

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. O. LENZ

van 11 januari 1994 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

hoofdgeding tussen de Banco de Crédito Industrial SA, die intussen in de Banco Exterior de España SA is opgegaan, en de Ayuntamiento de Valencia.

A — Inleiding

1. De onderhavige prejudiciële procedure werd ingeleid door een beschikking van het Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Hierin worden vragen aan de orde gesteld over de uitlegging en toepassing van artikel 90 EEG-Verdrag ¹, in samenhang met de communautaire mededingingsregels voor ondernemingen alsmede met de voorschriften betreffende steunmaatregelen van de staten.

2. De verwijzende rechter acht de vragen van belang om te kunnen beoordelen of een voorschrift van een Lid-Staat, waarbij openbare kredietinstellingen van belasting worden vrijgesteld, geldig is. Een aanslag voor de gemeentebelasting over de belastingjaren 1983 tot en met 1986, betreffende het gebruik of genot van grondstukken en bedrijfsruimten voor industriële of handelsdoeleinden, vormde de aanleiding voor het

3. Verzoekster in het hoofdgeding, de Banco de Crédito Industrial SA, stelde tegen de aanslag beroep in bij de administratieve rechter. Daarbij beriep zij zich onder andere op de belastingvrijstelling voor openbare kredietinstellingen, vervat in artikel 29 van wet nr. 13/71 ², dat luidt als volgt:

„Openbare kredietinstellingen zijn vrijgesteld van alle belastingen die worden geheven door de centrale overheid, de provincies, de gemeenten en de overige publiekrechtelijke lichamen en instellingen, mits zij voor die belastingen als belastingplichtig zijn aan te merken.”

4. De verwijzende rechter betoogt, dat de kern van de vraag is, of artikel 90, leden 1 tot en met 3, EEG-Verdrag wordt geschonden door artikel 29 van wet nr. 13/71, omdat de daarin voorziene belastingvrijstelling voor

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — Sinds 1 november 1993 EG-Verdrag ingevolge het Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992 (PB 1992, C 191 van 29 juli 1992).

2 — Wet nr. 13/71 van 19 juni 1971 betreffende het openbaar kredietwezen; BOE van 21.6.1971.

openbare kredietinstellingen een misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan door een of meer ondernemingen kan opleveren en daardoor het beginsel van de vrije mededinging kan schenden, of omdat in welke vorm ook met overheidsmiddelen bekostigde steunmaatregelen, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar zijn met het EEG-Verdrag. Openbare bedrijven zijn, met de in artikel 90 gestelde beperkingen, onderworpen aan het in artikel 86 neergelegde verbod van misbruik van een machtspositie. Evenwel moet ook rekening worden gehouden met het geval dat de onderneming niet voor eigen rekening handelt, maar als officieel vertegenwoordiger ter verwezenlijking van het economisch beleid van haar regering. In dat geval lijkt het beginsel van artikel 86, gelet op artikel 90, lid 2, — zolang het de vervulling van die taken betreft — niet van toepassing te zijn.

5. Uit de prejudiciële vraag blijkt, dat de Banco de Crédito Industrial een naamloze handelsvennootschap is, waarvan de aandelen in handen zijn van het Instituto de Crédito Oficial (ICO). Volgens de beoordeling van de verwijzende rechter staat vast, dat een openbare instelling waarvan de aandelen in handen zijn van het ICO en waarvan het juridisch statuut en de taken onder meer in de artikelen 6 en 87 van de Ley General Presupuestaria (algemene begrotingswet) zijn neergelegd, een staatsonderneming is, die aan het handelsrecht onderworpen is, behalve op de gebieden waarop de Ley General Presupuestaria van toepassing is. Volgens artikel 6, lid 3, van die wet zijn als publiekrechtelijke instellingen (en niet vennootschappen) aan te

merken de instellingen die met betrekking tot het jaarlijks activiteiten-, investerings- en financieringsprogramma zijn onderworpen aan het publiekrecht.

6. De verwijzende rechter stelt het Hof van Justitie de volgende vragen:

„Moet de vrijstelling van alle belastingen die worden geheven door de centrale overheid, de gemeenten en de overige publiekrechtelijke lichamen en instellingen, die door de wet aan openbare kredietinstellingen wordt verleend wanneer zij voor die belastingen als belastingplichtig zijn aan te merken (artikel 29 van wet nr. 13/71 van 19 juni 1971 betreffende het openbaar kredietwezen), in strijd met het beginsel van vrije mededinging worden geacht, doordat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan?

Moet iedere vorm van met openbare middelen bekostigde steunmaatregelen die de vrije mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalst of dreigt te vervalsen, onverenigbaar met het Verdrag worden geacht?

Moeten deze vrijstelling en in concreto artikel 29 van bovengenoemde wet in strijd worden geacht met artikel 90 en bij uitbreiding met de artikelen 7 en 85 tot en met 94 van

het op 25 maart 1957 te Rome ondertekende Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, alsmede met de artikelen 2, 9, 35 en 51 van de op 12 juni 1985 te Madrid en Lissabon ondertekende Toetredingsakte, in samenhang met de nationale voorschriften van het Spaanse recht?"

7. In de onderhavige procedure zijn opmerkingen gemaakt door verweerder, de Spaanse en de Griekse regering en de Commissie. Het Hof heeft de betrokkenen een vraag gesteld.

8. De Ayuntamiento de Valencia, *verweerder*, is van mening, dat de prejudiciële verwijzing overbodig is. De aanslagen over de belastingjaren 1983, 1984 en 1985 hebben betrekking op een vóór de toetreding van Spanje tot de EEG gelegen periode. De aanslag over het jaar 1986 is overeenkomstig de geldende voorschriften vastgesteld.

9. De regering van het Koninkrijk Spanje merkt eveneens op, dat de gestelde vragen slechts relevant kunnen zijn voor de aanslag over het belastingjaar 1986, daar Spanje voordien geen lid van de Europese Gemeenschap was. Zij deelt voorts mee dat de aanslagen over latere belastingjaren niet zijn bestreden,

en dat de bij wet nr. 13/71 in het leven geroepen belastingvoordelen met ingang van 31 december 1989³ zijn afgeschaft.

10. Met betrekking tot de vraag of de litigieuze vrijstelling als misbruik van een machtspositie kan worden beschouwd, beoogt de Spaanse regering dat zelfs wanneer in aanmerking wordt genomen, dat de openbare kredietinstellingen onder toezicht van de staat staan en dat zij onder eenzelfde bestuur vallen dat een uniforme handelwijze bepaalt, moeilijk kan worden aangenomen, dat hun aandeel in het algemene Spaanse bankwezen in 1986 zo belangrijk was dat zij een machtspositie hadden. Momenteel ligt hun marktaandeel onder 15 %. Voorts is het ook moeilijk in te denken dat het optreden van de overheidsorganen — de toekenning van belastingvoordelen — een aanwijzing is, dat de begunstigde banken een machtspositie innemen, of vanuit hun oogpunt de uiting van een misbruik van een machtspositie kan zijn.

11. Het lijkt de Spaanse regering overigens beter, de prejudiciële vraag op basis van de bepalingen inzake steunmaatregelen te onderzoeken, daar de belastingvrijstelling aan enkele ondernemingen van een bepaalde bedrijfstak ten goede komt. Wel moet worden bedacht, dat een belastingvrijstelling die uitsluitend de openbare banken begunstigt, de mededinging kan vervalsen en derhalve

3 — Wet nr. 39/88 van 28 december 1988, Ley de Haciendas Locales (Wet betreffende de plaatselijke financiën).

ingevolge artikel 92 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan zijn. Bij dit onderzoek moet evenwel rekening worden gehouden met de taken van de vrijgestelde onderneming, alsmede met het feit dat zij uitsluitend deze taken vervult. Tegen deze achtergrond is de onderhavige belastingvrijstelling geen met artikel 92 onverenigbare steunmaatregel.

12. In dit verband wijst de Spaanse regering er om te beginnen op, dat het openbare kredietwezen in de considerans van wet nr. 13/71, die in 1986 van toepassing was, wordt omschreven als taak van de staat, die deze niet kan overdragen, en die ten doel heeft, de spaargelden ten goede te laten komen aan investeringen die vanuit het oogpunt van openbaar belang van bijzonder gewicht zijn. Artikel 1 definieert het openbare kredietwezen in de zin van de wet als „alle door de openbare kredietinstellingen gedane verrichtingen (...)”. Uit dit artikel blijkt, dat de openbare kredietinstellingen slechts die verrichtingen kunnen doen die tot het openbare kredietwezen behoren, en dat al hun activiteiten rechtstreeks bij de wet worden geregeld.

13. Bij de bepaling van de beginselen die gelden voor het openbare kredietwezen, moet op de eerste plaats het in artikel 2 van de wet als volgt gedefinieerde beginsel worden genoemd:

„a) bij voorrang nastreven van de doelstellingen van de plannen voor economische en sociale ontwikkeling en, in het

kader van dit beginsel, selectie van te verlenen kredieten op basis van de rentabiliteit van de projecten en met inachtneming van het sociaal-economisch karakter van de sectoren”.

14. Gelezen in onderling verband blijkt uit deze bepalingen, dat de openbare kredietinstellingen een taak van algemeen belang vervullen, namelijk het beheer van het openbaar kredietwezen, en wel als enige taak. De onderhavige belastingvrijstelling kan buiten het gebied van het openbare kredietwezen de mededinging niet vervalsen op grond van de afbakening van het werkteerrein. Kredieten voor handel of industrie alsmede persoonlijke kredieten zijn voorbehouden aan de banksector die onder mededingingsvoorwaarden opereert. Bij de verrichtingen van het openbare kredietwezen speelt het algemene belang een grotere rol dan het winststreven, wat ook is op te maken uit de omschrijving van het doel van de instelling in artikel 2 van de statuten van de Banco de Crédito Industrial. Ten slotte is de onderhavige belastingvrijstelling ook niet onevenredig.

15. De regering van het Koninkrijk Spanje beroept zich onder verwijzing naar 's Hof's arrest in zaak C-202/88⁴ op artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag. Deze bepaling dient juist het belang van de Lid-Staten om bepaalde ondernemingen, in het bijzonder ondernemingen

⁴ — Arrest van 19 maart 1991 (zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223).

van de openbare sector, als instrument van het economisch of fiscaal beleid in te zetten en te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en bij het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt. Zij geeft het Hof van Justitie in overweging, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„De gebruikmaking van een vrijstelling van een gemeentebelasting die wordt geheven ter zake van het gebruik of het genot van op gemeentelijk grondgebied gelegen bedrijfsruimten, van ongeacht welke aard, voor de uitoefening van een activiteit van algemeen economisch belang, door een onderneming die uitsluitend belast is met het beheer van het openbaar kredietwezen,

1. vormt geen misbruik van een machtspositie,
2. is geen met artikel 92 EEG-Verdrag onverenigbare staatssteun voor zover het geen vervalsing van de mededinging ten gevolge heeft, daar de toepassing ervan strikt beperkt is tot het gebied van het openbaar kredietwezen, geen winstoogmerk heeft en geen enkele invloed heeft op handels-of industriële kredieten van de aan mededingingsvoorwaarden onderworpen banksector; en
3. indien de vrijstelling als misbruik of steun mocht worden beschouwd, kan in ieder geval ingevolge artikel 90, lid 2, EEG-

Verdrag rechtmatig van de toepasselijke bepalingen worden afgeweken, daar enerzijds het openbare kredietwezen een dienst van algemeen economisch belang is, tot zodanig is verklaard, en in overeenstemming met de doelstellingen van de Verdragen een instrument van het economisch beleid van de staat is; anderzijds vormt de vrijstelling een middel voor een betere vervulling van de aan de betrokken ondernemingen toevertrouwde taak die in een redelijke verhouding staat tot het nagestreefde doel, zonder dat het handelsverkeer ongunstig wordt beïnvloed.”

16. *De regering van de Helleense Republiek* is van mening, dat de Banco de Crédito Industrial SA aan geen van de in de rechtspraak van het Hof geformuleerde criteria voldoet, op grond waarvan een machtspositie wordt ondersteld. Bijgevolg kan ook geen sprake zijn van misbruik van een machtspositie.

17. Elke vermindering van de overheidsinkomsten en derhalve ook een belastingvrijstelling die door een overheidsmaatregel wordt toegekend, is als een vorm van steun aan te merken. De in artikel 90, lid 2, voorziene versoepeling van de verdragsbepalingen ten gunste van ondernemingen die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen

economisch belang of die het karakter dragen van een financieel monopolie, heeft niet alleen betrekking op de mededingingsregels maar ook op de bepalingen betreffende steunmaatregelen van de staten. Een binnen de grenzen van artikel 90 toegekende steunmaatregel is goorloofd, daar artikel 90 voorrang heeft boven artikel 92.

openbaar kredietwezen kan op zich genomen niet worden geacht in strijd te zijn met het beginsel van de vrije mededinging, wanneer de vrijgestelde onderneming geen machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan bezit, die zij misbruikt.

18. De openbare kredietinstellingen zijn zonder enige twijfel ondernemingen, die bij de wet of bij een andere overheidsmaatregel belast zijn met een taak van algemeen economisch belang, welke hierin bestaat dat zij het economisch beleid van de staat uitvoeren, zorg dragen voor het nationaal monetair beleid en het evenwicht op de markt handhaven met behulp van een programma voor planning en economische sturing. Bijgevolg moeten de mededingingsregels en de bepalingen betreffende staatssteun worden toegepast met de aanpassingen die nodig zijn om de vervulling van de hun toevertrouwde bijzondere taak mogelijk te maken en te waarborgen. De tijdelijke vrijstelling van belasting van de Banco de Crédito Industrial SA levert geen schending op van de artikelen 85 tot en met 94 EEG-Verdrag.

Tenzij in het EEG-Verdrag anders is bepaald, is elke vorm van met staatsmiddelen bekostigde staatssteun, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalst of dreigt te vervalsen, als onverenigbaar met het EEG-Verdrag aan te merken; de vrijstelling in artikel 29 van wet nr. 13/71 van 19 juni 1971 levert bijgevolg geen schending op van de artikelen 85 tot en met 94 EEG-Verdrag, daar zij betrekking heeft op een belastingplichtige — een openbare kredietinstelling —, die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, als bedoeld in artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag.”

19. De Griekse regering geeft het Hof van Justitie in overweging, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„De vrijstelling in artikel 29 van wet nr. 13/71 van 19 juli 1971 betreffende het

20. De *Commissie* merkt om te beginnen op, dat de verwijzing naar de artikelen 35 en 51 van de Toetredingsakte geen enkel verband houdt met de motivering van de prejudiciële verwijzingsbeschikking. Zij geeft derhalve in overweging, dit gedeelte van de prejudiciële vraag niet te beantwoorden. Voorts stelt zij voor, de verwijzing naar de artikelen 7, 85 en 91 EEG-Verdrag buiten beschouwing te

laten, daar het kernprobleem van de prejudiciële vraag is, of de belastingvrijstelling verenigbaar is met de artikelen 86 en 92 EEG-Verdrag.

21. De Banco de Crédito Industrial SA is op grond van de transparantierichtlijn⁵ een openbaar bedrijf in de zin van artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag.

22. De litigieuze belastingvrijstelling moet eerder vanuit het oogpunt van artikel 92 dan vanuit het perspectief van artikel 86 worden onderzocht. Terwijl de ontvangst van een financieel voordeel op zichzelf niet als een misbruik in de zin van artikel 86 is aan te merken, is de toelaatbaarheid van de toekenning van dergelijke voordelen uitdrukkelijk geregeld in de artikelen 92 en volgende. Daar de Banco de Crédito Industrial SA op de markt werkzaam is en concurreert met andere banken die aan belasting zijn onderworpen, kan de steun de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen, voor zover het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed.

23. Bij de beoordeling van de gevolgen van de maatregel voor de mededingingsvoorwaarden en de intracommunautaire handel moet in acht worden genomen, dat Spanje bij de toetreding tot de Gemeenschap een over-

gangperiode tot en met 31 december 1992 is gegund, tijdens welke ingevolge artikel 378 van de Toetredingsakte en bijlage XXXII, hoofdstuk II, bepaalde beperkingen in de zin van richtlijn 77/780/EEG van de Raad van 12 december 1977, Eerste richtlijn tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen⁶, op de Spaanse markt van kredietinstellingen mochten blijven bestaan.

24. Met betrekking tot de vraag of eventueel artikel 92 EEG-Verdrag is geschonden, behoort de Commissie dat, zelfs indien een nationale rechterlijke instantie zich tot het Hof kan wenden met de vraag, of een bepaalde maatregel naar zijn aard staatssteun in de zin van artikel 92, lid 1, kan zijn, de kwestie of aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling is voldaan, overeenkomstig de hiervoor in artikel 93 vastgestelde procedure moet worden onderzocht. Op grond van de in artikel 93, lid 3, derde volzin, erkende rechtstreekse werking kan voor de nationale rechter een schending van deze bepaling door een Lid-Staat worden ingeroepen. Volgens de aan de Commissie ter

⁵ — Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 (PB 1980, L 195, blz. 35).

⁶ — Zie PB 1977, L 322, blz. 30.

beschikking staande informatie is artikel 29 van wet nr. 13/71 noch ingevolge artikel 93 noch in het kader van de ten tijde van de toetreding van Spanje tot de Europese Gemeenschappen bestaande steunregelingen bij haar aangemeld.

25. De Commissie geeft het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„De toekenning van een financieel voordeel, als bedoeld in artikel 29 van wet nr. 13/71 van 19 juni 1971 betreffende het openbaar kredietwezen, is op zichzelf niet aan te merken als een schending van artikel 90, lid 1, juncto artikel 86 EEG-Verdrag.

De aan een openbare kredietinstelling verleende vrijstelling van de Impuesto de Radicación (gemeentelijke onroerend goedbelasting) kan een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel vormen, in de zin van artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag, alhoewel de vraag of aan de voorwaarden voor toepassing van deze bepaling is voldaan, overeenkomstig de hiervoor in artikel 93 EEG-Verdrag vastgestelde bijzondere procedure moet worden onderzocht.”

26. Alle partijen hebben geantwoord op de vragen van het Hof, welke de consequenties zouden zijn voor met name de toepassing van de artikelen 92 en 93 EEG-Verdrag, wanneer de toekenning van staatssteun inge-

volge artikel 90, lid 2, gerechtvaardigd zou zijn, en in het bijzonder of een Lid-Staat, die zich op deze bepaling zou beroepen, de in artikel 93 voorziene procedure in acht moet nemen en of een justitiabele zich voor de nationale rechter rechtstreeks op artikel 90, lid 2, juncto artikel 92, kan beroepen. Op deze antwoorden zal ik in het kader van de juridische beoordeling terugkomen.

B — Juridische beoordeling

Afbakening van het voorwerp van het geding

27. Voor de beantwoording van de prejudiciële vragen moet om te beginnen het voorwerp van het geding worden beperkt. Zoals zowel verweerder in het hoofdgeding als de regering van het Koninkrijk Spanje terecht hebben aangevoerd, kan voor het gemeenschapsrecht alleen de aanslag voor de gemeentebelasting over 1986 van belang zijn. Met betrekking tot vóór de toetreding van Spanje tot de Europese Gemeenschap gelegen perioden is het gemeenschapsrecht niet van toepassing. Een verdere beperking in de tijd van de rechtsgevolgen van de antwoorden van het Hof met betrekking tot de omstandigheden van het hoofdgeding is ook gelegen in het feit dat, zoals de Spaanse regering heeft opgemerkt, enerzijds de belasting-

aanslagen over de jaren vanaf 1987 niet zijn bestreden en anderzijds de bepalingen betreffende de litigieuze belastingvrijstelling eind 1989 zijn ingetrokken.

28. Ten aanzien van de te onderzoeken rechtsvoorschriften is de prejudiciële vraag zeer algemeen geformuleerd. In aansluiting op de formulering van artikel 90, lid 1, vraagt de verwijzende rechter, of de bestreden belastingregeling eventueel in strijd is met de artikelen 90,7 en 85 tot en met 94. De motivering van de verwijzingsbeschikking doet evenwel vermoeden, dat alleen artikel 90, junctis de artikelen 86 en 92, moet worden onderzocht. Ook de verwijzing naar een mogelijke schending van de artikelen 2, 9, 35 en 51 van de Toetredingsakte is zeer algemeen. De artikelen 35 en 51 houden geen verband met de motivering van de verwijzingsbeschikking, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt. Daarentegen bindt artikel 2 van de Toetredingsakte de toetredende Lid-Staten aan het „acquis communautaire”; dit artikel luidt als volgt:

„Onmiddellijk bij de toetreding zijn de oorspronkelijke Verdragen en de door de Instellingen van de Gemeenschappen vóór de toetreding genomen besluiten verbindend voor de nieuwe Lid-Staten en in deze Staten toepasselijk onder de voorwaarden voorzien in deze Verdragen en in deze Akte.”

29. Op deze regel worden bepaalde, in de tijd beperkte uitzonderingen gemaakt in artikel 9 van de Toetredingsakte, dat luidt als volgt:

„Ten aanzien van de toepassing van de oorspronkelijke Verdragen en van de door de Instellingen genomen besluiten gelden, bij wijze van overgang, de in deze Akte neergelegde afwijkende bepalingen.”

30. Tot de overgangsmaatregelen behoort bij voorbeeld ook artikel 378, waarnaar de Commissie heeft verwezen. Lid 1 ervan luidt als volgt:

„De in de lijst in bijlage XXXII van deze Akte genoemde besluiten zijn ten aanzien van de nieuwe Lid-Staten van toepassing op de wijze als bepaald in die bijlage.”

31. In bijlage XXXII worden onder hoofdstuk II.1, richtlijn 77/780⁷ en de daarin toegestane uitzonderingen vermeld. Dienovereenkomstig mocht het Koninkrijk Spanje bij voorbeeld, in het kader van de toelatingsvoorwaarden voor kredietinstellingen die

7 — Eerste richtlijn van de Raad van 12 december 1977 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PB 1977, L 322, blz. 30); laatstelijk gewijzigd bij de Tweede richtlijn 89/646/EEG van de Raad van 15 december 1989 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen en tot wijziging van richtlijn 77/780 (PB 1989, L 386, blz. 1).

zijn gevestigd in een Lid-Staat en bijkantoren in andere Lid-Staten hebben, tot eind 1992 het criterium van de „economische behoefte” toepassen. Er zijn ook speciale bepalingen voorzien betreffende het aantal extra op te richten bijkantoren of het percentage van de door de genoemde kredietinstellingen opgenomen middelen. In het kader van deze speciale uitzonderingsregeling wordt bepaald:

„Tijdens de duur van de hierboven bedoelde tijdelijke afwijkingen worden de algemene of bijzondere faciliteiten voortvloeiend uit Spaanse wettelijke bepalingen (...), gehandhaafd en op niet discriminerende wijze toegepast jegens alle andere Lid-Staten (...).”⁸

32. Ondanks deze algemene formulering ben ik van mening, dat de uitzonderingsregeling geen invloed heeft op de door het Hof te beantwoorden rechtsvraag, daar de uitzonderingsregelingen betrekking hebben op vergunningsprocedures (artikelen 3 en 4 van richtlijn 77/780/EEG), die in het onderhavige geval geen rol spelen. De prejudiciële vragen moeten bijgevolg zonder voorbehoud op basis van de verdragsbepalingen worden beantwoord.

33. De vragen zijn uitdrukkelijk gericht op een toetsing van de verenigbaarheid van artikel 29 van wet nr. 13/71 met de bepalingen van het gemeenschapsrecht. Volgens vaste rechtspraak van het Hof⁹ moet in het kader van een prejudiciële procedure ingevolge artikel 177 geen uitspraak worden gedaan over de verenigbaarheid van nationaal recht met gemeenschapsrecht. Het Hof heeft echter bij dergelijke vragen over de verenigbaarheid het gemeenschapsrecht steeds aldus uitgelegd, dat het met de beantwoording van de vragen de verwijzende rechter de criteria verschaft, aan de hand waarvan deze kan onderzoeken of het nationale recht verenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

34. De verwijzende rechter wenst te vernemen, of een belastingvrijstelling voor openbare kredietinstellingen, als bedoeld in artikel 29 van wet nr. 13/71, volgens het gemeenschapsrecht in stand kan blijven, terwijl het mogelijk is dat zij in strijd is met artikel 86, juncto artikel 90, of met artikel 92.

Eventuele schending van artikel 90, lid 1, juncto artikel 86

35. De mededingingsregels zijn in beginsel van toepassing op de banksector, zoals uit

⁸ — Bijlage XXXII, II.1, b, vierde gedachtenstreepje.

⁹ — Zie bij voorbeeld arrest van 27 mei 1980 in zaak 61/79 (Denkavit italiana, Jurispr. 1980, blz. 1205, r. o. 12).

het arrest in de zaak Züchner¹⁰ is af te leiden. Artikel 86 is rechtstreeks tot ondernemingen gericht. Het wordt hun verboden, misbruik te maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. In casu gaat het echter om de beoordeling van een wettelijke regeling die een overheidsmaatregel is. Krachtens artikel 90, lid 1, is het de Lid-Staten verboden, met betrekking tot de openbare bedrijven maatregelen te nemen of te handhaven welke in strijd zijn met, onder andere, artikel 86. Het Hof heeft tot nu toe in een reeks zaken¹¹ nationale maatregelen via het verbod van artikel 90, lid 1, aan artikel 86 getoetst.

Banco de Crédito Industrial SA een openbaar bedrijf is in de zin van artikel 90, lid 1, daar het van overheidswege wordt beheerd. Voor de rest van het onderzoek moet ervan worden uitgegaan, dat het inderdaad om een openbaar bedrijf gaat.

36. Uiteindelijk dient de nationale rechter¹² vast te stellen of aan de feitelijke voorwaarden voor de toepassing van artikel 86, juncto artikel 90, is voldaan. Zowel de verwijzende rechter als alle partijen gaan ervan uit, dat de

37. De onderneming dient een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan in te nemen, waarbij het grondgebied van een Lid-Staat in beginsel als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt moet worden gezien.¹³ Om te kunnen beoordelen of de onderneming een machtspositie inneemt, moet om te beginnen worden bepaald, welke de relevante markt is.¹⁴ Als relevante markt komt zowel het bankwezen in het algemeen als het openbare kredietwezen in het bijzonder in aanmerking. Volgens de opmerkingen van de Spaanse regering moet ervan worden uitgegaan, dat in 1986 de openbare kredietinstellingen in Spanje en bijgevolg ook de Banco de Crédito Industrial SA uitsluitend actief zijn op het gebied van het openbare kredietwezen. Zo zij al concurreerden met particu-

10 — Arrest van 14 juli 1981 in zaak 172/80 (Züchner, Jurispr. 1981, blz. 2021).

11 — Arresten van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409); 9 juni 1977 (zaak 90/76, Van Ameyde, Jurispr. 1977, blz. 1091); 16 november 1977 (zaak 13/77, INNO, Jurispr. 1977, blz. 2115); 4 mei 1988 (zaak 30/87, Bodson, Jurispr. 1988, blz. 2479); 11 april 1989 (zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e. a., Jurispr. 1989, blz. 803); 23 april 1991 (zaak C-41/90, Höfner und Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979); 18 juni 1991 (zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925); 10 december 1991 (zaak C-179/90, Mercati Convenzionali Porto di Genova, Jurispr. 1991, blz. I-5889); 13 december 1991 (zaak C-18/88, GB-INNO-BM, Jurispr. 1991, blz. I-5941); 17 november 1992 (gevoegde zaken C-271/90, C-281/90 en C-289/91, Spanje, België en Italië/Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-5833); 27 oktober 1993 (gevoegde zaken C-46/90 en C-93/91, Lagauche en Evrard, Jurispr. 1993, blz. I-5267) en 27 oktober 1993 (zaak C-69/91, Decoster, Jurispr. 1993, blz. I-5335).

12 — Arrest van 9 juni 1977 (zaak 90/76, Van Ameyde, Jurispr. 1977, blz. 1091).

13 — Arresten van 2 maart 1983 (zaak 7/82, GVL, Jurispr. 1983, blz. 483, r. o. 44); 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 28).

14 — Arresten van 14 februari 1978 (zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 10 e. v.) en 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La-Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 21 e. v.).

liere banken, dan slechts in zeer beperkte mate. Derhalve lijkt het juist, de relevante markt tot het openbare kredietwezen te beperken. Daarbij moet wel worden onderzocht, of het eigenlijk wel om een „markt” als bedoeld in de bepaling gaat, dan wel uitsluitend om de vervulling van een taak van algemeen belang.

38. Met de machtspositie van een onderneming wordt ingevolge de rechtspraak van het Hof de economische machtspositie van een onderneming bedoeld, die deze in staat stelt de „instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen”.¹⁵

39. Het lijkt niet erg waarschijnlijk, dat de Banco de Crédito Industrial SA een positie innam die aan deze criteria voldeed, daar er — volgens hetgeen tijdens de mondelinge behandeling is opgemerkt — ten tijde van de litigieuze gebeurtenissen in Spanje een reeks openbare kredietinstellingen waren die elk enigszins verschillende taken hadden. De veronderstelling dat de bestreden belastingvrijstelling heeft bijgedragen tot de opbouw van een machtspositie, is even onwaarschijnlijk.

40. Indien de onderneming geen machtspositie in de zin van voornoemde bepaling bezit, behoeft het misbruik ervan niet te worden gecontroleerd. De volgende overwegingen betreffende het begrip misbruik kunnen bijgevolg alleen van belang zijn, indien de verwijzende rechter de marktpositie van de Banco de Crédito Industrial SA als een machtspositie kwalificeert.

41. In beginsel moet ervan worden uitgegaan, dat het de gedragingen van de onderneming met een machtspositie zijn, die misbruik opleveren.¹⁶ Als gevolg van artikel 90, lid 1, is het de Lid-Staten verboden, „wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen te treffen waardoor openbare bedrijven (...) in een situatie worden geplaatst waarin die bedrijven (...) zich niet zelf zouden kunnen plaatsen zonder daarbij artikel 86 te schenden”.¹⁷ Een ingevolge artikel 90, lid 1, verboden maatregel behoeft derhalve niet een daadwerkelijk begaan misbruik in de hand te werken, maar kan ook bestaan in een objectieve handeling, zoals bij voorbeeld de uitbreiding van een monopolie als gevolg van overheidsmaatregelen.¹⁸ In het hoofdgeding

15 — Zie zaak 27/76 (United Brands, loc. cit., r. o. 63-66); zie ook zaak 85/76 (Hoffmann-La-Roche, loc. cit., r. o. 38).

16 — Arresten van 13 december 1991 (zaak C-18/88 (GB-INNO-BM, loc. cit., r. o. 20) en 19 mei 1993 (zaak C-320/91, Corbeau, Jurispr. 1993, blz. I-2533, r. o. 10).

17 — Zaak C-18/88 (GB-INNO-BM, loc. cit., r. o. 20).

18 — Zaak C-18/88 (GB-INNO-BM, loc. cit., r. o. 23 en 24).

gaat het echter niet om een monopolie, noch om de uitbreiding van een machtspositie als gevolg van een overheidsmaatregel.¹⁹ Alleen bij een verboden maatregel in de zin van artikel 90, lid 1, juncto artikel 86, is de verhouding van artikel 90, lid 2, tot deze bepalingen van belang.

42. Artikel 90, lid 2, laat een geringe afwijking van de mededingingsregels toe voor ondernemingen belast met het beheer van diensten van economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie. Weliswaar vallen deze ondernemingen ook onder de regels van het Verdrag, met name onder de mededingingsregels, maar slechts voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. Voor de afwijking geldt echter nog een beperking, namelijk dat de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap. „Door onder bepaalde voorwaarden afwijkingen van de algemene verdragsregels toe te staan, beoogt (...) (de) bepaling het belang van de Lid-Staten om gebruik te maken van bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, als instrument van economisch of fiscaal beleid, te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij naleving van de mededingingsregels en bij behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt.”²⁰

43. Ten aanzien van de verhouding van artikel 90, lid 1, juncto artikel 86, tot artikel 90, lid 2, zij opgemerkt, dat het Hof een beroep op artikel 90, lid 2, in de werkings sfeer van artikel 90, lid 1, juncto artikel 86, steeds heeft toegestaan, ook al leverde dit regelmatig niets op²¹, hetzij omdat het openbare bedrijf niet door de staat met de taak is belast²², hetzij omdat niet is aangetoond, dat de bijzondere taak van de onderneming niet verenigbaar is met de mededingingsregels.²³ Slechts bij hoge uitzondering heeft het Hof erkend, dat de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, waren vervuld.²⁴ In de genoemde gevallen betrof het telkens prejudiciële procedures krachtens artikel 177 EEG-Verdrag. Daarbij heeft het Hof het aan de nationale rechter overgelaten om na te gaan of aan de voorwaarden van artikel 90, lid 2, is voldaan.²⁵ Bijgevolg kan ervan worden uitgegaan, dat artikel 90, lid 2, in het

21 — Arresten van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi, loc. cit.); 11 april 1989 (zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e. a., loc. cit.); 23 april 1991 (zaak C-41/90, Höfner en Elser, loc. cit.); 18 juni 1991 (zaak C-260/89, ERT, loc. cit.); 10 december 1991 (zaak C-179/90, Mercati Convenzionali Porto di Genova, loc. cit.); 13 december 1991 (zaak C-18/88, GB-INNO-BM, loc. cit.) en 19 mei 1993 (zaak C-320/91, Corbeau, Jurispr. 1993, blz. I-2533).

22 — ZaaK 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen e. a., loc. cit., r. o. 55).

23 — ZaaK 155/73 (Sacchi, loc. cit., r. o. 15); zaak C-41/90 (Höfner en Elser, loc. cit., r. o. 24 en 25); zaak C-260/89 (ERT, loc. cit., r. o. 33 en 38) en zaak C-179/90 (Merci Convenzionali Porto di Genova, loc. cit., r. o. 27).

24 — ZaaK C-320/91 (Corbeau, loc. cit., r. o. 15) en zaak C-18/88 (GB-INNO-BM, loc. cit., r. o. 16).

25 — Uitdrukkelijk in het dictum van het arrest in zaak C-320/91 (Corbeau, loc. cit.). Zie ook zaak C-260/89 (ERT, loc. cit., r. o. 34); zaak 66/86 (Ahmed Saeed Flugreisen e. a., loc. cit., r. o. 55-57). Vergelijkbaar is ook arrest van 27 maart 1974 (zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 313, r. o. 22).

19 — ZaaK C-18/88 (GB-INNO-BM, loc. cit., r. o. 21 en 24).

20 — Arrest van 19 maart 1991 (zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223, r. o. 12).

kader van de regeling van artikel 90, juncto artikel 86, rechtstreeks van toepassing is.

44. Op het eerste deel van de vragen moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord, dat de betrokken belastingvrijstelling — onder voorbehoud van een definitieve beoordeling van de feiten door de verwijzende rechter — niet de bestanddelen van een misbruik, door een openbaar bedrijf, van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, als gevolg van een overheidsmaatregel, bevat.

Eventuele schending van de artikelen 92 en 93

45. Met het tweede deel van de vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen, of vernoemde belastingvrijstelling als een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel in de zin van artikel 92 moet worden beschouwd. De verdragsbepalingen en met name de mededingingsregels, waartoe ook de afdeling betreffende steunmaatregelen van de staten behoort, zijn ingevolge artikel 90, lid 1, eveneens van toepassing op openbare bedrijven. De uitgangssituatie voor het onderzoek of er sprake is van een verboden steunmaatregel, ligt in zoverre anders dan bij de vraag of er misbruik van een machtspositie is als gevolg van nationale maatregelen, dat steunmaatregelen steeds

direct of soms slechts indirect²⁶ overheidsmaatregelen blijken te zijn. De specifieke situatie waarin de openbare bedrijven verkeren ten opzichte van de staat, en de daarmee gepaard gaande eventuele versluiering van de toekenning van staatssteun, vindt zijn uitdrukking in de vaststelling van de zogenoemde transparantierichtlijn²⁷, die door de Commissie op basis van artikel 90, lid 3, is vastgesteld. Zoals uit de considerans van de richtlijn blijkt en door het Hof is onderstreept, heeft de richtlijn voornamelijk ten doel, de „doeltreffende toepassing van de artikelen 92 en 93 EEG-Verdrag betreffende staatssteun op openbare bedrijven te bevorderen”.²⁸

46. Het begrip steunmaatregel moet in beginsel ruim worden uitgelegd en omvat alle vormen van lastenvermindering van ondernemingen. Bovendien is het begrip steunmaatregel ruimer dan het begrip subsidie.²⁹ Een belastingfaciliteit kan bijgevolg onder het begrip steunmaatregel vallen.³⁰

26 — Arresten van 17 maart 1993 (gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91, *Slovan Neptun*, Jurispr. 1993, blz. I-887, r. o. 19); 30 november 1993 (zaak C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Jurispr. 1993, blz. I-6185, r. o. 16).

27 — Richtlijn 80/723/EEG betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven (PB 1980, L 195, blz. 35), laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 93/84/EEG van de Commissie van 30 september 1993 (PB 1993, L 254, blz. 16).

28 — Arrest van 6 juli 1982 (gevoegde zaken 188/80 tot 190/80, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie, Jurispr. 1982, blz. 2545, r. o. 2).

29 — Arrest van 23 februari 1961 (zaak 30/59, Jurispr. 1961, blz. 3) betreffende het EGKS-Verdrag, ook van betekenis voor het begrip steunmaatregel naar EEG-recht.

30 — In deze zin moet ook het antwoord van de Commissie op de schriftelijke vraag van Burgbacher worden begrepen (PB 1963, nr. 125, blz. 2235), waarin de Commissie de vrijstelling van belastingen en heffingen uitdrukkelijk tot de mogelijke steunmaatregelen rekent.

47. Alvorens de steunregeling overeenkomstig de artikelen 92 en 93 te onderzoeken, rijst echter de vraag, in welke verhouding deze bepalingen staan tot artikel 90, lid 2. Indien de beperkte uitzondering op de mededingingsregels voor openbare bedrijven, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, van toepassing is, moet worden uitgemaakt of dit het onderzoek van de steunregelingen overbodig maakt, dan wel of artikel 90, lid 2, slechts kan worden ingeroepen in het kader van de steunregelingen, in het bijzonder in het kader van de procedure voor toezicht op steunmaatregelen.

48. Met de vraag van de relatie tussen de artikelen 92 en 93 en artikel 90, lid 2, houdt direct verband de vraag betreffende de rechtstreekse toepasselijkheid van artikel 90, lid 2. Indien immers artikel 90, lid 2, voorrang heeft boven de artikelen 92 en 93, dan is het voor de betrokken onderneming van elementair belang, of zij zich voor de nationale rechterlijke instanties op de uitzonderingsbepaling kan beroepen.

49. Ter verduidelijking van deze reeks vragen heeft het Hof partijen gevraagd welke de consequenties zouden zijn voor met name de toepassing van de artikelen 92 en 93 EEG-Verdrag, wanneer de toekenning van staatssteun ingevolge artikel 90, lid 2, gerechtvaardigd zou zijn, en in het bijzonder of een Lid-Staat, die zich op deze bepaling zou beroepen, de in artikel 93 bedoelde proce-

dure in acht moet nemen en of een justitiabele zich voor de nationale rechter rechtstreeks op artikel 90, lid 2, juncto artikel 92, kan beroepen. Kort samengevat hebben partijen deze vragen beantwoord als volgt.

50. De *Ayuntamiento de Valencia* huldigt de opvatting, dat de Banco de Crédito Industrial SA zich voor de verwijzende rechter niet rechtstreeks op artikel 90, lid 2, juncto artikel 92, kan beroepen.

51. De *regering van het Koninkrijk Spanje* betoogt, dat het systeem van artikel 90, lid 2, fundamenteel verschilt van het systeem van artikel 92 voor de aanmelding van steunmaatregelen vóór hun inwerkingtreding, zoals dat volgt uit artikel 93, leden 2 en 3. Indien de procedure van artikel 93 van toepassing had moeten zijn op steun aan de in artikel 90, lid 2, bedoelde ondernemingen, was het voldoende geweest, dat het geval van laatstgenoemde bepaling onder de in artikel 92, lid 3, genoemde gevallen was opgenomen. Voorts wordt bij artikel 90, lid 3, een speciale procedure ingevoerd, op grond waarvan de Commissie de handelingen van de Lid-Staten op dit gebied kan controleren. Er bestaat een fundamenteel verschil tussen de procedures op grond van artikel 90, lid 3, en van artikel 93. De procedure van artikel 93 geldt volgens de Spaanse regering niet voor staatssteun die uit hoofde van arti-

kel 90, lid 2, kan worden gerechtvaardigd. Een justitiabele kan zich voor de nationale rechter niet rechtstreeks op artikel 90, lid 2, juncto artikel 92, beroepen.

52. De regering van de Helleense Republiek is eveneens de opvatting toegedaan, dat artikel 93 niet geldt voor steun aan ondernemingen die onder artikel 90, lid 2, vallen. Hierop zijn niet de regels van het EEG-Verdrag, met name de mededingingsregels, van toepassing. Daar het aan de nationale rechter staat, te beoordelen of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 90, lid 2, is voldaan, mag de begunstigde van een steunmaatregel zich tot de rechter wenden om te doen vaststellen, dat de betrokken steunmaatregel niet onder de werkingssfeer van de artikelen 92 en 93 valt, omdat de regels van het Verdrag ingevolge artikel 90, lid 2, daarop niet van toepassing zijn.

53. De Commissie betoogt om te beginnen, dat het in artikel 93 voorziene voortdurende onderzoek van de staatssteun waartoe zij, onverminderd het toezicht door het Hof, bij uitsluiting bevoegd is, ook de toetsing van de steunmaatregelen aan artikel 90, lid 2, omvat. Een Lid-Staat kan zich niet op artikel 90, lid 2, beroepen om zich aan de in artikel 93 bedoelde aanmeldingsplicht te onttrekken. De Lid-Staat kan zich in zijn aanmelding wel op artikel 90, lid 2, beroepen. Het Hof van Justitie heeft artikel 90, lid 2, enkel in samenhang met de rechtstreeks toepasselijke bepalingen van het Verdrag, met name artikel 86, rechtstreekse werking toegekend. Bijgevolg mag een nationale rechter niet artikel 90,

lid 2, juncto artikel 92 toepassen, daar laatstgenoemde bepaling geen rechtstreekse werking heeft en daar hij vóór de toepassing van artikel 90, lid 2, zou dienen na te gaan, of de steunmaatregel in strijd is met artikel 92. Dit onderzoek behoort tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie en moet in het kader van de in artikel 93 bedoelde procedure worden uitgevoerd. Indien de Lid-Staat het niet eens is met het optreden van de Commissie, kan deze staat zich tot het Hof van Justitie wenden.

54. De rechtspraak van het Hof tot dusverre, betreffende de gelding van artikel 90, lid 2, is op het eerste gezicht niet volledig uniform. In zijn vroegere rechtspraak moest het Hof zich in het kader van een prejudiciële procedure uitspreken over de eventuele rechtstreekse werking van artikel 90, lid 2.³¹ Daarbij ging het uiteindelijk om het probleem, of een particulier zich op artikel 90, lid 2, kan beroepen om een (concurrerend) openbaar bedrijf ertoe te verplichten, de mededingingsregels in acht te nemen. Dienaangaande merkt het Hof op:

„Overwegende dat lid 2 van dit artikel geen onvoorwaardelijke regel geeft; dat immers de toepassing van deze bepaling een beoordeling inhoudt van de eisen die inherent zijn aan de vervulling van de bijzondere taken der betrokken ondernemingen enerzijds en aan de bescherming van het belang der Gemeenschap anderzijds; dat deze beoorde-

31 — Arrest van 14 juli 1971 (zaak 10/71, Muller, Jurispr. 1971, blz. 723).

ling deel uitmaakt van de algemene economische beleidsdoeleinden welke de Lid-Staten onder toezicht der Commissie nastreven; dat bijgevolg, onverminderd de uitoefening van de in lid 3 van artikel 90 voorziene bevoegdheden door de Commissie, lid 2 van dit artikel in het huidige stadium geen individuele rechten kan doen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven.”³²

55. In een later arrest in 1983³³ heeft het Hof onder verwijzing naar het zojuist geciteerde arrest in zaak 10/71 beslist, dat geen beroep op artikel 90, lid 2, mocht worden gedaan in verband met het onderzoek van de verdragsbepalingen betreffende het *vrije verkeer van goederen*. Het Hof verklaarde:

„Tenslotte ontslaat het verlenen van een vergunning — ook al zou dit als de toekenning van een uitsluitend recht in de zin van artikel 90, lid 1, EEG-Verdrag zijn te beschouwen —, de betrokken Lid-Staat niet van de verplichting de andere bepalingen van het gemeenschapsrecht na te leven, inzonderheid die betreffende het vrije verkeer van goederen (...). Wat artikel 90, lid 2, betreft, verklaarde het Hof reeds, dat deze bepaling in het huidige stadium geen individuele rechten kan doen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven [arrest van 14 juli 1971 in zaak 10/71 (...)]” (r. o. 15).

56. In een vergelijkbare rechtssituatie was de uitspraak van het Hof in het arrest in zaak 72/83³⁴ weliswaar minder duidelijk, maar deze kwam wel op hetzelfde neer. Ten aanzien van het beroep op artikel 90, lid 2, verklaarde het Hof:

„Dit lid bevrijdt de Lid-Staat die een onderneming met een dergelijk beheer heeft belast, evenwel niet van het verbod, om ten gunste van die onderneming en ter bescherming van haar activiteiten maatregelen te nemen die in strijd met artikel 30 EEG-Verdrag de invoer uit andere Lid-Staten belemmeren” (r. o. 19).

57. Stellig heeft het Hof met deze rechtspraak artikel 90, lid 2, geen voorrang verleend vóór het onderzoek van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen.

58. Aangaande de gelding van artikel 90, lid 2, in de normatieve sfeer van *artikel 90, lid 1, juncto artikel 86*, werd reeds opgemerkt³⁵, dat het Hof artikel 90, lid 2, in dit kader in elk geval potentieel rechtstreekse werking heeft toegekend. Daarbij werd artikel 90, lid 2, telkens binnen het onderzoeks-

32 — Zaak 10/71 (Muller, loc. cit., r. o. 13-16).

33 — Arrest van 10 maart 1983 (zaak 172/82, Inter-huiles, Jurispr. 1983, blz. 555).

34 — Arrest van 10 juli 1984 (zaak 72/83, Campus Oil Limited, Jurispr. 1984, blz. 2727).

35 — Zie punt 43 e. v.

kader van de artikelen 90, lid 1, en 86 te berde gebracht, zodat een voorrang van artikel 90, lid 2, niet kan worden vastgesteld.

publiekrechtelijke instellingen zonder winst-oogmerk vallen, antwoordt het Hof:

59. Over de verhouding van artikel 90, lid 2, tot de artikelen 92 en 93 bestaat tot nu toe zeer weinig rechtspraak van het Hof. In de prejudiciële procedure in zaak 52/76³⁶ ging het over de kwalificatie van steun aan een onderneming die mogelijkwijze voldeed aan de voorwaarden van artikel 90, lid 2. Daar de verwijzende rechter niet voldoende feitelijke gegevens had verstrekt, kon het Hof geen uitspraak doen over de hoedanigheid van de onderneming, noch over de rechtsgevolgen. Toch kan in de volgorde waarin het onderzoek werd verricht³⁷, een aanwijzing worden gezien dat de bijzondere bepaling voor openbare bedrijven aan bod komt in het kader van het onderzoek van de steunregeling en niet bij voorbeeld van tevoren moet worden onderzocht.

„(...) dat, behoudens het in artikel 90, lid 2, gemaakte voorbehoud, artikel 92 betrekking heeft op alle ondernemingen, particuliere zowel als openbare, (...)”.

61. Helaas kan ook met deze verklaring de vraag van de relatie tussen de bepalingen niet ondubbelzinnig worden beantwoord, omdat zij voor uitleg vatbaar is. „Voorbehoud” kan in elk geval aldus worden uitgelegd, dat het een rol speelt in het kader van het onderzoek van een andere bepaling.

60. In het arrest *Steinike & Weinlig*³⁸ heeft het Hof zich iets duidelijker uitgelaten. Op de vraag of onder „ondernemingen of produkties” in de zin van artikel 92 EEG-Verdrag alleen particuliere bedrijven of ook

62. Na het voorgaande overzicht van de rechtspraak inzake artikel 90, lid 2, kan worden vastgesteld, dat de vraag van de werking van artikel 90, lid 2, niet abstract kan worden beantwoord, maar dat het aankomt op de samenhang van de gehele regeling in het kader waarvan artikel 90, lid 2, moet worden toegepast.

63. Daar het in casu gaat om de toepassing van artikel 90, lid 2, in het kader van, respectievelijk in relatie tot de artikelen 92 en 93, zijn het doel en de kenmerken van de communautaire regeling inzake steunmaatregelen

36 — Arrest van 3 februari 1977 (zaak 52/76, *Benedetti*, Jurispr. 1977, blz. 163).

37 — Om te beginnen werd onderzocht of er sprake was van een steunmaatregel, r. o. 17-19, vervolgens of het ging om een openbaar bedrijf, r. o. 20-22.

38 — Arrest van 22 maart 1977 (zaak 78/76, *Steinike & Weinlig*, Jurispr. 1977, blz. 595, r. o. 18).

van belang. Artikel 92, lid 1, geeft de basisregel, volgens welke steunmaatregelen van de staten, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde produkties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en bijgevolg verboden zijn, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.

maakt het fundamenteel verschil, of het gaat om bestaande of om nieuwe steunmaatregelen. Een rechtstreekse toepasselijkheid en derhalve de bevoegdheid tot controle van de nationale rechterlijke instanties heeft het Hof alleen met betrekking tot het begrip steun ⁴¹ en het verbod van artikel 93, lid 3, derde volzin ⁴², erkend. Hieruit volgt, dat de beslissingsbevoegdheid van de Commissie in het kader van het toezicht op steunmaatregelen onverlet blijft.

64. In de leden 2 en 3 worden op deze regel uitzonderingen gemaakt, in dier voege dat in lid 2 de criteria voor de met de gemeenschappelijke markt verenigbare steunmaatregelen worden geformuleerd en in lid 3 de criteria voor de steunmaatregelen die als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt *kunnen* worden beschouwd. Een kenmerk van artikel 92 is, dat het *niet* rechtstreeks van toepassing is, noch als verbod van steunmaatregelen als zodanig ingevolge lid 1 ³⁹, noch als een specifieke uitzonderingsbepaling ingevolge lid 2. Het staat niet aan de nationale rechterlijke instanties om te beslissen over de verenigbaarheid van steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt, omdat deze beoordeling tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie behoort, onder toezicht van het Hof van Justitie. ⁴⁰

66. In het systeem van met de gemeenschappelijke markt verenigbare en onverenigbare steunmaatregelen moet artikel 90, lid 2, naar zijn aard onder de uitzonderingen van artikel 92, leden 2 en 3, worden gerangschikt. Of het daarbij gaat om een situatie die meer is te vergelijken met die van lid 2 dan met die van lid 3, hangt af van de mate van beoordelingsbevoegdheid van de Commissie. Ten slotte hoeft niet te worden uitgemaakt, met welke uitzonderingsbepaling artikel 90, lid 2, meer verwant is, daar alle onder toezicht van de Commissie worden toegepast.

65. De bevoegdheid en de procedure voor het onderzoek van staatssteun door de Commissie worden in artikel 93 geregeld. Daarbij

67. De vergelijkbaarheid van de juridische structuur van artikel 90, lid 2, en artikel 92

39 — Arrest van 19 juni 1973 (zaak 77/72, Capolongo, Jurispr. 1973, blz. 611, r. o. 4-6).

40 — Arrest van 21 november 1991 (zaak C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, Jurispr. 1991, blz. I-5505, r. o. 14).

41 — Gevoegde zaken C-72/91 en C-73/91 (Sloman Neptun, loc. cit., r. o. 12); zaak C-189/91 (Kirsammer-Hack, loc. cit., r. o. 14).

42 — Arrest van 11 december 1973 (zaak 120/73, Lorenz, Jurispr. 1973, blz. 1471).

wordt naar mijn mening bevestigd door een verklaring van het Hof in het arrest in zaak 41/83⁴³, die luidt als volgt:

„Bovendien is de toepassing van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag niet overgelaten aan het goeddunken van de Lid-Staat die het beheer van een dienst van algemeen economisch belang aan een onderneming opdraagt. Ingevolge artikel 90, lid 3, heeft de Commissie ter zake immers een controlerende functie, die zij uitoefent onder toezicht van het Hof” (r. o. 30).

68. Bij dit afwegingsproces moet het belang van de Lid-Staten om bepaalde ondernemingen als instrument van economisch of fiscaal beleid te kunnen inzetten worden gesteld tegenover het belang van de Gemeenschap bij het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt.⁴⁴ Deze afweging zou kunnen geschieden in het kader van het toezicht op de steunmaatregelen. Het Hof heeft in een arrest in de gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90⁴⁵ zowel in formeel als in materieel opzicht uitspraak gedaan over de vergelijkbaarheid van de controleprocedures

van artikel 90, lid 3, en van artikel 93. In dit arrest wordt verklaard:

„Voorts zijn de bevoegdheden die de Commissie bij wege van beschikkingen krachtens artikel 90, lid 3, EEG-Verdrag tegenover de Lid-Staten kan uitoefenen, te vergelijken met die welke zij aan artikel 93 EEG-Verdrag ontleent ter zake van de vaststelling van de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van steunmaatregelen van staten, die de mededinging vervalsen of kunnen vervalsen.

In beide gevallen heeft de Commissie immers de bevoegdheid in te grijpen, niet ten aanzien van de onderneming die in staat is gesteld de mededingingsregels te frustreren, maar ten aanzien van de Lid-Staat die verantwoordelijk is voor de aantasting van de mededinging” (r. o. 31 en 32).

69. Vervolgens verklaart het Hof, dat artikel 90, lid 3, de Commissie in staat stelt, „bij wege van een beschikking, zoals ook voorzien door artikel 93 voor het voortdurend onderzoek van nationale steunmaatregelen, de overeenstemming te beoordelen van maat-

43 — Arrest van 20 maart 1985 (zaak 41/83, Italië/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 873).

44 — Zie zaak C-202/88 (Frankrijk/Commissie, loc. cit., r. o. 12).

45 — Arrest van 12 februari 1992 (gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, Nederland e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-565).

regelen die de Lid-Staten nemen of handhaven met betrekking tot de in artikel 90, lid 1, bedoelde ondernemingen" (r. o. 34).

70. Het onderzoek van artikel 90, lid 2, in het kader van het toezicht op de steunmaatregelen kan ook geschieden zonder dat de rechten van de verdediging van de Lid-Staten worden aangetast. Tegen een beschikking die tot stand komt in een procedure inzake het toezicht op de steunmaatregelen kan evenals tegen een beschikking ex artikel 90, lid 3, worden opgekomen ingevolge artikel 173.

71. Alles bijeen ben ik van mening, dat in het kader van de relatie van de bepalingen van artikel 90, lid 2, tot de artikelen 92 en 93 niet als eerste een beroep op artikel 90, lid 2, mag worden gedaan, vooral omdat voor de toepassing van artikel 90, lid 2, gemeenschapsrechtelijke criteria moeten worden onderzocht met het oog op de bescherming van communautaire belangen.

72. De procedure voor het onderzoek van de verenigbaarheid van steunmaatregelen van de Lid-Staten met de gemeenschappelijke markt verschilt al naar het gaat om reeds bestaande of nieuwe steunmaatregelen.

73. Bij bestaande steunmaatregelen onderwerpt de Commissie deze te zamen met de Lid-Staten ingevolge artikel 93, leden 1 en 2, aan een voortdurend onderzoek. Indien de Commissie vaststelt, dat de steunmaatregel niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, stelt zij de Lid-Staat een termijn waarbinnen de maatregel moet worden gewijzigd of opgeheven.⁴⁶ Indien de Lid-Staat het betrokken besluit niet nakomt, kan zowel de Commissie als iedere andere belanghebbende zich rechtstreeks tot het Hof wenden.

74. Alvorens zij steunmaatregelen wijzigen respectievelijk invoeren, zijn het daarentegen de Lid-Staten die ingevolge artikel 93, lid 3, de Commissie van de voorgenomen maatregel op de hoogte moeten brengen. In aansluiting op deze verplichting wordt de verdere procedure afgewikkeld, respectievelijk ontstaan rechtsgevolgen. Een niet aangemelde steunmaatregel is hoe dan ook formeel in strijd met het gemeenschapsrecht, wat de Commissie evenwel nog niet het recht geeft, de steunmaatregel onwettig te verklaren, zonder te onderzoeken of deze al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.⁴⁷

75. Het wezenlijke verschil tussen bestaande steunmaatregelen en de invoering of wijziging van steunmaatregelen is, dat bij de bestaande steunmaatregelen de Commissie het initiatief moet nemen terwijl bij de

⁴⁶ — Zaak 78/76 (Steinike & Weinlig, loc. cit., r. o. 9).

⁴⁷ — Arrest van 21 november 1991 (zaak C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires en Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, loc. cit., r. o. 13).

invoering van steunmaatregelen op de Lid-Staat een rechtsplicht rust om te handelen.

76. Als bestaande steunmaatregelen zijn te beschouwen alle maatregelen die in de oorspronkelijke Lid-Staten bij de oprichting van de Gemeenschap door het Verdrag van Rome bestonden, alsmede die welke in de nadien toegetreden Lid-Staten ten tijde van de toetreding bestonden, en tot slot alle nationale steunregelingen die in overeenstemming met het gemeenschapsrecht zijn ingevoerd. Dienovereenkomstig is de onderhavige regeling aan te merken als een bestaande steunmaatregel, hetgeen impliceert, dat de Commissie het initiatief had moeten nemen, indien deze steunmaatregel onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt is.

77. In casu heeft de Commissie tijdens de toetredingsonderhandelingen de Spaanse regering een algemene vraag over de bestaande steunmaatregelen gesteld. De

Spaanse regering heeft in antwoord daarop een lijst van wetten overhandigd, waarop de wet betreffende de belastingvrijstelling voor de toenmalige Banco de Crédito Industrial SA echter niet voorkwam. Volgens de Spaanse regering waren de problemen in verband met deze vrijstelling in het kader van de artikelen 90 en 93 te ingewikkeld om in deze eenvoudige procedure te kunnen worden opgelost.

78. De Commissie stelt niet, dat de Spaanse regering deze belastingvrijstelling met opzet heeft verzwegen, en aldus ten tijde van de toetredingsonderhandelingen artikel 93, lid 1, juncto artikel 5, of een dienovereenkomstige rechtsplicht heeft geschonden.

79. De onderhavige belastingregeling is derhalve als een bestaande steunmaatregel te beschouwen, die de Commissie nog niet overeenkomstig artikel 93, lid 1, op haar verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht heeft getoetst.

C — Conclusie

80. Concluderend geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

- 1) Een belastingvrijstelling, als geregeld in artikel 29 van wet nr. 13/71, bevat — onder voorbehoud van een definitieve beoordeling van de feiten door de

verwijzende rechter — niet de bestanddelen van een misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt als gevolg van een overheidsmaatregel.

- 2) Een dergelijke belastingvrijstelling moet worden getoetst aan de gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake bestaande steunmaatregelen van de staten.