo beperkt; was dit de bedoeling geweest, dan zou de verwijzing in artikel 93, lid 3, uitdrukkelijk zijn beperkt tot artikel 92, leden 1 en 2.

Er is hier sprake van een ander soort beperking. Mijns inziens moet de procedure van artikel 93, lid 2, worden ingeleid wanneer de Commissie niet in staat is te verklaren, dat het plan in zijn aangemelde vorm naar haar aanvankelijk oordeel duidelijk verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.

In casu oordeelde de Commissie dat het plan in zijn toenmalige vorm, of men nu uitgaat van een aanmelding in augustus 1980 of van een wijziging in augustus 1981, niet verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. Zij verlangde ingrijpende wijzigingen en legde belangrijke voorwaarden op. Zij had haar ernstige twijfels over een aantal aspecten van het plan, niet in de laatste plaats over de invloed ervan op het intracommunautaire handelsverkeer. Zij wist dat vele aspecten van het plan, vooral wat hun uitwerking op de Duitse textielindustrie en haar werknemers betreft, zeer omstreden waren. Bovendien schijnt onder meer de Bondsrepubliek niet te zijn ingelicht over een aantal wijzigingen voordat de Belgische regering de voor-

waarden van de brief van 18 november aanvaardde; de Commissie en de Lid-Staten schijnen zelfs nooit de beschikking over het plan te hebben gehad; de Lid-Staten werden op 17 september 1981 over het plan geraadpleegd op basis van een beknopte beschrijving.

Ik kan de Commissie niet volgen in haar betoog, dat het resultaat hetzelfde zou zijn geweest, of de procedure van artikel 93, lid 2, zou zijn gevolgd of niet. In casu kan men er onmogelijk vanuit gaan, dat er geen nieuwe punten naar voren zouden zijn gebracht die van invloed hadden kunnen zijn op de beslissing van de Commissie, of dat de Commissie wil zeggen dat zij daaraan toch geen aandacht zou hebben besteed.

Alle omstandigheden van dit geval in aanmerking nemende en zonder op enigerlei wijze afbreuk te willen doen aan de ruime bevoegdheid van de Commissie om op het juiste moment te beslissen of een plan al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, ben ik van mening dat de Commissie het plan voor nieuwe steunmaatregelen in zijn oorspronkelijke vorm, of men er nu vanuit gaat dat dit in augustus 1980 of in augustus 1981 is overgelegd, klaarblijkelijk onverenigbaar achtte met de gemeenschappelijke markt. Gezien de ernstige zaken die aan de orde waren en de verlangde wijzigingen, had de toestemming niet kunnen en mogen worden verleend in de vorm waarin dit is gebeurd. De procedure van artikel 93, lid 2, had moeten worden ingeleid. De beschikking van de Commissie moet dan ook nietig worden verklaard.

Onder normale omstandigheden zou de nietigverklaring kunnen leiden tot inleiding van een procedure ex artikel 93, lid 2, ten aanzien van het plan van 1980. Deze mogelijkheid lijkt mij in casu zuiver theoretisch nu in maart 1982 een nieuw plan is aangemeld en de Commissie, na aanvankelijk het standpunt te hebben ingenomen dat het plan onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, na opmerkingen te hebben gehoord en onderzoek te hebben verricht, tot de conclusie is gekomen dat de genomen steunmaatregelen niet verenigbaar waren met de gemeenschappelijke markt, tenzij aan bepaalde voorwaarden zou worden voldaan. Het oorspronkelijke plan is tot 31 maart 1983 verlengd, maar is nu kennelijk niet meer van kracht.

Wordt de vergunning op grond hiervan nietig verklaard, dan behoeft het Hof mijns inziens niet in te gaan op de materiële grieven, aangezien het plan hoe dan ook niet meer van kracht is. Ik moet er echter wel op ingaan.

De kernvraag was, of het plan „steunmaatregelen" omvatte „om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken ..." en of „de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad". Er waren dus twee vragen aan de orde, ten eerste of aan deze minimumcriteria was voldaan en ten tweede of de steunmaatregel als geheel verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt. In eerste instantie is dit een zaak van de Commissie, die een ruime discretionaire bevoegdheid heeft bij de beoordeling van complexe sociale en economische gegevens (zaak 78/76, Steinike & Weinlig, Jurispr. 1977, blz. 595, en conclusie van advocaat-generaal Capotorti in zaak 730/79, Philip Morris, Jurispr. 1980, blz. 2671, op blz. 2701). Het Hof kan de feitelijke conclusies echter wel toetsen en nagaan of de Commis-

sie op grond van de gegevens waarover zij beschikte, tot een dergelijke conclusie kon komen; ook kan zij het juridische deel van de beschikking toetsen. Wanneer er sprake blijkt te zijn van misbruik van bevoegdheid of van kennelijke dwaling — hieronder valt ook het geval dat de Commissie haar discretionaire bevoegdheid onmiskenbaar overschrijdt, gelet op het doel en de strekking van de wetgeving —, kan het Hof de beschikking van de Commissie nietig verklaren.

Allereerst wordt gesteld, dat de Commissie bij haar beoordeling van de verleende steun het verschaffen van kapitaal, dat als steunverlening had moeten worden aangemerkt, buiten beschouwing heeft gelaten. Om voor goedkeuring in aanmerking te komen moest een herstructureringsplan voorzieningen bevatten waardoor de onderneming op eigen kracht voor minimaal 30 % (of in uitzonderingsgevallen 25 %) van het kapitaal zorgde. Maximaal 45 % kwam van kapitaalinjecties en maximaal 30 % van leningen tegen normale marktrente, zij het met een rentevergoeding van 7 % gedurende vijf jaar. Blijkens een brief van de Belgische regering van 29 juni 1981 zouden de kapitaalinjecties volgens dit plan plaatsvinden door het kopen van aandelen van de betrokken ondernemingen. De Commissie is van mening dat een dergelijke vorm van kapitaalinjectie geen overheidssteun is. De achterliggende redenering lijkt te zijn, dat overheidsdeelneming in een in moeilijkheden verkerend of insolvent bedrijf een steunmaatregel is, maar dat deelneming anderzijds geen steunmaatregel is wanneer de onderneming financieel, industrieel en commercieel gezond is en enkel te kampen heeft met tijdelijke omschakelingsmoeilijkheden. Het onderhavige Belgische plan zou enkel beogen steun te verlenen aan ondernemingen die naar verwachting op den duur weer concurrerend worden, en daarom zou de deelneming van de staat moeten worden aangemerkt als een normale deelneming in het kapitaal van de onderneming en niet als een steunmaatregel, want het geïnvesteerde bedrag zal winst opleveren, althans dat is de bedoeling.

Het woord „steunmaatregel" wordt in het Verdrag niet gedefinieerd; artikel 92, lid 1, spreekt van „steunmaatregelen van de staten in welke vorm ook, met staatsmiddelen bekostigd". In de zaak-Steinike & Weinlig gebruikte het Hof de uitdrukking „voordeel om niet" (zie r.o. 22). Hiermee sloot het echter aan bij de formulering van de vraag van de nationale rechter (in zaak 173/73, Italië/Commissie, Jurispr. 1974, blz. 709, spreekt het Hof eenvoudig van „tegemoetkomingen" (r.o. 13, r.o. 26 van de Franse versie). In zaak 61/79 (Italiaanse administratie van de Staatsfinanciën/Denkavit, Jurispr. 1980, blz. 1205) overwoog het Hof, dat artikel 92, lid 1, „betrekking heeft op besluiten van de Lid-Staten, waardoor deze met het oog op de verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden, eenzijdig en autonoom geldmiddelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefde economische of sociale doelstellingen te bevorderen" (r.o. 31). Naar aanleiding van het begrip subsidies of hulp in artikel 4c van het EGKS-Verdrag overwoog het Hof in zaak 30/59 (Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg, Jurispr. 1961, blz. 1), dat „in het spraakgebruik met subsidies worden bedoeld prestaties in geld of natura ter

ondersteuning van een onderneming gedaan boven het door kopers of verbruikers ter zake van door die onderneming geleverde goederen of diensten verschuldigde; dat het spraakgebruik in de term hulp een aan subsidie nauw verwant begrip ziet, waarbij deszelfs teleologische aard wordt geaccentueerd in die zin, dat de hulp blijkbaar wordt verleend tot een bepaald doel, hetwelk in het algemeen zonder hulp van buiten niet zou kunnen worden bereikt".

Op grond van de twee laatste zaken zou men kunnen stellen, dat elke vorm van bijstand die door een Lid-Staat wordt verleend of uit staatsmiddelen wordt bekostigd om een bepaald doel te bereiken, een steunmaatregel is in de zin van artikel 92, lid 1, zelfs als het niet om niet is. Zo ver hoeft men voor de onderhavige zaak mijns inziens niet te gaan. Bijstand vormt in elk geval dan een steunmaatregel, wanneer de ontvanger een tegemoetkoming ontvangt die hij normaliter niet zou hebben ontvangen. Een lening tegen een rentevoet die lager ligt dan de normale commerciële, is een duidelijk voorbeeld. Kapitaalverschaffing onder normale marktvoorwaarden, maar op een schaal waarop op de kapitaalmarkt normaliter niet gebeurt, kan echter ook een steunmaatregel zijn. Wat ook de situatie moge zijn wanneer aandelen van een onderneming via een normale commerciële transactie door een Lid-Staat of met overheidsmiddelen worden gekocht, de kapitaalinjecties waarin het Belgische plan voorziet, vallen mijns inziens onder artikel 92, lid 1. Het feit dat in theorie enkel levensvatbare ondernemingen voor deze financiële steun in aanmerking komen en dat mogelijk dividend wordt betaald op verworven aandelen, belet op zich niet dat het steunmaatregelen zijn. Het mit te keren bedrag werd berekend aan de hand van de kosten van het concrete plan en hoewel het in het algemeen moest worden betaald door aankoop van nieuw uitgegeven aandelen, moest het op een vast te stellen datum worden terugbetaald door verlaging van het aandelenkapitaal of door inkoop van de aandelen. De aandelen werden, naar het schijnt, enkel dan behouden wanneer er geen terugbetaling kon plaatsvinden. De wens om een praktisch instrumentarium te vinden waarmee de ondernemingen de financiële middelen ter beschikking zouden kunnen krijgen voor hun herstructurering, vormde naar het schijnt de belangrijkste overweging bij de keuze voor deze opzet. Men kan niet zeggen, dat het plan niet meer doet dan risicodragend kapitaal beschikbaar stellen voor investeringen. Gelet hierop vormt dit deel van het Belgische plan mijns inziens een steunmaatregel in de zin van artikel 92, lid 1. Men kan onmogelijk volhouden, dat het voor de beoordeling niets had uitgemaakt wanneer de Commissie dit standpunt had ingenomen in plaats van dat waarvoor zij in feite heeft gekozen. Het gaat om een wezenlijk deel van het plan. De beschikking berust bijgevolg op een onjuiste grondslag en behoort alleen al hierom nietig te worden verklaard.

De volgende vraag heeft betrekking op de voorwaarden voor goedkeuring, neergelegd in artikel 92, lid 3, sub c. Aangezien het Belgische plan betrekking heeft op de textiel- en kledingindustrie en niet op bepaalde streken van België, moet

worden bezien of het plan een „steunmaatregel (is) om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid ... te vergemakkelijken". De toets is hier, of de steunmaatregel een vergemakkelijking van de ontwikkeling tot gevolg kan hebben en niet of men enkel zegt dat dit de bedoeling is. Zoals het Hof in het arrest-Philip Morris heeft erkend, moet de steunmaatregel voor die ontwikkeling essentieel zijn, ook als het niet het gehele benodigde bedrag betreft. Ook moet het een verbetering verzekeren van de wijze waarop de economische bedrijvigheid verloopt, welke verbetering zowel sanering als modernisering of uitbreiding van een bedrijfstak kan inhouden. Het enkele in leven houden van een noodlijdend bedrijf in tijden van recessie is niet „het vergemakkelijken van de ontwikkeling".

In casu heeft de vertegenwoordiger van de Duitse regering met betrekking tot de naleving van de basisvoorwaarden van artikel 92, lid 3, sub c, vijf punten naar voren gebracht:

1. het Belgische plan handhaaft enkel de status quo;

2. steunmaatregelen zijn niet noodzakelijk;

3. het Belgische plan biedt geen garantie dat het enkel zal worden toegepast op ondernemingen die op de lange duur concurrentievermogen zullen hebben;

4. het plan voorziet niet in een geleidelijke afneming van de steun;

5. het voorziet in zo'n grote mate van staatsdeelneming, dat het de bestaande structuur van de Belgische industrie eenvoudig in stand zal houden.

Met betrekking tot het eerste punt wordt opgemerkt, dat het „zeer de vraag is" of het Belgische plan structuurwijzigingen zal stimuleren, want het eigenlijke doel ervan is de beperking van het verlies van werkgelegenheid in de textiel- en kledingindustrie. Het plan bevat geen maatregelen om de overcapaciteit terug te dringen of om op andere terreinen werkgelegenheid te scheppen. De Commissie heeft zich onder meer beroepen op het feit, dat het plan steunde op een rapport dat in juni 1980 door het bureau McKinsey & Co. was opgesteld. De voorstellen van het rapport zouden gericht zijn op aanpassing van de produktie aan de trends op de internationale markt, modernisering van het machinepark, invoering van nieuwe technologie, diversificatie en een grotere concentratie op vernieuwing. Het lijkt mij niet nodig om dieper op dit rapport in te gaan, want beslissend is niet wat daarin staat, maar wat de Belgische regering heeft gedaan.

Geen van de stukken uit het dossier bevat gedetailleerde informatie over de vormen van herstructurering waarvoor goedkeuring kon worden verleend, of over de criteria die moesten worden aangelegd door de twee instanties die bevoegd waren om de plannen te toetsen, het Instituut van textiel en confectie van België en de Nationale maatschappij voor de herstructurering van de textiel- en confectie-industrie („ITCB", „NMTC"). Niettemin mocht de Commissie mijns inziens tot de conclusie komen, dat het plan naar alle verwachtingen de „ontwikkeling" van de Belgische textiel- en kledingindustrie, in de zin van artikel 92, lid 3, sub c, mogelijk zou maken. Omdat de feitelijke werking van het plan heel sterk zou afhangen van de wijze van optreden van het ITCB en de NMTC, heeft de Commissie er verstandig aan gedaan om het plan slechts voor een jaar goed te keuren en de werking ervan voortdurend te toetsen. Hoewel het tot stilstand brengen van de produk-

tiedaling en de beperking van het verlies van arbeidsplaatsen als de voornaamste doelstellingen van het plan worden genoemd, voorzag het wel dat het aandeel van de Belgische textiel- en kledingindustrie in de communautaire produktie over de gehele lijn terug zou lopen en dat een aantal banen zouden verdwijnen. Verwacht werd echter, dat het verlies van arbeidsplaatsen als gevolg van de herstructureringsmaatregelen ter verhoging van de produktiviteit kleiner zou zijn dan wanneer er helemaal niets werd ondernomen. Onder deze omstandigheden lijkt het mij, mede gezien het feit dat het aan het ITCB en de NMTC was overgelaten om de precieze vorm van de herstructurering te bepalen via individuele goedkeuringen, een te boude bewering om te zeggen dat het plan op geen enkele wijze structuurwijzigingen bevorderde.

Het tweede punt dat de Duitse regering naar voren brengt, is dat de moeilijkheden waarmee de Belgische industrie te kampen heeft, niet groter zijn dan die van de textiel- en kledingindustrie in andere Lid-Staten. België heeft nog steeds een overschot op de handelsbalans voor textiel en kleding en het niveau van investeringen per arbeidsplaats ligt nauwelijks onder het Duitse. Enkele takken van de Belgische industrie, die een goede concurrentiepositie bezitten, zijn niet van het plan uitgezonderd. Dit alles zou erop wijzen, dat enige vorm van steun aan de Belgische textiel- en kledingindustrie niet noodzakelijk is. Ter terechtzitting is opgemerkt, dat de meeste moeilijkheden waarmee de Belgische industrie te kampen had, als gevolg van de geleidelijke depreciatie van de Belgische munt zijn verdwenen en dat het plan reeds bij zijn tenuitvoerlegging in 1982 een anachronisme was.

Het plan verbindt de toekenning van steun niet aan maatregelen die uitsluitend gericht zijn op het behoud van de werkgelegenheid. Gaan er minder arbeidsplaatsen verloren, dan is dit een wenselijk gevolg, maar het is niet het voornaamste doel van het plan; het voornaamste doel is de herstructurering van de industrie. Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van de Duitse regering verklaard, dat de Belgische ondernemersverenigingen zich erover hadden beklaagd, dat het plan aan de hand van politieke en regionale criteria werd toegepast. Of dit zo is, en het Hof beschikt niet over bewijzen dat het zo zou zijn, is in casu niet relevant. De vraag of de beoordeling van de Commissie rechtmatig is, moet worden beantwoord aan de hand van de omstandigheden ten tijde van de beoordeling en niet aan de hand van latere gebeurtenissen.

De Commissie heeft de Belgische steunregeling goedgekeurd met het beding, dat voor de toekenning van steun aan ondernemingen die in bepaalde nader aangegeven sectoren van de textiel- en kledingindustrie werkzaam waren en die meer dan 50 werknemers in dienst hadden, voorafgaande aanmelding bij de Commissie noodzakelijk was (herenconfectie, dameskousen en -panty's, kamgarenspinnerijen, tapijten, fluweel en pluche, bouclé en chenille weefsels, badstof). De reden hiervoor was, dat de betrokken sectoren ofwel te kampen hadden met ernstige problemen op het gebied van de mededinging en met overcapaciteit binnen de Gemeenschap ofwel in België zeer gezond waren en een grotere

uitvoer dan invoer hadden. De Commissie heeft uiteengezet, dat zelfs als een bepaalde sector van de textiël- en kledingindustrie op gemeenschapsniveau kan worden geacht een betrekkelijk goede concurrentiepositie in te nemen, dit nog niet wil zeggen dat elke onderneming die op dit terrein werkzaam is, een sterke positie heeft. De Commissie wilde rekening houden met de situatie van de individuele ondernemingen in de betrokken sector. Op deze wijze kon zij rekening houden met het bijzondere gevaar voor mededingingsvervalsing, dat de steunverlening aan deze sectoren meebracht, en tegelijkertijd discriminatie van bepaalde ondernemingen voorkomen, waartoe een absoluut verbod van steunverlening zou leiden.

Ten aanzien van de in maart 1982 aangemelde steunregeling verlangde de Commissie echter wel, dat enkele van deze sectoren geheel van de regeling zouden worden uitgezonderd en dat, wat de andere betreft, voorafgaande aanmelding van de steunverlening enkel vereist was als het ging om een onderneming met meer dan 150 werknemers. Deze gewijzigde opstelling van de Commissie zou zijn ingegeven door ontwikkelingen die na de eerste beoordeling hadden plaatsgevonden. Hoewel deze verklaring mij niet geheel overtuigt, kan de Commissie dus geen inconsequent gedrag worden verweten. Er is echter een nog fundamenteler bezwaar tegen het feit dat de Commissie in 1981 heeft aanvaard dat deze sectoren in de steunregeling werden opgenomen.

Uit haar weergave van de situatie, zoals zij die in 1981 zag, lijkt te volgen dat de Commissie het verlenen van steun aan de betrokken sectoren niet verenigbaar achtte met de gemeenschappelijke markt. De werkelijke reden waarom men toestond dat deze sectoren in de regeling werden opgenomen, was dat men de mogelijkheid open wilde houden voor steunverlening aan een niet nader aangegeven aantal ondernemingen die zich in een zwakkere positie bevonden dan de sector als geheel, dit om discriminatie te voorkomen.

Mijns inziens kon de Commissie niet in redelijkheid menen dat steunverlening onder dergelijke omstandigheden verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, en wel om de volgende redenen. Om te beginnen spreekt artikel 92, lid 3, sub c, van steunmaatregelen die de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische „bedrijvigheid" bevorderen. Het spreekt niet van de ontwikkeling van „ondernemingen". Gezien moet dus worden naar de positie van een bepaalde sector in zijn geheel en niet naar de positie van enkele ondernemingen in die sector. In de tweede plaats is een steunmaatregel nog niet noodzakelijkerwijs verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wanneer zij enkel ten doel heeft veronderstelde discriminatie te vermijden. Artikel 92, lid 3, noemt de criteria die moeten worden gehanteerd. Het voorkomen van discriminatie is daar niet bij. De beslissing van de Commissie was dan ook onjuist voor zover steunverlening voor deze produkten werd goedgekeurd, en zelfs indien de beschikking niet in haar geheel nietig wordt verklaard, zou zij mijns inziens wel in zoverre nietig verklaard moeten worden.

Afgezien hiervan lijkt het in het tweede punt meer te gaan om de vraag of de ontwikkeling noodzakelijk was dan of overheidssteun gerechtvaardigd was.

Daarbij speelt mijns inziens niet zozeer de vraag of aan de voorwaarden van artikel 92, lid 3, sub c, is voldaan, maar gaat het om de algemene uitoefening van discretionaire bevoegdheid.

Als derde punt wordt naar voren gebracht, dat het plan zou berusten op het beginsel „back the winners", dat wil zeggen, dat enkel ondernemingen met een potentieel concurrentievermogen worden gesteund, maar dat het aspecifieke karakter van het plan en de afwezigheid van richtlijnen voor de herstructurering hiertegen pleiten en het de Commissie onmogelijk maken, te verzekeren dat enkel ondernemingen met concurrentievermogen steun ontvangen. Volgens de Commissie vloeit het beginsel „back the winners" voort uit het vereiste dat de steunmaatregel de ontwikkeling moet „vergemakkelijken". Zij wijst erop, dat op grond van het plan financiële steun niet willekeurig wordt verleend, maar selectief, op grond van een herstructureringsplan opgesteld door de onderneming die steun aanvraagt. De Belgische regering had met nadruk verklaard, dat enkel steun zou worden verleend aan ondernemingen die als gevolg van de herstructurering economisch gezond en winstgevend zouden worden. Wat zij hiermee bedoelde, werd nader uitgewerkt in een bijlage bij een nota van 10 september 1981, die bedoeld was als uitgangspunt voor een uiteenzetting van de Belgische delegatie op de multilaterale bijeenkomst van 17 september.

Inzetten op de winnaars is in deze context minstens even moeilijk als op de renbaan. Niettemin concludeert de Commissie mijns inziens terecht, dat een steunmaatregel enkel kan worden geacht de ontwikkeling te vergemakkelijken in de zin van artikel 92, lid 3, sub c, wanneer de begunstigden tenminste potentieel concurrerend zijn. Kent men steun toe aan ondernemingen die economisch niet gezond zijn, dan kan dit op lange termijn niet leiden tot een ontwikkeling van de door hen uitgeoefende economische bedrijvigheid. In casu mocht de Commissie verwachten, dat het Belgische plan tot gevolg zou hebben dat potentieel concurrerende ondernemingen steun kregen. Ik geloof niet, dat voor de controle op de toepassing van het plan een stelsel is gekozen dat de Commissie niet had mogen aanvaarden.

In de vierde plaats wordt naar voren gebracht, dat de steun degressief moet zijn, wil men via financiële steun het concurrentievermogen van een onderneming herstellen; het Belgische plan bevat echter geen enkele bepaling van die strekking. De Commissie erkent, dat steunmaatregelen als de onderhavige tijdelijk en degressief moeten zijn omdat zij anders gewoonweg het draaiend houden van de onderneming financieren en niet de herstructurering ervan. De Commissie achtte het niet noodzakelijk om op deze degressiviteit te staan, omdat zij het plan enkel voor een jaar goedkeurde. De degressiviteit van een steunmaatregel is, zo stelt zij, niet zo belangrijk wanneer het steunprogramma zo in de tijd is beperkt. Bovendien meent de Commissie, dat de vorm van de steunmaatregel degressiviteit meebrengt.

Afgezien van het feit dat de waarde van een rentevergoeding in de loop van de tijd met de terugbetaling van de hoofdsom afneemt, wijst niets erop, dat de steun die op grond van het Belgische plan werd toegekend, degressief was. Wanneer een deel van de steun wordt gegeven in de vorm van een deelneming

in het aandelenkapitaal, is het moeilijk om een regeling te treffen waarbij de steun geleidelijk afneemt, tenzij men voorziet in terugbetaling van het aandelenkapitaal in bepaalde fasen, wat hier echter niet is gebeurd. Anderzijds acht ik degressiviteit geen wezenlijke voorwaarde voor een goedkeuring voor korte duur. Bij onderzoek van het plan voor de overige vier jaren zouden andere overwegingen gelden. Ik acht de beslissing van de Commissie op dit punt niet principieel onjuist.

In de vijfde plaats wordt aangevoerd, dat bij een te grote overheidssteun het gevaar bestaat dat steunontvangende ondernemingen hun beslissingen niet meer op zuiver commerciële basis zullen nemen en de steun eenvoudig de status quo zal handhaven. Wil men dat investeringen worden gedaan op grond van verantwoorde beleidsbeslissingen, dan is het van wezenlijk belang dat het grootste deel van de financiering van herstructureringsmaatregelen voor rekening van de onderneming zelf komt. De Commissie is het eens met het standpunt, dat ondernemingen zich zoveel mogelijk op eigen krachten aan de economische situatie moeten aanpassen. Daarom moet de „intensiteit" van de steunmaatregel beperkt blijven tot hetgeen voor de vergemakkelijking van de ontwikkeling strikt noodzakelijk is. Tussen partijen bestaat enige onenigheid over de vraag wat de juiste methode is voor de berekening van de intensiteit van het Belgische plan. Hier hoeft mijns inziens niet verder op te worden ingegaan. Het probleem dat partijen verdeeld houdt, kan niet met een eenvoudig ja of nee worden opgelost. Of de intensiteit van het steunmaatregel te groot is, is een kwestie van gradatie en daarmee een zaak die binnen de discretionaire bevoegdheid van de Commissie valt.

Ingevolge artikel 92, lid 3, mag de steunmaatregel de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt, niet „zodanig" veranderen dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad. In zaak 47/69 (Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1970, blz. 487) lijkt het Hof dit aldus te hebben opgevat, dat enkel behoeft te worden nagegaan of de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt, in die zin zijn veranderd, en dat deze voor het gemeenschappelijk belang nadelige verandering niet behoeft te worden afgewogen tegen de positieve gevolgen van de voorgenomen steunmaatregel.

De Duitse regering stelt dat, waar de textiel- en kledingindustrie in alle Lid-Staten te lijden heeft onder een stagnerende vraag; het Belgische plan de Belgische industrie een kunstmatig en ongerechtvaardigd concurrentievoordeel geeft ten koste van de textiel- en kledingindustrie van de andere Lid-Staten, die het zonder steunregeling moeten doen. Dit zal leiden tot een behoud van banen in België, die ten koste gaat van andere Lid-Staten, en het zal het economische probleem van de textiel- en kledingindustrie eenvoudig van de ene naar de andere Lid-Staat verschuiven. Ter terechtzitting is meegedeeld, dat in 1983 in de Duitse textiel- en kledingindustrie 1 400 banen meer verloren zijn gegaan dan verwacht. De gegevens waarover het Hof beschikt, zijn echter onvoldoende om dit rechtstreeks aan het Belgische plan toe te schrijven. De Duitse regering is ook bevreesd voor een explosieve toename van nationale steunregelingen in de textiel- en kledingsector.

Het verweer van de Commissie is, dat de herstructurering van de textiel- en kledingindustrie van de grootste betekenis is voor het gemeenschappelijk belang en dat het Belgische plan, in de vorm

waarin het door de Commissie is goedgekeurd en met zijn tot één jaar beperkte geldingsduur, een reële bijdrage levert aan de herstructurering van de Belgische industrie en bijgevolg het gemeenschappelijk belang dient. De Commissie maakte haar goedkeuring niettemin afhankelijk van enkele voorwaarden die moesten verzekeren dat de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvond, niet zodanig werden veranderd, dat het gemeenschappelijk belang zou worden geschaad:

1. andere vormen van steun dan in het plan aangegeven, mochten niet worden toegepast,

2. de produktie van kunstvezels en garen werd van de regeling uitgesloten,

3. voor toekenning van steun aan bepaalde sectoren was een voorafgaand onderzoek en voorafgaande goedkeuring door de Commissie vereist.

Hoewel de Commissie uiteindelijk tot de conclusie kwam dat de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvond, niet zodanig door het plan werden veranderd, dat het gemeenschappelijk belang werd geschaad, bevat de brief van 18 november 1981 passages die erop lijken te wijzen, dat de Commissie de schadelijke gevolgen van het plan voor het gemeenschappelijk belang heeft afgewogen tegen de positieve gevolgen voor de Belgische economie.

Dit tast de beschikking van de Commissie niet noodzakelijkerwijze aan indien het plan in zijn goedgekeurde versie de facto het gemeenschappelijk belang niet schaadt.

Het betoog van de Duitse regering komt kort gezegd hierop neer, dat een steunprogramma dat door een Lid-Staat wordt vastgesteld om de ontwikkeling van een bepaalde industrietak te vergemakkelijken, schadelijk is voor het gemeenschappelijk belang omdat 1. het deze tak van nationale industrie een concurrentievoordeel verschaft; 2. het de economische problemen van de industrie in andere Lid-Staten vergroot, en 3. het andere Lid-Staten aanmoedigt tot de vaststelling van soortgelijke steunprogramma's. Dit laatste punt is nogal algemeen en zou, als het juist was, goedkeuring van steunmaatregelen op grond van artikel 92, lid 3, sub c, praktisch onmogelijk maken. De concrete kritiek van de Duitse regering op het plan richt zich in hoofdzaak op de omvang van de beschikbare financiële steun en het ontbreken van adequate middelen om de werking van het plan te controleren. Wat dit eerste punt betreft, heeft de Commissie de omvang van het steunplan onjuist beoordeeld door, mijns inziens ten onrechte, de voorziene kapitaalinjecties buiten beschouwing te laten omdat deze geen „steunmaatregelen" zouden zijn. De gestelde omstandigheid, dat de Commissie er niet in zou zijn geslaagd om te voorzien in een adequate controle op de werking van het plan, is mijns inziens geen factor die van invloed is op de vraag of het plan zelf verenigbaar is met het gemeenschappelijk belang. Zowel de beslissing om een plan verenigbaar te verklaren met de gemeenschappelijke markt als de beslissing om het aan een voortdurende toetsing te onderwerpen, zijn zaken die behoren tot de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie.

Hierbij moet worden opgemerkt, dat een groot aantal details ter sprake is gebracht die mijns inziens in wezen de Commissie aangaan en niet zozeer het Hof.

Concluderend ben ik van mening, dat de beslissing van de Commissie om het Belgische plan op grond van artikel 92, lid 3, sub c, verenigbaar te achten met de gemeenschappelijke markt, nog afgezien van haar eventuele formele gebreken, nietig moet worden verklaard omdat de Commissie een onjuiste uitlegging heeft gegeven aan artikel 92, lid 1, met betrek-

king tot de in het plan voorziene kapitaalinjecties. Subsidiair zou dat deel van de goedkeurig, dat betrekking heeft op de hiervoor genoemde bijzondere sectoren, nietig moeten worden verklaard. Afgezien hiervan blijkt mijns inziens uit de wijze waarop de Commissie haar algemene discretionaire bevoegdheid heeft uitgeoefend, niet van andere vormen van misbruik van bevoegdheid of van kennelijke dwaling.

Blijft nog te bespreken, de subsidiaire vordering van de Duitse regering, op grond van artikel 175. Krachtens deze bepaling kan beroep worden ingesteld, indien

1. de verwerende instelling tot handelen is uitgenodigd

   en

2. zij niet binnen twee maanden haar standpunt heeft bepaald.

In casu wordt gesteld, dat de Commissie tot handelen is uitgenodigd tijdens de bijeenkomst op 4 december 1981 van de Duitse minister van Economische zaken met het voor mededingingsaangelegenheden bevoegde lid van de Commissie. De Duitse regering erkent, dat de Commissie tijdens deze vergadering niet expliciet tot handelen is uitgenodigd: in de diplomatie zou het usance zijn, dergelijke uitnodigingen tot handelen in bedekte termen te uiten. Dit is mijns inziens voldoene om de vordering niet-ontvankelijk te verklaren. Nog ervan afgezien of een uitnodiging tot handelen schriftelijk moet worden gedaan, zoals sommigen stellen (zie Bebr, Development of Judicial Control of the European Communities, blz. 166, en Schermers, Judicial Protection in the European Communities, blz. 29, derde druk, paragraaf 333), wat mijns inziens als algemene regel zou moeten worden aanvaard, moet de uitnodiging in ieder geval op voldoende duidelijke wijze worden gedaan, zodat de verwerende instelling beseft dat zij tot handelen wordt uitgenodigd in de zin van artikel 175. Op grond van hetgeen de Duitse regering zelf te dien aanzien aanvoert, kan niet worden gezegd dat dit hier is gebeurd. Hoe dit ook zij, de Commissie heeft de Duitse regering bij brief van 7 januari 1982 op de hoogte gesteld van haar standpunt met betrekking tot het Belgische plan. Aan de tweede voorwaarde voor de ontvankelijkheid voor een beroep op grond van artikel 175 is dus niet voldaan. Dit beroep moet dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard. De Duitse regering kon nog steeds haar rechtspositie beschermen door de instelling van een beroep tot nietigverklaring, hetgeen zij heeft gedaan.

Desondanks ben ik van mening dat de beschikking van de Commissie op eerdergenoemde gronden nietig moet worden verklaard en dat de Commissie moet worden veroordeeld in de kosten van het geding.