

CONCLUSIE VAN ADVOCAT-GENERAAL

C. O. LENZ

van 5 december 1986 *

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

A — Feiten

1. In de zaak waarin ik thans conclusie neem, gaat het om de nietigverklaring van de beschikking (COM(85) 276 def.) van de Commissie van 25 februari 1985 betreffende maatregelen tot bevordering van de afzet van boter op de markt van West-Berlijn, waardoor verzoeksters, vier Duitse margarinefabrikanten, zich in hun concurrentiemogelijkheden benadeeld voelen.

2. Daar ik de gemeenschappelijke markt voor melk en zuivelprodukten alsmede de gemeenschappelijke marktordening waarop deze berust¹, reeds uitgebreid heb beschreven in mijn conclusie betreffende de schadevergoedingsacties van de margarinefabrikanten naar aanleiding van de „kerstboteractie 1984/1985”², wil ik dit hier achterwege laten. Ik wijs er enkel op dat de markt voor melk en zuivelprodukten al jarenlang door overproductie wordt gekenmerkt en dat de openbare botervoorraden in 1984 ongeveer 1 miljoen ton hadden bereikt.

3. Tegen deze achtergrond heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen, verweerster, op 25 februari 1985 de bestreden beschikking tot de Bondsrepubliek Duitsland gericht. Deze beschikking hield in wezen het volgende in.

4. Op de markt van West-Berlijn moest van 15 april tot eind juni 1985 een actie ter bevordering van de afzet van boter worden gehouden. Daartoe moest het interventiebureau van de Bondsrepubliek Duitsland gratis 900 ton boter uit openbare voorraden ter beschikking stellen. Deze boter was uitsluitend voor direct verbruik bestemd en zij werd verpakt in pakjes met een nettogewicht van 250 gram met de opdruk „gratis EEG-boter”.

5. De koelhuisboter moest samen met een pakje marktboter met hetzelfde nettogewicht in één verpakking op de markt worden gebracht. De prijs voor de twee te samen verkochte pakjes mocht de tijdens de verkoopperiode geldende normale prijs voor 250 gram marktboter niet overschrijden.

6. De actie moest gepaard gaan met een reclamecampagne en er moest een marktonderzoek worden gedaan ter berekening van de marginale kosten en ter beoordeling van de doeltreffendheid van de actie.

7. De kosten van de actie beliepen ongeveer 4 miljoen ecu.

8. Verweerster heeft haar beschikking gebaseerd op verordening nr. 1079/77 van de Raad van 17 mei 1977 inzake een medeverantwoordelijkheidsheffing en maatregelen ter verruiming van de markten in de sector melk en zuivelprodukten³. Volgens artikel 4 van deze verordening worden maatregelen getroffen om de markten voor melk en zuivelprodukten te verruimen; deze maatregelen hebben betrekking op:

* Vertaald uit het Duits.

1 — Verordening nr. 804/68 van de Raad van 27 juni 1968 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1968, L 148, blz. 13).

2 — Gevoegde zaken 279, 280, 285 en 286/84, en zaken 27 en 265/85.

3 — PB 1977, L 131, blz. 6.

- de verruiming van de markten binnen de Gemeenschap,
- de verruiming van de markten buiten de Gemeenschap,
- het zoeken naar nieuwe afzetmogelijkheden en het streven naar verbeterde produkten.

9. Deze maatregelen worden vastgesteld volgens de procedure van artikel 30 van verordening nr. 804/68, dus de beheerscomitéprocedure; verder moet de Commissie vóór iedere periode waarin de medeverantwoordelijkheidshewing voor zuivelprodukten wordt geheven, de Raad het programma van de maatregelen meedelen, die zij voornemens is in het volgende melkprijsjaar te treffen.

10. De Berlijnse boteractie had de instemming van het beheerscomité.

11. De vier verzoeksters, die ongeveer twee derden van de margarine-afzet in West-Berlijn in handen hebben, hebben in eerste instantie gepoogd de tenuitvoerlegging van de actie te laten verbieden door de Duitse rechter. In maart 1985 stelden zij bij het Verwaltungsgericht Frankfurt een vordering in kort geding in. Bij beschikkingen van 20 maart 1985 verbood het Verwaltungsgericht de Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (hierna: BALM) voorlopig de bestreden maatregelen ten uitvoer te leggen.

12. Op het hoger beroep van de BALM vernietigde het Hessische Verwaltungsgerichtshof deze uitspraak bij beschikking van 11 april 1985. Het Verwaltungsgerichtshof

overwoog, dat de Commissie zelf alle uitvoeringsbepalingen van de actie had vastgesteld, dat deze regeling voor de BALM bindend was en dat de BALM bij de haar opgedragen uitvoering van de maatregelen daarom enkel nog langs privaatrechtelijke weg optrad. Daar de BALM dus geen publiekrechtelijke regels meer behoefde vast te stellen, was de administratieve rechter in deze niet bevoegd. Behalve langs privaatrechtelijke weg zouden verzoeksters de beschikking van 25 februari 1985 eventueel ook kunnen aanvechten voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Op grond dat deze beschikking rechtstreeks toepasselijk en voor de BALM bindend was, achtte het Verwaltungsgerichtshof het denkbaar, dat het Hof de door de beschikking rechtens benadeelde groep van personen als rechtstreeks en individueel geraakt zou beschouwen en derhalve een recht van beroep krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag voor deze personen zou erkennen.

13. Na de uitspraak in kort geding van het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main stelden verzoeksters bij dezelfde rechter beroep ten principale in. In het kader van die procedures zijn de prejudiciële verzoeken in de zaken 133 tot en met 136/85 gedaan (zie blz. 2289).

14. Op 16 april 1985 stelden verzoeksters het onderhavige beroep tot nietigverklaring bij het Hof in en verzochten het Hof tegelijk om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking (zaak 97/85 R, Jurispr. 1985, blz. 1331). Dat verzoek werd door de president van het Hof bij beschikking van 3 mei 1985 afgewezen, op grond dat er geen ernstige schade dreigde en dat de opschorting van de maatregel voor verweerster een schade zou meebrengen vergelijkbaar met de door verzoeksters beweerdelijk geleden schade. Bovendien twijfelde de president in zijn beschikking ernstig aan de ontvankelijkheid van het beroep in de hoofdzaak.

15. In haar beroep in de hoofdzak hebben *verzoeksters* gesteld dat het algemene rechtsbeginsel van de vrije beroepsuitoefening, het beginsel van de stabilisatie van de markten, het discriminatieverbod, het beginsel van het gewettigd vertrouwen, het evenredigheidsbeginsel, de beginselen van het recht inzake oneerlijke mededinging, alsmede wezenlijke vormvoorschriften zijn geschonden; daarenboven zou het verweerster aan een machtingsgrondslag voor haar beschikking hebben ontbroken.

16. *Verzoeksters* concluderen dat het den Hove behage:

— de beschikking van de Commissie van 25 februari 1985 betreffende maatregelen tot bevordering van de afzet van boter op de markt van West-Berlijn — COM(85) 276 def. — nietig te verklaren;

— verweerster in de kosten van het geding te veroordelen.

17. *Verweerster* concludeert dat het den Hove behage:

— het beroep niet-ontvankelijk te verklaren;

— subsidiair, het beroep te verwerpen;

— verzoeksters in de kosten van het geding te veroordelen.

18. In mijn standpuntbepaling zal ik nog nader op de argumenten van partijen ingaan, voor zover dit voor de onderhavige procedure nodig is.

B — Standpuntbepaling

19. a) *Verweerster* acht het beroep tot nietigverklaring niet-ontvankelijk.

20. *Verzoeksters* zouden door de bestreden beschikking, die tot de Bondsrepubliek

Duitsland is gericht, niet rechtstreeks worden geraakt, aangezien hun door die beschikking noch rechtstreeks noch indirect een verplichting wordt opgelegd. De enkele omstandigheid dat een besluit invloed kan hebben op de mededingingsverhoudingen zoals die zich op de betrokken markt voordoen, brengt nog niet mee, dat iedere ondernemer die op enigerlei wijze in een concurrentieverhouding staat tot de adreessaat van het besluit, als daardoor rechtstreeks en individueel geraakt is te beschouwen.

21. *Verzoeksters* zouden door de betrokken beschikking ook niet individueel worden geraakt, omdat zij hierdoor niet op soortgelijke wijze worden geïndividualiseerd als de adreessaat van de beschikking. Tal van andere margarinefabrikanten en -importeurs leveren immers margarine op de Berlijnse markt, althans kunnen besluiten dit te gaan doen.

22. Niet-ontvankelijkverklaring van het onderhavige beroep zou in ieder geval niet gelijkstaan aan rechtsweigeren. In de eerste plaats hadden *verzoeksters* in de bodemprocedure voor het Verwaltungsgericht Frankfurt reeds ten dele succes geboekt, omdat dit het Hof verscheidene prejudiciële vragen over de geldigheid van de bestreden beschikking heeft gesteld. Wanneer *verzoeksters* evenals andere margarineproducenten een bodemprocedure bij de burgerlijke rechter hadden aanhangig gemaakt, had eveneens de mogelijkheid bestaan tot het stellen van prejudiciële vragen over de verhouding tussen de bestreden beschikking en het Duitse recht inzake de oneerlijke mededinging. In de tweede plaats kunnen *verzoeksters* nog een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid tegen de Commissie instellen krachtens artikel 178 juncto artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag.

23. Ten slotte wijst *verweerster* erop, dat de betrokken beschikking naar alle waarschijnlijkheid reeds zal zijn uitgevoerd voordat in het onderhavige geding arrest wordt gewe-

zen. Verzoeksters hebben derhalve geen belang bij de handhaving van hun beroep.

24. *Verzoeksters* daarentegen zijn van mening dat de beschikking van verweerster hen rechtstreeks en individueel raakt in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag.

25. Omdat boter en margarine onderling substitueerbare producten zijn, zou elke stimulering van de boterafzet noodzakelijkerwijs ten koste van de margarine-afzet gaan. In de bestreden beschikking zelf zijn alle uitvoeringsbepalingen van de actie vastgelegd; de beschikking veroorzaakt hun dus rechtstreeks schade.

26. De bestreden beschikking zou hen ook individueel raken. Het aantal personen of ondernemingen voor wie de beschikking van de Commissie bezwarend is, is duidelijk bepaald. Er zijn immers in de Bondsrepubliek Duitsland maar 16 margarinefabrikanten en in dat aantal kan tot aan de uitvoering van de bestreden beschikking geen verandering meer komen. Het aandeel van de invoer in de margarine-afzet in West-Berlijn valt overigens te verwaarlozen.

27. Als het onderhavige beroep niet-ontvankelijk zou worden verklaard, zouden verzoeksters gedeeltelijk van een doeltreffende rechtsbescherming blijven verstoken. Verzoeksters wijzen er in dit verband op dat hun vordering in kort geding bij de Verwaltungsgerichten geen succes heeft gehad. De door de andere margarinefabrikanten bij het Landgericht en het Oberlandesgericht Frankfurt aanhangig gemaakte procedure in kort geding is eveneens zonder succes gebleven, daar die gerechten de desbetreffende vordering op grond van de voorrang van het gemeenschapsrecht hebben afgewezen.

28. De door het Verwaltungsgericht Frankfurt gestelde prejudiciële vraag betreft niet de verhouding tussen de bestreden beschikking en het Duitse mededingingsrecht.

29. Het vereiste, aan de justitiabelen een doeltreffende rechtsbescherming te geven, en het feit dat de nationale beroepsmogelijkheden hiertoe ontoereikend zijn, zouden voor de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep pleiten.

30. *b)* De beschikking van de Commissie van 25 februari 1985 is uitsluitend tot de Bondsrepubliek Duitsland gericht en niet tot verzoeksters, zodat de ontvankelijkheid van het beroep afhangt van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag. Volgens deze bepaling moeten verzoeksters door de tot een andere persoon gerichte beschikking rechtstreeks en individueel worden geraakt.

31. „Rechtstreeks” geraakt worden betekent dat de aangevochten beschikking de verzoeksters ipso facto moet benadelen, dat het dus niet voldoende is dat zij hen kan benadelen ingeval er nog andere omstandigheden bij komen. Het enkele feit dat een besluit invloed kan hebben op de mededingingsverhoudingen zoals die zich op de betrokken markt voordoen, brengt nog niet mee, dat verzoeksters door deze maatregelen rechtstreeks worden geraakt⁴.

32. Ook al moet worden toegegeven dat de voorgenomen maatregel tot bevordering van de afzet van boter in de beschikking van verweerster van 25 februari 1985 tot in bijzonderheden was geregeld en er voor het Duitse interventiebureau daardoor nauwelijks nog enige speelruimte overbleef, kan toch niet worden gezegd, dat verzoeksters reeds door de beschikking zelf in hun rechten zijn benadeeld.

⁴ — Vgl. het arrest van 10 december 1969 (gevoegde zaken 10 en 18/68, Eridania, Jurispr. 1969, blz. 459).

33. Volgens artikel 1, lid 2, van de bestreden beschikking moest de actie worden uitgevoerd met behulp van een of meer organisaties (handelsondernemingen), die de nodige kwalificaties en ervaring bezaten en die voor een goede afloop van de operatie konden zorgdragen.

34. Er moesten derhalve om te beginnen geschikte ondernemingen worden gevonden, die bereid waren de actie onder de in de beschikking genoemde voorwaarden uit te voeren. Aangezien noch de Commissie noch de Bondsrepubliek Duitsland particuliere marktdeelnemers kon verplichten aan de actie mee te werken, stond in ieder geval bij de vaststelling van de beschikking juridisch gezien nog niet vast, of de actie eigenlijk wel zou worden uitgevoerd. Ten minste een bijkomend element bij de beschikking, te weten het wilsbesluit van de betrokken handelsondernemingen om aan de actie mee te werken, ontbrak nog. De handelsondernemingen moesten eerst bereid worden gevonden, overeenkomsten in die zin met de BALM af te sluiten. Ten slotte moesten de eindverbruikers nog bereid zijn de boter te kopen.

35. Aangezien de beschikking dus nog moest worden aangevuld door autonome elementen, te weten de wilsbesluiten van particuliere derden, kan niet worden gezegd dat verzoeksters reeds door de beschikking zelf rechtstreeks werden geraakt.

36. Daarenboven ontbreekt ook een „individueel” geraakt zijn van verzoeksters. Zij, die niet zijn de adressaten ener beschikking zouden slechts kunnen stellen dat zij individueel worden geraakt, indien deze beschik-

king hen betreft uit hoofde van zekere bijzondere hoedanigheden of van een feitelijke situatie, welke hen ten opzichte van ieder ander karakteriseert en hen derhalve individualiseert op soortgelijke wijze als de adres-⁵.

37. Verzoeksters hebben het bestaan van dergelijke omstandigheden niet bewezen. Verzoeksters betogen weliswaar dat zij aanzienlijke delen van de West-Berlijnse margarinemarkt in handen hebben. Hierbij gaat het echter om een commerciële bedrijvigheid, die verzoeksters in concurrentie met tal van andere margarinefabrikanten en importeurs binnen en buiten de Gemeenschap verrichten. Ook al hebben verzoeksters aanzienlijke delen van de West-Berlijnse margarinemarkt in hun bezit, kan toch niet worden gezegd dat deze markt volledig en uitsluitend door hen wordt gecontroleerd. Veeleer staat de Berlijnse markt open voor alle margarineproducenten in de Gemeenschap, dus voor een onbepaald aantal ondernemingen. Zelfs al waren bij de vaststelling van de beschikking de belangrijkste margarinefabrikanten en -handelaren die op de Berlijnse markt leverden, bekend geweest, dan nog vormden de betrokken marktdeelnemers niet een gesloten, maar een open kring van betrokkenen. De bestreden beschikking van 25 februari 1985 raakte niet alleen een ten tijde van haar vaststelling vaststaande en niet meer uit te breiden kring van personen, maar zij raakte alle ondernemingen die zich vóór en tijdens de uitvoering van de actie voor de Berlijnse botermarkt interesseerden.

38. Verzoeksters beroepen zich mijns inziens tevergeefs op 's Hofs arrest van 1 juli 1965 in de gevoegde zaken 106 en 107/63⁶.

5 — Arrest van 15 juli 1963 (zaak 25/62, Plaumann, Jurispr. 1963, blz. 205); sedertdien vaste rechtspraak.

6 — Arrest van 1 juli 1965 (gevoegde zaken 106 en 107/63, Töpfer, Jurispr. 1965, blz. 507).

39. De beschikking, waarover het in dat arrest ging, was tot de Bondsrepubliek Duitsland gericht en betrof de behandeling van verzoeken om invoervergunningen; wegens de bijzondere feitelijke situatie van het geval kon de beschikking slechts de vergunningaanvragen betreffen die drie dagen voor de vaststelling van de beschikking waren ingediend. Aangezien de kring van de betrokken importeurs bekend was, werden deze, gelijk het Hof heeft overwogen, ten opzichte van ieder ander geïndividualiseerd op soortgelijke wijze als de adressaat.

40. In het onderhavige geval ontbreekt echter een dergelijke geconcretiseerde individualisering, want ten tijde van de vaststelling van de beschikking op 25 februari 1985 was, zoals gezegd, de kring van deelnemers aan het economisch verkeer die zich voor de Berlijnse margarine markt interesseerden, althans juridisch gezien open.

41. Zelfs indien verzoeksters de enige margarinefabrikanten c. q. -handelaren waren geweest die op de Berlijnse markt leverden, zouden zij nog steeds niet op soortgelijke wijze worden geïndividualiseerd als de adressaat van de beschikking, de Bondsrepubliek Duitsland.

42. Volgens de inmiddels zeer restrictieve rechtspraak van het Hof wordt een marktdeelnemer namelijk niet reeds adressaat van een niet tot hem gerichte beschikking, wanneer hij de enige op de betrokken markt opererende handelaar is⁷.

43. De bestreden beschikking betrof derhalve verzoeksters enkel in hun objectieve hoedanigheid van margarinefabrikanten,

juist zoals iedere andere handelaar „die zich feitelijk of potentieel in een gelijke situatie bevindt”⁷.

44. Rest nog de vraag, of er in alle omstandigheden van het onderhavige beroep tot nietigheid te zamen wellicht aanleiding is te vinden de, naar ik moet toegeven, zeer strenge criteria die het Hof voor de ontvankelijkheid van een beroep krachtens artikel 173, tweede alinea, heeft ontwikkeld, te verzachten. In het bijzonder wil ik daarbij ingaan op het argument van verzoeksters, dat zij bij de nationale rechter nog geen doeltreffende rechtsbescherming tegen de krachtens de beschikking van 25 februari 1985 uitgevoerde actie hadden kunnen krijgen.

45. Toegegeven moet worden dat het voor verzoeksters moeilijk kan zijn geweest om in het nationale recht de juiste rechtsgang voor het instellen van hun vorderingen tegen de BALM te vinden.

46. Het procesverloop toont evenwel aan dat verzoeksters een doeltreffende nationale rechtsbescherming niet werd geweigerd. Zoals blijkt uit de prejudiciële verzoeken van het Verwaltungsgericht Frankfurt in de procedure van verzoeksters en uit het verzoek van het Landgericht Frankfurt in de procedure van een andere margarinefabrikant tegen de BALM, zijn de nationale gerechten volledig bereid rechtsbescherming te bieden. Of uiteindelijk de Duitse burgerlijke dan wel de Duitse administratieve rechter ter beslechting van de geschillen bevoegd zal zijn, is tot nu toe niet duidelijk geworden; ook de beslissing van het Hessische Verwaltungsgerichtshof, dat de administratieve rechtsgang is uitgesloten, behoeft, daar het een kort geding betrof, nog niet definitief te zijn. Uit de beslissingen van het Landgericht en het Oberlandesgericht Frankfurt kan daarentegen worden opgemaakt, dat deze

⁷ — Arrest van 14 juli 1983 (zaak 231/82, Spijker, Jurispr. 1983, blz. 2559).

althans de civielrechtelijke rechtsgang mogelijk achten.

47. Bovendien moet ik erop wijzen dat het beroep tot nietigverklaring niet het enige rechtsmiddel is dat in het gemeenschapsrecht is voorzien. Zo zouden verzoeksters, ingeval zij door de uitvoering van de bestreden maatregel schade hebben geleden, ook een beroep tot schadevergoeding krachtens de artikelen 178 en 215, tweede alinea, EEG-Verdrag kunnen instellen. In een dergelijke procedure zou dan in het bijzonder moeten worden onderzocht, of de criteria die het Hof heeft ontwikkeld voor de vereisten van niet-contractuele aansprakelijkheid wegens normatieve handelingen die economische beleidskeuzen impliceren, ook nog van toepassing zijn, indien een gemeenschapsinstelling een zuivere bestuursmaatregel heeft vastgesteld bij beschikking.

48. Tot slot moet aangaande de ontvankelijkheid nog worden ingegaan op verweersters klacht, dat de behoefte van verzoeksters aan rechtsbescherming voor wat het beroep tot nietigverklaring betreft is vervalten, omdat de bestreden beschikking inmiddels is uitgevoerd.

49. Deze opvatting stuit af op de uitspraak van het Hof in het arrest van 24 juni 1986

in zaak 53/85⁸, waarin het Hof juist dit argument heeft verworpen. De nietigverklaring van een reeds uitgevoerde beschikking kan immers zelf rechtsgevolgen teweegbrengen; in het bijzonder kan herhaling van de veroordeelde praktijk van de kant van de Commissie erdoor worden voorkomen.

50. Uit het ten uitvoer gelegd zijn van de actie kan derhalve geen enkel argument ten gunste van de niet-ontvankelijkheid van het beroep worden afgeleid.

De gegrondheid van het beroep

51. Aangezien ik u in overweging zal geven het beroep niet-ontvankelijk te verklaren, zou ik eigenlijk subsidiair moeten ingaan op de gegrondheid van de verschillende middelen. In verband met het bijzondere karakter van het gehele complex van procedures, waartoe, zoals gezegd, ook nog prejudiciële verzoeken behoren, zou ik echter hiervan willen afzien. In mijn conclusie met betrekking tot de prejudiciële verzoeken in de zaken 133 tot en met 136/85 en 249/85 zal ik echter alle argumenten van partijen behandelen, ook die met betrekking tot de gegrondheid van het beroep in de onderhavige zaak.

C — Conclusie

52. Concluderend geef ik het Hof in overweging te beslissen als volgt:

- 1) Het beroep wordt niet-ontvankelijk verklaard.
- 2) Verzoeksters worden in de kosten verwezen, met inbegrip van de kosten van het kort geding.

⁸ — Arrest van 24 juni 1986 (zaak 53/85, AKZO, Jurispr. 1986, blz. 1965).