2. De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

Aldus beschikt door het Hof te Luxemburg op 17 januari 1980.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 9 JANUARI 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De feiten in deze zaak en de door partijen naar voren gebrachte argumenten liggen nog vers in uw geheugen; ik hoef ze daarom niet te herhalen.

In haar schriftelijk antwoord op het verzoek om voorlopige maatregelen, heeft de Commissie twee stellingen geponeerd over de ontvankelijkheid van de vordering in de hoofdzaak voor zover deze op artikel 173 EEG-Verdrag berust. Vanmorgen is de vraag aan de orde geweest of deze stellingen in dit stadium van belang kunnen zijn. Mijns inziens is dit noodzakelijkerwijs het geval, want als het Hof tot de overtuiging komt dat de vordering in de hoofdzaak kennelijk niet-ontvankelijk is, dan moet de onderhavige vordering stranden, althans kan het Hof deze om die reden afwijzen.

De eerste stelling was dat de door een ambtenaar bij de Commissie ondertekende brief van 27 augustus 1977, waarin deze verzoeksters advocaten meedeelde:

„Tot mijn spijt kan ik niet op uw voorstel ingaan om voorlopige maatregelen te nemen. Voor een dergelijke procedure ontbreekt in het gemeenschapsrecht een wettelijke basis",

noch qua vorm noch qua inhoud een beschikking van de Commissie is. In dit verband citeerde de Commissie de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de gevoegde zaken 109 en 114/75 (N. C. C., Jurispr. 1977, blz. 381), welke niet door een arrest van het Hof is gevolgd omdat de procedure niet werd voortgezet. Deze conclusie, waarin advocaat-generaal Mayras een grondige beschouwing aan het relevante recht heeft gewijd, is mijns inziens, zoals ook verzoekster heeft gesteld, een duidelijk argument tegen de stelling van de Com-

1 — Vertaald uit het Engels.

missie, want Mayras stelde dat slechts één omstandigheid verhinderde dat de vergelijkbare brief in die zaak een beschikking van de Commissie was waartegen verzoeker een beroep tot nietigverklaring kon instellen. Deze omstandigheid was, dat de brief uitsluitend een vroegere impliciete beschikking van de Commissie bevestigde. Ik zou daarom deze eerste stelling van de Commissie willen verwerpen.

In de tweede plaats heeft de Commissie gesuggereerd, zonder hierop echter al te diep in te gaan, dat het beroep in de hoofdzaak mogelijk niet binnen de in artikel 173 voorgeschreven termijn is ingesteld. Wat dit betreft kan worden opgemerkt dat de brief van 27 augustus een stempel draagt waaruit blijkt dat hij op 4 september 1979 door verzoeksters advocaten is ontvangen. Normaal gesproken zou de in artikel 173 gestelde termijn van twee maanden dus op 4 november 1979 zijn afgelopen, maar deze datum viel op een zondag, zodat krachtens artikel 80, § 2, van het Reglement voor de procesvoering 5 november 1979 de laatste dag was waarop een beroep kon worden ingesteld, hetgeen inderdaad op die dag is geschied. Daarom faalt mijns inziens ook de tweede stelling van de Commissie.

Na deze conclusie is het eigenlijk onnodig om nog op de ontvankelijkheid van het beroep in te gaan voor zover dat op artikel 175 EEG-Verdrag is gebaseerd. Ik sluit mij aan bij Mayras die er in de N.C.C.-zaak op wees dat degene die door een weigering van de Commissie om een bepaalde maatregel te nemen, getroffen is, het recht moet hebben om een procedure tegen de Commissie aanhangig te maken *hetzij* tot nietigverklaring van het besluit om deze maatregel niet te nemen (krachtens artikel 33 EGKS-Verdrag of artikel 173 EEG-Verdrag) *hetzij* wegens nalaten (krachtens artikel 35 EGKS-Verdrag of artikel 175 EEG-Verdrag). Hem kunnen niet beide rechtsmiddelen worden ontzegd. Maar ik ben het ook met de Commissie eens dat hij evenmin het recht kan hebben beide rechtsmiddelen aan te wenden. Hij kan ze hooguit subsidiair aan zijn vordering ten grondslag leggen, hetgeen verzoekster in casu ook heeft gedaan.

Ik kom thans tot de zaak zelf en met name tot de kernvraag of de Commissie de bevoegdheid heeft om tijdens de administratieve procedure krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 voorlopige maatregelen vast te stellen.

Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord, moet het onderhavige verzoek om voorlopige maatregelen mijns inziens noodzakelijkerwijze stranden, want daaruit volgt dwingend dat het Hof enerzijds op verzoeksters primaire vordering de Commissie niet kan gelasten voorlopige maatregelen vast te stellen, en anderzijds dergelijke maatregelen niet zelf kan vaststellen. Het Hof kan dit niet zelf, al was het alleen maar omdat, zoals de Commissie in haar schriftelijk antwoord naar voren brengt, een verzoek om voorlopige maatregelen niet kan slagen tenzij de verzoeker aantoont dat hij in de hoofdzaak een volgens de Commissie „kennelijk gegronde", ik zou willen zeggen een althans verdedigbare vordering heeft. Als de Commissie in casu van rechtswege geen bevoegdheid heeft om in een procedure krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 voorlopige maatregelen te treffen, dan is de vordering in de hoofdzaak zonder meer ongegrond.

Dat een dergelijke bevoegdheid de Commissie niet uitdrukkelijk is toegekend, is

mijns inziens evident. De Commissie suggereert echter dat zij geacht moet worden hiertoe een „inherente of impliciete bevoegdheid" te hebben. Verzoekster stelt dat zij een dergelijke impliciete bevoegdheid inderdaad heeft.

Over de suggestie dat de Commissie een „inherente" bevoegdheid van die strekking zou kunnen hebben, kan ik kort zijn. Een lichaam dat bij een wettelijke regeling in het leven is geroepen, heeft geen „inherente" bevoegdheden. Het heeft slechts de bevoegdheden die hem bij of krachtens deze regeling uitdrukkelijk zijn toegekend of die daarin noodzakelijkerwijs besloten liggen. In dit opzicht verschilt het bijvoorbeeld van een natuurlijke persoon of van een eenheid die los van enige regeling bestaat, zoals een souvereine staat.

De vraag is dus of deze bevoegdheid van de Commissie noodzakelijkerwijs besloten ligt hetzij in het EEG-Verdrag, hetzij in een krachtens dit Verdrag vastgestelde wettelijke regeling, dat wil dus zeggen in verordening nr. 17.

Het lijkt mij onverenigbaar met de tekst van het EEG-Verdrag om een dergelijke bevoegdheid in dit Verdrag besloten te achten. Artikel 87 gaat er duidelijk vanuit dat een dergelijke bevoegdheid uitsluitend bij besluit van de Raad aan de Commissie kan worden toegekend. Het doel van de overgangsbepalingen in de artikelen 88 en 89 was dat, tot het moment waarop de Raad krachtens artikel 87 alle, zoals het artikel het noemt „verordeningen of richtlijnen ... dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86" zou hebben vastgesteld, de autoriteiten van de Lid-Staten het op zich zouden nemen deze beginselen effect te verlenen. De bevoegdheden van de Commissie zijn beperkt tot het voorstellen aan deze autoriteiten van de „passende middelen" en, als uiterste middel, tot het vaststellen van een inbreuk op deze beginselen in een met redenen omklede beschikking en tot het machtigen van de Lid-Staten om bepaalde maatregelen te nemen om „de toestand te verhelpen". Mijns inziens kan de eerste zin van artikel 89 niet worden losgekoppeld van de rest van dat artikel op de wijze die hier vanmorgen werd voorgesteld. Ook meen ik niet dat de algemene bewoordingen van artikel 155 zo kunnen worden uitgelegd dat ze voorrang hebben boven de bijzondere bepalingen van de artikelen 87 tot en met 89.

Er is verwezen naar de beschikkingen van president Lecourt in de zaak-Miles Druce (Jurispr. 1973, blz. 1049 en 1974, blz. 281) en naar zijn beschikking op het verzoek om voorlopige maatregelen in de zaak-N.C.C. (Jurispr. 1975, blz. 1193).

Mijns inziens moet onderscheid worden gemaakt tussen deze beschikkingen en het onderhavige geval.

In de eerste plaats verschilt niet alleen de tekst maar de hele opbouw van de bepalingen van het EGKS-Verdrag waarop die zaken steunden, met name van de artikelen 60 en 66, vrij sterk van de tekst en de opbouw van de bepalingen van het EEG-Verdrag die hier aan de orde zijn. De bepalingen van het EGKS-Verdrag schrijven met name niet voor, dat de Raad de relevante bevoegdheden van de Commissie moet vaststellen. Het Verdrag zelf definieert deze bevoegdheden in rekbare bewoordingen.

Bovendien was in de zaak-Miles Druce artikel 66, lid 5, derde alinea, van het EGKS-Verdrag de bepaling waarop verzoekster met name haar beroep deed steunen en waarnaar president Lecourt in

de eerste beschikking verwees; deze bepaling machtigt de Commissie uitdrukkelijk alle „conservatoire maatregelen (te) nemen of uit (te) lokken, welke zij noodzakelijk acht, . . .".

In de zaak-N.C.C., betwistte N.C.C. in de hoofdzaak de beschikking van de Commissie waarbij werd vastgesteld dat de National Coal Board geen inbreuk had gemaakt op het EGKS-Verdrag. Het zou hetzelfde zijn als in casu de gewraakte beschikking van de Commissie een beschikking was geweest waarbij werd vastgesteld dat Hasselblad-bedrijven geen inbreuk hadden gemaakt op het EEG-Verdrag. In een dergelijke situatie zou men kunnen stellen dat het Hof zelf de bevoegdheid heeft om voorlopige maatregelen vast te stellen en dat deze bevoegdheid, die in zeer ruime bewoordingen aan het Hof is toegekend, de bevoegdheid omvat de Commissie te gelasten deze maatregelen te treffen, om de door president Lecourt in zijn beschikking vermelde redenen — zoals de juiste taakverdeling tussen Hof en Commissie en de betere kennis van de Commissie van de details van het geval —. Maar deze benadering is hier onmogelijk omdat de enige beschikking van de Commissie die wordt aangevallen haar eigen voorlopige bevoegdheden betreft.

Rest verordening nr. 17. Artikel 3 daarvan luidt als volgt:

„1. Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.

2. Tot het indienen van een verzoek, als in het eerste lid bedoeld, zijn gerechtigd

a) de Lid-Staten;

b) natuurlijke of rechtspersonen die aantonen hierbij een redelijk belang te hebben.

3. Onverminderd de overige bepalingen van deze verordening kan de Commissie, alvorens een beschikking te nemen als bedoeld in het eerste lid, aan de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen aanbevelingen doen om aan de inbreuk een einde te maken."

Mijns inziens wordt hier duidelijk onderscheiden tussen datgene wat de Commissie mag doen wanneer zij eenmaal een inbreuk heeft vastgesteld en datgene wat zij voordien mag doen. Het is met artikel 3 onverenigbaar dat de Commissie, alvorens een beschikking te geven op grond van de vaststelling van een inbreuk, meer mag doen dan tot de betrokken ondernemingen aanbevelingen te richten. Vanmorgen werd eraan herinnerd dat een beschikking krachtens artikel 3, lid 1, slechts kan worden vastgesteld nadat bepaalde voorgeschreven stappen zijn genomen. Zo moeten met name de punten van bezwaar aan de betrokken onderneming of ondernemingen zijn gezonden, moeten zij hierop zijn gehoord, en moet het adviescomité zijn geraadpleegd. Voor het doen van een aanbeveling krachtens het derde lid zijn dergelijke voorafgaande formaliteiten niet vereist. Het essentiële punt is mijns inziens echter dat krachtens artikel 3 geen beschikking kan worden gegeven die de betrokken onderneming of ondernemingen bindt, voordat er een inbreuk is vastgesteld.

In de artikelen 11 en 14 van de verordening worden andere, omvangrijke en gedetailleerde voorlopige bevoegdheden aan de Commissie toegekend waaraan door de bepalingen betreffende de boetes en dwangsommen in de artikelen 15 en 16 kracht wordt bijgezet. In geen van deze artikelen ligt zelfs maar in de verste verte besloten, dat de Commissie de bevoegdheid heeft om voorlopige maatregelen als de thans gevraagde te treffen.

In concludeer hieruit niet alleen dat de toekenning van een dergelijke bevoegdheid aan de Commissie niet noodzakelijkerwijs in verordening nr. 17 besloten ligt, maar ook dat uit de bewoording van deze verordening noodzakelijkerwijze volgt dat haar opstellers niet de bedoeling hadden om de Commissie een dergelijke bevoegdheid te verlenen.

Het gaat er niet om of zij hiermee gelijk hadden of niet. Zowel verzoekster als de Commissie hebben, deels aantrekkelijke, argumenten naar voren gebracht om de wenselijkheid van een dergelijke bevoegdheid van de Commissie aan te tonen. Mijns inziens zou men deze argumenten aan de Raad moeten voorleggen en niet aan dit Hof. Dit Hof heeft tot taak te zeggen wat rechtens is en niet wat rechtens zou moeten zijn.

Ik concludeer daarom tot afwijzing van het verzoek en tot veroordeling van verzoekster in de kosten van de Hasselblad-vennootschappen. De Commissie heeft niet om een kostenveroordeling gevraagd.