

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

CARL OTTO LENZ

fremst den 5. december 1986 *

Høje Domstol.

A — Faktiske og retlige omstændigheder

1. I den sag, dette forslag vedrører, har sagsøgerne, fire tyske margarineproducenter, nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 25. februar 1985 [KOM(85) 276 endel.] — om foranstaltninger til fremme af afsætningen af smør på markedet i Berlin (Vest) — under anbringende af, at beslutningen har skadet sagsøgernes afsætningsmuligheder.

2. Jeg har jo tidligere i mit forslag til afgørelse i margarineproducenternes erstatnings-søgsmål i anledning af »julesmør-aktionen 1984/1985«¹ redegjort for Fællesskabets marked for mælk og mejeriprodukter og for den fælles markedsordning, der gælder for dette marked², således at yderligere omtale er uforholdsmæssig her. Det vil være nok at fastslå, at markedet for mælk og mejeriprodukter i flere år har været præget af overskudsproduktion, og at de offentlige smørslag i 1984 var nået op på ca. 1 mio tons.

3. På baggrund heraf vedtog sagsøgte, Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, den 25. februar 1985 den omtvistede beslutning, der var rettet til Forbundsrepublikken Tyskland. Beslutningen gik i det væsentlige ud på følgende:

4. På markedet i Berlin (Vest) skulle der fra den 15. april 1985 til udgangen af juni s.å. gennemføres en foranstaltning til fremme af afsætningen af smør. Med henblik herpå skulle interventionsorganerne i Forbundsrepublikken Tyskland gratis stille 900 tons smør til rådighed, hidrørende fra interventionslagrene. Disse smørmængder skulle gå direkte ud i forbruget i pakninger på 250 gram netto, der skulle bære påskriften »gratis EF-smør«.

5. Smørret fra interventionslagrene skulle bringes på markedet sammen med en pakke frisk smør af samme nettovægt og i samme emballage. Salgsprisen for de to pakker smør måtte ikke være højere end den normale pris i udbudsperioden for 250 gram frisk smør.

6. Samtidig med iværksættelsen af foranstaltningen skulle der ske et reklamefremstød, ligesom man ville gennemføre en markedsundersøgelse med henblik på at måle marginalomkostningerne og vurdere virkningerne af foranstaltningen.

7. Udgifterne til foranstaltningen beløb sig til ca. 4 mio ECU.

8. Sagsøgte vedtog ovennævnte beslutning under henvisning til Rådets forordning nr. 1079/77 af 17. maj 1977 om en medansvarsgift og om foranstaltninger til udvidelse af markederne for mælk og mejeriprodukter³. Ifølge artikel 4 træffes der foranstaltninger til fremme af udvidelsen af markederne for mælk og mejeriprodukter, hvorved forstås:

* Oversat fra tysk.

1 — Forenede sager 279, 280, 285 og 286/84 samt sagerne 27 og 265/85.

2 — Rådets forordning nr. 804/68 af 27. juni 1968 om den fælles markedsordning for mælk og mejeriprodukter (EFT 1968 I, s. 169).

3 — EFT 1977 L 131, s. 6.

- udvidelse af markederne inden for Fællesskabet,
- udvidelse af markederne uden for Fællesskabet,
- undersøgelser vedrørende nye afsætningsmuligheder og forbedrede produkter.

9. Sådanne foranstaltninger træffes efter den i artikel 30 i forordning nr. 804/68 fastsatte fremgangsmåde, dvs. i en forvaltningskomité. Desuden skal Kommissionen før hver periode, hvori medansvarsafgiften for mejeriprodukter opkræves, underrette Rådet om de foranstaltninger, den har til hensigt at træffe i løbet af det følgende mejeriår.

10. Forvaltningskomiteen tilsluttede sig i sin udtalelse smørfremstøddet i Berlin.

11. De fire sagsøgere, der har ca. to tredjedele af margarinesalget i Berlin (Vest), for søgte først at få standset gennemførelsen af sagsøgtes foranstaltning ved tyske domstole. I marts 1985 indgav de en begæring til Verwaltungsgericht Frankfurt om, at der måtte blive nedlagt forbud mod foranstaltningen. Denne ret besluttede ved kendelse af 20. marts 1985 at forbyde Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung foreløbig at gennemføre den anfægtede foranstaltning.

12. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung kærede, og ved kendelse af 11. april 1985 ophævede Hessischer Verwaltungsgerichtshof forbudet. I begrundelsen anførte kæreinstansen, at Kommissionen

selv har udstedt alle bestemmelser til gennemførelse af foranstaltningen, og at Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung skal følge Kommissionens bestemmelser og således ved sin virksomhed i forbindelse med gennemførelsen kun kan handle på privatretligt grundlag. Da Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung hermed ikke længere skal udstede myndighedsakter, er forvaltningsdomstolene ikke kompetente til at behandle sagen. Endvidere udtaltes det, at rekvirenterne ud over adgangen til at anlægge civilsag muligvis også kunne få prøvet beslutningen af 25. februar 1985 ved De europæiske Fællesskabers Domstol. Beslutningen antoges herved at være umiddelbart anvendelig, hvilket måtte binde Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung, og det kunne derfor tænkes, at Domstolen ville anerkende, at de virksomheder og personer, der rammes af denne beslutning, er umiddelbart berørt og derfor kan anlægge sag ved Domstolen i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2.

13. Efter Verwaltungsgericht Frankfurt's forbud har sagsøgerne ved samme ret anlagt sag til prøvelse af beslutningen. Herunder er de anmodninger om præjudiciel afgørelse, der er omhandlet i sagerne 133-136/85, blevet fremsat, (se s. 2289).

14. Sagsøgerne har den 16. april 1985 anlagt nærværende annullationssøgsmål og har samtidig indgivet begæring til Domstolen om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning (sag 97/85 R, Sml. 1985, s. 1331). Domstolens præsident afviste ved kendelse af 3. maj 1985 at tage begæringen til følge med den begrundelse, at risikoen for, at sagsøgerne lider alvorlig skade, ikke er overhængende, og at udsættelse af gennemførelsen vil kunne tilføje sagsøgte et tab, der må tages i betragtning ved vurderingen af sagsøgernes påståede tab. Præsidenten ytrer i kendelsen stærk tvivl om, hvorvidt hovedsagen kan antages til realitetsbehandling.

15. Sagsøgerne har i hovedsagen gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af princippet om fri erhvervsudøvelse (der består ifølge en almindelig retsgrundsætning), af grundsætningen om stabilisering af markederne, af forbudet mod forskelsbehandling, af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, af proportionalitetsprincippet og af retsordenens grundlæggende krav om god markedsføringsskik, ligesom der skal være sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Sagsøgte skal desuden ikke have haft hjemmel til at vedtage den anfægtede beslutning.

16. Sagsøgerne har herefter nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning af 25. februar 1985 om foranstaltninger til fremme af afsætningen af smør på markedet i Berlin (Vest) [KOM(85) 276 endel.], annulleres;

— sagsøgte tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

17. Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

— sagen afvises;

— subsidiært frifindes sagsøgte;

— sagsøgerne tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

18. Jeg vil i det omfang, hvori det er nødvendigt for sagens afgørelse, i det følgende beskæftige mig med enkelthederne i parternes argumentation.

B — Drøftelse

19. a) *Sagsøgte* gør gældende, at annullationssøgsmålet skal afvises.

20. Ifølge sagsøgte berøres sagsøgerne ikke umiddelbart af den anfægtede beslutning, der er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland, og som jo hverken direkte eller indirekte forpligter sagsøgerne. Den omstændighed, at en foranstaltning kan indvirke på konkurrencen på det omhandlede marked, er ikke i og for sig tilstrækkelig til at begrunde, at enhver markedsdeltager, der på en eller anden måde står i et konkurrenceforhold til foranstaltningens adressat, anses for umiddelbart berørt heraf.

21. Endvidere er sagsøgerne ikke individuelt berørt af beslutningen, idet de ikke ved denne individualiseres på samme måde som beslutningens adressat. Der er jo mange andre margarineproducenter og -importører, der leverer eller eventuelt vil kunne give sig til at levere margarine til markedet i Berlin.

22. Ifølge sagsøgte er en afvisning af nærværende sag ingenlunde ensbetydende med, at sagsøgerne står uden retsmidler mod beslutningen. For det første har sagsøgerne jo i hovedsagen ved Verwaltungsgericht Frankfurt opnået det positive delresultat, at nævnte ret har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af en række spørgsmål om den anfægtede beslutnings gyldighed. Og hvis sagsøgerne som andre margarineproducenter havde anfægtet beslutningen under en civilsag, ville der også have været mulighed for at forelægge spørgsmål om forholdet mellem beslutningen og tysk ret vedrørende god markedsføringsskik. Sagsøgerne har endelig stadigvæk mulighed for at anlægge sag mod sagsøgte med krav om erstatning uden for kontraktforhold i henhold til EØF-traktatens artikel 178 og artikel 215, stk. 2.

23. Sagsøgte har endelig anført, at beslutningen efter al sandsynlighed vil være gennemført, før der afsiges dom i den foreliggende sag. For så vidt har sagsøgerne altså

ikke nogen retligt beskyttet interesse i at fastholde deres krav.

24. Sagsøgerne har heroverfor gjort gældende, at sagsøgtes beslutning berører dem umiddelbart og individuelt i den i EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, forudsatte betydning.

25. De anfører, at den omstændighed, at smør og margarine er substituerbare, medfører, at enhver udvidelse af smørsalget uundgåeligt fører til et mindre salg af margarine. Selve den anfægtede beslutning fastlægger alle enkeltheder i forbindelse med gennemførelsen af foranstaltningerne, og beslutningen er således umiddelbart skadevoldende for sagsøgerne.

26. Sagsøgerne anser sig endvidere for individuelt berørt af den anfægtede beslutning. Den person- eller virksomhedskreds, der bebyrdes af sagsøgtes beslutning, er jo ganske klart afgrænset. I Forbundsrepublikken Tyskland findes der kun seksten margarineproducenter, og deres antal kan ikke ændre sig i tiden, indtil den omhandlede aktion er gennemført. I øvrigt er kun en ubetydelig del af den margarine, der forbruges i Berlin, indført margarine.

27. Sagsøgerne findes delvis at være uden effektiv retsbeskyttelse, såfremt den foreliggende sag afvises. Sagsøgerne har for så vidt gjort gældende, at deres begæring om forbud ikke er blevet taget til følge ved forvaltningsdomstolene. Den sag med krav om forbud, som andre margarineproducenter har anlagt ved Landgericht og Oberlandesgericht Frankfurt, har heller ikke givet et tilfredsstillende resultat, idet disse retter har afvist den fremsatte begæring under henvisning til fællesskabsrettens forrang.

28. Det anføres endvidere, at det præjudicielle spørgsmål, Verwaltungsgericht Frankfurt har forelagt, ikke omhandler forholdet mellem den anfægtede beslutning og tysk konkurrenceret.

29. Sagsøgerne henviser endvidere til, at retssubjekternes krav på en effektiv retsbeskyttelse og de herved utilstrækkelige retsmidler i national ret taler for, at sagen bør nyde fremme.

30. b) Sagsøgtes beslutning af 25. februar 1985 var udelukkende rettet til Forbundsrepublikken Tyskland og ikke til sagsøgerne, og spørgsmålet om realitetsbehandling af sagen må derfor afgøres i henhold til EØF-traktatens artikel 173, stk. 2. Denne bestemmelse kræver, at sagsøgerne berøres umiddelbart og individuelt af beslutningen, selv om denne er rettet til en anden.

31. En beslutning må for at kunne berøre sagsøgerne »umiddelbart« i sig selv være bebyrdende for sagsøgerne, hvorfor det ikke er tilstrækkeligt, at beslutningen i forbindelse med andre omstændigheder kan bebyrde sagsøgerne. Den omstændighed alene, at en retsakt er egnet til at øve indflydelse på de på et bestemt marked herskende konkurrenceforhold, er ikke tilstrækkelig til at antage, at sagsøgerne er umiddelbart berørt af denne foranstaltning⁴.

32. Selv om det må anerkendes, at den planlagte foranstaltning til fremme af smørsalget er nøje fastlagt i detaljer i sagsøgtes beslutning af 25. februar 1985, og at det tyske interventionsorgan derfor var temmelig bundet, kan det alligevel ikke antages, at sagsøgernes rettigheder blev krænkede allerede i og med vedtagelsen af beslutningen.

⁴ — Jfr. Domstolens dom af 10. december 1969, forenede sager 10 og 18/68, Società »Eridania« m. fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber m. fl., Sml. 1969, s. 117.

33. Ifølge dennes artikel 1, stk. 2, skal foranstaltningen gennemføres af en eller flere organisationer (handelsfirmaer), der råder over den nødvendige sagkundskab og erfaring og kan garantere, at aktionerne afsluttes forskriftsmæssigt.

34. Efter beslutningen skulle der altså først findes egnede virksomheder, der var villige til at gennemføre foranstaltningen til fremme af smørsalget på de i beslutningen angivne betingelser. Hverken Kommissionen eller Forbundsrepublikken kunne påbyde private erhvervsdrivende at medvirke på den ene eller den anden måde ved salgsfremstøddet, og retligt var der således ved beslutningens vedtagelse ikke nogen som helst sikkerhed for, at foranstaltningen ville blive gennemført. Hertil krævedes yderligere en bindende tilkendegivelse fra de foretagender, der kunne inddrages. Disse måtte efter beslutningen være villige til at indgå aftaler med Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung om salget. Endelig måtte også forbrugerne være villige til at købe smørret.

35. Ud over beslutningen krævedes altså opfyldelse af andre selvstændige betingelser, dvs. afslutning af kontrakter med udenforstående private, og det kan derfor ikke anerkendes, at sagsøgerne allerede ved beslutningens vedtagelse blev umiddelbart berørt.

36. Endvidere ses sagsøgerne ikke at være »individuelt« berørt. Andre end en beslutnings adressater kan kun gøre gældende, at de berøres individuelt af en beslutning, hvis den rammer dem på grund af visse egenska-

ber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten⁵.

37. Sagsøgerne har ikke godtgjort, at der foreligger en sådan situation. De har ganske vist henvist til, at de har en væsentlig del af margarinesalget i Berlin (Vest). Men dermed tales der jo blot om en økonomisk virksomhed, som sagsøgerne driver i konkurrence med mange andre margarineproducenter og -importører i og uden for Fællesskabet. Og selv om sagsøgerne skulle have store markedsandele på margarinemarkedet i Berlin (Vest), kan det alligevel ikke siges, at de ganske og aldeles råder over dette marked. Adgang hertil har tværtimod Fællesskabets margarineproducenter set under ét, dvs. et ubestemt antal virksomheder. Selv om det på tidspunktet for beslutningens vedtagelse var kendt, hvem de største margarineproducenter og -leverandører på markedet i Berlin var, skal den berørte kreds af markedsdeltagere ikke forstås som en lukket, men som en åben kreds af berørte. Den anfægtede foranstaltning vedrørte på vedtagelsens tidspunkt ikke blot en bestemt og fra da af lukket personkreds, men derimod alle virksomheder, der før og under salgsfremstødets gennemførelse var interesserede i at sælge på margarinemarkedet i Berlin.

38. Sagsøgerne har til støtte for deres krav henvist til Domstolens dom af 1. juli 1965 i de forenede sager 106 og 107/63⁶, men det kan de efter min mening ikke.

5 — Domstolens dom af 15. juli 1963 i sag 25/62, Plaumann & Co. mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411. Denne praksis har ligget fast siden da.

6 — Dom af 1. juli 1965 i de forenede sager 106 og 107/63, A. Töpfer KG m. fl. mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 67.

39. Den i nævnte dom omtvistede beslutning, der var rettet til Forbundsrepublikken Tyskland, drejede sig om behandlingen af ansøgninger om importlicenser og kunne på grund af de særlige omstændigheder i sagen kun gælde for de licenser, der var ansøgt om tre dage før beslutningens vedtagelse. Kredsen af berørte importører var kendt, og disse importører var derfor, som Domstolen fastslog, i sammenligning med alle andre individualiserede på samme måde som en beslutnings adressater.

40. En på denne måde konkretiseret individualisering kan ikke antages i sagen her, for kredsen af de erhvervsdrivende, der var interesseret i margarinemarkedet i Berlin, var ved beslutningens vedtagelse, den 25. februar 1985, som tidligere nævnt i alt fald i retlig forstand åben.

41. Også selv om sagsøgerne havde været de eneste margarineproducenter og -handlere på markedet i Berlin, ville dette dog ikke have kunnet individualisere dem på samme måde som beslutningens adressat, Forbundsrepublikken Tyskland.

42. For ifølge den meget restriktive fortolkning, Domstolen har udviklet, bliver en markedsdeltager ikke adressat for en beslutning, der ikke er rettet til ham, alene fordi han er den eneste, der driver virksomhed på det relevante marked⁷.

43. Den omtvistede beslutning har følgelig berørt sagsøgerne alene i deres objektive egenskab af margarineproducenter på samme måde som enhver anden markedsdeltager, »der — aktuelt eller potentielt — befinder sig i en tilsvarende situation«⁸.

44. Spørgsmålet bliver herefter, om der efter hele sammenhængen i det foreliggende annullationssøgsmaal er grund til at fravige de unægtelig meget strenge krav, som Domstolen har opstillet for adgangen til at anlægge sag i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2. Herved må det navnlig diskuteres, om det som anført af sagsøgerne er rigtigt, at de ikke i national ret har effektive retsmidler til rådighed for at imødegå den på grundlag af sagsøgtens beslutning af 25. februar 1985 gennemførte aktion til fremme af smørsalget.

45. Det må erkendes, at det muligvis var vanskeligt for sagsøgerne at finde ud af, til hvilket retsmiddel de skulle gribe for at anlægge sag mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung.

46. Det fremgår imidlertid klart af sagsforløbet, at sagsøgerne i processuel henseende ikke har manglet effektiv retsbeskyttelse i den nationale retsorden. Som det fremgår af de anmodninger om præjudiciel afgørelse, der er indgivet af Verwaltungsgericht Frankfurt og Landgericht Frankfurt i de sager, som henholdsvis sagsøgerne og en anden margarineproducent har anlagt mod Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktorndung, er de nationale retter absolut villige til at beskytte borgernes rettigheder. Om det er de tyske civil- eller forvaltningsdomstole, der i sidste instans bliver kompetente til at afgøre sagen, er indtil videre et uafgjort spørgsmål. Hessischer Verwaltungsgerichtshof's konstatering af, at forvaltningsdomstolene ikke er kompetente, er ikke en endelig afgørelse, idet den er resultat af den hurtige behandling af forbudsager. På grundlag af Landgericht og Oberlandesgericht Frankfurt's afgørelser kan det derimod antages, at disse retter i alt fald

7 — Dom af 14. juli 1983 i sag 231/82, Spijker Kwasten BV mod Kommissionen, Sml. s. 2559.

8 — Dom af 14. juli 1983 i sag 231/82, jfr. note 7.

mener, at et civilt søgsmål kan antages til realitetsbehandling.

47. Endvidere må det fastslås, at annullationssøgsmålet ikke er det eneste retsmiddel i fællesskabsretten. Sagsøgerne kan, såfremt de har lidt tab ved gennemførelsen af den omtvistede foranstaltning, anlægge en erstatningssag i henhold til EØF-traktatens artikler 178 og 215, stk. 2. Under en sådan sag måtte det især efterprøves, om de kriterier, Domstolen har fastlagt for at statuere ansvar uden for kontraktsforhold for retsstridig adfærd i forbindelse med generel erhvervsøkonomisk regulering, også kan anvendes i tilfælde, hvor et fællesskabsorgan ved en beslutning har truffet en rent administrativ foranstaltning.

48. Vedrørende formaliteten står endelig tilbage at tage stilling til sagsøgtes indsigelse om, at sagsøgernes behov for retsbeskyttelse gennem et annullationssøgsmål er bortfaldet, fordi den anfægtede beslutning i mellemtiden er blevet gennemført.

49. Vedrørende det synspunkt kan der henvises til Domstolens dom af 24. juni 1986 i sag 53/85⁹, i hvilken Domstolen forkastede

netop dette argument. I dommen hedder det, at annullation af en allerede gennemført beslutning i sig selv kan have retsvirkninger, navnlig ved at det kan afholde Kommissionen fra at gentage en sådan praksis.

50. Det kan altså ikke på grund af den omstændighed, at foranstaltningen til fremme af smørsalget er gennemført, udledes, at sagen skal afvises.

Realiteten

51. Da jeg således foreslår Domstolen at afvise sagen, ville det derfor egentlig være på sin plads subsidiært at tage stilling til de enkelte søgsmålsgrunde og anbringender i realiteten. Men en sådan subsidiær gennemgang vil jeg afstå fra på baggrund af sagens særegenhed og den omstændighed, at der som tidligere nævnt vil blive forelagt andre præjudicielle anmodninger. I mit forslag til afgørelse i de præjudicielle sager 133-136/85 og i sag 249/85 vil jeg diskutere alle de synspunkter, parterne har fremført, herunder det anbringende, der er blevet fremført til støtte for sagsøgernes påstand i sag 97/85.

C — Forslag til afgørelse

52. Jeg foreslår herefter Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- 1) sagen afvises;
- 2) sagsøgerne pålægges sagens omkostninger, herunder de omkostninger, deres begæring om foreløbige forholdsregler har givet anledning til.

⁹ — Dom af 24. juni 1986 i sag 53/85, AKZO Chemie BV m. fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1965.