Aldus door het Hof gewezen en ondertekend te Luxemburg op één maart negentienhonderdzesenzestig.

Hammes Donner
Trabucchi Lecourt Monaco

Uitgesproken ter openbare zitting gehouden te Luxemburg op één maart negentienhonderdzesenzestig.

De Griffier,
A. Van Houtte

De President,
Ch. L. Hammes

Conclusies van de Advocaat-Generaal J. Gand van 3 februari 1966 [1]

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Overeenkomstig artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering zult U zich heden slechts hebben uit te spreken over de exceptie van niet-ontvankelijkheid, die door de Commissie van de E.E.G. werd opgeworpen in het bij U door de vennootschap Lütticke en twee andere Duitse ondernemingen ingediende beroep.

U weet hoe het geschil ontstond. De drie genoemde vennootschappen, die melkpoeder invoeren uit de landen van de gemeenschappelijke markt, menen dat de Duitse Bondsrepubliek in strijd handelt met het Verdrag van Rome door — nadat op 1 januari 1962 de tweede etappe een aanvang nam — op de omzetcijfers betreffende geïmporteerd melkpoeder een compenserende heffing te blijven toepassen. Nadat niet-officiële stappen geen effect hadden gesorteerd, hebben zij de procedure van artikel 175 ingeleid. Zij vroegen de Commissie op 15 maart 1965 :

1. vast te stellen, dat toepassing van de litigieuze compenserende heffing in strijd is met artikel 95 van het Verdrag;

2. tegen de Bondsrepubliek de procedure van artikel 169 aanhangig te maken ten einde te bereiken, dat de heffing met ingang van 1962 wordt ongedaan gemaakt; de Duitse Bondsrepubliek tevoren in de gelegenheid te stellen haar opmerkingen

1 — Vertaald uit het Frans.

te maken en, indien zij het advies van de Commissie niet tijdig opvolgt, te handelen overeenkomstig artikel 169, lid 2, dat wil zeggen : U te verzoeken uit te spreken dat de desbetreffende Staat met nakoming van een zijner verplichtingen in gebreke is;

3. verzoeksters zouden ten slotte gaarne op de hoogte worden gesteld van het gevolg, dat de Commissie aan deze verzoeken mocht hebben gegeven.

Na een voorlopig antwoord ontvingen zij op 17 mei 1965 een door de Directeur-Generaal „Mededinging" ondertekende expresbrief, welks inhoud geheel in het rapport ter terechtzitting is opgenomen; genoemde hoge ambtenaar wijst erop, dat de Duitse Bondsrepubliek de compenserende heffing met ingang van 1 april 1965 van 4 % tot 3 % heeft verlaagd, zodat een einde is gekomen aan de door de Commissie geconstateerde schending van artikel 95, alinea 1, waartegen zij haar bezwaren had kenbaar gemaakt. De Commissie heeft er dus van afgezien bij de Duitse Bondsrepubliek aan te dringen op een verlaging van het heffingspercentage met terugwerkende kracht tot 1 januari 1962. Zij gelooft trouwens niet, dat de compenserende heffing op zich zelf schending van artikel 95 oplevert en acht het derhalve geenszins noodzakelijk ten deze nieuwe stappen te ondernemen. De brief wordt als volgt besloten : „de Commissie veroorlooft zich bovendien op te merken, dat het verstrekken van deze inlichtingen in geen enkel opzicht de erkenning inhoudt, dat zij daartoe rechtens verplicht zou zijn. Voor zoveel aan het door U ingediende verzoek geen gevolg werd gegeven, is te dier zake voor Uw cliënten, ingevolge artikel 175, alinea 3, van het E.E.G.-Verdrag, beroep uitgesloten".

Thans komen de vennootschap Lütticke en beide andere genoemde vennootschappen bij U in beroep en de conclusie, waartoe zij komen, is een tweeledige; zij vragen U om op grond van artikel 173, alinea 2, van het Verdrag de in de hiervoor weergegeven brief vervatte „beschikking", die tot hen gericht was en waarvan zij in kennis zijn gesteld, nietig te verklaren. Mocht U evenwel van oordeel zijn, dat deze brief géén beschikking inhoudt, dan zou de Commissie niet tijdig haar standpunt hebben bepaald (invoege als bedoeld in artikel 175, alinea 2,) in welk geval sprake zou zijn van een „nalaten" harerzijds; verzoeksters vragen U subsidiair zulks te willen constateren.

De procedure is aldus door een ingebrekestelling, een „uitnodiging tot handelen" in de zin van artikel 175 van het Verdrag van Rome, ingeleid. Om de exceptie van niet-ontvankelijkheid te kunnen beoordelen moet dus allereerst de draagwijdte van dit artikel nader worden vastgesteld. Als men het vergelijkt met artikel 35 van het E.G.K.S.-Verdrag (dat door U zo dikwijls moest worden toegepast) zal men zien dat het aan particulieren aanmerkelijk minder mogelijkheden biedt dan hun in genoemd artikel 35 geboden worden.

Voor de Lid-Staten en overige instellingen van de Gemeenschap staat, wanneer de Raad of de Commissie in strijd met het Verdrag

nalaat een besluit te nemen, daartegen beroepen open, hetwelk afhankelijk is gesteld van een voorafgaande uitnodiging tot handelen; indien de instelling na twee maanden, te rekenen van de uitnodiging, haar standpunt nog niet heeft bepaald, kan het beroep worden ingesteld binnen een nieuwe termijn van twee maanden. En men zal hier wel en passant opmerken, dat de term „zijn standpunt bepalen" uitermate vaag en veelomvattend is.

Artikel 175, alinea 3, voegt hieraan toe : „Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder de in de voorafgaande alinea's vastgestelde voorwaarden bij het Hof van Justitie zijn bezwaren indienen tegen het feit dat een der instellingen van de Gemeenschap heeft *nagelaten te zijnen aanzien een andere handeling te verrichten dan het geven van een aanbeveling of een advies*". Waar het een natuurlijke of rechtspersoon met een op grond van „nalaten" ingesteld beroep wezenlijk om gaat, is derhalve het uitlokken van een rechtshandeling, die naar aard en bestemming tot de verzoeker moet zijn *gericht* en slechts een *beschikking* kan zijn. De Advocaat-Generaal Roemer heeft hierop nadrukkelijk gewezen in zijn conclusie in de zaak Rhenania en andere (103-63), een zaak van goeddeels dezelfde strekking, waarin het Hof ten slotte verstond, dat geen termen aanwezig waren op het beroep uitspraak te doen (Jurisprudentie, deel X, blz. 875).

Beziet men artikel 169 en de zojuist besproken bepaling in hun onderlinge samenhang, dan blijkt, dat een particulier op grond van artikel 175 niet kan doen vaststellen, dat een Lid-Staat een zijner verplichtingen niet nakomt. In het systeem van het Verdrag van Parijs kon de Hoge Autoriteit zulks bij met redenen omklede beschikking doen constateren en aan de betrokken Staat stond daartegen in volle omvang beroep op Uw Hof open. Door U werd al eens beslist, dat een onderneming, die meent, dat een Lid-Staat met de vervulling zijner verplichtingen in gebreke is, de Hoge Autoriteit mag verzoeken nakoming te gelasten en, als de instelling blijft stilzitten, beroep bij Uw Hof mag instellen op grond van artikel 35 van het E.G.K.S.-Verdrag (zaken 7 en 9-54, Groupement des Industries Sidérurgiques Luxembourgeoises, Jurisprudentie, deel II, blz. 55 en zaak 30-59, Jurisprudentie, deel VII, blz. 3).

Tot goed begrip van deze jurisprudentie diene, dat op het beroep van artikel 35 de algemene bepalingen in zaken strekkende tot nietigverklaring, vervat in artikel 33, van toepassing zijn; dat de in de tweede alinea genoemde individuele beschikkingen verzoeker moeten betreffen, doch niet tot hem behoeven te zijn gericht en dat voorts de met redenen omklede beschikking, bedoeld in artikel 88 van het Verdrag een individuele beschikking is, die particulieren in voege als voormeld ook kan betreffen.

De Commissie daarentegen is op grond van artikel 169 niet gehouden vast te stellen, dat een Lid-Staat in strijd met het Verdrag handelt; zij *kan* de zaak bij U aanhangig maken en in de alsdan ingeleide procedure komt het aan op publikatie van een met redenen om-

kleed advies, uit te brengen nadat aan de betrokken Staat de gelegenheid is gegeven zijn opmerkingen te maken. De in artikel 169 voorziene maatregelen bakenen te zamen het kader af, waarbinnen een rechtsstrijd tussen verweerster en een Lid-Staat zich zal hebben af te spelen, welk geschil alleen in het door Uw Hof te wijzen arrest zal worden uitgewezen. Of het nu gaat om de uitnodiging aan een Lid-Staat opmerkingen te maken dan wel om het advies, dat aan het bij Uw Hof in te dienen beroep voorafgaat, men heeft hier te doen met handelingen (wij gebruiken dit woord thans in de meest ruime zin en hechten er geen bepaalde juridische betekenis aan), waartoe met betrekking tot een Lid-Staat wordt overgegaan en die in geen geval zijn gericht tot degene, die de Commissie daarom verzocht.

Wanneer de tekst van artikel 175, derde alinea, aldus een beroep van een particulier, gegrond op „nalaten", uitsluit omdat de in artikel 169 voorziene, ten opzichte van een Lid-Staat toepasselijke, procedure ten deze niet kan worden gevolgd, dan berust zulks niet op toevalligheid, doch hebben de auteurs van het Verdrag van Rome particuliere bevoegdheden als die, welke zij aan de artikelen 33, 35 en 88 van het E.G.K.S.-Verdrag ontlenen, willen onthouden. Een interpretatie van de hier bedoelde bepalingen, die zou gaan in de richting van toepassing van Uw vroegere jurisprudentie, zou stellig niet slechts tegen de tekst van het Verdrag van Rome indruisen, doch ook in strijd komen met de bedoeling van de auteurs.

Wij moesten wel aandacht vragen voor enige aspecten van de in de artikelen 169 en 175 geregelde procedure, nu verzoeksters zelve zich van laatstgenoemde bepaling hebben willen bedienen om de Commissie tot toepassing van eerstgenoemd artikel te dwingen. Wij menen dat de slotsom ten aanzien van de ontvankelijkheid van het bij U ingestelde beroep — zowel voor wat betreft artikel 173 als ten aanzien van artikel 175, alinea 3 — vrij eenvoudig zal kunnen zijn. De dialectische vaardigheid van verzoeksters ten spijt menen wij te moeten voorstellen de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid gegrond te verklaren.

1. Verzoeksters vragen U ten principale de beschikking van 14 mei 1965, die tot hen gericht zou zijn en waarvan zij op 17 mei 1965 in kennis zijn gesteld, nietig te verklaren. Het gaat hier om de brief van de Directeur-Generaal „Mededinging", waarin deze — in antwoord op tot de Commissie gerichte, stringent geformuleerde, verzoeken ingevolge artikel 175 te kennen geeft, dat de Duitse Bondsrepubliek haars inziens artikel 95 van het Verdrag niet schendt en dat zij het derhalve geenszins noodzakelijk acht ten deze nieuwe stappen te ondernemen.

Slaan wij de tekst van artikel 173, alinea 2, er nog eens op na : „Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder dezelfde voorwaarden beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks

en individueel raken". Wij menen, dat de litigieuze brief door verzoeksters niet met een beroep op dit artikel kan worden bestreden.

Niet omdat, zoals de Commissie terstond heeft betoogd, dit dokument niet de uiterlijke kenmerken zou vertonen van een beschikking in de zin van artikel 173 : dat het stuk is opgesteld op het bureau van een der diensten van het Directoraat-Generaal „Mededinging", het briefhoofd en registratienummer van dat Directoraat-Generaal draagt en door de desbetreffende Directeur-Generaal zelfstandig — en niet namens anderen — is ondertekend, is onzes inziens ten deze niet beslissend. Uit de bewoordingen blijkt immers, dat degene die de brief heeft ondertekend het gevoelen van de Commissie tot uitdrukking brengt; de gemachtigde heeft trouwens bij de mondelinge behandeling verklaard, dat de Commissie de tekst tevoren had goedgekeurd. Een onbevangen lezer, niet wel op de hoogte van de bepalingen van het huishoudelijk reglement van de instelling, kan immers bij lezing van een dergelijk stuk de indruk krijgen, dat de Commissie daarin haar eigen standpunt mededeelt en niet de mening van een harer diensten weergeeft.

Op grond van de *inhoud* van de brief menen wij echter, dat hij geen voor beroep vatbare beschikking behelst. Tegen een afwijzende beschikking kan men principieel slechts in beroep komen als de handeling, die het daartoe bevoegde gezag niet heeft willen verrichten, ook zelve in rechte kan worden bestreden. Het uitbrengen van een met redenen omkleed advies, zoals de Commissie in casu aan de Duitse Bondsrepubliek zou kunnen geven bijaldien deze haar verplichtingen niet mocht zijn nagekomen, het richten van een uitnodiging tot die Staat om zijn opmerking te maken, kortom het inleiden van de procedure van artikel 169, dit alles vormt slechts de aan het beroep voorafgaande fase en niet een reeks van elk op zichzelf voor beroep vatbare rechtshandelingen. Zulks moet dan noodzakelijkerwijs ook gelden voor de weigering bedoelde procedure aanhangig te maken of voormelde handelingen te verrichten.

De litigieuze brief levert trouwens geen voor beroep vatbare beschikking op, omdat er voor degenen, tot wie hij werd gericht, rechtens geen enkel gevolg aan is verbonden en laatstgenoemden hebben derhalve geen enkel recht te verlangen, dat de Commissie de in artikel 169 voorziene procedure inleidt; de instelling brengt immers een met redenen omkleed advies uit, indien zij *van oordeel is*, dat een Lid-Staat een zijner verplichtingen niet is nagekomen en, indien de betrokken Staat dit advies niet tijdig opvolgt, *kan* zij de zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie. Men ziet, dat aldus aan de Commissie in twee opeenvolgende processuele stadia een zodanige vrijheid van appreciatie is toegekend, dat het te enenmale uitgesloten moet worden geacht, dat particulieren van haar een beslissing in bepaalde zin zouden mogen verlangen. Verzoeksters voeren hiertegen aan, dat zodra aan de feitelijke voorwaarden is voldaan de Commissie verplicht is de procedure van artikel 169 in te leiden en dat haar met betrekking tot de tweede fase, dat wil zeggen de maatregelen, die zij een Lid-Staat verzoekt te nemen, geen

discretionnaire bevoegdheid toekomt. Wanneer een Staat zijn verplichtingen niet nakomt kunnen andere Lid-Staten via artikel 170 en onder voorwaarden, analoog aan die, waaronder artikel 169 kan worden toegepast, de Commissie noodzaken tot het uitbrengen van een met redenen omkleed advies; het staat daarentegen vast, dat natuurlijke en rechtspersonen ten deze van middelen rechtens verstoken zijn. Verzoeksters brengen ook naar voren, dat in het systeem van het Verdrag van Rome alleen het Hof bevoegd is te onderzoeken, of de Commissie uitgaat van een juiste opvatting van de door de Staten na te komen verplichtingen — hetgeen niet kan worden betwist. Het Hof kan derhalve, stellen zij, niet ambtshalve, doch slechts op verzoek van een partij optreden en daarom moeten volgens hen in de verschillende Lid-Staten de betrokken particulieren zich tot U kunnen wenden. Aldus miskennen zij nogmaals dat, wanneer een Staat zijn verplichtingen niet nakomt, het Hof slechts kan worden geadieerd door de Commissie krachtens artikel 169 of door een andere Lid-Staat ingevolge artikel 170.

Dit alles voert ons tot de conclusie, dat de Commissie, wanneer zij weigert in te gaan op het tot haar gerichte verzoek de procedure van artikel 169 in te leiden, niet een voor beroep vatbare beschikking als bedoeld in artikel 173, alinea 2, neemt. Weliswaar was dit niet het enige verzoek, dat in de tot de Commissie gerichte brief was vervat : verzoeksters schreven immers, dat zij ook gaarne op de hoogte zouden worden gesteld van het gevolg, dat aan hun verzoeken mocht zijn gegeven. In dit opzicht komt de brief aan hun verlangens tegemoet, maar ook in zoverre is beroep niet mogelijk. Wij kunnen hier slechts verwijzen naar de conclusie van de advocaat-generaal in de zaak 103-63; „mededelingen van zodanige handelingen ... zijn evenwel niets anders dan onbelangrijke accessoria; zij vormen een nevenwerking van de eigenlijke maatregel en missen rechtens betekenis"; ten aanzien van die mededelingen moet derhalve gelden hetgeen met betrekking tot de handelingen zelve wordt beslist.

2. Verzoeksters hebben reeds aanstonds voorvoeld, dat U mogelijk in de tot hen gerichte brief geen appellabele beschikking als bedoeld in artikel 173 vervat zoudt achten en namen voor dat geval hun subsidiaire conclusie, gegrond op de bewering dat de Commissie in strijd met het Verdrag heeft nagelaten een besluit te nemen, in welk geval volgens hen mogelijk moet zijn zich krachtens artikel 175 tot Uw Hof te wenden. Wij wijzen evenwel de keus, welke men U aldus tracht op te dringen, af en menen te kunnen volstaan met een verwijzing naar hetgeen hiervoor over dit artikel is gezegd.

Een door een natuurlijke of rechtspersoon ingevolge artikel 175 ingesteld beroep veronderstelt, dat de Commissie, in strijd met het Verdrag ondanks een tot haar gerichte uitnodiging tot handelen naliet ten aanzien van de verzoeker „een andere handeling te verrichten dan het geven van een aanbeveling of een advies"; nu particulieren er geen enkel recht op hebben dat te hunnen behoeve de procedure van artikel

169 wordt ingeleid, kan de weigering van de Commissie om aan een daartoe strekkend verzoek tegemoet te komen, geen schending van het Verdrag opleveren.

Het beroep is slechts ontvankelijk, wanneer de instelling nalaat ten aanzien van betrokkene een andere handeling te verrichten dan het geven van een aanbeveling of een advies, waarmede slechts een obligatoire handeling, welke thans geen nadere omschrijving behoeft, kan zijn bedoeld. Die handeling moet dan krachtens haar aard gericht zijn tot de verzoeker, dat wil zeggen inderdaad voor hem bestemd zijn. Zulks was stellig niet het geval met de in casu door verzoeksters beoogde maatregelen, die immers geen obligatoire handelingen geweest zouden zijn en de Duitse Bondsrepubliek zouden hebben betroffen; een en ander blijkt duidelijk uit punt 3 van de brief van verzoeksters d.d. 15 maart 1965, waarin zij alleen maar vragen op de hoogte te worden gesteld van het gevolg, dat de Commissie aan hun verzoeken (sub 1 en 2) mocht hebben gegeven — verzoeken die slechts de Duitse Bondsrepubliek betroffen.

Ten overvloede merken wij op, dat ingevolge het tweede lid van artikel 175 slechts van „nalaten" sprake is, wanneer de instelling na twee maanden „haar standpunt nog niet heeft bepaald" — formulering, welke enigzins afwijkt van die gebezigd in artikel 35 van het E.G.K.S.-Verdrag —. Kan men hieruit niet afleiden, dat in een brief waarvan de inhoud weerkomt op een weigering om in de door verzoeker bedoelde zin te handelen, wel degelijk een „standpunt" wordt ingenomen, waarmede de mogelijkheid van een op „nalaten" gegrond beroep zou zijn komen te vervallen? Het komt ons voor, dat deze kwestie niet tot oplossing behoeft te worden gebracht, zodat wij U voorstellen verzoeksters in haar subsidiaire conclusie niet te volgen.

Wij zouden ten slotte nog twee opmerkingen willen maken.

De eerste is, dat het verzoeksters — hoe subtiel hun beroep ook is geformuleerd — er van de aanvang af slechts om ging de Commissie te dwingen met betrekking tot de Duitse Bondsrepubliek de procedure van artikel 169 in te leiden. Wij hebben U uiteengezet, waarom zij tegen een „nalaten" of tegen een weigering van de instelling niet kunnen opkomen. Hieraan moet nog worden toegevoegd, dat Uw Hof, indien het hierover anders mocht oordelen en tot een onderzoek ten gronde mocht overgaan, zou moeten onderzoeken of toepassing van de compenserende heffing over de omzetcijfers voor ingevoerd melkpoeder aan de zijde van de Duitse Bondsrepubliek schending van artikel 95 van het Verdrag oplevert. U zoudt aldus — eventueel zelfs ten verzoeke van een particulier — vaststellen, dat een Lid-Staat zijn verplichtingen niet is nagekomen, zonder dat deze door de Commissie of door een andere Lid-Staat in rechte is betrokken en zonder dat aan bedoelde Staat is gevraagd zijn opmerkingen te maken. Een en ander dus met miskenning van de in de artikelen 169 en 170 vervatte processuele voorschriften. Daarmede is dan eens te meer bewezen, dat verzoeksters in hun daartoe strekkende vordering niet kunnen worden ontvangen.

Indien echter — en dat is onze tweede opmerking — de auteurs van het Verdrag het particulieren niet mogelijk hebben willen maken de weg van artikel 169 te bewandelen, dan zijn verzoeksters toch niet noodzakelijkerwijze van alle rechtsbescherming verstoken; zij kunnen immers ook gebruik maken van de mogelijkheden, die artikel 177 hun biedt en de steun, die zij aan dit artikel kunnen ontlenen, behoeft niet slechts van theoretische aard te zijn, zoals wel is gebleken in de door het Finanzgericht te Saarbrücken naar Uw Hof verwezen zaak 57-65, waarin de vraag aan de orde kwam, of artikel 95 van het Verdrag „self-executing" is.

U zult ten slotte uitspraak hebben te doen over de proceskosten. De advocaat van verzoeksters verzocht U ter zitting deze in ieder geval geheel ten laste van de Commissie te brengen. Als wij het goed hebben begrepen zou de vennootschap Lütticke tot indiening van het verzoekschrift zijn bewogen doordat de brief, waarin het antwoord van de Commissie is vervat, in ieder geval het uiterlijk van een beschikking vertoont. Het argument komt ons niet zeer klemmend voor, immers gelet op het voorbehoud, dat in de laatste paragraaf van het litigieuze stuk wordt gemaakt, hadden verzoeksters zich er juist voor moeten wachten lichtvaardig te procederen. Wij achten dan ook geen bijzondere redenen aanwezig om af te wijken van de regel in artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering dat, voor zover zulks — gelijk in casu — gevorderd is de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen.

Wij concluderen derhalve :

het beroep 48/65 niet-ontvankelijk te verklaren en uit dien hoofde af te wijzen;
verzoeksters te veroordelen in de proceskosten.