# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 10 februari 1994 *

*Mijnheer de President,*
*mijne heren Rechters,*

## A — Inleiding

1. De onderhavige zaak betreft een hogere voorziening tegen de beschikking van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (hierna: het „Gerecht") van 30 november 1992 in zaak T-36/92 [1], waaraan de volgende feiten ten gronde lagen.

2. Syndicat français de l'express international (hierna: „SFEI") is een vereniging van in Frankrijk werkzame snelpostondernemingen. Op 21 december 1990 diende SFEI bij de Commissie klacht in tegen de logistieke en economische steun van de Franse posterijen (hierna: „La Poste") aan Société française de messagerie internationale (hierna: „SFMI"). Volgens de vaststellingen van het Gerecht is SFMI een naamloze vennootschap naar Frans recht waarvan La Poste — indirect — 66 % van het kapitaal bezit.

Volgens SFEI bestaat de door haar gelaakte steun onder meer uit de terbeschikkingstelling van alle postkantoren, het bestaan van een bevoorrechte inklaringsprocedure, de toekenning van gunstige financiële voorwaarden en het maken van reclame voor SFMI.

3. SFEI had zich reeds op 20 december 1990 tot de Franse Conseil de la concurrence gewend met een klacht waarin zij stelde dat La Poste en SFMI de Franse mededingingsregels schonden.

4. De klacht van SFEI bij de Commissie bestond uit drie delen: een aan de directeur-generaal van directoraat-generaal IV (hierna: „DG IV") gerichte begeleidende brief, een korte samenvatting van de klacht en de eigenlijke klacht met inhoudsopgave. Bij deze klacht was een kopie gevoegd van de klacht die SFEI de dag daarvóór bij de Franse Conseil de la concurrence had ingediend.

In de begeleidende brief verklaarde SFEI, dat de klacht was gebaseerd op artikel 92 e. v. EEG-Verdrag en was gericht tegen de Franse Staat. Tegelijk werd daarin gezegd, dat de klacht een procedure ex artikelen 85 en 86

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — SFEI e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2479.

EEG-Verdrag niet uitsloot. SFEI voegde daaraan toe, dat de bij de Franse Conseil de la concurrence ingediende klacht „ook relevant" („également pertinente") was, zowel in verband met de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag als in verband met de artikelen 5 en 90 EEG-Verdrag.

5. Op 18 maart 1991 werd tijdens een vergadering van DG IV met afgevaardigden van klaagster met name ingegaan op de vraag, of artikel 86 EEG-Verdrag van toepassing was. DG IV beloofde, de beschikbare informatie uit het oogpunt van dat artikel te onderzoeken.

6. Op 15 november 1991 zond klaagsters advocaat de directeur-generaal van DG IV een brief waarin hij vroeg, of de Commissie voornemens was, op grond van de in de klacht uiteengezette feiten een procedure in te leiden en, zo ja, op welke rechtsgrondslag (artikelen 85, 86 en 90 en/of artikel 92 e. v.) zij dat zou doen.

7. Op 9 januari 1992 antwoordde de directeur-generaal van DG IV op de brief van 15 november 1991. In die in het Engels gestelde brief staat te lezen:

„Tijdens de vergadering van 18 maart 1991 hebben mijn collega's erop gewezen, dat zij waarschijnlijk geen grond zouden vinden om te beslissen dat de verdragsbepalingen inzake staatssteun zijn geschonden. Sindsdien hebben zij dit aspect nader onderzocht. Wij hebben de beschikbare gegevens ook onderzocht met het oog op een principiële standpuntbepaling over de toepassing van artikel 86.

In de loop van dat onderzoek onderging de internationale snelpostdienst van La Poste de ongunstige invloed van de aangekondigde joint venture tussen TNT, La Poste en vier andere posterijen. Wij hebben dat plan overeenkomstig de concentratieverordening getoetst, en de beschikking van de Commissie van 2 december is onlangs gepubliceerd. Het resultaat daarvan is uiteraard van invloed voor ons standpunt over de klacht van SFEI.

Wij zullen u binnenkort uitvoeriger over onze conclusies ter zake berichten."

8. Het plan waarnaar in deze brief wordt verwezen, betreft een joint venture tussen een Australisch bedrijf (TNT Ltd) enerzijds en de Duitse, Canadese, Franse, Nederlandse en Zweedse posterijen anderzijds. Dat plan was op 28 oktober 1991 bij de Commissie aangemeld. Op 2 december 1991 gaf de Commissie een beschikking waarbij zij verklaarde, dat het plan verenigbaar was met de gemeenschappelijke markt in de zin van verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties. In het kader van deze procedure gingen de vier Europese posterijen

bepaalde verbintenissen aan, die in een bijlage bij genoemde beschikking van de Commissie zijn geëxpliciteerd.

9. Op 10 maart 1992 zond de Commissie klaagster twee brieven. Met de eerste (die het nummer 06873 droeg) stelde de Commissie klaagster in kennis van het besluit [„décision"] van de bevoegde diensten om de procedure betreffende een eventuele schending van de artikelen 92 e. v. EEG-Verdrag te beëindigen.

In de tweede, in het Engels gestelde brief (met nummer 000978) refereerde de auteur — een directeur van DG IV — aan de brief van 9 januari 1992. Hij verwees naar het onderzoek dat in het kader van de toetsing van de reeds genoemde joint venture was verricht, en naar de daarop gegeven beschikking van de Commissie van 2 december 1991; hij stelde, dat bij dat onderzoek noodzakelijkerwijs rekening was gehouden met de belangrijkste door SFEI aangevoerde punten betreffende een eventuele schending van artikel 86. Hij verwees daarbij met name naar het probleem van de eventuele kruissubsidies en van de voordelen die de toegang tot de infrastructuur en de voorrechten van La Poste voor de joint venture kan afwerpen. Voorts stelde hij, dat de Commissie in die beschikking, rekening houdend met de marktsituatie en met de door de betrokkenen aangegane verbintenissen, tot de conclusie was gekomen, dat geen machtspositie werd gecreëerd of versterkt die de daadwerkelijke mededinging aanmerkelijk zou belemmeren.

De brief eindigt als volgt:

„I am aware that you hoped that the Commission would follow the full procedure of an Article 86 investigation. This procedure would have only dealt with the situation regarding France. However, this investigation under the Merger Regulation has dealt with significant changes in the wider Community market. The competitive conditions facilitated by previous Commission decisions on international express have now been effectively extended. I am satisfied that the result is the best framework that could be obtained at this time in order to ensure that SFEI members and other operators all have a full opportunity to compete.

While we do not propose to pursue enquiries under Article 86 in these circumstances, I can assure you that we shall maintain a close watch on developments in this market. In a separate letter we are informing you of the outcome of our consideration of the linked case presented under the State aid rules."

[Ik ben mij ervan bewust, dat u had gehoopt, dat de Commissie de hele procedure van artikel 86 zou volgen. Die procedure zou enkel betrekking hebben gehad op de situatie in Frankrijk. Het onderzoek in het kader van de concentratieverordening had evenwel betrekking op belangrijke wijzigingen in de hele gemeenschappelijke markt. De mededingingsvoorwaarden, die door eerdere beschikkingen van de Commissie inzake internationale snelpost waren verbeterd, zijn nu nog aangescherpt. Ik ben ervan overtuigd, dat dit het beste kader oplevert dat op dit ogenblik kon worden gecreëerd om te garanderen, dat

de leden van SFEI en andere marktdeelnemers ten volle kunnen concurreren.

Hoewel wij in deze omstandigheden het onderzoek in het kader van artikel 86 niet zullen voortzetten, kan ik u verzekeren, dat wij de ontwikkeling van die markt van dichtbij zullen blijven volgen. In een afzonderlijke brief delen wij u het resultaat mee van ons onderzoek van de verwante zaak, die in het kader van de regeling inzake staatssteun was aangebracht].

10. SFEI en drie van de bij deze vereniging aangesloten ondernemingen — DHL International, Service Crie en May Courier — verzochten het Gerecht op 16 mei 1992 om nietigverklaring van de volgens hen in brief nr. 000978 van 10 maart 1992 vervatte beschikking. Zij waren van oordeel, dat de Commissie met die brief de op artikel 86 gebaseerde klacht definitief had afgewezen. In hun beroep verweten zij de Commissie onder meer schending van wezenlijke vormvoorschriften (met name schending van de uit artikel 190 voortvloeiende motiveringsplicht), schending van artikel 86 en misbruik van bevoegdheid.

Tegelijk stelden verzoeksters ook beroep in tegen de in brief nr. 06873 vervatte beschikking van de Commissie, het onderzoek van de klacht uit het oogpunt van de artikelen 92 e. v. te staken. Dat beroep verviel, toen de Commissie op 9 juli 1992 meedeelde, dat zij die beschikking had ingetrokken.

11. Tegen het beroep tegen brief nr. 000978 wierp de Commissie verschillende excepties van niet-ontvankelijkheid op. Zij stelde met name, dat die brief niet voor beroep vatbaar is, daar hij geen beschikking inhoudt.

Tot staving van haar standpunt stelde de Commissie, dat die brief slechts een eerste reactie van haar diensten was en derhalve deel uitmaakte van de eerste fase van het onderzoek van de klachten, zoals deze door het Gerecht in het arrest Automec I [2] is beschreven. In die brief heeft de Commissie enkel de beschikking van 2 december 1991 en de betekenis daarvan voor de behandeling van de klacht van SFEI verduidelijkt. Deze voorlopige standpuntbepaling was SFEI bij de brief van 9 januari 1992 aangekondigd.

De Commissie verdedigde in dat verband de stelling, dat de klacht van 21 december 1990 aanvankelijk enkel op een mogelijke schending van de artikelen 92 e. v. was gebaseerd. Eerst tijdens de vergadering van 18 maart 1991 zijn de in de klacht uiteengezette feiten aan artikel 86 getoetst. Verzoeksters betwistten dat en stelden, dat een eventuele schending van artikel 86 reeds in de klacht van 21 december 1990 was aangevoerd.

2 — Arrest van 10 juli 1990, zaak T-64/89, Jurispr. 1990, blz. II-367.

12. Het Gerecht besloot, eerst de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid te onderzoeken. Volgens het Gerecht moest daarbij in de eerste plaats worden onderzocht, of de klacht van 21 december 1990 ook op artikel 86 was gebaseerd, en in de tweede plaats, of de betwiste brief inhoudelijk een beschikking is en rechtsgevolgen teweeg kan brengen. [3]

13. Wat het eerste punt betreft, kwam het Gerecht na een uitvoerig onderzoek — in de rechtsoverwegingen 32 tot 37 van de beschikking — tot de conclusie, dat de klacht van 21 december 1990 enkel op artikel 92 was gebaseerd. [4]

14. Met betrekking tot het tweede punt maakte het Gerecht onderscheid tussen twee hypothesen. Indien de litigieuze brief in het kader van een procedure op grond van verordening nr. 17 [5] was tot stand gekomen, kon dat in het onderhavige geval enkel voortvloeien uit een tijdens de vergadering van 18 maart 1991 mondeling gedaan verzoek van SFEI ter aanvulling van de oorspronkelijke klacht, zoals verzoeksters hebben betoogd en de Commissie heeft erkend. [6] Zoals bekend, bepaalt artikel 3 van verordening nr. 17, dat natuurlijke of rechtspersonen die aantonen daarbij een redelijk belang te hebben, de Commissie kunnen verzoeken een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 vast te stellen. In dit geval kon de betrokken brief volgens het Gerecht evenwel geen beschikking zijn, daar hij voorafging aan de eindfase van een onderzoek [„dès lors qu'elle se situerait à un stade antérieur à la phase conclusive d'une procedure d'instruction"]. [7] De brief bevat geen kwalificatie van de gestelde feiten uit het oogpunt van artikel 86 EEG-Verdrag [8] en heeft op zichzelf en „in dit stadium" [„à ce stade"] van de procedure niet tot gevolg, dat het onderzoek door de Commissie wordt afgesloten. [9] Op grond van zijn inhoud moet de bestreden brief in feite worden beschouwd als een handeling in een voorafgaande fase van het onderzoek, die slechts een eerste reactie van de diensten van de Commissie bevat en geen rechtsgevolgen heeft [„un acte se situant à un stade préliminaire de l'instruction, se limitant à exprimer une première réaction des services de la Commission et dépourvu d'effets juridiques"]. [10]

Indien het daarentegen ging om een brief die niet in het kader van een procedure op grond van verordening nr. 17 tot stand is gekomen, kan een dergelijke brief bij gebreke van rechtsgevolgen niet het voorwerp zijn van een beroep krachtens artikel 173 EEG-Verdrag. [11]

15. SFEI en de ondernemingen DHL International, Service Crie en May Courier (hierna: „requiranten") hebben tegen die beschikking van het Gerecht hogere voorziening ingesteld. Zij voeren in wezen drie middelen aan, die als volgt kunnen worden samengevat: in de eerste plaats heeft het Gerecht het in artikel 3 van verordening nr. 17 gehanteerde begrip „verzoek" verkeerd uitgelegd; de klacht van 21 december 1990 had, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, ook betrekking op artikel 86. In de tweede plaats

3 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 31.
4 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 37.
5 — Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).
6 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 40.
7 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 41.
8 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 42 en 43.
9 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 43.
10 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 43.
11 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 48.

heeft het Gerecht het begrip „voor beroep vatbare handeling" miskend. De door requiranten bestreden brief van 10 maart 1992 is een eindbeschikking, die het voorwerp kan zijn van een beroep krachtens artikel 173 EG-Verdrag. Ten slotte heeft het Gerecht de beginselen van goede trouw en rechtszekerheid geschonden, doordat het een uitspraak van de Commissie in het *XXe Verslag over het mededingingsbeleid* niet naar zijn waarde heeft beoordeeld.

16. Requiranten verzoeken het Hof derhalve, de beschikking van het Gerecht van 30 november 1992 in zaak T-36/92 te vernietigen en aan die vernietiging alle rechtsgevolgen te verbinden, meer bepaald de zaak naar het Gerecht te verwijzen en de beslissing omtrent de kosten aan te houden.

17. De Commissie concludeert tot afwijzing van de hogere voorziening en tot hoofdelijke verwijzing van requiranten in de kosten van het geding.

## B — Standpuntbepaling

*Ontvankelijkheid van de hogere voorziening*

18. Het lijkt mij noodzakelijk, alvorens de middelen van requiranten te onderzoeken, nader in te gaan op een argument dat de Commissie ter terechtzitting naar voren heeft gebracht. De gemachtigde van de Commissie heeft toen gesteld, dat requiranten rechtsmisbruik plegen door hogere voorziening in te stellen tegen de beschikking van het Gerecht. Dat berustte kennelijk op de overweging, dat de bestreden beschikking van het Gerecht de toenmalige verzoeksters en huidige requiranten per slot van rekening precies gaf wat zij verlangden, namelijk de voortzetting door de Commissie van de op grond van hun klacht ingeleide procedure.

19. Het is inderdaad zo, dat de beschikking van het Gerecht van 30 november 1992 eigenlijk betekende, dat het onderzoek van de klacht door de Commissie nog niet beëindigd was. Requiranten hadden de beschikking derhalve in kracht van gewijsde kunnen laten gaan en hadden de Commissie dan kunnen verzoeken, een definitief standpunt te bepalen over de door hen gestelde schending van artikel 86. Gaat men daarentegen uit van de juistheid van de door requiranten in beide instanties verdedigde opvatting, dat de brief van 10 maart 1992 de procedure bij de Commissie beëindigde en dus een voor beroep vatbare handeling was, dan kan dat hooguit ertoe leiden, dat het Hof de beschikking van het Gerecht vernietigt en dat het Gerecht daarna in het voor requiranten gunstigste geval — als het beroep ook voor het overige ontvankelijk en gegrond wordt geacht — die beschikking van de Commissie nietig verklaart. Ook dat zou dus tot gevolg hebben, dat het onderzoek van de klacht van SFEI door de Commissie als niet beëindigd moet worden beschouwd, en dat de Commissie derhalve kan worden verzocht, dienaangaande een definitief standpunt te bepalen.

Uit dit oogpunt kan men zich inderdaad afvragen, of het feit dat requiranten zich tot

het Hof wenden, geen rechtsmisbruik kan opleveren. Enige steun voor die conclusie is wellicht te vinden in de door de vertegenwoordiger van requiranten ter terechtzitting gemaakte opmerking, dat dezen er reeds jaren naar streven deze zaak aan het Hof voor te leggen, daar zij het vertrouwen in de Commissie verloren hebben.

20. Mijns inziens behoeft deze tegenwerping van de Commissie echter niet uitvoerig te worden behandeld. Indien deze hogere voorziening slaagt, kan immers niet worden uitgesloten, dat het Gerecht bij zijn nieuw onderzoek van het beroep ook ingaat op de gegrondheid ervan. Het spreekt vanzelf, dat een arrest van het Gerecht waarbij de beschikking van de Commissie — die dan moet worden geacht te bestaan — bij voorbeeld wegens schending van artikel 86 of wegens misbruik van bevoegdheid [12] nietig wordt verklaard, de rechtssituatie van requiranten op beslissende wijze zou veranderen. Dat requiranten hogere voorziening hebben ingesteld, kan in de onderhavige zaak dan ook geenszins als rechtsmisbruik worden aangemerkt.

21. De Commissie heeft gesteld, dat sommige van de door requiranten aangevoerde middelen niet-ontvankelijk zijn, daar zij betrekking hebben op de feiten en niet op rechtsvragen. Zoals bekend, beperken artikel 168 A, lid 1, EG-Verdrag en artikel 51, eerste alinea, van 's Hofs Statuut-EEG de hogere voorziening tot rechtsvragen. Voor de overzichtelijkheid zal ik dit punt telkens onderzoeken te zamen met de middelen waarop het betrekking heeft.

*Onderzoek van de afzonderlijke middelen*

Eerste middel: *miskenning van het begrip „verzoek"*

22. In zijn beschikking heeft het Gerecht erop gewezen, dat de klacht van 21 december 1990 als zodanig niet naar artikel 86 EEG-Verdrag verwees. Dat in een niet tot de eigenlijke klacht behorend stuk [„un document extérieur à la plainte proprement dite"], namelijk de begeleidende brief aan de directeur-generaal van DG IV, uitdrukkelijk de mogelijkheid wordt voorbehouden om de zaak later krachtens de artikelen 85 en 86 aan de Commissie voor te leggen, en dat daarin wordt verwezen naar de bij de Franse Conseil de la concurrence ingediende klacht, bevestigt enkel, dat de bij de Commissie ingediende klacht aanvankelijk enkel op artikel 92 was gebaseerd. [13]

23. Requiranten betogen, dat het Gerecht daarmee aan het begrip „verzoek" in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 niet gerechtvaardigde formele eisen verbindt. De

12 — Zie voor de in het beroepschrift gelaakte punten, punt 10 hierboven.

13 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 37.

door SFEI op 21 december 1990 bij de Commissie ingediende klacht omvatte ook de begeleidende brief en de als bijlage bijgevoegde klacht bij de Franse Conseil de la concurrence. Bovendien heeft het Gerecht de stukken waaruit de klacht derhalve bestond, kennelijk verkeerd uitgelegd. Op basis van die stukken kon het Gerecht niet tot de conclusie komen, dat de klacht van 21 december 1990 niet op artikel 86 was gebaseerd. Ten slotte heeft het Gerecht een tegenstrijdige motivering gegeven, daar de begeleidende brief eerst (in r. o. 32) als deel van de klacht wordt aangemerkt, en het Gerecht nadien (in r. o. 37) het tegengestelde standpunt inneemt.

24. De Commissie heeft hiertegen ingebracht, dat dit middel geen rechtsvragen betreft, maar de beoordeling van de feiten door het Gerecht. Ik ben het daarmee eens. Het zou gaan om een rechtsvraag — die in het kader van een hogere voorziening kan worden getoetst — wanneer het Gerecht het *begrip* „verzoek" (in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17) verkeerd zou hebben uitgelegd, doch dat is hier mijns inziens niet het geval.

Requiranten moet weliswaar worden toegegeven, dat de wijze waarop het Gerecht zich heeft uitgedrukt, kon leiden tot het misverstand, dat het Gerecht strikt onderscheid maakt tussen de eigenlijke klacht en de andere stukken, en aan deze laatste geen enkele betekenis hecht om de inhoud van de klacht te bepalen, doch uit de context blijkt mijns inziens duidelijk, dat dit niet de meest voor de hand liggende en plausibele uitlegging is. Het Gerecht heeft veeleer de stukken één voor één onderzocht en is daarbij tot de overtuiging gekomen, dat uit geen daarvan kan worden afgeleid, dat de klacht van 21 december 1990 ook op artikel 86 was gebaseerd. Dat is een feitelijke beoordeling, die als zodanig door de rechter in hogere voorziening niet kan worden onderzocht.

Of dat ook zou gelden wanneer het Gerecht bij die feitelijke beoordeling een kennelijke fout had begaan, kan hier buiten beschouwing blijven. Een dergelijke kennelijke fout is, anders dan requiranten menen, niet te bespeuren. Ook uit de tekst van de begeleidende brief kan bij onbevooroordeelde lezing nauwelijks iets anders worden opgemaakt, dan dat de klacht van 21 december 1990 slechts op artikel 92 was gebaseerd.

25. Een nadere behandeling van deze vraag is trouwens overbodig, gelet op het feit, dat partijen niet betwisten, dat tijdens de vergadering van de afgevaardigden van SFEI en de Commissie op 18 maart 1991 is gesproken over de toepasselijkheid van artikel 86, en dat de klacht dus uiterlijk sinds dat ogenblik aldus moest worden begrepen (en door de Commissie ook zo is begrepen), dat zij zowel artikel 92 als artikel 86 omvatte. Op de juiste inhoud van de klacht van 21 december 1990 zou dan ook slechts moeten worden ingegaan, indien de tijdsspanne tussen die dag en 18 maart 1991 enige betekenis had voor de beoordeling van de hier te behandelen punten. Dat is kennelijk niet het geval. Het betoog van het Gerecht in rechtsoverwegingen 32 tot 37 van de beschikking is dan

ook — zoals de Commissie terecht heeft gesteld — niet relevant.

26. Het is een raadsel waarom het Gerecht eigenlijk is ingegaan op deze — voor de beslechting van het geding irrelevante — vragen. Nog merkwaardiger is de breedvoerigheid waarmee dat gebeurde. Vastgesteld moet evenwel worden, dat de aanwezigheid van die overwegingen geen aanleiding geeft tot vernietiging van de bestreden beschikking, daar de uitspraak van het Gerecht niet op die overwegingen is gebaseerd.

Terecht wijzen requiranten evenwel op het feit, dat het Gerecht (in r. o. 31) heeft verklaard, dat het deze overwegingen van belang achtte voor zijn beslissing. Ik kom daar later in een ander verband nog op terug.

Tweede middel: *miskenning van het begrip „voor beroep vatbare handeling"*

27. Als tweede middel voeren requiranten aan, dat het Gerecht het begrip „voor beroep vatbare handeling" heeft miskend. Gelet op de omstandigheden waarin de litigieuze brief tot stand is gekomen en op zijn inhoud, is deze brief een afwijzingsbeschikking, die met een beroep tot nietigverklaring kan worden aangevochten.

Wat de context van de litigieuze brief betreft, verwijzen requiranten met name naar de brief van 9 januari 1992, waarin de Commissie de mededeling van haar „conclusies" aankondigde. De keuze van die term wijst op een definitief standpunt, dat in de litigieuze brief van 10 maart 1992 is bepaald. Het Gerecht heeft helemaal geen rekening gehouden met de brief van 9 januari 1992 en heeft geen standpunt ingenomen over het op het belang van die brief gebaseerde middel, zodat de beschikking van het Gerecht in dat opzicht onvoldoende is gemotiveerd. Requiranten stellen bovendien, dat de litigieuze brief en de andere brief van de Commissie van 10 maart 1992 — die ontegenzeglijk een beschikking is — erg op elkaar gelijken.

Met betrekking tot de litigieuze brief zelf voeren requiranten aan, dat een beschikking waarmee de Commissie een klacht afwijst, wordt gekenmerkt door de omstandigheid, dat zij het onderzoek afsluit, dat zij een beoordeling van de betrokken overeenkomsten bevat, en dat zij de klager de mogelijkheid ontneemt om heropening van het onderzoek te verlangen, behoudens in het geval dat hij met nieuw bewijsmateriaal komt. De litigieuze brief voldoet aan die vereisten, zoals uit de bewoordingen en de context ervan blijkt. Bij zijn beschikking baseerde het Gerecht zich op zijn arrest in de zaak Automec I, maar het paste die rechtspraak onjuist toe.

28. Tegen dit middel wierp de Commissie op, dat het feitelijke vragen betreft en derhalve niet-ontvankelijk moet worden geacht. Wat de uitlegging van de litigieuze brief

betreft, bleef de Commissie bij haar reeds in eerste aanleg verdedigde stelling, dat het slechts om een voorlopige standpuntbepaling van de Commissie ging.

29. Laat ik eerst ingaan op de grief, dat de *uitlegging van de litigieuze brief* door het Gerecht onjuist was. Mijns inziens gaat het hier om een beoordeling van *feiten*, die als zodanig niet door de rechter in hogere voorziening kan worden getoetst. Het is evenwel juist, dat de scheidingslijn tussen feitelijke vragen en rechtsvragen zeer moeilijk te trekken is. Men zou zich zeer wel op het standpunt kunnen plaatsen, dat de uitlegging van de litigieuze brief het mogelijk moet maken, vast te stellen, of het om een voor beroep vatbare beschikking gaat, zodat het hier uiteindelijk om een juridische kwalificatie en derhalve om een rechtsvraag gaat.

Een dergelijke uitlegging is mijns inziens evenwel niet correct. Zij zou tot gevolg hebben, dat het begrip „rechtsvraag" zeer ruim wordt uitgelegd en ook op de beoordeling van feiten door het Gerecht slaat. Dat zou indruisen tegen het doel dat met de oprichting van een Gerecht van eerste aanleg werd nagestreefd. De invoering van rechtspraak in twee instanties had tot doel, de rechtsbescherming in de Gemeenschap te verbeteren door het Hof, vooral bij beroepen die een grondig onderzoek van complexe feiten vergen, in staat te stellen „zich te concentreren op zijn wezenlijke taak, bestaande in het verzekeren van eenheid in de uitlegging van het gemeenschapsrecht". [14]

De daarmee beoogde vermindering van de werklast van het Hof zou worden tenietgedaan wanneer men het begrip „rechtsvraag" zo ruim zou uitleggen, dat het ook de vaststelling van de inhoud van een document zou omvatten. Het Hof zou in dat geval in deze zaak immers zelf moeten onderzoeken, of de litigieuze brief van 10 maart 1992 een eindbeschikking is, en zou aldus zijn beoordeling in de plaats van die van het Gerecht stellen. Het Hof zou dan niet meer als rechter in hogere voorziening in de zin van het Verdrag handelen, maar als beroepsinstantie.

30. De opvatting, dat bij de uitlegging van het begrip „rechtsvraag" een restrictieve benadering aangewezen is, vindt ook steun in de rechtspraak van het Hof. In dat verband moet met name worden herinnerd aan het arrest in de zaak Vidrányi, waarin het Hof overwoog, dat „hogere voorziening slechts kan worden gebaseerd op middelen inzake schending van rechtsregels door het Gerecht, *met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling*". [15] Hogere voorziening is derhalve slechts ontvankelijk „voor zover het verzoekschrift erover klaagt, dat het Gerecht uitspraak heeft gedaan onder miskenning van rechtsregels waarvan het de eerbiediging had te verzekeren". [16]

14 — Zie de derde en de vierde overweging van de considerans van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (PB 1988, L 319, blz. 1). In die zin ook de eerste overweging van de considerans van besluit 93/350/Euratom, EGKS, EEG van de Raad van 8 juni 1993 tot wijziging van besluit 88/591/EGKS, EEG, Euratom (PB 1993, L 144, blz. 21).

15 — Arrest van 1 oktober 1991, zaak C-283/90 P, Jurispr. 1991, blz. I-4339, r. o. 12 (eigen cursivering).

16 — L. c. (voetnoot 15), r. o. 13.

31. Deze opvatting impliceert evenwel niet, dat het Gerecht de feiten volledig vrij kan beoordelen, en dat die beoordeling enkel bij schending van rechtsregels kan worden getoetst. Mijns inziens is het zeer wel mogelijk (en zinvol) hogere voorziening ook dan toe te staan, wanneer het Gerecht bij de beoordeling van de feiten *kennelijke* fouten — bij voorbeeld een inbreuk op de wetten van de logica — kunnen worden verweten.

32. Hierop behoeft mijns inziens in casu niet nader te worden ingegaan, daar van een dergelijke kennelijke fout hoe dan ook geen sprake is. De uitlegging die het Gerecht aan de inhoud van de litigieuze brief van 10 maart 1992 heeft gegeven, lijkt verdedigbaar.

33. Requiranten wijzen terecht op het feit, dat de formulering van verschillende passages van die brief de indruk wekt, dat de Commissie het op klacht van SFEI ingestelde onderzoek reeds had beëindigd. Dat geldt vooral voor de eerste twee zinnen van het reeds geciteerde [17] fragment, waarin twee keer het woord „would" wordt gebruikt. Ook de in de laatste alinea van de brief gebruikte zinswending „we do not propose to pursue enquiries under Article 86" kan hier worden vermeld. Hoewel ik mij natuurlijk niet wil aanmatigen, een begrip uit een vreemde taal gezaghebbend te interpreteren, lijkt deze uitdrukking een andere uitlegging evenwel niet uit te sluiten.

Verder moet worden opgemerkt, dat de brief geen enkele aanwijzing bevat, dat het slechts om een voorlopige standpuntbepaling gaat. Evenmin wordt de adressaat van de brief gewezen op de mogelijkheid om bijkomende argumenten aan te voeren. Dat klemt te meer, omdat de Commissie in het *XXe Verslag over het mededingingsbeleid* — waarover ik het nog zal hebben — zelf heeft verklaard, dat zij er in de toekomst op zal toezien, dat haar „geen dubbelzinnige formulering kan worden verweten, waardoor de verzoeker in de waan zou kunnen worden gebracht dat hij te maken heeft met een definitieve afwijzing van zijn klacht". [18] De door de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting verdedigde stelling, dat de brief de adressaat „impliciet" aanmaant om de Commissie mee te delen, of hij haar standpunt deelt, vindt in de brief nauwelijks steun.

34. Opgemerkt zij evenwel, dat de litigieuze brief geen uitdrukkelijke kwalificatie van de door SFEI aan de Commissie voorgelegde feiten uit het oogpunt van artikel 86 bevat. Zoals het Gerecht terecht heeft opgemerkt, bevat de brief slechts een toelichting van de krachtens de concentratieverordening gegeven beschikking van 2 december 1991 en van het verband dat er volgens de Commissie tussen die beschikking en de klacht van SFEI bestond. [19] In de litigieuze brief wijst de Commissie erop, dat zij in haar beschikking van 2 december 1991 tot de conclusie was gekomen, dat door de oprichting van de joint venture van La Poste en de andere betrokkenen geen machtspositie werd gecreëerd of versterkt die de daadwerkelijke mededinging aanmerkelijk belemmert.

17 — Zie hierboven punt 9.

18 — *XXe Verslag over het mededingingsbeleid* (1990), Brussel/Luxemburg, 1991, nr. 165.

19 — L. c. (voetnoot 1), r. o. 42.

Bij de behandeling van de vraag, of de joint venture verenigbaar was met de concentratieverordening werd ook de situatie op de Franse markt onderzocht. [20] Het ligt dan ook voor de hand, aan te nemen, dat met de vaststellingen in de beschikking van 2 december 1991 reeds was vooruitgelopen op de beantwoording van de vraag, of in de onderhavige zaak sprake was van misbruik van machtspositie, zoals in de klacht van SFEI was gesteld. De Commissie lijkt in haar brief van 10 maart 1992 daarvan te zijn uitgegaan. Een uitdrukkelijke uitspraak, dat een dergelijk misbruik niet kan worden geconstateerd, is daarin evenwel niet te vinden. Wanneer men met name de twee geciteerde alinea's van de litigieuze brief leest, ontkomt men nauwelijks aan de indruk, dat daarin veel wordt gesproken over de gevolgen van de beschikking van 2 december 1991 voor de behandeling van de klacht van SFEI, maar dat er inhoudelijk eigenlijk niet veel wordt gezegd. Dat gebrek aan inhoud — en duidelijkheid — is te betreuren. Het doet evenwel niets af aan het feit, dat de uitlegging die het Gerecht aan die verklaringen heeft gegeven, plausibel is.

Ten slotte moet nog worden ingegaan op het door requiranten aangevoerde argument, dat zij de litigieuze brief als een beschikking dienden op te vatten, daar hij op dezelfde dag is verzonden als de brief in verband met artikel 92 en er ook erg op geleek. De gemachtigde van de Commissie heeft dit argument ter terechtzitting op overtuigende wijze weerlegd door de tekst van de brief te citeren. Brief nr. 06873 heeft het ondubbelzinnig over het „besluit" van de Commissie om het onderzoek van de klacht uit het oogpunt van artikel 92 te beëindigen. [21] Een dergelijke niet mis te verstane formulering is in de hier onderzochte brief niet te vinden.

35. Uit dit — subsidiair — onderzoek van de litigieuze brief van 10 maart 1992 blijkt, dat deze elementen bevat die wijzen op een definitieve afwijzing van de klacht. Anderzijds kan ook worden gewezen op zwaarwegende omstandigheden die de stelling van de Commissie, dat het slechts om een voorlopig standpunt ging, kunnen staven. Mijns inziens wegen deze laatste het zwaarst door, zodat de beoordeling van het Gerecht niet kan worden bekritiseerd.

De Commissie kan evenwel worden verweten, dat zij door de formulering van haar brief juist die onduidelijkheid en dubbelzinnigheid heeft veroorzaakt die het Gerecht reeds in zijn arrest in de zaak Automec I had afgekeurd, en die de Commissie zelf in het *XXe Verslag over het mededingingsbeleid* had beloofd te vermijden. Mijns inziens volstaan deze gebreken op zich evenwel niet om — zoals requiranten suggereren — de litigieuze brief op grond van de schijnleer als een voor beroep vatbare beschikking te beschouwen. Het begrip „voor beroep vatbare beschikking" moet (zoals ik nog zal aantonen) op basis van objectieve elementen worden uitgelegd. Aan het beginsel dat een dubbelzinnige verklaring ten laste moet komen van degene die de verklaring heeft afgelegd, kan ook worden voldaan door er bij de beslissing over de kosten van het

20 — Zie nrs. 33 en 42 e. v. van de beschikking van 2 december 1991. De integrale tekst van die beschikking is — voor zover mij bekend — tot dusver in geen enkel tijdschrift of andere publikatie verschenen. Zij is evenwel (op de gegevens die zakengeheim uitmaken na) bij de Commissie verkrijgbaar.

21 — De laatste alinea van deze brief (die aan het Gerecht is overgelegd) luidt: „Je suis donc au regret de vous faire part de la décision des services compétents de clôturer, en raison des circonstances précisées ci-dessus, le dossier ouvert à la suite de votre demande du 21.12.1990."

geding naar behoren rekening mee te houden.

36. Bekijken we nu de grief, dat het Gerecht geen rekening heeft gehouden met de *brief van 9 januari 1992*. Ook dit lijkt op het eerste gezicht een feitelijk punt, dat door de rechter in hogere voorziening niet kan worden getoetst. Mijns inziens is een dergelijke benadering evenwel niet de juiste. Zoals ik al zei, mag de feitelijke beoordeling van het Gerecht slechts binnen zeer enge grenzen worden getoetst. [22] Wanneer het Gerecht bij zijn beslissing echter volledig voorbijgaat aan een argument van de betrokken partij, is er helemaal geen sprake van een feitelijke beoordeling. Het gaan dan veeleer — zoals het Hof in de zaak Vidrányi overwoog — om „een beroep op een motiveringsgebrek", dat wil zeggen, „een beroep op miskenning van het algemene beginsel volgens hetwelk iedere rechterlijke instantie verplicht is haar beslissingen te motiveren door met name de redenen aan te geven waarom zij een formeel aangevoerde grief verwerpt". [23]

37. Opgemerkt zij evenwel, dat het in dat arrest ging om schending van een *rechtsregel*, waarop het Gerecht volgens verzoeker niet was ingegaan. In de onderhavige zaak gaat het echter om een *document* waaraan het Gerecht volgens requiranten niet de nodige aandacht heeft besteed. Men kan evenwel niet verlangen, dat het Gerecht in zijn uitspraak ingaat op *alle* feiten die door partijen tijdens de procedure zijn aangevoerd. Van een juridische fout die door de rechter in hogere voorziening kan worden hersteld, kan slechts worden gesproken wanneer het gaat om een *essentieel* feit, waarvan de inaanmerkingneming het Gerecht tot een andere beslissing had kunnen brengen.

38. Op grond van het recente arrest in de zaak Pincherle [24] zou reeds kunnen worden aangenomen, dat daarop niet behoeft te worden ingegaan. In die zaak had de requirant onder meer gesteld, dat het Gerecht in het door hem bestreden arrest geen rekening had gehouden met drie door hem overgelegde stukken. Het Hof wees die grief af, op grond dat niet was bewezen dat het Gerecht de stukken in kwestie niet had onderzocht. [25]

Mijns inziens was die overweging toegesneden op de bijzondere omstandigheden van de zaak waarin het Hof op dat ogenblik uitspraak moest doen. Het ware zeker onjuist, van die overweging een algemene regel te maken, want dan zou een requirant, wanneer het Gerecht bij zijn beslissing essentiële feiten over het hoofd heeft gezien, dit nagenoeg nooit met kans op succes kunnen aanvoeren, daar hij moeilijk kan aantonen, dat het Gerecht een dergelijke fout heeft gemaakt. De enige grondslag voor een dergelijk bewijs is immers het arrest van het Gerecht zelf, waarin met betrekking tot de feiten in kwestie uiteraard juist geen overwegingen te vinden zijn.

22 — Zie hierboven punt 31.

23 — L. c. (voetnoot 15), r. o. 29.

24 — Arrest van 22 december 1993, zaak C-244/91 P, Jurispr. 1993, blz. I-6965.

25 — L. c. (voetnoot 24), r. o. 33.

39. Derhalve rijst de vraag, of het Gerecht rekening heeft gehouden met de brief van 9 januari 1992, en, zo neen, of die brief van wezenlijk belang is voor de onderhavige zaak. De Commissie heeft gesteld, dat de context van de litigieuze brief geen rol speelt wanneer de betekenis van die brief reeds klaar en duidelijk blijkt uit de inhoud ervan, doch dat is hier niet het geval. Ook de gemachtigde van de Commissie heeft ter terechtzitting moeten erkennen, dat de litigieuze brief enigszins dubbelzinnig is.

De eerste vraag kan mijns inziens vrij gemakkelijk worden beantwoord. Weliswaar vermeldt het Gerecht de brief van 9 januari 1992 op verschillende plaatsen (in r. o. 17, 24 en 25 van de beschikking), waar het naar de argumenten van partijen verwijst, doch bij de juridische beoordeling wordt over de brief gezwegen. Alleen de vermelding van rechtsoverweging 25 in rechtsoverweging 46 van de beschikking kan als een verwijzing naar dat stuk worden beschouwd. De inhoud van die rechtsoverweging spreekt een dergelijke uitlegging evenwel tegen. Het Gerecht verklaart daarin veeleer, dat de brief van SFEI aan de Commissie van 15 november 1991 niet als een aanmaning tot handelen in de zin van artikel 175 EG-Verdrag kan worden beschouwd. Op de vraag, of deze overwegingen onontbeerlijk waren voor de beslissing, behoef ik hier niet te antwoorden. Het lijdt volgens mij evenwel nauwelijks twijfel, dat het Gerecht zich hier noch elders in de beschikking uitspreekt over het eventuele belang van de brief van 9 januari 1992 voor de uitlegging van de *litigieuze brief*.

40. Mijns inziens kan deze vraag evenwel uiteindelijk buiten beschouwing blijven, daar de brief van 9 januari 1992 toch niets wezenlijks bijdraagt aan de uitlegging van de hier onderzochte brief. De directeur-generaal van DG IV verwijst in die brief naar de beschikking van 2 december 1991 en naar de mogelijke gevolgen daarvan voor de behandeling van de klacht van SFEI. Hij deelt mee, dat de Commissie dienaangaande spoedig een standpunt zal bepalen. De veronderstelling, dat het hier ging om de aankondiging van een *voorlopig* standpunt dat dan in de hier aangevochten brief werd medegedeeld, is zeker plausibel.

Requiranten hechten groot belang aan de omstandigheid, dat de brief van 9 januari 1992 in dat verband over „conclusies" [„conclusions"] spreekt. Hun uitlegging, volgens welke dit begrip op een definitief standpunt wijst, is zeer wel mogelijk. Overtuigend (of zelfs dwingend) lijkt zij mij evenwel niet. Het gebruik van die term verdraagt zich zeer wel met de veronderstelling, dat de litigieuze brief een voorlopig standpunt weergeeft. De brief van 9 januari 1992 moet dan — zoals de Commissie betoogt — slechts als een aankondiging van dat voorlopig standpunt worden beschouwd.

41. Uit het voorafgaande blijkt, dat de uitlegging die het Gerecht aan de litigieuze brief heeft gegeven, in ieder geval mogelijk en verdedigbaar kon worden geacht. Zoals ik al zei, zijn er enkele elementen die voor de door requiranten voorgestane uitlegging pleiten. Daar de uitlegging van het Gerecht evenwel geen kennelijke gebreken vertoont, kan zij niet op die grond alleen worden aangevochten.

42. Ik kom thans tot de vraag, of het Gerecht het *begrip* „voor beroep krachtens artikel 173 vatbare handeling" *juist heeft* uitgelegd. De uitlegging van een juridisch begrip is een rechtsvraag die het voorwerp kan zijn van hogere voorziening, zoals uit de rechtspraak van het Hof blijkt. [26]

43. Het Gerecht heeft zijn beschikking kennelijk gebaseerd op zijn arrest in de zaak Automec I. [27] In dat arrest overwoog het Gerecht, dat in de procedure van artikel 3 van verordening nr. 17 en artikel 6 van verordening nr. 99/63 [28], waarbij de Commissie een klacht onderzoekt, drie achtereenvolgende fasen moeten worden onderscheiden:

„Tijdens de eerste fase, die volgt op de indiening van de klacht, verzamelt de Commissie overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 de nodige gegevens om te beoordelen welk gevolg aan de klacht moet worden gegeven. Die fase omvat met name een informele uitwisseling van standpunten en gegevens tussen de Commissie en de klager ten einde de feitelijke en juridische gegevens die het voorwerp van de klacht zijn, te preciseren en de klager in staat te stellen zijn stelling nader toe te lichten, eventueel tegen de achtergrond van de eerste reactie van de diensten van de Commissie. De voorafgaande opmerkingen van de diensten van de Commissie in het kader van deze informele contacten kunnen niet als voor beroep vatbare handelingen worden aangemerkt.

Dan volgt, in de tweede fase, de in artikel 6 van verordening nr. 99/63 bedoelde mededeling, waarbij de Commissie de klager laat weten om welke redenen zij meent geen gunstig gevolg te kunnen geven aan zijn verzoek, en waarbij zij hem een termijn geeft, waarbinnen hij desgewenst opmerkingen kan inzenden. Die mededeling (kan) niet als een beschikking (...) worden beschouwd (...)

In de derde fase van de procedure neemt de Commissie kennis van de door de klager ingediende opmerkingen. Ofschoon artikel 6 van verordening nr. 99/63 niet uitdrukkelijk in die mogelijkheid voorziet, kan deze fase met een eindbeschikking worden afgesloten (...)" [29]

44. Deze uitspraak van het Gerecht lijkt mij in ieder geval nuttig om het verloop van de procedure waarbij een klacht wordt onder-

26 — Zie de arresten van 28 november 1991, zaak C-132/90 P, Schwedler, Jurispr. 1991, blz. I-5745, r. o. 13, en 17 januari 1992, zaak C-107/90 P, Hochbaum, Jurispr 1992, blz. I-157, r. o. 16.

27 — Zie voetnoot 2.

28 — Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268). Volgens artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 moet de Commissie de betrokkenen horen alvorens een beschikking te geven op grond van artikel 3. Artikel 6 van verordening nr. 99/63 bepaalt: „Wanneer de Commissie meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 ingediend verzoek gevolg te geven, deelt zij de verzoekers de redenen daarvan mede en geeft hun een termijn, waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden."

29 — L. c. (voetnoot 2), r. o. 45-47.

zocht, aanschouwelijk te maken. Hier behoeft niet te worden ingegaan op de bijzondere vragen die die overweging doet rijzen. [30] Rijst bij het onderzoek van een handeling de vraag, of deze een beschikking is of niet, dan kan de betrokken handeling aan de hand van dit model in de desbetreffende fase van de procedure worden ingedeeld.

45. De betwiste beschikking van het Gerecht wekt evenwel op verschillende plaatsen de indruk, dat het Gerecht die logica heeft omgekeerd: een handeling *kan* geen voor beroep vatbare handeling zijn, *omdat* zij in de eerste (of de tweede) van voormelde fasen van de procedure moet worden ingedeeld. Het betreft de rechtsoverwegingen 41 tot 43 van de bestreden beschikking. Een dergelijke redenering is natuurlijk niets anders dan een *petitio principii*. Dat geldt trouwens ook voor het argument van de Commissie, dat de litigieuze brief geen beschikking kon zijn, daar de Commissie klaagster niet voordien overeenkomstig artikel 6 van verordening nr. 99/63 een brief had gestuurd (waarin klaagster werd aangemaand, binnen een bepaalde termijn haar standpunt kenbaar te maken). [31]

Indien dat werkelijk de opvatting van het Gerecht was, dan moet dit uiteraard worden weersproken. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is voor het antwoord op de vraag, of er sprake is van een voor beroep krachtens artikel 173 vatbare handeling, bepalend of de betrokken bepaling, ongeacht haar vorm, beoogt rechtsgevolgen teweeg te brengen. [32] Handelingen die in een uit verscheidene fasen bestaande procedure tot stand komen, zijn in beginsel weliswaar slechts vatbaar voor beroep wanneer het gaat om maatregelen die het standpunt van de Commissie definitief vastleggen en niet om maatregelen ter voorbereiding daarvan [33], doch daarbij moet steeds worden uitgegaan van de *inhoud* van de betrokken maatregel.

46. In de zaak Philip Morris heeft het Hof een aantal criteria genoemd die kunnen worden gehanteerd om uit te maken of een brief van de Commissie als definitieve afwijzing van een klacht moet worden beschouwd. In die zaak stelde het Hof vast, dat de betrokken brieven het onderzoek afsloten, een beoordeling van de betrokken overeenkomsten bevatten en verzoeksters de mogelijkheid ontnamen om heropening van het onderzoek te verlangen, behoudens in het geval dat dezen met nieuw bewijsmateriaal kwamen. [34]

47. Uit de bestreden beschikking van het Gerecht blijkt, dat het Gerecht deze rechtspraak kende. Zo verklaart het Gerecht in de rechtsoverwegingen 42 en 43 van zijn beschikking, dat de litigieuze brief geen kwa-

30 — De laatst geciteerde alinea van het arrest laat met name de vraag open, of de Commissie — wanneer zij een klacht niet wil aanvaarden — de klacht op verzoek van de klager *moet* (en niet alleen *kan*) afwijzen bij een formele beschikking waartegen de klager dan beroep krachtens artikel 173 EEG-Verdrag kan instellen. Mijns inziens heeft de klager dat recht. Het arrest van het Gerecht in de zaak Automec II (arrest van 18 september 1992, zaak T-24/90, Jurispr. 1992, blz. II-2223), dat in deze richting gaat (zie r. o. 85), moet dan ook worden toegejuicht.

31 — Dit argument werd overigens ook door het Gerecht gehanteerd in de zaak Automec I (l. c., voetnoot 2, r. o. 56).

32 — Arrest van 31 maart 1971, zaak 22/70, Commissie/Raad, Jurispr. 1971, blz. 263, r. o. 42, zie laatstelijk het arrest van 16 juni 1993, zaak C-325/91, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1993, blz. I-3283, r. o. 9.

33 — Zie het arrest van 11 november 1981, zaak 60/81, IBM, Jurispr. 1981, blz. 2639, r. o. 9 e. v.

34 — Arrest van 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4487, r. o. 12.

lificatie van de door klaagster gestelde feiten bevat en niet tot gevolg heeft, dat het onderzoek wordt afgesloten.

48. Derhalve ben ik van oordeel, dat in de passages van de beschikking waarin het Gerecht uit de fase van de procedure waarin de brief zijns inziens thuishoort, het rechtskarakter van die brief lijkt af te leiden, slechts een onduidelijke formulering moet worden gezien. Zoals ik hierboven [35] al zei, moet men ervan uitgaan, dat het Gerecht het toepasselijke recht kende en dat het dat recht ook heeft toegepast. Het enkele feit, dat de formulering van de bestreden beschikking dienaangaande aanleiding geeft tot twijfel, volstaat niet om die beschikking te vernietigen. De rechter in hogere voorziening dient enkel te onderzoeken, of het Gerecht *rechtsregels* heeft geschonden. Een dergelijke fout kan hier niet met zekerheid worden vastgesteld. In de onderhavige zaak mag bovendien niet uit het oog worden verloren, dat de door het Gerecht aan de litigieuze brief gegeven uitlegging als zodanig zeer wel verdedigbaar lijkt. Het zou dan ook moeilijk met de beginselen van proceseconomie te verenigen zijn, enkel op grond van sommige tot misverstand aanleiding gevende formuleringen te oordelen, dat de beschikking juridische fouten bevat en de vernietiging ervan voor te stellen.

49. Opgemerkt zij evenwel, dat de beschikking over één vraag (de uitlegging van de tekst van de klacht van 21 december 1990) uitvoerige overwegingen bevat, die kennelijk overbodig zijn. [36] Dat noopt ertoe, de overige overwegingen van het Gerecht zeer kritisch te onderzoeken. Daar de beschikking van het Gerecht uiteindelijk niet op die overwegingen is gebaseerd, kan ook dat feit geen grond voor vernietiging van de bestreden beschikking opleveren.

Derde middel: *schending van de beginselen van goede trouw en rechtszekerheid*

50. Met hun laatste middel laken requiranten eigenlijk, dat het Gerecht een uitspraak van de Commissie in haar *XXe Verslag over het mededingingsbeleid* verkeerd heeft uitgelegd. De Commissie verklaarde daar, dat zij in de toekomst de brieven met voorafgaande opmerkingen in de klachtprocedure op zodanige wijze zou opstellen, dat de adressaat ze enkel als een eerste reactie van de diensten van de Commissie kan opvatten. De Commissie voegde daaraan toe, dat zij de adressaten steeds zou verzoeken om hun bijkomende opmerkingen aan de Commissie toe te zenden binnen een termijn die in de brief uitdrukkelijk zal worden bepaald, en dat de klacht bij gebreke daarvan zou worden geacht „geseponeerd" te zijn. [37]

Requiranten verstaan deze passage aldus, dat een brief van de Commissie waarin hun geen termijn voor het indienen van opmerkingen wordt gesteld (zoals hier het geval was), als afwijzing van hun klacht moet worden beschouwd.

35 — Zie punt 47.

36 — Zie hierboven punt 26.

37 — L. c. (voetnoot 18), nr. 165.

51. Ik behoef niet dieper in te gaan op de vraag, of het hier een feitelijke of een rechtsvraag betreft, en of de uitspraken van de Commissie in haar verslagen over het mededingingsbeleid enige rechtskracht hebben, aangezien de opvatting van requiranten kennelijk onjuist is.

Aan die passage kan slechts *één* zinvolle uitlegging worden gegeven, en wel die, dat de Commissie belooft, de klagers *steeds* een termijn voor het indienen van bijkomende opmerkingen te zullen geven, en dat een klacht als „geseponeerd" moet worden beschouwd *wanneer klagers geen gebruik maken van die mogelijkheid.* Dit blijkt bij voorbeeld ook duidelijk uit de Duitse en de Italiaanse tekst van dat verslag. [38] Derhalve behoeft niet te worden ingegaan op het ter terechtzitting door de vertegenwoordiger van requiranten gedane aanbod om een taalkundig advies te laten uitbrengen over de betekenis van de komma in de Franse tekst.

*Resultaat*

52. Al met al ben ik derhalve van mening, dat de hogere voorziening moet worden afgewezen. Het lijkt mij evenwel opportuun, er hier op te wijzen, dat het nooit tot deze procedure zou zijn gekomen, indien de Commissie bij de redactie van de litigieuze brief de nodige zorgvuldigheid aan de dag had gelegd. Een dergelijke inspanning had ook van de Commissie mogen worden verwacht, daar het Gerecht reeds in de zaak Automec I duidelijk te kennen had gegeven, dat de tot dan door de Commissie op dit gebied gevolgde praktijk te wensen overliet. In het *XXe Verslag over het mededingingsbeleid* heeft de Commissie ook uitdrukkelijk erkend, dat het noodzakelijk is, haar brieven in klachtprocedures aldus te formuleren, dat misverstanden met betrekking tot de juridische natuur ervan uitgesloten zijn. Het is dan ook verbazend, dat daarmee geen rekening is gehouden bij de formulering van de litigieuze brief. Daar de onduidelijke redactie van de brief en de daaruit voortvloeiende moeilijkheden in verband met de juridische beoordeling ervan aanleiding hebben gegeven tot het instellen van de hogere voorziening, lijkt het passend, de Commissie krachtens artikel 122, eerste alinea, en artikel 118 juncto artikel 69, lid 3, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof in de kosten te verwijzen.

## C — Conclusie

53. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de hogere voorziening af te wijzen en de Commissie in de kosten van de procedure te verwijzen.

38 — De Duitse tekst heeft het over een termijn „bei deren Nichteinhaltung der Antrag als zu den Akten gelegt angesehen werde". In de Italiaanse versie staat „(...) qualora tali osservazioni non vengano trasmesse, la denuncia verrà considerata archiviata".