2. Houdt de beslissing omtrent de kosten aan.

Mertens de Wilmars Pescatore O'Keeffe

Everling Mackenzie Stuart Bosco Koopmans

Due Bahlmann Galmot Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 4 oktober 1983.

De griffier
voor deze

H. A. Rühl
Hoofdadministrateur

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL S. ROZÈS VAN 31 MEI 1983 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (hierna: FEDIOL), gevestigd te Brussel, heeft krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van een beschikking die zou zijn vervat in de brief van de Commissie van 25 mei 1982, waarin aan FEDIOL werd meegedeeld dat geen anti-subsidieprocedure ter zake

1 — Vertaald uit het Frans.

van de invoer van perskoeken van sojabonen uit Brazilië zou worden geopend.

I — De feiten die aan het geding ten grondslag liggen, kunnen worden samengevat als volgt:

Begin 1977 diende verzoekster, een representatieve vereniging van de olie-industrie in de EEG, namens alle sojabonen verwerkende bedrijven in de Gemeenschap een eerste klacht in bij de Commissie tegen Brazilië wegens het verlenen van subsidies bij de uitvoer van perskoeken van sojabonen. Volgens een bericht van 14 april 1977 (PB C 89 van 1977, blz. 7), was op grond van deze klacht een anti-dumping/anti-subsidieprocedure ingeleid „betreffende perskoeken van sojabonen uitgevoerd door de Federatieve Republiek Brazilië", overeenkomstig de destijds geldende verordening nr. 459/68 van de Raad van 5 april 1968 betreffende beschermende maatregelen tegen de toepassing van dumping en de toekenning van premies of subsidies door landen die geen lid zijn van de EEG (PB L 93 van 1968, blz. 1). Bij bericht van 10 december 1977 (PB C 298 van 1977, blz. 2) deelde de Commissie mee, dat zij deze procedure had beëindigd, nadat zij van de Braziliaanse regering toezeggingen had ontvangen die het haar mogelijk maakten, „voor het ogenblik van beschermende maatregelen te hunnen opzichte af te zien."

Van mening dat er geen eind was gekomen aan de subsidiëring, verzocht FEDIOL de Commissie medio 1978, de anti-subsidieprocedure tegen de invoer van perskoeken van sojabonen uit Brazilië te heropenen, overeenkomstig artikel 14, lid 2, van verordening nr. 459/68. Hoewel de Commissie niet tot heropening besloot, ondernam verzoekster geen verdere stappen, daar het uitvoerseizoen 1978 van de betrokken produkten inmiddels was geëindigd.

Daar voor 1980 een overvloedige oogst werd verwacht en de subsidies bij uitvoer niet waren afgeschaft en nieuwe subsidies waren ingesteld, verzocht FEDIOL bij brief van 2 april 1980 de Commissie opnieuw, een anti-subsidieprocedure tegen Brazilië te openen, overeenkomstig artikel 5, lid 1, van verordening nr. 3017/79 van de Raad van 20 december 1979 betreffende beschermende maatregelen tegen invoer met dumping of subsidiëring uit landen die geen lid zijn van de EEG (PB L 339 van 1979, blz. 1), die inmiddels in de plaats van de eerder genoemde verordening was getreden. Evenals de eerste klacht was ook deze gericht tegen de directe of indirecte toekenning van subsidies bij de produktie en de uitvoer van perskoeken van sojabonen; zij bevatte tal van gegevens ten bewijze van het bestaan van die subsidies en de daaruit voor de communautaire olie-industrie voortvloeiende schade. FEDIOL vroeg met name, Brazilië in het kader van een anti-subsidieprocedure schriftelijk uit te nodigen om inlichtingen te verstrekken over de aard, de omvang en het bedrag van alle aan de Braziliaanse olie-industrie toegekende directe en indirecte subsidies.

De Commissie en verzoekster hadden een uitvoerige briefwisseling en tal van besprekingen; verzoekster vulde met name de in haar klacht vervatte feitelijke en juridische argumentatie aan met een reeks opmerkingen om de nieuwe Brazi-

liaanse subsidiëringspraktijken en het bestaan van schade aan te tonen. Verder vond overleg plaats tussen de Commissie en de Lid-Staten en met Brazilië.

Daar de Commissie nog steeds geen anti-subsidieprocedure wilde openen, verzocht FEDIOL haar onder verwijzing naar artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag bij brief van 30 september 1981 formeel, zich onverwijld uit te spreken over haar verzoek om een dergelijke procedure te openen.

Bij telexbericht van 4 december 1981 deelde de Commissie haar mee, dat zij in verband met de door Brazilië aangekondigde volledige liberalisering van de verkoop van sojabonen voor het verkoopseizoen 1982/1983 had besloten, voor het ogenblik geen gevolg te geven aan haar verzoek.

Bij aangetekende brief van 5 februari 1982 deelde de Commissie voorts mee, dat zij na een zorgvuldig onderzoek van de klacht en na overleg met de Braziliaanse regering niet voornemens was een anti-subsidieprocedure te openen, daar de gewraakte subsidies in wezen waren afgeschaft en hun totale invloed onvoldoende was om de opening van een dergelijke procedure te rechtvaardigen. Tevens stelde zij verzoekster een termijn om opmerkingen te maken.

Tenslotte berichtte de Commissie bij brief van 25 mei 1982, dat de door FEDIOL intussen ingediende aanvullende opmerkingen geen wijziging konden brengen in het standpunt dat zij in haar brief van 5 februari 1982 had neergelegd. Bijgevolg werd verzoekster overeenkomstig artikel 5, lid 5, van verordening nr. 3017/79 van de Raad ervan in kennis gesteld, dat tegen Brazilië geen anti-subsidieprocedure ter zake van de invoer van perskoeken van sojabonen zou worden ingeleid. De Commissie voegde hieraan toe, dat zij nauwlettend bleef toezien op verdere ontwikkeling van de situatie op dit gebied, daar de Braziliaanse kredietpolitiek, zowel wat de betalingstermijnen als wat de rentetarieven betreft, aanleiding tot bezorgdheid gaf.

Bij op 29 juli 1982 ingeschreven beroep heeft FEDIOL de nietigverklaring gevorderd van de in de brief van de Commissie van 25 mei 1982 vervatte „beschikking" om geen anti-subsidieprocedure te openen.

Krachtens artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering verzocht de Commissie het Hof, het beroep niet ontvankelijk te verklaren zonder op de zaak ten principale in te gaan. Verzoekster concludeert tot verwerping van de exceptie. Daar ter terechtzitting enkel de vraag betreffende de ontvankelijkheid van het beroep is behandeld, zal ik mij thans tot dit punt beperken.

II — 1. De procesbekwaamheid van verzoekster

Het legaliteitsberoep van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag kan worden ingesteld door „iedere natuurlijke of rechtspersoon." Naar Belgisch recht is FEDIOL een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid; daarom rijst de vraag of zij bekwaam is om in rechte op te treden. Volgens verzoekster en de Commissie dient men daarbij niet uit te gaan van de realiteits- of functionaliteitstheorie (arresten van 8 oktober 1974, zaak 18/74, Algemeen Vakverbond, en 28 oktober 1982, zaak 135/81, Groupement des Agences de Voyages, Jurispr. 1974, blz. 933, resp. 1982, blz. 3799) en te onderzoeken of zij formeel rechtspersoonlijk-

heid heeft, maar moet men nagaan of de betrokken vereniging wettelijk is erkend en bepaalde bevoegdheden heeft gekregen met het oog op de vervulling van de haar opgedragen taak. Verordening nr. 3017/79 verleent een aantal processuele bevoegdheden niet enkel aan natuurlijke of rechtspersonen, doch uitdrukkelijk ook aan verenigingen die, ofschoon zij geen rechtspersoonlijkheid bezitten, optreden namens een bedrijfstak van de Gemeenschap; voor deze verenigingen volgt daaruit het recht om in rechte op te treden, teneinde deze specifieke processuele belangen te kunnen behartigen.

2. Is de bestreden brief te beschouwen als een handeling van de Commissie?

In de brief van 25 mei 1982, ondertekend door de directeur van het Directoraat-generaal Buitenlandse Betrekkingen van de Commissie, wordt uitdrukkelijk verklaard dat „de Commissie" geen procedure zal openen ter zake van de invoer van perskoeken van sojabonen uit Brazilië. Partijen zijn het er dan ook over eens, dat deze mededeling, die uitdrukkelijk op artikel 5, lid 5, van verordening nr. 3017/79 is gebaseerd, aan de Commissie als instelling moet worden toegeschreven.

3. Bevat de brief van de Commissie van 25 mei 1982 een „beschikking" die tot verzoekster is „gericht" in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag?

Volgens de Commissie is het beroep niet ontvankelijk omdat de bestreden mededeling geen tot verzoekster gerichte *beschikking* in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag is. Zij betoogt, dat de mededeling aan FEDIOL niet meer is dan de in artikel 5, lid 5, van verordening nr. 3017/79 bedoelde kennisgeving, en geen „ander besluit" met een ruimere strekking. Deze kennisgeving bevat weliswaar een intentieverklaring van de Commissie om in deze fase geen officiële procedure krachtens artikel 7 van de verordening in te stellen, doch is geen voor beroep vatbare beschikking in de zin van artikel 173, tweede alinea. De mededeling grijpt stellig wel in in de belangen van de klager, doch dit is niet te beschouwen als een dusdanige inbreuk op zijn rechtspositie, dat hem een in rechte afdwingbaar recht op het openen van een officiële onderzoekprocedure moet worden toegekend. Een dergelijk recht kan niet worden toegekend, al was het alleen maar omdat bij het besluit om een procedure in te leiden, ook rekening moet worden gehouden met de belangen van de Gemeenschap en deze dus over een beoordelingsvrijheid beschikt ten aanzien waarvan de rechter geen toetsingsbevoegdheid heeft.

a) In de eerste plaats moet worden onderzocht of de litigieuze brief, zoals verzoekster meent, een beschikking is in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag of slechts een simpele, niet voor beroep vatbare kennisgeving in de zin van artikel 5 van verordening nr. 3017/79.

In het arrest van 11 november 1981 (zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639) zijn de voorwaarden opgesomd waaraan moet zijn voldaan om het bestaan te kunnen aannemen van een beschikking waartegen beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag kan worden inge-

steld. Het Hof stelde voorop, dat beroep tot nietigverklaring openstaat tegen de handelingen van de Raad en van de Commissie, voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft. Het vervolgde, dat niet enkel beroep openstaat tegen de in artikel 189 genoemde categorieën handelingen, daar een dergelijke restrictieve uitlegging in strijd zou zijn met de in artikel 164 genoemde doelstelling, de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag. In de derde plaats overwoog het Hof, dat de vorm waarin de handelingen of besluiten zijn gegoten, in principe van geen belang is voor de vraag of nietigverklaring ervan in rechte kan worden gevorderd, doch dat integendeel op hun *inhoud* moet worden gelet. Daarbij herinnerde het eraan, dat als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173, zijn te beschouwen alle maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen. Met betrekking tot handelingen of besluiten die in een uit verscheidene fasen bestaande procedure tot stand komen, en inzonderheid wanneer zij de afsluiting vormen van een interne procedure, verklaarde het Hof tenslotte, dat in beginsel slechts van voor beroep vatbare handelingen sprake is, wanneer het maatregelen betreft die aan het einde van zo'n procedure het standpunt van de Commissie of de Raad *definitief* vastleggen; hiertoe behoren dus niet voorlopige maatregelen ter voorbereiding van de eindbeschikking. Het zou slechts anders zijn, indien handelingen of besluiten die in de loop van de voorbereidende procedure tot stand zijn gekomen, zelf het einde markeren van een bijzondere procedure, onderscheiden van die welke de Commissie en de Raad in staat moeten stellen ten gronde te beslissen.

Deze overwegingen brachten het Hof tot niet-ontvankelijkverklaring van het beroep dat IBM had ingesteld tegen de inleiding van een procedure krachtens artikel 3 van de kartelverordening nr. 17/62 (PB van 1962, blz. 1655) en tegen de daarmee verband houdende mededeling van punten van bezwaar krachtens artikel 2 van verordening nr. 99/63 (PB van 1963, blz. 226). Daarbij wees het er uitdrukkelijk op, dat de betrokken maatregelen van de Commissie, als eenvoudige voorbereidende procedure-handelingen, met name daarom niet konden worden aangevochten, omdat de eventuele gebreken ervan *later, in een beroep tegen de eindbeschikking* ter voorbereiding waarvan zij waren genomen, konden worden aangevoerd.

Bij toepassing van genoemde criteria op de onderhavige zaak valt allereerst te constateren, dat het niet terzake doet of de bestreden brief een beschikking in de zin van artikel 189, vierde alinea, EEG-Verdrag bevat, en dat de vorm irrelevant is. Ook hoeft niet te worden onderzocht of, zoals verzoekster meent, de in de brief vervatte beschikking niet gebaseerd kon zijn op artikel 5, lid 5, van verordening nr. 3017/79, bepalende dat wanneer na overleg blijkt dat de klacht niet voldoende bewijsmateriaal bevat om het instellen van een onderzoek te rechtvaardigen, de klager daarvan in kennis wordt gesteld: dit is een vraag ten gronde, die dus niet van invloed kan zijn op de ontvankelijkheid van het beroep. Hiervoor is alleen van belang of de brief, als maatregel van de Commissie, *bindende rechtsgevolgen* heeft teweeggebracht.

Verzoekster en de Commissie zijn het erover eens, dat de bestreden brief *niet* is

te beschouwen als een *bevestigende handeling*, zulks wegens de voorlopige aard van de eerdere mededelingen, en dat de mogelijkheid om er beroep tegen in te stellen, dus niet op deze grond kan worden ontkend. Zij verschillen echter van mening over het rechtskarakter van die brief.

De Commissie merkt op dat zij verzoekster onder verwijzing naar artikel 5, lid 5, van de verordening, enkel heeft meegedeeld, dat haar verzoek om een nieuwe anti-subsidieprocedure tegen Brazilië in te stellen, niet voldoende bewijsmateriaal bevatte. Zij meent dat de betrokken bepalingen van verordening nr. 3017/79 aldus moeten worden uitgelegd, dat een klacht die voldoet aan de in artikel 5, lid 2, van de verordening gestelde voorwaarden — dat wil zeggen dat zij voldoende bewijsmateriaal bevat betreffende het bestaan van dumping of subsidiëring en de daaruit voortvloeiende schade — enkel in het kader van het in artikel 6 van de verordening bedoelde overleg moet worden onderzocht. Na dit overleg kan de Commissie ofwel een officieel onderzoek krachtens artikel 7 instellen ofwel — naar gelang van de omstandigheden — de inleidende procedure beëindigen en de klager overeenkomstig artikel 5, lid 5, daarvan in kennis stellen. Deze kennisgeving sluit echter niet uit, dat de procedure later ambtshalve kan worden heropend wanneer mocht blijken dat nieuwe subsidies zijn toegekend. Het feit dat de opstellers van de verordening bewust geen formele afsluiting van de inleidende procedure hebben voorzien, betekent dat de klager weliswaar het recht heeft om ervan in kennis te worden gesteld dat aan zijn klacht geen gevolg wordt gegeven, doch niet dat hij de Commissie zou kunnen dwingen een officiële procedure in te leiden, en zeker niet dat hij beschermende maatregelen zou kunnen afdwingen. Tegen een weigering op grond van artikel 5, lid 5, kan dus geen beroep krachtens artikel 173, tweede alinea, worden ingesteld, evenmin als tegen een negatieve beschikking in het kader van een kartelprocedure als bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 99/63.

Voor een goed begrip van deze redenering moet worden herinnerd aan het declaratoire karakter van de brief van 25 mei 1982 en aan de conclusies van het verzoekschrift. Uitdrukkelijk verwijzend naar de door verzoekster ingediende klacht, maakt die brief duidelijk, dat de Commissie geen anti-subsidie-procedure ter zake van de invoer van perskoeken van sojabonen uit Brazilië zal instellen. Met deze verklaring — het enige feitelijke gegeven waarop de conclusies van het verzoekschrift betrekking hebben, en dus ook het enige dat in het geding aan de orde is — heeft de Commissie, na haar eerdere voorlopige standpuntbepalingen, ten duidelijkste uiting gegeven aan haar voornemen om na het vooraf gaand onderzoek bedoeld in de artikelen 5 en 6 van verordening nr. 3017/79, geen officiële procedure te openen, en daarmee FEDIOL's verzoek definitief verworpen. Wat de rechtsgevolgen daarvan betreft, is het bijgevolg niet nodig om te onderzoeken of, zoals de Commissie meent, bij gebreke van een uitdrukkelijke bepaling in de verordening, een anti-subsidieprocedure ambtshalve en zonder een desbetreffend verzoek van de betrokken bedrijfstak door de Commissie kan worden ingeleid, aangezien — althans in casu — een op *initiatief van verzoekster* ingeleid voorafgaand onderzoek is afgesloten.

Met een beroep op het arrest van 18 oktober 1979 (zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3173) en omdat verordening nr. 3017/79 niet uitdrukkelijk een formeel besluit, doch in artikel 5, lid 5, enkel een kennisgeving voorschrijft, komt de Commissie tot de slotsom, dat deze handeling als zodanig niet vatbaar is voor beroep.

Zoals verzoekster terecht opmerkt, moet deze opvatting om verschillende redenen worden verworpen. Het is juist, dat volgens verordening nr. 3017/79 de afwijzing van een verzoek een anti-subsidieprocedure in te leiden, niet per se in de vorm van een *besluit* dient te geschieden, doch de voorgeschreven kennisgeving onderstelt logischerwijs dat het voorafgaand onderzoek is afgesloten. Zo een eenvoudige wilsuiting beschouwd werd als een handeling die losstaat van het interne proces dat tot die wil heeft geleid, dan zou dit processueel gezien betekenen dat een dergelijk besluit nimmer zou kunnen worden aangevochten.

Het arrest-GEMA is in zoverre niet erg behulpzaam voor het kwalificeren van de krachtens artikel 5, lid 5, van verordening nr. 3017/79 gedane kennisgeving. In die zaak had de verzoekster een verzoek ingediend op de voet van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62; zij had een beroep krachtens artikel 175 EEG-Verdrag ingesteld om het stilzitten van de Commissie onrechtmatig te doen verklaren en om deze te doen gelasten een formele beschikking te geven in de op haar verzoek ingeleide procedure, dan wel haar overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 van de afdoening van de zaak in kennis te stellen. Laatstgenoemd artikel bepaalt dat, wanneer de Commissie meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan het verzoek gevolg te geven, zij de verzoekers de reden daarvan meedeelt en hun een termijn geeft, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen maken. Het Hof overwoog dat een dergelijke mededeling alleen dient om te verzekeren dat de verzoeker te horen krijgt waarom de Commissie het verzoek niet heeft ingewilligd. Deze mededeling impliceert stellig de stopzetting van de procedure, doch belet de Commissie niet het dossier te heropenen wanneer zij dit nuttig acht, met name in het geval dat de verzoeker binnen de gestelde termijn nieuwe gegevens overlegt. Daar de indiening van een verzoek als bedoeld in artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62, *geen recht* geeft om van de Commissie een besluit over het bestaan van een inbreuk op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag te verkrijgen, verklaarde het Hof het beroep wegens nalaten niet ontvankelijk.

Processueel gezien onderscheidt het onderhavige beroep zich echter van genoemde zaak, doordat verzoekster de Commissie niet via een *beroep wegens nalaten* tot handelen tracht te dwingen, doch krachtens artikel 173, tweede alinea, opkomt tegen een maatregel waarbij de Commissie haar verzoek om een onderzoekprocedure als bedoeld in artikel 7 van verordening nr. 3017/79, heeft afgewezen. Anderzijds ging het in de zaak-GEMA niet om de vraag, of een mededeling als bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 99/63, een maatregel was waartegen krachtens artikel 173

EEG-Verdrag beroep kon worden ingesteld. Dat het Hof deze vraag open heeft gelaten, blijkt bijzonder duidelijk uit rechtsoverweging 18, waarin de mogelijkheid van beroep tegen een dergelijke mededeling enkel hypothetisch ter sprake wordt gebracht.

Bovendien verschillen de bewoordingen van artikel 6 van verordening nr. 99/63 duidelijk van die van artikel 5, lid 5, van verordening nr. 3017/79, waarom het in casu gaat. Terwijl eerstgenoemd artikel ervan uitgaat, dat de Commissie op basis van de „door haar verkregen gegevens" tot de slotsom komt, dat er geen termen aanwezig zijn om het verzoek tot het nemen van bepaalde sancties in te willigen, betreft het tweede juist het geval dat de inleiding van een officieel onderzoek wordt geweigerd omdat er volgens de Commissie niet voldoende bewijsmateriaal is om dat onderzoek te rechtvaardigen.

Tenslotte blijkt uit het feit dat er een termijn voor opmerkingen moet worden gesteld, dat de mededeling bedoeld in artikel 6 van verordening nr. 99/63, slechts een *voorlopig karakter* heeft en dat dus, gelijk het Hof overwoog, de procedure kan worden heropend wanneer nieuwe gegevens worden aangebracht. De in casu bestreden brief bevat een duidelijke en definitieve wilsuiting van de Commissie om naar aanleiding van het verzoek van FEDIOL geen officieel onderzoek krachtens artikel 7 van verordening nr. 3017/79 in te stellen.

Overigens kunnen de rechtsoverwegingen van het arrest-GEMA niet zonder meer op het huidige geval worden getransponeerd: de regeling van de verordening betreffende de kartelprocedure verschilt aanmerkelijk van de algemene opzet van de verordeningen betreffende dumping en subsidiëring. Deze laatste onderscheiden duidelijk twee fasen in de procedure:

— het voorafgaand onderzoek van de artikelen 5 en 6 van de verordening, waarvoor nodig is dat er een verzoek om een anti-subsidieprocedure wordt ingediend;

— de procedure van de artikelen 7-9 van de verordening, waarmee de eigenlijke procedure aanvangt.

Voor elk van beide fasen gelden zeer specifieke voorwaarden. Met betrekking tot de klager, de inhoud van de klacht en de gevolgen ervan zijn er zeer nauwkeurige bepalingen. Volgens artikel 6 van de verordening moet er speciaal overleg over de klacht plaatsvinden tussen de Commissie en de Lid-Staten. Na dit overleg moet de Commissie overeenkomstig artikel 7, lid 1, beoordelen en besluiten, of er voldoende bewijsmateriaal is om de opening van een onderzoek te rechtvaardigen. Indien echter de beslissing om de volgende fase van de procedure in te leiden, als een besluit is te beschouwen, dan moet logischerwijze hetzelfde gelden voor een negatieve maatregel, ook al wordt het woord „besluit" niet uitdrukkelijk gebruikt. Dat de opstellers van de verordening het voorafgaand onderzoek hebben beschouwd als een afzonderlijke procedure, die ook moet worden afgesloten wanneer geen officieel onderzoek wordt ingesteld, wordt bevestigd door artikel 5, lid 4, van de verordening, volgens hetwelk „. . . de procedure kan worden *beëindigd*" wanneer de klacht wordt ingetrokken.

De kartelprocedure kent geen formeel onderscheiden fasen, doch er moet ook op worden gewezen, dat de rechtspositie van de verzoeker in de anti-dumping- en anti-subsidieverordening anders is dan in de kartelverordeningen. Zowel uit de

verdragsbepalingen als uit artikel 3 van verordening nr. 17/62 blijkt duidelijk, dat de Commissie, die belast is met het toezicht op de naleving van de mededingingsvoorschriften, iedere inbreuk op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag moet onderzoeken en vervolgens de betrokken ondernemingen moet verplichten ze te beëindigen. Verordening nr. 3017/79 legt het initiatief niet bij de communautaire of nationale autoriteiten — althans niet in eerste instantie —, maar legt er juist meer dan de kartelverordeningen de klemtoon op, dat zij *na* een klacht moeten optreden. Zo bepalen de artikelen 4, 5 en 7 van verordening nr. 3017/79 in bijzonderheden, in welke gevallen een klacht tot de instelling van een procedure of tot de weigering zulks te doen, moet leiden. De betrokken producent moet met name aan de hand van concrete criteria het bestaan van subsidiëring en daaruit voortvloeiende schade aantonen. Deze laatste voorwaarde, in artikel 4 tot materiële voorwaarde gemaakt, schijnt er met name op te wijzen, dat de noodzaak om de betrokken produktie in de Gemeenschap te beschermen, een aspect is dat bij de anti-subsidieprocedure voorop staat.

Terecht merkt FEDIOL op, dat dergelijke procedurele voorwaarden ontbreken in de kartelverordeningen, die voor het indienen van een verzoek enkel verlangen dat er een „legitiem belang" bestaat. In dit opzicht lijkt de uiteenzetting van de Commissie over de verschillende opzet van de verzoekprocedures mij niet overtuigend. Indien de gedetailleerde voorschriften voor de anti-dumping en anti-subsidieprocedures uitsluitend zouden moeten voorkomen dat bij de autoriteiten klachten worden gedeponeerd waarvan meteen al duidelijk is dat zij onvoldoende zijn gemotiveerd, dan zou dat immers ook moeten gelden voor kartelprocedures.

Hoewel de door een verzoek ingeleide procedure en de verplichtingen van de verzoeker niet zo gedetailleerd zijn geregeld als op het gebied van dumping, kende het Hof met name met het oog op het in artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 toegekende recht om een verzoek in te dienen, de verzoeken in de zaak-Metro (arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Jurispr. 1977, blz. 1875) een recht van beroep toe tegen een tot een ander gerichte beschikking, waarbij de Commissie, tegelijk met een negatieve verklaring als bedoeld in artikel 85, lid 1, een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag had afgegeven. Zowel in het belang van een goede rechtsbedeling als van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86, aldus het Hof, moesten natuurlijke of rechtspersonen, die krachtens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17/62 gerechtigd zijn de Commissie te verzoeken een inbreuk op de artikelen 85 en 86 vast te stellen, kunnen beschikken over een beroepsmogelijkheid ter bescherming van hun wettige belangen wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen. Bijgevolg moest worden aangenomen dat de litigieuze beschikking, ook al was die niet tot verzoekster gericht, haar rechtstreeks en individueel raakte in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag. A fortiori moet in een anti-subsidieprocedure een beroepsrecht worden toegekend

aan de klager die wenst op te komen tegen een tot hem gerichte *beschikking* waarmee zijn klacht wordt afgewezen.

Ook de zaak-IBM (arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, Jurispr. 1981, blz. 2639) levert ons goede gronden om de hier in geding zijnde brief, waarmee een afzonderlijke fase van een ingewikkelde procedure werd afgesloten, te beschouwen als een voor beroep vatbare handeling in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag. In tegenstelling tot de mededeling van punten van bezwaar, waarop die zaak betrekking had, is de brief van 25 mei 1982 geen tussenmaatregel ter voorbereiding van een definitief besluit dat zelf vatbaar is voor beroep. Zou tegen deze maatregel geen beroep mogelijk zijn, dan zou verzoekster, anders dan in de kartelprocedure, er in een latere fase van de procedure niet meer tegen op kunnen komen.

Voorts valt rekening te houden met het feit, dat de mededeling aan FEDIOL de definitieve afsluiting vormde van het voorafgaand onderzoek, dat wel moet worden onderscheiden van de eigenlijke procedure, die de Commissie, de Lid-Staten en de Raad in staat moet stellen een beslissing ten gronde te nemen. Zoals het Hof in rechtsoverweging 11 van het arrest-IBM overwoog, is een dergelijke tussenmaatregel te beschouwen als een voor beroep vatbaar besluit.

Tenslotte geeft de Commissie zelf toe, dat de klager recht heeft op die kennisgeving en dat hij bij uitblijven ervan beroep wegens nalaten krachtens artikel 175, derde alinea, kan instellen. Wanneer een dergelijke kennisgeving een handeling is als in deze bepaling bedoeld, dan is het logisch dat deze handeling, wanneer zij eenmaal is verricht, ook kan worden bestreden met een beroep tot nietigverklaring. Zoals advocaat-generaal Capotorti in zijn conclusie in de zaak-GEMA (arrest van 18 oktober 1979, zaak 125/78, Jurispr. 1979, blz. 3173) opmerkte, moet een dergelijk beroep ontvankelijk worden geacht, al was het alleen maar omdat de aan de wettigheidscontrole van het Hof onderworpen handelingen in artikel 173, eerste alinea, EEG-Verdrag op gelijke wijze worden omschreven als in artikel 175, derde alinea.

Om deze redenen en gelet op het in 's Hofs rechtspraak herhaaldelijk bevestigde beginsel dat artikel 173 niet restrictief mag worden uitgelegd, is de litigieuze brief derhalve te beschouwen als een maatregel die bestemd is bindende rechtsgevolgen teweeg te brengen.

b) Thans moet nog worden onderzocht of de litigieuze brief rechtsgevolgen heeft teweeggebracht die verzoeksters *belangen* konden aantasten en haar rechtspositie konden wijzigen.

1) De Commissie betwist niet, dat het feit dat geen anti-subsidieprocedure wordt ingesteld, de belangen van de klager kan schaden. Maar, zo meent zij, het moet dan wel om gewichtige belangen gaan: de rechtspositie van de klager moet, aldus de bijzonder duidelijke bewoordingen van de oorspronkelijke versie van het arrest-IBM „aanmerkelijk" worden gewijzigd (arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, Jurispr. 1981, blz. 2639). In casu kan van een dergelijke aantasting echter geen sprake zijn: de anti-subsidieprocedure dient im-

mers in de eerste plaats ter bescherming van algemene economische belangen en niet ter bescherming van de particulieren, zodat FEDIOL niet kan stellen dat zij recht heeft op vaststelling van beschermende maatregelen. Wegens de beoordelingsvrijheid waarover de Commissie beschikt, bestaat er bovendien geen aanleiding om verzoekster een recht op inleiding van een onderzoekprocedure toe te kennen.

belang is gegeven. Wanneer dit het geval is en aangenomen dat de gemeenschapsbelangen reeds in dit stadium in aanmerking moeten worden genomen, kunnen deze belangen in ieder geval slechts *één* van de elementen vormen op grond waarvan moet worden beslist of er al dan niet een officiële onderzoekprocedure zal worden ingeleid, zonder dat de Commissie daarbij over een volstrekte discretie beschikt.

2) Tegenover deze argumenten wil ik eraan herinneren, dat het beroep niet is gericht tegen de weigering om vrijwaringsmaatregelen te nemen, doch tegen het besluit van de Commissie om geen onderzoekprocedure krachtens artikel 7 van de verordening in te leiden, zoals FEDIOL had gevraagd. Anders dan de Commissie stelt, behoeft daarom niet te worden onderzocht, of verzoekster recht heeft op vaststelling van beschermende maatregelen, doch hoogstens of de betrokken producenten, zo er voldoende bewijsmateriaal in de zin van artikel 5, lid 2, van de verordening is aangebracht, recht hebben op instelling van een onderzoekprocedure. In de ogen van de Commissie bestaat een dergelijk recht niet, omdat zij in deze fase beschikt over een beoordelingsvrijheid die, wegens de noodzaak om met de communautaire belangen rekening te houden, niet aan rechterlijke controle is onderworpen.

Ik wijs erop, dat de verordening inzake de verdediging tegen dumpingpraktijken en subsidiëring niet enkel is vastgesteld in het belang van de handelspolitiek of met het oog op algemene economische belangen, maar althans ten dele ook in het belang van de benadeelde producenten. Volgens de artikelen 2 en 3 van de verordening kunnen beschermende maatregelen slechts worden genomen wanneer de dumping of de subsidiëring in de Gemeenschap *schade* hebben veroorzaakt, doch artikel 4 legt de klemtoon op de gevolgen voor een sector die alle producenten van gelijksoortige produkten in de Gemeenschap omvat.

Mijns inziens behoeft dit punt niet te worden uitgediept, aangezien de klager er recht op heeft, dat de beoordeling op juiste wijze geschiedt, dat wil zeggen zonder misbruik van bevoegdheid en zonder duidelijke miskenning van het gemeenschapsrecht, althans wanneer het voorschrift waarbij de discretionaire bevoegdheid wordt toegekend, ook in zijn

Dat bedoelde verordening ten doel heeft de belangen van deze categorie personen te beschermen, blijkt bovendien uit de gedetailleerde regeling van de procedurele positie van de betrokken bedrijfstak; wanneer de Commissie een anti-subsidieprocedure heeft geopend en na overleg blijkt dat beschermende maatregelen niet noodzakelijk zijn, kan de Commissie — voor zover hiertegen in het raadgevend comité geen bezwaren zijn gerezen — de procedure overeenkomstig artikel 9, lid 1, van de verordening afsluiten. Voordien moet zij de klager echter de *procedurele waarborgen* bieden die in artikel 7 van de verordening zijn voorzien: de

klagers moeten kennis kunnen nemen van het dossier (lid 4), de Commissie moet de rechtstreeks belanghebbende partijen horen (lid 5), en deze moeten elkaar kunnen ontmoeten (lid 6). Deze waarborgen zijn kennelijk bedoeld om de Commissie in staat te stellen met een zo nauwkeurig mogelijke kennis van de gegevens inzake de subsidie en de schade over de voortgang van de procedure te beslissen. Indien er geen anti-subsidieprocedure wordt geopend ofschoon de klager het bestaan van subsidie, schade en causaliteit gedetailleerd en concludent heeft aangetoond, dan is er sprake van een gebrek dat de rechten van de klager schendt, aangezien er dan wordt beslist zonder een grondig en in zijn eigen belang voorgeschreven officieel onderzoek.

Zou men de Commissie toestaan, in het kader van een summiere voorafgaande procedure te besluiten geen anti-subsidieprocedure te openen, zonder dat dat besluit aan rechterlijke toetsing kan worden onderworpen, dan zou het gehele in verordening nr. 3017/79 geregelde besluitvormingsproces in gevaar kunnen worden gebracht en zouden de bevoegdheden van de Lid-Staten en de Raad die na de inleiding van de procedure over het nemen van beschermende maatregelen moeten beslissen, worden ondermijnd.

Ook wanneer men aanvaardt dat de Commissie een discretionaire bevoegdheid heeft bij haar besluit om een onderzoekprocedure in te leiden, moet toch worden vastgesteld dat deze niet aan iedere controle ontsnapt. De klager heeft er recht op, dat er te zijnen aanzien geen misbruik van bevoegdheid plaatsvindt en dat niet kennelijk in strijd met de gemeenschapsbepalingen wordt gehandeld; in dit opzicht staan zijn belangen steeds op het spel.

c) Zou een aantasting van deze belangen niet voldoende zijn, dan wordt de klager in ieder geval benadeeld wanneer hij, zo aan alle andere voorwaarden is voldaan, recht heeft op inleiding van een officiële procedure. Anders dan de Commissie meent, is de vraag of FEDIOL een *materieel* recht op vaststelling van vrijwaringsmaatregelen heeft, in deze fase niet van belang: een processuele waarborg bestaat wanneer de Commissie bij haar besluit over het openen van een onderzoekprocedure, niet over een discretionaire bevoegdheid beschikt. In dit verband stelt de Commissie, dat zij reeds met betrekking tot de vraag inzake de opportuniteit van een dergelijke procedure rekening kan houden met de algemene belangen van de Gemeenschap, zulks wegens de handelspolitieke gevolgen van een dergelijk besluit, en dat zij te dezen moet beschikken over een onbeperkte politieke beoordelingsvrijheid.

Hierbij moet echter worden aangetekend, dat de *belangen van de Gemeenschap* niet worden genoemd in de bepalingen van de verordening, die betrekking hebben op de voorafgaande procedure, doch alleen in de artikelen 11 en 12 van de verordening, in verband met het nemen van voorlopige of definitieve, anti-dumpingmaatregelen of het instellen van compenserende rechten. Zoals uit de tekst van de verordening blijkt, heeft de Commissie bij het voorafgaand onderzoek slechts de keuze tussen afsluiting van de procedure overeenkomstig artikel 5, lid 5, wanneer zij meent dat de klacht niet voldoende bewijsmateriaal bevat, en opening van de procedure van artikel 7. Haar *beoordelingsmarge* betreft dus enkel

de vraag, of er „voldoende bewijsmateriaal" in de zin van artikel 5, lid 2, van de verordening is, en niet de vraag of de procedure al dan niet moet worden geopend. Daarom ook laten de artikelen 9, lid 1, en 10, lid 6, van de verordening, respectievelijk betreffende de beëindiging en de heropening van de procedure, haar geen enkele vrijheid om rekening te houden met het algemeen belang van de Gemeenschap.

Al bij het voorgaand onderzoek rekening houden met het algemeen belang van de Gemeenschap, zou volstrekt niet overeenkomen met *de geest en het doel* van de verordening. Daar de onderzoekprocedure ten doel heeft de Commissie een zo nauwkeurig mogelijke kennis te verschaffen over het bestaan van subsidiëring en de realiteit van de schade, opdat zij vervolgens beschermende maatregelen kan voorstellen, dient de vraag van het gemeenschappelijk belang eerst na een diepgaand onderzoek van de feiten aan de orde te komen.

De omstandigheid tenslotte dat de gemeenschapsinstellingen de procedure in een latere fase zonder meer kunnen afsluiten, betekent niet dat de betrokken bedrijfstak er geen enkel recht op heeft, dat *beschermende maatregelen* worden genomen. Maar ook wanneer dit wegens de beoordelingsvrijheid waarover de gemeenschapsinstellingen terzake beschikken, wel het geval zou zijn, blijft de vraag bestaan, of de klager er recht op heeft, dat er een onderzoekprocedure wordt ingeleid. Zoals de Commissie met name ter terechtzitting heeft verklaard, moet er bij het onderzoek immers duidelijk worden onderscheiden tussen de inleidende informele procedure en de officiële procedure. Terwijl de formele procedure normaliter een onderzoek ter plaatse in de betrokken bedrijfstakken en in derde landen omvat, met het oog op een zo breed mogelijke informatie van de Commissie, is dit niet het geval in de inleidende procedure. Daar beide procedures op dit punt verschillen, behouden de klagers hun recht op naleving van deze procedurele waarborg, ook al hebben zij tijdens de inleidende procedure reeds de gelegenheid gehad hun belangen uiteen te zetten.

d) De brief van 25 mei 1982 is mijns inziens te beschouwen als een maatregel van de Commissie met bindende rechtsgevolgen, die verzoeksters belangen aantast doordat zij wijziging brengt in haar rechtspositie. Wil een doeltreffende rechtsbescherming gewaarborgd zijn, dan zal het onderhavige beroep tot nietigverklaring ontvankelijk moeten worden verklaard. De klagers in anti-subsidieprocedures, tot wie een dergelijk besluit is gericht, moeten althans de mogelijkheid hebben om dit overeenkomstig artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag te doen toetsen ten aanzien van de bevoegdheid van de Commissie, de inachtneming van wezenlijke vormvoorschriften, de juiste vaststelling van de feiten en het ontbreken van misbruik van bevoegdheid.

Dit resultaat volgt rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht zelf, doch ook uit 's Hofs rechtspraak inzake de ontvankelijkheid van beroepen tot nietigverklaring (arrest van 15 maart 1967, gevoegde zaken 8-11/66, Cementbedrijven, Jurispr. 1967, blz. 92); wij behoeven dus niet in te gaan op verzoeksters aanvullende ar-

gument, ontleend aan het feit dat de door subsidiëring benadeelde producenten naar Amerikaans voorbeeld een beroepsrecht zouden moeten hebben op grond dat de Gemeenschap volgens de vijfde overweging van de betrokken verordening rekening moet houden met de uitlegging van de GATT en zijn subsidiecode door haar belangrijkste handelspartners.

Mitsdien concludeer ik tot verwerping van de exceptie van niet-ontvankelijkheid, door de Commissie opgeworpen tegen het door FEDIOL ingestelde beroep tot nietigverklaring van het besluit van de Commissie van 25 mei 1982, en tot verwijzing van de Commissie in de kosten.