

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL  
A. DUTHEILLET DE LAMOTHE  
VAN 1 JULI 1971<sup>1</sup>

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

De onderhavige zaak heeft vrij ver ver-  
trakte wortels.

Op 27 oktober 1956 hebben de Bondsre-  
publiek Duitsland, de Franse Republiek  
en het Groothertogdom Luxemburg een  
verdrag betreffende de kanalisatie van de  
Moezel gesloten, waarbij zij zich door  
een zeer ingewikkelde regeling verplicht-  
ten het deel van de Moezel tussen  
Thionville en Koblenz bevaarbaar te  
maken voor schepen van een bepaald  
tonnage, zodat voor deze schepen onder  
de voorwaarden in de bijlagen van ge-  
noemd verdrag een vrije vaarverbinding  
ontstond tussen Lotharingen en de Atlan-  
tische Oceaan.

De ondertekening van dit verdrag en  
vooral ook de verwezenlijking van de  
daarin omschreven doeleinden stelden de  
Luxemburgse Regering voor het pro-  
bleem één of meer havens aan te leggen  
langs het deel van de Moezel dat de  
grens vormt tussen het Groothertogdom  
en de Bondsrepubliek; hiervoor beston-  
den reeds zeer oude verdragen waarop  
wij aanstonds zullen terugkomen.

De kwestie van de haveninstallaties aan  
de Luxemburgse Moezeloever werd gere-  
geld bij een wet van 22 juli 1963 betref-  
fende de aanleg en exploitatie van een  
Moezelhaven bij Mertert.

In deze wet wordt in hoofdzaak het vol-  
gende bepaald:

1. Aan de Moezel zal bij Mertert een  
rivierhaven worden aangelegd, waarvan  
de omtrek bij ministerieel besluit nader  
zal worden vastgesteld.

2. De aanleg en exploitatie van de  
haven wordt in handen gelegd van een  
gemengd bedrijf (naderhand genaamd

Société du port fluvial de Mertert). De  
Luxemburgse staat gaf deze vennoot-  
schap kosteloos de benodigde grond in  
concessie en nam met 5 miljoen frank  
deel in het oprichtingskapitaal. Ongeacht  
het percentage van de kapitaalparticipa-  
tie van de Luxemburgse staat, zou ten  
minste de helft van het aantal leden van  
de raad van beheer en van de raad van  
commissarissen door de Luxemburgse  
Regering worden benoemd.

3. Ten slotte was ingevolge artikel 12  
van de wet voor de aanleg, de vestiging  
en de exploitatie van elke haven en laad-  
of loskade aan de Moezel een regerings-  
vergunning vereist, te verlenen na over-  
leg met de gemengde vennootschap, en  
zou de vennootschap tevens worden ge-  
raadpleegd over de uitoefening van het  
recht van toezicht van de Luxemburgse  
Regering, dat haar toekwam op grond  
van internationale overeenkomsten in-  
zake de vestiging van havens of kaden  
aan de Duitse kant van de Moezel.

Laatstgenoemd artikel van de wet van  
1963 werd later ontoereikend geacht en  
is toen nader uitgewerkt en aangevuld  
bij een wet van 1968.

Deze wet bevat twee artikelen:

- in artikel 1 werd het oude artikel 12  
gewijzigd in die zin dat aan de ver-  
gunning tot exploitatie van havens of  
kaden buiten het concessiegebied van  
de Société du port de Mertert beper-  
kende voorwaarden konden worden  
verbonden, met name ten aanzien  
van „de aard, herkomst of bestem-  
ming en hoeveelheid van de te laden  
of te lossen goederen”;
- bij artikel 2 werd aan de wet van  
1963 een nieuw artikel 13 toege-  
voegd, houdende strafbedreiging  
enerzijds tegen een ieder die zonder

1 — Vertaald uit het Frans.

vergunning een haven of kade zou exploiteren, en anderzijds tegen een vergunninghouder die in strijd met de aan zijn vergunning verbonden voorwaarden en beperkingen zou handelen.

Deze laatste bepalingen nu liggen rechtstreeks ten grondslag aan het geding waarin de Luxemburgse rechter zich krachtens artikel 177 van het Verdrag van Rome tot U heeft gewend.

Een Luxemburgs familiebedrijf, de firma J. P. Hein, hield zich van oudsher bezig met baggerwerkzaamheden aan de Moezel.

Met de kanalisatie kwam uiteraard een einde aan de maatschappelijke hoofdactiviteit van de onderneming.

Derhalve trachtte zij zich „om te schakelen”, zoals dat tegenwoordig heet.

Na de inwerkingtreding van de wet van 1963 vroeg de firma Hein bij de bevoegde autoriteiten dan ook een vergunning aan om de door haar bij Bech Kleinmacher aangelegde kade te vergroten met het oog op nader bepaalde handelsverrichtingen.

Zij kreeg zowel voor als na 14 juli 1965, op welke datum de haven van Mertert in bedrijf kwam, verschillende tijdelijke vergunningen.

Ten slotte verleenden de Luxemburgse autoriteiten de firma Hein op 17 februari 1967 een vergunning tot gebruik van haar kade, zij het uitsluitend voor nauw omschreven verrichtingen:

1. het mochten alleen verrichtingen zijn voor eigen rekening van de firma Hein, dus niet voor rekening van derden;
2. de verrichtingen waren beperkt tot „het lossen van zand, split, kiezel, grint en stenen, afkomstig uit zand- of steengroeven en bestemd om door haar” (i.e. de firma Hein) „ter plaatse te worden geklopt of gezeefd, en het laden van deze goederen na te zijn geklopt en gezeefd”. In 1968 kwamen de havenbeheerders van de havens in Trier (Duitsland) en in Mertert (Luxemburg) met enkele weken tussenruimte te weten dat de firma Hein haar haven voor steenkoolprodukten had gebruikt.

Op het woord „steenkool” reageerden de beide havenbeheerders als in vroeger tijd een cavaleriepaard op het chargesignaal van de trompetter.

Eerst de haven van Trier (waaruit blijkt dat het niet alleen om een intern Luxemburgs conflict gaat) en daarna ook de haven van Mertert dienden op grond van artikel 13 van de wet van 1968 bij het Openbaar Ministerie in Luxemburg klachten in tegen de vennoten Hein.

Bij vonnis van de strafkamer van de arrondissementsrechtbank te Luxemburg van 20 februari 1970, bevestigd bij arrest van het Luxemburgse Hooggerechtshof van 15 februari 1971, oordeelden de bevoegde Luxemburgse rechterlijke instanties:

1. dat de aan verdachten ten laste gelegde feiten waren bewezen en strafbaar waren gesteld bij de wet van 22 juli 1963, zoals gewijzigd bij de wet van 26 juni 1968;

2. dat echter termen aanwezig waren de beslissing omtrent de schuld van verdachten en omtrent de op te leggen straf aan te houden, totdat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, geadieerd overeenkomstig het bepaalde in artikel 177 van het Verdrag van Rome, zich heeft uitgesproken inzake de navolgende vragen:

„a) Of het gemeenschapsrecht op het hierbedoelde terrein in het algemeen aan particulieren, als nationale rechtssubjecten, rechtstreeks rechten toekent en of zulks met name het geval is ten aanzien van de materie van de Luxemburgse wet van 22 juli 1963 tot aanleg en exploitatie van een Moezelhaven, zoals gewijzigd bij de desbetreffende wet van 26 juni 1968;

b) zo ja, of en in hoeverre de bepalingen van voormelde wetten onverenigbaar zijn met de letter en de geest van het Verdrag van Rome dan wel met verordenende of anderszins bindende maatregelen van de bij deze Verdragen ingestelde organen.”

## I

De Commissie en — meer nog — de Luxemburgse Regering betwisten formeel dat deze vragen aan U kunnen worden voorgelegd, en verzoeken U beide vragen niet-ontvankelijk te verklaren:

— de eerste vraag, omdat zij te vaag is om door U te kunnen worden beantwoord,

— de tweede vraag, omdat Gij niet bevoegd zijt U uit te spreken over de verenigbaarheid van een nationale wet met de verdragsbepalingen.

A — Wat de tweede vraag betreft, staat vast dat U niet bevoegd zijt haar, in de gestelde vorm, te beantwoorden.

Het is echter niet de eerste maal dat U voor een dergelijk probleem staat en tot dusver hebt U dit steeds zonder formalisme opgelost in een geest van vertrouwelijke samenwerking met de nationale rechter. In die gevallen hebt U immers steeds aangenomen dat de niet strikt juist geformuleerde vraag in feite was gericht op een interpretatie van gemeenschapsbepalingen om de nationale rechter in staat te stellen deze correct toe te passen en alle, mogelijk daaraan verbonden consequenties te trekken (cf. vooral Uw arrest van 21 oktober 1970 in de zaak Lesage, Jurisprudentie, Deel XVI, blz. 861).

Wij stellen U voor in casu een zelfde gedragslijn te volgen, al wordt Uw taak er niet gemakkelijker op, nu de Luxemburgse rechter niet heeft aangegeven van welke bepalingen van gemeenschapsrecht hij een interpretatie nodig heeft; naar aanleiding hiervan willen wij thans de ontvankelijkheid van de eerste vraag bezien.

B — Bij de eerste vraag moet stellig worden betreurd dat de Luxemburgse rechters zich niet iets duidelijker hebben uitgelaten over de bepalingen van het Verdrag van Rome of van het afgeleide gemeenschapsrecht, waarvan zij U naar de uitlegging en strekking vragen.

In het kader van artikel 177 van het Verdrag kunt U het gemeenschapsrecht immers alleen interpreteren met de be-

doeling de nationale rechter te helpen bij het oplossen van het hem voorgelegde geschil.

Het is echter duidelijk dat het in de eerste plaats op de weg van de nationale rechter ligt uit te maken van welke communautaire bepalingen hij uitlegging behoeft; door die bepalingen precies aan te geven, vergemakkelijkt hij bovendien Uw taak en ook de zijne.

Maar moet U de gestelde vraag nu wegens haar vage formulering niet-ontvankelijk verklaren?

Om twee redenen menen wij van niet:

1. Al geeft de beschikking van de Luxemburgse rechters aanleiding tot uitgesproken bezwaren tegen haar formulering, omgekeerd verdient zij in communautair opzicht alle lof wegens de algemene, aan haar ten grondslag liggende overwegingen.

Zij gaat immers blindelings uit van het — niet eens genoemde — beginsel dat zelfs in strafzaken een nationale wet, uitgevaardigd na het Verdrag van Rome of een bepaling van afgeleid gemeenschapsrecht, in haar toepasbaarheid kan worden gehinderd of niet-toepasselijk kan worden door de aanwezigheid van de communautaire rechtsorde.

Men mag niet vergeten dat het Luxemburgse Hooggerechtshof indertijd als eerste van de hoogste rechterlijke instanties der Lid-Staten in zijn arrest van 14 juli 1954 deze voorrang van het gemeenschapsrecht heeft erkend.

Onzes inziens dient dit in aanmerking te worden genomen, wanneer U bepaalt hoe ver U in Uw uitleggingspogingen mag gaan om het tot U gerichte verzoek ontvankelijk te achten.

2. Bij deze poging is het naar onze mening mogelijk vrij nauwkeurig de verdragsbepalingen te omlijnen, waarvan de Luxemburgse rechter uitlegging behoeft om het hem voorgelegde geschil op te lossen. Wij zullen trachten U dit aan te tonen.

## II

Bij het opsporen van de vragen waarvoor de Luxemburgse rechter Uw inter-

pretatie nodig heeft, dient men „in limite litis” enig „spadewerk” en soms zelfs „archeologische opgravingen” te verrichten.

In dit verband zou ik eerst vier prealabele opmerkingen willen maken:

#### A — Eerste opmerking

In deze zaak hebt U uitsluitend de bepalingen van het Verdrag van Rome en misschien ook van het afgeleide gemeenschapsrecht in aanmerking te nemen.

Dit vereenvoudigt het probleem al, want zoals U weet, zijn de vragen welke de verdragen over de kanalisatie van de Moezel en de toepassing dier verdragen doen rijzen, gezien in het kader van het EGKS-Verdrag, ingewikkeld van aard; U kent de geschillen die zich op dit punt hebben voorgedaan<sup>1</sup>.

De Luxemburgse rechter heeft zich echter tot U gewend en kon zich trouwens ook alleen maar legaal tot U wenden met vragen in verband met het EEG-Verdrag.

#### B — Tweede opmerking

Onzes inziens dienen de internationale Moezelverdragen buiten de discussie te blijven, ook al vloeit de Luxemburgse wetgeving van 1963 en 1968 voor een deel hier min of meer rechtstreeks uit voort.

Enkele van deze verdragen zijn al zeer oud.

U weet dat in de slotakte van het Wener Congres alle gebieden van het Hertogdom Luxemburg ten oosten van de Moezel, de Sûre en de Our, met uitzondering van de stad Vianden, aan Pruisen werden toebedeeld.

De grenzen van Luxemburg werden vastgelegd in een bijbehorend verdrag van Aken van 26 juni 1816, gesloten tussen de Koning van Nederland, als Groothertog van Luxemburg, en de Koning van Pruisen.

1 — Zie hierover:

- Revue de la navigation intérieure et rhénane, 1957, blz. 147;
- Centre pour l'étude scientifique des transports de Rotterdam: Le régime relatif à la navigation de la Moselle, étude collective, 1960;
- Scholtens, in tijdschrift „Verkeer”, nr. 4, 1960, blz. 200-215.

In artikel 27 van dit verdrag wordt de thans doorgaans als „condominium” aangeduide regeling van Luxemburg en Duitsland over het grensdeel van de Moezel ingesteld.

Volgens dit artikel zijn de beken, rivieren of stromen, waar deze de grens vormen, aan de beide staten gemeen, maar is elke staat bij uitsluiting belast met de zorg toe te zien op de instandhouding van de aan zijn zijde gelegen oevers.

*Geen enkele verandering hoegenaamd mag in de loop van de rivieren en in de huidige toestand van de oevers worden aangebracht noch mag enige vergunning of recht van waterafvoer worden verleend zonder de medewerking en de toestemming van de beide regeringen . . .*

Ook het meer recente verdrag inzake de kanalisatie van de Moezel bevat althans één artikel — artikel 29 — over havens.

Evenwel, door al deze internationale verdragen wordt de toepassing van het Verdrag van Rome naar onze mening niet rechtstreeks beïnvloed.

Het zijn immers uitsluitend door Lid-Staten vóór de inwerkingtreding van het Verdrag gesloten overeenkomsten.

Zij vallen dus niet onder de werkingssfeer van artikel 234 dat alleen slaat op verdragen tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en derde staten anderzijds.

Uzelf hebt trouwens in Uw arrest van 27 februari 1962 (Commissie tegen regering van de Italiaanse Republiek, Jurisprudentie, Deel VIII, blz. 7) uitgesproken dat zelfs wanneer een verdrag, zoals de GATT, zowel de Lid-Staten onderling als de Lid-Staten en derde staten bindt, toch „het Verdrag EEG voor wat betreft de daarbij geregelde onderwerpen de voorrang heeft boven de voor de inwerkingtreding van dit Verdrag tussen de Lid-Staten gesloten overeenkomsten, met inbegrip van de overeenkomsten in het kader van de GATT”.

A fortiori geldt onzes inziens hetzelfde voor overeenkomsten als de zojuist genoemde, die uitsluitend zijn gesloten tussen Lid-Staten of staten in wier rechten de Lid-Staten zijn getreden.

In dit verband verontrustte het ons de gemachtigde van de Luxemburgse Rege-

ring onlangs het standpunt te horen ontwikkelen, dat het verdrag van Aken een „politiek” verdrag is, een verdrag tot grensafbakening, waarvan geen enkele bepaling kan worden verkort door de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome.

Deze stelling gaat, letterlijk opgevat, duidelijk te ver, zoals uit het volgende opzettelijk extreme voorbeeld moge blijken: Tal van vredesverdragen bevatten naast territoriale clausules handelsverplichtingen (clausule van de meest begunstigde natie enzovoort); toch zal bij niemand de gedachte opkomen dat deze economische of handelsbepalingen automatisch van toepassing zijn gebleven na de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag, op grond dat de in dezelfde verdragen voorkomende territoriale clausules nog zijn blijven gelden.

Ongeacht het karakter der verdragen die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome zijn gesloten, hebben de bepalingen van dit laatste voor de daarin geregelde onderwerpen voorrang boven de bepalingen van eerstgenoemde verdragen ter zake van dezelfde onderwerpen.

Juist uitgaande van de voorrang van het EEG-Verdrag als algemeen beginsel, hebben de auteurs van dit Verdrag een speciaal artikel — artikel 233 — gewijd aan bepaalde oudere overeenkomsten tussen Lid-Staten onderling, waarbij de zojuist bedoelde overeenkomsten niet worden genoemd.

Zo nodig ware volgens ons derhalve te wijzen op dit beginsel dat het Verdrag van Rome voor de daarin geregelde onderwerpen voorrang heeft boven alle andere, door de Lid-Staten eerder gesloten internationale overeenkomsten.

Maar is dit in de onderhavige zaak wel nodig?

Wij menen van niet.

De Luxemburgse rechter heeft zich de vraag niet gesteld.

Bovendien ligt in artikel 109 van het verdrag van Wenen, waarvan het verdrag van Aken slechts een uitvoeringsregeling vormt, evenals in artikel 29, lid 2, van

het verdrag betreffende de kanalisatie van de Moezel, een non-discriminatiebeginsel verankerd, dat volledig in overeenstemming is met de verplichtingen die de Lid-Staten bij de ondertekening van het EEG-Verdrag hebben aanvaard.

Wij achten het dan ook niet volstrekt noodzakelijk dat de kwestie van de eventuele doorkruising van het EEG-Verdrag door vroegere verdragen in Uw arrest wordt aangeroerd.

### C — *Derde opmerking*

Deze betreft een vraag die door de vennoten Hein en door de Commissie in pleidooi is opgeworpen: of U zich in casu tot de uitlegging van bepalingen van het Verdrag kunt beperken dan wel ook een tekst van afgeleid gemeenschapsrecht, en wel verordening nr. 1017/68 van de Raad, hebt te interpreteren.

Evenals de Commissie menen wij dat deze verordening buiten de discussie moet blijven, al geven wij gaarne toe dat dit niet onmiddellijk voor de hand ligt.

Immers, deze verordening „houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren” bepaalt in artikel 1 dat zij niet alleen van toepassing is op de eigenlijke vervoerondernemingen, maar ook op handelingen van „tussenpersonen in het vervoer”. Men kan zich daarbij afvragen of havenbedrijven niet onder deze categorie „tussenpersonen in het vervoer” vallen.

Om twee redenen menen wij dat dit niet het geval is:

— enerzijds heeft de term „tussenpersonen in het vervoer” in de zeer specifieke vervoerterminologie doorgaans een vrij beperkte betekenis: expeditie-, groupage- en stuwadoorondernemingen, enzovoorts;

— anderzijds — en vooral — zou een toepassing van verordening nr. 1017/68 op havenbedrijven tot uiterst onlogische consequenties leiden.

De verordening geldt namelijk alleen voor riviervervoer. Zou men haar op havens willen toepassen, dan zouden dit dus alleen de rivierhavens kunnen zijn.

Gemengde zee- en rivierhavens zouden hieraan slechts voor een — moeilijk af te zonderen — doel van hun activiteiten zijn onderworpen.

Wij zijn derhalve van mening dat U bij de onderhavige zaak alleen verdragsbepalingen hebt te interpreteren.

#### *D — Vierde opmerking*

Dit brengt ons rechtstreeks tot de laatste opmerking: bij interpretatie van welke verdragsbepalingen zou de Luxemburgse rechter zijn gebaat?

De Luxemburgse Regering, de Commissie en de vennoten Muller-Hein hebben uitsluitend een bespreking gewijd aan de zin en betekenis van artikel 90.

Maar komt niet eveneens een ander artikel van het Verdrag in aanmerking: artikel 37?

Wij hebben ons dit afgevraagd, omdat men naar onze mening terecht kan nagaan, of een zelfs tot een klein deel van het staatsrivierendomein beperkt monopolie niet onder artikel 37 is te brengen, zodra een dergelijk monopolie — hoe beperkt ook — samengaat met een vergunningstelsel voor het gehele publieke domein aan rivieren, waarbij de overheid zulke verstrekkende bevoegdheden krijgt als krachtens artikel 12 van de Luxemburgse wet van 22 juli 1963 in de redactie van de wet van 1968.

Bij nader inzien en — wij verhelen het niet — met enige aarzeling kwamen wij tot de slotsom dat U naar aanleiding van deze zaak artikel 37 niet behoeft te interpreteren, en wel om twee redenen:

a) Al kent U zich nog zo ruime bevoegdheden toe om uit de beschikkingen van de nationale rechters de vragen af te leiden, die zij in feite bedoelden te stellen, toch moogt U niet zover gaan dat U vragen gaat onderzoeken, welke de nationale rechter U duidelijk niet heeft willen voorleggen (zie in dit verband Uw arrest van 6 mei 1971, firma Cadillon). Welnu, gezien de redengeving van de verwijzingsbeschikking, is het in casu duidelijk dat de Luxemburgse rechter U slechts vragen heeft voorgelegd, die betrekking kunnen hebben op de verenigbaarheid van de Luxemburgse wet met

de bepalingen van het Derde Deel, Titel I, Hoofdstuk 1, van het Verdrag betreffende het mededingingsbeleid, en niet met die van het Tweede Deel van het Verdrag.

b) Vooral is echter duidelijk dat de Société du port de Mertert geen lichaam is; waardoor de Luxemburgse staat „in rechte” „de invoer of de uitvoer tussen de Lid-Staten rechtstreeks of zijdelings beheerst, leidt of aanmerkelijk beïnvloedt”; dit blijkt genoegzaam uit de non-discriminatiebepalingen van de zojuist door ons genoemde internationale verdragen.

Ter zake van de toepassing van artikel 37 kan dan alleen nog de vraag rijzen of dit lichaam „in feite” geen gelijkwaardige rol speelt.

Het is lastig dit te beoordelen; volgens bepaalde persberichten zouden de aanleg en exploitatie van deze haven, waarvan de tekorten de Luxemburgse belastingbetaler zorgen baren, voornamelijk hebben geleid tot een toeneming van het Belgische en Duitse spoorwegverkeer.

Wat hiervan ook zij, een uitspraak over deze vraag zou een onderzoek van feitelijke gegevens vereisen, waarmee U zich in het kader van de U in artikel 177 verleende bevoegdheid niet kunt inlaten.

De discussie zal zich dus uitsluitend rond artikel 90 moeten bewegen.

Gezien de uit de redengeving blijkende preoccupaties, kunt U onzes inziens de drie volgende vragen uit de verwijzingsbeschikking afleiden:

1. Is een bij de wet ingestelde gemengde vennootschap, waarin een staat een kapitaalparticipatie heeft en krachtens de nationale wet bijzondere beheersvoorzieningen geniet, te beschouwen als een der in artikel 90 bedoelde ondernemingen?
2. Zo ja, onder welke voorwaarden moet een dergelijke onderneming, indien zij is belast met de aanleg en exploitatie van een rivierhaven, dan worden geacht een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, te beheren?
3. Heeft artikel 90, lid 2, rechtstreekse werking?

## III

De eerste, aldus afgeleide vraag dient naar onze mening bevestigend te worden beantwoord.

Het gehele artikel 90 heeft immers betrekking op openbare bedrijven in het algemeen of — publieke of particuliere — ondernemingen waaraan de staten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen.

Artikel 90, lid 2, bevat een bijzondere regeling voor ondernemingen als vorenbedoeld, die zijn belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie.

Het begrip „openbaar bedrijf” is afgeleid van de Angelsaksische begrippen *public corporation* of *public enterprise* en is meer economisch dan juridisch van aard; ondanks alle aandacht die — met name tijdens de colloquia te Brussel in 1963 en te Brugge in 1969 — aan dit vraagstuk is gewijd, is het riskant zich reeds thans aan een algemene omschrijving hiervan op communautair niveau te wagen.

Een dergelijke omschrijving zal zich slechts langzamerhand uit Uw — zich van geval tot geval verfijnende — jurisprudentie alsmede onder Uw toezicht uit communautaire verordeningen, richtlijnen of beschikkingen kunnen ontwikkelen.

Maar bij een onderneming als die welke bij de Luxemburgse wet van 1963 in het leven werd geroepen, is de vraag naar onze mening betrekkelijk eenvoudig te beantwoorden.

Op zichzelf is een overheidsparticipatie in een onderneming onzes inziens niet voldoende om haar het karakter toe te kennen van openbaar bedrijf in de zin van artikel 90 van het Verdrag.

Er zijn immers gevallen waarin een onderneming met overheidsparticipatie nog niet ipso facto het karakter krijgt van openbaar bedrijf.

Wel echter zal een dergelijke onderneming naar onze mening als openbaar bedrijf moeten worden aangemerkt, indien naast de kapitaalparticipatie van de over-

heid nog twee andere voorwaarden zijn vervuld.

1. De oprichting van de vennootschap is het gevolg van een eenzijdige handeling van de overheid — in casu een wet. Uiteraard vereist de totstandkoming van de vennootschap een oprichtingscontract van degenen die deelnemen in het oprichtingskapitaal, maar de eenzijdige overheidshandeling is de basis van dit oprichtingscontract, waarvan sommige bepalingen zelfs in veel gevallen onwettig zouden zijn zonder de eenzijdige overheidshandeling.

2. De overheidsbemoeiing met het beheer der vennootschap staat los van het bedrag der kapitaalparticipatie. Wij zien dit als een wezenlijk criterium. Wanneer het aantal overheidsvertegenwoordigers in de beheersorganen van een gemengde vennootschap niet afhangt van het aandeel in het kapitaal of van bijzondere bepalingen in de oprichtingsovereenkomst, doch van bepalingen krachtens eenzijdige overheidshandeling, heeft men niet te maken met een particuliere onderneming waarin de staat of een ander overheidslichaam een gewone participatie heeft, maar met een openbaar bedrijf in de zin van artikel 90 van het Verdrag. De overheid treedt dan niet enkel op als aandeelhouder, maar krachtens haar „imperium”. Nu is dit zeker het geval met de vennootschap waarvan de Luxemburgse rechter het rechtskarakter heeft te toetsen. Volgens de wet van 1963 wijst de staat tenminste de helft van het aantal leden van de raad van bestuur en van de raad van commissarissen aan en dit blijft zo, ook al zou door een latere kapitaalverhoging of -verlaging de kapitaalverdeling totaal veranderen. Hieraan zij nog toegevoegd dat de onderneming waarvan de Luxemburgse rechter het rechtskarakter heeft te beoordelen, niet alleen een openbaar bedrijf schijnt te zijn, maar ook een onderneming waaraan althans voor een bepaalde oppervlakte bijzondere en uitsluitende rechten zijn verleend.

Zonder veel aarzeling stellen wij U dan ook voor uit te spreken dat een bij de

wet opgerichte gemengde vennootschap waarin een staat een kapitaalparticipatie heeft en krachtens de nationale wet bijzondere beheersvoorrechten geniet, is te beschouwen als een der in artikel 90 bedoelde ondernemingen.

#### IV

Bij de tweede vraag zult U onzes inziens de betekenis van lid 2 van artikel 90 moeten verduidelijken.

Terwijl immers lid 1 van dit artikel de voor alle openbare bedrijven geldende beginselen bevat, geeft lid 2 een bijzondere regeling voor de ondernemingen die een dienst van algemeen economisch belang beheren.

Zoals een schrijver (Drago-rapport voor het colloquium te Brussel, maart 1963) zeer juist heeft opgemerkt, vallen de begrippen „openbaar bedrijf” en „dienst van algemeen economisch belang” niet samen, maar hebben zij wel gemeenschappelijke zones.

Naar onze mening bevindt een openbaar bedrijf, belast met de exploitatie van een haven, zich onder bepaalde voorwaarden nu juist in een van die „gemeenschappelijke zones”.

Naar het eenparig oordeel van alle deelnemers aan de colloquia te Brussel en Brugge is „dienst van algemeen economisch belang” een zeer ruim begrip en zouden de auteurs van het Verdrag hieraan juist om die reden de voorkeur hebben gegeven boven het in enkele nationale rechtsstelsels gebruikelijke maar waarschijnlijk engere begrip „economische openbare dienst” of „openbare dienst van industriële en commerciële aard”.

Het wil ons voorkomen dat een onderneming, belast met de exploitatie van een rivierhaven, een dienst van algemeen economisch belang beheert, wanneer is voldaan aan twee voorwaarden:

a) het moet vanzelfsprekend een openbare haven zijn en niet, behoudens grote uitzondering, een haven alleen ten behoeve van een of meer ondernemingen;

b) het verkeer van de haven moet van belang zijn voor de algemene economische activiteit.

Deze precisering schijnt overbodig als men uitsluitend denkt aan de zaak voor de Luxemburgse rechter, omdat alleen al de haven van Merttert nagenoeg het gehele rivierverkeer van Luxemburg verzorgt. Toch heeft deze verfijning zin om armslag te houden bij het bepalen van Uw standpunt, voor het geval het probleem U zou worden voorgelegd met betrekking tot bij voorbeeld de steeds belangrijker activiteit van bedrijven die openbare havens beheren welke zijn voorbehouden aan wat men thans pleziervaarders noemt.

Indien deze twee voorwaarden zijn vervuld, menen wij derhalve dat een onderneming, belast met de exploitatie van een haven, een dienst van algemeen economisch belang beheert.

#### V

Blijft als derde vraag die uit de beschikking van de Luxemburgse rechter is af te leiden: of artikel 90, lid 2, rechtstreeks toepasselijk is en op zichzelf voor de justitiabelen rechten doet ontstaan, welke zij voor hun nationale rechter geldend kunnen maken.

De Commissie en de Luxemburgse Regering, die van mening verschillen over het antwoord op deze vraag, zijn het echter op één punt met elkaar eens: de beide eerste leden van artikel 90 zijn onverbrekkelijk verbonden en indien aan een van beide leden rechtstreekse werking wordt toegekend of ontegd, geldt hetzelfde „de plano” voor het andere lid.

Dit standpunt kunnen wij niet delen.

Volgens ons geven de twee leden twee zelfstandige regelingen die wel met elkaar in zeker verband staan, maar die niet dezelfde juridische betekenis behoeven te hebben.

Lid 1 bevat *verplichtingen voor de staten* ter zake van hun openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere rechten toekennen.

Lid 2 legt binnen de aldaar aangegeven grenzen *verplichtingen* op aan *bepaalde*

*ondernemingen*, namelijk die welke zijn belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie.

Uw beslissing over de rechtstreekse werking van artikel 90, lid 2 (alleen de interpretatie van deze bepaling kan van belang zijn voor de Luxemburgse rechter) loopt onzes inziens dan ook in genen dele vooruit op een eventuele latere beslissing over de rechtstreekse werking van artikel 90, lid 1.

Wij menen nu dat lid 2 van artikel 90 aan geen der voorwaarden voldoet waaronder Uw rechtspraak aan verdragsbepalingen rechtstreekse werking toekent.

Volgens de conclusie van Advocaat-Generaal Gand in de zaak 57-65 (Lütticke) verlangt Uw jurisprudentie voor de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling waarbij de staten of particulieren een verplichting wordt opgelegd, in de regel dat

1. de verplichting duidelijk is omschreven;
2. zij van geen enkel voorbehoud is voorzien;
3. voor de tenuitvoerlegging der verplichting geen nadere rechtshandelingen van gemeenschapsinstellingen nodig zijn.

Naar mij nu voorkomt, blijkt reeds bij enkele lezing van artikel 90, lid 2, dat hier aan geen dezer voorwaarden is voldaan.

Hoewel dit lid een beginselverplichting bevat, namelijk die der hierbedoelde ondernemingen om de regels van het

Verdrag toe te passen, is een belangrijk voorbehoud aan die verplichting verbonden: zij geldt slechts „voor zover de toepassing van die regels de vervulling, in feite of in rechte, van de aan de onderneming toevertrouwde bijzondere taak” niet verhindert.

Het lid eindigt met een „voorbehoud op het voorbehoud”: het niet-toepassen van de verdragsregels mag de ontwikkeling van het handelsverkeer niet beïnvloeden *in een mate die strijdig is met het belang der Gemeenschap*.

Anders gezegd: de in artikel 90, lid 2, bedoelde ondernemingen dienen in beginsel het Verdrag te eerbiedigen; zij behoeven zich echter niet aan de verdragsregels te houden, indien deze in rechte of in feite tekort doen aan hun taak, doch alleen voor zover de niet-nakoming van deze regels het handelsverkeer niet beïnvloedt in een mate strijdig met het belang der Gemeenschap.

Men kan waarlijk niet zeggen dat dit een overduidelijke en onvoorwaardelijke verplichting is.

Voor de tenuitvoerlegging is dan ook een optreden van de gemeenschapsautoriteiten vereist, zoals overigens aangegeven in lid 3 van artikel 90.

Wie anders dan deze autoriteiten zou immers met name kunnen uitmaken of tegen de verdragsregels indruisende maatregelen of gedragingen de ontwikkeling van het handelsverkeer beïnvloeden, en wel in een mate die *strijdig* is met het belang der Gemeenschap?

Wij stellen U derhalve voor te beslissen dat artikel 90, lid 2, rechtstreekse werking ontbeert.

Mitsdien concluderen wij dat U verklaart voor recht:

1. Een bij de wet ingestelde gemengde vennootschap, waarin de staat een kapitaalparticipatie heeft en krachtens de nationale wet bijzondere beheersvoorrechten geniet, is te beschouwen als een der in artikel 90 van het Verdrag bedoelde ondernemingen.

2. Indien een onderneming is belast met de aanleg en exploitatie van een openbare rivierhaven, waarvan het verkeer van belang is voor de algemene economische activiteit, beheert zij een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.
3. Artikel 90, lid 2, is niet rechtstreeks toepasselijk en doet op zichzelf voor de justitiabelen geen rechten ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven.