

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
G. TESAURO  
van 16 december 1993 \*

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

1. In de onderhavige zaak verzoekt de Franse Republiek krachtens de artikelen 33 EGKS-Verdrag en 173, eerste alinea, EEG-Verdrag om nietigverklaring van de op 23 september 1991 te Washington ondertekende en op diezelfde datum in werking getreden overeenkomst tussen de Commissie en de regering van de Verenigde Staten betreffende de toepassing van hun mededingingsrecht.

Het beroep van de Franse regering, aan wier zijde de Nederlandse en de Spaanse regering hebben geïntervenieerd, berust voornamelijk op de stelling, dat de overeenkomst gesloten zou zijn in strijd met de communautaire regels inzake de bevoegdheid tot het sluiten van akkoorden, meer in het bijzonder met artikel 228 EEG-Verdrag. De Franse regering stelt bovendien het ontbreken van motivering, schending van het rechtszekerheidsbeginsel en van het communautaire mededingingsrecht.

2. Om te beginnen zal ik de context van het geding beschrijven en de verschillende stappen die tot het sluiten van de overeenkomst hebben geleid.

Tot de relevante teksten over de zogenoemde „extraterritoriale” toepassing van de mededingingsregels en de daaruit mogelijk voortvloeiende problemen in de verhouding tussen de naar hun inhoud en oorsprong verschillende wetgevingen, behoren enkele aanbevelingen van de Raad van de OESO<sup>1</sup> betreffende de toepassing van de door de Lid-Staten veelvuldig gebruikte procedurele mechanismen van kennisgeving en raadpleging.<sup>2</sup> Ik wil met name wijzen op de aanbeveling van 21 mei 1986, die de voorgaande aanbeveling van 25 september 1979 betreffende de samenwerking tussen de leden op het gebied van beperkende handelspraktijken die de internationale handel beïnvloeden, wijzigde en verving.<sup>3</sup> De daarop volgende aanbeveling van 23 oktober 1986, betreffende de samenwerking tussen de leden „op potentiële conflictgebieden tussen het

1 — Zie over dit probleem en voor een analyse van de aanbevelingen op dit gebied, de OESO-publicatie: *Mise en oeuvre du droit de la concurrence. Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, Parijs, 1984.

2 — Voor een analyse van deze problemen, zie vooral Picone, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale in „Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale”*, Padova, 1989, blz. 80 e. v.

3 — De aanbeveling van 25 september 1979 was op haar beurt gewijzigd en verving de aanbevelingen van 5 oktober 1967 en 3 juli 1973.

\* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

mededingings- en het handelsbeleid”, is eveneens relevant.

Het is de aanbeveling van de OESO van 1979, in de gewijzigde versie van 1986, die volgens de Commissie zelf als referentiekader diende voor de omschrijving van bepaalde moeilijkheden in verband met de extraterritoriale toepassing van de mededingingsregels, die zich dikwijls tussen de Verenigde Staten en de EEG voordeden en waarvoor bij het litigieuze akkoord een oplossing werd gevonden.

3. Van oordeel dat „de veranderingen die zich gedurende de laatste jaren in de internationale economie hebben voorgedaan (...) een veel ambitieuzer kader verlangen”, met name de vaststelling van een „*juridisch bindend document in plaats van een niet-bindende aanbeveling*”, met een verreichende en innovatieve inhoud<sup>4</sup>, heeft de Commissie tijdens bijeenkomsten die eind 1990 plaatsvonden, de mogelijkheid besproken met de Amerikaanse autoriteiten om hun betrekkingen, die zich tot dan toe op facultatieve basis afspeelden binnen het door de aanbevelingen van de OESO gegeven kader, in een akkoord te formaliseren, zodat er een nauwere samenwerking zou ontstaan gebaseerd op een juridisch bindend instrument.

<sup>4</sup> — De Commissie drukte zich in die zin uit in de „toelichting” bij de ontwerp-overeenkomst tussen de EEG en de Verenigde Staten op het gebied van het mededingingsrecht, die zij de Lid-Staten tegelijk met de ontwerp-overeenkomst zond. Cursivering van mij.

De onderhandelingen verliepen voorspoedig en eind juli 1991 was een nagenoeg definitieve tekst klaar. De ontwerp-overeenkomst is vervolgens naar de op mededingingsgebied bevoegde nationale autoriteiten van de Lid-Staten gezonden, vergezeld van een toelichting waarin onder meer werd gesteld, dat de betrokken tekst een „administratieve” overeenkomst was.

4. Tijdens de bijeenkomst van 5 september 1991, die door de Commissie was georganiseerd om de vertegenwoordigers van de Lid-Staten de gelegenheid te geven hun opmerkingen over het akkoord te maken, hadden sommige Lid-Staten bedenkingen ten aanzien van de rechtsgrondslag ervan, met name ten aanzien van de bevoegdheid van de Commissie ter zake, alsmede wat betreft de eventuele noodzaak van een onderhandelingsmandaat van de Raad en de aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Omdat zij eveneens vragen hadden over verschillende andere punten van het akkoord, zoals de bescherming van de vertrouwelijkheid en de raadplegingsprocedures, wensten de vertegenwoordigers van deze Lid-Staten een nieuwe bijeenkomst, teneinde de nationale deskundigengroep de gelegenheid te geven de betrokken tekst te bespreken. De commissaris Concurrentie sloot deze mogelijkheid echter uit voor enkele principiële punten, met name wat de opportuniteit van het sluiten van de samenwerkingsovereenkomst met de Verenigde Staten en de gekozen vorm betreft. Hij ging slechts met een volgende bijeenkomst akkoord, indien de nationale deskundigen zich zouden beperken tot de technische aspecten. Tijdens deze op 9 september gehouden bijeenkomst hebben de nationale deskundigen zich dus beperkt tot technische opmerkingen, waarvan sommige zijn overgenomen in het ontwerp-akkoord.

De daaropvolgende dag, 10 september 1991, heeft de Commissie blijkens de notulen van de vergadering de ontwerp-overeenkomst goedgekeurd en haar vice-voorzitter gemachtigd om de definitieve tekst op te stellen en om de overeenkomst namens de instelling te ondertekenen en te sluiten.

De tekst van de overeenkomst, die in Washington op 23 september namens de regering van de Verenigde Staten werd ondertekend door de Minister van Justitie en de voorzitter van de Federal Trade Commission en namens de Commissie door de voor mededingingszaken bevoegde commissaris, is de Lid-Staten bij brief van 7 oktober 1991 van de directeur-generaal Concurrentie (DG IV) toegezonden.

5. De overeenkomst heeft tot doel: „de samenwerking en coördinatie te bevorderen en de mogelijkheid of de gevolgen van geschillen tussen de partijen bij de toepassing van hun mededingingsrecht te verminderen” (artikel 1, lid 1). Zij wil dus, door voorkoming ervan, eventuele conflicten vermijden die uit de extraterritoriale toepassing van de mededingingsregels kunnen voortvloeien.

Met het oog daarop moet verplicht kennis worden gegeven van maatregelen met betrekking tot het toezicht op en de toepassing van

de mededingingsregels<sup>5</sup>, wanneer deze van invloed kunnen zijn op de belangen van de andere partij (artikel 2); voorts is voorzien in de uitwisseling van informatie tussen de bevoegde autoriteiten van elke partij, waarvoor tweemaal per jaar bijeenkomsten moeten worden georganiseerd (artikel 3); er bestaat eveneens een verplichting tot samenwerking en coördinatie (artikel 4) die, zoals uit de bepaling blijkt en is beklemtoond door de Commissie zelf, „zelfs toelaat dat een der partijen het voortouw neemt met betrekking tot een bepaalde mededingingsbeperking, terwijl de andere partij zich ervan weerhoudt om diezelfde activiteiten te dupliceren. Ook zouden partijen de werkzaamheden onderling kunnen verdelen.”<sup>6</sup> In geval van samenvalende belangen in aangelegenheden die zowel de communautaire markt als die van de Verenigde Staten betreffen, is het dus mogelijk, dat de autoriteiten de onderzoekstaken onderling verdelen.

De samenwerking inzake met de mededinging strijdige activiteiten op het grondgebied van een partij die de belangen van de andere partij ongunstig beïnvloeden omvat eveneens, en dat is een nieuw element ten opzichte van soortgelijke akkoorden, de „positive comity”: volgens artikel 5 kan elke partij de andere verzoeken om rekening te houden met zijn belangen en om onderzoeksmaatregelen te treffen ten aanzien van

5 — Wat de Gemeenschap betreft, behoren tot die regels de artikelen 85, 86, 89 en 90 EEG-Verdrag, verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, de artikelen 65 en 66 EGKS-Verdrag en hun uitvoeringsverordeningen, waaronder beschikking nr. 24/54 van de Hoge Autoriteit, alsmede alle andere wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarvan partijen bij schriftelijke overeenkomst verklaren dat zij „behoren tot het mededingingsrecht” in de zin van de overeenkomst (artikel 1, lid 2, sub a-ii).

6 — Toelichting die met de ontwerp-overeenkomst aan de Lid-Staten is gezonden.

met de mededinging strijdige activiteiten die plaatsvinden op het grondgebied van de autoriteit tot wie het verzoek is gericht, en die gevolgen kunnen hebben voor de markt van de verzoekende autoriteit.

(artikel 11, lid 2) en moet zij met inachtneming van de resultaten van de werking ervan twee jaar na de inwerkingtreding worden herzien, in het bijzonder teneinde te bepalen of de belangen van partijen door een nauwere samenwerking beter kunnen worden gediend (artikel 11, lid 3).

Naast deze procedure bevat de overeenkomst een „traditional comity”-regeling, dat wil zeggen de verplichting om „bij besluiten over het al dan niet inleiden van een onderzoek of procedure, met betrekking tot het voorwerp van een onderzoek of procedure, met betrekking tot de aard van de te treffen herstelmaatregelen of sancties en voor zover nodig op andere wijze”, naar behoren rekening te houden met gewichtige belangen van de andere partij (artikel 6). Bij de toepassing van die bepaling moeten de partijen een reeks, tot in detail opgesomde beginselen in acht nemen. Er bestaat eveneens een procedure voor overleg met betrekking tot aangelegenheden die verband houden met het akkoord (artikel 7), en het akkoord omschrijft zelfs de vorm van de communicatie tussen de bevoegde autoriteiten (artikel 10).

Voorts zijn bepalingen opgenomen over de vertrouwelijkheid van informatie; partijen behoeven elkaar geen informatie te verstrekken, indien mededeling ervan verboden is volgens het recht van de partij die over de informatie beschikt, of onverenigbaar is met gewichtige belangen van die partij (artikel 8). Ook is bepaald, dat niets in de overeenkomst mag worden uitgelegd op een wijze die onverenigbaar is met, of een wijziging zou vereisen van het bestaande recht van de beide partijen (artikel 9). Ten slotte kan de overeenkomst met inachtneming van een opzegtermijn van twee maanden worden beëindigd

6. Blijkens deze korte schets van de inhoud van de overeenkomst bevat zij een reeks functionele en procedurele verplichtingen die gericht zijn op coördinatie, bedoeld ter vermindering van de moeilijkheden die kunnen ontstaan door de toepasselijkheid van meerdere mededingingsregelingen op een en hetzelfde geval.

Zoals gezegd, vordert de Franse regering nietigverklaring van de overeenkomst, voornamelijk op grond van onbevoegdheid van de Commissie tot sluiting ervan. De grief betreffende schending van het rechtszekerheidsbeginsel en het middel ontleend aan schending van het communautaire mededingingsrecht komen, zoals wij zullen zien, per slot van rekening ook neer op de stelling dat de Commissie onbevoegd was een dergelijke overeenkomst te sluiten.

Alvorens tot de inhoudelijke beoordeling over te gaan, wil ik enkele opmerkingen maken over de ontvankelijkheid van het beroep.

## De ontvankelijkheid

7. Zoals bekend, gaat het Hof krachtens artikel 173, eerste alinea, EEG-Verdrag de wetmatigheid na van de handelingen van de instellingen, „voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft”. Volgens de relevante rechtspraak hangt de toetsingsbevoegdheid van het Hof niet zozeer af van de uiterlijke vorm van de handeling, als wel van de gevolgen en de inhoud ervan.<sup>7</sup> In het arrest „AETR”<sup>8</sup> preciseerde het Hof immers, dat beroep tot nietigverklaring dient open te staan tegen „alle door de instellingen getroffen bepalingen — ongeacht hun aard of vorm — die beogen rechtsgevolgen teweeg te brengen”.

Wat de vraag betreft, of de handeling bestemd is om rechtsgevolgen teweeg te brengen, volstaat de opmerking, dat de Commissie, ofschoon zij de overeenkomst als minder belangrijk omschrijft, zelf niet bestrijdt dat er voor de contracterende partijen verplichtingen uit voortvloeien, dit wil zeggen, dat het een handeling is bedoeld om rechtsgevolgen teweeg te brengen<sup>9</sup>, zoals wij hieronder (punten 18-22) ook zullen zien.

8. Aangezien de Franse Republiek de overeenkomst als zodanig formeel betwist, is het

voor de ontvankelijkheid van het beroep onvermijdelijk de vraag te stellen, of de overeenkomst kan worden beschouwd als een „handeling van de instellingen” in de zin van artikel 173 en, zo neen, of dit beroep in elk geval, gelijk de Franse regering ter terechtzitting stelde, kan worden beschouwd als impliciet gericht tegen het communautaire „besluit” waarbij de sluiting van de overeenkomst werd toegestaan.

Ofschoon de Commissie zich afvraagt, of de Franse regering niet beroep had moeten instellen tegen het besluit van 10 september 1991 waarbij ondertekening van de overeenkomst met de Verenigde Staten werd goedgekeurd, in plaats van tegen de overeenkomst als zodanig, heeft zij geen formele exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen, doch zich ter zake aan het oordeel van het Hof gerefereerd.

Niettemin heeft zij gesteld, dat de controle van het Hof onder artikel 173 slechts betrekking kan hebben op handelingen van de instellingen, en dat hieronder zeer zeker geen overeenkomst valt: aangezien een derde land aan de totstandkoming ervan heeft meegewerkt, is het geen eenzijdige handeling van een gemeenschapsinstelling en kan het evenmin als zodanig worden beschouwd. Uit de rechtspraak waarin het Hof zich bevoegd heeft verklaard, om bij prejudiciële beslissing eveneens akkoorden uit te leggen<sup>10</sup>, blijkt volgens de Commissie, dat alleen de handeling betreffende de sluiting van het akkoord en niet de overeenkomst zelf kan worden getoetst.

7 — Zie laatstelijk het arrest van 16 juni 1993, zaak C-325/92, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1993, blz. I-3283, r. o. 9.

8 — Arrest van 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad, Jurispr. 1971, blz. 263, r. o. 42.

9 — Zie blz. 5 en 6 van het verweerschrift.

10 — Zie in het bijzonder het arrest van 30 april 1974, zaak 181/73, Haegeman, Jurispr. 1974, blz. 449.

9. In dit verband wil ik in de eerste plaats opmerken, dat de rechtspraak van het Hof op dit gebied nergens de mogelijkheid uitsluit een overeenkomst rechtstreeks te betwisten. Er zijn zelfs verschillende elementen die voor het tegenovergestelde lijken te pleiten.

Voor zijn bevoegdheid om overeenkomsten tussen de Gemeenschap en derde landen bij prejudiciële beslissing uit te leggen, heeft het Hof immers aangenomen, dat deze gelijk zijn te stellen met handelingen van de instellingen. Zo bevestigde het Hof in het arrest Haegeman<sup>11</sup> uitdrukkelijk, dat een overeenkomstig artikel 228 EEG-Verdrag gesloten overeenkomst „wat de Gemeenschap betreft, een handeling is, welke door een der instellingen van de Gemeenschap is verricht in de zin van artikel 177, eerste alinea, sub b”, en dat „de bepalingen van de overeenkomst vanaf de inwerkingtreding daarvan, een integrerend bestanddeel der communautaire rechtsorde vormen”.

Omdat het Hof in dit arrest verwees naar het besluit van de Raad betreffende de sluiting van de betrokken overeenkomst, is de door mij zojuist geciteerde passage aldus uitgelegd, dat de bevoegdheid van het Hof tot uitlegging van bepalingen van internationale overeenkomsten slechts kon berusten op een handeling van de communautaire executieve. Niettemin is het zo, dat het Hof ook in latere arresten op dit gebied heeft herhaald, dat ter wille van hun uitlegging akkoorden

wat de Gemeenschap betreft handelingen van instellingen vormen.<sup>12</sup>

10. Nog belangrijker voor de vragen die ons hier bezighouden is echter, dat het Hof zelf reeds in advies 1/75<sup>13</sup> — zij het slechts in een obiter dictum — ondubbelzinnig zijn bevoegdheid heeft bevestigd om door de Gemeenschappen gesloten internationale akkoorden achteraf te toetsen. Het Hof verklaarde daar immers, dat het „hetzij (...) op grond van artikel 169 of artikel 173 van het Verdrag, hetzij door middel van een prejudiciële procedure” kan worden gevraagd „of het sluiten van een bepaald akkoord al dan niet tot de bevoegdheden van de Gemeenschap behoort en of deze bevoegdheden eventueel zijn uitgeoefend overeenkomstig de bepalingen van het Verdrag”.<sup>14</sup>

In de eerste plaats is dus duidelijk, dat (ook) de toetsingsmogelijkheid uit hoofde van artikel 173 voortvloeit uit het feit, dat de uitoefening van externe bevoegdheden van de Gemeenschap onderworpen is aan naleving van de door het Verdrag gegeven formele en materiële regels. In de tweede plaats is evident, dat de mogelijkheid van rechtstreekse toetsing van door de Gemeenschap gesloten akkoorden nergens wordt uitgesloten, aangezien het Hof terecht uitdrukkelijk heeft bevestigd, dat het in het kader van een beroep ex artikel 173 kan toetsen, of de bevoegdheid om een akkoord te sluiten is

12 — Deze oplossing is eveneens aanvaard voor gemengde overeenkomsten: zie bij voorbeeld arrest van 30 september 1987, zaak 12/86, Demirel, Jurispr. 1987, blz. 3719, r. o. 7.

13 — Advies van het Hof van 11 november 1975, Jurispr. 1975, blz. 1355.

14 — Advies 1/75, reeds aangehaald, blz. 1361.

11 — Arrest van 30 april 1974, reeds aangehaald, r. o. 3-5.

uitgeoefend overeenkomstig de verdragsbepalingen.

11. Het Hof heeft echter tot nu toe niet de gelegenheid gehad een dergelijke toetsing achteraf concreet uit te oefenen, ook al heeft het zich al wel uitgesproken over de wettigheid van een communautaire handeling inzake de sluiting van een verdrag.<sup>15</sup> Blijft dus de vraag, of deze toetsing alleen indirect mogelijk is, dus in een beroep tegen een verordening of een besluit inzake de sluiting van een akkoord, of ook wanneer het akkoord rechtstreeks wordt betwist.

Mij lijkt deze vraag een zuiver formele. Ik ben namelijk van mening, dat in een communautair rechtsstelsel dat zonder enige uitzondering alle handelingen en gedragingen van instellingen, particulieren en Lid-Staten die voor het stelsel zelf van belang zijn, aan rechterlijke controle onderwerpt, de rechtmatigheid van de procedure van sluiting van een akkoord met een derde land in redelijkheid niet van toetsing kan worden uitgesloten. Of deze toetsing geschiedt in een beroep dat uitdrukkelijk tegen het akkoord als zodanig is gericht of tegen een handeling betreffende het akkoord, of ten slotte zelfs tegen een impliciete handeling, lijkt mij een secundaire vraag die elk belang mist.

15 — Arrest van 27 september 1988, zaak 165/87, Commissie/Raad, Jurispr. 1988, blz. 5545.

12. Wat het probleem betreft van de gevolgen van een eventuele vaststelling van de onbevoegdheid van één der partijen voor het voortbestaan van het akkoord — een probleem dat mijns inziens ten onrechte in de doctrine dikwijls wordt besproken in verband met het door mij zojuist onderzochte probleem<sup>16</sup> —, volstaat een enkele kanttekening. Want in de eerste plaats is het een probleem dat pas later speelt en adequaat is geregeld in het internationale recht, met name in artikel 46 van het Verdrag van Wenen van 21 maart 1986 inzake het recht van verdragen tussen staten en internationale organisaties of tussen internationale organisaties. En in de tweede plaats doet het zich — en zonder ooit tot geschillen aanleiding te zijn geweest — voor in de meeste rechtsstelsels waarin het beleid van de executieve inzake externe betrekkingen niet aan rechterlijke controle is onttrokken, althans wat de rechtmatigheid van de procedure van de sluiting van akkoorden betreft.<sup>17</sup>

13. Voor het geval het Hof tot een andere conclusie mocht komen, zal ik onderzoeken of men ervan uit kan gaan, dat het onderhavige beroep, gelijk de Franse regering stelt, gericht is tegen het besluit waarbij sluiting van de overeenkomst werd goedgekeurd.

16 — Zie vooral: J. Rideau, „Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux” in *Revue générale de droit international public*, 1990, blz. 289 e. v., in het bijzonder blz. 380 e. v.

17 — Het is bijna onnodig hieraan toe te voegen, dat het probleem van de gevolgen van een eventuele nietigverklaring voor de nakoming van de op internationaal niveau aangegane verplichtingen hetzelfde is, of het nu om een verklaring van „nietigheid” van het akkoord gaat, wel te verstaan wat de Gemeenschap betreft, of dat de handeling waarbij sluiting van het akkoord werd goedgekeurd en die daarvoor dus de rechtsgrondslag vormt, nietig wordt verklaard.

Vanuit deze invalshoek lijkt het mij juist, een schematisch overzicht te geven van de in dat opzicht relevante gegevens:

— aan de onderhandelingen tussen de Commissie en de Verenigde Staten is geen handeling van de Raad voorafgegaan noch is er contact geweest met de Lid-Staten;

— de ontwerp-overeenkomst is de Lid-Staten te zamen met een toelichting toegezonden;

— het ontwerp is vervolgens (op 10 september 1991) goedgekeurd door de Commissie, die haar vice-voorzitter op diezelfde dag heeft gemachtigd de overeenkomst te ondertekenen en te sluiten; dit besluit is echter alleen opgenomen in de notulen van de vergadering, die de Lid-Staten niet zijn meegedeeld;

— de overeenkomst is op 23 september 1991 ondertekend;

— de ondertekende overeenkomst is de Lid-Staten toegezonden bij brief van 7 oktober 1991 van de directeur-generaal Concurrentie.

14. Het „besluit” om de overeenkomst aan te gaan is dus enkel opgenomen in de notulen van de Commissievergadering van 10 september, maar is niet gepubliceerd of op een andere manier ter kennis van de Lid-Staten gebracht. Het valt dan ook moeilijk in te zien, hoe verzoekster een besluit zou kunnen betwisten waarvan zij zelfs niet wist dat het bestond en dat pas boven tafel is gekomen toen het Hof, ter voltooiing van de instructie in deze zaak, overlegging ervan vroeg.

Om dit ontegenzeggelijke bezwaar goed te praten stelt de Commissie, dat de Franse Republiek *het bestaan* van een dergelijk besluit kon en zelfs moest *vermoeden*, omdat zij bekend moest zijn geweest met het ter zake bepaalde in het reglement van orde en omdat het betrokken besluit was „aangekondigd” — in welke vorm, is niet duidelijk — aan de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten.

Op een dergelijk betoog lijkt mij geen bijzondere reactie noodzakelijk. Het interne besluit waarbij de commissaris werd gemachtigd om de overeenkomst namens de Commissie te ondertekenen, is niet alleen genomen op grond van een procedure die op zich geenszins gebruikelijk is<sup>18</sup>, maar die bovendien niet het stadium heeft gepasseerd van de notulen van de vergadering waarop het besluit is genomen. Ik ben derhalve van

18 — Ik doel op het feit, dat besluiten betreffende de ondertekening van akkoorden normaliter nauwkeurig worden opgenomen in de relevante notulen, maar worden gevolgd door een besluit tot goedkeuring van het akkoord (besluit tot het aangaan van het akkoord), dat wordt gepubliceerd; dit geldt echter kennelijk voor door de Raad gesloten akkoorden.



mening, dat men de Franse Republiek niet kan verwijten geen beroep te hebben ingesteld tegen een „besluit”, dat in geen enkele handeling, in welke vorm dan ook, zelfs zonder benaming, is belichaamd.

15. Wat het andere argument van de Commissie betreft, dat verzoekster ook beroep had kunnen instellen tegen de brief van 7 oktober 1991 waarbij het akkoord was meegezonden, volstaat de opmerking, dat deze brief slechts een begeleidend schrijven was waarvoor men bovendien niet een instelling, maar slechts één van haar ambtenaren verantwoordelijk kan stellen. Het betreft dus een „document”, dat niet tot doel heeft noch kan hebben de geadresseerde nadeel te berokkenen waartegen deze zou kunnen opkomen, en dat in geen geval kan worden beschouwd als een besluit of als een voor beroep vatbare handeling in de zin van de door mij reeds geciteerde rechtspraak van het Hof op dit gebied.<sup>19</sup>

16. Onder deze omstandigheden lijkt mij, dat een niet-ontvankelijkverklaring in een zaak als deze buitengewoon formalistisch zou zijn en per slot van rekening zou neerkomen op de op zijn minst paradoxale uitspraak, dat het onmogelijk is te controleren of het akkoord zelf voldoet aan de door het Verdrag gegeven regels voor het sluiten van akkoorden, wanneer er geen formeel besluit waarbij een onderhandelingsmandaat is verleend of waarbij het akkoord is goedgekeurd,

of enige andere met het akkoord verband houdende „communautaire” handeling bestaat.

Om kort en duidelijk te zijn, een dergelijke uitspraak zou louter een farce zijn. Bevestiging van de hier besproken stelling zou immers een vrijbrief betekenen voor elke vorm van procedurele achteloosheid, wat dus het geschiktste middel zou worden om een handeling tegen het risico van aantasting te vrijwaren.

Ik ben in elk geval van mening, dat zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat een akkoord als zodanig niet op basis van artikel 173 kan worden bestreden, het onderhavige beroep toch ontvankelijk moet worden verklaard. Aangezien betwisting van de gewone communautaire handeling „betreffende het sluiten van het akkoord”, dat in het onderhavige geval niet is genomen of althans verzoekster niet is medegedeeld, „materieel” gezien immers niet mogelijk is, is de enig denkbare oplossing om het beroep te beschouwen als impliciet gericht tegen het besluit, welke dat ook moge zijn, waarbij de sluiting van de overeenkomst werd toegestaan.

#### Ten gronde

17. Het essentiële probleem is dus, of de Commissie al dan niet bevoegd is een dergelijke overeenkomst, die zij omschrijft als

<sup>19</sup> — Zie punt 7. Zie bovendien arrest van 19 mei 1993, zaak C-198/91, Cook, Jurispr. 1993, blz. I-2487, r. o. 14, waarin het Hof oordeelde, dat een informatief schrijven geen besluit vormt waartegen beroep tot nietigverklaring kan worden ingesteld.

„administratief”, te sluiten. In wezen heeft de Commissie haar hele verdediging rondom deze kwalificatie gebouwd, in die zin dat zij heeft gesteld en nog steeds stelt, althans binnen de grenzen van juist deze categorie „administratieve” akkoorden bevoegd te zijn met derde landen te contracteren.

### *De kwalificatie van de overeenkomst*

18. Om elke mogelijke dubbelzinnigheid uit te sluiten en ten behoeve van het hierna volgende betoog, zal ik beginnen met een kwalificatie te geven van de betrokken overeenkomst op basis van het internationale recht.

De bedoelde overeenkomst — formeel „overeenkomst” genaamd en gesloten tussen de Commissie en de regering van de Verenigde Staten, in welker rechtsorde het de vorm van een „executive agreement”<sup>20</sup> heeft — lijkt mij geen andere kenmerken te hebben dan de gewone internationale overeenkomsten. Om het karakter van de overeenkomst te bepalen, dient men zich in elk

20 — Dienaangaande volstaat de opmerking, dat deze benaming is gereserveerd voor akkoorden die de president zonder goedkeuring van de Senaat heeft gesloten. Het betreft een in de Verenigde Staten veelvuldig gebruikte procedure die haar grondslag vindt in een praktijk die de instemming van de Supreme Court heeft gekregen. Het is bijna onnodig hieraan toe te voegen, dat de „executive agreements”, wat hun gevolgen en hun plaats in de internationale rechtsorde betreft, in niets verschillen van internationale akkoorden die zijn gesloten volgens de in de federale grondwet vastgelegde procedure van parlementaire goedkeuring.

geval te richten op de identiteit van de geadresseerden, de wil van de contractpartijen, de inhoud van de overeenkomst en eventuele sanctiebepalingen in geval van niet-naleving ervan.

19. Vanuit deze invalshoek gezien, moet ik er primair op wijzen, dat ook al wordt de Commissie formeel aangewezen als partij, blijkens de tekst van sommige bepalingen van de overeenkomst het de Gemeenschap is die op internationaal niveau gebonden is. In dat verband behoeft men slechts te denken aan de bepalingen die spreken van het „grondgebied van partijen” (artikel 2, lid 2, sub b), van „één van haar staten of Lid-Staten” (artikel 2, lid 2, sub c), en vooral aan het feit dat de Commissie is aangewezen als de op mededingingsgebied bevoegde autoriteit voor de *Europese Gemeenschappen* (artikel 1, lid 2, sub b-i) en dat ook het mededingingsrecht dat het voorwerp van de overeenkomst vormt, wordt gedefinieerd voor de Europese Gemeenschappen (artikel 1, lid 2, sub a-i).

De bewoordingen van het akkoord zijn dus duidelijk: het is de Gemeenschap die op internationaal niveau gebonden is en het is zij die als de echte contractpartij moet worden beschouwd. In haar opmerkingen over de interventie van de Spaanse en de Nederlandse regering heeft de Commissie overigens zelf erkend, dat het na het verzoek van de Amerikaanse regering om — om reden van constitutionele aard — als partij bij de overeenkomst te worden vermeld, „*vanzelf sprak, dat de andere contractpartij de*

*Gemeenschap moest zijn*”, te meer daar „*de Commissie geen internationale rechtspersoonlijkheid heeft en het derhalve juridisch juist was de Gemeenschap te vermelden als partij bij de overeenkomst*”. Weliswaar preciseerde zij vervolgens in antwoord op een vraag van het Hof, dat deze uitspraken in het algemeen gelden, maar niet in het onderhavige geval, blijkens het feit dat het opschrift van de overeenkomst de naam van de Commissie vermeldt naast die van de regering van de Verenigde Staten, doch deze omstandigheid lijkt mij absoluut irrelevant.

20. De wil van partijen om zich te binden lijkt eveneens duidelijk. De Commissie zelf heeft immers uitdrukkelijk verklaard, dat het sluiten van een dergelijke overeenkomst was ingegeven door de wens om verder te gaan dan de *OESO-aanbevelingen*. Dit zou niet alleen bereikt moeten worden door het vastleggen van verstrekkendere samenwerkings- en coördinatievormen, maar eveneens en vooral door het vastleggen van vaste en verplichte gedragingen in het kader van een *juridisch bindend* instrument.

Wat de aard van de in de overeenkomst vastgelegde verplichtingen betreft, deze zijn — zoals gezegd — van functionele en procedurele aard en in elk geval zijn het verplichtingen die de partijen, en dus de Gemeenschap, binden en die zonder enige twijfel een internationaal akkoord vormen.

21. Daar komt bij, dat er een uitdrukkelijk clause is opgenomen over de opzegging van de overeenkomst: tussen de opzegging en het einde van de gevolgen van de overeenkomst ligt een periode van twee maanden. Dit is ontegenzeggelijk een clause die typisch is voor een juridisch instrument dat verplichtingen voor de partijen beoogt te creëren.

Wat ten slotte de sancties betreft, het ontbreken van een uitdrukkelijke bepaling daarover is geenszins verbazend, om de eenvoudige reden dat een internationaal akkoord is onderworpen aan de regel *pacta sunt servanda* en het niet nodig is elke keer in een bijzondere bepaling hieraan te herinneren. Evenmin moet te veel waarde worden gehecht aan het feit, dat de enige toegestane reactie op een eventuele niet-nakoming de stopzetting van de uitvoering van de overeenkomst is; dit is een kenmerk van vele bilaterale akkoorden en met name van die gesloten door internationale organisaties, waarvan het uiterst omstreden is of zij wel het voorwerp van de in de internationale rechtsorde gewoonlijk voorziene sancties kunnen zijn. Men kan hooguit denken aan economische represailles die, zoals bekend, niet unaniem als sancties in eigenlijke zin worden beschouwd.

Resumerend lijkt er mij geen twijfel over te kunnen bestaan, dat de door de Commissie gesloten overeenkomst een internationaal akkoord is en beoogt te zijn, dat voor de Gemeenschap op zijn minst functionele en procedurele verplichtingen meebrengt en derhalve door het internationale recht wordt beheerst.

22. Ik behoeft hier nauwelijks aan toe te voegen, dat de categorie administratieve akkoorden, opgevat als een van de internationale akkoorden verschillende categorie, als zodanig onbekend is in het internationale recht. Het is meer de naam van een bepaalde, typisch nationale praktijk, vanzelfsprekend daar waar dat soort akkoord een specifieke betekenis heeft. Het internationale recht kent akkoorden met bindende kracht en — om volledig te zijn — de bijzondere categorie akkoorden zonder bindende werking<sup>21</sup>, die op verschillende en originele wijze worden aangeduid, maar die men in wezen tot twee soorten kan terugbrengen: de „gentlemen's agreements”, die soms een belangrijke politieke waarde kunnen hebben en waarin zelfs een internationaal controlemechanisme voor de naleving ervan kan zijn opgenomen<sup>22</sup>, en de „afspraken”, die zijn bedoeld om oriëntaties en gedragslijnen in bepaalde sectoren te consolideren, maar elke juridische waarde missen, zoals overigens meestal blijkt uit de uitdrukkelijke wil van partijen.<sup>23</sup> Het lijkt mij in dit verband niet overbodig erop te wijzen, dat dergelijke akkoorden hoe dan ook gewoonlijk worden gesloten door de daartoe bevoegde autoriteiten en niet door een willekeurige autoriteit of instelling.

eenheden worden gesloten om samenwerkingsvormen te creëren met administraties van andere staten die gelijksoortige bevoegdheden hebben. Deze categorie „akkoorden”, die *duidelijk geen internationale akkoorden zijn* en — inderdaad — eveneens worden gesloten door organen die een staat op internationaal niveau niet rechtsgeldig kunnen binden, wordt in feite getolereerd; ze komen neer op onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen administraties die in het kader van hun discretionaire bevoegdheid handelen, en worden dus zeer zeker niet beheerst door het internationale recht.<sup>24</sup>

Gelet op het voorgaande valt de onderhavige overeenkomst mijns inziens echter niet in deze categorie, aangezien de Commissie zelf heeft verklaard, dat het om een bindende handeling gaat en om een akkoord in de zin van artikel 228 EEG-Verdrag (zie blz. 19 van het verweerschrift).

Ten slotte zijn er bepaalde soorten akkoorden die door specifieke administratieve

Het gaat er dus om, of artikel 228 de Commissie toestaat internationale akkoorden te sluiten, ongeacht welke benaming deze hebben.

21 — Zie op dit punt: Schachter, „The twilight existence of non-binding international agreements”, in *American Journal of International Law*, 1977, blz. 296 e. v.

22 — Ik herinner slechts aan de akkoorden over de veiligheid en samenwerking in Europa, beschreven uit de slotakte van de intergouvernementele conferentie van Helsinki in 1975.

23 — Ik wil hierbij juist op het gebied dat ons hier bezighoudt, wijzen op het akkoord tussen de Verenigde Staten en Canada van 9 maart 1984 (c. f. *American Journal of International Law*, 1984, blz. 659 e. v.), dat in artikel 12 uitdrukkelijk bepaalt, dat het „geen internationaal akkoord is”.

24 — Zie het voorlopig rapport van het Institut de droit international, Virally: La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Cambridge, vol. 60-1, 1983, blz. 166 e. v., in het bijzonder blz. 212 e. v.

*De uitlegging van artikel 228 EEG-Verdrag*

23. De relevante verdragsbepaling is hier dus artikel 228, in de redactie vóór de inwerking-treding van het Verdrag van Maastricht. Deze bepaling lijkt in zijn algemeenheid de Raad aan te wijzen als enige instelling die bevoegd is internationale akkoorden te sluiten. Preciezer gezegd, bepaalt artikel 228, lid 1, eerste alinea, dat externe akkoorden „onder voorbehoud van de aan de Commissie te dezer zake toegekende bevoegdheden (...) door de Raad worden gesloten nadat het Europese Parlement, in de gevallen waarin dit Verdrag voorziet, is geraadpleegd”.

Onder verwijzing naar die bepaling stelt de Commissie, dat artikel 228 de Raad niet exclusief bevoegd verklaart en dat het evenmin zo kan worden uitgelegd, dat het voorbehoud uitsluitend betrekking heeft op de door het Verdrag aan de Commissie verleende bevoegdheden, en wel omdat deze bepaling verwijst naar de haar „toegekende” bevoegdheden, en niet naar de haar verleende bevoegdheden.

Uit de formulering van dit zinsdeel leidt de Commissie dus af, dat artikel 228 toelaat dat haar, hetzij op grond van de praktijk van de instellingen, hetzij door het ontstaan van een

gewoonte (gebaseerd op een uitlegging van artikel 228 die in de praktijk erkenning heeft gevonden), de bevoegdheid wordt toegekend zelf internationale akkoorden te sluiten. En dit is precies wat er gebeurd zou zijn: als gevolg van een inmiddels vaste praktijk zou haar een algemene bevoegdheid zijn toegekend om zelf internationale akkoorden te sluiten, zij het slechts van „administratieve” aard.

24. Artikel 228 EEG-Verdrag, en met name de zinsnede over de aan de Commissie „toegekende” bevoegdheden, heeft niet de betekenis en de gevolgen die de Commissie daaraan geeft. Die frase geeft veeleer aan, dat de Commissie in het kader van de EEG een beperkte bevoegdheid heeft om in bepaalde uitdrukkelijk genoemde gevallen akkoorden te sluiten.<sup>25</sup> Te denken valt aan artikel 7 van het Protocol betreffende de voorrechten en immuniteiten van de Europese Gemeenschappen, dat de Commissie het recht geeft om akkoorden met derde staten te sluiten teneinde het door de Gemeenschap aan communautaire onderdanen afgegeven laissez-passer op het grondgebied van laatstgenoemde staten te doen erkennen, en aan de door de artikelen 229 tot 231 aan de Commissie impliciet verleende bevoegdheden om de dienstige betrekkingen met de andere internationale organisaties te verzekeren.

25 — Bovendien is gesteld, dat die zinsnede ook zou kunnen dienen ter onderlinge afbakening van de begrippen „onderhandelen” en „sluiten”, aangezien het verre van eenvoudig is om vast te stellen waar de onderhandelingsfase eindigt en die van sluiting begint. Zie in deze zin Louis en Bruckner, *Relations extérieures*, in Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. XII, 1980, blz. 20 e. v.

In de doctrine is overigens gesteld, dat die bepaling ertoe dient om aan te geven, dat de Raad de bevoegdheid tot het sluiten van akkoorden in bepaalde specifieke gevallen aan de Commissie kan delegeren, wat de Raad echter, ondanks verzoeken daartoe van de Commissie, altijd heeft geweigerd. Het is veelzeggend, dat deze mogelijkheid thans formeel en uitdrukkelijk is erkend met de door het onlangs in werking getreden Verdrag van Maastricht in artikel 228 aangebrachte wijziging.

Volgens artikel 228, lid 4, EG-Verdrag mag de Commissie voortaan immers bepaalde akkoorden in vereenvoudigde vorm sluiten. De aan de uitoefening van die bevoegdheid gestelde voorwaarden getuigen echter van buitengewone voorzichtigheid van de Lid-Staten om datgene toe te staan waarop de Commissie hier aanspraak maakt. Die mogelijkheid is namelijk beperkt tot wijzigingen van bestaande akkoorden die door de Raad in de gebruikelijke vorm zijn gesloten, en geldt alleen wanneer de wijzigingen krachtens het betrokken akkoord volgens een vereenvoudigde procedure of door een bij het akkoord zelf opgericht orgaan moeten worden aangenomen. Daar komt bij, dat de Raad aan deze machtiging bijzondere voorwaarden kan verbinden.

De Commissie heeft dienaangaande ter terechtzitting gesteld, dat de nieuwe formulering van artikel 228, voor zover deze haar de bevoegdheid toekent om door de Raad gesloten, reeds bestaande akkoorden wat hun technische aspecten betreft te wijzigen, geen betrekking heeft op de haar reeds gegeven bevoegdheid om administratieve akkoorden te sluiten en deze bevoegdheid niet aantast.

Wij zien hier dus weer de hoofdlijn van het verweer van de Commissie.

25. Wellicht omdat de Commissie zich bewust was van het feit dat de bewoordingen van artikel 228 geen steun bieden aan haar stelling, heeft zij hieraan toegevoegd, dat de haar aldus toegekende bevoegdheid berust op en beperkt wordt door dezelfde voorwaarden als die genoemd in artikel 101, derde alinea, EGA-Verdrag betreffende akkoorden die voor de Gemeenschap geen financiële lasten meebrengen en waarvoor de tussenkomst van de Raad niet is vereist (dus louter uitvoerende akkoorden).

Artikel 101 EGA-Verdrag verklaart de Commissie bevoegd tot het onderhandelen over en, behoudens goedkeuring van de Raad, het sluiten van akkoorden of overeenkomsten met een derde staat<sup>26</sup>, en bepaalt in de derde alinea: „het onderhandelen over en het sluiten van akkoorden of overeenkomsten welke zonder tussenkomst van de Raad binnen de grenzen van de betreffende begroting kunnen worden uitgevoerd, geschiedt evenwel door de Commissie, die verplicht is de Raad daarvan op de hoogte te houden”.

26. Mijns inziens kan de stelling van de Commissie, dat de bevoegdheid tot het sluiten van internationale akkoorden zou berusten op de in artikel 101 EGA-Verdrag

26 — Dit is dus een geheel andere procedure dan die in artikel 228 EEG-Verdrag. Zie hiervoor Raux, „La procédure de conclusion des accords externes de la Communauté européenne de l'énergie atomique”, *Revue générale de droit international public*, 1965, blz. 1019 e. v.

genoemde criteria, niet worden onderschreven. Ik wijs er slechts op, dat in artikel 101 bewust een geheel andere procedure is vastgelegd dan in artikel 228 EEG-Verdrag. Dit krijgt nog meer reliëf, indien men bedenkt, dat beide verdragen op dezelfde dag zijn ondertekend en vele absoluut identieke bepalingen bevatten.

De verschillende formulering van de onderhavige twee corresponderende bepalingen berust niet op toeval. Integendeel, dit verschil lijkt eerder de wil van de opstellers van het Verdrag uit te drukken, de Commissie in het kader van de EEG *niet* dezelfde bevoegdheid toe te kennen als waarover zij in het kader van het EGA-Verdrag beschikt. Kort gezegd, de bevoegdheid van de Commissie die in artikel 101 EGA-Verdrag uitdrukkelijk wordt erkend, ontbreekt in artikel 228 EEG-Verdrag: *ubi lex tacuit, noluit*.

27. Samengevat kan mijns inziens in de letterlijke bewoordingen van artikel 228, en met name in het omstreden zinsdeel, geen steun worden gevonden voor de Commissie-opvatting, dat haar de bevoegdheid zou zijn toegekend tot het sluiten van bepaalde soorten akkoorden. Evenmin denk ik, dat men voor de grenzen en voorwaarden voor de uitoefening van die bevoegdheid kan aansluiten bij artikel 101 EGA-Verdrag, aangezien de bevoegdheid om akkoorden te sluiten in beide bepalingen totaal verschillend is geregeld.

Indien artikel 228 aldus wordt uitgelegd, dat de Commissie alleen de bevoegdheden heeft die haar uitdrukkelijk of impliciet door het Verdrag zijn toegekend of door de Raad zijn gedelegeerd, dan moet het beroep van de Franse Republiek worden toegewezen, op grond dat de Commissie onbevoegd was de overeenkomst te sluiten.

Met andere woorden, indien artikel 228 wordt gezien als de algemene regel op het gebied van het sluiten van verdragen en aldus wordt uitgelegd, dat het de Commissie geen autonome bevoegdheid toekent, is het duidelijk dat ik het hierbij zou kunnen laten.

#### *De praktijk van de Commissie*

28. Nu moet echter worden gezegd, dat de Commissie ook op andere gebieden handelingen met het karakter van een overeenkomst tot stand heeft gebracht.<sup>27</sup> Zij heeft immers bepaalde akkoorden gesloten op het gebied van voorrechten en immuniteiten van

27 — In haar conclusies in deze zaak heeft de Commissie 25 voorbeelden genoemd van bilaterale samenwerking met derde landen, alle van na 1974. De litigieuze overeenkomst is echter de enige die formeel als overeenkomst wordt aangeduid. In de andere gevallen is de benaming wisselend: briefwisseling (achtien), memorandum of understanding (twee), administratieve afspraak (drie), agreed minute (één). Acht van deze akkoorden zijn gesloten met de Verenigde Staten, sommige rechtstreeks met de regering, andere met bepaalde „Departments”.

diplomatieke missies<sup>28</sup>, op het gebied van economische betrekkingen met de leden van het GATT<sup>29</sup> alsmede op technisch gebied<sup>30</sup>, in het bijzonder in de fytosanitaire sector en de wetenschappelijke en technologische samenwerking.

Kan men hieruit afleiden, dat als gevolg van een in de praktijk veld gewonnen uitlegging van artikel 228 de Commissie een autonome bevoegdheid is toegekend tot het sluiten van internationale akkoorden, omdat de Raad en de Lid-Staten de door haar gesloten akkoorden tot op heden niet ter discussie hebben gesteld?

29. Mijns inziens kan het probleem niet echt zo worden gesteld, zonder zich zelfs af te vragen, of en in hoeverre de Raad en de Lid-Staten daadwerkelijk op de hoogte zijn geweest van het bestaan van die praktijk en dus bewust een beperkte uitoefening van de bevoegdheden door de Commissie op dit gebied hebben getolereerd.

28 — In dit verband moet echter in de eerste plaats worden opgemerkt, dat het openen van vertegenwoordigingen in derde landen kan worden geacht onder de bevoegdheid van de Commissie te vallen om haar eigen diensten te organiseren, en in de tweede plaats, dat er in elk geval stilzwijgende goedkeuring is van de autoriteit op begrotingsgebied (Raad en Parlement), wat kan worden afgeleid uit de beschikbaarstelling van de benodigde middelen voor het functioneren ervan.

29 — De akkoorden die de Commissie in deze heeft gesloten, in de vorm van briefwisselingen en voor het grootste gedeelte betrekking hebbend op de sluiting van het Panel, zijn in elk geval vooraf besproken binnen het kader van Comité 113 van de Raad.

30 — In dit geval gaat het om akkoorden die binnen het kader van een reeds bestaande regeling vallen, in die zin dat zij andere door de bevoegde organen van de Gemeenschap gesloten akkoorden of vastgestelde handelingen van afgeleid recht aanvullen of preciseren.

Met de Franse regering herinner ik aan de uitspraak van het Hof, dat „een gewone praktijk van de Raad niet van de in het Verdrag vervatte voorschriften kan afwijken” en dat „een dergelijke praktijk dan ook geen precedent kan creëren dat de gemeenschapsinstellingen bindt met betrekking tot de juiste rechtsgrondslag”.<sup>31</sup> In tegenstelling tot de Commissie ben ik van mening, dat de geciteerde passage over de keuze van de rechtsgrondslag zeer goed kan worden toegepast op de onderhavige zaak; indien dit niet zo was, zou dit erop neerkomen, dat een schending van de verdragsregels wettig wordt, alleen omdat deze wordt (...) herhaald!

30. Op basis van het voorgaande acht ik het onnodig te onderzoeken, of het litigieuze akkoord qua inhoud en karakter gelijk kan worden gesteld met de tot nu toe door de Commissie gesloten akkoorden. Bovendien is een indirecte bevestiging — voor zover nog nodig — van de onmogelijkheid om artikel 228 zo uit te leggen, dat het de Commissie zelfs maar een beperkte autonome bevoegdheid verleent tot het sluiten van internationale akkoorden, te vinden in de voorwaarden waarvan volgens de Commissie zelf de uitoefening van die bevoegdheid afhankelijk is.

De tot op heden gesloten „administratieve” akkoorden hebben volgens de Commissie immers de volgende kenmerken:

31 — Arrest van 23 februari 1988, zaak 68/86, Verenigd Koninkrijk/Raad, Jurispr. 1988, blz. 855, r. o. 24.



a) de daaruit voortvloeiende volkenrechtelijke verplichtingen zijn beperkt en kunnen volledig door de Commissie alleen worden uitgevoerd (verplichtingen kunnen zelfs volledig ontbreken);

b) de akkoorden worden uitgevoerd binnen de door de begroting gestelde grenzen, dat wil zeggen zonder dat zij nieuwe financiële verplichtingen meebrengen;

c) de aard van de betrokken verplichtingen brengt mee, dat de Gemeenschap moeilijk volkenrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld in geval van niet-uitvoering van het akkoord, in die zin dat eventuele niet-naleving van die verplichtingen bijna zeker tot (uitsluitend) gevolg heeft, dat het akkoord wordt beëindigd.

31. Gelet op wat ik in de punten 18 tot en met 22 heb gezegd, kan ik hier volstaan met er nogmaals op te wijzen, dat het akkoord waar het in deze zaak om gaat een reeks functionele en procedurele verplichtingen voor de Gemeenschap meebrengt. Zelfs indien men deze verplichtingen als „beperkt” omschrijft, blijft het probleem toch hetzelfde, omdat het nog steeds om een internationaal akkoord gaat. Vanuit dit gezichtspunt lijkt mij het feit, dat een dergelijk akkoord al dan niet binnen de door de begroting

gestelde grenzen wordt uitgevoerd, van geen belang.

Wat de aansprakelijkheid betreft wil ik er in de eerste plaats op wijzen, dat de letterlijke bewoordingen van het akkoord deze niet uitsluiten en dat dit tussen partijen ook niet is overeengekomen. Evenmin van belang lijkt mij, dat wegens de aard van de (wederkerige) verplichtingen van de overeenkomst de door de Commissie beklemtoonde gevolgen zich daadwerkelijk kunnen voordoen en de aansprakelijkheid van de Gemeenschap uitsluiten. Ik zie niet in, hoe men redelijkerwijs de bevoegdheid van de Commissie om internationale akkoorden te sluiten kan afleiden uit het feit dat een schending van de bepalingen van het akkoord de andere partij niet het recht zou geven om op internationaal niveau „scherp” te reageren. Het zou op zijn minst vreemd zijn om de bevoegdheid van een orgaan dat anders onbevoegd zou zijn, te laten afhangen van een dergelijke factor.

32. Gelet op de zojuist genoemde voorwaarden is het niet uitgesloten, dat de Commissie met de term „administratief” akkoord in werkelijkheid doelt op akkoorden in vereenvoudigde vorm, die in het nationale recht van de meeste Lid-Staten zonder tussenkomst van het parlement door de executieve kunnen worden gesloten en gewoonlijk — geheime akkoorden buiten beschouwing gelaten — technisch-administratieve gebieden betreffen, waarvan de uitvoering geen wijziging van de bestaande wetgeving meebrengt, of die reeds bestaande en volgens normale procedures gesloten akkoorden aanvullen of preciseren, dus wanneer zij binnen

het normatieve kader vallen dat andere, oudere akkoorden hebben geschapen. In de loop van de procedure heeft de Commissie namelijk herhaaldelijk verwezen naar de praktijk van de Lid-Staten op dit gebied, in het bijzonder naar akkoorden die regeringen hebben gesloten buiten de constitutionele ratificatieprocedure om, en die in bepaalde rechtsstelsels als administratieve akkoorden worden aangemerkt.<sup>32</sup> Deze praktijk vindt haar grondslag in het idee, dat de bevoegdheid om een bepaald soort akkoord te sluiten, impliciet ligt besloten in de taak van de executieve.<sup>33</sup>

33. Indien dit het probleem was, zou moeten worden uitgemaakt, of de bevoegdheid van de Commissie om akkoorden te sluiten kan worden aangenomen op grond van een aanwijzing van deze instelling als executieve van de Gemeenschap.

Zelfs indien men als vaststaand aanneemt, dat de executieve taak eveneens het sluiten van verdragen omvat, lijkt deze theorie mij niet

mutatis mutandis toepasbaar op het communautaire stelsel, daar er geen algemene en autonome executieve taak is, waarvan de uitoefening aan de Commissie is toevertrouwd. Zoals bekend is het de Raad die, naast zijn regelgevende taken, algemene executieve taken uitoefent, terwijl de Commissie de taken uitoefent die haar uitdrukkelijk door het Verdrag zijn toegekend of door de Raad zijn gedelegeerd, dus in zoverre als in het toekenningsbesluit gespecificeerd.

34. Het behoeft nauwelijks vermelding, dat „iedere instelling handelt binnen de grenzen van de haar door dit Verdrag verleende bevoegdheden” (artikel 4, lid 1) en dat artikel 228 de Raad algemene bevoegdheid verleent tot sluiting van internationale akkoorden, nadat — in de voorziene gevallen — het Europees Parlement is geraadpleegd, een raadpleging die, zo zou ik willen beklemtonen, noodzakelijk was geweest indien de overeenkomst door de Raad was gesloten. De Commissie daarentegen is alleen verantwoordelijk voor de onderhandelingsfase en heeft, zoals gezegd, beperkte bevoegdheid tot het sluiten van akkoorden in bepaalde, door het Verdrag zelf omschreven gevallen.

32 — Wellicht ten overvloede zij opgemerkt, dat dergelijke akkoorden in de nationale rechtsstelsels uitdrukkelijk zijn voorzien (zie bij voorbeeld § 59, lid 2, van de Duitse grondwet) of althans impliciet, doordat er gevallen zijn waarin voorafgaande goedkeuring van het parlement is vereist (zie bij voorbeeld artikel 87 van de Italiaanse grondwet), met als gevolg dat in alle andere gevallen sluiting door de executieve als rechtsgeldig wordt beschouwd. In artikel 228 noch in de andere verdragsregels is deze mogelijkheid echter, zij het ook slechts indirect, opgenomen.

33 — Deze theorie houdt verband met het feit, dat de bevoegdheid om internationale verdragen te sluiten traditioneel een soeverein prerogatief was en dus aan de executieve toekwam. Het is verdwenen of althans sterk beperkt door de tussenkomst van de vertegenwoordigende organen in de procedure van sluiting van akkoorden.

Mijns inziens volgt hieruit, dat de praktijk in geen geval wijziging kan brengen in de door het Verdrag bepaalde institutionele structuur en balans, die in artikel 228 ongetwijfeld één van hun fundamentele en — om het maar eens duidelijk te zeggen — constitutionele

fundamenten vinden. Wij mogen niet vergeten, dat wij ons in een rechtsgemeenschap bevinden, gebaseerd op het legaliteitsbeginsel en op bevoegdheidstoedeling.

beperkte bevoegdheid van de Commissie aan te nemen om internationale akkoorden te sluiten, als verlengstuk als het ware van de specifieke bevoegdheden die zij intern op een bepaald gebied bezit.

### *Parallele interne en externe bevoegdheden*

35. Zoals bekend, vormt het „AETR”-arrest<sup>34</sup> het referentiepunt voor de bepaling van de externe bevoegdheden van de Gemeenschap; daarin verklaarde het Hof immers, dat de mogelijkheid om internationale akkoorden te sluiten niet alleen bestaat in de in het Verdrag uitdrukkelijk aangegeven gevallen, doch ook steeds wanneer de Gemeenschap over interne bevoegdheden beschikt.<sup>35</sup>

36. De Commissie heeft echter zelf toegegeven, dat die rechtspraak voor de onderhavige zaak niet van belang is, en wel omdat het arrest betrekking had op de bevoegdheidsverdeling tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten en niet, zoals hier het geval is, tussen de verschillende instellingen.

In datzelfde arrest verklaarde het Hof, „dat men (...) bij de uitvoering van de verdragsbepalingen het stelsel van de interne maatregelen der Gemeenschap niet mag scheiden van dat der buitenlandse betrekkingen”.<sup>36</sup> Het is duidelijk, dat indien men geen rekening houdt met het feit dat het in die zaak om de verdeling van bevoegdheden tussen de Gemeenschap en de Lid-Staten ging, die uitspraak zou kunnen worden gebruikt om, wanneer aan de voorwaarden is voldaan, een

Niettemin heeft zij in de loop van de procedure gesteld, dat haar bevoegdheid om akkoorden te sluiten in de mededingingssector nog duidelijker is, aangezien alleen zij de taak heeft toe te zien op de toepassing van de in de artikelen 85 en 86 vervatte beginselen en op die van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad.<sup>37</sup> Met andere woorden, haar bevoegdheid om akkoorden te sluiten zou des te aannemelijker zijn, wanneer die bevoegdheid wordt uitgeoefend in sectoren, bij voorbeeld de mededinging, waarin zij over eigen interne bevoegdheden beschikt

34 — Arrest van 31 maart 1971, reeds aangehaald, r. o. 12-15 en 20-22.

35 — Zie laatstelijk in diezelfde zin het advies van het Hof van 10 april 1992, 1/92, over het ontwerp-akkoord tussen de Gemeenschap en de landen van de Europese Vrijhandels-associatie betreffende de totstandkoming van de Europese Economische Ruimte (Jurispr. 1992, blz. I-2821, r. o. 39).

36 — Arrest van 31 maart 1971, reeds aangehaald, r. o. 16-19.

37 — Verordening (EEG) van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1990, L 257, blz. 13).

die haar rechtstreeks door het Verdrag worden toegekend. Haar bevoegdheid om op mededingingsgebied akkoorden te sluiten zou dan dus een afgeleide zijn van de normatieve bevoegdheid die het Verdrag haar op intern niveau verleent.

opmerkingen maken over de bevoegdheden van de Commissie op mededingingsgebied, opmerkingen die onvermijdelijk zullen overeenstemmen met de grieven van de Franse regering en de interveniënten inzake schending van de mededingingsregels.

37. De bevoegdheid om op internationaal niveau verplichtingen aan te gaan, zou dus bij dezelfde organen berusten die intern (communautaire) normatieve bevoegdheden hebben, met als consequentie, dat een autonome bevoegdheid van de Commissie denkbaar zou zijn in die sectoren waarin haar eigen normatieve bevoegdheden zijn verleend.<sup>38</sup>

Om te beginnen wordt een autonome beslissingsbevoegdheid op mededingingsgebied de Commissie alleen toegekend door artikel 89 EEG-Verdrag, dat haar het recht geeft eventuele inbreuken op de artikelen 85 en 86 en op artikel 90, lid 3, vast te stellen, terwijl een algemene regelgevende bevoegdheid alleen de Raad heeft op basis van artikel 87 EEG-Verdrag. Volledigheidshalve moet ik hieraan toevoegen, dat artikel 89 de Commissie geen exclusieve bevoegdheid toekent, aangezien het de medewerking van de Lid-Staten en de nationale rechters voorschrijft.

Het is duidelijk, dat in een dergelijke opvatting artikel 228, lid 1, niet langer een autonome algemene bepaling op het gebied van het sluiten van verdragen is, een mogelijkheid die ik uitsluit op basis van wat ik hiervoor heb gezegd over de uitlegging van die bepaling en met name over haar „constitutio-nale” strekking in de totale systematiek van het Verdrag.

38. Voor het geval het Hof die opvatting echter wel zou volgen, wil ik nog enkele

39. Uit deze opmerkingen blijkt reeds, dat de Commissie in de betrokken sector geen exclusieve bevoegdheden heeft en met name, dat de normatieve bevoegdheid strikt aan de Raad is voorbehouden. Hij stelt onder meer „alle verordeningen of richtlijnen vast, dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 85 en 86” (artikel 87, lid 1) en bepaalt „de taak van de Commissie (...) bij de toepassing van de in

38 — In deze zin Cannizzaro, „Sulla competenza della Commissione CEE a concludere accordi internazionali”, *Rivista di diritto internazionale*, 1993, blz. 657 e. v.

dit lid bedoelde bepalingen" (artikel 87, lid 2, sub d); dit heeft de Raad met name gedaan door verordening nr. 17 vast te stellen.<sup>39</sup>

Het is geen toeval, dat verordening nr. 17 bij voorbeeld de betrekkingen en de samenwerking tussen de Commissie en de Lid-Staten regelt (artikel 10); alleen hieruit blijkt al, dat de in het akkoord geregelde materie intern wordt beheerst door een normatieve handeling van de Raad. Nog veelzeggender in dit opzicht is, dat de procedure bedoeld in artikel 24, lid 3, van verordening nr. 4064/89 van de Raad, in het gedeelte waar de onderhandelingen met derde staten worden genoemd, duidelijk verwijst naar de procedure van artikel 228 EEG-Verdrag, en dit wederom in een verordening van de Raad gebaseerd op artikel 87. Hetzelfde geldt eveneens voor artikel 9 van verordening (EEG) nr. 4056/86<sup>40</sup>, dat bepaalt dat indien de toepassing ervan leidt tot een conflict met bepalingen van derde landen, de Commissie de Raad aanbevelingen moet doen, die haar machtigt om met de betrokken Lid-Staat op basis van de door de Raad verstrekte richtlijnen te onderhandelen.

40. De voorgaande opmerkingen maken duidelijk, dat de bevoegdheid tot het sluiten van

39 — Verordening 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).

40 — Verordening (EEG) van de Raad van 22 december 1986 tot vaststelling van de wijze van toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op het zeevervoer (PB 1986, L 378, blz. 4).

de overeenkomst zeker niet — in de lijn van het „AETR"-arrest — als voortvloeiend uit de interne bevoegdheden van de Commissie op mededingingsgebied kan worden gezien. Evenmin kan men stellen dat, omdat het de Commissie is die als orgaan belast met het toezicht op en de uitvoering van de mededingingsregels het akkoord zal moeten uitvoeren, de met de autoriteiten van de Verenigde Staten opgezette samenwerking louter een functie is van haar interne toezichthoudende bevoegdheid.

Sommige bepalingen van de overeenkomst zijn in elk geval onverenigbaar met de normatieve bevoegdheden die de Raad op dit gebied heeft, daar zij de aan de Commissie op basis van verordening nr. 17 verleende (uitvoerende) bevoegdheden overschrijden.

41. De Franse regering heeft er met name op gewezen, dat de bepalingen van de overeenkomst in strijd zijn met artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17, dat de mogelijkheid om zich tot de Commissie te wenden voorbehoudt aan de Lid-Staten en aan natuurlijke of rechtspersonen die aantonen een redelijk belang te hebben, en wel omdat de overeenkomst de Amerikaanse autoriteiten eveneens die bevoegdheid geeft (artikel 5).

De stelling van de Commissie, dat die bepaling haar niet verbiedt door andere dan de daarin genoemde bronnen te worden geïnterformeerd, lijkt mij niet erg relevant. Ofschoon men de inlichtingen van de autoriteiten van de Verenigde Staten als „vrijwillig” verstrekt kan beschouwen, kan men mijns inziens niet eenvoudigweg negeren dat deze autoriteiten, evenals Lid-Staten en betrokken ondernemingen, mogen verzoeken om een onderzoek naar bepaalde gedragingen, met name wanneer dat verzoek is omringd door een reeks van waarborgen in het kader van een juridisch bindend instrument.

trouwelijke behandeling van informatie <sup>41</sup>, met name in de sector waar het hier om gaat, lijkt er mij geen twijfel over te kunnen bestaan, dat de verplichtingen van kennisgeving, informatie en coördinatie, zoals neergelegd in de artikelen 2, 3 en 5 van de overeenkomst, in strijd kunnen komen met artikel 20 van verordening nr. 17. Volgens laatstgenoemde bepaling mogen de door de Commissie ingewonnen inlichtingen slechts worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd (lid 1), en mogen de inlichtingen welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, door de Commissie en de bevoegde autoriteiten der Lid-Staten niet openbaar worden gemaakt (lid 2). Het behoeft nauwelijks betoog, dat artikel 8 van de overeenkomst, dat nu juist betrekking heeft op de vertrouwelijkheid van informatie, dit probleem niet kan oplossen.

42. De Franse en de Spaanse regering hebben voorts geklaagd over schending van artikel 20 van verordening nr. 17, dat de Commissie ter bescherming van de belangen van particulieren een geheimhoudingsplicht oplegt voor inlichtingen die zij tijdens haar procedures heeft ingewonnen. Volgens deze regeringen benadeelt de in de overeenkomst voorziene verplichting tot het verstrekken van inlichtingen, de ondernemingen die door de Commissie op basis van het communautaire mededingingsrecht worden onderzocht.

Artikel 9 van de overeenkomst volgens hetwelk de overeenkomst niet mag worden uitgelegd op een wijze die onverenigbaar is met het op het grondgebied van partijen geldende recht, lijkt mij evenmin een afdoende oplossing te bieden voor de zojuist geschetste problemen. Het is namelijk primair een retorisch beding dat, indien het daadwerkelijk in acht werd genomen, tot gevolg zou hebben dat de belangrijkste bepalingen van de overeenkomst niet werden toegepast, en de overeenkomst ten slotte volledig zou uithollen.

Gezien het eminente belang en het uiterst delicate karakter van het beginsel van ver-

41 — Zie het arrest van 16 juli 1992 (zaak C-67/91, Asociación Española de Banca Privada, Jurispr. 1992, blz. I-4785, in het bijzonder r. o. 37 en 38), waarin het Hof zich uitsprak over het belang van een dergelijk beginsel en over de gevolgen ervan in het kader van de betrekkingen tussen de Commissie en de Lid-Staten.

43. Gezien het voorgaande ben ik van mening, dat het onnodig is de andere middelen te onderzoeken die Frankrijk heeft aangevoerd tot staving van dit beroep, dat, zoals gezegd, bovendien gebaseerd is op artikel 33 EGKS-Verdrag, ook al hebben partijen tijdens de procedure slechts verwezen naar de bepalingen van het EEG-Verdrag. In dit verband behoeft het geen betoog dat, ook al gaat men ervan uit dat de Commissie een dergelijke overeenkomst kon sluiten enkel wat de regels van het EGKS-Verdrag betreft,

zij dit had moeten doen op basis van artikel 95 van dit Verdrag, dus „met instemming van de Raad, bij eenstemmigheid bepaald en na raadpleging van het Raadgevend Comité”. Aangezien aan die voorwaarden niet zou zijn voldaan, zou er in elk geval sprake zijn van schending van wezenlijke vormvoorschriften, wat niet tot andere gevolgen leidt dan de vaststelling van de onbevoegdheid van de Commissie op basis van de relevante bepalingen van het EEG-Verdrag.

44. Gezien de voorgaande opmerkingen geef ik het Hof in overweging, het beroep toe te wijzen en de Commissie te verwijzen in de kosten van de procedure, met uitzondering van die van de interveniënten.