ten tijde van de vaststelling ervan reeds waren bepaald en wier rechten de Commissie had willen regelen. Zo de bestreden beschikking genoemde fabrikanten al raakt, dan uitsluitend wegens de feitelijke gevolgen die zij voor hun positie op de markt heeft. Zij worden op dezelfde wijze geraakt als ieder ander die tijdens de uitvoering van de bestreden maatregel margarine leverde op de markt van West-Berlijn, doch zij worden niet individueel geraakt in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag.

2. Bij een beroep tegen een nationale maatregel ter uitvoering van een gemeenschapshandeling, kan de verzoeker zich beroepen op de onwettigheid van die gemeenschapshandeling; de nationale rechter is dan verplicht zich over alle daarmee verband houdende grieven uit te spreken, in voorkomend geval na de zaak ter beoordeling van de geldigheid van de handeling naar het Hof te hebben verwezen. De omstandigheid dat de nationale rechter beslist welke vragen hij aan het Hof voorlegt, vormt een bestanddeel van het door het EEG-Verdrag ingevoerde stelsel van rechtsbescherming; hierin kan geen argument worden gevonden dat, op grond van de noodzaak van volledige rechtsbescherming, een ruime uitlegging van de ontvankelijkheidsvereisten van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag kan rechtvaardigen.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak 97/85 *

I — Feiten en procesverloop

De gemeenschappelijke markt voor melk en zuivelprodukten wordt reeds jarenlang gekenmerkt door overproduktie. De openbare botervoorraden bereikten in 1984 een miljoen ton. De door de Gemeenschap genomen maatregelen tot herstel van het evenwicht op deze markt hebben ten doel, enerzijds de produktie van de betrokken produkten te verminderen en anderzijds het verbruik ervan te vergroten.

Tot het tweede type van maatregelen behoort een beschikking van de Commissie van 25 februari 1985 betreffende maatregelen tot bevordering van de afzet van boter op de markt van West-Berlijn, die was gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Deze beschikking is vastgesteld op basis van artikel 4 van 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 zuivelprodukten (PB 1977, L 131, blz. 6), dat luidt als volgt:

„1. Er worden volgens de in artikel 6 bedoelde procedure maatregelen getroffen om de markten voor zuivelprodukten te verruimen.

2. De in lid 1 bedoelde maatregelen hebben betrekking op:

— de verruiming van de markten binnen de Gemeenschap,

* Procestaal: Duits.

— de verruiming van de markten buiten de Gemeenschap,

— het zoeken naar nieuwe afzetmogelijkheden en het streven naar verbeterde produkten."

Ter uitvoering van deze beschikking moesten de volgende maatregelen worden getroffen: Gedurende een periode van twee en een halve maand, van 15 april tot 30 juni 1985, moesten handelsondernemingen, waarmee het interventiebureau van de Bondsrepubliek Duitsland, de Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (hierna: BALM), met dit doel privaatrechtelijke overeenkomsten moest afsluiten, de consumenten op de markt van West-Berlijn gratis 900 ton boter uit openbare voorraden ter beschikking stellen. Deze uitsluitend voor direct verbruik bestemde boter moest worden verpakt in pakjes met een nettogewicht van 250 gram met het opschrift „gratis EEG-boter". Elk pakje van deze boter zou samen met een pakje marktboter met hetzelfde nettogewicht in één verpakking op de markt worden gebracht; de prijs voor de twee te zamen verkochte pakjes mocht de tijdens de verkoopperiode geldende normale prijs voor 250 gram marktboter niet overschrijden. Een onafhankelijk onderzoekinstituut moest op alle niveaus, ook in de consumptiefase, een grondig marktonderzoek doen ter berekening van de marginale kosten en ter beoordeling van de doeltreffendheid van de maatregel, en het moest voor 1 september 1985 een gedetailleerd rapport aan de Commissie uitbrengen.

De vier verzoeksters produceren in de Bondsrepubliek Duitsland margarine; naar hun eigen zeggen hebben zij ongeveer twee derden van de margarine-afzet in West-Berlijn in handen.

Verzoeksters hebben in eerste instantie geprobeerd via de Duitse administratieve rechter een voorlopig verbod van de tenuitvoerlegging van de bestreden maatregel door de BALM te verkrijgen.

In maart 1985 stelde elk van hen bij het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main een vordering in kort geding in. Het Verwaltungsgericht achtte zich bevoegd over de vorderingen te beslissen, omdat de BALM maatregelen moest treffen die verder gingen dan het louter uitvoeren van de beschikking. Aangezien het van oordeel was dat de voorgenomen maatregel op meerdere punten in strijd was met het gemeenschapsrecht en de tenuitvoerlegging ervan aan verzoeksters onherstelbare schade zou veroorzaken, verbood het bij beschikkingen van 20 maart 1985 de BALM voorlopig de bestreden maatregel ten uitvoer te leggen.

Op het hoger beroep van de BALM vernietigde het Hessische Verwaltungsgerichtshof deze uitspraken bij beschikkingen van 11 april 1985. Het overwoog, dat de Commissie zelf alle uitvoeringsbepalingen van de maatregel had vastgesteld; dat de BALM aan deze regeling was gebonden en bij de haar opgedragen uitvoering van de maatregelen daarom enkel nog langs privaatrechtelijke weg optrad. Het Verwaltungsgerichtshof besliste derhalve, dat de geschillen tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechter behoorden en niet tot die van de administratieve gerechten.

Toen de kort gedingen voor de administratieve rechter zonder resultaat waren gebleven, besloten verzoeksters enige dagen later tot nieuwe acties.

In de eerste plaats stelde ieder van hen bij het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main een beroep ten principale in, eveneens ter verkrijging van een verbod van de bestreden maatregel. Het Verwaltungsgericht twijfelde niet aan zijn bevoegdheid en stelde het Hof van Justitie bij beschikkingen van 15 april 1985 verscheidene prejudiciële vragen, in het bijzonder over de verenigbaarheid van de beschikking van de Commissie van

25 februari 1985 met verschillende algemene rechtsbeginselen en over het bestaan van een geldige machtigingsgrondslag (gevoegde zaken 133 tot en met 136/85, Rau en anderen, Jurispr. 1987, blz. 2289).

In de tweede plaats stelden verzoeksters op 16 april 1985 het onderhavige beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 25 februari 1985 in. Tegelijk verzochten zij het Hof om opschorting van de tenuitvoerlegging van de bestreden beschikking (zaak 97/85 R, Jurispr. 1985, blz. 1331). Dit verzoek werd bij beschikking van 3 mei 1985 afgewezen, op grond dat er geen ernstige schade dreigde en dat de opschorting van de maatregel voor de Commissie een schade zou meebrengen vergelijkbaar met de door verzoeksters beweerdelijk geleden schade.

De bestreden actie, die oorspronkelijk op 15 april 1985 moest ingaan, is ten gevolge van de uitspraken in kort geding van het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main van 20 maart 1985, waarbij de tenuitvoerlegging van de maatregel werd verboden, in feite pas vanaf 6 mei 1985 uitgevoerd.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Conclusies van partijen

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.

De Commissie 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.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — *De ontvankelijkheid*

1. De verzoeksters

Volgens verzoeksters raakt de beschikking van de Commissie van 25 februari 1985, hoewel zij tot de Bondsrepubliek Duitsland is gericht, hen rechtstreeks en individueel in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag.

Om te beginnen zetten verzoeksters uiteen, in hoeverre de bestreden beschikking hen rechtstreeks raakt. Aangezien boter en margarine onderling substitueerbaar zijn, gaat elke stimulering van de boterafzet noodzakelijkerwijs ten koste van de margarineafzet. De bestreden beschikking bevat zelf alle uitvoeringsbepalingen van de actie en veroorzaakt verzoeksters dus rechtstreeks schade.

Vervolgens stellen verzoeksters dat de bestreden beschikking hen ook individueel raakt. Het aantal personen of ondernemingen voor wie de beschikking van de Commissie bezwarend is, is duidelijk bepaald. Er zijn immers in de Bondsrepubliek Duitsland slechts 16 margarinefabrikanten en in dit 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 te verwaarlozen. Daar verzoeksters ongeveer twee derden van de afzet op die markt in handen hebben, worden zij door de bestreden beschikking individueel geraakt.

Verzoeksters betogen voorts dat als het onderhavige beroep niet-ontvankelijk zou worden verklaard, zij gedeeltelijk van een doeltreffende rechtsbescherming zouden blijven verstoken. Zij wijzen er in dat verband op dat hun vorderingen in kort geding bij de Verwaltungsgerichten geen succes hebben gehad, omdat de kwestie naar het oordeel van het Hessische Verwaltungsgerichthof onder de bevoegdheid van de burgerlijke rechter viel. Zij wijzen er ook op, dat de kort gedingen van andere margarineproducenten bij het Landgericht en het Oberlandesgericht Frankfurt/Main eveneens zonder succes zijn gebleven, daar die gerechten de desbetreffende vorderingen op grond van de voorrang van het gemeenschapsrecht hebben afgewezen. Weliswaar hebben verzoeksters bij het Verwaltungsgericht Frankfurt beroepen ten principale ingesteld, doch de door deze rechter gevraagde prejudiciële beslissing betreft helaas niet de vraag, of de Commissie wel bevoegd was een met het Duitse mededingingsrecht strijdige gedragslijn voor te schrijven. Het vereiste, aan de justitiabelen een doeltreffende rechtsbescherming te geven, en het feit dat de nationale beroepsmogelijkheden hiertoe ontoereikend zijn, pleiten voor de ontvankelijkheid van het onderhavige beroep.

2. De Commissie

De Commissie acht het beroep niet-ontvankelijk om de volgende redenen:

Verzoeksters worden door de bestreden beschikking niet rechtstreeks geraakt, aangezien hun noch rechtstreeks noch indirect een verplichting wordt opgelegd. Het Hof heeft beslist dat de enkele omstandigheid dat een besluit invloed kan hebben op de mededingingsverhoudingen zoals die zich op de betrokken markt voordoen, nog niet meebrengt, dat iedere ondernemer die op enigerlei wijze in een concurrentieverhouding staat tot de adressaat van het besluit, als daardoor rechtstreeks en individueel geraakt is te beschouwen (arrest van 10 december 1969, zaken 10 en 18/68, Eridania, Jurispr. 1969, blz. 459, 480).

Verzoeksters worden door de betrokken beschikking ook niet individueel geraakt, daar zij hierdoor niet op soortgelijke wijze worden geïndividualiseerd als de adressaat ervan. Tal van andere margarinefabrikanten en -importeurs leveren immers margarine op de Berlijnse markt, althans kunnen op ieder moment besluiten dit te gaan doen.

Verzoeksters' argument, dat de niet-ontvankelijkverklaring van het onderhavige beroep gelijk zou staan met rechtsweigering, is ongegrond; in de bodemprocedure voor het Verwaltungsgericht Frankfurt/Main hebben verzoeksters immers ten dele succes gehad, 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 naar de verhouding tussen de bestreden beschikking en het Duitse recht inzake de oneerlijke mededinging. Voorts kunnen verzoeksters nog tegen de Commissie een beroep wegens niet-contractuele aansprakelijkheid krachtens artikel 215, tweede alinea, EEG-Verdrag instellen.

Ten slotte wijst de Commissie erop dat de betrokken beschikking naar alle waarschijn-

lijkheid reeds zal zijn uitgevoerd voordat in het onderhavige geding arrest wordt gewezen. Verzoeksters hebben derhalve geen belang bij de handhaving van hun beroep, zodat het ook om die reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

B — *Ten gronde*

1. Schending van het algemene rechtsbeginsel van vrije beroepsuitoefening

Volgens *verzoeksters* is de bestreden beschikking in strijd met het algemene rechtsbeginsel van vrije beroepsuitoefening. Dit beginsel is voor het gemeenschapsrecht erkend in de arresten van 14 mei 1974 (zaak 4/73, Nold, Jurispr. 1974, blz. 491) en van 13 december 1979 (zaak 44/79, Hauer, Jurispr. 1979, blz. 3727). Dit recht kan slechts worden beperkt in verband met hogere doeleinden van algemeen belang en op grond van duidelijke rechtsgrondslagen; aan beide voorwaarden is in casu echter niet voldaan. Overigens laat het Hof van Justitie zich bij de bepaling van de inhoud van de algemene rechtsbeginselen van gemeenschapsrecht leiden door de constitutionele tradities welke aan de Lid-Staten gemeen zijn. Een actie als waarin de bestreden beschikking voorziet, zou in het Duitse recht in strijd zijn met verscheidene bepalingen van het Grundgesetz (artikel 12, lid 1, het grondrecht van de vrije beroepsuitoefening; artikel 2, lid 1, het grondrecht van de algemene vrijheid van mededinging; artikel 3, lid 1, het gelijkheidsbeginsel). Dientengevolge moet de bestreden maatregel ook in strijd worden geacht met de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht.

De *Commissie* stelt dat de rechtsgrondslag van de bestreden beschikking is gelegen in artikel 4 van verordening nr. 1079/77 van de Raad, dat uitdrukkelijk bepaalt dat maatregelen kunnen worden getroffen ter verruiming van de markten voor zuivelprodukten en voor het zoeken naar nieuwe afzetmogelijkheden. Voorts wordt de maatregel gerechtvaardigd door de eisen van het algemeen belang. Ten slotte konden de margarinefabrikanten hun beroep zonder enige beperking blijven uitoefenen; indien de bestreden maatregelen nadelige gevolgen voor hen meebrengt, moeten zij deze dragen zoals alle particulieren de gevolgen van overheidshandelingen moeten accepteren.

2. Schending van het beginsel van marktstabilisatie

Volgens *verzoeksters* is het beginsel van de stabilisatie van de markten geschonden, zoals bedoeld in artikel 39, lid 1, sub c, EEG-Verdrag, waaraan in artikel 6, lid 3, van verordening nr. 804/68 van de Raad houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector melk en zuivelprodukten (PB 1968, L 148, blz. 13) alsmede in de considerans van verordening nr. 1079/77 van de Raad wordt gerefereerd. Stabilisatie van de markten betekent het aanpassen van de produktie aan de vraag binnen de Gemeenschap. De bestreden maatregel daarentegen heeft ten doel, de marktprijs met behulp van grote subsidies uit openbare middelen kunstmatig op een hoog niveau te houden. Derhalve is de maatregel in strijd met het beginsel van marktstabilisatie. Bovendien is hij in strijd met het mededingingsrecht, in zover met behulp van openbare middelen een produkt op grote schaal wordt weggeschonken ten einde een concurrent uit te schakelen. Een dergelijke miskenning van de regels inzake de oneerlijke mededinging vormt eveneens een schending van het beginsel van marktstabilisatie.

De *Commissie* stelt dat de bestreden actie wel degelijk moet bijdragen tot herstel van de stabiliteit op de botermarkt. Gezien de overschotten op de botermarkt, kan de markt alleen maar worden gestabiliseerd door de produktie te verminderen of door de vraag te vergroten. De bestreden actie is nu juist bedoeld om dit laatste te testen; de actie diende ertoe vast te stellen, in hoeverre en tegen welke kosten een verhoging van het boterverbruik kan worden bereikt. De stelling, dat de markt door deze maatregel wordt gedestabiliseerd, is ongegrond, daar zij vooruitloopt op de resultaten van het onderzoek. De stabilisatie der markten is overigens slechts één van de in artikel 39 EEG-Verdrag genoemde doelstellingen, tussen welke de gemeenschapsinstellingen een evenwicht moeten zien te vinden (arrest van 6 december 1984, zaak 59/83, Biovilac, Jurispr. 1984, blz. 4057). Een andere doelstelling van artikel 39 EEG-Verdrag is het verzekeren van een redelijke levensstandaard aan de landbouwbevolking. De betwiste maatregel draagt tot de verwezenlijking van dit doel bij en kan derhalve niet worden gekritiseerd.

3. Schending van het discriminatieverbod

Volgens *verzoeksters* is het discriminatieverbod van artikel 40, lid 3, EEG-Verdrag, geschonden. Zij worden namelijk ten opzichte van melkproducenten, wier produkten dankzij overheidssubsidies goedkoper worden verkocht en waarvoor een afnamegarantie bestaat, in het algemeen benadeeld. De Commissie kan de prijssubsidies voor boter niet rechtvaardigen met het argument, dat daarmee de lagere kosten van de door de margarinefabrikanten gebruikte grondstoffen worden gecompenseerd. De marktordeningen voor boter en voor margarine bevoordelen in feite boter, zoals de ontwikkeling van de produktie, van de consumptie en van de prijzen in de loop van de afgelopen drie decennia aantoont. Verzoeksters voeren in het bijzonder tegen de bestreden beschikking aan, dat daarmee in deze, voor verzoeksters weliswaar nadelige, doch al jarenlang stabiele marktordeningen een maatregel wordt ingevoerd, die fundamenteel afwijkt van het tot dan toe gevoerde beleid van de Commissie.

Volgens de *Commissie* bevinden verzoeksters zich als margarinefabrikanten in een volledig andere situatie dan de producenten van zuivelprodukten. Daardoor ontbreekt de voor de beoordeling van een ongelijke behandeling noodzakelijke vergelijkingsgrondslag. De margarinefabrikanten kunnen hun grondstoffen immers tegen de wereldmarktprijs inkopen. Daarentegen moeten de producenten die zuivelprodukten gebruiken, deze inkopen tegen een prijs, die door de heffingen op de invoer uit derde landen hoger is. Dit betekent in de verbruiksfase een prijsverschil ten gunste van margarine en ten nadele van boter. De kritiek van verzoeksters op de geplande actie, die niet meer doet dan de gevolgen van de bovenbeschreven situatie voor een beperkte tijd en in beperkte mate compenseren, is derhalve ongegrond.

4. Schending van het beginsel van het gewettigd vertrouwen

Verzoeksters betogen dat zij zich op de reeds jaren bestaande marktordeningen hebben ingesteld. De actie van gratis verstrekking van boter schendt het beginsel van het gewettigd vertrouwen, daar deze actie fundamenteel afwijkt van het beleid van de Commissie tot dusver. Bovendien is de Berlijnse maatregel als proefproject opgezet, waaruit duidelijk blijkt dat de Commissie voornemens is deze maatregel tot de gehele Gemeenschap uit te breiden ingeval de actie doeltreffend zou blijken.

De *Commissie* betoogt in haar uiteenzetting der feiten dat de bestreden maatregel niet bestond in het gratis aanbieden van boter, maar in een aanbod van twee pakjes boter tegen de prijs van één, dus tegen de halve prijs. De in artikel 3, lid 2, van de bestreden beschikking voorgeschreven opdruk „gratis EEG-boter" op één van de beide pakjes boter had louter een reclamefunctie. Zelfs een nog grotere prijsverlaging was geoorloofd geweest, omdat geen aanspraak bestaat op handhaving van de voordelen van het bestaande marktordeningssysteem. Gezien de alom bekende overschotsituatie bij boter en de in bovengenoemde verordening nr. 1079/77 voorziene maatregelen, waren nieuwe maatregelen tot bevordering van de afzet van boter voorzienbaar geweest.

5. Schending van het evenredigheidsbeginsel

Verzoeksters verwijzen naar hun opmerkingen in de „kerstboter"-zaken (279, 280, 285 en 286/84), dat de verkoop van boter tegen verlaagde prijs in wezen ten koste gaat van de verkoop van verse boter, die op haar beurt moet worden opgeslagen. Uit de met betrekking tot de „kerstboter"-acties verrichte onderzoeken, in het bijzonder het speciaal verslag van de Rekenkamer van 13 april 1982 (PB 1982, C 143, blz. 1), blijkt dat alleen uitvoer van boter een effectieve maatregel tot vermindering van de voorraden is. Die conclusie geldt ook voor de onderhavige maatregel van gratis verstrekking van boter. Hoewel het gratis verstrekken van boter bij de consumenten mogelijk beter aanslaat dan de verkoop tegen verlaagde prijs, is deze actie door de veel hogere kosten toch niet doeltreffend. Voorts bestaat in de ontwikkelingslanden een grote behoefte aan zuivelprodukten, in het bijzonder aan butteroil. De Gemeenschap zou meer aandacht moeten geven aan de afzetmogelijkheden in de vorm van voedselhulp, die even duur is als de kosteloze verstrekking van boter binnen de Gemeenschap.

De *Commissie* is met betrekking tot de genoemde klachten van mening dat verzoeksters kennelijk niet in hun individuele rechten geraakt zijn. Het recht om de kostenbatenverhouding van de actie aan kritiek te onderwerpen, komt namelijk alleen de Rekenkamer en het Europees Parlement toe in het kader van de jaarlijkse begrotingscontrole en van de decharge van de Commissie. Voorts was het uitvoeren van een experiment noodzakelijk geweest om nieuwe groepen consumenten te bereiken, daar de voorraden koelhuisboter ondanks de tot dusver getroffen maatregelen onrustbarend waren toegenomen. Slechts een maatregel met betrekking tot de prijs kon een aanzet geven tot verhoging van het boterverbruik. De verlaging van de boterprijs met de helft, waarop de bestreden maatregel neerkwam, was overigens even groot als bij de „kerstboter"-actie 1984/1985.

6. De Commissie is niet bevoegd om een gedragslijn voor te schrijven, die in strijd is met het Duitse recht inzake de oneerlijke mededinging

Verzoeksters zetten om te beginnen uiteen, in hoeverre naar hun mening de bestreden beschikking handelsondernemingen een gedrag voorschrijft, dat in strijd is met het Duitse mededingingsrecht. Vooreerst is de actie volgens hen in strijd met paragraaf 1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Het gratis verstrekken van goederen is op zich niet verboden. Dit wordt evenwel anders wanneer de bedoeling daarvan is, zoals in casu, om klanten te lokken zonder echte mededinging gebaseerd op de kwaliteit van de prestaties en het gevolg van die actie is, dat concurrenten worden gehin-

derd of de markt wordt verstoord. Voorts is de actie in strijd met paragraaf 1, lid 3, van de Zugabeverordnung (verordening inzake het cadeaustelsel), doordat de pakjes interventieboter van de opdruk „gratis EEG-boter" moeten worden voorzien. Volgens genoemde bepaling is het namelijk verboden, ook bij het aanbieden of aankondigen van toegestane giften, het geschonkene als gratis te omschrijven. Ten slotte is er sprake van schending van paragraaf 7 van het Rabattgesetz (wet betreffende de kortingen), volgens hetwelk hoeveelheidskortingen slechts geoorloofd zijn, indien ze naar aard en omvang als in de handel gebruikelijk zijn te beschouwen. Dit is in casu bepaald niet het geval, omdat het gratis aanbieden van een stuk boter bij aankoop van een tweede stuk in Duitsland niet als in de handel gebruikelijk is aan te merken. De bestreden beschikking zet de begunstigde handelsonderneming dus aan tot onwettig handelen, dat in Duitsland zelfs als overtreding wordt bestraft (paragraaf 3, lid 1, sub 2, van de Zugabeverordnung). Volgens paragraaf 44, lid 2, sub 5, van het Verwaltungsverfahrensgesetz is een bestuurshandeling die tot het plegen van een dergelijke daad verplicht, nietig.

Verzoeksters merken verder op dat een beschikking van de Commissie het Duitse mededingingsrecht niet buiten werking kan stellen. Weliswaar zijn verordeningen en in bepaalde gevallen ook richtlijnen in iedere Lid-Staat rechtstreeks toepasselijk en zetten zij in beginsel daarmee strijdig nationaal recht opzij. Dit geldt echter niet voor de onderhavige beschikking, die een naar tijd en plaats begrensde feitelijke situatie regelt. De tegenovergestelde oplossing zou bedenkelijk zijn, niet alleen voor wat betreft de verhouding tussen de gemeenschapsinstellingen onderling, maar vooral wat betreft de verhouding tussen die instellingen en de Lid-Staten.

Ten slotte kan een norm van gemeenschapsrecht in welke vorm ook het mededingingsrecht van een Lid-Staat niet opzij zetten. De bevoegdheid op dit gebied is niet aan de Gemeenschap overgedragen, maar de Lid-Staten hebben hun zelfstandige bevoegdheden behouden. Bovendien hebben in het onderhavige geval de bepalingen inzake de oneerlijke mededinging in het Duitse recht principiële betekenis, omdat zij op een oude rechtstraditie berusten. Hun buitenwerkingstelling zou het rechtsbewustzijn van de Duitse deelnemers aan het economisch verkeer ernstig kwetsen.

De *Commissie* acht de inbreuken op het Duitse mededingingsrecht, waartoe volgens verzoekster de uitvoering van de beschikking zou hebben geleid, niet bewezen. In ieder geval is het gemeenschapsrecht volgens 's Hofs vaste rechtspraak een autonome rechtsbron en kan de geldigheid ervan enkel aan de communautaire rechtsorde worden getoetst. De voorrang van het gemeenschapsrecht boven het nationale recht vindt zijn grond niet, zoals verzoeksters menen, in de noodzaak de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht in alle Lid-Staten te verzekeren, maar in het vereiste de doeltreffendheid van dit recht te waarborgen. Die voorrang geldt ten opzichte van alle nationale recht, van welke aard ook, zelfs het constitutionele recht. Met des te meer reden moet die voorrang gelden ten opzichte van het Duitse mededingingsrecht, waarvan volstrekt niet vaststaat dat het algemene beginselen beschermt, die het gemeenschapsrecht zou moeten respecteren.

De voorrang van het gemeenschapsrecht geldt ook voor beschikkingen, zoals blijkt uit de zogenoemde „Leberpfennig"-arresten van 6 oktober 1970 in de zaken 9/70 (Grad, Jurispr. 1970, blz. 825) en 20/70 (Lesage, ibid., blz. 861) en van 21 oktober 1970 (zaak 23/70, Haselhorst, ibid.,

blz. 881). Een beschikking is namelijk verbindend voor diegenen die erin worden aangewezen, en deze verbindende kracht is slechts gewaarborgd, wanneer de beschikking ongeacht eventueel daarmee strijdig nationaal recht moet worden nageleefd. De Commissie wijst er nog op dat zij de bestreden beschikking heeft vastgesteld volgens de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1079/77 bedoelde beheerscomitéprocedure, dus volgens dezelfde regels als die welke ook bij de vaststelling van een verordening hadden moeten worden in acht genomen.

7. Gebrekkige machtigingsgrondslag

Verzoeksters betogen dat de bestreden maatregel aan geen van de drie doelstellingen beantwoordde, die in artikel 4, lid 2, van verordening nr. 1079/77 — dat in de bestreden beschikking als machtigingsgrondslag wordt vermeld — worden aangegeven. De doelstelling van de verruiming van de markten buiten de Gemeenschap, valt onmiddellijk al af. Zou de nagestreefde doelstelling de verruiming van de markten binnen de Gemeenschap zijn geweest, dan is de beschikking in strijd met artikel 6, lid 3, van verordening nr. 804/68 van de Raad, volgens hetwelk de afzet van interventieprodukten „zodanig geschiedt dat het evenwicht op de markt niet wordt verstoord en aan de kopers een gelijke toegang tot de te verkopen produkten en een gelijke behandeling wordt gewaarborgd", waarvan in casu geen sprake is. Wat de doelstelling van het zoeken naar nieuwe afzetmogelijkheden en het streven naar verbeterde produkten betreft, had voor de verwezenlijking hiervan niet een zo grote hoeveelheid boter weggeschonken behoeven te worden.

De *Commissie* merkt op dat het doel van de bestreden maatregel wel degelijk het zoeken naar nieuwe afzetmogelijkheden was, zoals in het bijzonder uit artikel 7 van de bestreden beschikking blijkt, volgens hetwelk een grondig marktonderzoek moet worden gehouden en na beëindiging van de maatregel aan de Commissie een rapport moet worden uitgebracht. De hoeveelheid van 900 ton was overigens gering vergeleken met de kleinste „kerstboter"-actie, waarmee 72 000 ton was gemoeid. De verwijzing naar artikel 6, lid 3, van verordening nr. 804/68 houdt geen steek, omdat artikel 12 van deze verordening alsmede verordening nr. 1079/77, waarop de bestreden beschikking berust, uitzonderingen op dat artikel voorzien.

8. Schending van wezenlijke vormvoorschriften

Verzoeksters stellen dat de Commissie in strijd met artikel 4, lid 3, van verordening nr. 1079/77 haar voornemen de bestreden maatregel uit te voeren, niet van tevoren aan de Raad heeft meegedeeld. Dit is een belangrijke regeling, omdat de Lid-Staten aldus via hun vertegenwoordigers in de Raad geïnformeerd worden over de voorgenomen maatregelen. Daardoor kunnen de Lid-Staten de door hen benoemde leden in het in artikel 30 van verordening nr. 804/68 genoemde beheerscomité, dat ook bij de vaststelling van de bestreden beschikking is ingeschakeld, naar behoren instrueren. De Commissie kan niet aanvoeren, dat zij die verplichting is nagekomen door de „Negende mededeling van de Commissie aan de Raad betreffende het programma voor het gebruik van middelen afkomstig uit de medeverantwoordelijkheidsheffing in de sector melk voor het melkprijsjaar 1985/1986" van 4 december 1984 (COM(84) 675 def.). In die mededeling werd slechts voorgesteld, een bepaald bedrag uit te trekken voor de controle van de effectiviteit van maatregelen ter bevordering van de verkoop. De volledig nieuwe maatregelen die onderwerp zijn van de bestreden beschikking, werden daarin echter niet genoemd.

De *Commissie* betoogt, dat het bij de verplichting om de Raad een programma voor

te leggen, slechts gaat om een mededelingsplicht en niet om een bij de vaststelling van de maatregelen in acht te nemen vormvoorschrift. De Raad heeft namelijk niet het recht om aan de uitwerking van de in artikel 4 van verordening nr. 1079/77 genoemde maatregelen deel te nemen. In ieder geval heeft zij de Raad in voormelde „Negende mededeling" van 4 december 1984 voldoende ingelicht. Deze mededeling is overigens in de werkgroep „Melk" van de Raad op 30 januari 1985 uitvoerig besproken. Bij die gelegenheid is de voorgenomen „Berlijnse boteractie" duidelijk en onomwonden uiteengezet, wat de Commissie door de getuigenverklaring van één van haar ambtenaren kan bewijzen.

R. Joliet
rechter-rapporteur