CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA van 11 juli 1996 *

I — Inleiding

1. Met de onderhavige hogere voorziening wordt het Hof verzocht uit te maken, of particulieren al dan niet een beroep tot nietigverklaring als bedoeld in artikel 173 van het Verdrag kunnen instellen tegen de beschikkingen van de Commissie om geen verder gevolg te geven aan de klachten waarin zij wordt verzocht, de haar bij de artikelen 169 en 90, lid 3, van het Verdrag verleende bevoegdheden uit te oefenen.

II — Voorgeschiedenis en argumenten van partijen

2. De vereniging naar Duits recht Bundesverband der Bilanzbuchhalter e. V., requirant in de onderhavige procedure, komt voor het Hof op tegen de beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van 23 januari 1995 in zaak T-84/94 [1], waarbij het door hem ingestelde beroep niet-ontvankelijk is verklaard.

3. De antecedenten van het geding zijn in genoemde beschikking van het Gerecht van eerste aanleg vermeld. Requirant had bij de Commissie een klacht ingediend, waarbij hij stelde dat het Steuerberatungsgesetz (wet betreffende het beroep van belastingadviseur) in strijd was met het gemeenschapsrecht, op grond dat deze wet het recht om werkzaamheden op het gebied van belastingadviezen en aanverwante gebieden uit te oefenen, voorbehoudt aan bepaalde beroepscategorieën. Volgens requirant is deze wettelijke regeling in strijd met de artikelen 59 en 86 EG-Verdrag. De Bondsrepubliek Duitsland was derhalve, door deze regeling niet te wijzigen, de krachtens de artikelen 5, tweede alinea, en 90, leden 1 en 2, van het Verdrag op haar rustende verplichtingen niet nagekomen. De Commissie had ervoor moeten zorgen, dat een einde kwam aan deze situatie en had moeten toezien op de toepassing van de bepalingen van het Verdrag.

Requirant had het Gerecht verzocht, de beschikking waarbij de Commissie had besloten geen verder gevolg aan requirants klacht te geven, krachtens artikel 173 van het Verdrag nietig te verklaren. In de beschikking waartegen in eerste aanleg werd opgekomen, werd als grond voor deze weigering gegeven, dat in casu het gemeenschapsrecht niet was geschonden.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Bilanzbuchhalter, Jurispr. 1995, blz. II-101.

4. Het Gerecht verklaarde het beroep niet-ontvankelijk. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof ter zake [2], oordeelde het, dat requirant niet kan opkomen tegen de weigering van de Commissie om tegen de Bondsrepubliek Duitsland een niet-nakomingsprocedure in te leiden. De Commissie beschikte over een „discretionaire bevoegdheid, waardoor het is uitgesloten, dat particulieren het recht zouden hebben om van haar te eisen, dat zij een bepaald standpunt inneemt". „In het kader van een procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag", aldus nog steeds het Gerecht, „beschikken de personen die een klacht hebben ingediend, dus niet over de mogelijkheid om bij de gemeenschapsrechter beroep in te stellen tegen de beschikking van de Commissie om geen verder gevolg te geven aan hun klacht."

5. Het Gerecht verklaarde het beroep ook niet-ontvankelijk met betrekking tot de gestelde schending van artikel 90, lid 3, van het Verdrag, nogmaals gelet op de ruime beoordelingsvrijheid die dat artikel aan de Commissie verleent. De uitoefening van een dergelijke bevoegdheid impliceert volgens de beschikking van het Gerecht geen verplichting voor de Commissie om in te grijpen. De rechter in eerste aanleg was namelijk tot de conclusie gekomen, dat „natuurlijke personen of rechtspersonen die de Commissie vragen krachtens artikel 90, lid 3, in te grijpen, (...) geen beroep [kunnen] instellen tegen de beschikking waarbij de Commissie beslist geen gebruik te maken van haar bevoegdheden krachtens artikel 90, lid 3". In casu werd requirant dus niet het recht toegekend, op te komen tegen de betrokken weigering van de Commissie.

6. Requirant stelt nu, dat het Gerecht het gemeenschapsrecht heeft geschonden, omdat het niet in aanmerking heeft genomen dat de Commissie misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt. Zij zou een verkeerde uitlegging hebben gegeven aan de feiten, die in het verzoekschrift in eerste aanleg zijn uiteengezet en waren aangevoerd tot staving van de klacht die requirant had ingediend met het oog op de inleiding van de procedure van artikel 169 van het Verdrag. Requirant stelt dienaangaande, dat in geval van een verkeerde beoordeling van de feiten sprake is van misbruik van bevoegdheid, wanneer de discretionaire bevoegdheid van de Commissie tot nul is gereduceerd. Dat zou in casu het geval zijn. De schending van artikel 59 van het Verdrag, die requirant in zijn klacht had gesteld, was duidelijk. Zijns inziens bestond er derhalve voor de Commissie een plicht tot ingrijpen, die in casu automatisch had moeten leiden tot de inleiding van de procedure van artikel 169, hoewel de rechtspraak van het Hof erkent dat de Commissie met betrekking tot de inleiding van de niet-nakomingsprocedure over een ruime beoordelingsmarge beschikt en omgekeerd particulieren de mogelijkheid ontzegt in rechte op te treden tegen de eventuele weigering om een dergelijke procedure in te leiden. Het Gerecht zou verder zelf het gemeenschapsrecht hebben geschonden, omdat het niet heeft erkend dat de Commissie in feite niet over een discretionaire bevoegdheid beschikte, noch de aan het beroep ten grondslag liggende feiten juist heeft beoordeeld.

2 — Zie, inzonderheid, arrest van 14 februari 1989 (zaak 247/87, Star Fruit, Jurispr. 1989, blz. 291).

7. Met betrekking tot artikel 90, lid 3, voert requirant aan, dat de Commissie weliswaar over een discretionaire bevoegdheid beschikt, doch dat de beslissing om niet op basis van dit artikel in te grijpen een handeling is, die door de rechter kan worden getoetst, te meer daar in de onderhavige zaak de Duitse wettelijke regeling klaarblijkelijk onverenigbaar is met de communautaire voorschriften en zulks door de Commissie in geen geval kan worden ontkend.

8. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening, op grond dat de vaste rechtspraak van het Hof inzake beroepen tegen de weigering om een niet-nakomingsprocedure in te leiden, geen uitzonderingen toelaat. De discretionaire bevoegdheid waarover de Commissie op dit gebied beschikt, is van dien aard, dat particulieren in de uitoefening ervan niet kunnen ingrijpen of deze voor de rechter kunnen betwisten. Het zou gaan om een bevoegdheid tot optreden in het kader van de betrekkingen tussen publiekrechtelijke lichamen, dat niet zozeer berust op het legaliteitsbeginsel als wel op het opportuniteitsbeginsel.

De bevoegdheden van de Commissie uit hoofde van artikel 169 van het Verdrag, zo vervolgt de Commissie, komen overeen met de bij artikel 170 van het Verdrag aan de Lid-Staten verleende bevoegdheid. Evenals de Commissie zijn laatstgenoemden namelijk krachtens artikel 170 bevoegd, doch niet verplicht, zich bij eventuele inbreuken van andere Lid-Staten op het gemeenschapsrecht ervoor in te zetten dat deze worden bestraft.

9. De Commissie stelt verder, dat artikel 90, lid 3, van het Verdrag evenmin als artikel 169 particulieren het recht verleent om op te komen tegen de eventuele weigering om de maatregelen vast te stellen waarom zij hebben verzocht. De Commissie beschikt op grond van zowel artikel 169 als artikel 90, lid 3, over een ruime discretionaire bevoegdheid en is in geen van beide gevallen verplicht, bijzondere maatregelen vast te stellen.

III — Onderzoek van het geding

A — *Het middel betreffende artikel 169*

10. De hogere voorziening is mijns inziens ongegrond, voor zover zij betrekking heeft op de mogelijkheid om op te komen tegen de weigering van de Commissie van het verzoek van requirant om de niet-nakomings procedure van artikel 169 in te leiden.

Ik laat buiten beschouwing, dat het Hof in eerdere uitspraken [3] particulieren het recht heeft ontzegd, zich in dergelijke gevallen tot de gemeenschapsrechter te wenden, gezien de ruime beoordelingsmarge waarover de Commissie beschikt om de in casu bedoelde procedure in te leiden en af te handelen. Dit

3 — Zie het arrest Star Fruit, reeds aangehaald, en het arrest van 17 mei 1990 (zaak C-87/89, Sonito e. a., Jurispr. 1990, blz. I-1981).

is vaste rechtspraak, die echter nader moet worden toegelicht. Wanneer de Commissie zonder meer een discretionaire bevoegdheid, hoe ruim bemeten ook, wordt toegekend, ontslaat dit haar in beginsel nog niet van de verplichting volgens het wettigheidsbeginsel te handelen, noch volstaat het in casu om uit te sluiten, dat een particulier in rechte tegen de handelwijze van die instelling kan opkomen. Dit wordt bevestigd door de thans overvloedige rechtspraak van het Hof op het gebied van de staatssteun [4], die de ruime administratieve bevoegdheid van de Commissie op dit gebied van het gemeenschapsrecht verzoent met de mogelijkheid haar handelwijze ter toetsing aan de gemeenschapsrechter voor te leggen.

11. Mijns inziens is er echter nog een andere reden om het door requirant bij het betrokken middel gevorderde recht niet te erkennen, die verband houdt met de aard van de betrokken bepaling zelf. Artikel 169 van het Verdrag behoort tenslotte tot de bepalingen die de institutionele structuur van de Gemeenschap dienen te regelen en de goede werking ervan dienen te garanderen. Het gaat juist om bepalingen die uitsluitend de betrekkingen tussen de Lid-Staten en de instellingen betreffen.

12. Hoewel artikel 169, wanneer het eenmaal wordt toegepast, indirect rechtssituaties creëert waarbij particulieren baat kunnen hebben, verleent het laatstgenoemden geen enkel recht tussenbeide te komen, biedt het hun geen enkele mogelijkheid om de door die bepalingen geregelde procedure te beïnvloeden, en staat het hun evenmin toe, in rechte op te komen tegen de uitoefening van de aan de Commissie toekomende bevoegdheden en keuzemogelijkheid. De niet-nakomingsprocedure speelt zich dus af op het gebied van de interinstitutionele betrekkingen, dat ontoegankelijk is voor de particulieren.

13. Hiertegen zou stellig kunnen worden ingebracht, dat het stelsel van rechtsbescherming een leemte vertoont, wanneer een particulier de beslissingen waarbij de Commissie weigert de niet-nakomingsprocedure in te leiden, niet door de rechter kan laten toetsen.

Zou het Hof die leemte door gebruik te maken van zijn bevoegdheid tot uitlegging opvullen, dan zou dit bij nader inzien ingrijpende wijzigingen op institutioneel vlak met zich brengen, en zulks in een geval waarin de opstellers van het Verdrag de betrokken bepaling duidelijk zo hebben willen structureren als hierboven is aangegeven: artikel 169 vervult in het systeem van het Verdrag de functie van een bepaling die de betrekkingen tussen de Commissie en de Lid-Staten regelt. Dit blijkt na een systematische uitlegging van het voorschrift: denk alleen maar aan de mogelijkheid tot voeging in door de Commissie ingeleide niet-nakomingsprocedures als bedoeld in artikel 37 van 's Hofs Statuut-EG, die enkel wordt toegekend aan de Lid-Staten en de instellingen van de Gemeenschappen. Vanuit deze optiek speelt de particulier geen enkele rol, ook niet in de beginfase van de precontentieuze procedure. Hieruit volgt, dat de particulier niet gerech-

4 — Zie, ex multis, arrest van 28 januari 1986 (zaak 169/84, Cofaz, Jurispr. 1986, blz. 391) en, recentelijk, arrest van 15 juni 1993 (zaak C-225/91, Matra, Jurispr. 1993, blz. I-3203, inzonderheid r. o. 41).

tigd is op te komen tegen de beslissing van de Commissie om zijn eventuele verzoeken tot ingrijpen af te wijzen.

Hiermee wil ik niet zeggen, dat het communautaire rechtssysteem de particulier overigens geen enkele bescherming biedt. Dat is niet het geval. De particulier kan zich voor de nationale rechter beroepen op de onrechtmatigheid van de gedragingen van de staat die hij in strijd acht met de communautaire verplichtingen, in voorkomend geval voor de nationale rechter uiteenzetten, welke prejudiciële vragen hij krachtens artikel 177 van het Verdrag aan het Hof kan voorleggen en gebruikmaken van de rechtsmiddelen die voor hem openstaan, indien zijn vorderingen gegrond blijken te zijn, met inbegrip van het recht op schadevergoeding. Ook om deze redenen meen ik te moeten concluderen, dat het eerste middel van requirant moet worden afgewezen.

B — *Het middel betreffende artikel 90, lid 3*

14. Met betrekking tot het tweede middel zij meteen al opgemerkt, dat de Commissie — en tezamen met haar het Gerecht, zoals uit de beschikking van het Gerecht valt op te maken — de artikelen 90, lid 3, en 169 van het Verdrag bij wijze van spreken als parallelle bepalingen lijken te beschouwen. Artikel 90, lid 3, verleent de Commissie, met betrekking tot de openbare en de andere krachtens dit artikel daarmee gelijkgestelde bedrijven, een bevoegdheid tot controle en toezicht op de Lid-Staten, die een discretionair karakter heeft, in wezen evenals de maatregelen die de Commissie krachtens artikel 169 kan treffen. Ook deze ruime discretionaire bevoegdheid belet volgens het Gerecht (dat op dit punt verwijst naar zijn eerdere arrest in de zaak Ladbroke [5]), dat particulieren een beroep tot nietigverklaring van een *negatieve* beschikking kunnen instellen, zoals de Commissie in casu heeft gegeven. Dit is het enige beslissende aspect van de motivering van de beschikking van het Gerecht. Derhalve moet dit nader worden bezien.

15. Anders dan artikel 169, behoort artikel 90, lid 3, tot de voorschriften die uitdrukkelijk ter bescherming van de mededinging en ter regeling van de gedragingen van de ondernemingen op de markt zijn vastgesteld, zij het dat het hier om een bijzonder soort van onderneming gaat. Artikel 90 van het Verdrag heeft namelijk betrekking op het geval waarin de Lid-Staat de normale werking van de mededinging verstoort door de invloed die hij uitoefent op de ondernemingen die hij controleert of waaraan hij speciale voorrechten heeft toegekend. Het voorschrift beoogt derhalve de marktdeelnemers ertegen te beschermen, dat de Lid-Staat via de betrekkingen die hij met de ondernemingen met de aldaar genoemde kenmerken onderhoudt, een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de in het Verdrag neergelegde fundamentele economische vrijheden in gevaar worden gebracht. Deze bepaling beschermt dus de mededinging, hoewel slechts voor zover het verenigbaar is met de vervulling, in feite of

5 — Arrest van 27 oktober 1994 (zaak T-32/93, Jurispr. 1994, blz. II-1015).

rechtens, van de aan de betrokken ondernemingen toevertrouwde bijzondere taak. Het zou ook niet anders kunnen zijn.

16. Opgemerkt zij evenwel, dat artikel 90 ten behoeve van de marktdeelnemers is vastgesteld. Voor zover de ter bescherming van de mededinging vastgestelde voorschriften van toepassing zijn, gelden zij niet minder en niet anders voor de categorieën van ondernemingen waarop artikel 90 betrekking heeft, dan voor alle andere. In artikel 90, lid 3, heet het vervolgens: „de Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen en beschikkingen tot de Lid-Staten".

17. Anders dan het Gerecht ben ik niet van mening, dat de letter en de geest van artikel 90 uitsluiten, dat de door de Commissie gegeven beschikkingen tot afwijzing van de klachten van particulieren, die volgens haar niet voor toewijzing in aanmerking komen, door de rechter kunnen worden getoetst.

Artikel 90 staat tussen de andere regels betreffende de mededinging die in titel V van het Verdrag zijn te vinden. De sedes materiae is veelzeggend. Het artikel is verbonden met de andere bepalingen die het concurrentiegedrag van de ondernemingen betreffen, vooral die welke de steunmaatregelen van de staat regelen. Plaats en doel van het voorschrift pleiten dus ervoor, dat de particulier de bescherming door de rechter, die hij op het belangrijke gebied van de mededinging geniet, in casu niet kan worden ontnomen. In elk geval is het duidelijk, dat de betrokken bepaling niet echt kan worden gelijkgesteld met artikel 169 en de andere voorschriften die met name, zelfs uitsluitend, de institutionele betrekkingen op communautair gebied dienen te regelen. Het argument van de Commissie dat artikel 90, lid 3, en artikel 169 parallelle bepalingen zijn, gaat niet op.

18. Mijns inziens is ook geen bijval mogelijk voor het standpunt van het Gerecht, dat het beroep dat de betrokkene tegen de afwijzende beschikking heeft ingesteld, niet-ontvankelijk heeft verklaard en deze conclusie ook in dit geval heeft gebaseerd op de discretionaire bevoegdheid van de instelling.

De discretionaire bevoegdheid van de Commissie is volgens het Gerecht zo ruim, dat die instelling geen enkele verplichting heeft tot ingrijpen en dus ook niet tot motivering van de eventuele weigering om in te grijpen naar aanleiding van verzoeken die de betrokken ondernemingen tot haar hebben gericht. Dat zou betekenen, dat laatstgenoemden geen beroep kunnen instellen tegen de maatregelen waarbij de Commissie weigert richtlijnen of beschikkingen te richten tot de Lid-Staten, wier onrechtmatige handelwijze door de particulier in de klacht aan de kaak wordt gesteld. De Commissie zou derhalve beslissen geen gebruik te maken van een bevoegdheid die het Gerecht als een krachtens artikel 90, lid 3, enkel aan haar voorbehouden bevoegdheid definieert.

19. Naar mijn mening wordt het Hof in casu genoopt, om de rechtspraak die door zijn uitspraken en die van het Gerecht tot stand is gekomen, te heroverwegen, wanneer de discretionaire bevoegdheid, hoe ruim deze ook moge zijn, aan de Commissie wordt toegekend op een gebied waar het openbaar belang in het systeem van het Verdrag interfereert met de vrije mededinging, doch deze niet verdringt. Ik denk bijvoorbeeld aan het geval van staatssteun. [6] Waar vrije mededinging is, daar geniet ook de particulier een bescherming die haar grondslag vindt in de fundamenten van de gemeenschappelijke markt. Wanneer de particulier verzoekt de discretionaire bevoegdheid te toetsen, is het alleszins gerechtvaardigd vast te stellen dat deze bevoegdheid niet kan worden betwist, voor zover de communautaire rechtsorde uitsluitend openbare belangen en interinstitutionele betrekkingen wil regelen. Ik heb evenwel reeds opgemerkt, dat het onderhavige geval een gebied betreft, waarop de vereisten van de mededinging vervlochten zijn met en afgestemd moeten worden op die welke door het Verdrag in aanmerking zijn genomen om hogere belangen van algemene aard — ook die van de staat, doch altijd voor zover zij voor het gemeenschapsrecht relevant zijn — te waarborgen.

20. Het onderhavige geval moet derhalve mijns inziens anders worden beoordeeld dan het Gerecht heeft gedaan. Het lijkt op het geval waarin in rechte wordt aangevoerd, dat de rechter de negatieve beschikkingen op het gebied van staatssteun mag toetsen; een dergelijke beslissing kan aldus worden voorgesteld: de Commissie wordt door een concurrerende onderneming verzocht, na te gaan of de aan andere ondernemingen verleende steun verenigbaar is met het Verdrag, en weigert hieraan gevolg te geven. Zowel in dit laatste geval als in het thans door het Hof onderzochte geval, staat het aan de Commissie maatregelen te treffen die zich tot de Lid-Staten richten en hun tot een bepaald gedrag verplichten. De Lid-Staat is dus de natuurlijke adressaat van de beschikkingen en de andere handelingen die de Commissie hetzij krachtens de artikelen 92 en 93, hetzij krachtens artikel 90 [7] vaststelt. Dit neemt naar mijn mening echter nog niet weg, dat de particulier in rechte tegen de maatregelen van de Commissie kan opkomen, voor zover hij ingevolge artikel 90 recht erop heeft, dat de ter bescherming van de vrije uitoefening van de economische activiteit en de vrije mededinging vastgestelde gemeenschapsregeling op hem wordt toegepast.

21. De conclusie waartoe ik ben gekomen, moet nader worden gepreciseerd. De subjectieve voorwaarden betreffende de bevoegdheid om in rechte op te komen tegen de door de Commissie op basis van de artikelen 92 en 93 vastgestelde maatregelen, die uit de rechtspraak van het Hof en het Gerecht ter zake zijn af te leiden, gelden volgens mij, wanneer het onderhavige geding vanuit dit perspectief wordt bezien, ook met betrekking tot de door artikel 90, lid 3, beschermde situatie van de particulier. Met dit aspect van de onderhavige zaak heeft het Gerecht zich echter niet beziggehouden. Voor zijn beslissing achtte het Gerecht het voldoende, dat de particulier volstrekt niet bevoegd was om in rechte op te treden, omdat tegen de maatregel niet zou kunnen worden opgekomen. Voor dit resul-

6 — Zie, onder de meest recente uitspraken, het arrest van 19 mei 1993 (zaak C-198/91, Cook, Jurispr. 1993, blz. I-2487) en het arrest Matra, reeds aangehaald.

7 — Zie arrest van 12 februari 1992 (gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, Nederland e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-565, *inzonderheid r. o. 31 en 32*).

taat wordt, zoals ik al opmerkte, in de beschikking van het Gerecht uitsluitend als motief aangevoerd, dat aan de Commissie een ruime bevoegdheid is toegekend. De fout van het Gerecht bestaat hierin, dat het niet heeft gezien, dat deze discretionaire bevoegdheid op het gebied van artikel 90, lid 3, stuit op grenzen die voortvloeien uit het feit dat de particulier subjectieve rechten heeft, waarvan de niet-naleving door de betrokkene voor de gemeenschapsrechter geldend kan worden gemaakt.

22. Gelet op het voorgaande, ben ik derhalve van mening, dat de beschikking van het Gerecht moet worden vernietigd, voor zover zij betrekking heeft op de niet-ontvankelijkheid van het beroep tegen de weigering van de Commissie om de procedure als bedoeld in artikel 90, lid 3, van het Verdrag in te leiden.

Daar nu nog een onderzoek nodig is, dat grotendeels betrekking heeft op de vaststelling van feiten, acht ik het, mede om het recht op rechtspraak in twee instanties te garanderen, nuttig, dat het Gerecht van eerste aanleg beoordeelt, of in casu aan andere voorwaarden voor de ontvankelijkheid van het beroep is voldaan, en eventueel de zaak ten gronde uitspreekt.

IV — Kosten

23. Ingevolge artikel 122 van het Reglement voor de procesvoering moet het Gerecht van eerste aanleg beslissen over de kosten van de hogere voorziening die het Hof heeft toegewezen, wanneer de zaak voor afdoening naar het Gerecht wordt verwezen.

Aangezien ik in overweging geef, de beschikking van het Gerecht te vernietigen en de zaak naar het Gerecht te verwijzen, moet het Gerecht over de kosten beslissen.

V — Conclusie

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

— de beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 23 januari 1995 in zaak T-84/94, waarbij het beroep niet-ontvankelijk is verklaard, te vernietigen;

— de beslissing omtrent de kosten voor te behouden aan het Gerecht.