CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 27 juni 1989 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De onderhavige prejudiciële verwijzing heeft betrekking op de uitlegging van een aantal aspecten van de handelsregeling inzake de beperkingen op de uitvoer van stalen buizen en pijpen uit de Gemeenschap naar de Verenigde Staten van Amerika. Deze regeling vloeit voort uit een samenstel van internationale en communautaire bronnen. Bovendien moeten voor de beantwoording van de door de nationale rechter gestelde vragen een aantal tekstuele en feitelijke elementen worden onderzocht. Ik acht het dan ook opportuun — al wordt mijn betoog hierdoor wellicht wat „zwaar" —, allereerst een korte samenvatting te geven van de feiten en — vooral — de toepasselijke bepalingen in grote lijnen uiteen te zetten.

2. Op 7 januari 1985 sloten de EEG en de Verenigde Staten in de vorm van een briefwisseling een regeling waarbij de communautaire uitvoer van stalen buizen en pijpen onder bepaalde voorwaarden werd beperkt. Door deze regeling, die in wezen de eerdere regeling uit 1982 verving, kwam er — althans tijdelijk — een einde aan een felle en langdurige „strijd", die zijn hoogtepunt had bereikt in 1984, toen de Amerikaanse regering een algeheel invoerverbod voor in de Gemeenschap geproduceerde stalen buizen en pijpen afkondigde. [1]

Het met de regeling van 7 januari 1985 (die aanvankelijk tot 31 december 1986 gold, maar vervolgens tot september 1989 werd verlengd) bereikte compromis bestaat hierin, dat de Gemeenschap haar uitvoer van stalen buizen en pijpen beperkt tot 7,6% van het zichtbare verbruik van de Verenigde Staten. Dit betekent een verhoging ten opzichte van het voorheen toegepaste maximum van 5,9%. Binnen dit maximum van 7,6% is er een maximum van 10% (van het zichtbare verbruik van de Verenigde Staten) voorzien voor een speciaal type buizen dat bij de oliewinning wordt gebruikt (Oil country tubular goods, hierna: OCTG).

Punt 7 van de (bij verordening nr. 59/85 van de Raad van 9 januari 1985 [2] goedgekeurde) briefwisseling bepaalt bovendien, dat de exporten zullen worden onderworpen aan een bij gemeenschapsverordening in te stellen vergunningenstelsel.

Ter uitvoering van deze bepaling stelde de Raad nog dezelfde dag — 9 januari 1985 — verordening nr. 60/85 vast. [3] De derde overweging van deze verordening luidt als volgt:

„Overwegende dat het om redenen van praktische administratieve aard noodzakelijk is de hoeveelheden waartoe de Gemeenschap haar uitvoer zal beperken over de

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Voor een analyse van de regeling van 1982 en haar gevolgen, zie met name: 1) Pogany, I.: „Steel wars' vs ‚Star wars': the impact of voluntary export restraints on the GATT", in: *Current issues in international business law*, 1988; 2) Levine, M. K.: *Inside international trade policy formulation; A history of the 1982 US-EC steel arrangements*, 1985; 3) Benyon, F. en Bourgeois, J.: „The European Community United States steel arrangement", in *Common Market Law Review*, 1984.

2 — PB 1985, L 9, blz. 1.

3 — PB 1985, L 9, blz. 13.

Lid-Staten te verdelen; dat het te dien einde dienstig is een verdeelsleutel vast te stellen; dat het vervolgens de taak van de Lid-Staten is de hoeveelheden die hun aldus zijn toegekend aan de hand van objectieve criteria aan de ondernemingen toe te wijzen."

In de vierde en de vijfde overweging wordt verklaard:

„Overwegende dat door het gebruik van communautaire beperkingen gebaseerd op een verdeling over de Lid-Staten volgens deze voorwaarden, het communautaire karakter van deze beperkingen kan worden gewaarborgd;

Overwegende dat bij de verdeling over de Lid-Staten van de totale door de regeling geboden uitvoermogelijkheden rekening moet worden gehouden met de traditionele handelsstromen."

Artikel 2 van verordening nr. 60/85 bevestigt, welke maxima gelden voor de uitvoer van stalen buizen en pijpen in het algemeen en van OCTG-buizen (namelijk de bovengenoemde percentages van 7,6 respectievelijk 10%).

Artikel 3 bepaalt vervolgens: „De Commissie verdeelt de kwantitatieve uitvoermaxima ... overeenkomstig bijlage III." Volgens bijlage III wordt Duitsland voor stalen buizen en pijpen een quotum van 2,82% (van het verbruik van de Verenigde Staten) toegekend. Italië beschikt over een quotum van 2%; aan de andere Lid-Staten worden lagere quota toegekend (Frankrijk 0,93%, Griekenland 0,52%, België 0,48%, Verenigd Koninkrijk 0,40%, Nederland 0,28%, Luxemburg 0,17%, Denemarken en Ierland 0%). Met betrekking tot OCTG-buizen bepaalt bijlage III: „Over de verdeling wordt vóór 31 januari 1985 door de Raad ... beslist." De Raad zou echter uiteindelijk pas op 6 augustus 1985, na een reeks nieuwe aanvaringen met de Verenigde Staten, bij verordening nr. 2355/85 [4] de quota voor de OCTG-buizen vaststellen.

Artikel 5 van verordening nr. 60/85 bevat de bepalingen betreffende het stelsel van uitvoervergunningen, waarvan de invoering, zoals gezegd, reeds in de eerdere briefwisseling was voorzien. Zo bepaalt met name artikel 5, lid 2:

„De vergunningen worden afgegeven volgens onderstaande criteria:

— het in acht nemen van de regels voorgeschreven bij deze verordening, met name die betreffende het quotum dat door de Commissie krachtens artikel 3 werd toegewezen,

— het in acht nemen van de traditionele uitvoerstromen van de ondernemingen, rekening houdende met de bij deze verordening vastgestelde beginselen van verlaging, en eventueel met de situatie van nieuwe producenten van buizen en pijpen,

— het in acht nemen van de uitvoerstromen naar de Verenigde Staten en de traditionele spreiding daarvan over het jaar,

4 — PB 1985, L 222, blz. 1.

— het optimale gebruik en het optimale beheer van de door deze verordening geboden uitvoermogelijkheden,

— het optimale gebruik van eventuele nieuwe mogelijkheden waarin, in voorkomend geval, door deze verordening wordt voorzien.

..."

Het is van belang erop te wijzen, dat artikel 5, lid 2, later is gewijzigd bij verordening nr. 3686/87 van de Raad van 8 december 1987.[5] De tweede en de derde overweging van deze verordening luiden als volgt:

„Overwegende dat er economische banden bestaan tussen ondernemingen in de Gemeenschap en hun dochtermaatschappijen in de Verenigde Staten, aangezien die dochtermaatschappijen door de communautaire ondernemingen worden voorzien van half afgewerkte buizen voor de vervaardiging van buizen; dat bij de verdeling van het communautaire quotum over de Lid-Staten, zoals deze is opgenomen in bijlage III bij voornoemde verordening, rekening is gehouden met de bijzondere situatie van de ondernemingen die een dochtermaatschappij in de Verenigde Staten hebben;

Overwegende dat bij de vaststelling van de criteria voor de verdeling van de vergunningen rekening moet worden gehouden met deze bijzondere situatie; dat derhalve aan de lijst van criteria voor de afgifte van de vergunningen door de Lid-Staten het geval dient te worden toegevoegd van communautaire ondernemingen die een dochtermaatschappij in de Verenigde Staten van Amerika hebben welke door de moedermaatschappij van half afgewerkte buizen voor de vervaardiging van buizen wordt voorzien."

Om die redenen is artikel 5, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 60/85 vervangen door:

„— het in acht nemen van de traditionele uitvoerstromen van de ondernemingen, rekening houdende met de bij deze verordening vastgestelde beginselen van verlaging en eventueel met de situatie van nieuwe producenten van buizen en pijpen en van ondernemingen die een dochtermaatschappij in de Verenigde Staten hebben welke zij voorzien van half afgewerkte buizen voor de vervaardiging van buizen."

3. De Bondsrepubliek Duitsland ging overeenkomstig verordening nr. 60/85 over tot de afgifte van uitvoervergunningen en baseerde zich daarbij hoofdzakelijk op het in artikel 5, lid 2, tweede streepje, genoemde criterium van de „traditionele uitvoerstromen". Als referentieperiode hield zij de jaren 1979-1984 aan. Vóór de verdeling van het Duitse quotum (2,82% van het verbruik van de Verenigde Staten) trokken de Duitse autoriteiten hiervan een hoeveelheid van 20 000 ton af, die werd toegewezen aan de vennootschap Hoesch AG (hierna: Hoesch) voor de levering van OCTG-buizen aan een Texaanse dochtermaatschappij.

Op 13 mei 1985 verzocht de vennootschap Bergrohr GmbH (hierna: Bergrohr) de Duitse autoriteiten om uitvoervergunningen voor een totale hoeveelheid van 35 378 ton buizen en pijpen, ten einde een met een Amerikaanse onderneming gesloten overeenkomst te kunnen naleven. Volgens de berekening van de Duitse autoriteiten kon Bergrohr op basis van haar eerdere exporten voor de periode 1985-1986 slechts aanspraak maken op uitvoervergunningen voor 3 308 ton. Aangezien Bergrohr deze hoe-

5 — PB 1987, L 346, blz. 26.

veelheid evenwel reeds had gebruikt voor de vrijgifte van buizen waarvan de uitvoer ingevolge het door de Amerikaanse regering op 30 november 1984 afgekondigde algehele invoerverbod was geblokkeerd, werd haar verzoek afgewezen.

Bergrohr kwam evenwel tegen deze beslissing in beroep en betoogde, dat zij ten gevolge van ingrijpende veranderingen in haar economische en vennootschapsrechtelijke structuur als „nieuwe producent" in de zin van artikel 5, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 60/85 had moeten worden aangemerkt. Die hoedanigheid had haar met name op grond van de navolgende elementen moeten worden toegekend:

— de (in 1981 gestarte en in 1983 voltooide) bouw van een nieuwe fabriek te Dillingen, in samenwerking met de vennootschap Dillinger Hüttenwerke;

— de verhoging van haar maatschappelijk kapitaal van 7,5 miljoen tot 30 miljoen DM, met een 50%-deelneming van Dillinger;

— de benoeming van een nieuwe raad van commissarissen („Aufsichtsrat") met als voorzitter een vertegenwoordiger van Dillinger;

— de zeer aanzienlijke uitbreiding van de produktiecapaciteit, van 250 000 ton in de vroegere fabrieken tot 650 000-850 000 ton al naargelang de mate waarin de installaties worden benut;

— het feit dat de fabriek te Dillingen speciaal was toegerust voor de vervaardiging — zich met behulp van nieuwe produktietechnieken — van een nieuw produkt, namelijk grote buizen en pijpen met een wanddikte van meer dan 25 mm.

Bergrohr is van mening, dat de erkenning als „nieuwe producent" haar aanspraak zou hebben gegeven op uitvoervergunningen voor grotere hoeveelheden dan thans het geval is bij de enkele toepassing van het criterium van de „traditionele uitvoerstromen".

4. Behalve de vraag, of Bergrohr als „nieuwe producent" kon worden aangemerkt, kwam in de procedure voor de nationale rechter nog een ander aspect aan de orde: de rechtmatigheid van de aan Hoesch voorbehouden bijzondere hoeveelheid van 20 000 ton. Bergrohr was hier namelijk tegen opgekomen met het argument, dat ook die 20 000 ton hadden moeten worden verdeeld over de ondernemingen die een aanvraag hadden ingediend volgens de in verordening nr. 60/85 genoemde algemene criteria voor de afgifte van vergunningen.

Deze twee vragen werden in eerste aanleg en in hoger beroep verschillend beantwoord. Het Bundesverwaltungsgericht, waaraan de zaak vervolgens werd voorgelegd, achtte voor de oplossing van het geschil een nadere uitlegging van de in geding zijnde regeling noodzakelijk. Het besloot dan ook de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) a) Kunnen ‚nieuwe producenten van buizen en pijpen' in de zin van artikel 5, lid 2, van verordening (EEG) nr. 60/85 van de Raad van 9 januari 1985 (PB 1985, L 9, blz. 13) ook ondernemingen zijn die tot dusver weliswaar reeds stalen buizen en pijpen hebben vervaardigd, maar

die, met behoud van hun rechtsvorm en firmanaam, belangrijke vennootschap srechtelijke en economische veranderingen hebben ondergaan, onder meer door opneming van een nieuwe vennoot, door een aanzienlijke kapitaalsverhoging en door de vestiging van een nieuwe fabriek met een hoge extra produktiecapaciteit?

b) Indien vraag a bevestigend wordt beantwoord: staat dan aan de erkenning van een dergelijke onderneming als nieuwe producent van stalen buizen en pijpen in de weg, dat de omstandigheden waaraan deze hoedanigheid wordt ontleend, reeds lang voor de inwerkingtreding van de uitvoerbeperkingen bestonden, maar in die periode niet zijn te baat genomen om naar de Verenigde Staten te exporteren?

c) Indien vraag b ontkennend wordt beantwoord: hoe moeten de nationale autoriteiten in het kader van de hun bij artikel 5, lid 2, van verordening (EEG) nr. 60/85 voor de verdeling toegekende beoordelingsmarge dan rekening houden met de situatie van een dergelijke nieuwe producent van stalen buizen en pijpen?

2) Kan uit deel II van het door de Raad op 29 december 1984 via de schriftelijke procedure vastgestelde besluit houdende machtiging om op basis van de in deel I vervatte aanwijzingen met de Verenigde Staten onderhandelingen te voeren over een regeling inzake de uitvoer van stalen buizen en pijpen en om de totale hoeveelheid van 7,6% van de Amerikaanse markt overeenkomstig deel II te verdelen (nr. 17 van het maandelijks overzicht van de via de schriftelijke procedure goedgekeurde teksten, december 1984), alleen of in samenhang met artikel 5, lid 2, van verordening (EEG) nr. 60/85 worden afgeleid, dat de Bondsrepubliek Duitsland verplicht of bevoegd was, voor de jaren 1985 en 1986 uit haar nationale uitvoerquotum van 2,82% aan een bepaalde producent vooraf een bijzondere hoeveelheid van 20 000 ton toe te wijzen?"

5. In het eerste onderdeel van de eerste prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof om uitlegging van het begrip „nieuwe producent".

Dienaangaande zij eraan herinnerd — voor nadere gegevens wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting —, dat volgens Hoesch, de Duitse en de Italiaanse regering de hoedanigheid van nieuwe producent slechts aan twee soorten ondernemingen kan worden toegekend: *nieuw* opgerichte ondernemingen voor de vervaardiging van buizen en pijpen, en reeds bestaande, maar tot dusver in andere sectoren werkzame ondernemingen die voor het eerst de produktie van buizen en pijpen ter hand nemen.

Dit zou voortvloeien uit de bewoordingen van de betrokken bepaling: alléén degene die voorheen geen buizen en pijpen vervaardigde, kan als „nieuwe producent" worden aangemerkt. Deze uitlegging zou echter vooral worden geboden door de *ratio* van de bepaling. Het systeem van de verdeling van de vergunningen binnen de afzonderlijke Lid-Staten zou er namelijk op gericht zijn, de bestaande concurrentieverhoudin-

gen te handhaven binnen het kader van de „bevriezing" van de samenstelling van de uitvoerstromen van buizen en pijpen naar de Verenigde Staten. De inachtneming van de „traditionele uitvoerstromen" zou dus de regel zijn, en de enige uitzondering daarop — namelijk die betreffende de „nieuwe producent" — zou restrictief moeten worden uitgelegd. De inachtneming van de „traditionele uitvoerstromen" zou overigens ook uit een oogpunt van billijkheid en uit economisch oogpunt een gerechtvaardigd criterium zijn: op die manier worden de uit de contingenteringsregeling voortvloeiende lasten immers eerlijk verdeeld en krijgen de ondernemingen die in de voorgaande jaren op de Amerikaanse markt het meest succesvol zijn geweest, ook hogere quota toegekend.

Kortom, als „nieuwe producent" zou enkel die onderneming kunnen worden aangemerkt, die in een van de twee bovengenoemde categorieën kan worden ingedeeld en die dus in het verleden *geen* referentiehoeveelheid heeft kunnen opbouwen. Anderzijds zou het in strijd zijn met het uitzonderingskarakter van de bepaling — en meer in het algemeen met de beoogde instandhouding van de marktposities van de ondernemingen die reeds op de markt aanwezig zijn — de hoedanigheid van „nieuwe producent" toe te kennen aan bestaande producenten die hun economisch-juridische structuur, hoe ingrijpend ook, hebben gewijzigd. Bovendien zou de beantwoording van de vraag, of in een concreet geval de door een onderneming ondergane wijzigingen al dan niet van voldoende gewicht zijn om die onderneming als „nieuwe producent" te kunnen aanmerken, een onderzoek vergen waarvan de uitkomst onvoorspelbaar is en dat dermate complex is, dat het op gespannen voet komt te staan met de voor de afgifte van de betrokken vergunningen vereiste snelheid en eenvoud.

6. Ik kan deze opvatting niet onderschrijven.

In de eerste plaats is zij gebaseerd op de premisse, dat met de in artikel 5 van genoemde verordening neergelegde regeling voor de verdeling van de vergunningen in beginsel — enkele zeer uitzonderlijke gevallen daargelaten — wordt beoogd, de respectieve posities van de ondernemingen die betrokken zijn bij de handel in stalen buizen en pijpen met de Verenigde Staten, te bevriezen. Die premisse lijkt ongegrond.

Aangezien een regeling tot beperking van de internationale handel de vrijheid van economisch initiatief en de vrije mededinging belemmert, mogen de aan de ondernemingen opgelegde beperkingen in beginsel niet verder gaan dan strikt noodzakelijk is voor de toepassing van die regeling.

Doordat de regeling met de Verenigde Staten voorziet in een communautair maximum voor de uitvoer, dat weer is onderverdeeld in nationale maxima, impliceert zij echter reeds een duidelijke en merkbare beperking van de handelingsvrijheid van de betrokken marktdeelnemers. Die regeling vormt dus al naar haar aard een negatieve factor voor de algehele ontwikkeling van de sector. Zij vindt evenwel haar rechtvaardiging in de aanhoudende conflicten die de handelsbetrekkingen tussen de EEG en de VS in de staalsector hebben gekenmerkt. Gelet op de problemen waarmee de producenten in de Verenigde Staten nog steeds hebben te kampen, mag dan ook worden aangenomen, dat de handelsbetrekkingen tussen de beide oevers van de Atlantische oceaan zich — althans in de staalsector — in een voor de Europese ondernemingen nog ongunstiger richting zouden hebben ontwikkeld, indien de beperkingsovereenkomst niet was gesloten.

Dit betekent, dat de door de Gemeenschap aanvaarde kwantitatieve beperkingen de „prijs" zijn die moet worden betaald om de

continuïteit van de afzetmogelijkheden voor de Europese staalindustrie — zij het op een zeer laag niveau — te waarborgen. Zoals ik al zei, *betekent dit evenwel niet, dat aan deze kwantitatieve beperkingen andere marktbeperkende factoren mogen worden toegevoegd, die niet in de regeling vervat liggen en — wat het belangrijkste is — niet noodzakelijk zijn voor de toepassing van die regeling.*

7. Het is met name duidelijk, dat de toepassing van de regeling niet vereist, dat van *alle* communautaire staalondernemingen de uitvoerstromen naar de Verenigde Staten in belangrijke mate worden „bevroren".

De door de regeling opgelegde beperking is namelijk niet van *micro-economische*, maar van *macro-economische* aard. De regeling stelt bepaalde maxima vast en om de naleving daarvan te verzekeren, schrijft zij de invoering van een vergunningenstelsel voor. De verdeling van die vergunningen over de Lid-Staten en vervolgens over de ondernemingen is een zuiver interne aangelegenheid, waarbij de belangen van de Verenigde Staten geen rol spelen.

Bovendien zou de „bevriezing" van de marktposities van de Europese ondernemingen op micro-economisch vlak meebrengen, dat sommige ondernemingen zich louter op grond van hun positie bepaalde inkomsten weten te verschaffen, hetgeen allesbehalve een stimulans vormt voor commercieel initiatief of innovatie.

Kortom, de door mij van de hand gewezen opvatting zou beperkingen van het particulier initiatief en van de vrije mededinging tot gevolg hebben, die in geen van de relevante teksten met zoveel woorden zijn voorzien en die hoe dan ook niet noodzakelijk zijn voor de juiste uitvoering van de betrokken regeling.

Verder zou die opvatting een negatieve economische weerslag hebben, waarvan het schadelijke en onredelijke karakter zich des te sterker doet gevoelen, naarmate de geldigheidsduur van de regeling inzake de uitvoerbeperkingen wordt verlengd. Zoals hierboven is gezegd, is die in 1982 ingevoerde regeling, waarover in 1985 opnieuw werd onderhandeld, in haar huidige vorm tot september 1989 verlengd. Bovendien heeft de Commissie ter terechtzitting bevestigd, dat in de huidige omstandigheden een nieuwe verlenging waarschijnlijk lijkt.

Er is dus geen enkele reden om staande te houden, dat de verdeling van de vergunningen er in beginsel op gericht moet zijn, de respectieve marktposities van de exporterende ondernemingen in stand te houden. Anders dan de Duitse en de Italiaanse regering en Hoesch willen doen geloven, betekent dit, dat het criterium van de inachtneming van de „traditionele uitvoerstromen" niet noodzakelijkerwijs het karakter van een algemene regel heeft, waarop het geval van de „nieuwe producent" de enige, restrictief uit te leggen uitzondering zou zijn. Met betrekking tot dit specifieke punt wil ik er bovendien op wijzen, dat een dergelijke restrictieve interpretatie in feite erop neerkomt, dat de mogelijkheid om de komst van een „nieuwe producent" in aanmerking te nemen, nagenoeg volledig wordt uitgesloten. Het valt namelijk te betwijfelen, of een markt als de onderhavige wel openstaat voor nieuwe ondernemingen of voor reeds bestaande ondernemingen die voorheen op andere markten opereerden.

8. Dat de inachtneming van de traditionele uitvoerstromen niet het enige te hanteren criterium is, wordt bevestigd door de opzet van artikel 5.

Gelijk het Hof in zijn arrest van 17 maart 1987 (zaak 333/85, Mannesmann-Röhrenwerke, Jurispr. 1987, blz.

1381) overwoog, moeten de Lid-Staten bij de afgifte van de uitvoervergunningen binnen het vastgestelde maximum

„criteria in acht nemen die weliswaar objectief zijn, maar waarvan de uitvoering een zekere beoordelingsmarge inhoudt waarvan de omvang moet worden bepaald, rekening houdende met het *samenvallen van criteria van verschillende aard*" (eigen cursivering).

Deze rechtspraak preciseert wat overigens reeds voldoende duidelijk blijkt uit de bewoordingen van artikel 5, lid 2, namelijk dat de betrokken vergunningen door de nationale autoriteiten worden verdeeld op basis van een discretionaire beoordeling van een *samenstel van samenlopende criteria.*

Van deze criteria heeft dat van de inachtneming van de „traditionele uitvoerstromen" een *statisch* karakter. Dit neemt echter niet weg dat dit criterium, ofschoon het van bijzonder belang is voor de praktische uitvoerbaarheid van het systeem, in elk geval — en ook los van het geval van de „nieuwe producent" — in overeenstemming moet worden gebracht met overwegingen die betrekking hebben op aspecten die samenhangen met het *dynamische* karakter van de markt. Dit komt met name tot uitdrukking in de laatste twee streepjes van artikel 5, lid 2, volgens welke bij de afgifte van de vergunningen ook rekening moet worden gehouden met het *optimale gebruik en het optimale beheer* van de door de verordening geboden uitvoermogelijkheden. Men zou kunnen zeggen dat hierin niet zozeer het verlangen naar de enkele handhaving van bestaande marktposities doorklinkt, dan wel het streven om de vergunningen op een doeltreffende wijze te verdelen.

De gelijktijdige toepassing van genoemde criteria kan uiteraard ook tot met elkaar overeenstemmende resultaten leiden. Zo kan het namelijk in overeenstemming blijken te zijn met het beoogde optimale beheer van het nationale quotum, hogere uitvoervergunningen te verlenen aan de onderneming die ook in het verleden meer heeft geëxporteerd en daarmee blijk heeft gegeven van haar groter concurrentievermogen.

Het is echter evenzeer mogelijk, dat de toepassing van de betrokken criteria tot uiteenlopende resultaten leidt. Zo zou het bijvoorbeeld opportuun kunnen blijken, de quota van de grootste „traditionele exporteurs" proportioneel te verlagen, ten einde het quotum te kunnen verhogen van een onderneming die een bijzonder voordelig — en eventueel langlopend — contract voor de levering van stalen buizen en pijpen naar de Verenigde Staten in de wacht heeft kunnen slepen.

Het is juist in dergelijke gevallen, waarin de nationale autoriteit zich voor de moeilijke taak ziet gesteld uiteenlopende omstandigheden tegen elkaar af te wegen, dat de door het Hof toegekende beoordelingsmarge ten volle aan de dag treedt, een beoordelingsmarge waarvan de omvang, zoals ik al stelde, „moet worden bepaald, rekening houdende met het samenvallen van criteria van verschillende aard".

Samenvattend kan dus worden gesteld, dat in tegenstelling tot hetgeen is betoogd, de inachtneming van de „traditionele uitvoerstromen", ook wanneer men de verwijzing naar de „nieuwe producenten" buiten beschouwing laat, niet het enige criterium is dat in feite in aanmerking moet worden genomen. De afgifte van de vergunningen geschiedt op basis van een analyse van een geheel van factoren, waarbij samenlopende criteria moeten worden toegepast en waarbij, in het kader van de uitoefening van een discretionaire beoordelingsbevoegdheid, ook rekening moet worden gehouden met factoren van economische doeltreffendheid.

Dit bevestigt het eerder door mij naar voren gebrachte beginsel: in het kader van artikel 5 is de inachtneming van de traditionele uitvoerstromen een van de *middelen* aan de hand waarvan de vergunningen moeten worden verdeeld, en niet het *doel* van de verdeling zelf.

9. Gelet op het voorgaande moet ook de opvatting, als zou het begrip „nieuwe producent" — als enige uitzondering op een praktisch in alle gevallen toepasselijk algemeen criterium — restrictief moeten worden uitgelegd, van de hand worden gewezen.

In de logica van artikel 5 moet de bepaling betreffende de „nieuwe producenten" niet als een uitzondering worden beschouwd, maar als de verduidelijking van een bijzonder geval, waarin bij beoordelingen van statische aard rekening moet worden gehouden met omstandigheden die inherent zijn aan de dynamiek van de markt. Met andere woorden, de gemeenschapswetgever heeft enerzijds algemeen bepaald, dat de nationale autoriteiten altijd rekening moeten houden met eventuele nieuwe ontwikkelingen op de markt die van belang zijn voor het optimale beheer van de uitvoermogelijkheden, en heeft anderzijds die autoriteiten specifiek opgedragen, een bijzonder geval van marktontwikkeling in aanmerking te nemen, namelijk de situatie dat er een „nieuwe producent" op de markt verschijnt.

Uit deze expliciete bepaling lijkt voort te vloeien, dat wanneer een dergelijk geval zich voordoet, de Lid-Staten over een geringere beoordelingsmarge beschikken. Het zou de Lid-Staten dan namelijk niet zijn toegestaan, bij de verdeling van de vergunningen de positie van de „nieuwe producenten" buiten beschouwing te laten, zonder hiervoor een passende verklaring te geven.

Verder is de *ratio* van deze uitdrukkelijke bepaling vrij duidelijk. In dergelijke gevallen treedt er namelijk niet slechts een wijziging op in de *werking* van de markt (zoals in het geval van een onderneming die voorheen op de exportmarkt een onbeduidende plaats innam, maar die een nieuwe, belangrijke order in de wacht heeft weten te slepen), maar is er sprake van een verandering in de *structuur* van de markt. Het is dan ook logisch, dat, zoals ik al stelde, de nationale autoriteiten een dergelijke ontwikkeling niet volledig mogen negeren, al beschikken zij over een zekere beoordelingsvrijheid — hetgeen overigens niet afdoet aan hun motiveringsplicht — bij de beantwoording van de vraag, in hoeverre die ontwikkeling moet doorwerken bij de verdeling van de vergunningen.

Het feit, dat in artikel 5, lid 2, tweede streepje, met zoveel woorden wordt gesproken van de „nieuwe producenten", versterkt dus de verwachtingen van de marktdeelnemers wier marktpositie zich structureel heeft gewijzigd. Hiermee wordt immers niet alleen erkend, dat dergelijke ontwikkelingen van onbetwistbaar economisch belang zijn, maar ook, dat zulke veranderingen op een markt als de in casu in geding zijnde op aanzienlijke moeilijkheden stuiten. Die moeilijkheden hangen samen met de enorme kostprijs van dergelijke operaties en met de aanzienlijke investeringsrisico's die erbij komen kijken.

Maar wanneer dit de reden is, waarom het geval van de „nieuwe producenten" apart is geregeld, kan hieraan nog een ander argument worden ontleend tegen de restrictieve interpretatie, volgens welke met dit begrip enkel wordt gedoeld op ondernemingen die hetzij volkomen nieuw zijn, hetzij voorheen op andere markten opereerden.

Wanneer het inderdaad zo is, dat de verordening de verplichting behelst rekening te houden met een structurele verandering van

de markt, moet worden erkend, dat uit economisch oogpunt een dergelijke verandering zich niet alleen voordoet wanneer er een „newcomer" op de markt verschijnt, maar ook wanneer een reeds op de betrokken markt aanwezige onderneming door zeer grote investeringen haar vennootschapsrechtelijke en economische structuur radicaal wijzigt, nieuwe commerciële strategieën ontwikkelt en een produktiecapaciteit bereikt die niet met de vroegere capaciteit te vergelijken is.

Bij dergelijke veranderingen lijkt het zelfs evident, dat de marktstructuur niet meer dezelfde is als voorheen. Door de radicale wijzigingen is namelijk een *nieuwe concurrent* ontstaan, waardoor de marktpositie van de rivaliserende ondernemingen aanzienlijk wordt gewijzigd.

Het zou dan ook ongerijmd zijn te stellen, dat dergelijke ingrijpende veranderingen niet onder het in de verordening gehanteerde begrip „nieuwe producent" vallen; de structuur van de markt wordt door deze veranderingen immers minstens even sterk beïnvloed als door een verandering die is toe te schrijven aan het feit, dat er een onderneming op de markt verschijnt die voorheen andere goederen produceerde.

Gelijk de Commissie terecht heeft opgemerkt, is het bovendien moeilijk — zo niet onmogelijk — de scheidingslijn aan te geven tussen de gevallen waarin er sprake is van een radicale verandering in de produktie van de onderneming en in haar vennootschapsrechtelijke structuur, en die waarin er een nieuwe onderneming, en dus een ander rechtssubject, op de markt verschijnt. Het is immers zeer wel mogelijk, dat veranderingen als die welke in casu door Bergrohr zijn doorgevoerd, veranderingen die noodzakelijkerwijs zeer grote financiële offers vergen, niet alleen een economische en vennootschapsrechtelijke herstructurering tot gevolg hebben, maar ook aanleiding geven tot de oprichting van een echte „subsidiary" in de strikte zin des woords. In dit laatste geval, dat feitelijk gezien niet wezenlijk anders is, staat het buiten kijf, dat er sprake is van een ander rechtssubject, aan wie de hoedanigheid van „nieuwe producent" niet kan worden onthouden.

Het zou evenwel onredelijk zijn en niet in overeenstemming met een juiste uitlegging van de relevante bepalingen van de betrokken verordening, de afgifte van uitvoervergunningen voor extra hoeveelheden *uitsluitend* afhankelijk te stellen van een wijziging van de formeel-juridische structuur van de onderneming zonder rekening te houden met de wezenlijke veranderingen die zich op de markt hebben voorgedaan. Een dergelijk resultaat zou niet alleen op gespannen voet staan met de logica van de verordening, maar zou bovendien *discriminerend* zijn, aangezien het leidt tot een ongelijke behandeling van situaties die uit economisch oogpunt in wezen analoog zijn.

De Duitse regering betoogt, dat indien de hoedanigheid van „nieuwe producent" ook werd toegekend aan ondernemingen die ingrijpende structurele wijzigingen hebben ondergaan, de nationale autoriteiten uitermate ingewikkelde analyses zouden moeten gaan verrichten, waarvoor de in de verordening voorziene termijn voor de afgifte van de vergunningen in geen geval toereikend is.

Ook deze opmerking lijkt mij niet doorslaggevend. In de eerste plaats lijkt de beantwoording van de vraag, of er sprake is van een „nieuwe producent", in een geval als het onderhavige geen werkelijke problemen

op te leveren. De door Bergrohr doorgevoerde veranderingen zijn dermate ingrijpend en in het oog springend, dat er geen twijfel over kan bestaan, dat de structuur van de markt is veranderd.

Meer in het algemeen zij opgemerkt, dat — zoals het Hof in genoemd arrest Mannesmann-Röhrenwerke heeft bevestigd — de verordening zelf de nationale autoriteiten verplicht, de vergunningen af te geven op basis van een discretionaire beoordeling aan de hand van verschillende samenlopende criteria. Zoals we zagen, moet bij een aantal van deze criteria ook rekening worden gehouden met economische factoren die inherent zijn aan de dynamiek van de betrokken markt; het hiervoor te verrichten onderzoek is zeker niet gemakkelijker dan dat wat moet worden gedaan in verband met het thans aan de orde zijnde probleem.

Al met al ben ik van mening, dat het begrip „nieuwe producent" in de zin van artikel 5, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 60/85 mede omvat het geval van een onderneming die weliswaar reeds buizen en pijpen vervaardigde, maar door een economische en vennootschapsrechtelijke herstructurering haar produktiecapaciteit aanzienlijk heeft uitgebreid en er daardoor in is geslaagd, haar marktpositie ten opzichte van die van haar concurrenten aanmerkelijk te wijzigen.

10. Nu ik het eerste onderdeel van de eerste vraag bevestigend heb beantwoord, moet ik thans het volgende onderdeel bespreken.

Dienaangaande merkt de verwijzende rechter op, dat de vernieuwingen die de erkenning van Bergrohr als „nieuwe producent" kunnen rechtvaardigen, ongeveer een jaar voor de inwerkingtreding van de beperkingsovereenkomst zijn doorgevoerd. Hij vraagt zich dan ook af, of deze omstandigheid in casu een belemmering vormt om Bergrohr als „nieuwe producent" aan te merken.

De nationale rechter stelt bovendien vast, dat er weinig tijd is verstreken tussen de voltooiing van de herstructurering van de onderneming en de totstandkoming van de Euro-Amerikaanse regeling, en dat een onderneming die haar produktiestructuren compleet heeft gewijzigd, normaal gesproken een zekere tijd moet worden gegund om die wijzigingen in feitelijke economische activiteit en daarmee ook in nieuwe uitvoerstromen om te zetten. Zo heeft Bergrohr met name beklemtoond, dat op de betrokken markt de inlooptijd van een op een herstructurering van de produktiemiddelen gebaseerd project ongeveer anderhalf jaar bedraagt.

Al waren de nieuwe installaties in casu reeds vóór het sluiten van de Euro-Amerikaanse regeling voltooid, dit neemt nog niet weg, dat de in die installaties besloten liggende capaciteit pas op een later tijdstip effectief is geworden. In een dergelijk geval is de hoedanigheid van „nieuwe producent" eerst ná de inwerkingtreding van de uitvoerbeperkingen actueel geworden. Er is dus geen enkele reden om een dergelijk geval van de toepassing van artikel 5, lid 2, tweede streepje, uit te sluiten.

Ik wil er evenwel op wijzen, dat dit aspect door de nationale rechter moet worden beoordeeld. Hij zal met name moeten nagaan, of de veranderingen in de onderneming inderdaad kort voor de inwerkingtreding van de regeling zijn doorgevoerd en dus pas in een later stadium resultaten hebben opgeleverd.

11. Met het derde onderdeel van de eerste vraag wenst de nationale rechter van het Hof te vernemen, of er niettegenstaande de beoordelingsmarge waarover de nationale autoriteiten bij de afgifte van de vergunningen beschikken, criteria bestaan voor de beoordeling van de situatie van een „nieuwe producent" met het oog op verdeling van de vergunningen over de betrokken ondernemingen.

In dit verband wil ik eraan herinneren, dat de Lid-Staten overeenkomstig de derde overweging van verordening nr. 60/85 verplicht zijn, de hun toegekende hoeveelheden aan de hand van *objectieve criteria* over de ondernemingen te verdelen.

Wanneer rekening moet worden gehouden met de situatie van een „nieuwe producent", zullen de nationale autoriteiten normaal gesproken een zeker evenwicht in acht moeten nemen tussen de doorgevoerde vernieuwingen en de op grond daarvan te verlenen vergunningen. Het zou namelijk onaanvaardbaar zijn, dat ingrijpende veranderingen in de ondernemingen op geen enkele wijze doorwerken in de verdeling van de vergunningen.

Om dat evenwicht te waarborgen, zullen de nationale autoriteiten rekening moeten houden met een aantal objectieve factoren, zoals de vergroting van de produktiecapaciteit, de gewijzigde concurrentiepositie alsmede de concrete vooruitzichten voor het gebruik van de aangevraagde vergunningen. Zij zullen tevens rekening moeten houden met de economische positie van de overige ondernemingen die vergunningen hebben aangevraagd, met de door deze ondernemingen in de referentieperiode verrichte exporten en met de vooruitzichten voor het gebruik van de vergunningen.

Het is duidelijk, dat die globale beoordeling een discretionair karakter behoudt. Zij is evenwel gebaseerd op de beoordeling van objectieve omstandigheden, en zal daarom in elk geval afdoende gemotiveerd — en derhalve controleerbaar — moeten zijn.

Hoe groter het belang dat bij de verdeling van de vergunningen in concreto aan de situatie van de „nieuwe producent" wordt toegekend, des te groter natuurlijk de proportionele vermindering van de aan de „traditionele exporteurs" toegewezen quota. Die exporteurs kunnen evenwel aan de verordening geen enkel recht op vergunningen ontlenen; zij kunnen, wat dat betreft, enkel bepaalde verwachtingen koesteren in het besef, dat het criterium van de traditionele uitvoerstromen in overeenstemming moet worden gebracht met de toepassing van andere criteria. Zo kunnen met name de hun op grond van eerdere exporten toekomende vergunningen worden gekort, wanneer nieuwe factoren aan de dag treden, die van invloed zijn op de werking of de structuur van de markt.

Concluderend kan worden gesteld, dat de nationale autoriteiten, wanneer zij met het oog op de afgifte van de in verordening nr. 60/85 bedoelde uitvoervergunningen de situatie van een „nieuwe producent" beoordelen, in het kader van de hun bij de verordening zelf toegekende beoordelingsmarge een geheel van objectieve elementen in aanmerking moeten nemen; daarbij moeten zij niet alleen erop toezien, dat er een redelijk evenwicht bestaat tussen de door de als „nieuwe producent" erkende onderneming doorgevoerde veranderingen en de aan die onderneming verleende vergunningen, maar moeten zij tevens rekening houden met alle elementen die relevant zijn voor de beoordeling van de situatie van de overige ondernemingen die vergunningen hebben aangevraagd.

12. Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen, of er een rechtsgrond is op basis waarvan de Duitse autoriteiten verplicht of bevoegd waren, de onderneming Hoesch ten laste van het nationale quotum vooraf uitvoervergunningen voor een hoeveelheid van 20 000 ton toe te kennen.

In de verwijzingsbeschikking uit de nationale rechter ernstige twijfels over het bestaan van een dergelijke rechtsgrondslag.

De Duitse en de Italiaanse regering, Hoesch en — met name — de Commissie zijn daarentegen van mening, dat uit de toepasselijke bepalingen, in hun onderlinge samenhang bezien, duidelijk blijkt dat er voor Hoesch een bijzonder quotum was voorzien.

Ik wil er al meteen op wijzen, dat de toewijzing van een dergelijk extra quotum aan Hoesch een uitzondering zou betekenen op de criteria die van toepassing zijn voor de afgifte van de vergunningen aan alle andere ondernemingen van de Gemeenschap: als zodanig zou zij dan ook uitdrukkelijk moeten zijn voorzien in een tekst die rechtsgevolgen sorteert in de betrokken Lid-Staat.

Het is volkomen duidelijk, dat de in casu toepasselijke verordening nr. 60/85 op dit punt geen enkele bepaling bevat.

Ook de met name door de Commissie verdedigde stelling, als zou een dergelijk extra quotum zijn voorzien in de later vastgestelde verordening nr. 3686/87 waarbij de tekst van artikel 5, lid 2, van verordening nr. 60/85 is gewijzigd, mist iedere grond. Volgens de Commissie strekte die wijziging enkel tot verduidelijking van de inhoud van een bepaling die in de eerdere versie van artikel 5, lid 2, als het ware reeds „in nuce" was voorzien.

Laat ik om te beginnen opmerken, dat ik er ondanks herhaaldelijke lezing niet in ben geslaagd, die specifieke bepaling te vinden waarop de Commissie zich beroept om de rechtmatigheid van de toewijzing van een extra quotum van 20 000 ton aan Hoesch aan te tonen. Ook in verordening nr. 3686/87 heb ik die bepaling niet kunnen ontdekken. Deze verordening bevat namelijk slechts een *algemene* verwijzing naar de situatie van „*ondernemingen* die een dochtermaatschappij in de Verenigde Staten hebben" (zie de tweede en de derde overweging en artikel 1), zonder een bepaalde onderneming in de Gemeenschap met name te noemen. Bovendien betreft genoemde verordening de invoeging in artikel 5, lid 2, van verordening nr. 60/85 van een bijkomend criterium voor de afgifte van de vergunningen *in de gehele Gemeenschap*, terwijl bij aandachtige bestudering van het probleem blijkt, dat het in casu juist gaat om de vraag, of er *met betrekking tot de verdeling van het Duitse quotum* een uitzonderingsbepaling bestaat, op grond waarvan aan de onderneming Hoesch vooraf een hoeveelheid van 20 000 ton moest of mocht worden toegewezen, temeer daar ook andere Europese ondernemingen — waaronder, zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, zeker ook Bergrohr — dochtermaatschappijen in de VS konden en kunnen hebben.

Wat hiervan ook zij, verordening nr. 3686/87 is een verordening tot *wijziging* van de voorgaande regeling; artikel 5, lid 2, wordt aangepast, omdat het opportuun wordt geacht, „aan de lijst van criteria voor de afgifte van de vergunningen door de Lid-Staten het geval... van communautaire ondernemingen die een dochtermaatschappij in de Verenigde Staten van Amerika hebben (toe te voegen)".

Zoals we weten, hebben wijzigingen van wettelijke bepalingen, behoudens uitzonderingsgevallen, geen terugwerkende kracht.

Dat verordening nr. 60/85 moest worden gewijzigd met het oog op de toevoeging van het geval van ondernemingen met dochtermaatschappijen in de Verenigde Staten, wijst er bovendien op, dat dit geval voorheen van de werkingssfeer van de verordening was uitgesloten.

Vanuit het oogpunt van de algemene rechtstheorie en van het gemeenschapsrecht lijkt het op zijn minst ondoordacht, te stellen — zoals de Commissie doet —, dat latere wijzigingen een declaratoir of, zo men wil, bevestigend karakter hebben ten opzichte van voorheen niet geformuleerde regels; dit zou immers een eenvoudig middel zijn om het beginsel van de niet-terugwerkende kracht van wetten te omzeilen, en een onmiskenbare schending van het rechtszekerheids- en het legaliteitsbeginsel opleveren. Ik wil er overigens aan herinneren, dat het Hof recentelijk een dergelijke opvatting heeft verworpen met de overweging, dat de regeling van een nieuwe situatie door middel van een wijzigingsverordening betekent, dat die situatie in de aan de wijziging voorafgaande periode niet was voorzien. [6]

13. Met betrekking tot de Euro-Amerikaanse regeling moet worden opgemerkt, dat ook hierin geen specifieke bepaling voorkomt die voorziet in de toewijzing van een extra quotum aan Hoesch.

Verder zij eraan herinnerd, dat volgens de rechtspraak van het Hof,

„een bepaling van een door de Gemeenschap met derde staten gesloten overeenkomst moet worden geacht rechtstreeks toepasselijk te zijn, wanneer zij, gelet op haar bewoordingen en op het doel en de aard van de overeenkomst, een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting behelst, voor welker uitvoering en werking geen verdere handeling vereist is". [7]

Aan deze voorwaarden is in casu niet voldaan. Zoals gezegd, bevat de regeling geen enkele bepaling — zelfs geen bepaling van programmatische aard — betreffende een verplichting om Hoesch een bijzonder quotum toe te wijzen.

Ik wil uiteraard niet ontkennen, dat het veiligstellen van de levering door Hoesch van een hoeveelheid van — blijkens de overgelegde stukken — ongeveer 85 000 ton buizen en pijpen aan haar Amerikaanse dochtermaatschappij, een van de elementen was zonder dewelke de verhoging van het communautaire maximum van 5,9 tot 7,6% van het zichtbare verbuik van de Verenigde Staten niet zou zijn tot stand gekomen. Zoals de nationale rechter overigens heeft opgemerkt, lijkt dit inderdaad een van de basiselementen van de onderhandelingen met de Verenigde Staten te zijn geweest.

Dit aspect — dat overigens niet in de regeling tot uiting komt, doch uitsluitend in de overgelegde stukken en tijdens de mondelinge behandeling ter sprake is gebracht —

6 — Arrest van 28 februari 1989, zaak 201/87, Cargill, Jurispr. 1989, blz. 489.

7 — Arrest van 30 september 1987, zaak 12/86, Demirel, Jurispr. 1987, blz. 3719.

houdt evenwel geen enkel verband met het geheel andere probleem betreffende de *verdeling over de Lid-Staten* van de last van de totale aan Hoesch toegewezen bijzondere hoeveelheid (van ongeveer 85 000 ton), ten gevolge waarvan Hoesch eventueel een bijzondere hoeveelheid van 20 000 ton *ten laste van het Duitse quotum* toegewezen zou krijgen.

Voor dit specifieke probleem is in de regeling geen oplossing gegeven en dit was ook niet mogelijk, aangezien de verdeling van die 85 000 ton over de Lid-Staten een *zuiver communautair* probleem was.

De door de nationale rechter aan het Hof gestelde vraag betreft echter juist de rechtsgrondslag van die verdeling. De nationale rechter wil weten, of er een in de interne rechtsorde toepasselijke rechtsnorm bestaat op grond waarvan de Bondsrepubliek verplicht of bevoegd was, na die verdeling uit haar nationale quotum een hoeveelheid van 20 000 ton voor te behouden aan de onderneming Hoesch. Een dergelijke rechtsnorm — die hoe dan ook niet bestaat — kon echter logischerwijs ook niet in de regeling met de Verenigde Staten zijn opgenomen, aangezien het hier een zuiver intracommunautaire kwestie betreft.

14. In feite — en dit is het laatste punt dat moet worden onderzocht — wordt alleen in het besluit van de Raad van 29 december 1984 houdende „machtiging om met de Verenigde Staten onderhandelingen te voeren over een regeling inzake de uitvoer van stalen buizen en pijpen", met zoveel woorden gesproken over de wijze waarop het aan Hoesch toegewezen bijzondere quotum ten laste van de verschillende Lid-Staten wordt gebracht.

In dit besluit, waarbij de Commissie wordt gemachtigd om volgens bepaalde instructies te onderhandelen over een regeling, is de volgende verklaring van de Duitse regering opgenomen:

„The German Government has indicated that it would be prepared, in order to reach a common position, to take a part of the exception which had been initially foreseen in the context of related parties for Hoesch (65,000 tonnes out of 85,000 tonnes) in its share in the burden sharing on condition that the other Member States were prepared to take 20,000 tonnes on their quotas. In this case the burden sharing would be as follows:

B	0,48
DK	—
D	2,82
GR	0,52
F	0,93
I	2,00
L	0,17
NL	0,28
UK	0,40
Total	7,60"

Bovengenoemde cijfers van de „burden sharing" stemmen overeen met de in bijlage III bij verordening nr. 60/85 opgenomen cijfers. Bovendien wordt in de verklaring van de Duitse regering inderdaad gesproken van een hoeveelheid van 20 000 ton, die in het kader van het Duitse quotum (2,82%) op basis van een proportionele vermindering van de respectieve quota van de andere staten, aan Hoesch moet worden voorbehouden.

Kan men nu stellen, zoals de nationale rechter vraagt, dat deze elementen een *passende communautaire rechtsgrondslag* vormen

voor de toewijzing van een bijzonder quotum van 20 000 ton aan de onderneming Hoesch, in die zin dat de Duitse autoriteiten tot een dergelijke toewijzing verplicht of bevoegd zouden zijn ?

Mijns inziens kan deze vraag, zo men althans het legaliteitsbeginsel wil respecteren, slechts ontkennend worden beantwoord, en wel op grond van overwegingen die zowel betrekking hebben op de aard van genoemd besluit van de Raad als op de waarde en de inhoud van de hierboven weergegeven verklaring van de Duitse regering.

Om te beginnen wil ik eraan herinneren, dat — zoals ter terechtzitting is erkend — het betrokken besluit van de Raad een zogenoemd besluit „sui generis" is, dat wil zeggen een handeling die niet in een van de in artikel 189 EEG-Verdrag genoemde categorieën kan worden ingedeeld: een handeling dus, die niet dezelfde verbindende kracht heeft en niet dezelfde verstrekkende rechtsgevolgen meebrengt als beschikkingen in de strikte zin des woords. [8]

In de tweede plaats vormt dit besluit, voor zover het een mandaat verleent om onderhandelingen te voeren, een voorbereidend element in de procedure die uiteindelijk moest uitmonden in het sluiten van een internationale overeenkomst. Het is zeer wel mogelijk, dat die overeenkomst inhoudelijk verschilt van de voor de onderhandelingen gegeven instructies. Die instructies kunnen immers in de loop van de onderhandelingen zijn gewijzigd. Dat is trouwens in casu ook gebeurd. De Raad had de Commissie namelijk bij besluit van 24 december 1984 een ander onderhandelingsmandaat verleend, waarin een specifiek punt voorkwam — namelijk „livraison à des filiales aux USA de matériaux semi-finis" —, dat in het mandaat van 29 december niet is overgenomen.

Welke werking een dergelijke voorbereidende handeling in de interinstitutionele betrekkingen ook toekomt, uitgesloten moet worden, dat de Lid-Staten en de burgers er op enigerlei wijze door worden gebonden. In beginsel kan enkel aan de definitieve handeling, waardoor de betrokken procedure wordt afgesloten, verbindende kracht worden toegekend. Dit is overigens ook de reden, waarom in de regel uitsluitend kan worden opgekomen tegen definitieve handelingen, en niet tevens tegen voorbereidende handelingen.

In de derde plaats wil ik erop wijzen, dat overeenkomstig het legaliteitsbeginsel binnen de Gemeenschap rechten, bevoegdheden of verplichtingen gebaseerd moeten zijn op een handeling waaraan de communautaire rechtsorde verbindende kracht toekent. Dit betekent, dat enkel de definitieve versie van een handeling als rechtsbron kan fungeren. Daarentegen kan er geen normatieve — en zelfs geen interpretatieve — waarde worden toegekend aan de interne besluiten die in de loop van de communautaire wetgevingsprocedure zijn vastgesteld.

Dit blijkt overigens uit een vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke:

„... op dergelijke eenzijdige verklaringen (opgenomen in de notulen van de Raad tijdens de voorbereidende werkzaamheden) geen beroep kan worden gedaan voor de uitlegging van een gemeenschapshandeling, aangezien de objectieve strekking van de regels die door de gemeenschapsinstellingen zijn vastgesteld, niet kan worden gewijzigd door voorbehouden of bezwaren van de Lid-Staten tijdens de voorbereidende werkzaamheden". [9]

8 — Zie Joliet, R.: *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, 1983, blz. 184

9 — Arrest van 30 januari 1985, zaak 143/83, Commissie/Denemarken, Jurispr. 1985, blz. 427, r. o. 13.

Het Hof heeft zich in dezelfde zin uitgesproken, toen het vaststelde, dat

„... een argument, dat is gebaseerd op een verklaring van de Raad, geen rechtvaardiging kan opleveren voor een uitlegging die verschilt van de bewoordingen zelf (van de betrokken handeling)". [10]

In casu zal men zich dus niet kunnen baseren op de inhoud van de verklaring van de Duitse regering, die is opgenomen in de notulen van de vergadering van de Raad die het onderhandelingsmandaat heeft vastgesteld. Men zal daarentegen moeten afgaan op de inhoud van de later, op basis van de onderhandelingen vastgestelde handelingen. Zoals gezegd, zijn dit de enige handelingen die ten volle rechtsgevolgen sorteren. Het betreft hier verordening nr. 59/85 waarbij het sluiten van de Euro-Amerikaanse regeling wordt goedgekeurd, en verordening nr. 60/85 houdende de bepalingen die nodig zijn voor de uitvoering van de betrokken regeling binnen de Gemeenschap. Zoals ik reeds beklemtoonde, bevat evenwel geen van beide verordeningen een bepaling betreffende de toewijzing uit het Duitse quotum van een extra quotum van 20 000 ton aan Hoesch. Bovendien heeft verordening nr. 3686/87 in deze situatie geen wijziging gebracht.

In de vierde plaats moet worden opgemerkt, dat, zoals ter terechtzitting is bevestigd, bedoeld besluit van de Raad en de desbetreffende verklaring van de Duitse regering op geen enkele wijze openbaar zijn gemaakt. Al zou er dus sprake zijn van handelingen die op enigerlei wijze juridisch relevant zijn, dan nog moet hoe dan ook worden uitgesloten, dat de inhoud ervan aan de betrokkenen kan worden tegengeworpen. Immers:

„... het is een fundamenteel beginsel van de communautaire rechtsorde, dat een overheidsbesluit niet aan de justitiabelen kan worden tegengeworpen voordat deze ervan kennis hebben kunnen nemen". [11]

In de vijfde en laatste plaats wijs ik erop dat, anders dan in de onderhavige procedure is betoogd, het besluit van de Raad van 29 december 1984 geen definitieve oplossing heeft gebracht voor het probleem van de toewijzing aan Hoesch van een bijzonder quotum voor levering aan haar Amerikaanse dochtermaatschappij. Uit de door de Commissie overgelegde stukken — waaronder een uitvoerige briefwisseling tussen de autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland, van de Gemeenschap en van de Verenigde Staten — blijkt, dat:

— in elk geval tot juli 1985 de speciale leveringen aan de Amerikaanse dochtermaatschappij van Hoesch niet in de vereiste mate werden gewaarborgd (de Amerikanen hebben zich met name herhaaldelijk beklaagd over het feit, dat 42 000 ton OCTG-buizen niet werden geleverd);

— de toerekening van het bijzondere quotum voor Hoesch op de quota van de Lid-Staten is noch bij genoemd besluit noch ook bij verordening nr. 60/85 geregeld (in zijn brief van 5 februari 1985 aan de voorzitter van de ministers van

10 — Arrest van 23 februari 1988, zaak 429/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1988, blz. 843, r. o. 9.

11 — Arresten van 25 januari 1979, zaak 98/78, Racke, Jurispr. 1979, blz. 69, r. o. 15, respectievelijk zaak 99/78, Decker, Jurispr. 1979, blz. 101, r. o. 3.

Industrie van de Gemeenschap wees de minister van Economische Zaken van de Bondsrepubliek Duitsland met name op het feit, dat er nog moest worden beslist hoe de bijzondere toewijzing van 20 000 ton aan Hoesch over de Lid-Staten zou worden verdeeld; hij stelde daarvoor twee verschillende oplossingen voor, waarbij hij opmerkte, dat die hoeveelheid voor de Duitse behoeften hoe dan ook kennelijk onvoldoende was);

— deze twee problemen werden kennelijk pas definitief opgelost bij verordening nr. 2355/85 van de Raad van 6 augustus 1985, waarbij — zij het wat laat — bijlage III bij verordening nr. 60/85 werd aangevuld en de „burden sharing" tussen de Lid-Staten voor de OCTG-buizen werd vastgesteld.

Gelet op een en ander kan men mijns inziens in geen geval staande houden, dat genoemd besluit van de Raad — wat ook de juridische waarde hiervan moge zijn — de aan Hoesch voor te behouden hoeveelheid voor bijzondere leveringen of de wijze waarop binnen de aan de verschillende Lid-Staten toegekende maxima met die totale hoeveelheid rekening moest worden gehouden, nauwkeurig en definitief heeft geregeld.

Concluderend ben ik dan ook van mening, dat er geen normatieve bepaling bestaat op grond waarvan aan de onderneming Hoesch ten laste van het totale Duitse quotum vooraf een bijzondere hoeveelheid van 20 000 ton moest worden toegekend, en dat er in elk geval geen dergelijke bepaling bestaat die aan de andere betrokken ondernemingen kan worden tegengeworpen.

Onder deze omstandigheden komt het mij voor, dat de partijen die hebben voorgesteld de tweede prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden, niet zozeer een juiste uitlegging van het geldende recht beogen, doch in feite het Hof verzoeken, kracht van wet toe te kennen aan wilsuitingen of intentieverklaringen die slechts deel uitmaken van de interne communautaire besluitvorming. Aanvaarden dat dergelijke wilsuitingen en intentieverklaringen rechtens verbindend zijn, zou betekenen, dat zowel de overheden als de burgers niet alleen zijn onderworpen aan de objectieve inhoud van de wet, maar ook aan bepalingen van strikt politieke aard, die niet door enige typische normatieve handeling zijn geformaliseerd. Een dergelijk resultaat acht ik — zonder de minste twijfel — volkomen onverenigbaar met de fundamentele waarborgen die het legaliteitsbeginsel, zoals we dat in de huidige nationale rechtsorden en in de communautaire rechtsorde kennen, beoogt te bieden.

Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door de verwijzende rechter gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) a) Het begrip ‚nieuwe producent' in de zin van artikel 5, lid 2, tweede streepje, van verordening nr. 60/85 omvat mede het geval van een onderneming die reeds buizen en pijpen vervaardigt, maar die door een economische en vennootschapsrechtelijke herstructurering haar produktiecapaci-

teit aanzienlijk uitbreidt en er daardoor in slaagt, haar marktpositie ten opzichte van die van haar concurrenten aanmerkelijk te wijzigen.

b) Aan de erkenning van een onderneming als ‚nieuwe producent' staat niet in de weg, dat de door deze onderneming doorgevoerde economische en vennootschapsrechtelijke veranderingen vóór de inwerkingtreding van de Euro-Amerikaanse regeling inzake de beperkingen op de communautaire uitvoer waren voltooid, mits deze veranderingen pas ná de inwerkingtreding van de regeling de uitvoer naar de Verenigde Staten daadwerkelijk hebben mogelijk gemaakt. De nationale rechter is bevoegd om in een concreet geval te beslissen, of aan die voorwaarde is voldaan.

c) Bij de beoordeling van de situatie van een ‚nieuwe producent' met het oog op de afgifte van de in verordening nr. 60/85 bedoelde uitvoervergunningen, moeten de nationale autoriteiten in het kader van de hun bij die verordening toegekende beoordelingsvrijheid een geheel van objectieve elementen in aanmerking nemen; daarbij moeten zij erop toezien, dat er een redelijk evenwicht bestaat tussen de door de als ‚nieuwe producent' erkende onderneming doorgevoerde veranderingen en de aan die onderneming verleende vergunningen, en moeten zij tevens rekening houden met alle elementen die relevant zijn voor de beoordeling van de situatie van de andere ondernemingen die vergunningen hebben aangevraagd.

2) Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht bestaat er geen rechtsgrond op basis waarvan de autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland verplicht of bevoegd zijn, de onderneming Hoesch uit het nationale quotum vooraf uitvoervergunningen voor een bijzondere hoeveelheid van 20 000 ton stalen buizen en pijpen te verlenen."