CONCLUSIE VAN D.A.O. EDWARD, RECHTER AANGEWEZEN ALS ADVOCAAT-GENERAAL

van 10 maart 1992 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Ik wil in zaak T-24/90, Automec, en in zaak T-28/90, Asia Motor France e. a., één conclusie nemen. Ofschoon niet formeel gevoegd, zijn deze zaken gedurende terechtzittingen op twee achtereenvolgende dagen voor het Gerecht in volle samenstelling behandeld en stellen zij dezelfde principiële kwestie aan de orde, althans lijken zij deze aan de orde te stellen. Kortheidshalve zal ik het hebben over „de zaak Automec" en „de zaak Asia Motor France", maar zal ik de eerste soms aanduiden als „de zaak Automec II", wanneer ik haar wil onderscheiden van de eerdere zaak Automec („de zaak Automec I"), waarin het beroep bij arrest van 10 juli 1990 niet-ontvankelijk is verklaard. [1]

2. De door deze zaken aan de orde gestelde principiële kwestie betreft de aard en de omvang van de verplichting van de Commissie om te handelen naar aanleiding van een klacht van een particulier uit hoofde van artikel 3 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 (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"). Is de Commissie gehouden de klacht te onderzoeken? Zo ja, hoe grondig? Staat het haar vrij, geen procedure in te stellen, op grond dat zulks niet opportuun is? Moet zij een beschikking geven waartegen de klager op grond van artikel 173 voor het Gerecht kan opkomen? Kan de klager de Commissie met behulp van artikel 175 tot handelen aanzetten? Kan de Commissie ter rechtvaardiging van haar stilzitten aanvoeren, dat de klager zich tot de nationale rechter kan wenden, dat het communautaire belang van een nader onderzoek van de zaak niet groot genoeg is, of dat de Commissie niet over het personeel beschikt om klachten van ondergeschikt belang te behandelen?

3. Teneinde de door deze zaken opgeworpen specifieke kwesties in hun context te plaatsen, wil ik allereerst stilstaan bij het Verdrag en de uitvoeringsverordeningen daarvan, de rechtspraak van het Hof en van het Gerecht, en enkele door de Commissie ter terechtzitting gedane concessies.

Het Verdrag

4. Het Verdrag bevat geen bepaling die de Commissie expliciet verplicht, te handelen naar aanleiding van individuele klachten. Artikel 155 bepaalt evenwel, dat

„de Commissie toeziet op de toepassing zowel van de bepalingen van dit Verdrag als van de bepalingen welke de instellingen krachtens dit Verdrag vaststellen".

5. Op het gebied van de mededinging bepaalt artikel 87, lid 1, dat de Raad verorde-

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — Zaak T-64/89, Automec, Jurispr. 1990, blz. II-367.

ningen of richtlijnen vaststelt, „dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86". In artikel 87, lid 2, wordt vervolgens bepaald, dat deze verordeningen en richtlijnen

„ten doel hebben (...) a) *nakoming* van de in artikel 85, lid 1, en in artikel 86 bedoelde verbodsbepalingen te *verzekeren* (...)".

6. Toen het Verdrag in werking trad, werd de Commissie krachtens artikel 89, lid 1, de verplichting opgelegd om:

„zodra zij in functie is getreden, (te *waken*) voor de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 neergelegde beginselen. Op verzoek van een Lid-Staat of ambtshalve, en in samenwerking met de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten, welke haar daarbij behulpzaam zijn, *stelt* zij een *onderzoek in* naar de gevallen van vermoedelijke inbreuk op bovengenoemde beginselen. Indien haar blijkt dat inbreuk is gepleegd, *stelt* zij passende middelen *voor* om daaraan een eind te maken."

7. Uit hoofde van het Verdrag heeft de Commissie een concrete en positieve verplichting om de nakoming van de bepalingen ervan te verzekeren en, als één aspect van die algemene verplichting, de verplichting om toe te zien op de toepassing van de mededingingsregels. In de optiek van het Verdrag zou de Commissie weliswaar de voornaamste waakhond zijn, doch niet de enige. De aanvullende rol van de nationale rechtssystemen ligt impliciet besloten in artikel 85, lid 2, en expliciet in artikel 87, lid 2, sub e. Verordening nr. 17 completeert deze artikelen, doordat aan de artikelen 85, lid 1, en 86 rechtstreekse werking wordt verleend, zodat deze rechtstreeks door de nationale rechterlijke instanties kunnen worden toegepast. [2]

2 — Arrest van 30 januari 1974, zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 51, r. o. 15.

Verordening nr. 17 en vergelijkbare verordeningen

8. Krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 kan de Commissie, op verzoek of ambtshalve, bij beschikking gelasten, dat aan een inbreuk een eind wordt gemaakt. Volgens dit artikel zijn natuurlijke of rechtspersonen die aantonen een redelijk belang te hebben, gerechtigd een verzoek in te dienen — anders gezegd, aan de Commissie klachten voor te leggen over de mededingingsbeperkende activiteiten van derden. Het gebruik van het woord „verzoek" (in plaats van „klacht") legt een verband tussen de handeling van de klager en de handeling die de Commissie krachtens artikel 3 kan vaststellen. Het verzoek is een uitnodiging aan het adres van de Commissie om haar bevoegdheid uit te oefenen. Maar wat moet de Commissie doen, zo zij al iets moet doen?

9. Het is nuttig verordening nr. 17 te vergelijken met verordening (EEG) nr. 1017/68, die zes jaar later is vastgesteld voor de toepassing van de mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, en met de anti-dumpingverordening [verordening (EEG) nr. 2423/88].

10. Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 luidt als volgt:

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

11. De artikelen 10 en 11 van verordening nr. 1017/68 komen in twee stappen tot hetzelfde resultaat. Artikel 10 bepaalt:

„De Commissie *leidt de procedures in* tot beëindiging van inbreuken op artikel 2 of op artikel 8 alsmede de procedure voor de toepassing van artikel 4, lid 2 (dat wil zeggen voor de toepassing van de mededingingsregels zoals die door de eerdere bepalingen van de verordening zijn aangepast voor de vervoersector). Zij doet dit naar aanleiding van een klacht of ambtshalve."

In artikel 11 wordt vervolgens bepaald:

„Indien de Commissie een inbreuk (...) vaststelt, *kan* zij de (...) ondernemingen (...) *bij beschikking verplichten* aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken."

12. Verordening nr. 1017/68 legt de Commissie dus een *verplichting* op om na een klacht te handelen, maar verleent haar een *discretionaire bevoegdheid* aangaande het geven van een beschikking. Verordening nr. 17 verleent een discretionaire bevoegdheid zonder, op het eerste gezicht, een verplichting op te leggen. Ter terechtzitting in de zaak Automec heeft de gemachtigde van de Commissie dit verschil uitgelegd door te verwijzen naar het intrinsiek internationale karakter van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren en naar de ernst van een inbreuk op de mededingingsregels in deze sector. Wat de verklaring ook moge zijn, verordening nr. 1017/68 toont aan, dat het technisch gezien geen probleem is, een verplichting op te leggen om na een klacht te handelen en tegelijkertijd een discretionaire bevoegdheid te verlenen om vervolgens een beschikking te geven.

13. De anti-dumpingverordening legt de Commissie eveneens een verplichting op, te handelen na een klacht, maar uitsluitend wanneer deze voldoende bewijsmateriaal bevat betreffende het bestaan van dumping of subsidiëring en de daaruit voortvloeiende schade (artikel 5, lid 2). Het bestaan van „voldoende bewijsmateriaal" is in alle gevallen een allereerste voorwaarde voor de verplichting tot handelen van de Commissie (zie artikel 7, lid 1, en vergelijk artikel 5, lid 5).

14. Ofschoon de anti-dumpingverordening daarom in casu niet rechtstreeks relevant is, is het nuttig om voor ogen te houden, dat een verplichting tot handelen na een klacht onderstelt, dat de klacht iets aan het licht heeft gebracht dat om actie vraagt. Het zou absurd zijn, een overheidsinstelling te verplichten om voor elke klacht, hoe onbelangrijk, vexatoir of kennelijk ongegrond ook, in een of andere formele procedure te voorzien.

15. Ten slotte beschikt de Commissie, wat verordening nr. 17 betreft, over een niet met de nationale rechterlijke instanties gedeelde, exclusieve bevoegdheid tot toepassing van artikel 85, lid 3. Ter terechtzitting in de zaak Automec (waarin het volgens verzoeker om een groepsvrijstellingsverordening gaat) heeft de Commissie erkend, dat haar verplichting anders zal zijn wanneer zij bij uitsluiting bevoegd is te handelen.

De arresten GEMA, Metro I, Demo-Studio Schmidt en CICCE

16. In het arrest GEMA heeft het Hof bevestigd, dat artikel 3, lid 1, van verordening

nr. 17 de Commissie een beoordelingsbevoegdheid verleent en haar niet verplicht, bij wijze van beschikking te gelasten dat aan een inbreuk op de mededingingsregels een einde wordt gemaakt. [3] In het arrest Metro I heeft het Hof evenwel erkend dat de klagers het recht hebben om, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, een procedure in te leiden ter bescherming van hun wettige belangen. [4] Vervolgen heeft het Hof in het arrest Demo-Studio Schmidt verklaard, dat

„de Commissie naar aanleiding van verzoekers klacht de door deze aangevoerde feiten moest onderzoeken teneinde te kunnen beoordelen of (het gelaakte gedrag) de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kon vervalsen en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden". [5]

17. De aard van de verplichting van de Commissie is nog duidelijker omschreven in het arrest CICCE, waarin het Hof overwoog, dat

„de Commissie (...) gehouden was (de elementen, feitelijk en rechtens, die het CICCE te harer kennis had gebracht) te onderzoeken ten einde te kunnen vaststellen, of de verdragsregels inzake de mededinging in casu waren geschonden". [6]

18. Kortom, als uitvloeisel van deze arresten moet de Commissie klachten serieus nemen: haar discretionaire bevoegdheid ten aanzien van de naar aanleiding van een klacht te nemen maatregelen is niet onbeperkt.

19. De Commissie heeft ter terechtzitting in beide zaken ook erkend, dat een klager recht heeft op een beschikking waartegen hij op de voet van artikel 173 voor het Gerecht kan opkomen. Deze concessie kon moeilijk uitblijven, nu zij voortvloeit uit het arrest Metro I.

20. De „beschikking" waarop de klager recht heeft, kan worden gericht tot de onderneming waarop de klacht betrekking heeft (zoals in de zaak Metro I) of tot de klager. Om de in het arrest Automec I en daarvoor in het arrest IBM [7] uiteengezette redenen, kan een voor beroep vatbare beschikking evenwel slechts aan het einde van de administratieve procedure worden gegeven, wanneer de in verordening nr. 17 en verordening nr. 99/63/EEG (hierna: „verordening nr. 99/63") neergelegde procedurele waarborgen in acht zijn genomen. Dit betekent, dat noch de klager noch de onderneming waartegen de klacht is gericht, kan eisen dat de Commissie onmiddellijk een beschikking geeft, behalve wellicht in een stadium waarin alle mogelijke procedures zijn afgerond.

Artikel 6 van verordening nr. 99/63 en het arrest Automec I

21. Artikel 6 van verordening nr. 99/63 verplicht de Commissie, wanneer zij meent dat de door haar verkregen gegevens het niet

3 — Arrest van 18 oktober 1979, zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3173, r. o. 17 en 18.

4 — Arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, r. o. 13.

5 — Arrest van 11 oktober 1983, zaak 210/81, Demo-Studio Schmidt, Jurispr. 1983, blz. 3045, r. o. 19.

6 — Arrest van 28 maart 1985, zaak 298/83, CICCE, Jurispr. 1985, blz. 1105, r. o. 18.

7 — Arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639.

rechtvaardigen aan een klacht gevolg te geven, de redenen daarvan aan de klager mee te delen en hem een termijn te geven, waarbinnen hij desgewenst schriftelijke opmerkingen kan inzenden. In het arrest Automec I was het Gerecht van oordeel, dat een brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63 (hierna: „brief ex artikel 6") niet een voor beroep vatbare beschikking is.

22. Het arrest Automec I is gekritiseerd op grond dat het de klager elke rechtsbescherming ontneemt, daar verordening nr. 99/63 de Commissie niet verplicht om, nadat zij een brief ex artikel 6 heeft verzonden, een definitieve, voor beroep vatbare beschikking te geven. [8] Deze kritiek lijkt het gevolg van een misverstand. Verordening nr. 99/63 *verplicht* de Commissie niet, een voor beroep vatbare beschikking te geven nadat zij een brief ex artikel 6 heeft verzonden, omdat de klager genoegen kan nemen met de in deze brief verschafte uitleg of gewoonweg kan besluiten, dat het de moeite niet waard is de zaak door te zetten. Het zou overbodig zijn een formele beschikking te richten aan een klager die er geen wil.

23. Dit betekent niet, dat de klager geen voor beroep vatbare beschikking kan verlangen wanneer hij er een wil, of dat de Commissie gewoon kan blijven stilzitten nadat zij de opmerkingen van de klager in antwoord op de brief ex artikel 6 heeft ontvangen. Hier komt artikel 175 EEG-Verdrag in het geding, omdat dit het enige procedurele middel vormt waarmee de klager de Commissie kan dwingen verdere maatregelen te treffen.

Artikel 175

24. Artikel 175 heeft tot uitvoerige discussies en een flink aantal misverstanden aanleiding gegeven. Een van de redenen hiervan is, dat in deze bepaling achtereenvolgens wordt gesproken van „nalaten een besluit te nemen" (eerste alinea), „nalaten een standpunt te bepalen" (tweede alinea) en „nalaten ten aanzien van een natuurlijke of rechtspersoon een andere handeling te verrichten dan het geven van een aanbeveling of een advies" (derde alinea). Verder is er voor lezers van de Engelse taalversie nog de moeilijkheid, dat hierin één en dezelfde term, „act", wordt gebruikt ter vertaling van termen die in andere taalversies verschillend zijn: „fail to *act*" (voor „nalaat een ***besluit te nemen***") in de eerste alinea en „called upon to *act*" (voor „uitgenodigd tot ***handelen***") in de eerste volzin van de tweede alinea. Ondanks deze moeilijkheden kan artikel 175 mijns inziens op volstrekt coherente wijze op de procedure in mededingingszaken worden toegepast.

25. Evenals artikel 173, is artikel 175 in de eerste plaats geredigeerd met het oog op de Lid-Staten en de instellingen. Het hun toegekende recht om beroep in te stellen, is vervolgens aangepast om particulieren een beperkte procesbevoegdheid te verlenen. De eerste alinea formuleert de prealabele materiële voorwaarde voor dit beroep: op de verwerende instelling moet een verplichting tot „het nemen van een besluit" [9] rusten en zij moet zulks hebben nagelaten. Vervolgens worden in de tweede alinea de prealabele procedurele voorwaarden voor het instellen van het beroep genoemd: de verwerende instelling moet zijn uitgenodigd tot handelen en moet hebben nagelaten binnen twee

8 — Zie de annotatie van S. O. Spinks in CMLRev (*Common Market Law Review*), nr. 28, 1991, blz. 453, inz. blz. 459-462.

9 — De authentieke Duitse en Nederlandse taalversies [„(...) einen Beschluß zu fassen (...)"/„(...) een besluit te nemen(...)"] lijken explicieter te zijn dan de Franse en Italiaanse versies, en zeker explicieter dan de Engelse versie.

maanden haar standpunt te bepalen. De derde alinea noemt de prealabele voorwaarde voor de procesbevoegdheid van particulieren: ten aanzien van de verzoeker moet een „handeling" kunnen worden verricht.

26. Het verdient aandacht, dat de strekking van artikel 175 is, te voorkomen dat onnodig beroepen worden ingesteld. Indien de kans bestaat dat een beroep wordt toegewezen, zal het versturen van de in de tweede alinea bedoelde aanmaningsbrief het gewenste resultaat opleveren, zonder dat beroep behoeft te worden ingesteld. Indien de instelling een goed verweermiddel zou kunnen hebben, zou dit uit haar „standpuntbepaling" moeten blijken.

27. Wordt artikel 175 op de onderhavige context toegepast, dan staat buiten kijf, dat degene die uit hoofde van verordening nr. 17 een klacht aan de Commissie heeft voorgelegd, recht heeft op een — gunstige of afwijzende — beschikking. Het nalaten van de Commissie zo'n beschikking te geven is een „nalaten een besluit te nemen" in de zin van de eerste alinea. Uit het arrest Metro I vloeit voort, dat ten aanzien van een klager „een andere handeling dan het geven van een aanbeveling of een advies" kan worden verricht, zodat hij op grond van de derde alinea procesbevoegdheid heeft. Op het eerste gezicht moet een klager die wordt geconfronteerd met een stilzitten van de Commissie, gebruik kunnen maken van artikel 175. De klager kan evenwel slechts beroep instellen, wanneer eveneens is voldaan aan de prealabele procedurele voorwaarden van de tweede alinea. Hier doet zich de moeilijkheid voor. Er lijken twee benaderingen mogelijk te zijn.

28. In de eerste benadering is slechts aan de procedurele vereisten van de tweede alinea voldaan, wanneer de verzoeker zich in een positie bevindt dat hij de instelling kan uitnodigen *onmiddellijk* een voor beroep vatbare beschikking te geven: in antwoord op deze uitnodiging moet de instelling hetzij die beschikking geven, hetzij uitleggen waarom zij weigert zulks te doen. Indien, voordat een beschikking kan worden gegeven, nog een tussenliggende procedure moet worden gevolgd, is de aanmaningsbrief prematuur en een daaropvolgend beroep niet-ontvankelijk.

29. Deze benadering zou op mededingingsgebied tot gevolg hebben, dat een klager om procedurele redenen geen beroep kan doen op artikel 175, omdat een klager niet van de Commissie kan eisen dat zij een bepaalde beschikking geeft en niet een andere, en in het bijzonder niet kan eisen dat zij een beschikking geeft jegens de onderneming waartegen de klacht is gericht (zie het arrest GEMA). Dezelfde redenering zou opgaan voor de onderneming waartegen de klacht is gericht, omdat zij van de Commissie evenmin een beschikking te haren gunste kan eisen. In feite zou op de voet van artikel 175 geen beroep tegen de Commissie kunnen worden ingesteld, behalve wellicht in een situatie waarin de in de verordeningen nrs. 17 en 99/63 voorgeschreven procedure in haar geheel is afgerond en geen andere handeling meer nodig is voordat een beschikking kan worden gegeven.

30. In de tweede benadering bedoelt de tweede alinea niets meer te zeggen dan wat er staat. Zij schrijft een prealabele voorwaarde van zuiver procedurele aard voor, die erop is gericht onnodige beroepen te voorkomen. Deze prealabele procedurele voorwaarde is uitgeput, zodra er een beroep wordt ingesteld, dat kan worden ontvangen. Indien niet aan deze voorwaarde is voldaan, is het beroep niet-ontvankelijk; indien er wel aan is voldaan, is het beroep ontvankelijk en is de tweede alinea niet langer relevant.

31. Volgens de tweede benadering vormt artikel 175 een algemeen rechtsmiddel waarmee een treuzelende instelling tot handelen kan worden aangespoord. Alvorens beroep in te stellen, moet de verzoeker de instelling hebben uitgenodigd „tot handelen" — actief te worden in plaats van passief te blijven [10] —, waarbij de te verrichten handeling afhankelijk is van de omstandigheden van het bijzondere geval. De instelling heeft vervolgens twee maanden de tijd om haar standpunt ten aanzien van deze uitnodiging te bepalen — dat wil zeggen om aan te geven wat zij van plan is te doen, of om haar weigering om iets te ondernemen te rechtvaardigen. De actie waartoe de instelling wordt uitgenodigd, is niet noodzakelijkerwijs dezelfde (ofschoon dit wel het geval kan zijn) als de in de eerste en derde alinea bedoelde „handeling".

32. Wordt de tweede benadering op de procedure in mededingingszaken toegepast, dan kan ervan worden uitgegaan, dat, zoals in de arresten IBM en Automec I wordt verklaard, de procedure die tot een mededingingsbeschikking leidt, een aantal voorbereidende handelingen impliceert. Deze kunnen onder meer bestaan in het verzenden van een brief ex artikel 6 aan de klager (welke brief geen einde maakt aan de zaak indien de klager de Commissie ervan kan overtuigen, dat haar redenering niet geldig is), het verzenden van een verzoek om inlichtingen of het instellen van een onderzoek uit hoofde van de artikelen 11 en 14 van verordening nr. 17, het verzenden van een mededeling van de punten van bezwaar, het organiseren van een hoorzitting, enzovoort. In bepaalde fasen moeten strikte formaliteiten in acht worden genomen. De Commissie kan geen formele, voor beroep vatbare beschikking geven zonder de procedurele etappes te doorlopen. Maar in elke fase op weg naar een beschikking kan er een stap zijn die de Commissie zou kunnen nemen, maar niet neemt.

33. De tweede benadering zou de klager — of eventueel ook de onderneming waartegen de klacht is gericht — in staat stellen de Commissie tot handelen aan te sporen. Wanneer de Commissie wordt uitgenodigd tot handelen, hangt de te verrichten handeling af van de fase waarin de zaak zich bevindt. Evenzo moeten, wanneer de Commissie haar standpunt gaat bepalen, dit standpunt en de wijze waarop het wordt bepaald, afhangen van de omstandigheden. In elke zaak zal de *juridische* vraag zijn, of het verzoek van de klager om een handeling en het antwoord van de Commissie juridisch gerechtvaardigd waren.

34. Deze benadering maakt het zowel de Commissie als het Gerecht mogelijk, elke zaak binnen haar eigen kader te behandelen, zonder dat daarbij sprake is van excessief formalisme en de particulier rechtsbescherming wordt ontzegd. Wanneer de klacht kennelijk onbelangrijk, vexatoir of juridisch ongegrond is, kan de Commissie een verzoek om een handeling beantwoorden met een korte brief, en is het niet erg waarschijnlijk, dat het Gerecht dat als een onvoldoende „standpuntbepaling" zal aanmerken. Op een serieuze klacht die wordt gestaafd door betrouwbaar bewijs van een inbreuk op de mededingingsregels, moet daarentegen een serieus, doordacht antwoord volgen. Op deze manier kan de Commissie worden gedwongen, zich naar de arresten Demo-Studio Schmidt en CICCE te voegen.

35. Tegen deze achtergrond zal ik nu ingaan op de feiten van de twee bij het Gerecht aanhangige zaken.

10 — Deze idee lijkt bijzonder duidelijk tot uitdrukking te komen in de Duitse taalversie: „Diese Klage ist nur zulässig, wenn das in Frage stehende Organ zuvor aufgefordert worden ist, *tatig zu werden.*"

De feiten van de zaak Automec

36. Verzoekster, Automec Srl, is een te Lancenigo di Villorba (Noord-Italië) gevestigde autodealer. Zij wordt geleid door haar grootste aandeelhouder, P. Mattarollo, en de andere aandeelhouders zijn leden van zijn familie. In januari 1964 verwierf een vroegere vennootschap, die ook de naam Automec droeg, een niet-exclusieve concessie voor de distributie van auto's van het merk BMW in de stad en de provincie Treviso. Eigenlijk exploiteerde Mattarollo sinds 1960 een concessie. Het onderscheid tussen Mattarollo en zijn diverse vennootschappen lijkt van geen belang te zijn voor het geschil en ik zal hierna gewoon spreken van „Automec".

37. In het kader van haar betrekkingen met BMW moest Automec in haar bedrijf enkele aanpassingen aanbrengen om te voldoen aan de contractuele eisen van BMW; in het bijzonder moest zij zorgen voor service en garantie voor de uiteindelijke koper, auto's en reserveonderdelen in voorraad hebben en gekwalificeerd personeel in dienst nemen. Volgens Automec zou BMW haar hebben overreed, 12 000 m^2 grond te kopen en een nieuwe expositieruimte en werkplaats van 4 000 m^2 te bouwen.

38. Later liet BMW Italia SpA, de dochtermaatschappij die het dealernetwerk van BMW in Italië leidde, Automec weten, dat zij de dealerovereenkomst na 31 december 1984 niet zou verlengen. Vanaf dat tijdstip heeft BMW geen auto's en reserveonderdelen meer aan Automec geleverd. Voor het Tribunale di Treviso probeerde BMW Italia zonder succes Automec een verbod te doen opleggen, nog langer het merk BMW te gebruiken.

39. Als reactie op haar uitsluiting van het netwerk van BMW stelde Automec voor het Tribunale di Milano een vordering in, ertoe strekkende dat BMW zou worden gelast, de vroegere contractuele betrekkingen te handhaven. Het Tribunale wees deze vordering af. Ter terechtzitting is meegedeeld, dat dit vonnis in hoger beroep is bevestigd en dat hiertegen cassatieberoep is ingesteld voor de Corte suprema di cassazione. Ook is meegedeeld, dat het Tribunale di Milano in eerste aanleg Automec had verboden het merk van BMW te gebruiken en dat deze zaak thans aanhangig is bij de Corte d'appello.

40. Op 25 januari 1988 diende verzoekster bij de Commissie een klacht in, waarin zij stelde, dat BMW inbreuk maakte op artikel 85. De klacht verwees uitdrukkelijk naar artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 en strekte ertoe, dat BMW Italia SpA en BMW AG (haar Duitse moedervennootschap) bij beschikking zou worden gelast, een einde te maken aan hun inbreuk op artikel 85.

41. In haar klacht stelde Automec, dat de duur en het succes — in termen van verkoop — van haar eerdere betrekkingen met BMW aantoonden, dat zij voldeed aan de objectieve vereisten van het dealernetwerk van BMW. BMW had niettemin geweigerd haar in dit netwerk op te nemen en haar auto's en reserveonderdelen te leveren. Ondanks de „dringende verzoeken" van Automec volhardde BMW bij deze weigering, die dateerde van 31 december 1984. BMW handelde derhalve in strijd met artikel 85 en moest worden gelast, de door Automec geplaatste bestellingen van auto's en reserveonderdelen uit te voeren tegen de voor andere wederverkopers geldende prijzen en voorwaarden. Ook moest BMW worden gelast, Automec toe te staan het merk

BMW te gebruiken op de wijze die in de automobielsector gebruikelijk is.

42. Tussen Automec en de Commissie vond een preliminaire gedachtenuitwisseling plaats. Een brief in het kader van deze uitwisseling vormde vervolgens het voorwerp van de zaak Automec I. Op 26 juli 1989 zond de Commissie Automec een brief ex artikel 6, in antwoord waarop Automec nadere opmerkingen maakte.

43. Vervolgens schreef het lid van de Commissie bevoegd voor de mededinging, Sir Leon Brittan, op 28 februari 1990 de brief waarbij de beschikking werd meegedeeld, waarvan Automec thans nietigverklaring voor het Gerecht vordert. [11] De brief van het lid van de Commissie vermeldt twee redenen om geen gevolg te geven aan de klacht van Automec:

„1. In de eerste plaats, en met betrekking tot het eerste in uw klacht geformuleerde verzoek [(...) dat BMW wordt gelast auto's en reserveonderdelen aan Automec te leveren en Automec toe te staan het merk BMW te gebruiken], is de Commissie van mening, dat haar uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het Verdrag geen bevoegdheid toekomt bevelen te geven, waardoor zij een producent zou kunnen verplichten in de omstandigheden van het onderhavige geval zijn produkten te leveren, zelfs wanneer zij had vastgesteld, dat het distributiesysteem van deze producent (BMW Italia) onverenigbaar is met artikel 85, lid 1. Automec heeft overigens geenszins aangetoond, dat BMW Italia een machtspositie zou innemen en dat zij hiervan, in strijd met artikel 86 EEG-Verdrag, misbruik zou hebben gemaakt: slechts op basis van dat verdragsartikel zou de Commissie BMW Italia eventueel kunnen verplichten, een overeenkomst met Automec aan te gaan.

2. Aangaande het tweede verzoek van Automec [(...) dat een einde wordt gemaakt aan de door Automec aan BMW Italia verweten inbreuk] stelt de Commissie vast, dat Automec reeds de Italiaanse rechter heeft geadieerd, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, voor haar geschil met BMW Italia betreffende de ontbinding van de dealerovereenkomst die de twee vennootschappen voorheen verbond. Volgens de Commissie staat niets eraan in de weg, dat Automec de vraag betreffende de verenigbaarheid van het huidige distributiesysteem van BMW Italia met artikel 85 aan dezelfde rechter voorlegt; de nationale rechter lijkt des te gemakkelijker te kunnen worden aangezocht, daar deze reeds uitstekend op de hoogte is van de contractuele betrekkingen die BMW Italia met haar dealers aangaat.

Opgemerkt zij overigens, dat de Italiaanse rechter niet alleen dezelfde bevoegdheid als de Commissie toekomt om artikel 85 EEG-Verdrag, en inzonderheid lid 2 ervan, op de onderhavige zaak toe te passen, maar dat hij, anders dan de Commissie, eveneens bevoegd is BMW Italia eventueel tot schadevergoeding aan Automec te veroordelen, wanneer Automec zou kunnen aantonen, dat de verkoopweigering van deze producent haar schade heeft berokkend. Artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG verleent de Commissie een discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van de ‚door haar [na onderzoek van een klacht] verkregen gegevens'. Op grond van deze bevoegdheid kan zij verschillende prioriteiten stellen bij het onderzoek van de aan haar voorgelegde zaken.

11 — De voorafgaande gebeurtenissen zijn gedetailleerd beschreven in het arrest Automec I, r. o. 8-16, Jurispr. 1990, blz. II-367, inz. blz. II-373-II-375).

Op basis van de hierboven in punt 2 van deze brief aangevoerde overwegingen, is de Commissie tot de conclusie gekomen, dat in het onderhavige geval niet sprake is van een zodanig communautair belang dat een nader onderzoek van de in het verzoek genoemde feiten gerechtvaardigd is."

44. Zoals gezegd, werd het beroep in de zaak Automec I bij arrest van 10 juli 1990 niet-ontvankelijk verklaard. Het onderhavige beroep strekt tot nietigverklaring van de bij de — zojuist aangehaalde — brief van het lid van de Commissie meegedeelde beschikking én tot schadevergoeding uit hoofde van artikel 178 EEG-Verdrag. Ik zal deze vorderingen, wat de ontvankelijkheid en de zaak ten gronde betreft, behandelen nadat ik de feiten van de zaak Asia Motor France heb uiteengezet.

De feiten van de zaak Asia Motor France

45. Om te beginnen bestaat er in deze zaak volstrekte verwarring over de identiteit van verzoekers en hun relatie tot degenen die eerder klachten bij de Commissie hebben ingediend. Verzoekers worden in het verzoekschrift aangeduid als Asia Motor France, J.-M. Cesbron, handel drijvende onder de naam JMC Automobile, Monin Automobiles en EAS. Asia Motor France en Monin Automobiles lijken Franse vennootschappen te zijn, hoewel Asia Motor France een Luxemburgs adres zou hebben. EAS is een Luxemburgse vennootschap. Asia Motor France en JMC Automobile zouden worden beheerd door een bewindvoerder. Asia Motor France, JMC Automobile en EAS maken deel uit van de „Cesbron groep", die wordt geleid door J.-M. Cesbron en zijn familie. Omtrent hun eventuele relatie met Monin Automobiles wordt niets vermeld.

46. Gelukkig was men het ter terechtzitting erover eens, dat de precieze status en identiteit van verzoekers niet relevant zijn voor de zaak.

47. De verzoekers die deel uitmaken van de Cesbron groep, importeren, verkopen en verhandelen Japanse auto's in Frankrijk. De voertuigen, hoofdzakelijk door Suzuki, Daihatsu, Isuzu en Subaru geproduceerde modellen met vierwielaandrijving, worden ingevoerd uit andere Lid-Staten, in het bijzonder België en Luxemburg, waar zij reeds in het vrije verkeer zijn gebracht. Monin Automobiles heeft zich toegelegd op de parallelinvoer van motorrijwielen van het merk Suzuki.

48. Op 18 november 1985 diende „Etablissements Cesbron" bij de Commissie een klacht in betreffende een overeenkomst tussen de Franse minister van Verkeer en de vijf grote importeurs van Japanse auto's in Frankrijk, te weten Sidat Toyota France, Richard Nissan SA, Mazda France Motors, Honda France en Mitsubishi Sonauto. Volgens de klacht was in deze overeenkomst voor de invoer van Japanse auto's een quotum van 3 % van de nationale verkopen vastgesteld. Het quotum was over de vijf importeurs verdeeld volgens een vooraf vastgestelde formule op basis van hun respectieve invoer in 1975. Als tegenprestatie voor de aanvaarding van het quotum stemde de Franse regering erin toe, geen nieuwe Japanse autofabrikanten toe te laten. Deze schriftelijke klacht eindigde met de woorden:

„Derhalve dienen verzoekers een klacht in tegen de Franse staat betreffende een inbreuk op de artikelen 30 en 85 van het Verdrag van Rome, en verzoeken zij u aan hun klacht het passende gevolg te geven."

49. Drie jaar later, op 29 november 1988, dienden de vier verzoekers bij de Commissie een nieuwe klacht in tegen de vijf grote importeurs. Deze tot DG IV gerichte brief betrof een „ongeoorloofde mededingingsregeling in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag van Rome". Volgens deze klacht had de Franse regering, als tegenprestatie voor het feit dat de vijf importeurs zich tot het quotum van 3 % hadden beperkt, een aantal discriminatoire maatregelen ingevoerd die ertoe strekten en tot gevolg hadden, dat parallelimporteurs van Japanse auto's werd belet op de Franse markt te penetreren. In de brief werden de volgende maatregelen genoemd:

1) verzoekers werden niet toegelaten, waardoor zij niet zonder tussenkomst van de overheid konden invoeren;

2) parallel ingevoerde auto's werden aan bijzondere, langere registratieprocedures onderworpen, die normaliter voor tweedehands auto's gelden;

3) de rijkswacht waren instructies gegeven om eigenaren van Japanse auto's, die na afloop van de normale termijn van twee maanden met een buitenlandse nummerplaat rijden, te vervolgen;

4) op parallel ingevoerde auto's werd een discriminatoir BTW-tarief van 28 % toegepast (dat vervolgens wordt teruggebracht tot 18,6 %);

5) de registratieprocedures werden ingewikkelder gemaakt, waardoor het voor kopers moeilijk werd hun auto te verzekeren en door te verkopen.

Aan het eind van de brief werd de Commissie verzocht, dit kartel snel te ontmantelen en uit hoofde van artikel 85, lid 1, sancties op te leggen.

50. In een reeks brieven, gedateerd 12 en 25 april, 25 mei en 22 juni 1989, verstrekten verzoekers verder bewijsmateriaal betreffende het gestelde kartel en drongen zij er bij de Commissie op aan, hun klacht te onderzoeken.

51. Op 9 juni 1989 verzocht de Commissie de vijf grote Franse importeurs om inlichtingen over de overeenkomst. Op 20 juli 1989 gaf het Franse Ministerie van Industrie en Ruimtelijke ordening de vijf ondernemingen de instructie, niet te antwoorden op het verzoek van de Commissie, op grond dat dit „het beleid van de Franse overheid met betrekking tot de invoer van Japanse auto's" raakte.

52. In de loop van augustus 1989 verzocht de Commissie de Franse regering om inlichtingen over de overeenkomst. Indien de Commissie al een antwoord op deze brief ontving, werd dit niet aan verzoekers meegedeeld.

53. Op 25 augustus 1989 deden verzoekers DG IV opnieuw een brief toekomen met verdere inlichtingen, onder meer over de jaarlijkse percentsgewijze verdeling van de „koek" van 3 % tussen de vijf grote importeurs, en bewijsmateriaal dat de markten zowel regionaal als nationaal waren verdeeld. In de brief heet het tot besluit:

„Het feit dat de Commissie tot op heden geen enkele onderzoeksmaatregel heeft getroffen, vormt een des te ernstiger *nalaten*, daar het de handhaving van een mededingingsbeperkende situatie, die funest zou kunnen zijn voor de klagende ondernemingen, aanmoedigt en het de leden van het kartel, die het dossier kennen, in staat stelt schoonmaak te houden en het bewijsmateriaal te vernietigen.

(...)

Derhalve dringen wij er bij de Commissie op aan, dat zij, zonder het antwoord van de diverse belanghebbende partijen af te wachten, mededeling doet van de punten van bezwaar die onomstotelijk zijn vastgesteld, dat zij hoe dan ook het door haar nuttig geachte aanvullend bewijsmateriaal verzamelt door in de kantoren van de ondernemingen en van hun handelsorganisatie onderzoek te verrichten, en dat zij voorlopige maatregelen neemt om de mededinging onmiddellijk te herstellen."

54. Op 3 oktober 1989 beantwoordde de Commissie deze brief als volgt:

„Wat uw reacties op het verloop van het onderzoek betreft, ik kan begrip opbrengen voor het ongeduld van uw cliënten aangaande de verschillende stadia van het thans gevoerde voorbereidend onderzoek waarin, zoals u weet, ook de belangen van de verwerende partij in aanmerking moeten worden genomen."

De Commissie voegde als bijlage bij deze brief de brieven die zij in antwoord op haar verzoek om inlichtingen (zie hierboven punt 51) van de grote importeurs had ontvangen. Verder deelde de Commissie verzoekers mee, dat zij de Franse regering uitnodigde haar opmerkingen kenbaar te maken. In een brief aan verzoekers van 16 oktober 1989 zette de Commissie uiteen, dat de brief aan de Franse regering was bedoeld om de Commissie in staat te stellen „te achterhalen, of het gedrag van de aangeklaagde ondernemingen inderdaad tot stand was gekomen op verzoek van de Franse overheid".

55. Bij brief van 25 mei 1989 stelden verzoekers de Commissie in kennis van twee uitspraken van de Cour d'appel d'Aix-en-Provence in zaken die aanhangig waren gemaakt door kopers van parallel ingevoerde auto's die hun voertuig niet hadden kunnen laten registreren als gevolg van de door de Franse regering opgeworpen obstakels. In beide gevallen had de Cour de behandeling van de zaak geschorst totdat de Commissie een beschikking zou hebben gegeven. In de brief heette het tot besluit:

„Het behoeft geen betoog, dat de Commissie dringend een beschikking moet geven om de Franse rechterlijke instanties in staat te stellen, een geschil te deblokkeren dat door toedoen van de organisatoren van de gewraakte praktijken voortduurt en dat door de opgelopen vertraging vrolijk voortkabbelt."

56. Op 5 juli 1989 laakte het Tribunal de commerce d'Angers in een door de procureur de la République tegen twee van de verzoekers aanhangig gemaakte zaak de Franse Staat wegens zijn deelneming aan de overeenkomst, maar weigerde het definitief uitspraak te doen voordat de Commissie haar beschikking had gegeven.

57. Op 21 november 1989 deden verzoekers de Commissie opnieuw een brief toekomen waarin zij hun beklag deden over de discri-

minatoire obstakels die de Franse regering hun in de weg had gesteld en waarin zij beklemtoonden, dat de overeenkomst algemeen bekend was. De brief eindigde als volgt:

„Aangezien de eerste klacht dateert van december 1985, hebben de klagende ondernemingen gegronde redenen de Commissie te verzoeken een einde te maken aan de inbreuken op het Verdrag, en inzonderheid op de artikelen 5, tweede alinea, 30 en 85.

(...)

De onderhavige aanmaningsbrief wordt toegestuurd krachtens de artikelen 3, sub c en f, en 175 EEG-Verdrag.

(...)

De Commissie kan het mededingingsbeperkende beleid van een Lid-Staat in de zin van artikel 30, in de vorm van een met artikel 85 strijdige mededingingsregeling tussen ondernemingen, niet blijven dekken, waardoor vergoeding van de door de ondernemingen geleden schade wordt uitgesteld en de schade blijft toenemen."

58. Vier maanden later, op 20 maart 1990, toen verzoekers nog geen antwoord van de Commissie hadden ontvangen, stelden zij het onderhavige beroep in voor het Hof van Justitie. Verzoekers concluderen dat het den Hove behage:

— krachtens artikel 175 EEG-Verdrag vast te stellen, dat de Commissie heeft nagelaten ten aanzien van de klagers een beschikking te geven, ofschoon deze laatsten haar vooraf en tijdig daarom hadden verzocht;

— de Europese Economische Gemeenschap krachtens de artikelen 178 en 215 EEG-Verdrag te veroordelen tot vergoeding aan de klagers van de door haar instellingen veroorzaakte schade.

In het verzoekschrift worden de door elk van de verzoekers gevorderde bedragen in ECU vermeld, maar wordt niet gespecificeerd hoe deze bedragen zijn berekend. Ingesloten bij een brief van 12 april 1990, geschreven in antwoord op een brief van de griffier van het Hof waarin deze verzoekt om leesbare exemplaren van de als bijlagen bij het verzoekschrift gevoegde documenten, legden verzoekers een nieuwe, acht pagina's tellende „toelichting op de berekening van de schade" over, waarin de schade wordt berekend in Franse francs.

59. Het beroep werd ingesteld bij het Hof van Justitie, omdat het gedeeltelijk was gebaseerd op het beweerde nalaten van de Commissie om op de voet van artikel 30 tegen Frankrijk op te treden. Het beroep werd op dit punt niet-ontvankelijk verklaard en, voor zover het was gebaseerd op de verdragsbepalingen inzake mededinging, bij beschikking van het Hof van 23 mei 1990 verwezen naar het Gerecht van eerste aanleg. Dit betekent, dat het Gerecht niet kan nagaan, of de Franse regering rechtmatig heeft gehandeld door een invoerquotum voor Japanse auto's vast te stellen, door dit quotum toe te wijzen aan vijf Franse ondernemingen die het onderling moesten verdelen, en (indien dat het geval is geweest) door maatregelen te nemen om de parallelinvoer van Japanse auto's uit andere Lid-Staten te verhinderen, of althans te bemoeilijken.

60. In de tussentijd, op 8 mei 1990, vlak voordat het Hof zijn beschikking gaf, had de directeur-generaal van DG IV een brief aan Asia Motor France geschreven. In de brief van de directeur-generaal wordt uitdrukkelijk verwezen naar artikel 6 van verordening nr. 99/63, naar een brief van 3 april 1990 van J.-M. Cesbron aan Sir Leon Brittan, waarin deze in kennis werd gesteld van het krachtens artikel 175 ingestelde beroep, naar de „klacht" van 18 november 1985 uit hoofde van artikel 30 en naar de „klacht" van 29 november 1988 uit hoofde van artikel 85 en artikel 30. In de brief werden twee redenen aangevoerd, waarom de Commissie niet voornemens was gevolg te geven aan de klachten, en verzocht zij om binnen twee maanden opmerkingen kenbaar te maken.

61. Als redenen om geen gevolg te geven aan de klacht, werden de volgende opgegeven:

„In de eerste plaats heeft onderzoek door de diensten van DG IV met het oog op een eventuele toepassing van artikel 85 uitgewezen, dat de vijf importeurs wier gedragingen worden gegispt, gezien de stelselmatige vermindering van Japanse importen in Frankrijk, over geen enkele handelingsvrijheid ter zake beschikken.

In de tweede plaats moet een eventuele toepassing van artikel 30 in casu wegens het ontbreken van een openbaar belang van de Gemeenschap worden uitgesloten, gezien de thans gevoerde onderhandelingen in het kader van de vaststelling van een gemeenschappelijke handelspolitiek inzake auto's, met name ten opzichte van Japan."

62. In antwoord op de brief van de directeur-generaal deden verzoekers op 29 juni 1990 hun opmerkingen toekomen.

63. Op 3 augustus 1990 wierp de Commissie een exceptie van niet-ontvankelijkheid op, op grond dat a) verzoekers' brief van 21 november 1989 om diverse redenen geen rechtsgeldige aanmaningsbrief uit hoofde van artikel 175, tweede alinea, was; b) de brief van de directeur-generaal van 8 mei 1990 een „standpuntbepaling" was die een einde maakte aan het nalaten, en c) wat de vordering tot schadevergoeding uit hoofde van artikel 178 betreft, de memories voor een dergelijk beroep niet aan de minimumeisen inzake specificatie voldeden.

64. Op 26 september 1990 dienden verzoekers hun opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid in. Zij bestreden de argumenten van de Commissie en verzochten subsidiair, hun beroep te beschouwen als een beroep tot nietigverklaring van de brief ex artikel 6 van 8 mei 1990.

65. Op 7 november 1990 voegde het Gerecht de exceptie met de hoofdzaak. Op 21 januari 1991 diende de Commissie een zeer beknopt verweerschrift in, waarin in wezen werd herhaald, wat reeds in haar exceptie van niet-ontvankelijkheid was aangevoerd. Verzoekers dienden geen conclusie van repliek in, waarop de schriftelijke procedure werd gesloten. De mondelinge behandeling vond plaats op 23 oktober 1991.

66. Op 5 december 1991 schreef Sir Leon Brittan een brief aan de advocaten van verzoekers, waarin hij de kwesties die in de brief van de directeur-generaal van 8 mei 1990 ter sprake waren gebracht, iets meer gedetailleerd nog eens besprak. Tot besluit deelde hij mee, dat de Commissie had besloten de klachten af te wijzen. Op 4 februari 1992 stelden verzoekers bij het Hof van Jus-

titie beroep tot nietigverklaring van de aldus meegedeelde beschikking in (zaak C-29/92).

67. In de tussentijd had de Commissie bij brief de dato 31 januari 1992 het Gerecht verzocht, te verklaren dat op het beroep in de onderhavige zaak niet behoefde te worden beslist, behalve ten aanzien van de kosten, aangezien het beroep zonder voorwerp was geraakt.

68. Ik zal thans de ontvankelijkheid van de twee beroepen onderzoeken.

Ontvankelijkheid van Automec's beroep uit hoofde van artikel 173

69. De Commissie erkent, dat de bij brief van het lid van de Commissie van 28 februari 1990 aan Automec meegedeelde beschikking een definitieve, voor beroep vatbare beschikking is. Voor zover het beroep van Automec is gebaseerd op artikel 173 EEG-Verdrag, stelt de Commissie geen vraag betreffende de ontvankelijkheid aan de orde, en is er geen punt dat het Gerecht ambtshalve in behandeling moet nemen.

Ontvankelijkheid van de beide beroepen uit hoofde van artikel 178

70. Automec en Asia Motor France vorderen schadevergoeding uit hoofde van artikel 178. Het verzoekschrift in de zaak Automec I, waarin een paragraaf de schadevordering staafde, was als bijlage bij het verzoekschrift van Automec in de onderhavige zaak gevoegd, maar in dit laatste verzoekschrift wordt deze vordering in het geheel niet gestaafd. De conclusie van repliek van Automec bevat twee korte paragrafen tot staving van de vordering. De Commissie heeft geen formele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, maar stelt in haar dupliek deze kwestie aan de orde als een punt dat het Gerecht ambtshalve in behandeling zou kunnen nemen.

71. De memories in de zaak Asia Motor France bevatten weinig meer dan die in de zaak Automec. Er worden specifieke sommen geld gevorderd, kennelijk (maar niet duidelijk) op basis van een naderhand overgelegde berekening (zie punt 58 hierboven). Maar een gedetailleerd betoog over de aard van de fout die aansprakelijkheid meebrengt, of het oorzakelijk verband tussen de fout en de gestelde schade ontbreekt. Verzoekers stellen slechts, dat het stilzitten van de Commissie, dat ten grondslag ligt aan het beroep uit hoofde van artikel 175, een „laakbare inertie" vormde. Zoals gezegd (punt 63 hierboven), heeft de Commissie specifiek gesteld dat deze vordering niet-ontvankelijk is.

72. In de zaak Automec I werd de schadevordering niet-ontvankelijk verklaard op grond dat verzoeker geen gegevens had verstrekt over de gedraging die aanleiding zou geven tot de vordering, de schade die zou zijn geleden en het oorzakelijk verband tussen die gedraging en de schade. [12] Voor de zaak Automec II geldt precies hetzelfde, en ik geef het Gerecht in overweging, de vordering van Automec uit hoofde van artikel 178 niet-ontvankelijk te verklaren.

73. De in de zaak Automec I gevolgde redenering gaat ook op voor de vordering in de zaak Asia Motor France, aangezien het enige

12 — Jurispr. 1990, blz. II-367, r. o. 72-77.

verschil van betekenis tussen beide zaken is gelegen in het feit, dat de vordering in de tweede zaak wordt onderbouwd met een naderhand overgelegd document waarin een andere munteenheid is gehanteerd. Ik geef derhalve in overweging, deze vordering eveneens niet-ontvankelijk te verklaren.

74. Het ware wenselijk dat, met het oog op de toekomstige behandeling van aan het Gerecht voorgelegde zaken, duidelijk wordt gemaakt, dat verzoekers een beroep tot nietigverklaring niet eenvoudigweg kunnen laten volgen door een niet nader gepreciseerde schadevordering. Het Gerecht moet in staat zijn elke hem voorgelegde zaak te behandelen op basis van een reeks van op zich zelf staande memories. Artikel 178 stelt ingewikkelde juridische vraagstukken aan de orde en verlangt, dat de memories even precies en specifiek zijn als in elke andere vorm van beroep bij het Gerecht.

De mogelijkheid voor Asia Motor France om haar beroep wegens nalaten krachtens artikel 175 te wijzigen in een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173

75. Verzoekers in de zaak Asia Motor France vorderen subsidiair, dat hun beroep wordt beschouwd als een beroep tot nietigverklaring van de brief ex artikel 6, die op 8 mei 1990 aan hen is verzonden. Een beroep tot nietigverklaring van een brief ex artikel 6 zou hoe dan ook niet-ontvankelijk zijn — zoals blijkt uit het arrest Automec I —, maar er is ook een principiële reden waarom, ten minste op het gebied van de mededinging, een beroep wegens nalaten niet kan worden gewijzigd in een beroep tot nietigverklaring.

76. Om redenen van proceseconomie kan gemakkelijk worden betoogd, dat een beroep wegens nalaten moet kunnen worden gewijzigd in een beroep tot nietigverklaring van een latere handeling die een einde maakt aan het nalaten. Een beroep uit hoofde van artikel 175 heeft tot doel een instelling tot handelen te dwingen. Als de instelling daarna handelt, maar op een wijze waartegen de verzoeker op grond van artikel 173 wil opkomen, waarom zou dan het reeds ingestelde beroep moeten worden ingetrokken en een nieuw beroep tot nietigverklaring moeten worden ingesteld, waarbij dezelfde argumenten worden herhaald en maanden van kostbare tijd verloren gaan, om nog maar te zwijgen van de kosten die dit voor partijen en het Gerecht zou meebrengen? In mijn eigen land hebben de rechterlijke instanties ruime bevoegdheden om, wanneer een van de partijen een nieuwe positie inneemt, de andere partij toe te staan haar memories te wijzigen om zich op de werkelijk in geding zijnde kwesties te concentreren. Maar daar is de context anders.

77. Zowel het Hof van Justitie als het Gerecht is een rechterlijke instantie met een beperkte jurisdictie op beperkte terreinen. Het Hof en het Gerecht kunnen niet altijd doen wat het meest rechtvaardig, wenselijk of economisch lijkt, omdat zij zijn gebonden aan het Verdrag, het Statuut van het Hof en het Reglement voor de procesvoering. Zo bezitten zij bij voorbeeld geen discretionaire bevoegdheid om in het Verdrag gestelde termijnen te verlengen.

78. Artikel 19, eerste alinea, van het Statuut-EEG bepaalt in algemene termen en artikel 44, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht (artikel 38 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof) bepaalt meer gedetailleerd, wat het inleidend verzoekschrift moet bevatten. Het moet in het bijzonder inhouden het onderwerp van het geschil, de conclusie(s), de aan-

gevoerde middelen rechtens en de voornaamste argumenten waarop deze steunen. Deze details moeten worden gepubliceerd in het Publikatieblad (artikel 24, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht; artikel 16, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof). De reden hiervan ligt mijns inziens voor de hand.

79. Krachtens artikel 37 van het Statuut hebben Lid-Staten, gemeenschapsinstellingen en (wanneer zij aannemelijk kunnen maken een belang te hebben) andere personen het recht zich te voegen in een voor het Hof aanhangig rechtsgeding. Artikel 20 van het Statuut-EEG bepaalt, dat de griffier van het Hof van verwijzingen krachtens artikel 177 EEG-Verdrag kennis geeft aan de partijen, de Lid-Staten, de Commissie en, in bepaalde omstandigheden, de Raad. Bij rechtstreekse beroepen bestaat er niet een overeenkomstige verplichting, de Lid-Staten en de instellingen (anders dan de verwerende instelling) rechtstreeks in kennis te stellen, om maar niet te spreken van andere potentieel belanghebbende partijen. Zij moeten (tenzij zij langs andere wegen toegang tot de memories hebben) op basis van de mededeling in het Publikatieblad beslissen of zij zich al dan niet voegen. In de hoedanigheid van interveniënt kunnen zij slechts de conclusies van een der partijen ondersteunen (artikel 37, derde alinea, Statuut-EEG).

80. Het aantal interventies moet niet onnodig worden vergroot. Potentiële interveniënten moeten voor hun beslissing om al dan niet te interveniëren, veilig kunnen afgaan op de mededeling in het Publikatieblad. Indien zij dat niet kunnen, zullen zij worden aangemoedigd om zekerheidshalve te interveniëren. Dat is een goede reden waarom in het gemeenschapsstelsel de omvang van het rechtstreekse beroep in beginsel aan het begin wordt vastgesteld, en waarom het recht van partijen om in de loop van het geding nieuwe middelen rechtens voor te dragen, strikt is beperkt (artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht; artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof).

81. Terwijl er in ambtenarenzaken, waar de aard van de jurisdictie van het Gerecht een andere is, ruimte kan zijn voor enige flexibiliteit, laten de feiten in de zaak Asia Motor France zien, dat meer dan een Lid-Staat en een aanzienlijk aantal particuliere ondernemingen belang kunnen hebben bij de uitkomst van een mededingingszaak. Zij kunnen er genoegen mee nemen, het verweer tegen een beroep wegens nalaten over te laten aan de Commissie, maar ik kan mij niet voorstellen, dat zij er evenzeer genoegen mee zouden nemen om langs de zijlijn te blijven staan, wanneer het gaat om een beroep tot nietigverklaring van een expliciete beschikking van de Commissie om niet te handelen.

82. Ik geef het Gerecht derhalve in overweging, de omvang van de onderhavige zaak te beperken tot het beroep wegens nalaten, zoals dat oorspronkelijk is ingesteld.

Ontvankelijkheid en het voortbestaan van het voorwerp van het beroep uit hoofde van artikel 175 van Asia Motor France

83. Volgens de Commissie is het beroep uit hoofde van artikel 175 van Asia Motor France in wezen om drie redenen niet-ontvankelijk: in de eerste plaats is de brief van 21 november 1989 geen geldige aanmaningsbrief; in de tweede plaats was er geen „handeling" die de Commissie moest vaststellen en was er derhalve geen sprake van nalaten; in de derde plaats was in elk geval de brief van de directeur-generaal van 8 mei 1990 een „standpuntbepaling" die een einde maakte aan het nalaten, waardoor het beroep

zonder voorwerp is geraakt. Zoals gezegd, de Commissie verklaart thans dat er, gelet op de brief van het lid van de Commissie van 5 december 1991, niet meer behoeft te worden beslist op het beroep, behalve ten aanzien van de kosten.

84. Het middel dat de brief van 21 november 1989 geen geldige aanmaningsbrief was, steunt op twee argumenten. In de eerste plaats zou de brief niet aangeven op welke rechtsgrondslag de Commissie dient te handelen, omdat er enkel in wordt verwezen naar de artikelen 3 en 175 van het Verdrag. In de tweede plaats zou de brief niet aangeven, welke maatregel verzoekers de Commissie wilden zien nemen.

85. Mijns inziens zijn beide argumenten ongegrond. Toen de directeur-generaal Concurrentie zijn brief van 8 mei 1990 schreef, leek hij probleemloos de brief van 21 november 1989 als een aanmaningsbrief aan te merken. Evenmin leek hij in twijfel te verkeren omtrent de maatregelen die verzoekers van de Commissie verwachtten. In feite citeert de Commissie in haar eigen exceptie van niet-ontvankelijkheid, nadat zij twee pagina's lang de regelmatigheid van de aanmaningsbrief heeft gekritiseerd, onder een ander kopje de passage van de brief van verzoekers (aangehaald in punt 57 hiervoor), waarin specifiek wordt verwezen naar de artikelen 5, 30 en 85 EEG-Verdrag. Vervolgens verklaart de Commissie:

„Niet in geschil is, dat de Commissie een onderzoek heeft ingeleid op het moment waarop zij die aanmaningsbrief ontving en dat dat onderzoek nog niet is afgerond."

Dat de Commissie onmiddellijk na ontvangst van de brief van 21 november 1989 die maatregel trof, is moeilijk te rijmen met het feit, dat zij in twijfel zou verkeren omtrent de bedoeling van de brief.

86. Het gaat er niet om, of verzoekers in hun recht waren dan wel of hun klacht gerechtvaardigd was, maar of de brief van 21 november 1989 een geldige aanmaningsbrief was. Volgens mij was dat het geval.

87. Het tweede middel van de Commissie komt erop neer dat, aangezien de Commissie nimmer kan worden verplicht een beschikking te geven jegens de onderneming(en) waartegen de klacht is gericht, een beroep uit hoofde van artikel 175 voor een klager niet openstaat. Dit is een radicale versie van de eerste benadering van de uitlegging van artikel 175, die ik reeds hiervoor heb besproken. Indien deze versie zou worden aanvaard, zou artikel 175 in feite in mededingingszaken tot een dode letter worden.

88. Om de hierboven in de punten 30 tot en met 34 uiteengezette tekstuele en praktische redenen geef ik de voorkeur aan de tweede benadering. Ik geef het Gerecht dan ook in overweging, dit middel eveneens af te wijzen.

89. Indien het Gerecht hiermee instemt, was het beroep ontvankelijk op het tijdstip waarop het werd ingesteld, omdat verzoekers de Commissie naar behoren hadden uitgenodigd tot handelen en de Commissie, voor zover hun bekend, niets had ondernomen. Als de Commissie na ontvangst van de aanmaningsbrief al een onderzoek instelde, zijn verzoekers hiervan niet in kennis gesteld, zoals wel had moeten gebeuren.

90. Het derde middel van de Commissie is mijns inziens substantiëler. Gesteld dat een beroep uit hoofde van artikel 175 ontvankelijk is op het tijdstip waarop het wordt ingesteld, dan is de vraag of het zonder voorwerp raakt wanneer de verwerende instelling naderhand haar standpunt bepaalt, bij voorbeeld door een brief ex artikel 6 te versturen. Gelijk het Hof heeft overwogen, vormt een brief ex artikel 6 een „standpuntbepaling" in de zin van artikel 175, tweede alinea. [13]

91. Ook hier lijken twee opvattingen mogelijk te zijn. Volgens de eerste raakt een beroep uit hoofde van artikel 175 slechts zonder voorwerp, wanneer aan het „nalaten een besluit te nemen" (in de zin van artikel 175, eerste alinea) een einde is gemaakt. Deze benadering kan steun vinden in het dictum van het Hof van Justitie in het „comitologie"-arrest, volgens hetwelk

„tegen een weigering tot handelen, hoe uitdrukkelijk die weigering ook moge zijn, (...) op grond van artikel 175 [kan] worden opgekomen voor het Hof, aangezien die weigering geen einde maakt aan het nalaten". [14]

Volgens de tweede opvatting heeft een beroep uit hoofde van artikel 175 tot doel een treuzelende instelling tot handelen aan te sporen en raakt het zonder voorwerp wanneer de verwerende instelling „haar standpunt bepaalt" (in de zin van artikel 175, tweede alinea).

92. Welke opvatting ook wordt gevolgd, de ontvankelijkheid is niet het probleem. De ontvankelijkheid van een beroep moet worden beoordeeld naar het moment waarop het wordt ingesteld, en niet onder verwijzing naar een of andere latere gebeurtenis. De vraag waarom het gaat, is of het beroep zonder voorwerp is geraakt, zodat het Gerecht niet op het beroep behoeft te beslissen.

93. Mijns inziens is dit beroep thans daadwerkelijk zonder voorwerp geraakt, aangezien de Commissie verzoekers' klacht definitief heeft afgewezen en zij een beroep tot nietigverklaring van die beschikking hebben ingesteld. De zojuist behandelde kwestie blijft evenwel van belang voor de kosten, omdat ongetwijfeld aanzienlijke kosten zijn gemaakt sinds de directeur-generaal Concurrentie zijn brief ex artikel 6 van 8 mei 1990 heeft verzonden.

94. Ik heb geopperd, dat er twee opvattingen mogelijk zijn. Wanneer eenmaal een ontvankelijk beroep uit hoofde van artikel 175 bij het Gerecht is ingesteld, zal dit volgens de eerste opvatting slechts zonder voorwerp raken, wanneer de verwerende instelling een formele „handeling" heeft vastgesteld. Aangezien een brief ex artikel 6 geen formele handeling is (zie het arrest Automec I), behield het onderhavige beroep zijn voorwerp tot aan het moment waarop de Commissie haar definitieve beschikking tot afwijzing van verzoekers' klacht gaf. Toen de brief ex artikel 6 op 8 mei 1990 werd verstuurd, had de behandeling van het beroep eigenlijk moeten worden geschorst totdat de uitslag van de procedure ex artikel 6 bekend was.

95. Deze oplossing zou als voordeel hebben, 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.

13 — Zie het arrest GEMA, r. o. 21 (reeds aangehaald in voetnoot 3).

14 — Arrest van 27 september 1988, zaak 302/87, Parlement/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5615, r. o. 17.

96. De tweede opvatting komt mij in theoretisch opzicht minder aantrekkelijk voor, 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.

97. Ik zal de keuze tussen deze twee opvattingen aan anderen overlaten, omdat mijns inziens deze keuze niet behoeft te worden gemaakt om in casu over de kosten te beslissen. Het heeft iets meer dan zes jaar geduurd sinds de datum van de eerste klacht (waarin artikel 85 specifiek werd genoemd) en iets meer dan drie jaar sinds de datum van de tweede klacht, voordat de Commissie ten aanzien van verzoekers de beschikking gaf waarop zij, naar niemand betwist, recht hadden. Ik zal mij niet uitlaten over de inhoud van deze beschikking, die het voorwerp vormt van het nieuwe beroep tot nietigverklaring. Maar zij voegt niets substantieels toe aan de inhoud van de brief ex artikel 6 die de directeur-generaal negentien maanden eerder heeft geschreven.

98. Indien de in mei 1990 gegeven en in december 1991 herhaalde redenen volstonden om de klacht af te doen, dan hadden zij jaren eerder kunnen worden gegeven en had het onderhavige beroep kunnen worden vermeden. Gelet op de voorgeschiedenis van de zaak, is het niet waarschijnlijk dat verzoekers zelfs nu een beschikking van de Commissie zouden hebben gekregen, indien zij niet het onderhavige beroep hadden ingesteld en doorgezet. Krachtens artikel 87, lid 6, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Gerecht vrijelijk over de kosten. De gerechtigheid verlangt mijns inziens dat de Commissie wordt verwezen in de kosten van een beroep dat, ook al is het thans zonder voorwerp geraakt, op zijn minst ten dele zijn doel heeft bereikt doordat het een voor beroep vatbare beschikking heeft opgeleverd.

99. Mitsdien geef ik het Gerecht in overweging, te verklaren dat op het beroep in de zaak Asia Motor France niet behoeft te worden beslist, behalve ten aanzien van de kosten, en de Commissie te verwijzen in de door verzoekers gemaakte kosten.

100. Een advocaat-generaal zal zich in de regel uitspreken over de zaak ten gronde, zelfs wanneer hij heeft geconcludeerd, dat de zaak op andere gronden moet worden afgedaan. In de onderhavige zaak vormt de kwestie ten gronde het voorwerp van een ander beroep, dat zich daartoe beter leent. Ik zal derhalve de zaak Asia Motor France verder laten rusten.

De zaak Automec ten gronde

101. In de brief van het lid van de Commissie van 28 februari 1990 aan Automec (aangehaald in punt 43 hierboven) worden twee redenen gegeven om de klacht van Automec af te wijzen: in de eerste plaats komt de Commissie uit hoofde van artikel 85 niet de bevoegdheid toe om BMW uitdrukkelijk te gelasten, de leveringen aan Automec te hervatten; in de tweede plaats kan Automec's klacht beter voor de Italiaanse rechter worden behandeld. Met betrekking tot de tweede reden wordt in de brief verwezen naar de bevoegdheid van de Commissie om verschillende prioriteiten te stellen bij het onderzoek van beweerde inbreuken en naar het ontbreken van een zodanig communautair belang dat een nader onderzoek van de klacht van Automec gerechtvaardigd is.

102. Aangezien het Gerecht zich interesseert voor de redenen die zijn gegeven en niet voor de redenen die zouden kunnen zijn gegeven, kunnen twee hier aangevoerde argumenten worden afgedaan. Volgens het eerste, aarzelend en met tussenpozen voorgedragen argument beschikt de Commissie bij de behandeling van klachten op het gebied van de mededinging over een volstrekte discretionaire bevoegdheid die niet aan rechterlijk toezicht is onderworpen. De arresten Demo-Studio Schmidt en CICCE (aangehaald in de punten 16 en 17 hierboven) volstaan om dit argument af te doen.

103. Volgens het tweede argument beschikt de Commissie, wat de situatie in het verleden ook moge zijn geweest, niet meer over de middelen, met inbegrip van het personeel in DG IV, om naar elke klacht op het gebied van de mededinging een onderzoek in te stellen. Naar verluidt zou DG IV thans beschikken over 28 A-posten in directoraat A dat zich bezighoudt met algemene vraagstukken, 90 posten (waarvan 4 tot 5 % vacant) in de sectorale directoraten B, C en D, 44 posten in directoraat E dat zich bezighoudt met staatssteun, en 28 posten in de task-force „fusies". Het personeelstekort in DG IV is reeds enkele jaren geleden gekritiseerd [15], hoewel de Commissie tot voor kort nog een informatiebrochure voor het bedrijfsleven uitgaf, waarin viel te lezen:

„Wanneer door een partij met een redelijk belang bij de zaak een klacht wordt ingediend, zal de Commissie onderzoeken of er inderdaad een schending van de mededingingsregels plaatsvindt. Indien de klacht gegrond blijkt te zijn, kan de Commissie de nodige maatregelen nemen om aan de inbreuk een einde te maken." [16]

104. Het staat niet aan het Gerecht, uit te maken of de Commissie thans met een personeelstekort kampt. Een tekort aan personeel, zelfs al wordt dit veroorzaakt door budgettaire beperkingen waarvoor de Commissie geen verantwoordelijkheid draagt, kan de weigering om aan een juridische verplichting te voldoen, niet rechtvaardigen. Het kan anderzijds wel rechtvaardigen, dat prioriteiten worden gesteld, daar nakoming van de verplichting in sommige gevallen klemmender kan zijn dan in andere gevallen. Dat heeft de Commissie naar eigen zeggen gedaan in haar Zeventiende verslag over het mededingingsbeleid (1988), hoewel de aldaar (in punt 9) genoemde criteria op zijn zachtst gezegd in telegramstijl zijn geredigeerd.

105. Een stelsel van volledig en duidelijk afgebakende prioriteiten zou op zichzelf niet rechtvaardigen, dat een klacht waarin een begin van bewijs van schending van de mededingingsregels wordt geleverd, wordt afgewezen. Dat blijkt duidelijk uit de arresten Demo-Studio Schmidt en CICCE. Evenmin kan het handelen van de Commissie mijns inziens aan rechterlijk toezicht worden onttrokken met een beroep op een vaag begrip als „communautair belang", dat door de Commissie zelf geval voor geval wordt gedefinieerd. Maar de Commissie is in de onderhavige zaak nog verder gegaan.

106. Ook al wordt in de brief van het lid van de Commissie aan Automec verwezen naar de prioriteiten van de Commissie en het ontbreken van een toereikend „communautair

15 — Zie bij voorbeeld het verslag van de House of Lords Select Committee on the European Communities, *European Union, 14th Report of Session 1984/1985*, blz. xxi, paragraaf 51, en de verklaringen van Ehlermann en Glaesner, blz. 106, QQ. 165-166.

16 — *Mededingingsregels van de Europese Gemeenschap — Gids voor het midden- en kleinbedrijf*, november 1983, blz. 46, opnieuw uitgegeven onder de titel *Het concurrentiebeleid in de interne markt*, maart 1989, blz. 55.

belang", de redenen voor de afwijzing van de klacht zouden zonder die verwijzingen materieel dezelfde zijn. De aangevoerde materiële redenen zijn, zoals gezegd, dat de Commissie niet bevoegd is uitdrukkelijke bevelen te geven en dat verzoekers voor de Italiaanse rechter hun recht kunnen halen.

107. Het argument inzake het ontbreken van de bevoegdheid om bevelen te geven, komt mij niet overtuigend voor. In feite zegt de Commissie tegen Automec: „U verzoekt ons BMW te gelasten haar leveringen te hervatten; wij kunnen een dergelijk bevel echter niet geven; daarom wordt uw klacht afgewezen." Maar de vraag voor de Commissie is niet, of zij bevoegd is het verlangde bevel te geven. De eerste vraag die moet worden onderzocht, is of, zoals het Hof heeft overwogen in het arrest CICCE, de verdragsregels inzake mededinging zijn geschonden. Slechts indien de Commissie van oordeel is, dat de mededingingsregels zijn geschonden, rijst de vraag, welk bevel moet worden gegeven. Indien de Commissie, na een inbreuk te hebben vastgesteld, niet het door de klager verlangde bevel kan geven, kan zij stellig bevelen dat een einde aan de inbreuk wordt gemaakt en kan zij geldboetes en periodieke dwangsommen opleggen om dat bevel ten uitvoer te leggen. Zo een bevel kan hetzelfde praktische effect hebben als een uitdrukkelijk bevel.

108. Ik ben derhalve van mening, dat de eerste reden voor de afwijzing van de klacht van Automec ongegrond is en dat niet behoeft te worden nagegaan, of de Commissie uit hoofde van artikel 85 bevoegd is een uitdrukkelijk bevel te geven.

109. Wat de tweede reden voor de afwijzing betreft, de Commissie heeft in de onderhavige zaak en elders uitvoerig gesproken over de mogelijkheid om voor de nationale rechter recht te halen. Men mag evenwel niet uit het oog verliezen, ook al spreekt dit vanzelf, dat de nationale rechter een *nationale* rechter is. Het Verdrag verleent hem geen supranationale jurisdictie.

110. Indien het slachtoffer van mededingingsbeperkende gedragingen gebruik moet maken van nationale rechtsmiddelen, moet het allereerst een bevoegde rechter vinden die ook bereid is zich met betrekking tot de betrokken gedragingen ten aanzien van de desbetreffende verweerder bevoegd te verklaren. Het Executieverdrag en het verdrag van Lugano kunnen van toepassing zijn, maar het is nog onduidelijk hoe privaatrechtelijke vorderingen, strekkende tot het doen naleven van rechtstreeks aan de artikelen 85 en 86 ontleende rechten, in het kader van deze verdragen moeten worden behandeld. Het kan in een bepaalde situatie voorkomen, dat geen rechter in de Gemeenschap of de EVA bereid is zich bevoegd te verklaren. Het is mogelijk, dat rechters in landen die geen lid van de Gemeenschap of de EVA zijn, indien zij hun eigen regels toepassen, niet bereid zijn het communautaire mededingingsrecht toe te passen.

111. Gesteld dat de benadeelde partij een rechter heeft gevonden die bereid is kennis te nemen van de zaak ten gronde, dan is de vraag, of die rechter voorlopige maatregelen tot bescherming van de belangen van die partij zal kunnen gelasten in afwachting van een definitieve uitspraak in de zaak. Het is mogelijk dat de toepasselijke nationale bepalingen niet in effectieve voorlopige maatregelen voorzien en het is nog onduidelijk, in hoeverre deze uit hoofde van de eerdergenoemde

verdragen effectief zijn buiten het nationale rechtsgebied. Indien de benadeelde partij in elke staat waarin zij doeltreffende voorlopige maatregelen nodig heeft, afzonderlijke procedures moet inleiden, zou zij wel eens tijd, middelen en geld te kort kunnen komen.

112. Vervolgens is er het vraagstuk van de bewijsvergaring. Een rechterlijke instantie kan normaliter niet op het grondgebied van een andere staat een onderzoek instellen. Niet alle Lid-Staten hebben de verdragen van 's-Gravenhage van 1954 (betreffende de burgerlijke rechtsvordering) en 1970 (inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland) ondertekend, gesteld al dat de zaken betreffende de artikelen 85 en 86 binnen de werkingssfeer van die verdragen vallen. Voor zover de verdragen van toepassing zijn, zijn er voorbehouden gemaakt. Zo kan een staat krachtens artikel 23 van het verdrag van 1970 verklaren, dat hij geen uitvoering geeft aan rogatoire commissies tot het houden van een procedure welke in de staten waar de Common Law geldt, bekend is als „pre-trial discovery of documents". Alle Verdragsluitende Staten, met uitzondering van de VS, hebben in een of andere vorm dit voorbehoud gemaakt. Door deze voorbehouden en de ongewisheid over de werking ervan is het erg moeilijk geworden, in sommige landen bewijsstukken te verkrijgen.

113. De tenuitvoerlegging van verzoeken om rechtshulpverlening is ook onderworpen aan de nationale bepalingen van de tenuitvoerleggende staat. Krachtens een van die bepalingen in Engeland is hij die door overlegging van een bewijsstuk strafrechtelijke vervolging of geldboete riskeert, niet gehouden dat bewijsstuk over te leggen. In 1977 besliste de House of Lords, dat ook het risico van een boete die door de Commissie wegens overtreding van de communautaire mededingsregels wordt opgelegd, onder deze bepaling valt. [17] Hij wees derhalve een verzoek om hulpverlening van een Amerikaanse rechtbank die uitspraak moest doen op een door een particulier ingesteld beroep wegens beweerde schending van de Amerikaanse anti-trustwetgeving, af. Toepassing van zo een voorschrift in de context van op de artikelen 85 en 86 gebaseerde beroepen kan in de praktijk elke verkrijging van bewijs onmogelijk maken.

114. Dwangmaatregelen om getuigenverklaringen of overlegging van bewijsstukken te verkrijgen, zijn hoe dan ook onderworpen aan nationale bepalingen die, qua werkingssfeer en gelding aanzienlijk kunnen verschillen. De ervaring leert, dat in mededingingszaken de potentiële verweerder waarschijnlijk over essentieel bewijsmateriaal beschikt; vandaar dat aan de Commissie in het kader van verordening nr. 17 ruime bevoegdheden zijn verleend. Zonder dwang — of de dreiging daarmee — is het onwaarschijnlijk, dat een in strijd met de artikelen 85 en 86 handelende onderneming onthullingen doet. Een nationale rechter zal niet altijd in staat én bereid zijn dwangmaatregelen toe te passen.

115. De tenuitvoerlegging van een einduitspraak binnen de Gemeenschap zal niet al te moeilijk zijn, mits het Executieverdrag van toepassing is. Dat zal evenwel een schrale troost zijn voor een echt slachtoffer van onrechtmatig gedrag, indien het geen rechter kan vinden die bereid is zich bevoegd te verklaren of de noodzakelijke voorlopige maat-

17 — Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse Electric Corporation (1978) AC 547, waarin Section 14 van de Civil Evidence Act 1968 wordt toegepast.

regelen te gelasten, of wanneer het niet het bewijs tot staving van zijn verklaringen kan verkrijgen.

116. Het feit dat voor de nationale rechter beroep openstaat, is geen uitgemaakte zaak. De Commissie kan in antwoord op een reële klacht niet eenvoudigweg als rituele formule herhalen, dat beroep voor de nationale rechter openstaat. De Commissie moet zorgvuldig onderzoeken, of aldus daadwerkelijk recht kan worden gehaald, dan wel of zij verplicht is, haar eigen bevoegdheden uit te oefenen.

117. In de onderhavige zaak heeft de Commissie onderzocht of voor de Italiaanse rechter beroep openstaat. Zij is namelijk tot de conclusie gekomen, dat het geschil een Italiaans geschil is dat reeds aan de Italiaanse rechter is voorgelegd, en dat deze beter dan de Commissie daaromtrent uitspraak kan doen. De raadsman van verzoekster kon slechts twee materiële redenen aanvoeren, waarom dit niet zo is. In de eerste plaats kan de moedermaatschappij BMW in Duitsland (BMW AG) in Italië niet voor het gerecht worden gedaagd. In de tweede plaats impliceert het beroep van Automec dat de groepsvrijstellingsverordeningen moeten worden toegepast, ten aanzien waarvan de Commissie bij uitsluiting bevoegd is.

118. Ik ben niet overtuigd dat het voor Automec noodzakelijk is om een procedure tegen de moedermaatschappij BMW in Duitsland in te leiden om daadwerkelijk haar recht te halen. Evenmin zie ik, hoe de nationale rechter in het beroep van Automec zou moeten treden in de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om artikel 85, lid 3, toe te passen.

119. Mitsdien ben ik van mening, dat de Commissie het recht had, te besluiten, de klacht van Automec om de in punt 2 van de brief van het lid van de Commissie van 28 februari 1990 uiteengezette redenen niet nader te onderzoeken. Derhalve geef ik het Gerecht in overweging, het beroep te verwerpen.

Conclusie

Om al deze redenen geef ik het Gerecht in overweging:

„In zaak T-24/90, Automec, het beroep te verwerpen en verzoekster in de kosten te verwijzen.

In zaak T-28/90, Asia Motor France e. a., het beroep te verwerpen voor zover het is gebaseerd op artikel 178 EEG-Verdrag, en, voor zover het is gebaseerd op artikel 175, te verklaren dat het beroep zonder voorwerp is geraakt. De Commissie dient te worden verwezen in de kosten."