CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 15 DECEMBER 1983 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De onderhavige beroepen ex artikel 173 EEG-Verdrag, tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie van 18 augustus 1982 (IV/30.696, PB L 256 van 1982, blz. 20) zijn ingesteld door twee dochterondernemingen van de in de Verenigde Staten van Amerika gevestigde Ford Motor Company (hierna: Ford US). De eerste verzoekster is Ford of Europe Incorporated (hierna: Ford Europe), eveneens gevestigd in de Verenigde Staten, de tweede is Ford-Werke Aktiengesellschaft, die in de Bondsrepubliek Duitsland is gevestigd (hierna: Ford Duitsland).

Ford Duitsland vervaardigt zowel in Duitsland als in België verschillende modellen auto's; zij verkoopt deze in Duitsland en aan Ford dochters in andere landen, met name aan Ford Motor Company Limited in het Verenigd Koninkrijk (hierna: Ford UK). Sommige van deze dochters vervaardigen ook zelf auto's; Ford Europe coördineert het beleid en de werkzaamheden van de verschillende dochtermaatschappijen in Europa zonder zelf Fords te vervaardigen en te verkopen.

Ford Duitsland heeft met behulp van een standaard hoofddealerovereenkomst in Duitsland een selectief distributienet opgezet waaraan een groot aantal dealers is verbonden. Volgens de tekst van deze overeenkomst verbindt Ford Duitsland zich om haar produkten aan de hoofddealers te verkopen; waar het auto's betreft, vallen onder „produkten" „de normale serie-uitvoeringen van de personenauto's" die Ford Duitsland levert en die in bijlage I bij de overeenkomst met hun modelnaam worden aangeduid. De hoofddealer mag deze voertuigen binnen de Europese Economische Gemeenschap verkopen aan eindverbruikers en aan andere erkende dealers; ook mag hij binnen zijn rayon filialen vestigen. Ford verbindt zich harerzijds, met enige restricties, om andere dealers geen toestemming te geven om in dat rayon Fords te verkopen, en de hoofddealer verplicht zich om geen auto's van andere autofabrikanten te verkopen.

Op 14 mei 1976 meldde Ford deze standaardovereenkomst bij de Commissie aan met een verzoek om een negatieve verklaring op grond van artikel 2 van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1962, blz. 204), subsidiair om ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Destijds leverde Ford volgens haar zeggen enkel auto's met linkse besturing aan haar Duitse hoofddealers, hoewel Ford Duitsland ook auto's met rechtse besturing vervaardigde, onder meer voor Ford UK. In april 1982 was hierin verandering gekomen. Auto's met rechtse besturing, vervaardigd volgens Duitse uitvoering, werden in groteren getale aan de erkende dealers geleverd voor weder-

1 — Vertaald uit het Engels.

verkoop aan klanten en aanvankelijk ongetwijfeld voor gebruik in Duitsland. Belangrijker is, dat in toenemende mate auto's met rechtse besturing die aan de Britse eisen voldeden, door Ford Duitsland werden vervaardigd en verkocht. Deze waren bestemd voor ingezetenen van het Verenigd Koninkrijk die het, gezien het prijsverschil tussen in Duitsland en in het Verenigd Koninkrijk gekochte auto's van hetzelfde model, de moeite waard vonden om in Duitsland te kopen; het prijsverschil was hoofdzakelijk, zo niet geheel het gevolg van een koerswijziging van het pond sterling ten opzichte van de Duitse mark.

De vraag of deze auto's met rechtse besturing onder de hoofddealerovereenkomst vielen, vormt het onderwerp van heftige discussies. De Commissie meent van wel; de twee Ford vennootschappen menen van niet, omdat het geen auto's zijn met een normale serie-uitvoering en zij werden besteld via een of ander bestellingenstelsel voor speciale auto's. Uit het dossier krijgt men de indruk, dat mogelijk een onderscheid bestaat tussen auto's die volgens Duitse specificatie zijn uitgevoerd en auto's die aan de Britse eisen voldoen. Men krijgt de indruk, dat eerstgenoemde rechtstreeks aan Duitse hoofddealers werden verkocht, net zo werden behandeld als auto's met linkse besturing en, in ieder geval soms, onder bepalingen uit de hoofddealerovereenkomst vielen, ondanks het feit dat er een speciale bestellingenregeling voor gold. De auto's met Britse uitvoering werden echter via het zogenoemde „Visit Europe Plan" rechtstreeks door Ford Duitsland of via Duitse dealers aan Britse klanten verkocht; dit staat naar ik begrijp tussen partijen vast. Verzoeksters stellen, dat de dealers als lasthebbers van de klanten optraden en niet in het kader van de hoofddealerovereenkomst kochten. De Commissie stelt dat deze auto's uitsluitend aan of via dezelfde erkende Duitse hoofddealers werden verkocht, en daarom moesten worden geacht onder de hoofddealerovereenkomst te vallen. Voor de onderhavige zaak is het mijns inziens noodzakelijk noch mogelijk om dit geschil op te lossen. Men kan ervan uitgaan, en mijns inziens kan men daarmee ook volstaan, dat, ongeacht de vraag of deze auto's onder de overeenkomst vielen, er verband bestond tussen de werking van het Visit Europe Plan en de hoofddealerovereenkomst.

Verontrust door de uitwerking van deze verkoop op de financiële positie van de Britse dealers en op het enthousiasme van de Duitse dealers om zich toe te leggen op de verkoop van auto's met linkse besturing in Duitsland en nog meer door de mogelijke uitwerking van een uitbreiding van deze verkopen, ging Ford Duitsland tot actie over. Aan de Duitse dealers die auto's met rechtse besturing hadden besteld, werd een rondschrijven gestuurd, gedateerd 27 april 1982. Hierin werd meegedeeld, dat Ford Duitsland in Duitsland geen auto's met rechtse besturing meer zou leveren en dat enkel bestellingen die vóór 1 mei 1982 waren ingekomen, nog zouden worden uitgevoerd. Alle andere auto's met rechtse besturing moesten in het Verenigd Koninkrijk worden gekocht bij een dochtermaatschappij van Ford of bij erkende dealers aldaar. In deze weigering om de verkoop van auto's in Duitsland voort te zetten wordt geen onderscheid gemaakt tussen auto's met Britse en met Duitse uitvoering; zij moet worden gezien als een verkoopweigering voor beide.

Dit rondschrijven bracht het Bureau Européen des Unions de Consommateurs

(BEUC) ertoe om op 12 mei 1982 een formele klacht in te dienen bij de Commissie met een verzoek om voorlopige maatregelen. De Commissie heeft klaarblijkelijk ook klachten ontvangen van klanten uit het Verenigd Koninkrijk en mogelijk ook van enkele Duitse dealers. Dit leidde tot een mededeling van punten van bezwaar aan Ford Duitsland op 2 juli; na ontvangst van de reactie van Ford Duitsland op 21 juli, werd op 23 juli een hoorzitting gehouden; op 18 augustus 1982 werd de gewraakte beschikking gegeven. In deze beschikking, die aan Ford Duitsland was gericht, werd deze onderneming gelast om haar rondschrijven binnen tien dagen terug te nemen en de Duitse Forddealers mee te delen, dat auto's met rechtse besturing, evenals voorheen, onderdeel vormden van haar contractuele leveringsprogramma. Maatregelen van gelijke werking als het rondschrijven werden verboden en een dwangsom van 1 000 Ecu werd opgelegd voor elke dag dat zij met de intrekking van het rondschrijven en het verzenden van een mededeling aan de Duitse dealers in gebreke zou blijven. De beschikking zou volgens haar tekst van kracht blijven tot aan de vaststelling van een eindbeschikking in deze zaak.

In haar beschikking, die is gebaseerd op de artikelen 3, lid 1, en 6, lid 1, van verordening nr. 17, gaat de Commissie er kort gezegd vanuit, dat voordat het rondschrijven werd verstuurd, waarschijnlijk op grond van artikel 85, lid 3, ontheffing zou zijn verleend voor de hoofddealerovereenkomst. Hoewel het rondschrijven op zichzelf geen onder artikel 85 vallende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging was, was het van zodanige aard, dat het, als er ontheffing was verleend, waarschijnlijk misbruik van die ontheffing in de zin van artikel 8, lid 3, sub d, van verordening nr. 17 had opgeleverd, en de ontheffing waarschijnlijk met terugwerkende kracht zou zijn ingetrokken. Omdat was voldaan aan de door het Hof in zaak 792/79 R genoemde voorwaarden voor het treffen van voorlopige maatregelen (Camera Care, Jurispr. 1980, blz. 119) kon en moest de Commissie haar discretionaire bevoegdheid uitoefenen op overeenkomstige wijze als de bevoegdheid ex artikel 8, lid 3, sub d, en terugneming van het rondschrijven verlangen.

Op vordering van verzoeksters schortte de president op 29 september 1982 de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie volledig op voor zover zij betrekking heeft op de volgens de Britse uitvoering gebouwde auto's met rechtse besturing en limiteerde hij de verplichting tot verkoop van de Duitse uitvoering van auto's met rechtse besturing. In de onderhavige procedure zijn twee dealers (James E. Laidlaw (Holdings) Ltd. en Stormond Ltd.) geïntervenieerd aan de zijde van verzoeksters; de Commissie wordt gesteund door het BEUC. Sinds de mondelinge behandeling van deze zaak heeft de Commissie bij beschikking van 16 november 1983 (PB L 327 van 1983, blz. 31) beslist, dat de hoofddealerovereenkomst de handel ongunstig beïnvloedt in de zin van artikel 85, lid 1, ontheffing krachtens artikel 85, lid 3 geweigerd en de beschikking van 18 augustus 1982 ingetrokken.

Tegen de beschikking van 18 augustus 1982 voeren verzoeksters een aantal materiële en formele grieven aan. Ze stellen, dat een bevoegdheid tot het vaststellen van deze beschikking ontbrak en dat niet was voldaan aan de in de zaak-Camera

Care aangegeven voorwaarden voor de vaststelling van voorlopige maatregelen. Sommige van de vooral in de repliek en dupliek besproken argumenten pasten mijns inziens meer in de discussie over een hypothetische afwijzende beschikking in de hoofdzaak. Het lijkt mij niet opportuun deze nu te behandelen, omdat de conclusies of beslissingen in dit stadium niet in positieve of negatieve zin vooruit behoren te lopen op punten waarover zal moeten worden beslist bij een eventueel beroep bij het Hof tegen de recentere beschikking van de Commissie.

Alvorens op de hoofdzaak in te gaan, stelt de Commissie de vraag of de actie van Ford Europe ontvankelijk is. Geopperd wordt, dat deze onderneming door de beschikking niet rechtstreeks en individueel wordt geraakt in de zin van artikel 173 aangezien enkel Ford Duitsland in haar bedrijfsvoering wordt geraakt. Reeds in de Japanse-kogellagerzaken aanvaardde het Hof, dat tussen de moedermaatschappij en haar dochters een zodanige band kan bestaan dat de beroepen beschikking moet worden geacht hen beide genoegzaam te raken (zie bijvoorbeeld zaak 113/77, NTN Toyo Bearings, Jurispr. 1979, blz. 1185 en de in dezelfde aflevering gepubliceerde zaken 119/77-121/77). Ford Duitsland is geen dochter van Ford of Europe. Niettemin is haar betrokkenheid bij het gevolg van de beschikking een heel andere dan die van de consumenten en dealers. Haar rol als bewaakster van het beleid van de Europese dochters van Ford US, die zij ongetwijfeld namens de moedermaatschappij vervult, is mijns inziens al genoeg om te voldoen aan de criteria die het Hof heeft opgesteld voor het rechtstreeks en individueel geraakt zijn. Ik meen daarom dat beide beroepen ontvankelijk zijn.

Is de zaak-Camera Care is aangegeven wat de vereisten zijn voor de vaststelling van een voorlopige maatregel. Ik begrijp uit deze beschikking van het Hof, dat het Hof zich primair heeft laten leiden door de wens dat de vaststelling op grond van artikel 3 „op de meest doeltreffende wijze en zo goed mogelijk aangepast aan de omstandigheden van elk afzonderlijk geval" geschiedt (r.o. 17). Voorlopige maatregelen mogen bijgevolg worden genomen om te voorkomen dat de bevoegdheid om beschikkingen te nemen wordt ondergraven maar zij moeten wel „onontbeerlijk zijn om te voorkomen dat de uitoefening van het in artikel 3 neergelegde recht om een beschikking te geven, uiteindelijk onwerkzaam of zelfs illusoir wordt door het optreden van bepaalde ondernemingen" of „onontbeerlijk zijn voor een doeltreffende taakvervulling" door de Commissie en met name onontbeerlijk om te garanderen dat eventuele beschikkingen die beogen de ondernemingen te dwingen een eind te maken aan de vastgestelde inbreuken, nuttig effect hebben. De Commissie moet evenwel terzelfder tijd rekening houden met de rechtmatige belangen van de betrokken ondernemingen en mag de beschikking enkel geven is spoedeisende gevallen, om het hoofd te kunnen bieden aan een situatie die aan degene die om de maatregelen verzoekt ernstige en onherstelbare schade kan toebrengen of die voor het algemeen belang onduldbaar is. Het moeten voorlopige en conservatoire maatregelen zijn die beperkt blijven tot hetgeen in de gegeven situatie noodzakelijk is. Tenslotte moet de Commissie de wezenlijke procedurele

waarborgen in acht nemen waarvan niet de minst belangrijke is, dat een beschikking wordt gegeven in een vorm die vatbaar is voor beroep bij het Hof van Justitie.

Hoewel dit niet met zoveel woorden wordt gezegd, ligt in deze voorwaarden en in de essentie van de bevoegdheid om voorlopige voorzieningen te treffen, besloten, dat de argumenten voor de uitoefening van deze bevoegdheid op zijn minst op het eerste gezicht sterk moeten zijn. Voor de beschikking moet een voldoende feitelijke grondslag bestaan en voldoende duidelijke juridische argumenten. De Commissie gaat er terecht vanuit, dat moet worden aangetoond dat de zaak op het eerste gezicht vrij sterk is.

Gezien de uitvoerige argumenten en de vele standpunten die ter zitting naar voren zijn gebracht, lijkt het mij nuttig om de standpunten van partijen met betrekking tot de belangrijkste punten kort samen te vatten. In de eerste plaats is men het erover eens, dat Ford Duitsland als leverancier geen machtspositie inneemt, zodat artikel 86 niet speelt. Ook is men het erover eens, dat een weigering om de betrokken auto's te leveren als zodanig geen schending van artikel 85, lid 1, oplevert. In casu maakt een dergelijke weigering de hoofddealerovereenkomst niet onrechtmatig. Volgens de Commissie valt de overeenkomst om andere redenen onder artikel 85, lid 1; de weigering om te leveren zou op grond van artikel 8, lid 3, sub d, van verordening nr. 17 de intrekking van een ontheffing rechtvaardigen. Op analoge wijze kan de Commissie dan ook voorlopige maatregelen vaststellen, net zoals zij dit in een vergelijkbare vorm zou kunnen doen wanneer een overeenkomst die onder artikel 85, lid 1, valt, niet is aangemeld, of wel is aangemeld maar er geen verzoek tot ontheffing is gedaan.

De Commissie kiest voor een ruime benadering. Haar uitgangspunt (waarin zij door het BEUC wordt gesteund) is, dat geen ontheffing kan worden verleend voor een overeenkomst wanneer de producent de levering van produkten in een Lid-Staat staakt teneinde de inter-brand mededinging in een andere Lid-Staat, waar de verkoopprijs van de goederen hoger ligt, tegen te gaan. Een dergelijke weigering om te leveren zou gelijk staan met een uitvoerverbod en dit soort mededingingsbeperkende handelingen zijn in strijd met de kerndoelstellingen van de gemeenschappelijke markt. Teneinde de verkrijgbaarheid van goedkopere produkten blijvend te verzekeren en te voorkomen dat klanten verlies lijden doordat ze hogere prijzen moeten betalen, zijn voorlopige maatregelen als de onderhavige niet alleen gerechtvaardigd maar vormen zij de enige weg waarlangs de consument kan worden beschermd. Of de auto's krachtens de overeenkomst werden verkocht en of de niet-levering op zichzelf onrechtmatig is, is irrelevant; de economische realiteit is namelijk dat deze auto's een onlosmakelijk onderdeel van de Fordmarkt vormen. De Commissie stelt niet, dat een producent ervoor moet zorgen dat elke dealer al zijn produkten kan krijgen; zij zegt niet meer dan dat door middel van voorlopige maatregelen een eind kan worden gemaakt aan een optreden dat neerkomt op een verbod van parallelinvoer en het uit anti-concurrentiële overwegingen afsnijden van de toevoer van voordien verkrijgbare goederen. Wat de Commissie gedaan heeft, is niets anders dan de handhaving van de status quo: zij heeft niets

gedaan waardoor Ford contractueel gebonden is auto's te leveren, en wat zij met de beschikking heeft bewerkstelligd, verschilt niet van datgene wat met een eindbeschikking had kunnen worden bereikt, aldus de Commissie.

Verzoeksters stellen, kort gezegd, dat een eenzijdige beslissing van een leverancier die geen machtspositie bezit, om enkel bepaalde produkten uit zijn assortiment aan dealers te leveren, niet onder de werking van artikel 85, lid 1, kan vallen en dat als voorwaarde voor een ontheffing van een producent niet kan worden verlangd, dat hij alle door hem vervaardigde produkten levert. Het uitgangspunt van het Verdrag is, dat een producent geen beperkingen mag opleggen die het concurrentievermogen van een dealer aantast met betrekking tot de goederen die hem al zijn geleverd; het Verdrag verlangt niet, dat de producent kan worden gedwongen om positieve stappen te nemen om zijn dealers door middel van de levering van goederen in staat te stellen, elkaar concurrentie aan te doen; dit is ook iets heel anders.

Nu de Commissie niet stelt, dat de overeenkomst om andere redenen niet voor ontheffing in aanmerking komt, zijn er geen redenen voor de vaststelling van een beschikking op grond van artikel 3. De onderhavige beschikking was niet onontbeerlijk als garantie voor de naleving van de eindbeschikking en er bestond geen causaal verband tussen de hoofddealerovereenkomst en het besluit om genoemde auto's niet te leveren. Bovendien was er geen sprake van ernstige of onherstelbare schade voor de klanten, zodat de beschikking ook niet dringend noodzakelijk was. Anderzijds is bij de beschikking geen rekening gehouden met de schade voor de Ford-groep en met name voor Ford UK en haar dealers. Zij ging verder dan noodzakelijk was voor het behoud van de status quo door de eis dat Ford onbeperkt auto's moest leveren. Er was geen sprake van een zaak die op het eerste gezicht sterk was; die aangevoerde argumenten zijn niet alleen onjuist, ze vormen een novum. Sommige procedurele waarborgen, waaronder de waarborgen neergelegd in de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99/63 zijn veronachtzaamd en verzoeksters hebben, niet te vergeten, niet de kans gekregen te reageren op de suggestie, dat de voorlopige beschikking zou moeten worden vastgesteld op grond van artikel 3 van verordening nr. 17, omdat alleen artikel 6 aan de orde was, aldus verzoeksters.

Een vraag vooraf is of de Commissie in een voorlopige beschikking in het geheel dingen kan gelasten die zij niet expliciet in haar eindbeschikking kan gelasten. Dat het Hof dit kan, wil nog niet zeggen dat de Commissie dit kan, aangezien de functie en bevoegdheid van beide instellingen verschillend zijn. Ik geloof niet, dat men kan zeggen dat zij dit onder geen beding kan doen; het kan namelijk voor het behoud van de mogelijkheid om een eindbeschikking te geven nodig zijn, dat de Commissie tijdelijk handelingen verbiedt of het treffen van maatregelen voorschrijft die zij niet expliciet in een eindbeschikking zou kunnen verbieden of voorschrijven. Ergens moet echter een grens zijn aan wat bij voorlopige beschikking kan worden gelast. Hoewel het bevel in de voorlopige beschikking van vorm mag verschillen van dat in de eindbeschikking, mag de Commissie inhoudelijk met haar bevel niet verder gaan dan zij in een eindbeschikking zou kunnen

gaan. Er kunnen zich situaties voordoen waarin dit onderscheid niet geheel scherp is, maar het vloeit mijns inziens voort uit de ondersteunende functie van voorlopige voorzieningen, ter ondersteuning namelijk van de beperkte bevoegdheden die de Commissie zijn toegekend. De omstandigheid dat hij qua vorm anders kan zijn, brengt nog niet mee, dat een voorlopige maatregel in feite tot een permanente kan worden die als zodanig niet rechtsgeldig had kunnen worden vastgesteld, omdat als de Commissie zonder goede gronden niet opschiet met de hoofdprocedure, aan het Hof een verzoek om opheffing van de voorlopige maatregelen kan worden gedaan.

Deze inhoudelijke beperking van de mogelijkheden ligt besloten in de eis van het Hof in de zaak-Camera Care dat voorlopige maatregelen „onontbeerlijk (moeten) zijn om een doeltreffende taakvervulling (door de Commissie) mogelijk te maken."

Ik ga voor deze zaak uit van de juistheid van de stelling van de Commissie, dat zij, als aan alle wettelijke en feitelijke criteria was voldaan, bij de eindbeschikking drie mogelijkheden zou hebben; namelijk om te verklaren dat de overeenkomst onder artikel 85, lid 1, viel doch ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, te weigeren op grond dat Ford Duitsland weigerde auto's met rechtse besturing te leveren; om aan de ontheffing de voorwaarde te verbinden, dat Ford Duitsland de levering van deze auto's zou hervatten en subsidiair om te verlangen dat Ford Duitsland de overeenkomst niet zou toepassen zolang auto's met rechtse besturing niet werden geleverd. Mijns inziens zou zij echter niet positief van Ford Duitsland kunnen verlangen, dat zij auto's met rechtse besturing aan haar dealers zou leveren.

Het is zeer wel denkbaar dat Ford ten gevolge van een van de mogelijke eindbeschikkingen commercieel gedwongen zou worden, de levering te hervatten. Het essentiële verschil is echter, dat zij de keuze zou hebben, hoe moeilijk die in de praktijk wellicht ook zou zijn, tussen opgeven van de overeenkomst, overreding van haar dealers om te komen tot wijziging ervan, of hervatting van de levering. De onderhavige beschikking biedt een dergelijke keuze in het geheel niet. Als aan Ford in de eindbeschikking niet kan worden gelast om deze auto's te leveren, is het voor de effectiviteit van de eindbeschikking mijns inziens niet „onontbeerlijk" dat men van Ford verlangt dat zij ze in de tussentijd wel levert. Bovendien gaat een dergelijke beschikking mijns inziens de materiële bevoegdheid van de Commissie bij eindbeschikkingen te buiten.

Ook als deze benadering niet juist is, is het mijns inziens zeer de vraag of de Commissie ten tijde dat zij haar beschikking gaf, bevoegd was om te doen wat zij deed. Zelfs als op grond van artikel 8, lid 3, sub d, een ontheffing kan worden ingetrokken vanwege een eenzijdige handeling, kan men mijns inziens nog niet zeggen dat het rechtens een uitgemaakte zaak was of dat het er voorshands voor gehouden moest worden, dat artikel 8, lid 3, analoog zou kunnen worden toegepast op overeenkomsten waarvoor nog geen ontheffing was verleend. Partijen zijn nog meer verdeeld over de stelling, dat een dergelijk optreden mogelijk is wanneer de eenzijdige handeling primair of uitsluitend betrekking heeft op goederen die (mogelijk) niet onder de hoofddealerovereenkomst

vallen, te weten auto's volgens Britse uitvoering. Bij gebreke van een uitspraak van een nationale rechter over de draagwijdte van de overeenkomst volgens het nationale recht dat daarop van toepassing is, is het inderdaad onduidelijk of de hoofddealerovereenkomst betrekking had op deze auto's met rechtse besturing.

De Commissie beschikte mijns inziens dan ook niet over een voldoende solide rechtsgrondslag voor de vaststelling van de voorlopige beschikking op de door haar genoemde gronden. Een situatie die de beschikking op het eerste gezicht rechtvaardigde, deed zich niet voor. Hiermee wil ik geenszins vooruitlopen op eventuele definitieve beslissingen over de merites van de eindbeschikking, wanneer deze zaken moeten worden opgelost.

Hoewel ik het niet eens ben met verzoeksters' stelling, dat de beschikking zo onnauwkeurig is, dat zij niet in stand kan blijven (mijns inziens gelastte zij Ford duidelijk om de bestellingen uit te voeren van dealers die dergelijke auto's eerder hadden besteld en wel op dezelfde voorwaarden als voorheen (zij het met aanpassing van de prijs op dezelfde voet als bij andere prijzen voor het Ford-assortiment)), meen ik wel, dat zij in haar werking verder gaat dan een zuiver conservatoire maatregel. Verwacht werd destijds, dat het aantal bestellingen belangrijk zou toenemen; gevreesd werd, dat de gevolgen voor de dealers van Ford UK ernstig zouden zijn, zo niet vernietigend voor een deel van het bestaande netwerk. Gelet op dit aspect van de zaak, meen ik dat als tijdelijke, conservatoire maatregel hooguit een beschikking had mogen worden vastgesteld, die verlangde dat minimaal het huidige aantal zou worden geleverd; hiermee had ook kunnen worden volstaan.

Verder wordt gesteld, dat deze beschikking het noodzakelijke te boven gaat, omdat hetzelfde resultaat had kunnen worden bereikt met een voorlopige beschikking ex artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17. De opheffing van de vrijwaring voor boetes had de betrokkene minder hard getroffen dan de huidige beschikking. Dit artikel geldt, voor zover van belang, enkel voor aangemelde overeenkomsten. Het kan mijns inziens niet juist zijn, dat bij een aangemelde overeenkomst geen voorlopige maatregelen kunnen worden vastgesteld als een boete minder bezwarend is; ook in de zaak-Camera Care was de overeenkomst aangemeld (zie mijn conclusie in zaak 86/82, Hasselblad). In elk geval had dit niet geleid tot het door de Commissie beoogde resultaat, aangenomen dat dit wel op andere wijze had kunnen worden bereikt, en de Duitse dealers zouden zijn getroffen door het feit dat Ford niet leverde. Dit argument zou ik dan ook willen verwerpen.

Verzoeksters stellen ook, dat de beschikking te beperkend was omdat het Ford Duitsland niet de mogelijkheid gaf om de overeenkomst helemaal buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, te brengen. Ondanks de tegengestelde argumenten van de Commissie ben ik het hiermee eens. De positieve opdracht bevat niet de restrictie, dat de verplichting om te leveren vervalt, wanneer de overeenkomst wordt gewijzigd; de verplichting loopt dus door. Een bepaling die de mogelijkheid had geboden om de overeenkomst te wijzigen, zou mijns inziens echter in

geen geval conservatoir van aard zijn geweest, ook al zou Ford haar hebben kunnen naleven.

Ik ben het eens met de Commissie, die daarin wordt gesteund door het BEUC, dat individuele kopers schade zouden lijden als zij niet langer in Duitsland Fords tegen een lagere prijs konden kopen. Gemeten aan de prijs van de auto en de bezittingen van een gemiddelde koper is het zelfs een belangrijk verlies. In de praktijk is het onherstelbaar. In theorie zou men voor de nationale rechter een verhaalsactie kunnen instellen voor het verschil. Gezien de kosten en bewijsmoeilijkheden van dergelijke procedures is dit echter geen reële oplissing. Bovendien zouden Duitse dealers waarschijnlijk winst derven die praktisch gesproken zo niet onmogelijk dan toch moeilijk te verhalen zou zijn. Ik meen dan ook, dat in casu aan de voorwaarde van spoedeisendheid was voldaan.

Verzoeksters' tegenargument, dat de aantasting van Fords belangen groot is en dat rekening moet worden gehouden met de ontwrichting en de verliezen van Ford UK en haar dealers en met de verliezen van sommige Duitse dealers, is zonder meer juist, hoewel ik niet geloof, dat de Commissie de wettige belangen van Ford over het hoofd heeft gezien. Het is in elk geval een factor die tegen andere factoren moet worden afgewogen. Als de feitelijke en juridische argumenten voor het treffen van de voorzieningen overigens verpletterend waren geweest, dan had dit verlies wellicht moeten worden aanvaard. In een zwakke zaak kan het de balans naar de andere kant doen doorslaan en een argument zijn om geen maatregelen te nemen.

Alles overziend meen ik echter, dat de beschikking van de Commissie nietig moet worden verklaard op grond dat zij buiten de bevoegdheid van de Commissie viel, niet „onontbeerlijk" of „conservatoir" was en niet berustte op een voldoende solide juridische grondslag.

Verzoekers stellen ook, dat de beschikking op grond van procedurele onregelmatigheden nietig dient te worden verklaard.

Het eerste vormverzuim zou hierin bestaan, dat Ford niet in de gelegenheid is gesteld om zich tegenover de Commissie uit te laten over de toepassing van artikel 3, nu enkel melding was gemaakt van artikel 6, lid 1. Mijns inziens spelen de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99/63 in casu niet; desondanks heeft Ford aanspraak op eerbiediging van het recht van wederhoor. De mededeling van punten van bezwaar en het standpunt dat de Commissie innam tijdens de hoorzitting die aan de vaststelling van de beschikking voorafging, waren niet geheel ondubbelzinnig. Ik ben er echter niet van overtuigd, dat verzoeksters niet beseften dat voorlopige maatregelen werden overwogen. In hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar geven verzoeksters zelf aan, dat dergelijke maatregelen enkel op grond van artikel 3 zouden kunnen worden vastgesteld. Verzoeksters hebben mij er niet van kunnen overtuigen, dat Ford de mogelijkheid was ontnomen om haar standpunt met betrekking tot artikel 3 aan de Commissie kenbaar te maken.

In de tweede plaats stelt Ford, dat de beschikking vernietigd moet worden omdat de Commissie in strijd met het bepaalde in artikel 10 van verordening nr. 17 heeft nagelaten, het adviescomité te raadplegen. De Commissie antwoordt hierop, dat zij niet gehouden is het adviescomité

te raadplegen met betrekking tot voorlopige maatregelen. Het relevante lid van artikel 10 — lid 3 — verplicht de Commissie om het adviescomité te raadplegen „alvorens een beschikking naar aanleiding van een procedure als bedoeld in lid 1 ... te geven." Artikel 10, lid 1, heeft betrekking op beschikkingen tot „vaststelling van inbreuken op de bepalingen van artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag", beschikkingen houdende „een negatieve verklaring" en beschikkingen „bedoeld in artikel 85, lid 3." Enkel de woorden „vaststelling van inbreuken op de bepalingen van artikel 85" zijn in casu relevant. Hoewel een voorlopige beschikking een dergelijke inbreuk niet definitief „vaststelt", berust zij wel op de conclusie, dat naar haar aanvankelijk oordeel van een dergelijke inbreuk sprake lijkt te zijn. De vraag is dan ook: kan een aanvankelijk oordeel over de feiten wel worden aangemerkt als een feitelijke vaststelling? Mijns inziens is dit het geval. Met andere woorden, een beschikking waarin een aanvankelijk oordeel wordt gegeven over feiten, moet worden aangemerkt als een beschikking die die feiten „vaststelt". Voor de toepassing van artikel 10, lid 3, wordt een voorlopige beschikking dan ook gegeven „naar aanleiding van een procedure" tot vaststelling van een inbreuk. Ik concludeer hieruit, dat de Commissie ingevolge artikel 10 verplicht is het adviescomité te raadplegen alvorens een voorlopige beschikking te geven.

Dit is echter nog niet alles. Bij de beschikking werd aan Ford Duitsland een dwangsom opgelegd voor het geval zij het bevel niet binnen de gestelde termijn zou opvolgen. Artikel 16 van verordening nr. 17, dat betrekking heeft op dwangsommen, bepaalt in lid 3, dat „artikel 3, leden 3 tot en met 6 van toepassing zijn." Het is duidelijk dat dit betekent, dat het adviescomité moet worden geraadpleegd over ontwerpbeschikkingen waarbij een dwangsom wordt opgelegd. Ter terechtzitting is de raadsman van de Commissie verzocht, uiteen te zetten hoe de Commissie hierover dacht. Zijn antwoord kwam hierop neer, dat de Commissie in de praktijk met betrekking tot dergelijke dwangsommen een procedure volgt die in twee stadia uiteenvalt. In een eerste beschikking, zoals de onderhavige, wordt een onderneming op verbeurte van een in de beschikking vastgestelde dwangsom gelast een bepaalde weg in te slaan. Dit was volgens hem niet meer dan een dreigement. Komt de onderneming de beschikking niet na, dan wordt een tweede beschikking vastgesteld waarbij de dwangsom daadwerkelijk wordt opgelegd.

Volgens de Commissie geldt de verplichting om het adviescomité te raadplegen helemaal niet voor de eerste beschikking. Deze opvatting is mijns inziens onjuist. De omstandigheid dat de Commissie in de praktijk een tweede beschikking vaststelt, kan de duidelijke bewoording van een beschikking als de onderhavige niet wijzigen. Artikel 2 bepaalt „voor elke dag waarmede de in artikel 1 gestelde termijn met betrekking tot de gestelde verplichtingen wordt overschreden, wordt aan Ford-Werke AG een dwangsom van 1 000 Ecu opgelegd." De opvatting van de Commissie gaat ook lijnrecht in tegen de uitdrukkelijke bewoording van artikel 16, lid 1, van verordening nr. 17, bepalende dat „de Commissie aan ondernemingen ... bij beschikking dwangsommen kan opleggen ... teneinde hen te dwingen: a) een einde te maken aan een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag ..." Onder deze omschrijving vallen dus ook beschikkingen die in zoverre toekomstge-

richt zijn, dat zij het toekomstig gedrag van de betrokken onderneming trachten te sturen. Ingevolge artikel 16 had het adviescomité dan ook over de onderhavige beschikking moeten worden geraadpleegd.

In de zevende alinea van de visa van de beschikking wordt verklaard, dat het adviescomité op 23 juli 1982, de dag van de hoorzitting, is „uitgenodigd een advies uit te brengen". Niet wordt gezegd, dat advies is uitgebracht — uiteraard kan dit wel zijn gebeurd — of dat het adviescomité anderszins is geraadpleegd. Er kunnen zich gevallen voordoen die zo spoedeisend zijn, dat met een zeer kort overleg met het adviescomité mag worden volstaan. Uitgaande van de tijdspanne die deze zaak in beslag heeft genomen, merkt Ford mijns inziens terecht op dat het adviescomité, voor zover aan de hand van de gegevens kan worden nagegaan, geen redelijke kans heeft gehad om vóór de vaststelling van de beschikking te worden geraadpleegd. Dit is onmiskenbaar een belangrijk vormvereiste en ik acht het niet juist om hier te werken met een rechtsvermoeden van juiste uitvoering.

De derde formele klacht van Ford is, dat de Commissie de belanghebbenden die hierom hebben verzocht, niet heeft gehoord. Dit zou in strijd zijn met artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 en artikel 5 van verordening nr. 99/63. Volgens deze bepalingen, in samenhang gelezen, moet aan derden, die de Commissie verzoeken om schriftelijk te worden „gehoord" en aannemelijk maken dat zij daarbij „in voldoende mate belang hebben", de gelegenheid worden geboden om schriftelijk hun standpunt kenbaar te maken voordat de Commissie bepaalde soorten beschikkingen neemt, waaronder beschikkingen op grond van artikel 3 van verordening nr. 17. De derden moeten dit doen binnen de termijn die de Commissie, gelet op „de voor het formuleren van een standpunt benodigde tijd" en „de mate waarin het geval spoedeisend is", heeft vastgesteld (artikel 11 van verordening nr. 99/63). Deze termijn moet in elk geval ten minste twee weken bedragen (Ibid.).

Het recht om schriftelijk te worden „gehoord" moet worden onderscheiden van het recht om mondeling zijn standpunt toe te lichten (artikel 7, lid 1, van verordening nr. 99/63); Ford stelt niet dat laastgenoemd artikel op enigerlei wijze is geschonden.

Op 22 juli 1982 verscheen in het dagblad Times een artikel waarin werd meegedeeld, dat de Commissie een procedure had ingeleid tegen Ford in verband met de door haar ingevoerde beperkingen op de verkoop in Duitsland van auto's met rechtse besturing en dat er de volgende dag een hoorzitting zou zijn. Naar aanleiding van dit artikel zonden een aantal Forddealers in Groot-Brittannië telexberichten naar de Commissie waarin zij hun bezorgdheid uitten. In elk van deze telexberichten wordt in drie à vier korte alinea's verwezen naar het artikel in de Times; een korte omschrijving gegeven van de werkzaamheden van verzoeker als Forddealer; en een verzoek gedaan om te worden gehoord. Met het oog op het belang ervan, zal ik één als voorbeeld criteren:

„Wij verzoeken de Commissie naar aanleiding van de voorstellen geen onmiddellijke stappen te ondernemen zonder ons in de gelegenheid te stellen ons standpunt kenbaar te maken; dit vooral omdat ons bedrijf meer dan 1 000 werknemers in dienst heeft en het voortbestaan van ons bedrijf en de werkgelegenheid van ons personeel door dergelijke stappen ernstig worden bedreigd."

Afgaande op de gegevens waarover het Hof beschikt, hebben als deze dealers waarschijnlijk op elke vorm van antwoord van de Commissie moeten wachten tot na de vaststelling van de beschikking. Vaststaat, dat Stormont Ltd. en James A. Laidlaw (Holdings) Ltd., die beide telexberichten hadden gestuurd en die bij het Hof zijn geïntervenieerd om Ford op dit punt te ondersteunen, geen antwoord hebben ontvangen — zelfs geen ontvangstbevestiging — voor september 1982. Zij zijn niet in de gelegenheid gesteld hun standpunt schriftelijk kenbaar te maken.

De Commissie tracht het betoog van Ford langs drie wegen te weerleggen. In de eerste plaats stelt zij, dat de dealers „niet eenvoudigweg hadden verzocht om te worden gehoord". Dit lijkt mij in strijd met hetgeen in de telexberichten wordt verklaard. Ten tweede betoogt zij, dat „de dealers schriftelijke opmerkingen hebben gemaakt, die de Commissie in aanmerking heeft genomen." Ik neem aan dat zij hiermee bedoelt, dat de betrokken ambtenaren van de Commissie de telexberichten hebben gelezen en dat de Commissie dusdoende de dealers in de gelegenheid heeft gesteld om schriftelijk hun standpunten kenbaar te maken in de zin van artikel 5. Het lijdt echter geen twijfel, dat de telexberichten niet meer waren dan verzoeken om te worden gehoord, en zelf geen standpuntbepalingen waren in de zin van dat artikel.

Ik kom thans tot het derde argument van de Commissie. Dit houdt in dat „de dealers, ook als zij in de hoofdprocedure schriftelijke opmerkingen mogen maken, nog niet het recht hadden om bewust vertraging te veroorzaken door het indienen van schriftelijke opmerkingen in de voorlopige procedure." Er kunnen zich zulke dringende gevallen voordoen, dat een rudimentaire procedure waarbij enkel tijd is voor kort commentaar in de voorlopige, doch niet in de definitieve procedure gerechtvaardigd is. In deze zaak hadden de betrokken dealers echter in voldoende mate belang bij de zaak om schriftelijk commentaar te leveren en zij hadden dan ook op die wijze moeten worden gehoord. Stormont en Laidlaw stellen, dat voor hen beide ten gevolge van de beschikking verliezen dreigden die in de honderdduizenden ponden liepen. Bovendien staat buiten kijf, dat de betrokken dealers ten nauwste met Ford verbonden waren en dat zij een integrerend deel van het stelsel vormden. Ik zie niet goed in, hoe de Commissie onder dergelijke omstandigheden haar weigering om derden te horen kan rechtvaardigen op grond dat de beschikking voorlopig van aard was, vooral gezien de bepalingen van de beschikking. Dat deze zaak zo spoedeisend was dat het zelfs niet mogelijk was om de dealers twee weken te geven voor het maken van opmerkingen (de minimumperiode van artikel 11 van verordening nr. 99/63) gaat er bij mij ook niet in. Het rondschrijven van Ford ging uit op 27 april en werd op 1 mei van kracht. Op 12 mei diende het BEUC zijn klacht in bij de Commissie; deze verzond haar mededeling van punten van bezwaar echter pas op 2 juli. De zitting vond op 23 juli plaats en de beschikking werd op 18 augustus vastgesteld. De tijd die de Commissie zelf heeft gebruikt, wijst er al op dat de zaak niet zo spoedeisend was dat de procedure niet met een week of twee kon worden verlengd.

Vast staat, dat het niet op behoorlijke wijze horen van één onderneming tot wie een beschikking op grond van artikel

3 van verordening nr. 17 is gericht, een schending van een wezenlijk vormvoorschrift vormt, op grond waarvan de beschikking kan worden vernietigd. Hetzelfde behoort te gelden voor het niet horen van belanghebbende derden die het recht hebben te worden gehoord. Ik concludeer hieruit, dat de beschikking op deze gronden nietig moet worden verklaard.

Het vierde en laatste formele argument van Ford is, dat de beschikking wellicht is vastgesteld zonder dat de commissarissen, optredend als college, daartoe deugdelijk bevoegdheid hebben verleend. Zij voert niets aan ter ondersteuning van deze stelling, die mijns inziens dan ook moet worden verworpen.

Ford Duitsland vordert vergoeding van haar kosten. Ford Europe vraagt om vergoeding van de kosten van „Ford Duitsland". Ik neem aan, dat dit een verschrijving van Ford Europe is. Hoewel een deel van de kosten had kunnen worden bespaard als beide partijen gezamenlijk beroep hadden ingesteld en men wellicht ook kan volhouden dat één partij alle argumenten had kunnen aanvoeren, acht ik het, alle omstandigheden in aanmerking genomen, redelijk dat beide partijen beroep hebben ingesteld; voor kostencompensatie is dan ook mijns inziens geen plaats.

Op grond van bovenstaande concludeer ik tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie en tot veroordeling van de Commissie in de kosten van beide verzoeksters en van Stormont Ltd. en James A. Laidlaw (Holdings) Ltd. De Commissie en het BEUC dienen hun eigen kosten te dragen.