CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS

van 5 juni 1997 *

I — Inleidende opmerkingen

In de Europese Gemeenschappen is de rechtstreekse uitvoering van het beleid en het bestuur grotendeels opgedragen aan de Commissie, die behoort te handelen volgens de regels van wettigheid, transparantie en goed bestuur. In onderhavige zaak wordt het Hof gevraagd te beoordelen, in hoeverre de Commissie deze verplichtingen heeft nageleefd toen zij besloot krachtens artikel 169 EG-Verdrag de niet-nakomingsprocedure tegen de Bondsrepubliek Duitsland in te leiden.

II — De feiten

1. In haar verzoekschrift van 16 juni 1995 verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen, dat de Bondsrepubliek Duitsland (hierna: „Duitsland") de krachtens het EG-Verdrag (hierna: „Verdrag") en de Eerste en de Vierde richtlijn van de Raad inzake het vennootschapsrecht [1] op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, door niet te voorzien in passende sancties voor het geval dat kapitaalvennootschappen de verplichte openbaarmaking van hun jaarrekening achterwege laten; de openbaarmaking van de jaarrekening is ingevolge die richtlijnen verplicht. In een eerder stadium had de Commissie Duitsland bij schrijven van 26 juni 1990 medegedeeld, dat volgens haar ter beschikking staande gegevens 93 % van de Duitse kapitaalvennootschappen de verplichting tot de openbaarmaking van de jaarrekening niet naleefden; daarnaast had zij die staat overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag uitgenodigd om binnen twee maanden zijn opmerkingen te maken. Door het antwoord van de Duitse regering niet tevreden gesteld, zond zij die staat vervolgens een met redenen omkleed advies krachtens artikel 169, lid 1, van het Verdrag, ondertekend door de vice-voorzitter van de Commissie, de heer Bangemann, en gedateerd 2 juni 1992. Na een lange reeks vruchteloze ontmoetingen en besprekingen, die werden voortgezet tot na 30 september 1992, de datum waarop de laatste termijn verstreek die Duitsland was gegeven om gevolg te geven aan het met redenen omkleed advies, heeft de Commissie op 16 juni 1995 het onderhavige beroep voor het Hof ingesteld.

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — Eerste richtlijn (68/151/EEG) van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8; hierna: „Eerste richtlijn"), en de Vierde richtlijn (78/660/EEG) van de Raad van 25 juli 1978 op de grondslag van artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag betreffende de jaarrekening van bepaalde vennootschapsvormen (PB L 222, blz. 11; hierna: „Vierde richtlijn").

III — De ontvankelijkheid van het beroep

2. Alvorens de gegrondheid van de vordering van de Commissie tegen Duitsland te onderzoeken, dien ik stil te staan bij de door verweerster opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, inhoudende dat de besluiten van de Commissie die tot onderhavig beroep hebben geleid, aan wezenlijke vormgebreken zouden lijden. In het bijzonder heeft Duitsland in twijfel getrokken, of de besluiten van de Commissie tot enerzijds uitbrengen van het met redenen omkleed advies en anderzijds tot instellen van het onderhavig beroep, werden genomen volgens het collegialiteitsbeginsel, dat als algemeen beginsel het optreden van de Commissie beheerst, en overeenkomstig de vormvereisten van het reglement van orde van de Commissie. Om die reden heeft Duitsland bij schrijven van 4 september 1995 de Commissie verzocht haar mede te delen of het met redenen omkleed advies en het besluit tot instelling van het beroep door de Commissie zelf werden vastgesteld dan wel — krachtens daartoe gegeven machtiging — door haar vice-voorzitter; tevens verzocht zij om een afschrift van die besluiten. De Commissie heeft op dit verzoek van Duitsland niet gereageerd en daarom heeft Duitsland het Hof verzocht verzoekster te gelasten de gevraagde relevante gegevens te overleggen.

3. Bij beschikking van 23 oktober 1996 gelastte het Hof de Commissie inderdaad om binnen een termijn van drie weken na kennisgeving van de beschikking, de door haar als college en met inachtneming van de door het reglement van orde voorgeschreven vormvereisten genomen besluiten te overleggen, krachtens welke het met redenen omkleed advies aan Duitsland werd uitgebracht respectievelijk het onderhavig beroep werd ingesteld.

4. Gevolg gevend aan deze beschikking heeft de Commissie voor het Hof een reeks gegevens overgelegd, die echter niet beantwoorden aan hetgeen in de beschikking werd gevraagd. Concreet werden aan het Hof passages overgelegd uit de notulen van een aantal vergaderingen van de Commissie, alsmede documenten waarvan in die notulen melding wordt gemaakt. Blijkens deze gegevens heeft de Commissie tijdens haar 1071e vergadering van 31 juli 1991 een voorstel goedgekeurd dat haar bevoegde diensten haar in het document SEC(91) 1387 hadden voorgelegd. Dit document behelst een summiere lijst, afkomstig uit een computerbestand, waarop de bewuste richtlijn wordt genoemd, en (met twee woorden) wordt voorgesteld een met redenen omkleed advies tot Duitsland te richten. Evenzo wordt in de notulen van de vergadering van de Commissie van 18 december 1991 [COM(91) PV 1087)] vermeld, dat de Commissie het voorstel goedkeurt zoals vervat in document SEC(91) 2213; in dat document wordt zonder nadere toelichting de onmiddellijke uitvoering voorgesteld van het voormelde besluit van de Commissie van 31 juli 1991 tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies aan Duitsland. Op dezelfde summiere wijze heeft de Commissie ten slotte, naar uit de notulen van haar vergadering van 13 december 1994 [COM(95) PV 1227] blijkt, het voorstel goedgekeurd tot instelling van beroep krachtens artikel 169 van het Verdrag tegen Duitsland, welk voorstel is vervat in document SEC(94) 1808.

5. De voor het Hof overgelegde gegevens bewijzen echter niet, dat de Commissie, op het moment dat zij als college besloot tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies en vervolgens tot het instellen van een beroep tegen Duitsland, de tekst voor zich had van de betrokken handelingen (dus het met redenen omkleed advies en het verzoekschrift), al was het maar een door haar bevoegde diensten uitgewerkt volledig ontwerp daarvan. De logische consequentie daarvan is, dat uit de aan het Hof overgelegde documenten niet blijkt of het vormvereiste van artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie is nageleefd, zoals die bepaling gold op het moment dat de relevante feiten plaatsvonden. [2] Dat artikel bepaalde „De ter vergadering of langs de weg van de schriftelijke procedure genomen besluiten worden, in de taal of talen waarin zij authentiek zijn, gewaarmerkt door de handtekening van de voorzitter en van de secretaris-generaal" en schreef voor dat de teksten van die besluiten als bijlage bij de notulen worden gevoegd van de Commissievergadering waarin de vaststelling ervan wordt vermeld.

6. Op grond van een en ander persisteerde Duitsland bij haar exceptie van niet-ontvankelijkheid, en heeft daarvoor ook tijdens de mondelinge behandeling voor het Hof argumenten aangevoerd. Verzoekster daarentegen meent, dat uit de door haar overgelegde gegevens af te leiden is, dat de toepasselijke procedureregels zijn nageleefd, waaronder in de eerste plaats het collegialiteitsbeginsel waaraan het handelen van de Commissie is onderworpen.

7. Eerst zal ik onderzoeken, of het aan Duitsland verzonden, met redenen omkleed advies volgens de wettelijke vormvereisten is uitgebracht. Ik zal nagaan of het collegialiteitsbeginsel is nageleefd en zo neen, of het met redenen omkleed advies volgens de machtigingsprocedure mocht worden uitgebracht, of althans zonder inachtneming van de collegiale verantwoordelijkheid van de Commissie.

A — *De omvang en de grenzen van de collegiale verantwoordelijkheid*

8. Volgens de rechtspraak is het beginsel dat de Commissie als college handelt, in de gemeenschappelijke rechtsorde van primair belang en past dit beginsel organisatorisch ook in de institutionele opzet van de Gemeenschap (en van de Unie). Het beginsel is verwoord in artikel 17 van het Fusieverdrag en in artikel 163 van het EG-Verdrag; dit laatste artikel bepaalt formeel: „De besluiten van de Commissie worden genomen bij meerderheid van stemmen (...)." Evenzo bepaalt artikel 1 van het reglement van orde van de Commissie: „De Commissie handelt overeenkomstig de bepalingen van dit reglement van orde als college."

2 — Het betreft hier het reglement van orde van de Commissie in de voorlopige versie van verordening 63/41/EEG van 9 januari 1963 (PB 1963, blz. 181).

9. De twee belangrijkste arresten van het Hof waarin het collegialiteitsbeginsel wordt gedefinieerd en het toepassingsgebied ervan wordt omlijnd, zijn de volgende:

10. In de eerste plaats het arrest AKZO/Commissie [3]: uit de punten 36 en volgende van dit arrest is ten eerste op te maken, dat het collegiaal optreden van de Commissie de regel is, terwijl tot het nemen van een besluit weliswaar machtiging kan worden verleend [4], maar deze mogelijkheid toch een uitzonderingskarakter heeft. Om aan het collegialiteitsbeginsel geen afbreuk te doen, mag aan de gemachtigde geen zelfstandige bevoegdheid worden overgedragen en mag per definitie geen machtiging worden verleend voor principebesluiten (décisions de principe). Volgens artikel 27 van voornoemd reglement van orde van de Commissie, waarnaar in dit arrest van het Hof wordt verwezen, is machtiging alleen mogelijk voor bepaalde categorieën van maatregelen van beheer of bestuur. In hetzelfde arrest oordeelde het Hof, dat in het kader van de aan de Commissie verleende bevoegdheden ter handhaving van de vrije mededinging, een beschikking waarbij een onderneming wordt gelast zich aan een verificatie te onderwerpen krachtens artikel 14, lid 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), als een eenvoudige beheersbeschikking moet worden aangemerkt en dus via de machtigingsprocedure mag worden gegeven. [5] In ieder geval gebieden het rechtszekerheidsbeginsel en de voor administratieve besluiten vereiste transparantie, dat besluiten tot het verlenen van machtiging worden gepubliceerd. Verzoekers kunnen tegen een besluit van de Commissie echter niet aanvoeren dat het machtigingsbesluit niet is gepubliceerd, wanneer zulks „(...) niet tot gevolg [heeft] gehad, dat verzoeksters de mogelijkheid is ontnomen de regelmatigheid van dit besluit of van de krachtens de verleende machtiging genomen beschikking te betwisten". [6]

11. In de tweede plaats het arrest Commissie/BASF e. a. [7], waarin de algemene regel [8] wordt geformuleerd dat „(...) voor de Commissie het collegialiteitsbeginsel geldt (...)". [9] Voorts overweegt het Hof uitdrukkelijk: „(...) De eerbiediging van dit beginsel, en met name het vereiste dat de besluiten door de leden van de Commissie in gemeen overleg worden genomen, is stellig van belang voor de rechtssubjecten ten aanzien van wie die besluiten rechtsgevolgen sorteren, in dier voege dat zij de zekerheid moeten hebben, dat deze besluiten daadwerkelijk door het college zijn genomen en exact weergeven wat het college heeft gewild." [10] Ten aanzien van de besluiten van de Commissie die verplicht

3 — Arrest van 23 september 1986 (5/85 Jurispr. blz. 2585).

4 — Zie eveneens arrest van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie (43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19).

5 — Zie in deze zin arrest van 17 oktober 1989, Dow Chemical Ibérica e. a./Commissie (97/87, 98/87 en 99/87, Jurispr. blz. 3165).

6 — Arrest AKZO Chemie/Commissie, aangehaald in voetnoot 3, punt 39.

7 — Arrest van 15 juni 1994, zogenoemde „PVC-arrest" (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 62)

8 — Daar collegiaal optreden van de Gemeenschap de regel is, vermijdt het Hof om het toepassingsgebied van dit beginsel nauwkeurig te omschrijven. Wanneer het Hof daarom van het collegialiteitsbeginsel komt te spreken, zegt het dat dit beginsel „met name" geldt voor uitvoerbare administratieve handelingen van de Commissie, zoals de beschikkingen waarbij een inbreuk op de mededingingsregels wordt vastgesteld, ondernemingen bevelen worden gegeven en hun geldboeten worden opgelegd krachtens verordening 17/62 (punt 65). Het zou daarom onjuist zijn te beweren dat in de gevallen waarin het handelen van de Commissie niet de vorm aanneemt van uitvoerbare administratieve handelingen, aan het collegialiteitsbeginsel niet de hand behoeft te worden gehouden.

9 — PVC-arrest, aangehaald in voetnoot 7, punt 62.

10 — PVC-arrest, aangehaald in voetnoot 7, punt 64.

moeten worden gemotiveerd, overweegt het Hof: „Slechts op basis van de motivering kan het dispositief van een dergelijke beschikking worden begrepen en kan de strekking ervan worden bepaald. Daar het dispositief en de motivering van een beschikking dus een ondeelbaar geheel vormen, brengt het collegialiteitsbeginsel mee, dat uitsluitend het college bevoegd is om die beide onderdelen vast te stellen." [11] Ten slotte overweegt het Hof in het PVC-arrest uitdrukkelijk, dat de authentisatie van de besluit van de Commissie, voorgeschreven bij artikel 12, eerste alinea, van het reglement van orde, tot doel heeft „de rechtszekerheid te waarborgen door de door het college vastgestelde tekst vast te leggen in de talen waarin deze authentiek is" [12]; degenen die daar wettig belang bij hebben kunnen zich dus beroepen op de niet-naleving van dit vormvereiste om te voorkomen dat de onregelmatig vastgestelde beschikking van de Commissie rechtsgevolgen teweegbrengt.

12. Uit bovenstaande is op te maken, dat het beginsel van collegiale besluitvorming de algemene de regel is voor het handelen van de Commissie. Vooral voor handelingen die krachtens enigerlei bepaling of naar hun aard moeten worden gemotiveerd, houdt het collegialiteitsbeginsel in, dat het dispositief en de motivering gelijktijdig door de Commissie als college worden vastgesteld. Ter verzekering van de naleving van dit beginsel moeten de door de Commissie genomen besluiten worden geauthentiseerd, zoals in het reglement van orde is voorgeschreven. De Commissie kan in uitzonderingsgevallen de individuele leden machtigen om namens haar op te treden; voor bij machtiging vastgestelde beschikkingen is de door het reglement van orde voorgeschreven authentisering niet nodig; een dergelijke machtiging is echter uitgesloten voor principebesluiten, en zij moet beperkt blijven tot maatregelen van bestuur of beheer, en uitdrukkelijk, duidelijk en bij gepubliceerd besluit zijn verleend. [13]

B — *De toepassing van het collegialiteitsbeginsel*

13. De vraag is thans, of de Commissie het litigieuze met redenen omkleed advies tegen

11 — PVC-arrest, aangehaald in voetnoot 7, punt 67.

12 — PVC-arrest, aangehaald in voetnoot 7, punt 75.

13 — De recentere rechtspraak van het Gerecht van eerste aanleg, geeft een indruk van de wijze waarop het toepassing geeft aan de hierboven beschreven richtsnoeren die het Hof heeft geformuleerd met betrekking tot de gelding en de omvang van het collegialiteitsbeginsel.
Het arrest van het Gerecht van 27 april 1995, AAC e. a./Commissie (T-442/93, Jurispr. blz. II-1329, punten 78 e. v.) betrof in het kader van de toepassing van artikel 92 van het Verdrag een beschikking inzake steunmaatregelen die deel uitmaakte van een algemene steunregeling die door de Commissie reeds bij daartoe strekkende, collegiaal vastgestelde beschikking werd goedgekeurd. Het Gerecht was van oordeel, dat „de omstandigheid dat in de onderhavige zaak de beschikking terecht is vastgesteld op de grondslag van een onderzoek dat beperkt is gebleven tot een toetsing aan de voorwaarden van de beschikking houdende goedkeuring van de algemene regeling, op zich niet volstaat om de maatregel aan te merken als een maatregel van beheer of bestuur (...)" (punt 87). Daarom leende de betrokken beschikking zich niet voor machtiging (zie ook arrest Gerecht van 27 april 1995, ASPEC e. a./Commissie, T-435/93, Jurispr. blz. II-1281).
Bij arrest van 6 april 1995, BASF e. a./Commissie (T-80/89, T-81/89, T-83/89, T-87/89, T-88/89, T-90/89, T-93/89, T-95/89, T-97/89, T-99/89, T-100/89, T-101/89, T-103/89, T-105/89, T-107/89 en T-112/89, Jurispr. blz. II-729, punten 99 e. v.), bekend als het arrest LDPE, oordeelde het Gerecht, dat ook wanneer een beschikking in college is vastgesteld maar alleen in de talen waarin de tekst authentiek is, het verlenen van machtiging voor de vaststelling van de handeling in de andere „authentieke" talen niet mogelijk is, omdat de redactie van de tekst van de handeling in een van die talen geen maatregel van bestuur of beheer is. Het criterium om uit te maken of een beschikking al dan niet behoort tot de categorie van handelingen die bij machtiging kunnen worden vastgesteld, is de mate waarin die handeling rechtsgevolgen heeft. Ik wijs erop dat de vraag omtrent de machtiging bijzonder streng moet worden benaderd, omdat machtiging de uitzondering blijft en het collegiale handelen van de Commissie de regel. Aan deze regel doet niet af het argument van de Commissie, dat behoefte bestaat aan soepeler procedures, ter vermijding van een institutionele verlamming waartoe een al te strenge naleving van het collegialiteitsbeginsel volgens haar zou leiden. Eveneens is duidelijk, dat de formele uiting door de leden van de Commissie van hun politieke wil (zoals in de aangehaalde zaken het geval zou zijn geweest) volgens het Gerecht onvoldoende waarborg biedt voor de regelmatigheid van door middel van machtiging gegeven beschikkingen.

Duitsland heeft uitgebracht overeenkomstig de vereisten van het collegialiteitsbeginsel. Eerst zal ik onderzoeken of die handeling collegiaal door de Commissie is vastgesteld. Vervolgens zal ik nagaan of het met redenen omkleed advies volgens de machtigingsprocedure mocht worden vastgesteld en of de eventueel verleende machtiging wettig was.

a) De vraag of het litigieuze met redenen omkleed advies werd vastgesteld bij collegiaal besluit van de Commissie

14. Het met redenen omkleed advies zoals dat aan Duitsland werd betekend, draagt de datum van 2 juni 1992 en de handtekening van de heer Bangemann, indertijd vicevoorzitter van de Commissie. Zoals hierboven reeds gezegd, is die tekst evenwel niet in de vergadering van de Commissie opgesteld, vastgesteld of zelfs maar ter goedkeuring voorgelegd. De Commissie had enkel het voorstel van haar bevoegde diensten goedgekeurd tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies aan Duitsland, zoals af te leiden valt uit de notulen van de vergaderingen van 31 juli 1991 en 18 december 1991. Evenmin was bij de notulen van die vergaderingen de tekst van het met redenen omkleed advies gevoegd, in geauthentiseerde vorm overeenkomstig artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie, zoals dat gold op het relevante tijdstip waarop het besluit tot uitbrengen van een met redenen omkleed advies werd genomen. [14] De Commissie heeft het wezenlijke vormvereiste van dat artikel dus niet nageleefd. Maar ook afgezien van de voorschriften van het reglement van orde heeft de Commissie voor het Hof niet voldoende bewijzen overgelegd, dat het collegialiteitsbeginsel is nageleefd. [15] Zou dat beginsel zijn nageleefd, aldus de rechtspraak van het Hof [16], dan had zij op de datum waarop het besluit is genomen, dus 31 juli 1991 of op zijn laatst 18 december 1991, niet alleen moeten besluiten tot het uitbrengen van het met redenen omkleed advies, maar ook de tekst van de bijbehorende motivering waarop dat besluit is gebaseerd moeten vaststellen. Voor naleving van het collegialiteitsbeginsel is dus niet voldoende, dat de Commissie als haar politieke wil te kennen geeft dat een met redenen omkleed advies moet worden uitgebracht. Die handeling uit hoofde van artikel 169 van het Verdrag moet naar haar aard worden gemotiveerd [17]; derhalve gebiedt het collegialiteitsbeginsel dat zowel het dispositief als de motivering gelijktijdig door de Commissie worden vastgesteld wanneer zij in vergadering beraadslaagt. [18]

15. Ten slotte zou de naleving van het collegialiteitsbeginsel hebben vereist, dat de

14 — Aangehaald in voetnoot 2.

15 — In dit geval moet worden afgeweken van de regel dat elke partij de bewijslast draagt van de feitelijke beweringen die hij aanvoert. Zoals in de rechtspraak aanvaard, wordt deze regel omgekeerd wanneer het bewijsmateriaal zich uitsluitend in het bezit van de wederpartij bevindt (zie arrest van 1 december 1965, Commissie/Italië, 45/64, Jurispr. blz. 1078) of wanneer die laatste door zijn gedrag de toegang tot dat materiaal onmogelijk heeft gemaakt (arrest van 28 april 1966, Ferriere e Acciaierie Napoletane/Hoge Autoriteit EGKS, 49/65, Jurispr. blz. 104). Om die redenen rust bij de Commissie de bewijslast, dat zij het collegialiteitsbeginsel heeft nageleefd en de aan dat beginsel verbonden vormvereisten.

16 — PVC-arrest, aangehaald in voetnoot 7.

17 — Zie voor de aard en de omvang van de motivering die deze beschikking moet bevatten, bijvoorbeeld arresten van 19 december 1961, Commissie/Italië (7/61, Jurispr. blz. 673); 14 februari 1984, Commissie/Duitsland (325/82, Jurispr. blz. 777); 13 december 1990, Commissie/Griekenland (C-347/88, Jurispr. blz. I-4747), en 17 september 1996, Commissie/Italië (C-289/94, Jurispr. blz. I-4405).

18 — Volgens vaste rechtspraak staat het vereiste van afdoende motivering rechtstreeks in verband met de eerbiediging van het recht van verweer van de betrokken lidstaat. Het uitbrengen van het met redenen omkleed advies is juist bedoeld om de lidstaat de gelegenheid te geven zijn argumenten naar voren te brengen, zodat het gerezen geschil tussen hem en de Commissie eventueel zonder tussenkomst van het Hof kan worden opgelost (arresten van 8 februari 1983, Commissie/Verenigd Koninkrijk, 124/81, Jurispr. blz. 203, en 25 april 1996, Commissie/Luxemburg, C-274/93, Jurispr. blz. I-2019).

inhoud van de handeling, zoals deze aan Duitsland is betekend, in ontwerpvorm aan de leden van de Commissie werd voorgelegd op de dag waarop het besluit werd genomen. In die tekst mogen naderhand alleen spel- en typefouten worden verbeterd, zoals het Hof in het arrest Verenigd Koninkrijk/Raad heeft beslist. [19]

16. Ik kom dus tot de conclusie, dat in onderhavig geval niet is aangetoond dat de Commissie, handelend als college, het met redenen omkleed advies heeft vastgesteld. Blijft nog te onderzoeken, of het bevoegde lid van de Commissie tot het uitbrengen van dat advies kon worden gemachtigd. In dat geval zou het op 2 juni 1992 aan Duitsland gezonden met redenen omkleed advies regelmatig zijn.

b) De vraag of het met redenen omkleed advies krachtens machtiging mocht worden vastgesteld

17. De vraag zou als volgt kunnen worden geformuleerd: is het met redenen omkleed advies, bedoeld in artikel 169 van het Verdrag „een maatregel van bestuur of van beheer"? [20]

18. In beginsel zou men kunnen stellen, dat het met redenen omkleed advies geen „handeling" is, zoals ook de door de gemeenschapswetgever gekozen term doet vermoeden, en dus alleen al daarom krachtens machtiging kan worden uitgebracht. Volgens artikel 189, laatste alinea, van het Verdrag zijn „aanbevelingen en adviezen (...) niet verbindend"; zou men dus aannemen dat het „met redenen omkleed advies", bedoeld in artikel 169 een „advies" is in de zin van artikel 189, dan zou men kunnen redeneren, dat een tekst zonder bindende werking per definitie niet kan behoren tot de handelingen waarover de Commissie alleen op collegiale basis kan beslissen.

19. De gemeenschapsrechter heeft een dergelijk grammaticaal criterium echter niet als afdoende of beslissend willen beschouwen. Bijzonder leerrijk op dit punt is de rechtspraak inzake handelingen van de gemeenschapsinstellingen die al dan niet

19 — Arrest van 23 februari 1988, „legkippen-arrest" (131/86, Jurispr. blz. 905).

20 — Men zou inderdaad kunnen stellen dat in ieder geval uit het dossier niet op te maken valt of de Commissie de commissaris die het advies heeft getekend, bij uitdrukkelijk besluit heeft gemachtigd. Zoals reeds vermeld, moet zulk een machtiging uitdrukkelijk geschieden en beantwoorden aan de vereisten van duidelijkheid en openbaarheid, wat hier niet het geval schijnt. Ik wil daarbij opmerken dat het Hof dergelijke gebreken in de machtiging als verschoonbaar heeft aangemerkt wanneer zulks geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming van degenen die door de krachtens machtiging gegeven beschikking worden geraakt (zie arrest AKZO/Commissie, aangehaald in voetnoot 3). Van belang is derhalve dat op de eerste plaats duidelijk is of een bevoegdheid al dan niet bij machtiging kan worden gedelegeerd.

vatbaar zijn voor beroep krachtens artikel 173; het Hof onderzoekt niet zozeer de uiterlijke vorm van de per geval te toetsen handeling, maar beoordeelt steevast de inhoud en de rechtsgevolgen daarvan. [21]

20. Wat overigens dit laatste criterium betreft: volgens de rechtspraak is het met redenen omkleed advies van artikel 169 van het Verdrag geen uitvoerbare administratieve handeling en dus niet vatbaar voor beroep ex artikel 173 van het Verdrag. [22] Dat betekent echter niet dat het met redenen omkleed advies geen of slechts onbelangrijke rechtsgevolgen zou hebben.

21. Verhelderend op dit punt is het arrest Essevi en Salengo. [23] In dat arrest werd geoordeeld dat „(...) de adviezen door de Commissie uitgebracht krachtens artikel 169 EEG-Verdrag, slechts rechtsgevolg hebben ten opzichte van het beroep op het Hof in het kader van procedures wegens niet-nakoming van verdragsverplichtingen, en dat de Commissie door haar stellingnames in het kader van een dergelijke procedure een lidstaat niet kan ontslaan van zijn verplichtingen of inbreuk kan maken op de rechten die de particulieren aan het Verdrag ontlenen". [24] Voorts wordt het met redenen omkleed advies omschreven als „procedure vooraf", die in het geval dat de betrokken lidstaat daaraan geen gevolg geeft „(...) de functie [heeft] het onderwerp van het geschil te omschrijven". [25] Het Hof heeft het met redenen omkleed advies echter niet uitdrukkelijk willen aanmerken als niet-bindende interne maatregel of tot de categorie van „adviezen" en „aanbevelingen" willen rekenen als bedoeld in artikel 189 van het Verdrag, hoewel partijen daarvoor hadden gepleit. [26] Ik acht het juister om het met redenen omkleed advies van artikel 169 niet op één lijn te stellen met de niet-bindende aanbevelingen of adviezen, bedoeld in artikel 189 van het Verdrag, maar het te beschouwen als een handeling sui generis met een speciale plaats en functie in de gemeenschappelijke rechtsorde.

22. In ieder geval betekent het feit, dat het met redenen omkleed advies geen uitvoerbare administratieve handeling is, niet automatisch dat het behoort tot de categorie van maatregelen van bestuur of beheer, waarvoor machtiging kan worden verleend. Gelijkstelling van deze twee juridische categorieën ligt naar mijn mening ook niet voor de hand. Het onderscheid dient te geschieden, zoals

21 — Op deze grond is dikwijls een beroep tegen een „interne richtlijn" of een „mededeling" niet-ontvankelijk verklaard; zie bijvoorbeeld arresten van 9 oktober 1990, Frankrijk/Commissie (C-366/88, Jurispr. blz. I-3571); 13 november 1991, Frankrijk/Commissie (C-303/90, Jurispr. blz. I-5315); 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, Jurispr. blz. I-3283), en de conclusie van advocaat-generaal Tesauro van 16 januari 1997 bij arrest van 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie (C-57/95, Jurispr. blz. I-1627, punten 8-11).

22 — Arrest van 27 mei 1981, Essevi en Salengo (142/80 en 143/80, Jurispr. blz. 1413). Om dezelfde reden is een beroep tegen de weigering van de Commissie om de procedure van artikel 169 van het Verdrag tegen een lidstaat in te leiden niet-ontvankelijk (arrest van 1 maart 1966, Lütticke, 48/65, Jurispr. blz. 27) en meer recent, de beschikking van 12 november 1996, SDDDA/Commissie (T-47/96, Jurispr. blz. II-1559): de Commissie kan niet worden verplicht een niet-uitvoerbare handeling te verrichten.

23 — Arrest aangehaald in voetnoot 22.

24 — Ibidem, punt 18.

25 — Ibidem, punt 15.

26 — Ibidem, blz. 1420.

trouwens het reglement van orde dat doet en in de huidige rechtspraak wordt aanvaard, tussen eenvoudige maatregelen van beheer of bestuur en „principebesluiten", die noodzakelijkerwijs door de Commissie op collegiale basis worden genomen. Zulke besluiten zijn met name de besluiten waarbij de Commissie haar uiteindelijke oordeel over een belangrijk juridisch probleem naar buiten brengt, en aan dat oordeel rechtsgevolgen verbonden zijn. In twijfelgevallen moet ervan worden uitgegaan, dat geen machtiging mogelijk is.

23. Vanuit dit standpunt bezien, moet het met redenen omkleed advies, wanneer voor het Hof beroep wordt ingesteld krachtens artikel 169, als „principebesluit" worden aangemerkt, hetgeen betekent dat het althans voor bepaalde vraagpunten de definitieve beoordeling van de Commissie inhoudt en in het kader van deze procedure bepaalde rechtsgevolgen heeft. Het met redenen omkleed advies bevat met name de punten waarop de betrokken lidstaat zijn verplichtingen niet is nagekomen, en de middelen waarop de Commissie haar vordering baseert, waarmee ook het voorwerp van het voor het Hof gebrachte geschil wordt afgebakend. De Commissie kan dit voorwerp niet veranderen; zij kan alleen van beroep voor het Hof afzien of van een eenmaal ingestelde procedure afstand doen, zoals zij ook een bezwarende administratieve handeling kan intrekken.

24. De juridische betekenis van het met redenen omkleed advies, die het tot een „principebesluit" maakt en uit de categorie getild van handelingen die bij machtiging kunnen worden gedelegeerd, blijkt niet zozeer uit de rechtstreekse gevolgen die de betekening ervan ten laste van de ontvanger met zich brengt [27], als wel uit de juridische gevolgen die het in het kader van de procedure van artikel 169 bewerkstelligt, namelijk dat de Commissie is gebonden ten aanzien van de inhoud en de omvang van hetgeen zij voor de rechter kan vorderen en de omvang van de rechterlijke toetsing dienovereenkomstig is beperkt. [28] Daarnaast valt te wijzen op de bijzondere betekenis en de plaats die de procedure van artikel 169 binnen de gemeenschappelijke rechtsorde heeft, zowel in juridisch als in politiek opzicht. Het zou naar mijn mening indruisen tegen de opzet van het Verdrag, wanneer de rol van de Commissie in het kader van deze procedure werd ondergewaardeerd door het met redenen omkleed advies als maatregel van bestuur of beheer aan te merken.

25. Voor deze opvatting meen ik steun te vinden in de rechtspraak inzake de rechtsgevolgen van het met redenen omkleed advies. Zoals reeds vermeld, wordt met het advies het voorwerp van het geschil voor het Hof

27 — Zoals reeds gezegd, staat de niet-nakoming door een lidstaat niet vast door enkel het uitbrengen door de Commissie van het met redenen omkleed advies. Dat advies is echter niet zonder gevolgen, aangezien de lidstaat dit in de praktijk niet naast zich neer kan leggen. Om die reden is het Hof bijzonder veeleisend wanneer het gaat om de eerbiediging van het recht van verweer van de betrokken staat tegen de door de Commissie in het met redenen omkleed advies aangevoerde grieven. Zie hierboven, voetnoot 18.

28 — Zie hierna, punt 25.

afgebakend, in die zin dat zowel het verzoekschrift als het met redenen omkleed advies op dezelfde middelen en argumenten moeten zijn gebaseerd [29]; de Commissie mag geen nieuwe vorderingen aanvoeren en zelfs geen nieuwe argumenten naar voren brengen met een beroep op nieuwe gegevens ter onderbouwing van dezelfde vorderingen. [30] In overeenstemming hiermee liggen ook de grenzen waarbinnen het Hof uitspraak kan doen ex artikel 169 duidelijk vast; deze kan niet verder gaan dan de toetsing van de wettigheid van de elementen die in het met redenen omkleed advies zijn vervat en in het verzoekschrift worden herhaald. [31] Voor een goed begrip van de rol van het met redenen omkleed advies in de procedure ex artikel 169 zij verwezen naar de regel in de rechtspraak, dat ook wanneer de lidstaat na verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn alsnog maatregelen neemt om aan dat advies gevolg te geven, de niet-nakoming reeds een feit is en de ingeleide procedure haar voorwerp behoudt. [32] Ten slotte is de vergelijking die het Hof maakt tussen de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies interessant: terwijl de aanmaningsbrief niet wordt gekenmerkt door strenge vormvoorschriften, moet het met redenen omkleed advies in formeel en procedureel opzicht onaantastbaar zijn, omdat hiermee „de precontentieuze procedure van artikel 169 van het Verdrag wordt afgesloten". [33] Dat is trouwens de reden waarom het met redenen omkleed advies door het Hof strenger wordt getoetst dan de aanmaningsbrief. [34]

26. Tenslotte is het uitbrengen van het met redenen omkleed advies, wat politiek gewicht en rechtsgevolgen aangaat, de belangrijkste bijdrage van de Commissie in de procedure van artikel 169. Ik kan mij niet voorstellen hoe die handeling, met de inhoud waarmee zij aan de betrokken lidstaat wordt betekend, anders dan rechtstreeks door de Commissie op collegiale basis zou kunnen worden vastgesteld. Het bijzondere belang dat het Hof daaraan in zijn rechtspraak heeft toegekend, verdraagt niet dat het met redenen omkleed advies wordt aangemerkt als eenvoudige maatregel van bestuur of beheer, waarvan het uitbrengen bij machtiging kan worden gedelegeerd. In het onderhavige geschil is het met redenen omkleed advies op basis waarvan het onderhavig beroep werd ingesteld, door de Commissie niet regelmatig op collegiale basis uitgebracht, en derhalve is de door Duitsland opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond.

29 — Zie bijvoorbeeld arresten van 7 februari 1984, Commissie/Italië (166/82, Jurispr. blz. 459, punt 16); 1 december 1993, Commissie/Denemarken (C-234/91, Jurispr. blz. I-6273, punt 16), en 12 januari 1994, Commissie/Italië (C-296/92, Jurispr. blz. I-1, punt 11).

30 — Zie arrest van 7 februari 1984, Commissie/Italië (166/82, aangehaald in voetnoot 29).

31 — Zo kan de gemeenschapsrechter de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn niet door een andere vervangen. Zie arresten van 10 november 1981, Commissie/Italië (28/81 en 29/81, Jurispr. blz. 2577 en 2585).

32 — Zie arresten van 7 februari 1973, Commissie/Italië (39/72, Jurispr. blz. 101); 5 juni 1986, Commissie/Italië (103/84, Jurispr. blz. 1759); 21 juni 1988, Commissie/België (283/86, Jurispr. blz. 3271), en 12 december 1990, Commissie/Frankrijk (C-263/88, Jurispr. blz. I-4611).

33 — Zie arrest van 31 januari 1984, Commissie/Ierland (74/82, Jurispr. blz. 317, punt 13).

34 — Zie bijvoorbeeld arrest van 28 maart 1985, Commissie/Italië (274/83, Jurispr. blz. 1077, punten 20 en 21): „Gelijk het Hof overwoog in zijn arrest van 11 juli 1984 (Commissie/Italië, 51/83, Jurispr. blz. 2793), vormt de aan de betrokken staat geboden mogelijkheid om opmerkingen in te dienen — ook wanneer deze meent daarvan geen gebruik te moeten maken — een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg, waarvan de inachtneming een voorwaarde is voor de regelmatigheid van de niet-nakomingsprocedure. Het in artikel 169 EEG-Verdrag bedoelde met redenen omkleed advies moet bijgevolg een coherente, gedetailleerde uiteenzetting bevatten van de redenen die de Commissie tot de overtuiging hebben gebracht, dat de betrokken lidstaat een van de krachtens het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen; het Hof kan echter niet even strenge eisen stellen aan de nauwkeurigheid van de ingebrekestelling, die noodzakelijkerwijze niet meer kan bevatten dan een eerste beknopte samenvatting van de bezwaren." Zie ook arrest van 17 september 1996, Commissie/Italië, aangehaald in voetnoot 17.

IV — De gegrondheid van het beroep

Ten overvloede zet ik mijn standpunt uiteen over de gegrondheid van het beroep van de Commissie, dat als volgt luidt:

27. Van belang is in de eerste plaats, dat volgens het gemeenschapsrecht de noodzaak van bescherming „zowel van de deelnemers in (...) rechtspersonen als van derden" [35] de openbaarmaking gebiedt van de statuten en de jaarrekeningen van sommige categorieën vennootschappen; het nemen van de passende maatregelen om deze bescherming te verzekeren, is aan de lidstaten opgedragen. Krachtens artikel 3 van de Eerste richtlijn moeten alle akten en alle gegevens die openbaar gemaakt dienen te worden, te worden gepubliceerd in het door de lidstaat aangewezen nationale publicatieblad. Artikel 6 van dezelfde richtlijn bepaalt voorts „De lidstaten stellen passende sancties vast ingeval de in artikel 2, lid 1, sub f, voorgeschreven openbaarmaking van de balans en van de winst- en verliesrekening wordt nagelaten." Bedoeld artikel 2, lid 1, sub f, van de Eerste richtlijn luidt als volgt: „De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de verplichte openbaarmaking betreffende vennootschappen tenminste plaatsvindt voor de volgende akten en gegevens: (...) de balans en de winst- en verliesrekening van elk boekjaar. In het document waarin de balans is opgenomen dient de identiteit te worden vermeld van de personen die krachtens de wet tot taak hebben deze te waarmerken. De verplichte toepassing van deze bepaling op de in artikel 1 vermelde vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid naar Duits (...) recht wordt evenwel uitgesteld tot de tenuitvoerlegging van een richtlijn betreffende de coördinatie van de inhoud van balansen en winst- en verliesrekeningen (...) De Raad zal deze richtlijn vaststellen binnen twee jaar volgende op het aannemen van onderhavige richtlijn." Artikel 47 van de Vierde richtlijn ten slotte bepaalt: „De jaarrekening wordt, na overeenkomstig de daarvoor geldende regels te zijn vastgesteld of goedgekeurd, tezamen met het jaarverslag en het verslag van de met de controle van de jaarrekening belaste persoon openbaar gemaakt op de wijze die in de wetgeving van elke lidstaat is vastgesteld overeenkomstig artikel 3 van richtlijn 68/151/EEG".

28. De Commissie is van mening, dat Duitsland deze verplichting uit hoofde van bovengenoemde bepalingen niet is nagekomen, nu zij geen passende sancties heeft ingevoerd op de niet-naleving van de publicatieplicht. De bepalingen omtrent de openbaarmaking van jaarrekeningen van kapitaalvennootschappen zijn in Duitsland opgenomen in de §§ 325 en volgende van het Handelsgesetzbuch (hierna: „HGB"). In § 335 HGB wordt een boete gesteld van 10 000 DM op niet-openbaarmaking van de jaarrekening van een vennootschap; die boete wordt echter door het Registergericht (de terzake van het handelsregister bevoegde rechterlijke instantie) niet ambtshalve opgelegd, maar alleen op vordering van een vennoot, van een schuldeiser, van de centrale ondernemingsraad of van de ondernemingsraad van de vennootschap. Volgens het betoog van de Commissie is deze sanctie in het geheel niet doeltreffend en beantwoordt zij niet aan de vereisten van de gemeenschapswetgeving; de publicatie-

35 — Deze noodzaak wordt uitdrukkelijk erkend in artikel 54, lid 3, sub f, van het Verdrag.

plichtige vennootschappen houden zich in overgrote meerderheid niet aan deze verplichting.

29. Ik ben van mening dat de vordering van de Commissie gegrond is, en dat de argumenten waarmee Duitsland zich tegen deze vorderingen verweert alle moeten worden verworpen.

30. In de eerste plaats faalt het argument van Duitsland, dat artikel 6 van de Eerste richtlijn de lidstaten zou verplichten om in het kader van de omzetting van de Vierde richtlijn passende sancties in te voeren om de openbaarmaking van jaarrekeningen af te dwingen. De Vierde richtlijn is de richtlijn waarnaar in artikel 2, lid 1, sub f, van de Eerste richtlijn verwijst; met de inwerkingtreding van deze laatste bepaling is ook de verplichting tot openbaarmaking van de balans en van de winst- en verliesrekening van kracht geworden. Nu met de Vierde richtlijn dus de regeling in de gemeenschappelijke rechtsorde is ingevoerd „(...) betreffende de coördinatie van de inhoud van balansen en winst- en verliesrekeningen" [36], is artikel 2, lid 1, sub f, van de Eerste richtlijn ten volle verbindend geworden. De logische consequentie is dus, dat op de lidstaten de verplichting rust om passende sancties in te voeren voor het geval de openbaarmaking van de balans en de winst- en verliesrekening achterwege blijft, die in artikel 6 van de Eerste richtlijn is voorgeschreven.

31. De Duitse regering stelt nog, dat de genoemde sanctie van § 335 HGB beantwoordt aan de verplichting die de gemeenschapsbepalingen, met name artikel 6 van de Eerste richtlijn, haar opleggen. Ter onderbouwing van deze stelling zet zij uiteen, dat de litigieuze gemeenschapsbepalingen niet de bescherming op het oog hebben van iedere natuurlijke of rechtspersoon, die ten opzichte van de kapitaalvennootschap als buitenstaande derde optreedt, maar alleen van haar schuldeisers, waaronder begrepen de werknemers. Derhalve noemt verweerster het terecht, dat de boete van § 335 HGB niet ambtshalve kan worden opgelegd, maar alleen op vordering van een vennoot, van een schuldeiser, van de centrale ondernemingsraad of van de ondernemingsraad van de vennootschap.

32. Deze uitlegging is naar mijn mening onjuist. Enerzijds beoogt artikel 54, lid 3, sub g, van het Verdrag, op grondslag waarvan de Eerste en Vierde richtlijn werden uitgevaardigd, „(...) de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in die rechtspersoon als van derden" in het algemeen, zonder dat die derden worden onderverdeeld in schuldeisers en anderen. Tot die derden behoren dus ook toekomstige schuldeisers, handelspartners en al degenen die wellicht aandelen in de vennootschap kopen. Anderzijds wordt in de considerans van de Eerste richtlijn vermeld dat „(...) de openbaarmaking derden in de gelegenheid moet stellen kennis te nemen van de voornaamste akten van de vennootschap en van bepaalde gegevens die haar betreffen (...)". Uit deze formulering valt op te maken, dat de publicatieplicht juist strekt tot de informatie van degenen die niet voldoende op de hoogte zijn van de toestand van de onderneming en hetgeen zich daarbinnen afspeelt, om te kunnen beoordelen of het raadzaam is daarmee enigerlei rechtsband aan te gaan. Meer in het algemeen beogen zowel de Eerste als de

36 — Artikel 2, lid 1, sub f, van de Eerste richtlijn.

Vierde richtlijn het verzekeren van een zo groot mogelijke transparantie van de activiteiten van vennootschappen en om die reden schrijven zij algemene openbaarmaking voor van een reeks gegevens, waaruit eenieder conclusies kan trekken inzake haar juridische en financiële situatie. Daarom zou het tegen de letter en de geest van die bepaling ingaan, wanneer de kring van personen waaraan die transparantie ten goede komst, zou worden beperkt; juist omdat een uitputtende opsomming van die personen onmogelijk is — de zakelijke en commerciële activiteiten gaan het voorstellingsvermogen van de wetgever te boven — heeft men er de voorkeur aan gegeven een verplichting van algemene gelding in te voeren, die de enige waarborg biedt voor een volledige rechtsbescherming. Beperking van de kring van personen die volgens het Duitse recht oplegging van boeten kunnen vorderen wegens niet-openbaarmaking van de jaarrekening is daarom niet verenigbaar met de litigieuze gemeenschapsbepalingen.

33. Gelet op bovenstaande, meen ik dat de huidige Duitse wetgeving niet beantwoordt aan de vereisten van artikel 6 van de Eerste richtlijn, die is dus niet correct in de nationale rechtsorde is omgezet. Er kan niet worden gesproken van een „passende sanctie" waarmee naleving van een verplichting erga omnes moet worden afgedwongen overeenkomstig het bepaalde in artikel 6 van de Eerste richtlijn, wanneer voor toepassing van die sanctie als noodzakelijke voorwaarde geldt, dat zulks wordt gevorderd door een beperkt aantal rechthebbenden, die er niet eens altijd belang bij hebben om de betrokken procedure op gang te brengen. Aangezien de betrokken sanctieprocedure in de meeste gevallen van niet-naleving van de publicatieplicht uiteraard geen effect kan sorteren, kan niet worden gesteld dat zij beantwoordt aan het vereiste van geschiktheid in artikel 6 van de Eerste richtlijn. In het licht van bovenstaande meen ik dat Duitsland zijn verplichtingen uit hoofde van deze gemeenschapsbepaling niet is nagekomen. Deze niet-nakoming kan ten slotte ook niet worden gerechtvaardigd of gedekt door het feit, dat het opleggen van sancties aan alle vennootschappen die hun jaarrekeningen niet publiceren, wegens hun grote aantal de Duitse overheid voor aanzienlijke problemen zou plaatsen, die naar zeggen van de Duitse regering zelf niet in verhouding zouden staan tot het door de gemeenschapswetgever nagestreefde doel. Volgens vaste rechtspraak van het Hof „kan een lidstaat zich niet op nationale situaties beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van door gemeenschapsrechtelijke bepalingen opgelegde verplichtingen en termijnen". [37]

34. Duitsland is dus haar verplichtingen niet nagekomen die krachtens het primaire en secundaire gemeenschapsrecht op haar rusten; het beroep van de Commissie zou stellig toewijsbaar zijn geweest, wanneer de niet-ontvankelijkheid daaraan niet in de weg stond.

37 — Arresten van 19 februari 1991, Commissie/België (C-374/89, Jurispr. blz. I-367, punt 10); 7 april 1992, Commissie/Griekenland (C-45/91, Jurispr. blz. I-2509, punt 21), en 29 juni 1995, Commissie/Griekenland (C-109/94, C-207/94 en C-225/94, Jurispr. blz. I-1791, punt 11).

V — Conclusie

35. Gelet op bovenstaande geef ik het Hof in overweging:

1) het beroep van de Commissie te verwerpen;

2) verzoekster te verwijzen in de kosten.