machtiging heeft verleend, een passend middel om haar tegen te gaan. Niets verplicht trouwens de Bondsrepubliek om de gehele invoer gedurende langere tijd stil te leggen.

d) Ten slotte kan schorsing van tenuitvoerlegging alleen worden gelast wanneer een sterk vermoeden bestaat dat de vordering in de hoofdzaak gegrond is.

Dit is in casu niet het geval :

— de bestreden beschikking is niet in strijd met artikel 226, lid 3, omdat de Commissie met haar opvatting dat een schorsing van de invoer voor korte duur — welke tot bepaalde produkten kan worden beperkt — als het kleinere kwaad is te beschouwen, zich niet heeft begeven buiten het terrein waarop zij krachtens deze bepaling in haar beoordeling vrij is,

— van weigering tot het verlenen van machtiging tot vrijwaringsmaatregelen is geen sprake,

— uit de omstandigheid dat in de considerans der beschikking ter rechtvaardiging van de toepassing van artikel 226 van het E.E.G.-Verdrag de moeilijkheden zijn vermeld welke op agrarisch gebied door de flexibele wisselkoers zijn ontstaan, kan niet worden geconcludeerd dat de Commissie van haar bevoegdheden gebruik gemaakt heeft tot een ander doel dan waartoe deze haar zijn verleend;

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J. GAND VAN 5 OKTOBER 1969 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De schriftelijke opmerkingen van partijen zoals die zojuist door hun raadslieden zijn aangevuld zijn zeer volledig, zodat wij ons bij het nemen onzer conclusie inzake het heden door U te behandelen beroep in aanzienlijke mate kunnen beperken. Het behoeft wel nauwelijks betoog dat wij er naar zullen streven niet alleen met objectiviteit, doch ook met de een rechter betamende klaarheid ons standpunt te formuleren. Anderzijds zullen wij, hoe nuchter zulks ook moge schijnen, alleen ingaan op de vraag welke U thans bezighoudt. Immers, in dit stadium van de procedure heeft U zich niet uit te spreken over de wettigheid van de op 1 oktober jongstleden door de Commissie van de Europese Gemeenschappen genomen beschikking; vernietiging dier beschikking is gevraagd in een ander verzoekschrift van de Bondsrepubliek Duitsland, met de instructie waarvan nog maar juist een aanvang is gemaakt en tijdens welks behandeling partijen hun standpunt nader zullen hebben uiteen te zetten. Er wordt van U slechts gevraagd in nog nader te bepalen mate de opschorting van de tenuitvoerlegging dezer beschikking te gelasten.

Het nevens het ingestelde beroep gedane verzoek vindt zijn rechtvaardiging in de regel van artikel 185 van het E.E.G.-Verdrag, luidende als volgt :

„Een bij het Hof van Justitie ingesteld beroep heeft geen schorsende werking. Het Hof van Justitie kan echter, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, opschorting van de uitvoering van de bestreden handeling gelasten".

Ingevolge deze bepaling draagt de opschorting — volgens de orthodoxe opvatting van het publiekrecht en van het administratief recht een uitzonderingskarakter. Een geregel-

1 — Vertaald uit het Frans.

de voortgang der door de administratie te verrichten werkzaamheden impliceert immers, dat aan de beschikkingen van het openbaar gezag uitvoering moet worden gegeven zolang de bevoegde rechter dezelve niet onwettig heeft verklaard. Wanneer de rechter de werkzaamheden dezer gezagsorganen ook maar tijdelijk lamlegt, begeeft hij zich op hun terrein : hij neemt een uitvoerende verantwoordelijkheid op zich, waarmede hij treedt buiten de hem als rechter opgedragen beoordeling van de wettigheid der hierbedoelde handelingen. Normaliter vindt deze legaliteitscontrole plaats in dier voege, dat de betrokken handeling erga omnes en met terugwerkende kracht kan worden nietig verklaard; het betrokken orgaan is dan gehouden de nodige maatregelen te nemen om de gevolgen der nietigverklaarde handeling ongedaan te maken.

Het met terugwerkende kracht intrekken van zodanige handeling kan echter onmogelijk of zeer moeilijk blijken te zijn, doordien onherstelbare althans zeer ernstige schade kan zijn toegebracht. Met het oog op dergelijke gevallen is in de mogelijkheid van opschorting voorzien en bij raadpleging Uwer jurisprudentie blijkt dat U bij het beoordelen van deze schade een zeer strenge maatstaf aanlegt.

Ten slotte kunt U bij Uw beoordeling de vraag naar de „kansen" van het beroep niet geheel buiten beschouwing laten. Blijkt zonneklaar dat de vordering ten principale gegrond is dan wel is er een sterk vermoeden ten gunste van haar gegrondheid, dan zal de rechter geneigd zijn het verzoek om opschorting toe te wijzen. In de overige gevallen wordt de regel dat een beschikking ten uitvoer moet worden gelegd zolang zij niet is nietigverklaard, wederom van kracht.

Sommige door de gemachtigde van de Duitse Regering ter zitting gemaakte opmerkingen lijken erop te wijzen, dat het verzoek er wellicht subsidiair toe strekt van U een uitspraak te bekomen over „voorlopige maatregelen" — welke niet krachtens artikel 185, doch krachtens artikel 186 van het Verdrag worden bevolen —. Wij betwijfelen of dit mogelijk is, immers in dit laatste artikel gaat het naar wij menen in hoofdzaak om maatregelen tot bewaring van recht, zoals die in gedingen betreffende geldelijke belangen kunnen worden genomen. En het is niet wel in te zien, hoe het daarbedoelde stelsel toepassing zou kunnen vinden wanneer in een beroep als hierbedoeld nietigverklaring van een krachtens artikel 226 genomen beschikking wordt gevraagd.

2. Onder voorbehoud dezer algemene opmerkingen zullen wij thans overgaan tot bespreking van het U door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland gedane verzoek.

De Duitse Regering verzoekt U te gelasten dat, zolang geen uitspraak ten principale is gedaan, de tenuitvoerlegging zal worden geschorst van de op 1 oktober 1969 door de Commissie genomen beschikking, waarin de regering werd gemachtigd om in de landbouwsector vrijwaringsmaatregelen te nemen „voor zover in die beschikking enigerlei van de geldende gemeenschapsregelen afwijkende maatregel is uitgesloten".

Wat moet hieronder worden verstaan ? Men begrijpt dit beter wanneer men het verzoek vergelijkt met het petitum van het ten principale ingestelde beroep, ten opzichte waarvan het een accessoir karakter draagt. In het beroep wordt verzocht om nietigverklaring van de beschikking der Commissie houdende machtiging van de Bondsrepubliek Duitsland tot het nemen van vrijwaringsmaatregelen voor de landbouwsector „voor zoveel daarin toestemming is gegeven tot handelingen welke in verdergaande mate ingrijpen in de gemeenschappelijke markt dan in het Duitse verzoek van 30 september 1969 was voorzien alsook voor zoveel de in dat verzoek voorziene maatregelen werden verboden".

Dit verzoek is vervat in het telexbericht van 30 september 1969 van de Bundesminister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten aan de Voorzitter van de Commissie der Gemeenschappen.

Er wordt allereerst in gezegd, dat de voorlopige opschorting van de tussenkomst van de Bundesbank op de „contantmarkt" ertoe leidt dat de koersschommelingen van de Duitse mark een grotere uitslag gaan vertonen en dat deze duidelijker koersverschillen kunnen medebrengen dat het handelsverkeer zich in belangrijke mate gaat verleggen. Zulks leidt tot tweeërlei consequentie : enerzijds het onmiddellijk risico dat de Duitse landbouw daarvan in aanzienlijke mate en waarschijnlijk blijvend de nadelige gevolgen ondervindt. Anderzijds een gevoelige achteruitgang van de economische toestand in de landbouwstreken der Bondsrepubliek. En men zal dadelijk opmerken, dat deze twee soorten moeilijkheden (optredende in bepaalde sectoren en in bepaalde streken) de beide gevallen opleveren waarvoor in artikel 226 van het Verdrag de mogelijkheid van vrijwaringsmaatregelen is voorzien.

Het is dan ook op grond van dit artikel 226, dat de Bondsrepubliek — na bedoelde situatie te hebben geschetst — met ingang van

30 september 1969 machtiging vraagt om enerzijds compenserende invoerheffingen toe te passen en anderzijds vergoedingen uit te keren naar rato van de uitvoer der in een bijlage van haar brief genoemde waren. Zij wijst er ten slotte op, dat de hoogte der vergoedingen van het belang der koersschommelingen zal dienen af te hangen.

Men weet in welke bewoordingen de Commissie zich over dit verzoek heeft uitgelaten. Zij heeft blijkens de considerans van haar beschikking gemeend, dat om de redenen in haar schriftelijke opmerkingen uiteengezet, het evenwicht door een stelsel van heffingen en subsidies onvoldoende kon worden hersteld; de maatregel welke de werking van de gemeenschappelijke markt het minst zou verstoren, ware opschorting van de invoer van waren waarvoor in de Bondsrepubliek interventie- of aankoopprijzen moeten worden betaald — en van de afgeleide produkten —.

In haar beschikking machtigt zij de Bondsrepubliek dan ook om met uitsluiting van enigerlei andere van de geldende gemeenschapsregelen afwijkende maatregel, de invoer op haar grondgebied van deze produkten, uit de Lid-Staten en derde landen herkomstig, op te schorten.

3. Twee punten lijken ons derhalve vast te staan :

— De regering van de Bondsrepubliek vroeg om machtiging tot invoering van een systeem van belasting en terugbetaling; de Commissie heeft in haar beschikking de regering deze machtiging onthouden, en voor zoveel zulks het geval was wordt vernietiging dier beschikking gevraagd. De schorsing van de tenuitvoerlegging kan er derhalve slechts toe strekken, dat de gevolgen dier weigering voorlopig worden opgeschort.

— In de tweede plaats is het verzoek gedaan — en de beschikking genomen — krachtens artikel 226 van het Verdrag. Derhalve zal de wettigheid dezer beschikking te zijner tijd in het licht van dit artikel moeten worden beoordeeld; in ieder geval dient de draagwijdte der beschikking thans in het raam van ditzelfde artikel te worden bezien om na te gaan of al dan niet termen tot schorsing van de tenuitvoerlegging aanwezig zijn.

Weliswaar heeft de regering van de Bondsrepubliek na het verzoek en na de bestreden beschikking zich op een ander terrein, namelijk dat van de artikelen 109 en 115 van het Verdrag, begeven ten betoge dat een compenserende invoerheffing (althans het subsidiëren van de uitvoer) gerechtvaardigd was en alleen tot haar competentie behoorde — daarom was zij daartoe op 29 september 1969 overgegaan —. De Commissie zou derhalve door middel van de bestreden beschikking de intrekking van bedoelde Duitse maatregel willen verkrijgen, althans daaraan de gemeenschapsrechtelijke grondslag ontnemen.

Wij menen dat op dit debat niet behoeft te worden ingegaan en wij begrijpen eigenlijk niet goed, waarom verzoekster meent deze weg te moeten bewandelen. Indien een in het kader harer rechtsbevoegdheid door de Duitse Regering genomen beschikking werkelijk op de artikelen 109 en 115 alleen zou kunnen berusten, waarom dan machtiging ingevolge artikel 226 gevraagd ? Op het bekomen van zodanige machtiging is het op 30 september 1969 door de regering tot de Commissie gerichte verzoek gericht en zij maakt daarin zelfs geen melding van haar eigen — daags tevoren genomen en reeds in werking getreden — beschikking. En er behoeft wel nauwelijks op gewezen te worden, dat wanneer een Lid-Staat in het systeem van artikel 226 vrijwaringsmaatregelen mag nemen, het alleen aan de Commissie staat zodanige maatregelen vast te stellen als zij noodzakelijk acht. Slechts zij heeft dienaangaande te beslissen.

Vervolgens dient te worden opgemerkt, dat de vordering — zoals die U is voorgelegd — strekt tot het bekomen van schorsing van tenuitvoerlegging, voor zoveel de bestreden beschikking „enigerlei van de geldende gemeenschapsregelen afwijkende maatregel" uitsluit; zo bezien, ontgaat ons de portée van de vordering, immers waar vrijwaringsmaatregelen krachtens artikel 226 alleen kunnen worden genomen op de door de Commissie in de uitoefening harer discretionnaire bevoegdheden gestelde voorwaarden, is de litigieuze clausule slechts van declaratoire aard.

Bezien men de vraag nader, dan blijft het verzoek om schorsing van tenuitvoerlegging in werkelijkheid betrekking te hebben op het gedeelte van de beschikking waarin — impliciet — de gevraagde machtigingen worden geweigerd. Zodanig verzoek kan echter slechts worden afgewezen. Immers, zoals in Eyermann en Fröhlers' Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung wordt gezegd, is „schorsing van tenuitvoerlegging per definitionem slechts bij voor tenuitvoerlegging vatbare maatregelen mogelijk; er kan derhalve geen sprake van zijn bij een maatregel waarin een verzoek om toekenning van bepaalde bevoegdheden wordt afgewezen. In casu zou schorsing van tenuitvoerlegging slechts kunnen betekenen, dat het verzoek wordt ingewilligd; zodanige maatregel is de rechter verboden, tenzij in de

wet anders is voorzien".
Een analoge redenering hebt U trouwens gevolgd in een zaak welke met de onderhavige in juridisch opzicht vrij veel gelijkenis vertoont: 19-59 R., Geitling en anderen / Hoge Autoriteit — beschikking van 12 mei 1959 — Jurisprudentie 1960, Deel 1, bladzijde 89. De verkoopkantoren voor Ruhrkolen hadden U verzocht de opschorting te laten gelasten van de tenuitvoerlegging van een artikel ener beschikking van de Hoge Autoriteit houdende verlenging van ontheffingen van de verbodsbepalingen met betrekking tot de verkooporganisaties van het Ruhr-bekken. U hebt overwogen, dat dit artikel weigering ener ontheffing inhield en daaruit afgeleid dat het beroep in kort geding niet ter zake dienende was. Immers, zo hebt U overwogen, opschorting van tenuitvoerlegging ener beschikking welke weigering van ontheffing inhoudt is niet met het verlenen dezer ontheffing gelijk te stellen; in ieder geval kan echter een dergelijke ontheffing slechts worden verleend door de administratie, aan welke de rechter niet de wet mag stellen.
Zo ook tracht in casu de regering van de Bondsrepubliek langs de weg van de schorsingsprocedure in artikel 185 van het Verdrag voorzien, een machtiging te verkrijgen welke de Commissie haar heeft geweigerd. Tot verlenen dezer machtiging zou de Commissie te zijner tijd verplicht kunnen zijn, indien Uw Hof, ten principale uitspraak doende, mocht menen haar beschikking te moeten nietigverklaren; dit zou dan nog afhangen van de overwegingen van Uw arrest. Maar in dit stadium — en in het kader van artikel 185 — mag schorsing noch met het verlenen ener machtiging worden gelijkgesteld noch een verplichting tot het verlenen van machtiging impliceren; het verzoek is derhalve, om hier de bewoordingen van Beschikking no. 19-59 R te herhalen, „niet ter zake dienende" en moet dan ook, naar het ons voorkomt, worden afgewezen.
4. Wij komen dus al spoedig te spreken over de voorwaarden, welke volgens Uw rechtspraak moeten zijn vervuld, wil schorsing van de tenuitvoerlegging der bestreden beschikking worden gelast.
Daarvan kan namelijk slechts sprake zijn wanneer zodanige tenuitvoerlegging tot ernstige of onherstelbare schade kan leiden. Het lijkt niet vast te staan, dat dit in casu het geval is. Immers, al heeft de Commissie de gevraagde machtigingen geweigerd, zij heeft de regering van de Bondsrepubliek toestemming verleend de invoer der in haar beschikking bedoelde landbouwprodukten op te schorten en, anders dan verzoekster lijkt te geloven, kan zij krachtens deze beschikking „selectief" te werk gaan. Trouwens, om redenen welke men gemakkelijk kan raden is het, ook al is niet uitdrukkelijk bepaald voor welk tijdvak de machtiging is verleend, niet uitgesloten dat elders te voeren besprekingen zouden kunnen leiden tot andere beslissingen, als gevolg waarvan de bestreden beschikking zonder voorwerp zou geraken.
5. Ten slotte moet er, wil tot schorsing van tenuitvoerlegging worden overgegaan, een „sterk vermoeden ten gunste van de gegrondheid van de vordering ten principale" bestaan of van „kennelijke" gegrondheid sprake zijn; men zie Beschikking no. 43-59 van 20 oktober 1959, Jurisprudentie, Deel VI, bladzijde 1022.
Ter beoordeling of zulks het geval is, dient te worden stilgestaan bij hetgeen de Bondsregering heeft betoogd in haar verzoekschrift, waarop de Commissie zich een uitvoeriger antwoordt voorbehoudt. Verzoekster bedient zich in hoofdzaak van twee middelen. Het eerste houdt schending van artikel 226, lid 3, in doordien de Commissie niet bij voorkeur maatregelen zou hebben gekozen welke de werking van de gemeenschappelijke markt het minst verstoren. Indien de Commissie op dit punt geen discretionnaire bevoegdheid heeft, beschikt zij over een door de rechter te controleren vrijheid van beoordeling en uit de ons thans geworden inlichtingen blijkt niet zonneklaar, dat zij deze bevoegdheid heeft overschreden. Schorsing van invoer en heffing van rechten zijn onderling niet slechts gradueel, doch wezenlijk verschillend. De maatregel welke het meest ingrijpend lijkt te zijn is niet noodzakelijkerwijze die welke de werking van de gemeenschappelijke markt het meest verstoort, met name niet wanneer zij selectief wordt toegepast. De vraag is in ieder geval discutabel.
Het andere middel houdt détournement de pouvoir in: de Commissie zou zich bij het nemen van haar beslissing hebben laten leiden door de wens gedaan te krijgen dat de verzoekende regering haar monetair beleid weizigt. Wij willen volstaan met eraan te herinneren, dat détournement de pouvoir moet worden bewezen en niet bij wege van vermoeden mag worden aangenomen. Dat in de considerans der beschikking wordt gezinspeeld op de moeilijkheden waartoe de zwevende koers in de landbouwsector heeft geleid, wettigt stellig niet de conclusie dat de bestreden maatregel ter bereiking van monetaire doeleinden is genomen. En de door een vice-president van de Commissie publiekelijk

gedane uitlatingen, welke de gemachtigde van de regering der Bondsrepubliek ter zitting in herinnering bracht, lijken ons geenszins te bewijzen dat van détournement de pouvoir sprake is geweest.
Trouwens, en hier verlaat ik het eigenlijke terrein van het verzoek, het nauwe verband tussen de monetaire vraagstukken en de landbouwproblemen kan geenszins worden geloochend. Elders zullen morgen besprekingen moeten worden ingeleid, waarbij al deze problemen aan de orde zullen komen en die mogelijkerwijze zullen leiden tot besluiten welke aan het voor U gehouden debat zijn actualiteit zullen ontnemen.

Wij dienen onzerzijds te blijven binnen het kader van artikel 185 en kunnen om de zojuist uiteengezette redenen slechts concluderen, dat het verzoek van de regering van de Bondsrepubliek Duitsland zal moeten worden verworpen.