CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 26 november 1996 *

1. Bij arrest van 27 juni 1995 in zaak T-186/94 (hierna: het „arrest") [1] heeft het Gerecht van eerste aanleg uitspraak gedaan op het beroep van de vennootschap naar Frans recht Guérin automobiles (hierna: „verzoekster") strekkende tot vaststelling van het nalaten van de Commissie en, subsidiair, tot nietigverklaring van het eventueel in twee eerdere brieven van de Commissie vervatte besluit om een door haar ingediende klacht niet te onderzoeken. In dat arrest verklaarde het Gerecht dat op het door verzoekster ingestelde beroep wegens nalaten niet behoefde te worden beslist, omdat dit inmiddels zonder voorwerp was geraakt; anderzijds verklaarde het het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk, aangezien de betrokken brieven niet vatbaar waren voor beroep ex artikel 173 van het Verdrag. De omstandigheden van het geval in aanmerking nemende, heeft het Gerecht niettemin de Commissie in alle kosten verwezen.

In de onderhavige procedure vordert verzoekster de vernietiging van het arrest, behoudens wat de kosten betreft, en toewijzing van haar oorspronkelijke vordering. Tegen hetzelfde arrest heeft ook de Commissie incidentele hogere voorziening ingesteld, waarbij zij vernietiging vordert van het onderdeel van het dictum waarbij het Gerecht haar in alle kosten heeft verwezen.

Feiten en procesverloop

2. Bij schrijven van 3 augustus 1992 diende requirante bij de Commissie een klacht in overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad [2], tot vaststelling van een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag door de vennootschap Volvo France, die naar haar zeggen de op 10 september 1987 tussen partijen voor onbepaalde duur gesloten dealerovereenkomst onrechtmatig zou hebben opgezegd. In dezelfde brief beweerde requirante bovendien dat verschillende clausules in de exclusieve en selectieve distributieovereenkomsten van Volvo France niet werden gedekt door verordening (EEG) nr. 123/85 van de Commissie van 12 december 1984, betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen afzet- en klantenserviceovereenkomsten inzake motorvoertuigen [3] (hierna: „vrijstellingsverordening"). De diensten van de Commissie lieten requirante bij schrijven van 29 oktober 1992 weten, dat mede gelet op het feit dat het probleem met betrekking tot de opzegging van het contract aanhangig was voor de Cour d'appel te Parijs, het communautair belang van de zaak niet van dien aard was dat het een onderzoek door de Commissie kon rechtvaardigen. Requirante werd uitgenodigd om binnen een termijn van

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Guérin automobiles (Jurispr. 1995, blz. II-1753).

2 — Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

3 — PB 1985, L 15, blz. 16.

vier weken haar opmerkingen te maken, zo niet zou de zaak ad acta worden gelegd.

Bij schrijven van 11 december 1992 deelde requirante mede, dat de Cour d'appel te Parijs zich alleen had uitgesproken over de geldigheid van de opzegging van de dealerovereenkomst, terwijl haar klacht bij de Commissie betrekking had op de rechtsgeldigheid van de distributieovereenkomst in haar geheel in het licht van de vrijstellingsverordening. Na deze nadere toelichting van requirante lieten de diensten van de Commissie bij schrijven van 21 januari 1993 weten, dat „de klacht niet is gebaseerd op de feitelijke omstandigheden waaronder Volvo France de betrokken overeenkomst heeft opgezegd, maar uiteindelijk op de weigering om voortaan aan Guérin automobiles te verkopen, met als enige reden een netwerk van exclusieve en selectieve distributieovereenkomsten, die volgens Guérin van rechtswege nietig zijn, omdat zij de grenzen van de bij verordening (EEG) nr. 123/85 verleende vrijstelling in aanzienlijke mate overschreden en evenmin door een individuele ontheffing worden gedekt". De Commissie voegde daaraan toe: „Ter zake moet ik u meedelen, dat het aldus door u aan de orde gestelde probleem, waarover overigens ook andere klachten zijn ingediend, thans in onderzoek is bij de Commissie, waarvan het resultaat u zal worden meegedeeld, zodra het is afgesloten."

3. Bijna een jaar later, op 6 januari 1994, informeerde requirante bij de Commissie naar het resultaat van het in de brief van 21 januari 1993 bedoelde onderzoek. Toen antwoord daarop uitbleef, zond zij de Commissie op 24 januari 1994 een schriftelijke aanmaning uit hoofde van artikel 175 EG-Verdrag. Bij brief van 4 februari 1994 deelde de Commissie requirante mee, dat het onderzoek in de andere zaak nog steeds liep en „in voorkomend geval als precedent kon dienen voor gevallen als door u aan de orde gesteld. Ik verzeker u nogmaals dat u op de hoogte zult worden gebracht, zodra zich belangwekkende ontwikkelingen in het onderzoek voordoen."

Op 5 mei 1994 stelde requirante overeenkomstig artikel 175 van het Verdrag beroep in voor het Gerecht, strekkende tot vaststelling van het nalaten van de gedaagde instelling en, subsidiair, nietigverklaring van de brieven van 21 januari 1993 en 4 februari 1994, voor zover daaruit bleek van een besluit van de Commissie om haar klacht af te wijzen.

4. Op 13 juni 1994 zonden de diensten van de Commissie requirante een mededeling, met in de aanhef een uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad. [4] Deze brief luidde als volgt:

4 — PB 1963, blz. 2268.

„Weledelgestrenge heer,

Bij deze bevestig ik de ontvangst van uw brief van 24 januari 1994 betreffende de situatie van uw cliënt Guérin automobiles sedert haar klacht van 11 december 1992 tegen de standaard-distributieovereenkomst van Volvo France, waarbij werd gesteld dat de grenzen van de bij de verordening verleende vrijstelling in aanzienlijke mate werden overschreden, alsmede van uw verzoek aan de Commissie krachtens artikel 175 van het Verdrag, om binnen twee maanden een standpunt te bepalen in deze zaak. Naar aanleiding van deze brief wil ik het volgende opmerken.

In uw klacht wordt de vraag aan de orde gesteld, of een overeenkomst betreffende de exclusieve en selectieve distributie van motorvoertuigen, zoals toegepast door Volvo France, wat de mededingingsregels betreft, verenigbaar is met verordening (EEG) nr. 123/85. Ter zake bevestig ik u, terugkomende op mijn brief van 21 januari 1993, waarnaar u eveneens verwijst, dat thans bij de diensten van de Commissie een onderzoek aanhangig is van een bijzonder geval, dat de vraag van de verenigbaarheid van de standaard-distributieovereenkomsten van motorvoertuigen van een andere fabrikant met de verordening aan de orde stelt.

Deze andere zaak brengt verschillende in uw klacht aangevoerde clausules of praktijken in geding. Zoals u weet, is de Commissie wegens de beperkte middelen waarover zij beschikt, gedwongen prioriteiten te stellen. Het is dan ook in overeenstemming met het communautaire belang, dat wanneer meerdere vergelijkbare zaken aan haar zijn voorgelegd, de meest karakteristieke gevallen worden gekozen. Om deze reden bevestig ik u, onder verwijzing naar artikel 6 van verordening (EEG) nr. 99/63, dat onder deze omstandigheden uw klacht thans niet individueel kan worden behandeld.

Overigens kan verordening nr. 123/85 rechtstreeks worden toegepast door de nationale rechterlijke instanties. Uw cliënt kan zijn geschil, alsmede de vraag van de toepasselijkheid van deze verordening op de betrokken overeenkomst dan ook rechtstreeks bij deze rechterlijke instanties aanhangig maken.

Desgewenst kunt u uw opmerkingen omtrent deze brief maken, die mij dan binnen een termijn van twee maanden dienen te bereiken."

Op 20 juni 1994 deed requirante de Commissie haar opmerkingen toekomen over de brief van 13 juni 1994, en verzocht zij om nadere inlichtingen over de andere zaak, met name of het voornemen bestond om de twee gevallen te voegen met het oog op het recht van verweer. Omdat zij op deze brief geen antwoord ontving, en evenmin op de daaropvolgende brieven van 13 en 24 juli, waarin zij haar verzoek herhaalde, zond requirante de Commissie op 11 augustus 1994 een nieuwe aanmaning als bedoeld in artikel 175 van het Verdrag.

5. Voor het Gerecht voerde requirante in repliek aan, dat de brief van 13 juni 1994 geen standpuntbepaling kon opleveren die een einde maakte aan het verzuim van de instelling, en wel om drie redenen: a) een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 is geen standpuntbepaling in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag; b) uit de inhoud van de brief blijkt dat het niet gaat om een afwijzing van een klacht; c) de brief was onvoldoende gemotiveerd.

In de tweede plaats laakte requirante de onduidelijkheid van de antwoorden van de Commissie als een bewuste strategie om haar de mogelijkheid van een beroep in rechte te ontnemen. De Commissie zou zich immers enerzijds aan een beroep tot nietigverklaring hebben willen onttrekken, door de brieven van 21 januari 1993 en 4 februari 1994 als loutere „voorlopige antwoorden" aan te merken, en anderzijds aan een beroep wegens nalaten, door te verklaren dat haar brief van 13 juni 1994 een echte standpuntbepaling was.

Het arrest van het Gerecht

6. In zijn arrest overwoog het Gerecht allereerst, dat „de conclusies betreffende het nalaten op het tijdstip waarop het verzoekschrift werd ingediend, ontvankelijk waren" (r. o. 22), en vervolgens dat een handeling „die op zich niet vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring, onder bepaalde omstandigheden wel een standpuntbepaling kan opleveren die een einde maakt aan het nalaten, indien de betrokken handeling de noodzakelijke voorwaarde vormt in het kader van een procedure die moet uitmonden in een rechtshandeling die zelf voor beroep vatbaar is" (r. o. 25), wat het geval is bij een door de Commissie aan de klager gezonden brief als bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 99/63. Volgens vaste rechtspraak immers is een mededeling ex artikel 6 „een standpuntbepaling in de zin van artikel 175 van het Verdrag, hoewel daartegen niet een beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld" (r. o. 26).

Bij de kwalificatie van de brief van 13 juni 1994 heeft het Gerecht dus in aanmerking genomen, dat ofschoon een afwijzing van de klacht niet uitdrukkelijk wordt overwogen, „het door de dubbele verwijzing naar artikel 6 van verordening nr. 99/63, de inachtneming van de bij deze bepaling voorziene formele vereisten, de inhoud van deze brief, alsmede de context waarin zij is gegeven, duidelijk is dat de Commissie op de datum waarop zij de onderhavige mededeling aan verzoekster heeft toegezonden, van mening was dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigden aan de door verzoekster bij haar ingediende klacht gevolg te geven" (r. o. 29). Voorts overwoog het Gerecht, dat ook al zou de betrokken brief niet voldoende zijn gemotiveerd, zulke grieven „zelfs indien zij eventueel relevant kunnen zijn in het kader van een krachtens artikel 173 van het Verdrag ingesteld beroep, niet ter zake dienend zijn voor de vraag of de Commissie haar standpunt heeft bepaald in de zin van artikel 175 van het Verdrag" (r. o. 33).

Het Gerecht verwierp ook het argument van requirante, dat indien het nalaten als beëin-

digd zou worden beschouwd, dit zou betekenen dat de Commissie zich aan elke rechterlijke controle zou kunnen onttrekken. Het Gerecht beklemtoonde op dit punt dat requirante, na de opmerkingen die zij op de mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 had ingediend, „van toen af recht heeft op een beschikking van de Commissie, waarin definitief uitspraak wordt gedaan over de klacht. Tegen een dergelijke beschikking kan, indien verzoekster meent daartoe gegronde redenen te hebben, bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring worden ingesteld" (r. o. 34).

7. Daarnaast werd de subsidiaire vordering van requirante, tot nietigverklaring van de brieven van 21 januari 1993 en 4 februari 1994, voor zover deze een besluit behelsden tot afwijzing van de klacht, niet-ontvankelijk verklaard. Het Gerecht overwoog immers dat het ging om louter voorbereidende brieven die daarom geen „handelingen zijn die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van verzoekster kunnen aantasten, maar voorbereidende handelingen die niet vatbaar zijn voor een beroep in rechte" (r. o. 40).

8. Wat de kosten betreft heeft het Gerecht daarentegen geconstateerd, dat de Commissie niet binnen de in artikel 175 van het Verdrag voorziene termijn gevolg heeft gegeven aan de aanmaning die verzoekster haar op 24 januari 1994 had doen toekomen, ofschoon zij sedert december 1992 formeel op de hoogte was van de inhoud van de klacht. In aanmerking nemende dat verzoekster eerst na de instelling van haar beroep een standpuntbepaling op haar klacht heeft ontvangen (r. o. 45), besloot het Gerecht de Commissie in haar eigen kosten en in die van verzoekster te verwijzen (r. o. 46).

De hogere voorziening van requirante

9. Voor het Hof bestrijdt requirante de gegrondheid van het arrest, betogend dat het Gerecht dwaalt ten aanzien van het recht waar het stelt, dat de brief van 13 juni 1994 weliswaar een standpuntbepaling behelst in de zin van artikel 175 van het Verdrag en dus een einde heeft kunnen maken aan het nalaten, maar niet een handeling is die vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 173. Zij onderbouwt deze opvatting als volgt:

a) de briefwisseling volgend op de brief van 13 juni 1994 van de Commissie is niet in aanmerking genomen, welke briefwisseling het Gerecht in staat zou hebben gesteld tot een juiste kwalificatie van de feiten en daarmee de vaststelling dat het nalaten voortduurde;

b) de brief van 13 juni 1994 is juridisch onjuist gekwalificeerd, en wel in meerdere opzichten, die hierna nader worden omschreven; al deze punten tonen aan dat deze brief geen afwijzingsbeschikking kan inhouden en daarom geen einde heeft kunnen maken aan het nalaten;

c) het Gerecht is in tegenstrijdigheden vervallen door te oordelen dat de brief geen rechtsgevolgen heeft jegens de adressaat, maar wel tot gevolg heeft dat het beroep zonder voorwerp is geraakt, hetgeen een inbreuk betekent op het beginsel van het recht van beroep, juist doordat de particulier daarmee verstoken blijft van zijn recht op afdoende rechtsbescherming.

In wezen voert requirante aan, dat het nalaten niet is opgeheven (eerste en tweede middel) en dat het oordeel dat het nalaten zou zijn beëindigd hoewel een voor beroep vatbare handeling ontbreekt, hoe dan ook het een schending van het beginsel van het recht van beroep inhoudt (derde middel). De onderhavige hogere voorziening biedt het Hof dus de gelegenheid een aantal aspecten in verband met de aan de klager in een mededingingsprocedure toekomende rechten nader te preciseren, in het bijzonder op het punt van de bescherming door de rechter. [5] Het lijkt mij daarom wenselijk om de wetgeving en rechtspraak in het kader waarvan het onderhavige geschil zich afspeelt, in het kort te bespreken, alvorens op de aangevoerde middelen afzonderlijk in te gaan.

5 — Zie onder meer Idot: „La situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles après les arrêts Asia Motor et Automec II", *Europe*, 1992, blz. 1 e. v.; Gilliams en Maselis: „Le statut du plaignant en droit communautaire", *Journal des Tribunaux*, 1996, blz. 25 e. v.; Amadeo: „La posizione del singolo controinteressato dinanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza", *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, blz. 405 e. v.

De rechten die volgens de rechtspraak aan de klager toekomen

10. Om te beginnen herinner ik eraan, dat volgens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, natuurlijke of rechtspersonen die aantonen hierbij een redelijk belang te hebben, bij de Commissie een klacht kunnen indienen met betrekking tot een (beweerde) inbreuk op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Aan deze mogelijkheid zijn echter geen rechten van wezenlijke aard verbonden. In de rechtspraak ter zake is uitgemaakt, dat de klager niet het recht heeft van de Commissie een beschikking te verlangen met betrekking tot het al dan niet bestaan van de beweerde inbreuk [6], en dat de Commissie evenmin is verplicht een onderzoek te openen, „omdat dit slechts tot doel kan hebben, bewijselementen op te sporen met betrekking tot het al dan niet bestaan van een inbreuk die zij niet verplicht is vast te stellen". [7]

6 — Arrest van 18 oktober 1979 (zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3173, r. o. 17 en 18); en laatstelijk arrest van 18 september 1996 (zaak T-387/94, Asia Motor France e. a., Jurispr. 1996, blz. II-961, r. o. 46); hierna: „Asia Motor III". Dit is alleen anders, aldus het Gerecht in zijn arrest van 18 september 1992 (zaak T-24/90, Automec, Jurispr. 1992, blz. II-2223, r. o. 75; hierna: „Automec II"), wanneer het voorwerp van de klacht tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie behoort.

7 — Arrest Automec II, aangehaald in vorige voetnoot, r. o. 76; eveneens arrest van 24 januari 1995 (zaak T-114/92, BEMIM, Jurispr. 1995, blz. II-147, r. o. 81). Zie daarentegen het arrest van 24 januari 1995 (zaak T-5/93, Tremblay, Jurispr. 1995, blz. II-185, r. o. 61), waarin het Gerecht uitdrukkelijk overwoog, dat verzoeker niet van de Commissie een beschikking kon verlangen met betrekking tot de gewraakte inbreuk, zelfs indien de Commissie zelf „ervan overtuigd was geraakt, dat de betrokken praktijken inbreuk op artikel 86 van het Verdrag vormden". Ik heb bedenkingen bij deze laatste uitspraak, die wordt gerechtvaardigd met de overweging dat het opleggen aan de Commissie van de verplichting om, „zodra zij een inbreuk heeft vastgesteld, (...) een beschikking te geven waarbij de betrokken ondernemingen wordt gelast daaraan een einde te maken, in strijd [is] met de bewoordingen van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, volgens welke de Commissie een dergelijke beschikking kan vaststellen" (arrest van 18 november 1992, zaak T-16/91, Rendo, Jurispr. 1992, blz. II-2417, r. o. 98).

Dat betekent echter niet dat de klager van alle bescherming verstoken is. Artikel 6 van verordening nr. 99/63 kent hem immers enkele procedurele waarborgen toe, door te bepalen: „wanneer de Commissie meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 ingediend verzoek gevolg te geven, deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede en geeft hun een termijn, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden". De Commissie heeft dus de mogelijkheid om het verzoek af te wijzen, hetzij na onderzoek van de daarin vervatte juridische en feitelijke elementen, hetzij na een onderzoek te hebben ingesteld of een inbreukprocedure te hebben geopend. In elk van die gevallen is zij echter gehouden om de klager te informeren omtrent de gronden die haar hebben bewogen om aan het verzoek geen gevolg te geven en hem een termijn te geven voor het indienen van eventuele schriftelijke opmerkingen. [8] Dat is precies de draagwijdte van de mededeling uit hoofde van artikel 6.

11. Het Hof heeft dit ook vastgesteld in het arrest GEMA, overwegende dat „uit de woorden ‚deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede', volgt dat de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling slechts moet garanderen, dat aan een verzoeker in de zin van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 de redenen worden meegedeeld die de Commissie hebben doen besluiten dat het volgens de door haar in de loop van het onderzoek verkregen gegevens niet gerechtvaardigd is aan het verzoek gevolg te geven. Deze mededeling *onderstelt dat de procedure is beëindigd,* doch belet de Commissie niet deze te heropenen wanneer zij dit nodig acht, met name wanneer verzoeker binnen de hem krachtens artikel 6 toegekende termijn nieuwe feitelijke of juridische gegevens aanvoert". [9]

In die zaak benadrukte het Hof, na de kenmerken en de ratio van een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 te hebben uiteengezet, dat een dergelijke mededeling een standpuntbepaling vormt in de zin van artikel 175 van het Verdrag en derhalve afdoende is om aan het nalaten een einde een maken. [10] In datzelfde arrest heeft het Hof echter de vraag open gelaten, hoewel daarover in de procedure uitvoerige discussie plaats had gevonden, of een dergelijke mededeling vatbaar was voor beroep ex artikel 173 van het Verdrag [11], alsmede, meer in het algemeen, of het voor de

8 — Dat betekent dat de Commissie, hoewel zij niet verplicht is een beschikking te geven tot vaststelling van een inbreuk op de mededingingsregels, of een onderzoek in te stellen naar een ingevolge artikel 3 van verordening nr. 17 ingediende klacht, wel „gehouden is door de klager aangevoerde middelen feitelijk en rechtens nauwgezet te onderzoeken, teneinde uit te maken of er sprake is van een mededingingsbeperkende gedraging. Wanneer bovendien wordt besloten de zaak zonder gevolg te laten, is de Commissie gehouden haar besluit met redenen te omkleden, zodat het Gerecht in staat is te onderzoeken of het gebrekkig is wegens dwaling ten aanzien van de feiten of het recht, of wegens misbruik van bevoegdheid" (arrest van 19 oktober 1995, zaak C-19/93 P, Rendo e. a., Jurispr. 1995, blz. I-3319, r. o. 27).

9 — Arrest aangehaald in voetnoot 6, r. o. 17; cursivering van mij.

10 — Idem, r. o. 19 en 20.

11 — Zie op dit punt echter de conclusie van advocaat-generaal Capotorti in genoemde zaak. Na tot de conclusie te zijn gekomen dat het uitblijven van een brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 een onrechtmatig verzuim is van de Commissie, en dus aanvechtbaar met een beroep wegens nalaten in de zin van artikel 175 van het Verdrag, betoogde hij vervolgens dat de betrokken handeling, door de Commissie eerst vastgesteld nadat beroep wegens nalaten was ingesteld, „binnen de daarvoor gestelde termijn had kunnen worden bestreden door middel van een beroep tot nietigverklaring, aangezien de aan de wettigheidscontrole van het Hof onderworpen handelingen in artikel 173, eerste alinea, op overeenkomstige wijze worden omschreven als in artikel 175, laatste alinea" (Jurispr. 1979, blz. 3193, op blz. 3200).

klager mogelijk is beroep in te stellen tot nietigverklaring van de brief waarmee de klacht wordt afgewezen.

12. Op dit punt zij erop gewezen, dat het Hof reeds in het arrest Metro heeft uitgemaakt dat de eventuele beslissing tot afwijzing van de klacht vatbaar moet zijn voor een beroep tot nietigverklaring, waarbij het in het bijzonder overwoog, „dat het zowel in het belang van een goede rechtsbedeling als van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86 is dat natuurlijke of rechtspersonen die op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 gerechtigd zijn de Commissie te verzoeken een inbreuk op bedoelde artikelen 85 en 86 vast te stellen, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, over een beroepsmogelijkheid kunnen beschikken ter bescherming van hun wettige belangen". [12] Weliswaar was Metro in dat geval in haar hoedanigheid van klaagster opgekomen tegen de beschikking van de Commissie *om een distributiestelsel vrij te* stellen in de zin van artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Maar de algemene bewoordingen van de hierboven geciteerde overweging maken aannemelijk, dat dezelfde overwegingen ook moeten gelden voor een (definitieve) beschikking om de klacht te seponeren.

De latere rechtspraak op dit gebied biedt steun voor deze opvatting; het Hof heeft immers meermaals bevestigd dat brieven waarin de definitieve sepositie van een zaak wordt meegedeeld, voor beroep vatbaar zijn. [13] Niettemin zijn twee vragen onbeantwoord gebleven: a) of ook de mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 voor beroep vatbaar is in de zin van artikel 173 van het Verdrag dan wel of zulks alleen mogelijk is voor de beschikking tot sepositie van de zaak na eventuele opmerkingen van de zijde van klager ingevolge datzelfde artikel 6; b) of de Commissie de verplichting heeft en niet enkel de bevoegdheid, om een definitieve beschikking te geven tot sepositie van de klacht. [14]

13. Beide vragen zijn in de rechtspraak van het Gerecht beantwoord. In het arrest Automec I [15] heeft het Gerecht immers een theoretische indeling gemaakt van de verschillende soorten handelingen die de Commissie kan vaststellen in het kader van de procedure

12 — Arrest van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Jurispr. 1977, blz. 1875, r. o. 13).

13 — Zie het arrest van 11 oktober 1983 (zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt, Jurispr. 1983, blz. 3045, r. o. 14), waarin het recht van klager om beroep in te stellen tegen de beschikking tot seponering van de klacht werd gerechtvaardigd met dezelfde overweging (geciteerd in de tekst) als in het arrest Metro. Zie voorts het arrest van 28 maart 1985 (zaak 298/83, CICCE, Jurispr. 1985, blz. 1105, r. o. 18), waarin het Hof zich bevoegd verklaarde tot toetsing in het licht van door verzoekster aangedragen feitelijke en juridische gegevens, van de wettigheid van de beschikking tot seponering van een klacht door de Commissie; zie eveneens het arrest van 17 november 1987 (gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4487, r. o. 12), waarin het Hof herhaalde dat voor de ontvankelijkheid van een beroep tot nietigverklaring tegen een brief waarin een klacht werd afgewezen, voldoende is dat zulke brieven „de inhoud en de werking van een beschikking [hebben], want zij sluiten het onderzoek af, bevatten een beoordeling van de betrokken overeenkomsten en ontnemen verzoeksters de mogelijkheid om heropening van het onderzoek te verlangen, behoudens in het geval dat zij met nieuw bewijsmateriaal komen".

14 — Lange tijd heeft de Commissie het standpunt verdedigd, dat op haar geen verplichting rustte om een formele beschikking tot afwijzing te geven, maar dat zij daarentegen zelf kon kiezen in welke gevallen zulks opportuun was. Zie in het bijzonder het Elfde Verslag over het mededingingsbeleid, 1981, punt 118, alsmede het Vijftiende Verslag over het mededingingsbeleid, 1985, punt 1, waarin het heet dat de Commissie alleen „zo nodig" een definitieve afwijzende beschikking geeft die dus vatbaar is voor beroep voor het Hof.

15 — Arrest van 10 juli 1990 (zaak T-64/89, Automec, Jurispr. 1990, blz. II-367, r. o. 45-47).

ex artikel 6 van verordening nr. 99/63, met daarbij een omschrijving van de formele voorwaarden waaronder die handelingen vatbaar zijn voor beroep. De procedure ex artikel 6 bestaat volgens het Gerecht uit drie achtereenvolgende fasen: een eerste fase van uitwisseling van inlichtingen en opmerkingen tussen de klager en de diensten van de Commissie, een tweede fase met de in artikel 6 bedoelde mededeling en een derde fase waarin de Commissie kennis neemt van de opmerkingen van klager en zo nodig een eindbeschikking geeft. Alleen tegen deze laatste beschikking, tot het geven waarvan de Commissie overigens niet schijnt te zijn gehouden, kan volgens het Gerecht beroep tot nietigverklaring worden ingesteld.

Van belang is hier dat dit arrest, waarin de mededeling ex artikel 6 wordt omschreven als een louter voorbereidende handeling, alle onzekerheid heeft weggenomen omtrent de vraag of een dergelijke mededeling in beginsel vatbaar is voor beroep in de zin van artikel 173 van het Verdrag. Het Gerecht baseerde deze conclusie in het bijzonder op de overweging, dat „een beroep tot nietigverklaring, gericht tegen een dergelijke mededeling, het Hof en het Gerecht immers, net als in het geval van een beroep tegen de mededeling van de punten van bezwaar, zou kunnen nopen tot een beoordeling van vragen waarover de Commissie nog geen gelegenheid heeft gehad zich uit te spreken"; dit zou onverenigbaar zijn met onder meer „de vereisten van een goede procesgang en een regelmatig verloop van de administratieve procedure voor de Commissie". [16]

16 — Idem, r. o. 46.

14. Na het arrest Automec I verklaarde de Commissie, dat de brieven waarin de voorafgaande opmerkingen worden medegedeeld, bijgevolg aldus zullen worden opgesteld dat zij door de adressaten ervan niet anders zullen kunnen worden opgevat dan als een eerste reactie van de diensten van de Commissie op basis van de gegevens waarover zij beschikken. De adressaten zal in elk geval steeds worden verzocht om hun bijkomende opmerkingen aan de Commissie toe te zenden binnen een redelijke termijn die in de brief uitdrukkelijk zal worden bepaald, bij gebreke waarvan de klacht zal worden geacht geseponeerd te zijn. [17]

Het sindsdien door de Commissie gevolgde beleid getuigt evenwel niet van een strikte toepassing van deze criteria, zodat niet uit te sluiten valt dat het grote aantal procedures op dit punt, dat met name verband houdt met de juridische kwalificatie van de *handelingen* die in het kader van de procedure van artikel 6 worden vastgesteld, gedeeltelijk toe te schrijven is aan de dubbelzinnigheid van de brieven van de Commissie aan de klagers.

15. De verduidelijkingen die het Hof in het arrest SFEI e. a. [18] heeft aangebracht omtrent de concrete definitie van een eindbeschikking in de procedure ex artikel 6 van verordening nr. 99/63, zijn in dit verband bijzonder waardevol. Na eraan te hebben herinnerd, dat „een instelling die bevoegd is om inbreuken vast te stellen en daarvoor een sanctie op te

17 — *Twintigste Verslag over het mededingingsbeleid*, 1990, § 165, blz. 136.

18 — Arrest van 16 juni 1994 (zaak C-39/93 P, Jurispr. 1994, blz. I-2681).

leggen, en bij wie particulieren een klacht kunnen indienen, zoals de Commissie in het kader van het mededingingsrecht, noodzakelijkerwijze een handeling met rechtsgevolgen vaststelt wanneer zij het op die klacht ingestelde onderzoek beëindigt" (r. o. 27), bevestigde het Hof dat „een brief waarin de sepositie wordt meegedeeld, in die omstandigheden slechts als een voorafgaande of voorbereidende standpuntbepaling kan worden aangemerkt wanneer de Commissie duidelijk heeft laten blijken, dat haar conclusie slechts geldt behoudens aanvullende opmerkingen van de partijen, hetgeen in casu niet het geval was" (r. o. 30).

Volgens het Hof is een brief die het voornemen van de Commissie aankondigt en motiveert om het verzoek te seponeren, altijd een voor beroep vatbaar besluit, behalve wanneer de Commissie zich uitdrukkelijk refereert aan eventuele opmerkingen van de zijde van klager. En wel omdat, zoals het Hof overweegt, „anders dan een mededeling, die tot doel heeft de betrokken ondernemingen in staat te stellen hun standpunt over de punten van bezwaar van de Commissie kenbaar te maken, en die geen definitief standpunt van de Commissie inhoudt, de sepositie van een klacht immers het eindstadium van de procedure vormt: zij wordt niet gevolgd door enige handeling waartegen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld" (r. o. 28).

16. Het thans bestreden arrest heeft ten slotte een nieuw element aan deze rechtspraak toegevoegd, namelijk de uitdrukkelijke bevestiging dat de klager, na indiening van zijn opmerkingen als bedoeld in artikel 6 van verordening 99/63, daadwerkelijk recht heeft op een eindbeschikking waartegen beroep kan worden ingesteld krachtens artikel 173 van het Verdrag (r. o. 34). Deze conclusie, die overigens reeds af te leiden was uit bepaalde elementen van eerdere rechtspraak [19], lijkt onvermijdelijk: de klager zou immers verstoken blijven van iedere rechtsbescherming wanneer de Commissie niet ten minste gehouden was om naast de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling (die als een niet voor beroep vatbare handeling wordt beschouwd), een eindbeschikking tot afwijzing van de klacht te geven.

Samenvattend, heeft de tot dusver aangehaalde rechtspraak het recht van de klager bevestigd om van de Commissie, zo nodig middels een beroep wegens nalaten, een brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 te ontvangen, welke handeling een voorbereidend karakter heeft en niet voor beroep vatbaar is, maar een onmisbaar element is voor de vaststelling van de definitieve handeling, en bovendien ook een eindbeschikking tot verwerping van zijn klacht, waartegen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.

17. In de onderhavige zaak worden de problemen duidelijk waarvoor de klager komt te staan wanneer hij, zij het pas na een beroep wegens nalaten te hebben ingesteld, een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 heeft ontvangen, maar

19 — Zie bijvoorbeeld arrest Automec II, aangehaald in voetnoot 6, r. o. 85; alsmede arrest van 24 januari 1995 (zaak T-74/92, Ladbroke, Jurispr. 1995, blz. II-115, r. o. 60).

nog wacht op een voor beroep vatbare eindbeschikking.

Hierna bespreek ik de afzonderlijke middelen die requirante tegen het bestreden arrest aanvoert.

Het voortduren van het verzuim (eerste en tweede middel)

18. Met haar eerste twee middelen klaagt requirante, dat het Gerecht ten onrechte heeft aangenomen dat aan het nalaten van de Commissie een eind was gekomen. In dit verband stelt zij in de eerste plaats, dat het Gerecht rekening had moeten houden met de briefwisseling volgend op de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63, die haar een juiste juridische kwalificatie van de feiten mogelijk zou hebben gemaakt en haar tot de conclusie zou hebben gevoerd dat het nalaten nog voortduurde (eerste middel).

Voorts voert zij aan, zij het niet geheel duidelijk, dat de beoordeling door het Gerecht van de strekking van de brief van 13 juni 1994 is aangetast door onjuistheden en onregelmatigheden (tweede middel). Preciezer gezegd, stelt zij: a) dat de inhoud zelf van de brief duidelijk zou maken dat het enkel om een voorlopig antwoord gaat; b) dat het Gerecht zich voor de tegenovergestelde conclusie niet had mogen baseren op elementen die de Commissie beweert te hebben verzameld en die de beslissing om geen gevolg aan de klacht te geven zouden rechtvaardigen, omdat van zulke gegevens in het dossier elk spoor ontbreekt; c) ten slotte dat het Gerecht in dit verband een schending van het beginsel van de contradictoire behandeling had moeten constateren, nu de (beweerde) afwijzing berustte op het bestaan van een andere klacht waarover requirante nooit enige informatie heeft kunnen krijgen. Volgens requirante zou het onderzoek van deze grieven bevestigen, dat de litigieuze brief niet kon worden beschouwd als een afwijzingsbeschikking, welke vaststelling wederom het voortduren van het nalaten zou bevestigen.

19. Omdat het onderzoek naar de juistheid van de kwalificatie van de betrokken brief door het Gerecht logischerwijze moet voorafgaan aan het onderzoek van andere punten, lijkt het mij raadzaam met dat middel te beginnen. Op dit punt is het zeker dienstig op te merken, dat requirante met dit middel de conclusie van het Gerecht dat de brief „een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63" is (r. o. 30), niet aanvecht. Ter zake beperkt zij zich immers tot de bewering dat de brief uit hoofde van artikel 6 onder bepaalde voorwaarden niet kan worden geacht het nalaten te beëindigen; om vast te stellen of die brief al dan niet een sepositie van de klacht inhoudt, moet de inhoud ervan nader worden onderzocht.

Zoals uit het reeds aangehaalde arrest SFEI [20] af te leiden is, moet de strekking van de brief worden beoordeeld in het licht van de bedoeling ervan en niet a priori, aan de hand van louter formele criteria. Uit datzelfde arrest blijkt evenwel duidelijk, dat „een brief waarin de sepositie wordt meegedeeld, (...) slechts als een voorafgaande of voorbereidende standpuntbepaling kan worden aangemerkt" [21], wanneer de Commissie enerzijds de gronden vermeldt waarom zij meent geen gevolg te moeten geven aan de klacht en anderzijds aan klager een termijn stelt om nadere opmerkingen te maken.

20. In casu staat vast, dat de Commissie requirante een termijn van twee maanden heeft gesteld voor het indienen van eventuele opmerkingen. Ook staat vast, dat zij heeft vermeld op welke gronden zij tot de conclusie was gekomen dat de klacht van requirante „thans niet individueel kan worden behandeld": er was namelijk een andere klacht — met betrekking tot een vergelijkbare zaak — die meer representatief was, en bovendien kon requirante zich voor het soort inbreuk waarop de klacht betrekking had, tot de nationale rechter wenden.

De brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 zou daarom te beschouwen zijn als, zoals het in het arrest SFEI wordt genoemd, „een voorafgaande of voorbereidende standpuntbepaling". Goed beschouwd is deze conclusie, die althans gedeeltelijk samenvalt met die van requirante, door het Gerecht niet verworpen, waar het in het litigieuze arrest overweegt dat „een brief uit hoofde van artikel 6 het standpunt van de Commissie niet definitief vastlegt" (r. o. 31).

21. In deze omstandigheden moeten de grieven van requirante, dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een verkeerde rechtsopvatting bij de kwalificatie van de brief van 13 juni 1994, als ongegrond worden beschouwd, althans voor zover zij zijn gericht tegen het definitieve karakter van het besluit tot afwijzing van de klacht.

Met name faalt het betoog van requirante dat het Gerecht, naar uit rechtsoverweging 29 van het arrest zou blijken, ten onrechte zou zijn uitgegaan van door de Commissie ingezamelde gegevens — hoewel daarvan in het dossier geen spoor te vinden zou zijn geweest —, die volgens de Commissie zelf haar beslissing om geen gevolg aan de klacht te geven, rechtvaardigen, en daaraan de conclusie hebben verbonden dat de litigieuze brief een afwijzingsbeschikking inhoudt. Het Gerecht heeft in rechtsoverweging 29 van het arrest immers uitsluitend herinnerd aan het bestaan van de vereiste voorwaarden waaronder de betrokken brief kan worden beschouwd als een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63.

20 — Aangehaald in voetnoot 18, r. o. 28-31.
21 — Idem, r. o. 30.

22. Evenmin kan de stelling worden aanvaard dat de Commissie zelf, door het bestaan van een vergelijkbare, meer representatieve klacht als argument voor de afwijzing van de klacht te gebruiken, zou hebben erkend niets te hebben gedaan en ook niet voornemens zijn iets te doen, wat volgens requirante alle twijfel omtrent het voortduren van haar verzuim wegneemt. Gelet immers op het feit, dat de Commissie in geen geval verplicht is een onderzoek in te stellen naar aanleiding van een klacht [22], is het duidelijk dat requirante met dit argument niet de beoordeling door het Gerecht van de brief van 13 juni 1994 bestrijdt, doch wel de gegrondheid van de door de Commissie genoemde redenen om geen onderzoek naar de klacht in te stellen. In dit verband kan echter worden volstaan met erop te wijzen, dat een dergelijke grief, die zonder twijfel relevant is in het kader van een eventueel beroep tot nietigverklaring, niet ter zake doet waar het gaat om de vaststelling van een nalaten.

Dezelfde conclusie dringt zich eveneens op ten aanzien van het verwijt dat het Gerecht geen schending van het beginsel van de contradictoire behandeling door de Commissie heeft willen aannemen, hoewel de afwijzing van de klacht was gebaseerd op het bestaan van een andere klacht, met betrekking tot een vergelijkbare zaak, waarover requirante geen informatie heeft kunnen krijgen, ook niet gedurende de procedure voor het Gerecht. De eventuele schending van het recht van verweer, die uit deze handelwijze zou voortvloeien, is immers niet van belang om het voortduren van het verzuim aan te tonen.

22 — Zie hierboven, punt 10.

23. Een en ander maakt duidelijk dat het Gerecht de brief van 13 juni 1994 juist heeft gekwalificeerd, zodat het daartegen gerichte middel moet worden verworpen. Waar de hierboven besproken grieven ertoe strekken te doen vaststellen dat de litigieuze brief geen afwijzingsbeschikking inhield en het verzuim juist daarom niet zou zijn beëindigd, blijft volgens mij evenwel nog te onderzoeken of aan die brief, die het Gerecht heeft omschreven als een niet-definitieve standpuntbepaling, een zodanige strekking kan worden toegeschreven dat het beroep wegens nalaten zijn oorspronkelijke voorwerp heeft verloren.

Een dergelijk onderzoek is voorts in ieder geval noodzakelijk om vast te kunnen stellen of het Gerecht ten onrechte heeft nagelaten de op de brief van 13 juni 1994 volgende briefwisseling in aanmerking te nemen (eerste middel). Het spreekt immers vanzelf, dat het aannemen van een op het Gerecht rustende verplichting om die briefwisseling te onderzoeken, slechts zinvol is wanneer eerst is vastgesteld dat de litigieuze brief, en meer in het algemeen een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63, op zichzelf niet afdoende is om het verzuim te beëindigen of in ieder geval het beroep wegens nalaten zijn oorspronkelijke voorwerp te doen verliezen.

24. Zo gezien, gaat het erom vast te stellen, of aan een brief die, zoals het Gerecht zelf heeft geoordeeld, een niet-definitieve standpuntbepaling behelst, vervolgens een zodanige strekking kan worden toegeschreven dat het verzuim is beëindigd en daarmee ook het voorwerp van het beroep is komen te vervallen. In andere woorden: mag men aannemen dat een dergelijke standpuntbepaling — die als voorlopig of voorberei-

dend kan worden beschouwd — niettemin van zodanige aard is dat het verzuim daarmee is beëindigd?

Volgens requirante wordt een bevestigend antwoord op deze vraag des te minder aanvaardbaar als men bedenkt dat op het moment dat het Gerecht uitspraak deed, er nog geen eindbeschikking was; zij is er overigens nog steeds niet, wat te denken geeft. Juist in samenhang met dit feit betoogt zij, zoals reeds gezegd, dat het Gerecht ook de briefwisseling die volgde op de brief van 13 juni 1994 had moeten onderzoeken.

25. Om te beginnen herinner ik eraan, dat het Gerecht in het bestreden arrest weliswaar niet de briefwisseling van na de brief van 13 juni 1994 heeft onderzocht, maar wel heeft vastgesteld dat „op de datum waarop het uitspraak doet, uit de processtukken niet blijkt dat de Commissie in antwoord op verzoeksters klacht een beschikking in de zin van artikel 189 van het Verdrag heeft gegeven". Het Gerecht vervolgde: „Deze vaststelling rechtvaardigt op zichzelf evenwel nog niet de conclusie dat er sprake is van een nalaten van de verwerende instelling, daar een handeling die op zichzelf niet vatbaar is voor beroep tot nietigverklaring, onder bepaalde omstandigheden wel een standpuntbepaling kan opleveren die een einde maakt aan het nalaten, indien de betrokken handeling de noodzakelijke voorwaarde vormt in het kader van een procedure die moet uitmonden in een rechtshandeling die zelf voor beroep vatbaar is in de zin van artikel 173 van het Verdrag" (r. o. 25).

Op deze grondslag kwam het Gerecht dus tot de conclusie, dat een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 een standpuntbepaling is in de zin van artikel 175 van het Verdrag — en dus het voorwerp van het beroep wegens nalaten kan doen vervallen —, ook wanneer duidelijk blijkt dat het stilzitten voortduurt: en wel juist omdat het gaat om een voorbereidende handeling die de noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling van een eindbeschikking. Derhalve, aldus nog steeds het Gerecht, is hetgeen zich na de verzending van de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 heeft afgespeeld, voor het vaststellen van het nalaten van geen enkel belang.

26. Uiteraard veronderstelt dit standpunt, enerzijds dat de mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 altijd een voorbereidende handeling is, en anderzijds dat een handeling, al geldt zij als voorbereidingshandeling, desondanks een einde aan het stilzitten kan maken. Deze twee stellingen, die overigens niet nader worden toegelicht, roepen bij mij twijfels op.

Met betrekking tot het eerste punt herinner ik mij immers, dat de Commissie ingevolge artikel 6 van verordening nr. 99/63 de klager niet alleen de redenen voor de weigering van het verzoek moet opgeven, maar ook een termijn moet geven, „waarbinnen zij *desgewenst* schriftelijke opmerkingen kunnen

inzenden". [23] Deze bepaling is dus kennelijk ingevoerd als waarborg voor de klager, om hem aldus de mogelijkheid te geven opmerkingen te maken over de hem meegedeelde redenen van de Commissie om zijn klacht af te wijzen.

27. Als dat zo is, noopt dit volgens mij tot de volgende conclusie: wanneer de klager geen gebruik maakt van de geboden mogelijkheid — ofwel omdat de inhoud van de mededeling hem daartoe geen aanleiding geeft, ofwel omdat hij niet beschikt over nieuwe feitelijke of juridische gegevens die de Commissie van mening zouden kunnen doen veranderen — krijgt de mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 het karakter van een eindbeschikking, en kan zij niet meer worden aangemerkt als voorbereidende handeling. In die zin luidt overigens ook het arrest SFEI, waarin het Hof de bedoelde mededeling als definitieve standpuntbepaling heeft aangemerkt, hoewel in dat geval de klager niet eens de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 voorgeschreven mogelijkheid was gegeven om opmerkingen in te dienen over de redenen voor de afwijzing van zijn klacht. [24] Dat betekent naar mijn mening, dat het uitblijven van latere opmerkingen, of dit aan de Commissie zelf is toe te schrijven of aan de wil van de klager, in ieder geval de definitieve sepositie van de klacht impliceert, met de daaropvolgende mogelijkheid van beroep tegen de betrokken handeling.

In dit verband is te vermelden, dat de Commissie zelf in de zaak GEMA een in wezen vergelijkbaar standpunt had bepleit. In dat geval had zij als verwerende instelling immers opgemerkt: „De mededeling overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 zou dan als een beschikking kunnen gelden, aangezien deze mededeling ten aanzien van verzoeker rechtsgevolgen heeft. Wanneer de Commissie meedeelt om welke redenen zij geen gevolg kan geven aan het verzoek, dan moet als regel worden aangenomen dat het om een definitief standpunt gaat. De mededeling betekent voor verzoeker dat aan zijn verzoek geen gevolg wordt gegeven. Het feit dat volgens artikel 6 van verordening nr. 99/93 aan verzoeker een termijn moet worden gegeven waarbinnen hij desgewenst schriftelijke opmerkingen kan inzenden, ontneemt aan de mededeling niet de hoedanigheid van een beschikking. Het wordt aan verzoeker overgelaten of hij ten aanzien van deze mededeling nog zijn standpunt wil bepalen. Doet hij dit niet, dan erkent hij daarmee het definitieve karakter van de mededeling." [25]

28. Zoals gezegd, beschouw ik dit als de oplossing die het meest recht doet aan de tekst en aan de ratio van artikel 6 van verordening nr. 99/63. Anders zou de klager die geen gebruik wenst te maken van de mogelijkheid opmerkingen te maken, altijd en hoe dan ook verstoken blijven van de mogelijkheid de redenen van de (definitieve) sepositie aan toetsing door de gemeenschapsrechter te onderwerpen, met de uiteindelijke consequentie dat de hem door artikel 6 van verordening nr. 99/63 geboden mogelijkheid, een verplichting wordt, althans voor hen die geen afstand wensen te doen van de rechterlijke controle.

23 — Cursivering van mij.

24 — Arrest aangehaald in voetnoot 18.

25 — Arrest aangehaald in voetnoot 6, feitelijk gedeelte, met name blz. 3182.

Ik voeg daaraan toe, dat deze oplossing in zoverre niet in conflict komt met het arrest Automec I [26], dat zij enkel nadere preciseringen aanbrengt. Weliswaar werd de mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 in dat arrest door het Gerecht gekwalificeerd als een niet voor beroep vatbare voorbereidingshandeling die deel uitmaakt van de zogenoemde „tweede fase", maar evenzeer is waar dat het Gerecht evenmin de mogelijkheid heeft overwogen dat die mededeling de *laatste handeling* van de procedure zou kunnen zijn. In ieder geval kan het ontbreken van de zogenoemde „derde fase" als bedoeld in het arrest Automec I, niet zonder meer betekenen dat de procedure uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 wordt afgesloten met een voorbereidende handeling, en evenmin dat die handeling, hoewel geen voorbereidingshandeling, niet voor beroep vatbaar zou zijn.

29. Een en ander laat zien dat hetgeen zich afspeelt na verzending van de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 beslissend kan blijken te zijn voor de kwalificatie van de handeling waarom het hier gaat, wat stellig niet zonder belang is voor de klager, althans vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming. Op dit laatste punt blijft nog de vraag of en in hoeverre het verdere verloop van de procedure ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 in aanmerking moet worden genomen, indien de klager, zoals requirante in casu, gebruik maakt van de mogelijkheid om nadere opmerkingen in te dienen. Het meest voor de hand liggende antwoord is, dat in een dergelijk geval de mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 niet, althans niet op zich, te kwalificeren is als een definitieve handeling, hetgeen tot gevolg heeft dat eveneens is uitgesloten dat zij vatbaar zou zijn voor beroep in de zin van artikel 173 van het Verdrag.

Ik kom daarmee terug op mijn uitgangspunt, namelijk bij de vraag of de mededeling, als voorbereidende handeling, niettemin kan worden geacht een einde te hebben gemaakt aan het stilzitten. Het antwoord van het Gerecht op deze vraag, zo breng ik in herinnering, luidde bevestigend: en wel juist omdat een dergelijke handeling de noodzakelijke voorwaarde was voor de vaststelling van de eindbeslissing. [27] Gelet op het feit echter dat de klager niet de vaststelling van een voorbereidende handeling verlangt maar wel de vaststelling van de *beschikking*, kan dan daadwerkelijk worden aangenomen dat

26 — Aangehaald in voetnoot 15.

27 — Het Gerecht steunt deze opvatting op de arresten van 12 juli 1988 (zaak 377/87, Parlement/Raad, Jurispr. 1988, blz. 4017, r. o. 7 en 10) en 27 september 1988 (zaak 302/87, Parlement/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5615, r. o. 16). In het eerste arrest heeft het Hof uitdrukkelijk afgezien van een uitspraak over de exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep wegens nalaten, voor zover het ertoe strekte het ontbreken te doen vaststellen van een ontwerpbegroting, dus een voorbereidende handeling, en zich beperkt tot de vaststelling dat geen uitspraak behoefde te worden gedaan omdat de betrokken handeling inmiddels was vastgesteld. In het tweede arrest, waarin het ging om de vraag of het Parlement het recht heeft beroep in te stellen krachtens artikel 173 van het Verdrag, heeft het Hof weliswaar bevestigd dat „het Parlement (...) een uitspraak van het Hof kan verkrijgen, waarin het nalaten van de Raad wordt vastgesteld, terwijl tegen de ontwerpbegroting als voorbereidende handeling geen beroep krachtens artikel 173 zou kunnen worden ingesteld", maar de bewoordingen van de uitspraak zijn niet zeer duidelijk en hoe dan ook niet relevant voor de onderhavige zaak. Hoewel ik het ermee eens ben dat zuiver voorbereidende handelingen in sommige gevallen definitieve rechtsgevolgen jegens de adressaat kunnen hebben, zodat tegen het uitblijven van zulke handelingen beroep wegens nalaten mogelijk is (dat is het geval bij het uitblijven van een ontwerpbegroting van de Raad en ook bij het uitblijven van een ontwerp-richtlijn van de Commissie, omdat in die gevallen het uitblijven van de betrokken handelingen het Parlement respectievelijk de Raad belet hun eigen bevoegdheden uit te oefenen), maar de situatie is anders, of zou dat moeten zijn, wanneer het gaat om een mededeling ex artikel 6 van verordening nr. 99/63. In dat laatste geval kan de eventuele vaststelling van de betrokken handeling, in plaats van te voldoen aan het verzoek van klager (afgezien van een beslissing in voor hem ongunstige zin), een voorbereidende standpuntbepaling opleveren die de *mogelijkheid creëert* voor een verder stilzitten. Op dit aspect richten zich de hiernavolgende opmerkingen.

een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 een geldige standpuntbepaling vormt in de zin van artikel 175 van het Verdrag én tegelijkertijd afdoende is om het beroep zonder voorwerp te doen raken?

30. Allereerst wijs ik erop, dat het Hof reeds in de zaak GEMA een eerste antwoord op deze vraag heeft gegeven, zoals het Gerecht in het bestreden arrest overigens vermeldt. In die zaak heeft het Hof immers bevestigd, dat de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 „onderstelt dat de procedure is beëindigd" [28], en vervolgens uitdrukkelijk erkend dat deze brief een „rechtshandeling [is] die een standpuntbepaling in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag vormt". [29]

Deze uitspraak moet echter worden gelezen in het licht van de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval: a) de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 was afgekomen voordat beroep werd ingesteld, met als gevolg dat dat beroep niet-ontvankelijk werd verklaard; b) de klager had geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om nadere opmerkingen in te dienen, zodat het probleem van het eventueel voortduren van het stilzitten niet eens aan de orde was; c) in ieder geval is het feit zelf dat de brief in dat arrest is omschreven als een handeling die „de beëindiging van de zaak" onderstelt en die geen „voorlopig karakter" heeft, reden om daaraan het karakter van voorbereidingshandeling te ontzeggen, ook al heeft het Hof de vraag omtrent de mogelijkheid van beroep daartegen opengelaten. [30] In die omstandigheden is het duidelijk dat het arrest GEMA niet kan worden beschouwd als beslissend voor de onderhavige problematiek, integendeel.

31. De vraag die in feite moet worden beantwoord — uitgaande van de veronderstelling dat de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 niet het karakter heeft van een definitieve handeling, wanneer klager gebruik maakt van zijn recht om nadere opmerkingen in te dienen — is, of het voorwerp van een beroep wegens nalaten reeds komt te vervallen wanneer de instelling een standpunt inneemt, zelfs enkel middels een „voorbereidende" handeling, dan wel alleen wanneer een einde is gemaakt aan het stilzitten, dus wanneer een definitieve handeling is vastgesteld.

Op deze vraag is uitdrukkelijk ingegaan in de conclusie van de advocaat-generaal in de zaken Automec II en Asia Motor I [31], waarin

28 — Arrest aangehaald in voetnoot 6, r. o. 17.

29 — Idem, r. o. 21.

30 — In het arrest GEMA is het Hof immers niet toegekomen aan een uitspraak over de vraag of de brief ex artikel 6 vatbaar was voor beroep, aangezien de vordering tot nietigverklaring ervan klaarblijkelijk niet-ontvankelijk was. Op deze vraag, die gedurende de procedure uitvoerig aan de orde was, heeft advocaat-generaal Capotorti wel in bevestigende zin een standpunt ingenomen (zie hierboven, voetnoot 11). Bij die gelegenheid heeft de Commissie zelf overigens drie mogelijke oplossingen onderzocht, en daarbij niet de mogelijkheid uitgesloten dat de mededeling ex artikel 6 altijd en in ieder geval een handeling is waartegen door de betrokkenen beroep kan worden ingesteld krachtens artikel 173 van het Verdrag.

31 — Conclusie van rechter Edward, aangewezen als advocaat-generaal, van 10 maart 1992 (Jurispr. 1992, blz. II-2226, punten 90-97) in de zaken Automec II, aangehaald in voetnoot 6, en Asia Motor France e. a. (arrest van 18 september 1992, zaak T-28/90, Jurispr. 1992, blz. II-2285; hierna: „Asia Motor I".

zowel deze beide mogelijkheden zelf als de implicaties daarvan worden geanalyseerd.

32. In het bijzonder de opvatting, dat een voorbereidende handeling, juist vanwege haar voorbereidend karakter, in geen enkel geval kan worden geacht van dien aard te zijn dat zij aan het nalaten een einde kan maken, zou inhouden dat „wanneer eenmaal een ontvankelijk beroep uit hoofde van artikel 175 bij het Gerecht is ingesteld, dit (...) slechts zonder voorwerp [zal] raken, wanneer de verwerende instelling een formele ‚handeling' heeft vastgesteld" [32], met als gevolg dat het beroep zijn voorwerp zou behouden tot het moment waarop een definitieve beschikking wordt gegeven. [33] Volgens die zienswijze zou de brief ex artikel 6 een soort *onderbreking* teweegbrengen van het stilzitten maar niet het einde daarvan. Het voordeel van deze oplossing zou zijn, dat „een nog steeds aanhangig beroep, waarvan de behandeling op elk moment zou kunnen worden hervat, de Commissie zou aansporen actief te blijven. Het nadeel zou zijn, dat een potentieel onnodig beroep zou blijven ingeschreven op de rol van het Gerecht, aangezien partijen en niet het Gerecht daadwerkelijke zeggenschap hebben over het afstand doen van het beroep." [34]

In diezelfde conclusie wordt de opvatting dat reeds de voorbereidende handeling het beroep wegens nalaten zijn voorwerp doet verliezen, daarentegen „in theoretisch opzicht minder aantrekkelijk" genoemd, „omdat zij onderstelt dat middels een maatregel die geen voor beroep vatbare handeling behelst, een einde kan worden gemaakt aan het nalaten een besluit te nemen, dat wil zeggen het nalaten een voor beroep vatbare handeling vast te stellen. Het zou weliswaar als voordeel hebben, dat de rol van het Gerecht snel wordt gezuiverd, maar zou analoog daaraan als nadeel meebrengen, dat *een klager een reeks beroepen zou moeten instellen om zijn gelijk te halen* wanneer de Commissie de zaak traag blijft behandelen." [35] Het behoeft nauwelijks betoog, dat precies dit nadeel centraal staat in het onderhavige geding.

33. Het Gerecht van zijn kant schijnt niet te hebben willen uitsluiten dat de verdere gang van zaken na het sturen van de brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63, relevant kan zijn voor de vaststelling, of het nalaten sindsdien heeft voortgeduurd. In het arrest Asia Motor I [36], waarin verzoekers onder meer hadden gesteld dat de brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 niet kon worden beschouwd als van zodanige aard dat het beroep zonder voorwerp raakte, heeft het Gerecht gepreciseerd dat de Commissie niet alleen de krachtens artikel 6 van verordening nr. 99/63 op haar rustende procedurele verplichtingen was nagekomen (zij het na instelling van het beroep), maar inmiddels ook een definitieve beschikking tot afwijzing van de bij haar ingediende klachten had gegeven, zij het met aanzienlijke vertraging. Daaruit volgt de conclusie, dat „het beroep in ieder geval na de beschikking van 5 december 1991

32 — Idem, punt 94.

33 — Hier mag ik niet onvermeld laten de volgende uitspraak: „tegen een weigering tot handelen, hoe uitdrukkelijk die weigering ook moge zijn, kan op grond van artikel 175 worden opgekomen voor het Hof, aangezien die weigering geen einde maakt aan het nalaten" (arrest van 27 september 1988, aangehaald in voetnoot 27, r. o. 17). Gelet op de bijzondere context van deze uitspraak, en de latere rechtspraak, meen ik dat deze hier niet kan worden aangehaald ter ondersteuning van het hier verdedigde standpunt.

34 — Conclusie van 10 maart 1992 (aangehaald in voetnoot 31), punt 95.

35 — Idem, punt 96; cursivering van mij.

36 — Aangehaald in voetnoot 31, r. o. 34-37).

zonder voorwerp is geraakt en dat bijgevolg daaromtrent niet meer behoeft te worden beslist". [37] Van bijzonder belang is vervolgens de vaststelling in hetzelfde arrest, dat „de handeling waarop het beroep wegens nalaten betrekking heeft, is vastgesteld nadat het beroep is ingesteld, doch voordat het arrest is gewezen", hetgeen betekent dat „in het onderhavige geval de Commissie, die de klacht van verzoekers definitief heeft afgewezen nadat zij de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling had verstuurd, niet kan worden geacht te hebben geweigerd te handelen". [38]

Deze uitspraken, waaruit weliswaar geen duidelijk en ondubbelzinnig antwoord met betrekking tot de onderhavige vraag af te leiden valt [39], zijn niettemin redenen om aan te nemen dat het Gerecht voornemens was ook de na het afkomen van de brief ex artikel 6 plaatsgevonden gebeurtenissen in aanmerking te nemen met het oog op de vaststelling van het verzuim. Gevraagd om een uitdrukkelijke uitspraak over dit punt, geeft het Gerecht daarentegen, juist in het arrest waartegen de onderhavige hogere voorziening is ingesteld, een uitdrukkelijk antwoord in tegengestelde zin.

De aldus verkozen oplossing geeft echter geen voldoening, zowel omdat het einde van het stilzitten en daarmee het voorwerp van het beroep aldus komen af te hangen van een handeling die dient ter voorbereiding van de vaststelling van de door klager gevraagde (definitieve) handeling, als wegens het gevaar dat de klager zich hierbij genoodzaakt kan zien om, teneinde een *bruikbaar* resultaat te behalen, nogmaals beroep wegens nalaten in te stellen. De vraag blijft dus, welke oplossingen denkbaar zijn om deze bezwaren weg te nemen, uiteraard met eerbiediging van het recht en in het bijzonder van de *ratio* van artikel 6 van verordening nr. 99/63.

34. Een eerste mogelijkheid zou zijn die welke in de hiervoor aangehaalde conclusie wordt gesuggereerd: namelijk dat het beroep niet zonder voorwerp raakt voordat een definitieve beschikking wordt vastgesteld. Deze oplossing heeft als voordeel, dat hier niet het bezwaar speelt dat het stilzitten wordt geacht te zijn beëindigd en het beroep zonder voorwerp te zijn geraakt; dit neemt niet weg, dat er bezwaren tegen in te brengen zijn. Zij kan met name niet voorkomen dat het stilzitten van de Commissie voortduurt, zelfs gedurende langere perioden, terwijl de klager volgens deze optie de Commissie op geen enkele wijze kan *dwingen* tot handelen.

Een tweede mogelijkheid, die ik overigens zou willen aanbevelen, bestaat erin de Commissie, die de vaststelling van een definitieve handeling niet kan en mag uitstellen tot in het oneindige, te dwingen om op de opmerkingen van de klager te reageren binnen een

37 — Idem, r. o. 35.

38 — Idem, r. o. 37.

39 — Vermeld zij hier, dat het Gerecht ook in het latere arrest Ladbroke de op dit punt bestaande twijfel niet heeft weggenomen. Na te hebben geconstateerd dat tussen het moment waarop de klacht werd ingediend en de aanmaningsbrief aan de Commissie, veel tijd was verstreken, overwoog het Gerecht immers dat „verzoekster *op zijn minst* het recht had op een voorlopige mededeling van de Commissie uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 (...) of op een met redenen omkleed besluit", dat wil zeggen een definitieve beschikking (arrest aangehaald in voetnoot 19, r. o. 61; cursivering van mij).

redelijke termijn, bij verstrijken waarvan, indien een antwoord is uitgebleven, moet worden geacht te zijn voldaan aan de voorwaarden waaronder het Gerecht het nalaten zal constateren. Ik voeg daaraan toe dat de bepaling van een redelijke termijn — binnen welke de Commissie gehouden is te bevestigen hetgeen zij in haar brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 heeft meegedeeld, dan wel, indien zij zulks op grond van de nadere opmerkingen van klager gewenst acht, de zaak te heropenen — volgens mij geboden is met het oog op zowel de rechtszekerheid als het recht op een behoorlijke rechtsbescherming. Een „redelijke" termijn betekent „redelijkerwijze" een termijn van drie tot zes maanden, en beantwoordt aan het vereiste van een goede rechtsbedeling, welk vereiste des te dwingender is in sectoren als de onderhavige, waarin alleen met tijdig optreden aan het doel van een klacht ex artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 kan worden beantwoord. Ik hoef daar nauwelijks aan toe te voegen, dat de vaststelling van een redelijke termijn ter waarborging van de hierboven genoemde vereisten en beginselen, in de rechtspraak van het Hof zeker geen nieuwigheid zal opleveren. [40]

35. Om mijn betoog tot dusver samen te vatten: de mededeling ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 brengt op zich zelf de sepositie van de zaak met zich — en moet dus als eindbeschikking worden gekwalificeerd —, telkens wanneer de klager geen gebruik maakt van de mogelijkheid om opmerkingen in te dienen. In dat geval raakt het beroep daardoor inderdaad zonder voorwerp, en is de brief tegelijkertijd een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 173 van het Verdrag. Wanneer de klager daarentegen wel gebruik maakt van de mogelijkheid om opmerkingen in te dienen, raakt het beroep wegens nalaten alleen zonder voorwerp wanneer de Commissie binnen de door het Hof gestelde redelijke termijn, de definitieve beschikking vaststelt tot afwijzing van de klacht. Blijft vaststelling van die beschikking binnen die termijn echter uit, dan volgt, uiteraard indien aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, de vaststelling door de rechter van het verzuim.

In beide gevallen is het gedrag van de betrokkenen na het afkomen van de brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 derhalve beslissend voor de vaststelling of het stilzitten voortduurt of integendeel is beëindigd, en of het beroep al of niet zonder voorwerp is geraakt.

36. Hieruit volgt, voor zover hier van belang, dat waar het Gerecht de omstandigheid dat op het moment van de uitspraak nog geen eindbeschikking tot afwijzing van de klacht was vastgesteld, als irrelevant heeft

40 — Zie bijvoorbeeld het arrest van 11 december 1973 (zaak 120/73, Lorenz, Jurispr. 1973, blz. 1471, r. o. 4), waarin het Hof heeft vastgesteld dat een termijn van twee maanden een redelijke termijn is waarbinnen de Commissie gehouden is zich uit te spreken over de verenigbaarheid van nieuwe ontwerp-steunmaatregelen die regelmatig zijn aangemeld. Zie voorts, ten aanzien van een beroep wegens nalaten, het arrest van 6 juli 1971 (zaak 59/70, Nederland/Commissie, Jurispr. 1971, blz. 639, r. o. 15, 16, 22 en 23), waarin het Hof het vereiste van een redelijke termijn in verband bracht met „eisen van rechtszekerheid en van continuïteit in het gemeenschapsoptreden". Weliswaar werden deze vereisten aangevoerd als argument voor de uitspraak dat „de uitoefening van het recht zich tot de Commissie te wenden niet onbeperkt mag worden uitgesteld", dus in het voordeel van de verwerende instelling, maar het zou op zijn minst onrechtvaardig zijn om hier niet ook in het tegenovergestelde geval van uit te gaan, dat wil zeggen wanneer het de instelling is die de gevraagde handeling eindeloos uitstelt.

beschouwd voor de vaststelling van het nalaten, het eerste middel van requirante moet slagen.

De rechtsgevolgen van de brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 en de schending van het recht op een effectief beroep in rechte (derde middel)

37. Met haar derde middel stelt requirante, dat het feit zelf dat de brief van 13 juni 1994 werd beschouwd als zijnde van dien aard dat het beroep zonder voorwerp raakte, doch zonder dat daartegen beroep kon worden ingesteld, neerkomt op schending van het recht op een effectieve beroepsgang.

Vooropstellend dat dit recht tot de algemene beginselen van gemeenschapsrecht [41] behoort, betoogt requirante, dat het Gerecht — met zijn oordeel dat de betrokken brief geen bindende rechtsgevolgen jegens haar in het leven roept, doch wel een eind maakt aan het verzuim — een grijze zone zou hebben geschapen waarin de klager van alle rechtsbescherming verstoken blijft: enerzijds blijft hem de mogelijkheid onthouden om het onwettige verzuim tot vaststelling van de gevraagde handeling te doen vaststellen; anderzijds blijft hem ook de mogelijkheid onthouden om beroep tot nietigverklaring in te stellen.

38. In feite moet men hier vaststellen, dat de door het Gerecht aanvaarde oplossing niet van dien aard is dat requirante van alle bescherming verstoken blijft. Niettemin maakt deze oplossing uiteindelijk de gang naar de rechter in ieder geval bezwaarlijker, doordat de klager bij voortdurend stilzitten van de Commissie verplicht is een tweede beroep wegens nalaten in te stellen, alleen maar om de (met het eerste beroep wegens nalaten) gevraagde (definitieve) handeling te verkrijgen, en vervolgens zo nodig de nietigverklaring daarvan te vorderen met een beroep krachtens artikel 173 van het Verdrag. [42]

Ik kan dan ook niet anders dan mij aansluiten bij de volgende zienswijze: „De verdubbeling van de beroepsgangen maakt de controle door de gemeenschapsrechter tot een echt hindernisparcours, waar het vooral op hardnekkigheid en uithoudingsvermogen aankomt!" [43] Hiermee rijst de vraag, of aldus een adequate rechtsbescherming voor de klager is verzekerd.

Ik meen evenwel dat het, gelet op mijn conclusie ten aanzien van het eerste middel,

41 — Zie onder meer arrest van 15 mei 1986 (zaak 222/84, Johnston, Jurispr. 1986, blz. 1651, r. o. 18), alsmede arrest van 19 maart 1991 (zaak C-249/88, Commissie/België, Jurispr. 1991, blz. I-1275, r. o. 25).

42 — Blijkens r. o. 34 van het bestreden arrest.

43 — Bolze: „Note sur l'arrêt Guérin", in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, blz. 393.

niet nodig is om verder op dit middel in te gaan.

39. Vanzelfsprekend wordt de situatie daarentegen geheel anders, wanneer het Hof de door requirante aangevoerde argumenten voor het standpunt dat het stilzitten heeft voortgeduurd, van de hand zou wijzen. In dat geval wordt het immers moeilijk de stelling van requirante te weerleggen, dat indien een mededeling ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 op zich zou meebrengen dat het beroep wegens nalaten zijn oorspronkelijke voorwerp verliest, dit noodzakelijkerwijze zou inhouden dat het gaat om een handeling die bindende rechtsgevolgen jegens hem in het leven roept: dus om een voor beroep vatbare handeling. [44] Dat zou klaarblijkelijk betekenen dat het Gerecht, juist door de mededeling ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 als een niet voor beroep vatbare handeling aan te merken, het recht van requirante op een effectieve beroepsgang heeft geschonden.

Ik wil daaraan toevoegen dat het mij beter lijkt aan de brief ex artikel 6 van verordening nr. 99/63 steeds en in ieder geval het karakter van voor beroep vatbare handeling [45] toe te schrijven, dan een situatie te creëren waarin de klager, om een eindbeschikking te verkrijgen en deze zo nodig door de gemeenschapsrechter te laten toetsen, genoopt is twee beroepen wegens nalaten in te stellen. [46] In het andere geval zou immers niet zijn te ontkomen aan de constatering dat de rechtsbescherming van de particulier die een verzoek heeft ingediend overeenkomstig artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17, tekortschiet op het punt van doelmatigheid en snelheid, hetgeen het Hof volgens mij niet mag toelaten.

40. Gelet op deze overwegingen, dient het arrest van 27 juni 1995 te worden vernietigd,

44 — Deze conclusie vindt bevestiging in de overweging, dat „het begrip handeling welke grond kan opleveren tot een beroep in de artikelen 173 en 175 identiek is, aangezien in beide bepalingen slechts een en dezelfde rechtsgang wordt voorzien" (arrest van 18 november 1970, zaak 15/70, Chevalley, Jurispr. 1970, blz. 975, r. o. 6). Dat betekent klaarblijkelijk, dat het niet mogelijk is om krachtens artikel 175 de vaststelling van een handeling te verkrijgen waarvan men niet krachtens artikel 173 de nietigverklaring kan vorderen.

45 — In dit verband kan ik mij niet aansluiten bij de zienswijze van het Gerecht in het arrest Automec I, waarin het stelt dat een beroep tot nietigverklaring van een mededeling ex artikel 6 „het Hof en het Gerecht, net als in het geval van een beroep tegen de mededeling van de punten van bezwaar, zou kunnen nopen tot een beoordeling van vragen waarover de Commissie nog geen gelegenheid heeft gehad zich uit te spreken", hetgeen onder meer onverenigbaar zou zijn „met de vereisten van een goede procesgang en een regelmatig verloop van de administratieve procedure voor de Commissie" (arrest aangehaald in voetnoot 15, r. o. 46). Hier hoeft er slechts op te worden gewezen, dat enerzijds de parallel tussen de mededeling van punten van bezwaar en de mededeling ex artikel 6, gelet op het diepgaande verschil tussen deze twee handelingen, geforceerd aandoet; anderzijds dat het in de tekst voorgestane standpunt serieus in aanmerking zou moeten worden genomen, in het geval men tot de conclusie komt dat de brief ex artikel 6 het voorwerp van het beroep wegens nalaten doet vervallen. Het lijkt mij niet dat dit standpunt op bijzondere bezwaren zal stuiten, aangezien: a) de motivering van de afwijzing juist in die brief is vervat; b) de latere definitieve beschikking niet meer is, althans in de meeste gevallen, dan een bekrachtiging van de brief ex artikel 6; c) wanneer de Commissie naar aanleiding van bij haar ingediende opmerkingen zou besluiten om een onderzoek in te stellen of een inbreukprocedure in te leiden, zou kunnen worden volstaan met ervan uit te gaan dat het om een nieuwe procedure ex artikel 6 gaat. Deze oplossing heeft als enig nadeel, dat de klager wordt genoodzaakt om tegelijkertijd zowel opmerkingen op de brief van ex artikel 6 te formuleren als een verzoekschrift tot instelling van een beroep wegens nietigverklaring.

46 — Op dit punt rijst bij mij de spontane vraag: hoeveel beroepen wegens nalaten moet de klager instellen indien de vaststelling van de door hem gevraagde beschikking de vaststelling vereist niet van één maar van meerdere procedurele handelingen?

voor zover het de hierboven besproken middelen ongegrond heeft verklaard.

De incidentele hogere voorziening van de Commissie

41. De incidentele hogere voorziening heeft betrekking op het deel van het arrest, waarin het Gerecht de Commissie, gelet op de omstandigheden van de zaak, in de eigen kosten alsmede in die van verzoekster heeft verwezen (r. o. 44-46).

Tot staving van haar hogere voorziening, betoogt de Commissie dat het Gerecht de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep heeft verward met de beoordeling ten gronde. Volgens de Commissie zou een veroordeling in de kosten alleen gerechtvaardigd zijn wanneer het Gerecht daadwerkelijk het nalaten had geconstateerd, of ten minste had getoetst of het beroep op het eerste gezicht gegrond voorkwam; dit is in casu niet gebeurd.

42. De Commissie zelf verheelt overigens niet dat de bepaling in artikel 51, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EG, dat „een hogere voorziening niet uitsluitend betrekking kan hebben op de veroordeling in of het bedrag van de proceskosten", aan de ontvankelijkheid van haar hogere voorziening in de weg kan staan. Zij komt niettemin tot de conclusie dat deze bepaling in casu geen toepassing dient te vinden, hoofdzakelijk omdat de *ratio* van deze bepaling, namelijk te vermijden — ook om redenen van proceseconomie — dat het Hof zich alleen over een zaak moet buigen vanwege de kosten, in het geval van een incidentele hogere voorziening niet opgaat. In dat geval moet het Hof de zaak immers in ieder geval onderzoeken naar aanleiding van de in de principale hogere voorziening aangevoerde middelen.

Om te beginnen herinner ik eraan, dat het Hof artikel 51 aldus heeft uitgelegd, dat deze bepaling ook geldt wanneer alle andere aangevoerde middelen ongegrond zijn verklaard — ook al is het middel met betrekking tot de kosten niet het enige middel in hogere voorziening. [47] Dat betekent klaarblijkelijk dat, anders dan de Commissie beweert, de ratio van deze bepaling niet is, te vermijden dat het Hof een zaak enkel moet *behandelen* voor een uitspraak omtrent de kosten. Men moet inzien, ook in het licht van de zojuist aangehaalde rechtspraak, dat de bepaling veeleer beoogt te verhinderen, dat een arrest in eerste aanleg alleen vanwege de kosten wordt aangevochten, ongeacht of dit

47 — In zulke gevallen heeft het Hof immers beslist: „Daar alle andere door requirant aangevoerde middelen zijn afgewezen, moet het middel betreffende de kosten krachtens deze bepaling [artikel 51] niet-ontvankelijk worden verklaard" (arrest van 14 september 1995, zaak C-363/93 P, Henrichs, Jurispr. 1995, blz. I-2611, r. o. 66). In dezelfde zin beschikkingen van 13 januari 1995 (zaak C-253/94 P, Roujansky, Jurispr. 1995, blz. I-7, r. o. 14, en zaak C-264/94 P, Bonnamy, Jurispr. 1995, blz. I-15, r. o. 14). Dezelfde oplossing moet ook gelden voor het bij incidentele hogere voorziening aangevoerde middel betreffende de kosten, ook wanneer het Hof alle middelen die in de principale hogere voorziening worden aangevoerd, verwerpt. Deze situatie komt immers overeen met die waarin binnen het kader van dezelfde hogere voorziening alle andere middelen ongegrond worden verklaard.

geschiedt middels een principale dan wel een incidentele hogere voorziening. Daarnaast wettigen de algemene termen waarin de bepaling is geredigeerd, de conclusie dat deze voor beide gevallen geldt.

43. Voor het geval het Hof tot een andere conclusie mocht komen, merk ik in de eerste plaats op dat het Gerecht met zijn hier bestreden uitspraak niet meer heeft gedaan dan toepassing geven aan een vaste rechtspraak van het Hof, dat wanneer het beroep zonder voorwerp raakt doordat de verwerende instelling eerst na het instellen van het beroep haar standpunt bepaalt, die instelling zelf de kosten moet dragen. [48] De *ratio* van deze rechtspraak is maar al te duidelijk: het zou immers niet billijk zijn de verzoekende partij in de kosten te verwijzen, terwijl haar beroep juist was ingesteld wegens het stilzitten van de verwerende instelling.

Dat betekent niet dat, zoals de Commissie beweert, de ontvankelijkheid wordt verward met de beoordeling ten gronde, maar dat de omstandigheid in aanmerking wordt genomen, dat het beroep door toedoen van de verwerende instelling zonder voorwerp raakt. Ik mag daar wel aan toevoegen, dat in casu — niet alleen op het eerste gezicht — moeilijk kan worden beweerd dat het beroep wegens nalaten ongegrond zou zijn, al is dit niet van invloed voor de verdeling van de proceskosten. Ik hoef er slechts aan te herinneren, dat het Gerecht heeft vastgesteld dat de Commissie geen enkel gevolg heeft gegeven aan de aanmaningsbrief van verzoekster van 24 januari 1994, „ofschoon zij sedert december 1992 formeel op de hoogte was van de inhoud van de klacht"; en voorts, dat vaststaat dat degene die een klacht indient in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17, in ieder geval recht heeft op een beschikking. In die omstandigheden houd ik de vordering van de Commissie voor klaarblijkelijk ongegrond, zelfs op het vexatoire af.

Het voor het Gerecht ingestelde beroep

44. Ingevolge artikel 54, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EG kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht, de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Aangezien het beroep van requirante in deze stand geen feitelijk onderzoek vergt, meen ik dat het Hof het onderhavige geschil zelf kan afdoen.

45. Als eerste middel heeft requirante voor het Gerecht aangevoerd, dat de brief van de Commissie van 13 juni 1994 niet kon worden geacht het nalaten te hebben beëindigd, en in het bijzonder dat een mededeling uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 geen standpuntbepaling inhield in de zin van artikel 175, tweede alinea, van het Verdrag.

48 — Zie bijvoorbeeld arrest van 24 november 1992 (gevoegde zaken C-15/91 en C-108/91, Buckl e. a., Jurispr. 1992, blz. I-6061, r. o. 33).

Bij de bespreking van het eerste middel in hogere voorziening heb ik reeds uitgelegd, dat een dergelijke brief — in het geval als het onderhavige, waarin de klager gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid nadere opmerkingen in te dienen — niet kan worden geacht het beroep wegens nalaten zijn voorwerp te doen verliezen, tenzij de Commissie binnen een redelijke termijn een definitieve beschikking geeft. Nu vaststaat dat een dergelijke beschikking niet was vastgesteld op de datum van het arrest van het Gerecht, en dat de redelijke termijn, die hoe dan ook niet meer dan zes maanden zou mogen bedragen, ruimschoots was overschreden, blijft slechts te onderzoeken of de Commissie, door na te laten op het verzoek van requirante te beslissen, inderdaad een verplichting tot handelen heeft verzuimd.

46. Het antwoord kan slechts bevestigend luiden. Weliswaar is de Commissie niet gehouden een beschikking te geven die een inbreuk op de mededingingsregels vaststelt, en evenmin om een krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 ingediende klacht te onderzoeken, maar wel is zij gehouden om in geval van sluiting van het dossier, „haar besluit met redenen te omkleden, zodat het Gerecht in staat is te onderzoeken of het gebrekkig is wegens dwaling ten aanzien van de feiten of het recht, of wegens misbruik van bevoegdheid". [49]

In die omstandigheden is de verwijzing door de Commissie naar de overweging van het Gerecht, dat het in overeenstemming is „met de door het gemeenschapsrecht aan de Commissie opgelegde verplichtingen, dat zij aan de bij haar aanhangig gemaakte mededingingszaken verschillende prioriteiten toekent" [50], niet ter zake voor de vraag of zij een verplichting tot handelen heeft geschonden. Deze overweging betekent immers, dat de Commissie wel een verzoek kan afwijzen wegens de door haar zelf vastgestelde prioriteiten, maar zeker niet dat zij dit op zodanige wijze kan doen dat zij zich aan rechterlijke toetsing onttrekt.

47. De beoordelingsvrijheid van de Commissie om al dan niet gevolg te geven aan de bij haar ingediende klachten houdt dus zeker niet in, dat het onbetwiste recht op een beschikking voor degene die een klacht indient in de zin van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17, ter discussie kan komen te staan.

Het standpunt van de Commissie, dat er geen redelijke termijn is verstreken tussen het moment waarop de klacht werd ingediend en het moment waarop zij de aanmaningsbrief heeft gekregen, beschouw ik ten slotte eveneens als ongegrond. Volstaan kan worden met erop te wijzen, dat de Commissie geen enkel gevolg heeft gegeven aan de aanmaningsbrief van requirante van 24 januari 1994, hoewel zij sinds december 1992 op de hoogte was van de inhoud van de klacht.

49 — Arrest Rendo, aangehaald in voetnoot 8, r. o. 27.

50 — Arrest Automec II, aangehaald in voetnoot 6, r. o. 77.

Conclusie

48. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

— het arrest van het Gerecht van 27 juni 1995 in zaak T-186/94, Guérin automobiles/Commissie, te vernietigen;

— de incidentele hogere voorziening van de Commissie niet-ontvankelijk te verklaren;

— te verklaren dat de Commissie in strijd met artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, en van artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad, heeft nagelaten een eindbeschikking te geven ten aanzien van klaagster;

— de Commissie te verwijzen in alle kosten van het geding.