

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
G. COSMAS  
van 17 februari 1998 \*

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding .....	I - 5466
II — De feiten en de procedure voor het Hof .....	I - 5467
III — De ontvankelijkheid van het beroep .....	I - 5468
A — Het beginsel van collegiaal handelen van de Commissie .....	I - 5468
a) Het standpunt van de Commissie inzake het collegialiteitsbeginsel .....	I - 5469
b) Mijn standpunt inzake de uitleggingsconstructie van de Commissie ....	I - 5471
i) Het onderhavige beroep .....	I - 5471
ii) Algemene opmerkingen .....	I - 5472
B — De aard van het met redenen omkleed advies .....	I - 5477
C — De problemen die strenge naleving van het collegialiteitsbeginsel met zich brengt .....	I - 5481
D — Het verzoek tot beperking in de tijd van de gevolgen van het te wijzen arrest .....	I - 5483
IV — Conclusie .....	I - 5484

I — Inleiding

Ten tweede male mag — of moet — ik mij uitspreken over zaak C-191/95, waarin ik reeds op 5 juni 1997 conclusie heb genomen. Ik geloof niet dat de heropening van de mondelinge behandeling gegevens heeft opgeleverd die de redenering en de slotsom

in mijn oorspronkelijke conclusie, waarnaar ik hier moge verwijzen, omverwerpen. Enkele aanvullende opmerkingen lijken mij niettemin nuttig, aangezien de Commissie ter terechtzitting heeft getracht een andere juridische werkelijkheid voor te stellen dan die ik in mijn conclusie had weergegeven. Ik zal mij echter beperken tot de rechtsvragen die de nieuwe discussie ter terechtzitting in beslag namen, dat wil zeggen de rechtsvragen met betrekking tot de formele wettigheid van het met redenen omkleed advies van de Commissie dat aan het beroep vooraf is gegaan; in dat met redenen omkleed advies verweet de Commissie Duitsland een

\* Oorspronkelijke taal: Grieks.

onjuiste omzetting van de richtlijnen 68/151/EEG en 78/660/EEG van de Raad inzake de sancties die de lidstaten moeten stellen op niet-openbaarmaking van de jaarrekening door kapitaalvennootschappen.

## II — De feiten en de procedure voor het Hof

1. Voor de feiten die voor de Commissie aanleiding vormden om voor het Hof beroep in te stellen, verwijs ik naar punt 1 van mijn conclusie van 5 juni 1997. Voor het verloop van de procedure voor het Hof tot het moment waarop ik mijn oorspronkelijke conclusie nam, verwijs ik naar punten 2 tot en met 6 van die conclusie. Ik wil er niettemin in het kort aan herinneren, dat de Bondsrepubliek Duitsland allereerst een exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft opgeworpen, stellende dat de besluiten van de Commissie waaruit het onderhavige beroep voortvloeide, wezenlijke vormgebreken vertonen. Met name trok zij in twijfel, of het met redenen omkleed advies en het besluit tot het instellen van onderhavige beroep werden vastgesteld volgens het

collegialiteitsbeginsel, in overeenstemming met de vormvereisten van het reglement van orde van de Commissie. Voorts verlangde zij door de Commissie nader te zien toegelicht, of die besluiten zijn genomen door de Commissie als college of via de machtigingsprocedure, en verlangde zij kopieën van die besluiten. Toen antwoord van de Commissie op deze verlangens uitbleef, verzocht verweerster het Hof verzoekster te gelasten de gevraagde gegevens over te leggen. Bij beschikking van 23 oktober 1996 gelastte het Hof de Commissie om de besluiten over te leggen die zij als college en overeenkomstig de door het reglement van orde voorgeschreven vormvereisten had genomen, namelijk de besluiten om een met redenen omkleed advies tegen Duitsland uit te brengen respectievelijk het onderhavig beroep in te stellen. De Commissie heeft voor het Hof een reeks gegevens overgelegd, die ik hierna uitvoeriger zal bespreken<sup>1</sup>, maar die naar mijn mening niet beantwoorden aan hetgeen in de beschikking van het Hof werd gevraagd. Gelet op de voor het Hof overgelegde gegevens en hetgeen de partijen over en weer ter terechtzitting hebben betoogd, concludeerde ik in mijn conclusie van 5 juni 1997 tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, omdat bij het uitbrengen van het met redenen omkleed advies het collegialiteitsbeginsel niet in acht was genomen. Ook betoogde ik dat het met redenen omkleed advies in ieder geval niet op basis van een machtiging kan worden uitgebracht, zodat het gebrek wegens niet-naleving van het collegialiteitsbeginsel, dat ik in het met redenen omkleed advies had geconstateerd, op deze wijze evenmin kan worden goedge maakt. Wegens het belang van de vraag onder welke omstandigheden het met redenen omkleed advies was uitgebracht voor de ontvankelijkheid van het beroep, heeft het Hof bij beschikking van 14 oktober 1997 de heropening van de

<sup>1</sup> — Zie hierna punt 10 van deze conclusie.

mondelinge behandeling gelast en partijen verzocht hun standpunten in een nieuwe discussie ter terechtzitting toe te lichten. Terwijl Duitsland persisteerde bij haar oorspronkelijke betoog, betoogde de Commissie dat het met redenen omkleed advies naar zijn aard weliswaar een handeling is die niet bij machtiging kan worden gedelegeerd, maar waarvoor het collegialiteitsbeginsel geldt, zonder dat daarvoor nochtans diezelfde strenge vormvereisten zouden gelden waarvan ik in mijn conclusie van 5 juni 1997 het verzuim had geconstateerd.

2. Het kan mij alleen maar verheugen dat de Commissie ook — zij het ook maar in beginsel — de opvatting huldigt, dat bij de vaststelling van het met redenen omkleed advies het collegialiteitsbeginsel in acht moet worden genomen. Zoals ik hierna uitvoeriger zal uiteenzetten, behoud ik evenwel nog mijn twijfels, of de Commissie de mogelijkheid om het met redenen omkleed advies via machtiging uit te brengen, juridisch weliswaar uitsluit, maar in de praktijk niet toch een vorm van indirecte machtiging invoert, die in strijd is met de regels van het collegialiteitsbeginsel.

In ieder geval wil ik hier bij wijze van inleiding benadrukken, dat het belang van deze zaak draait om de vormvereisten die uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeien en die gelden voor de besluitvorming van de Commissie rond het uitbrengen van een met redenen omkleed advies.

### III — De ontvankelijkheid van het beroep

#### A — *Het beginsel van collegiaal handelen van de Commissie*

3. Volgens de rechtspraak is het beginsel van collegiaal handelen van de Commissie van primaire betekenis in de communautaire rechtsoorde en geeft het de gedachte weer die aan de inrichting van de Gemeenschap (en de Unie) ten grondslag ligt. Het beginsel wordt geformuleerd in artikel 17 van het Fusieverdrag en in artikel 163 EG-Verdrag, waarin het uitdrukkelijk heet: „de besluiten van de Commissie worden genomen bij meerderheid van stemmen (...)”. Ook in artikel 1 van het reglement van orde van de Commissie is bepaald „de Commissie handelt overeenkomstig de bepalingen van dit reglement van orde als college”.

4. In het PVC-arrest<sup>2</sup> herinnert het Hof eerst aan de algemene regel<sup>3</sup> dat „(...) voor de Commissie het collegialiteitsbeginsel geldt

2 — Arrest van 15 juni 1994, Commissie/BASF e. a. (C-137/92 P, Jurispr. blz. I-2555, punt 62).

3 — Daar collegiaal optreden van de Gemeenschap de regel is, vermijdt het Hof om het toepassingsgebied van dit beginsel „met name” geldt vóór 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 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) (punt 65). Het zou daarom onjuist zijn te beweren dat in de gevallen waarin het handelen van de Commissie niet de vorm aannemt van uitvoerbare administratieve beschikkingen, aan het collegialiteitsbeginsel niet de hand hoeft te worden gehouden.

(...).<sup>4</sup> 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 die zin dat zij de zekerheid moeten hebben, dat deze besluiten daadwerkelijk door het college zijn genomen en exact weergegeven wat het college heeft gewild.”<sup>5</sup> Ten aanzien van de besluiten van de Commissie die verplicht 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.”<sup>6</sup> Ten slotte overweegt het Hof in het PVC-arrest uitdrukkelijk, dat de authenticatie van de besluiten 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”.<sup>7</sup>

5. Uit bovenstaande is op te maken, dat het beginsel van collegiale besluitvorming de algemene 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. De naleving van dit beginsel wordt verzekerd door de authenticering van de door de Commissie genomen besluiten, zoals in het reglement van orde is voorgeschreven.

a) *Het standpunt van de Commissie inzake het collegialiteitsbeginsel*

6. In de nieuwe mondelinge behandeling verdedigt de Commissie een geheel eigen opvatting van het collegialiteitsbeginsel, waarin zij de leer van het PVC-arrest enkel toegepast wil zien op handelingen die rechtstreekse bindende rechtsgevolgen teweeg brengen. Juist is haar opmerking, dat in het PVC-arrest de oplegging van een geldboete aan de orde was, dat wil zeggen een uitvoerbare administratieve handeling, en dat het Hof, alvorens definitief te oordelen, overwoog dat zulke geldboetes rechtsgevolgen teweegbrengen ten laste van justitiabelen.<sup>8</sup> Maar dat voert haar dan tot de stelling, dat het collegialiteitsbeginsel niet inhoudt, dat voor al haar besluiten dezelfde strenge vormvereisten moeten worden nageleefd; zij pleit voor een onderscheid tussen handelingen die

4 — Zie arrest Commissie/BASF e. a. (aangehaald in voetnoot 2, punt 62).

5 — Zie arrest Commissie/BASF e. a. (aangehaald in voetnoot 2, punt 64).

6 — Ibidem, punt 67.

7 — Ibidem, punt 75.

8 — Inderdaad overweegt het Hof dat de naleving van het collegialiteitsbeginsel „stellig” van belang is voor de rechtssubjecten ten aanzien van wie die besluiten rechtsgevolgen sorteren, en dat degenen die daarbij belang hebben, zich kunnen beroepen op schending van een wezenlijk vormvoorschrift, namelijk de authenticering van handelingen van de Commissie, zoals voorgeschreven in artikel 12 van het reglement van orde, om te voorkomen dat de onregelmatig vastgestelde handeling van de Commissie rechtsgevolgen sortert (arrest Commissie/BASF e. a., aangehaald in voetnoot 2, punt 75).

rechtstreekse rechtsgevolgen teweeg brengen — waarvoor dan de strenge vormvoorschriften gelden die het Hof in het PVC-arrest heeft genoemd — en andere handelingen — waarvoor het voldoende is dat het college van commissarissen, na over de zaak te zijn ingelicht, een „basisbesluit” neemt (sic)<sup>9</sup> ten aanzien van de voorgelegde feiten en de juridische kwalificatie daarvan. De verdere uitwerking van handelingen van laatstbedoelde categorie, die van voorbereidende aard zijn, is nadat het „basisbesluit” (sic) door de vergadering van commissarissen eenmaal is genomen, een aangelegenheid voor de bevoegde diensten van de Commissie.<sup>10</sup> Het nemen van alleen een „basisbesluit” (sic) door de vergadering van Commissieleden beantwoordt volgens de Commissie aan de vereisten van het collegialiteitsbeginsel zoals die zijn geformuleerd in punt 63 van het PVC-arrest, dat wil zegen besluitvorming in gemeen overleg en onder collegiale verantwoordelijkheid van de Commissie.<sup>11</sup>

7. Deze zienswijze overdragend op het onderhavige geval, betoogt de Commissie dat de commissarissen bij het nemen van het „basisbesluit” (sic) tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies aan Duitsland, wegens niet correcte omzetting van de richtlijnen 68/151 en 78/660 van de Raad, ten minste de „fiche d’infraction” voor zich hadden; deze fiche zou een feitelijk en juridisch volledig onderbouwd voorstel bevatten van de bevoegde diensten tot het uitbrengen van het met redenen omkleed advies. Voor nadere documentatie of informatie konden zij het administratief dossier inzake de bewuste niet-nakoming van Duitsland raadplegen. Derhalve, aldus de Commissie, waren de leden van de Commissie, toen zij besloten tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies tegen Duitsland, zoals uit de notulen van hun vergadering blijkt<sup>12</sup>, volledig van de zaak op de hoogte, en kenden zij uiteraard ook het dispositief en de motivering van het met redenen omkleed advies. In dat licht bezien meent de Commissie, dat aan de procedurele vereisten van het collegialiteitsbeginsel volledig is voldaan; zij benadrukt nog dat de algemene praktijk die zij volgt [dus dat in niet-nakomingszaken ex artikel 169 van het Verdrag ter vergadering van commissarissen alleen een „basisbesluit” (sic) wordt genomen op basis van de fiche d’infraction en het administratief dossier van die niet-nakoming, terwijl de redactie van het met redenen omkleed advies aan de administratieve diensten wordt overgelaten onder toezicht van het bevoegde lid van het Commissie] geheel wettig is en zich alleszins verdraagt met het collegialiteitsbeginsel.

9 — De Franse term die de gemachtigde van de Commissie in de heropende mondelinge behandeling gebruikte is „*décision de base*”. Ik wijs erop dat deze term, in de door de gemachtigden van de Commissie gegeven betekenis, niet beantwoordt aan enige reglementaire tekst of aan de rechtspraak van het Hof. Wanneer de gemeenschapsrechter ditzelfde begrip bezigt, doelt hij op een *geheel regelmatig overeenkomstig de door het Verdrag en de betrokken reglementen van orde voorgeschreven vormvereisten* vastgestelde handeling van een gemeenschapsinstelling, die het juridisch en regelend kader vormt in een te regelen materie waarop andere specifieke of latere gemeenschapshandelingen worden gebaseerd (zie bijvoorbeeld punt 2 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs bij arrest van 16 oktober 1997, *Banque Indosuez c. a.*, C-177/96, Jurispr. blz. I-5659, en punt 62 van de beschikking van het Gerecht van 9 augustus 1995, *Greenpeace c. a.* Commissie, T-585/93, Jurispr. blz. II-2205). De ongewone beziging van dit begrip door de gemachtigde van de Commissie mag dus niet tot onjuiste gevolgtrekkingen leiden.

10 — Volgens de precieze bewoordingen van de gemachtigde van de Commissie in de heropende mondelinge behandeling „neemt het college van commissarissen op basis van de voorbereidende stukken van de diensten van de Commissie alleen de basisbesluiten (...) en laat het de uitvoering of uitwerking over aan de administratieve diensten onder verantwoordelijkheid van de bevoegde commissaris”.

11 — In punt 63 van het in voetnoot 2 geciteerde arrest heet het dat het collegialiteitsbeginsel „berust op de gedachte, dat de leden van de Commissie als gelijken aan de besluitvorming deelnemen, en met name inhoudt, dat de besluiten in gemeen overleg worden genomen en dat alle leden van het college collectief politiek verantwoordelijk zijn voor alle genomen besluiten”.

12 — Om precies te zijn doelt de Commissie op de vaststelling van wat zij noemt een „basisbesluit” (sic) tot het betrokken met redenen omkleed advies.

b) *Mijn standpunt inzake de uitleggingsconstructie van de Commissie*

voor het geval het Hof zou wensen daarvan in deze fase van het geding kennis te nemen.

8. Ik kan mij in geen geval bij deze zienswijze aansluiten.

i) Het onderhavige beroep

9. Vooropgesteld zij, dat de hierboven uiteengezette juridische constructie van de Commissie, ook al zou die worden aanvaard, mijn conclusie van 5 juni 1997 overeind laat, namelijk dat het beroep niet-ontvankelijk is wegens vormgebreken in het met redenen omkleed advies. De Commissie heeft de fiche d'infraction niet aan het Hof overgelegd, zoals zij had moeten doen, en evenmin het dossier op basis waarvan het „basisbesluit” (sic) door het college van commissarissen zou zijn genomen. De Commissie heeft die gegevens zelfs niet overgelegd toen Duitsland de formele wettigheid van het met redenen omkleed advies betwistte en evenmin toen het Hof haar gelastte de door haar in college genomen en overeenkomstig de vereisten van het reglement van orde genomen besluiten met betrekking tot onderhavige beroep te produceren. De ter terechtzitting verschenen gemachtigde van de Commissie heeft, tegen de geldende procestermijnen, eerst ter terechtzitting een „fiche d'infraction” en een, wat hij noemde, administratief dossier willen produceren. Na de hervatting van de procedure heeft de gemachtigde van de Commissie tijdens de tweede mondelinge behandeling aangeboden die teksten aan het Hof te doen toekomen

10. Uit de documenten die de Commissie wel binnen de termijn heeft overgelegd — dat wil zeggen de documenten die het Hof werden toegezonden conform de reeds genoemde beschikking van 20 oktober 1996<sup>13</sup> — en die passages bevatten uit de notulen van een aantal vergaderingen van de Commissie alsmede documenten waarvan in die notulen melding wordt gemaakt, komt het volgende naar voren: tijdens haar 1071e vergadering van 31 juli 1991 heeft de Commissie een voorstel goedgekeurd dat haar bevoegde diensten haar in het document SEC(91) 1387 hadden voorgelegd. Dit document behelst een summier lijst, afkomstig uit een computerbestand, waarop de bewuste richtlijn wordt genoemd, en (met een enkel woord) wordt voorgesteld een met redenen omkleed advies aan 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 verzending van een met redenen omkleed advies aan Duitsland. Op dezelfde summier 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 een beroep krachtens artikel 169 van het Verdrag tegen Duitsland, welk voorstel is vervat in document SEC(94) 1808.

13 — Zie punt 4 van mijn conclusie van 5 juni 1997.

11. Kortom, uit genoemde documenten blijkt dat de leden van de Commissie bij het nemen van hun „basisbesluit” (sic) een administratief document voor zich hadden, dat ten eerste het nummer van de niet correct omgezette richtlijn noemde, ten tweede de naam van de niet-nakomende lidstaat, en ten derde het (uit een enkel woord bestaande) voorstel van de bevoegde dienst om tot uitbrengen van een met redenen omkleed advies te besluiten. Dat zijn de enige gegevens waarvan wij in juridisch opzicht met zekerheid kunnen zeggen, dat de leden van de Commissie deze kenden en aan de hand daarvan hun besluit hebben genomen. Dus ook al zou het standpunt van de Commissie worden aanvaard, dat het collegialiteitsbeginsel onverlet blijft wanneer de leden van de Commissie in vergadering tot uitbrengen van een met redenen omkleed advies besluiten, onder verwijzing naar de fiche d'infraction of de gegevens in het administratief dossier, dan zou het in onderhavig geval genomen besluit toch gebrekkig zijn. Daarom herhaal ik mijn standpunt dat ik in mijn conclusie van 5 juni 1997 reeds naar voren bracht, namelijk dat de Commissie voor het Hof niet voldoende heeft bewezen, dat het collegialiteitsbeginsel is nageleefd, ofschoon de bewijslast wel bij haar rustte.<sup>14</sup> Het beroep dient daarom niet-ontvankelijk te worden verklaard, ook uitgaande van de door de Commissie voorgestane uitlegging van het collegialiteitsbeginsel.

ii) Algemene opmerkingen

12. In mijn analyse van het onderhavige rechtsprobleem mag ik mij niet strikt beperken tot het kader van het onderhavige beroep. Er moet worden onderzocht in hoeverre het juridisch denkbaar is (afgezien van de proceshouding van de gemachtigden van de Commissie, met name het niet tijdig overleggen van de fiche d'infraction en het administratief dossier) dat, zoals ter terechtzitting is beweerd, het besluit tot uitbrenging van een met redenen omkleed advies wordt genomen volgens een procedure waarbij de leden van de Commissie de tekst van dat advies niet ter vergadering uitwerken en evenmin beslissen op basis van een ontwerp-tekst die hen tevoren door de bevoegde diensten is voorgelegd; met andere woorden, of het aanvaardbaar is dat de leden van de Commissie met enkel de fiche d'infraction en het administratief dossier van de zaak voor zich, een uit een enkel woord bestaand „basisbesluit” (sic) nemen omtrent het met redenen omkleed advies en de zorg voor de inhoudelijke tekst daarvan overlaten aan de administratieve diensten, onder toezicht van het bevoegde lid van de Commissie. Zoals ik reeds zei houdt de Commissie staande, dat die procedure, die zij vanouds hanteert, zich met het beginsel van collegiale verantwoordelijkheid verdraagt.

13. Naar mijn mening hangt de redenering van de Commissie juridisch in de lucht. Zij steunt niet op enige bepaling in het primaire of afgeleide gemeenschapsrecht of op de rechtspraak van het Hof. Zowel de gemeenschapswetgever als de gemeenschapsrechter houden in absolute en eenduidige termen vast aan het beginsel van collegiaal handelen door de Commissie. Een onderscheid van handelingen naargelang zij al dan niet

14 — In dit geval wordt de bewijslast die elke partij voor zijn feitelijke beweringen heeft, omgekeerd. Volgens de rechtspraak wordt de bewijslast omgekeerd wanneer het bewijsmateriaal geheel in handen is van de wederpartij (zie arrest van 1 december 1965, *Commissie/Italië*, 45/64, *Jurispr.* blz. 1058) of wanneer de wederpartij door zijn gedrag de toegang daartoe onmogelijk heeft gemaakt (arrest van 28 april 1966, *Ferriere e Acciaierie Napoletano/Hoge Autoriteit EGKS*, 49/65, *Jurispr.* 1966, blz. 104). Om die reden is het aan de Commissie om te bewijzen dat zij het collegialiteitsbeginsel en de daarmee verband houdende vormvereisten heeft nageleefd.

rechtstreekse en bindende rechtsgevolgen hebben, zou als criterium voor de mate waarin het collegialiteitsbeginsel de naleving van specifieke procedurevoorschriften vereist, in conflict komen met hetgeen in het gemeenschapsrecht thans wordt aanvaard. Het is immers nooit uitgemaakt, dat dit beginsel „tweeledig” is, dat wil zeggen een strenge formele procedure kent voor het nemen van besluiten met rechtstreekse rechtsgevolgen en een soepeler procedure voor de overige besluiten van de Commissie. Het feit dat het in het PVC-arrest ging om een uitvoerbare administratieve handeling van de Commissie betekent niet, zoals de Commissie ten onrechte aanneemt, dat de fundamentele procedurevoorschriften van het collegialiteitsbeginsel, zoals de gemeenschapsrechter die in die zaak formuleerde, alleen gelden voor de uitwerking van uitvoerbare administratieve handelingen. Deze uitlegging berust naar mijn mening op een misvatting, zoals ik hierna uitvoeriger wil toelichten.

14. De bewering dat een collegiaal orgaan een „basisbesluit” (sic) neemt dat niet in een concrete tekst zijn neerslag vindt, en de uitwerking daarvan overlaat aan andere diensten, maar tegelijkertijd het algemene collegialiteitsbeginsel naleeft, dat voorschrijft dat het gelijktijdig het dispositief en de motivering van zijn beschikking moet vaststellen, is noodzakelijkerwijs een logische contradictie. Naar de gemachtigden van de Commissie bij de nieuwe mondelinge behandeling beweerden, wordt nadat in de vergadering van commissarissen het „basisbesluit” (sic) tot uitbrengen van een met redenen omkleed advies eenmaal is genomen, aan de administratie alleen de „redactie van de tekst” over-

gelaten, dat wil zeggen de bevoegdheid om „de tekst uit te werken, te perfectioneren en tot in de details na te zien”.<sup>15</sup> Wanneer de administratieve diensten zich werkelijk tot deze secundaire werkzaamheden zouden beperken, dan was schending van het collegialiteitsbeginsel niet aan de orde gekomen. Hoe is het echter mogelijk dat die diensten zich tot deze secundaire rol beperken wanneer er zelfs geen tekst bestaat waarin dat „basisbesluit” (sic) van het college van commissarissen is vervaardigd?

15. Wat de gemachtigden van de Commissie een „basisbesluit” noemen is in werkelijkheid een besluit zonder substantie of inhoud, een „spookbesluit”. In werkelijkheid houdt het collegialiteitsbeginsel in, zoals de gemeenschapsrechter correct heeft aangegeven, dat het besluitende college verplicht is om zelf, als college, de voornaamste en onontbeerlijke punten van de inhoud van zijn besluit vast te stellen, waarbij aan de administratieve diensten een volledig secundaire rol wordt gelaten. Als ik het in een gelijkenis mag uitdrukken, moet de door de administratieve diensten aan het genomen besluit toegevoegde waarde zo niet nihil, dan ten minste onbeduidend zijn. Bij een praktijk zoals de Commissie beschrijft, kan de bijdrage van de administratieve diensten niet onbeduidend of zelfs secundair meer zijn. Bovendien, hoe zou de rechter de tekst, zoals die door de administratieve diensten is uitgewerkt, kunnen toetsen aan het oorspronkelijke besluit van de leden van de Commissie, wanneer dat oorspronkelijke besluit (of het

15 — Aldus de gemachtigde van de Commissie bij de heropende mondelinge behandeling.



„basisbesluit” zo men wil) niet als tekst of zelfs als ontwerp voorhanden is?

16. Vooral voor besluiten die een motivering vergen heeft het Hof een duidelijk standpunt geformuleerd, dat geen enkele nadere uitlegging behoeft: „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.”<sup>16</sup> Hier zij herhaald dat het Hof geen onderscheid maakt tussen motiveringsplichtige beschikkingen met rechtstreekse rechtsgevolgen en motiveringsplichtige beschikkingen van voorbereidende aard. Het met redenen omkleed advies valt, zoals het woord zelf reeds zegt, onder deze regel. Hoe kan de motivering van een vastgesteld besluit echter concreet worden uitgewerkt, wanneer de daarvoor benodigde elementen niet in een vóór de vergadering aan het college van commissarissen voorgelegde ontwerp tekst of — na de vergadering — in een goedgekeurde tekst zijn opgenomen?

17. Op dit punt ligt naar mijn mening de vergissing waaraan de Commissie ten prooi valt wanneer zij tracht de inhoud van het collegialiteitsbeginsel semantisch te verklaren. De verplichting voor de Commissie om collegiaal te handelen houdt niet op bij de beraadslaging in vergadering over te nemen besluiten, of bij de collegiale verantwoordelijkheid van de leden van de Commissie, maar omvat ook de verplichting om de naleving van het collegialiteitsbeginsel te *documenteren*. Met andere woorden, de Commissie is als collegiaal orgaan gebonden aan specifieke procedurele regels, die uit het collegialiteitsbeginsel voortvloeien en die de

naleving van dat beginsel moeten verzekeren en bovendien controleerbaar maken. Op die wijze vallen die beginselen samen en verzekeren de transparantie en uiteindelijk ook de ethische norm, zoals de historici die hebben overgeleverd met de uitspraak, dat de vrouw van Caesar niet alleen erzaam moet zijn maar ook de schijn van het tegendeel moet vermijden.<sup>17</sup> Anders, dus wanneer oncontroleerbaar is dat een bepaald besluit werkelijk collegiaal is genomen, zou dat algemene beginsel een lege letter zonder juridische waarde worden. De enige zekere manier van bewijs dat het beginsel is nageleefd, is dat de inhoud van het genomen besluit zijn *neerslag* vindt in een tekst die het resultaat vormt van de collegiale behandeling van de zaak door het college van commissarissen en die bepalend is voor de omvang van de collegiale verantwoordelijkheid van de deelnemende commissarissen.<sup>18</sup> Voorts is het nodig dat die tekst verband houdt met de concrete collegiale beraadslaging waarin die tekst is goedgekeurd of nader uitgewerkt. Om die reden voorziet het reglement van orde van de

16 — Arrest Commissie/BASF e. a., (aangehaald in voetnoot 2, punt 67).

17 — Deze uitspraak wordt toegeschreven aan Caesar zelf, die daarmee zijn besluit rechtvaardigde om zijn vrouw Pompea te verlaten, ofschoon hij, opgeroepen als getuige tegen haar beweerdelijke minnaar Claudius, hij haar niet van overspel had willen beschuldigen. Dit feit wordt overgeleverd in onder meer de „Ethica” van Plutarchus: „Πομπήϊαν δε την γυναίκα κακώς ακούσασαν επί Κλωδίου παρουτησίμενος, εἶτα του Κλωδίου φεύγοντος επί τούτω δήτην μάστιγος εἰσαχθεῖς οὐδέν εἶπε πρῶτον περί της γυναικός· ἐρομένου δε του κατηγόρου, διὰ τί τόνυν ἐξέβαλες αὐτήν; ὅτι την Καίσαρος; ἔφη, γυναίκα καί διαβολῆς ἔδει καθαράν εἶναι.” (Πλουτάρχου Ἠθικά, Βασιλέων ἀποφθέγματα καί στρατηγῶν, 59, 206 a) [„Ayant répudié sa femme Pompéia, taxée d'inconduite pour relations avec Clodius, et ce dernier étant ensuite poursuivi à ce sujet, il fut cité comme témoin, mais ne fit aucune déclaration défavorable sur le compte de sa femme; l'accusateur lui posant la question, 'Alors pourquoi l'as-tu chassée?', 'Parce que la femme de César, répondit-il, devait être à l'abri même de la calomnie.'” (Plutarque, *Oeuvres morales*, Tome III, Trad. F. Fuhrmann, Éd. „Les Belles-Lettres”, Paris, 1988). („Nadat hij zijn vrouw Pompea wegens haar relatie met Claudius als overspelige had verstoeten, en laatstgenoemde wegens dat feit werd aangeklaagd, werd hij als getuige gehoord, maar legde geen belastende verklaring over zijn vrouw af; op de vraag van de aanklager ‚Waarom heb je haar dan verjaagd?’ antwoordde hij: ‚Omdat de vrouw van Caesar ook verschoond moet blijven van laster.’” (Plutarchus: *Ethica*, uitspraken van koningen en veldheren, 59, 206 a)].

18 — Bij gebreke van een tekst is het onmogelijk om bij toetsing de werkelijke wil van het college vast te stellen. De bekende latijnse zegswijze luidt: *verba volant, scripta manent*.

Commissie in een procedure voor het authenticeren van het origineel van het genomen besluit; die procedure is de beste manier om de naleving van het collegialiteitsbeginsel controleerbaar te maken.

18. Voorts moet met nadruk worden gewezen op de belangrijke plaats die het beginsel van collegiaal handelen van de Commissie in het communautaire rechtsstelsel inneemt. Het is niet zonder belang, dat het Hof zijn cruciale rechtsoverweging in het PVC-arrest begint met de uitspraak dat „voor de Commissie het collegialiteitsbeginsel geldt (...)”.<sup>19</sup> Dat beginsel is niet alleen van belang voor de adressaten van een besluit die rechtstreekse gevolgen in hun rechtspositie ondervinden, maar ook voor het goede functioneren van de Commissie als gemeenschapsinstelling en daarmee voor de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht in het algemeen. Om die reden zijn dergelijke formeel-procedurele problemen en eventuele gebreken in de wetgeving van het optreden van collegiale organen in de meeste nationale rechtsstelsels vatbaar voor ambtshalve toetsing door de rechter. De strenge juridische voorwaarden die aan het fundamentele beginsel van collegiaal handelen van de Commissie verbonden zijn, gelden niet alleen voor de uitwerking van uitvoerbare administratieve handelingen die die instelling krachtens haar bevoegdheid kan geven, maar *voor het geheel van besluiten waarmee een bepaald beleid en een juridische wil van die instelling wordt uitgedrukt*. Het zou naar mijn mening indruisen tegen algemeen aanvaarde opvattingen in de rechtstheorie en de logica, wanneer het collegialiteitsbeginsel consequenter toepas-

sing zou vinden wanneer de Commissie krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag besluit tot het opleggen van geldboeten aan ondernemingen, dan wanneer zij zichzelf vastlegt op belangrijke politieke en juridische kwesties, bijvoorbeeld wanneer zij een voorstel voor een verordening of een aanbeveling uitbrengt. Het is mogelijk dat die laatste besluiten de rechtssubjecten niet direct binden, maar zij binden de Commissie zelf en om die reden is naleving van het collegialiteitsbeginsel geboden. Bovendien is bedoeld beginsel direct verbonden, niet alleen met het institutioneel functioneren van het Verdrag, maar ook met de rechtszekerheid, en om die reden moet naleving ervan gemakkelijk en zeker zijn aan te tonen. Daarom moeten aan het collegiale handelen bepaalde en absoluut bindende procedurele regels worden verbonden, ongeacht de aard van het besluit waar het om gaat. Het gebiedt de Commissie dus haar besluiten in een strenge procedure in te kleden en niet met een „vijgenblad”, zoals haar gemachtigden schijnen te aanvaarden blijkens hetgeen zij bij de nieuwe mondelinge behandeling beweerden.

19. Voorts meen ik dat de redenering van de Commissie niet alleen in strijd is met de rechtspraak van het Hof inzake het collegialiteitsbeginsel, maar ook met het standpunt van de gemeenschapsrechter inzake delegatie van bevoegdheden. Met haar pleidooi voor een onderscheid tussen handelingen met rechtstreekse rechtsgevolgen, waarvoor de procedure strenger moet zijn, en besluiten van voorbereidende aard, die niet meer zouden vereisen dan een „basisbesluit” (sic) van het collegiale orgaan, waarvan de uitwerking aan de administratieve diensten kan worden overgelaten, staat zij in

19 — Arrest Commissie/BASF e. a., (aangehaald in voetnoot 2, punt 62; cursivering van mij).

werkelijkheid een indirecte delegatie van bevoegdheden voor. Ik herinner eraan dat volgens de rechtspraak van het Hof<sup>20</sup> collegiaal handelen van de Commissie de regel is, terwijl verlening van machtiging voor het nemen van een besluit weliswaar mogelijk is, maar uitzondering moet blijven.<sup>21</sup> Om te vermijden dat aan het collegialiteitsbeginsel afbreuk wordt gedaan, mag aan de ondergeschikte geen autonome bevoegdheid worden gedelegeerd en is machtiging tot het nemen van „principebesluiten” per definitie uitgesloten. In ieder geval gebieden het rechtszekerheidsbeginsel en de transparantie van administratieve handelingen dat besluiten tot machtiging worden gepubliceerd.

20. De procedure die de Commissie bij het uitbrengen van met redenen omklede adviezen als vaste praktijk zegt te volgen, verschaft zelfs nog minder waarborgen voor de rechtszekerheid dan de uitzonderingsprocedure waarbij machtiging wordt verleend. Wanneer machtiging voor het uitbrengen van een met redenen omkleed advies mogelijk was<sup>22</sup>, dan zou de Commissie ten minste in vergadering een besluit moeten nemen tot het verlenen van machtiging, waarin de grenzen en de richtsnoeren voor het handelen van het gemachtigde orgaan zijn aangegeven, en dat moet worden gepubliceerd. Ofschoon de gemachtigden van de Commissie in hun beschrijving van de bovenbedoelde vaste praktijk bij het uitbrengen van een met redenen omkleed advies zeggen het collegialiteitsbeginsel te verdedigen, ondermijnen zij in werkelijkheid dit beginsel; in de plaats van een besluit tot

machtiging dat in vergadering zou moeten worden genomen volgens concrete procedurele en formele voorwaarden, stellen zij een mistig „basisbesluit” (sic), dat niet wordt gepubliceerd en de substantie en inhoud mist, waaraan de het optreden van de administratieve diensten die het besluit moeten uitvoeren, kan worden getoetst. In dat licht bezien is de praktijk waarop de gemachtigden van de Commissie zich beroepen, dat wil zeggen het vaststellen van een „basisbesluit” (sic) door het college van commissarissen, nog hachelijker dan de machtigingsprocedure.

21. Samenvattend beschouw ik het beginsel van collegiaal handelen van de Commissie als een van de fundamenteën van het communautaire rechtstelsel, dat onlosmakelijk is verbonden met het beginsel *dat de werkelijke wil van het college van commissarissen in een tekst moet zijn vastgelegd*, die de wezenlijke punten, de motivering en het dispositief van het genomen besluit bevat; voorts moet het verband tussen die tekst en de vergaderingen van het college waarin het besluit is genomen, kunnen worden bewezen. Deze regel, die in iedere rechtsorde vanzelfsprekend is, is vervat in artikel 12 van het reglement van orde van de Commissie, zoals dit gold toen het besluit tot uitbrengen van het litigieuze met redenen omklede advies werd genomen. Ik ben van oordeel dat de Commissie het concrete procedurele vormvoorschrift van het reglement van orde had moeten naleven alvorens het onderhavig beroep in te stellen en dat het Hof in zijn beschikking terecht van de Commissie de overlegging heeft verlangd van de nodige bewijzen dat zij die bepaling heeft nageleefd. Maar ook al zou worden aanvaard dat de authenticatieprocedure, zoals geregeld in het reglement van orde van de Commissie, niet geldt voor het met redenen omkleed

20 — Zie met name arrest van 23 september 1986, AKZO Chemie/Commissie (5/85, Jurispr. blz. 2585).

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

22 — Zoals ik in mijn conclusie van 5 juni 1997 uitvoerig heb uiteengezet, is dit volgens mij juridisch niet mogelijk.

advies<sup>23</sup>, dan nog zou het collegialiteitsbeginsel en het daaraan accessoire vereiste van documentering in een tekst, de Commissie dienovereenkomstige verplichtingen opleggen. In ieder geval is het noodzakelijk, dat wanneer een met redenen omkleed advies wordt uitgebracht, hetzij het ontwerp van deze handeling tevoren ter goedkeuring is voorgelegd aan het college van commissarissen, hetzij na de beraadslaging in het college in ieder geval een goedgekeurde tekst voorligt die de hierboven genoemde noodzakelijke elementen van het met redenen omkleed advies bevat; bovendien moet die tekst de notulen van de desbetreffende vergadering bevatten of daarmee verband houden, zodat een en ander gemakkelijk te bewijzen valt.

advies van artikel 169 van het Verdrag een „maatregel van bestuur of beheer” is of een „principebesluit”, om uit te maken of het uitbrengen daarvan al dan niet kan worden gedelegeerd.<sup>25</sup> De Commissie betwist thans weliswaar niet meer dat het met redenen omkleed advies geen voorwerp van machtiging kan zijn, maar zij beweert dat het collegialiteitsbeginsel, met name voor de vaststelling van een met redenen omkleed advies, niet de naleving gebiedt van even strenge vormvoorschriften als voor beschikkingen met bindende rechtsgevolgen gelden. Ik zie mij daarom genoopt nogmaals terug te komen op de vraag naar de juridische status van het met redenen omkleed advies.

22. Op de praktische problemen die deze procedure met zich zou brengen voor de normale afwikkeling van het werk van de Commissie, zoals haar gemachtigden beweerden, kom ik hierna in mijn conclusie nog terug.<sup>24</sup> Eerst moet ik echter stilstaan bij het bijzondere belang dat de naleving van bovengenoemde procedurele vormvoorschriften (en natuurlijk van het collegialiteitsbeginsel) heeft, in het bijzonder voor de formulering en het uitbrengen van het met redenen omkleed advies, bedoeld in artikel 169 van het Verdrag.

24. Op het eerste gezicht is het met redenen omkleed advies geen „handeling”, zoals ook de door de gemeenschapswetgever gekozen term laat vermoeden. 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 kunnen worden tegengeworpen, dat een tekst zonder bindende werking per definitie niet kan behoren tot de bevoegdheden van de Commissie die een zo streng mogelijke naleving van het collegialiteitsbeginsel vereisen.

*B — De aard van het met redenen omkleed advies*

23. In mijn conclusie van 5 juni 1997 heb ik besproken, of het met redenen omkleed

25. De gemeenschapsrechter heeft een dergelijk grammaticaal criterium echter niet als

23 — Deze uitlegging valt wellicht te verdedigen in de context van het huidige reglement van orde.

24 — Zie hierna, punten 37 e. v.

25 — Zie de punten 17-26 van mijn conclusie van 5 juni 1997.

afdoende of beslissend willen beschouwen. Bijzonder leerrijk op dit punt is de rechtspraak inzake handelingen van de gemeenschapsinstellingen die al dan niet vatbaar zijn voor beroep krachtens artikel 173; het Hof gaat niet zozeer af op de uiterlijke vorm van de per geval te toetsen handeling, maar beoordeelt steevast de inhoud en de rechtsgevolgen ervan.<sup>26</sup>

26. Wat overigens dit 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.<sup>27</sup> Dat betekent echter niet dat het met redenen omkleed advies geen of slechts onbelangrijke rechtsgevolgen zou hebben.

27. Verhelderend op dit punt is het arrest *Essevi en Salengo*.<sup>28</sup> 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

26 — Op grond van deze motivering zijn dikwijls beroepen tegen „interne richtlijnen” of „mededelingen” 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), en 16 juni 1993, Frankrijk/Commissie (C-325/91, Jurispr. blz. I-3283), en de conclusie van advocaat-generaal Tesouro van 16 januari 1997 bij arrest van 20 maart 1997, Frankrijk/Commissie (C-57/95, Jurispr. blz. I-1627, punten 8-11).

27 — 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 tegen een lidstaat in te leiden niet-ontvankelijk (arrest van 1 maart 1966, *Lütticke/Commissie* (48/65, Jurispr. blz. 27) en meer recent, 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.

28 — Arrest aangehaald in voetnoot 27.

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 verplichting of inbreuk kan maken op de rechten die de particulieren aan het Verdrag ontleen”.<sup>29</sup> 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”.<sup>30</sup> 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*.<sup>31</sup> Ik acht het juist 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.<sup>32</sup>

28. Hoe dan ook, dat het met redenen omkleed advies geen uitvoerbare administratieve handeling is, betekent niet dat zij automatisch in de tweede categorie valt waarvoor minder strenge vormvereisten zouden gelden dan bij andere handelingen van de Commissie het geval is. Anders dan de Commissie stelt, is de omstandigheid dat het met redenen omkleed advies geen directe rechtsgevol-

29 — *Ibidem*, punt 18.

30 — *Ibidem*, punt 15.

31 — *Ibidem*, blz. 1420.

32 — Met de kwalificering van het met redenen omkleed advies als handelingen sui generis schenen ook partijen in de heropende mondelinge behandeling in te stemmen.

gen voor de adressaten met zich brengt, onvoldoende grond voor een minder strenge toepassing van het collegialiteitsbeginsel door de Commissie, dat wil zeggen zonder dat aan de met dit algemene beginsel onlosmakelijk verbonden regels de hand wordt gehouden.

29. Van belang is, dat het met redenen omkleed advies, wanneer voor het Hof beroep wordt ingesteld krachtens artikel 169, als „principebesluit” moet 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.

30. De juridische betekenis van het met redenen omkleed advies, die het tot een „principebesluit” maakt en uit de categorie tilt 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<sup>33</sup>, als wel uit de juridische gevol-

gen 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.<sup>34</sup> 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, om de rol van de Commissie in het kader van deze procedure te onderwaarderen door het met redenen omkleed advies als maatregel van bestuur of beheer aan te merken.

31. 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 afgebakend, in die zin dat zowel het verzoekschrift als het met redenen omkleed advies op dezelfde middelen en argumenten moeten zijn gebaseerd<sup>35</sup>; 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.<sup>36</sup> 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

33 — Zoals ik reeds vermeldde, staat een niet-nakoming van een lidstaat nog niet vast met alleen het daartoe strekkende met redenen omkleed advies van de Commissie. Dat advies is echter niet zonder gevolgen en de lidstaat kan het in de praktijk niet negeren (zie hierna, punt 33 e. v. van mijn conclusie). Om die reden is het Hof buitengewoon veelzijdig op het punt van de eerbiediging van het recht van verweer van de staat tegen de grieven die de Commissie in haar met redenen omkleed advies naar voren heeft gebracht.

34 — Zie direct hierna, punt 31.

35 — 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).

36 — Zie arrest van 7 februari 1984, Commissie/Italië (aangehaald in voetnoot 35).

verzoekschrift worden herhaald.<sup>37</sup> Voor een goed begrip van de rol van het met redenen omkleed advies in de procedure ex artikel 169 zij verwezen naar de regel uit de rechtspraak, dat ook wanneer de lidstaat na het 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.<sup>38</sup> 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”.<sup>39</sup> Dat is trouwens de reden waarom het met redenen omkleed advies door het Hof strenger wordt getoetst dan de aanmaningsbrief.<sup>40</sup>

32. Een en ander laat zien, dat de formulering van het met redenen omkleed advies op

het punt van politieke betekenis en rechtsgevolgen de belangrijkste bijdrage van de Commissie is in de procedure van artikel 169. Een tekst waarin de Commissie haar politieke wil definitieve juridische vorm geeft, in een procedure die een primaire plaats inneemt in het institutionele systeem van het Verdrag en die direct verweven is met de rol van de Commissie als „hoedster van de Verdragen”<sup>41</sup>, mag niet worden ondergewaardeerd als handeling van secundair belang. Zoals ik reeds zei<sup>42</sup>, hebben de strenge vormvoorschriften die het fundamentele beginsel van collegiale verantwoordelijkheid van de Commissie met zich brengt, niet alleen betrekking op de uitwerking van uitvoerbare administratieve handelingen tot de vaststelling waarvan deze instelling bevoegd is, maar op alle handelingen waarmee de definitieve politieke en juridische wil van deze instelling tot uitdrukking wordt gebracht.

33. In het bijzonder wat het met redenen omkleed advies aangaat, dient men zich goed voor ogen te houden, welke ernstige gevolgen voor een lidstaat aan de volledige afwikkeling van de procedure van artikel 169 en volgende van het Verdrag kunnen zijn verbonden. Wanneer het met redenen omkleed advies een reeds door de rechter vastgestelde niet-nakoming door een lidstaat betreft, en die lidstaat daarin wordt verweten geen gevolg te hebben gegeven aan een veroordelend arrest van het Hof in het kader van een beroep ex artikel 169, kan een eventuele nieuwe veroordeling van die lidstaat volgens artikel 171 van het Verdrag<sup>43</sup> betekenen dat

37 — 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).

38 — 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).

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

40 — 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* (C-289/94, Jurispr. blz. I-4405).

41 — Volgens artikel 155 van het Verdrag „ziet de Commissie toe op de toepassing zowel van de bepalingen van dit Verdrag als van de bepalingen welke de instellingen krachtens dit Verdrag vaststellen (...)”

42 — Zie hierboven, punt 18.

43 — Artikel 228 van het geconsolideerde Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, dat te Amsterdam werd vastgesteld maar nog niet is geratificeerd.

die staat een forfaitaire som of een dwangsom moet betalen. Met andere woorden, een lidstaat waartegen een met redenen omkleed advies wordt uitgebracht, riskeert niet enkel een vage en zonder gevolgen blijvende rechterlijke veroordeling, maar kan voor aanzienlijke financiële consequenties komen te staan. Bovendien, ook al is het met redenen omkleed advies geen juridisch bindende constatering van een verdragsschending door een lidstaat, kan het de rechtssubjecten die door de beweerdelijk onwettige gedraging van de staat worden geraakt, ertoe aanzetten voor de rechter vergoeding te vorderen van de schade die zij door die gedraging ondervinden, overeenkomstig de recente rechtspraak van het Hof.<sup>44</sup>

34. Een en ander is in onderhavig geval van bijzonder belang. Ik herinner eraan dat de Commissie Duitsland voorhoudt de richtlijnen 68/151 en 78/660 van de Raad niet juist te hebben omgezet op het punt van de sancties die de lidstaten moeten invoeren voor kapitaalvennootschappen die hun jaarrekening niet openbaar maken. In deze materie heeft het Hof in het recente arrest *Daihatsu Deutschland*<sup>45</sup> beslist dat bij onjuiste omzetting van deze bepalingen de lidstaten aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de schade die dit verzuim voor particulieren kan veroorzaken.<sup>46</sup> Daarom kan het met redenen omkleed advies, waar dit de formeel uitgedrukte overtuiging van de Commissie als „hoedster van de Verdragen” weergeeft, dat een lidstaat het gemeenschapsrecht heeft overtreden, voor particulieren dus aanleiding

zijn om voor de rechter schadevergoeding te vorderen voor deze onwettigheid, *ook al zou het met redenen omkleed advies niet leiden tot een veroordeling van de lidstaat door het Hof op grond van een beroep ex artikel 169 van het Verdrag.*

35. Het met redenen omkleed advies is dus van grote invloed op de rechtssituatie van de adressaat en kan voor deze aanzienlijke nadelige financiële gevolgen met zich brengen. Het advies heeft weliswaar niet rechtstreeks nadelige rechtsgevolgen voor de adressaat, zoals bijvoorbeeld een geldboete krachtens artikel 85 of 86 van het Verdrag, maar het schaadt niettemin de belangen van de lidstaat, en heeft wellicht ernstiger consequenties dan die welke de adressaat van een beschikking van de Commissie wegens inbreuk op de mededingingsregels of wegens onwettige staatssteun te duchten heeft.

36. Ook al zou men dus aanvaarden dat, zoals de Commissie beweert, het collegialiteitsbeginsel tweërlei niveaus van naleving kent, een streng en een minder streng, dan behoort toch het met redenen omkleed advies tot de groep van besluiten van de Commissie waarvoor de door het Hof in het PVC-arrest geformuleerde criteria ten volle gelden.

### *C — De problemen die strenge naleving van het collegialiteitsbeginsel met zich brengt*

37. Op veel plaatsen in hun betoog wijzen de gemachtigden van de Commissie op de

44 — Het gemeenschapsrecht gebiedt de lidstaten de schade te vergoeden die particulieren ondervinden door niet-omzetting of door onjuiste omzetting van een richtlijn: arresten van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur en Factor-tame* (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 51), en 26 maart 1996, *British Telecommunications* (C-392/93, Jurispr. blz. I-1631, punt 39).

45 — Arrest van 4 december 1997 (C-97/96, Jurispr. blz. I-6843).

46 — Arrest *Daihatsu Deutschland* (aangehaald in voetnoot 45, punt 25).



werklust die met de behandeling van niet-nakomingszaken tegen lidstaten verbonden is. Zij vermelden dat de laatste jaren ongeveer 5 000 zaken aanhangig zijn en dat in 1996 meer dan 1 000 aanmaningsbrieven aan de lidstaten zijn verzonden, terwijl 93 zaken voor het Hof aanhangig zijn. Elders legden zij de nadruk op de vertraging die toepassing van het PVC-arrest zou veroorzaken in de procedure voor het uitbrengen van het met redenen omkleed advies, aangezien dan een ontwerptekst van dat advies in de drie werktalen van het college van commissarissen zou moeten worden voorgelegd en naderhand vertaald in de elf talen van de Unie.

38. Ik zou eigenlijk niet hoeven ingaan op het punt van de werklust die aan het aantal niet-nakomingen is verbonden. Afgezien van de opmerking dat het officiële aantal uitgebrachte met redenen omklede adviezen niet zo hoog is als de gemachtigden van de Commissie doen voorkomen<sup>47</sup>, volsta ik met de vanzelfsprekende vaststelling dat de tot dusver vaste praktijk van de Commissie bij het uitbrengen van een met redenen omkleed advies onwettig is, en dat de frequentie van deze onwettigheid evenmin als de problemen die aan de wettige procedure zijn verbonden, geen zuiverende werking hebben. Bovendien is de vertraging die de vertaling van de teksten in verschillende talen zou veroorzaken, in werkelijkheid een schijnprobleem.

47 — In 1991 verzond de Commissie 411 met redenen omklede adviezen, in 1992 248, in 1993 352, in 1994 546 en in 1995 192. Deze statistische gegevens zijn afkomstig van de diensten van de Commissie en zijn te vinden in het „Derftende verslag van de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht (1995)”, COM(96) 600 def. van 29 mei 1996.

39. Ik licht dit als volgt toe: de gemachtigden van de Commissie hebben geprobeerd voor het Hof aan te tonen dat de commissarissen bij het nemen van wat zij noemen een „basisbesluit” (sic) omtrent het met redenen omkleed advies volledig op de hoogte zijn van de gegevens in de zaak, doordat zij de fiche d’infraction voor zich hebben en eventueel het volledige dossier van de zaak. Volgens het reglement van orde van de Commissie behoren die gegevens echter in de drie werktalen aan de commissarissen te worden voorgelegd, dat wil zeggen in het Frans, het Engels en het Duits. Ook al zou men dus aanvaarden, dat de commissieleden geen uitgewerkte tekst van het vast te stellen advies nodig hebben, maar aan de fiche d’infraction voldoende hebben, dan moet in ieder geval ook die fiche in de drie werktalen van de Commissie zijn vertaald. Iets wat extra tijd en moeite kost. Wat de gemachtigden van de Commissie in de nieuwe mondelinge behandeling echter niet vermelden, is dat de fiche d’infraction niet in drie talen maar slechts in één taal wordt voorgelegd, in het Engels of in het Frans. Dus ook volgens deze lezing kan niet worden aangenomen dat de commissarissen volledig op de hoogte zijn van het „basisbesluit” (sic) dat zij nemen!

40. Met andere woorden, ook bij de door de gemachtigden van de Commissie beschreven gang van zaken vergt de juiste naleving van het collegialiteitsbeginsel de nodige voorbereiding, namelijk de vertaling van de fiche d’infraction. Ik zie derhalve niet in, waarom datgene wat als vaste praktijk wordt verdedigd, thans soepeler zou werken dan een correcte en veilige naleving van de vormvoorschriften.

41. In werkelijkheid vereisen het collegialiteitsbeginsel en het accessoire vereiste van documentatie van de besluiten van de Commissie in een tekst, niet meer dan dat de inhoud van het met redenen omkleed advies, dat in de fiche d'infraction reeds in embryonale vorm is vervat, wordt uitgewerkt in een ontwerptekst voor het met redenen omkleed advies, alvorens het besluit zelf door het college van commissarissen wordt genomen. Het werk dat de bevoegde administratieve diensten van de Commissie hoe dan ook moeten doen, dat wil zeggen het redigeren van de tekst van het met redenen omkleed advies, moet enkel in een eerder stadium worden gedaan dan thans geschiedt. Ik geloof dus niet dat werk dat hoe dan ook moet worden gedaan, kortsluiting kan veroorzaken in het bestuurlijke proces van de Commissie, wanneer dat werk met het oog op de wettigheid naar een eerder tijdstip wordt overgeheveld. Wat de vertalingen betreft: in plaats dat de fiche d'infraction in de werktalen van de Commissie wordt vertaald (wat in ieder geval had moeten), kan beter — ook met het oog op de rechtszekerheid — de ontwerptekst van het met redenen omkleed advies in die werktalen worden vertaald, en natuurlijk — daar zal iedereen het mee eens zijn — in de taal van de lidstaat waaraan het advies wordt gericht.

42. Kort gezegd, vergt het beginsel van collegiaal handelen van de Commissie wel beschouwd niet meer, dan dat vóór de vergadering van commissieleden waarin het besluit moet worden genomen, een ontwerpadvies wordt voorbereid met daarin de belangrijkste punten van de motivering en van het dispositief, zodat na afloop van de vergadering een goedgekeurde tekst voorligt, waarvan in de notulen van de vergadering melding kan worden gemaakt. Die tekst, in drie of vier talen voorhanden, kan dan uiteraard door de bevoegde administratieve diensten van de Commissie worden bijgeschaafd en afge-

werkt, onder verantwoording van de bevoegde commissaris, zolang aan de fundamentele inhoud niet wordt geraakt.<sup>48</sup>

*D — Het verzoek tot beperking in de tijd van de gevolgen van het te wijzen arrest*

43. Ten slotte verzoekt de Commissie, voor het geval het Hof haar zienswijze niet volgt en het beroep niet-ontvankelijk verklaart wegens schending van een wezenlijk vormvoorschrift bij het uitbrengen van het met redenen omkleed advies, de gevolgen van het arrest in de tijd te beperken, zodat deze alleen ex nunc werken en alleen reeds ahangige zaken betreffen waarin de wettigheid van het met redenen omkleed advies in het precontentieuze stadium op dezelfde gronden werd betwist.<sup>49</sup>

48 — Op dit punt zou ik er geen bezwaar tegen hebben wanneer het Hof de administratieve diensten van de Commissie die de definitieve versie van de tekst van het met redenen omkleed advies uitwerken, meer armslag zou geven dan in geval van individuele administratieve beschikkingen met rechtstreekse rechtsgevolgen. Voor deze laatste categorie stelt het Hof zich op het standpunt dat daarin alleen grammaticale en spellingcorrecties mogen worden aangebracht (zie arrest Hof van 23 februari 1988, Verenigd Koninkrijk/Raad, „legkippen“-arrest, 131/86, Jurispr. blz. 905). In ieder geval geldt dat hoe dichter de tekst van het met redenen omkleed advies dat naar de lidstaat wordt gezonden blijft bij de tekst waarover de Commissie in college beslist, des te minder zal die tekst aanleiding geven tot geschillen.

49 — Op dit punt doen de gemachtigden van de Commissie denken aan de koning in het sprookje van Hans Christian Andersen, die zich naakt voor zijn onderdanen vertoonde, door zijn hovelingen overtuigd dat hij gekleed was in het mooiste uniform. Zo verlangen de gemachtigden van de Commissie, als een evenzo naakte koning, van het Hof dat wanneer het een onregelmatigheid vaststelt, dit zo geruisloos mogelijk te doen.

44. Ik begrijp de ongerustheid van de Commissie, maar ik geloof niet dat het door haar gesignaleerde gevaar reëel is of althans een beperking in de tijd nodig maakt van de gevolgen van het hier te wijzen arrest. Zoals de gemachtigde van Duitsland in de nieuwe mondelinge behandeling terecht opmerkt, is het procesrechtelijk niet denkbaar dat de gevolgen van door het Hof reeds gewezen arresten in beroepen die met een onregelmatig uitgebracht met redenen omkleed advies waren ingeleid, ongedaan worden gemaakt. Hetzelfde moet gelden voor reeds voor het Hof aanhangige beroepen waarin de mondelinge behandeling is afgesloten. Zie ik het

juist, dan laten de procesregels in zulke gevallen geen heropening van de mondelinge behandeling of herziening toe. Op dit punt verwijs ik naar mijn uitvoerige analyse in het kader van de „polypropyleen”-zaken.<sup>50</sup>

45. Beperking ex nunc van de gevolgen van het in deze zaak te wijzen arrest acht ik daarom niet nodig, zonder dat ik daar overigens bezwaar tegen zou hebben.

#### IV — Conclusie

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

- 1) het onderhavig beroep niet-ontvankelijk te verklaren en
- 2) de Commissie in alle kosten te verwijzen.

<sup>50</sup> — Zie mijn conclusie van 15 juli 1997, met name in zaak C-199/92 P, Hüls/Commissie (nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 70 e. v.).