FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 11. juli 1995 *

1. Under denne appelsag har de nederlandske selskaber Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV og Regionaal Energiebedrijf Salland NV (herefter »appellanterne«) nedlagt påstand om annullation af den af Retten i Første Instans den 18. november 1992 afsagte dom i sagen Rendo m.fl. mod Kommissionen (herefter »dommen«) [1]. I denne dom afviste Retten delvis annullationssøgsmålet mod Kommissionens beslutning 91/50/EØF af 16. januar 1991 (herefter »beslutningen«) [2] og frifandt i øvrigt Kommissionen.

Nærværende appelsag falder inden for rammerne af et langvarigt og indviklet sagsforhold, såvel kontraktmæssigt som i forhold til domstolene. Det tog sin begyndelse for mere end seks år siden, har involveret en lang række parter, og som vedrører spørgsmålet om, hvorvidt de begrænsninger på im- og eksport af energi, som finder anvendelse i Nederlandene, er i overensstemmelse med traktatens konkurrencebestemmelser.

De faktiske omstændigheder og nationale retsregler

2. I Nederlandene er elektricitetsdistributionen organiseret på tre niveauer: Fire produktionsselskaber forsyner de regionale distributører, der dernæst sælger til lokale distributører, som endelig sælger elektricitet til forbrugeren.

Den 3. juni 1949 oprettede producenterne et selskab, Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven NV (herefter »SEP«) [3], som skulle stå for forvaltningen af højspændingsnettet og varetage forbindelserne med udenlandske elektricitetsselskaber vedrørende im- og eksport af elektricitet.

3. Den 22. maj 1986 indgik SEP en aftale med sine aktionærer (»Overeenkomst van

* Originalsprog: italiensk.

1 — Dom af 18.11.1992, sag T-16/91, Sml. II, s. 2417.

2 — Kommissionens beslutning om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/32.732 — IJsselcentrale (ICJ) m.fl.), EFT L 28, s. 32.

3 — Indtrådt til støtte for Kommissionen i denne sag.

Samenwerking«, herefter »OVS-aftalen«), som ikke blev anmeldt til Kommissionen. I artikel 21 i denne aftale forbeholder SEP sig eneret til at im- og eksportere elektricitet. Aktionærerne forpligter sig på deres side til at pålægge deres medkontrahenter, dvs. de regionale og lokale distributører, et udtrykkeligt forbud mod im- og eksport af elektricitet [4].

Appellanterne er lokale eldistributionsselskaber, som foretager indkøb hos den regionale distributionsvirksomhed IJsselcentrale (fra 1988 IJsselmij, herefter »IJC«). Fra 1985 pålagde IJC tillige appellanterne, ud over en eksklusiv købsforpligtelse, som understøttede det i OVS-aftalen indeholdte importforbud, et pristillæg (eller et »udligningstillæg«), der skulle udligne de højere omkostninger forbundet med levering af elektricitet i landdistrikterne, da dette ikke påhvilede lokale distributører og andre regionale distributører.

4. Efter et civilt søgsmål om lovligheden af dette pristillæg indgav appellanterne i 1988 en klage til Kommissionen i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (herefter »forordning nr. 17«) [5] vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt følgende begrænsninger er i overensstemmelse med konkurrenceretten i Fællesskabet: a) det udtrykkelige forbud mod import, der indgik såvel i OVS-aftalen som i SEP's generelle overenskomst fra 1971 [6]; b) den eksklusive købsforpligtelse, som ligeledes indebar et forbud mod import; c) IJC's ret til ensidigt at fastsætte priserne og pristillægget.

5. Den nederlandske lovgivning, der var gældende indtil den 8. december 1989 [7], og som således fandt anvendelse, da OVS-aftalen blev indgået, gjorde det muligt for enhver, der forinden havde opnået en tilladelse, at importere elektricitet. I modsætning hertil giver artikel 34 i den nye lov om elektricitet (»Elektriciteitswet« af 1989, herefter »ETW«) fra den 1. juli 1990 SEP eneret — som »selskab udpeget« ved ministerielt dekret i henhold til ETW's artikel 8 — til at importere elektrisk energi til offentligt forbrug [8]. Samme lov liberaliserede i øvrigt import bestemt til privatforbrug, uden dog at indeholde nogen bestemmelse om eksport.

4 — I medfør af artikel 21, stk. 3, i OVS-aftalen er elektricitetsleverancer på indtil maksimalt 5 000 kW med en spænding på 15 kV ikke omfattet af dette forbud.

5 — Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1962, s. 81).

6 — SEP's generelle overenskomst fra 1971, som i sin helhed er blevet afløst af OVS-aftalen, havde tilsvarende indhold som denne aftale.

7 — Ikrafttrædelsesdato for hovedparten af bestemmelserne i den nye lov om elektricitet, hvorom umiddelbart herefter.

8 — Med undtagelse af elektricitet med en spænding på under 500 volt.

Kommissionens beslutning

6. Den 16. januar 1991 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning, hvori det præciseres, at beslutningen udelukkende vedrørte begrænsningerne i im- og eksport af elektricitet som følge af aftalen uden på nogen måde at tage stilling til pristillægget (der ansås for værende uden betydning for handelen mellem medlemsstater), hvori Kommissionen udtalte, at:

— Artikel 21 i OVS-aftalen er en konkurrencebegrænsning, som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1, og den nye ordning, der blev gennemført med ETW [9], ændrer intet herved.

— Mens anvendelsen af konkurrencereglerne ikke hindrer SEP i korrekt at udføre den tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse, som er blevet selskabet pålagt, påvirker de omtvistede begrænsninger inden for den ikke-offentlige forsyning samhandelen på en måde, der strider mod Fællesskabets interesser; følgelig er betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 90, stk. 2, ikke opfyldt [10].

— Hvad angår offentlig forsyning, må vurderingen af importforbuddet forudsætte en forudgående undersøgelse af spørgsmålet om, hvorvidt den nationale lov er i overensstemmelse med fællesskabsretten, eftersom dette forbud nu er fastlagt i artikel 34 i ETW, hvilket må finde sted inden for rammerne af den dertil egnede procedure [11].

7. På den ene side fastslås det således i klare vendinger i beslutningens dispositive del, at artikel 21 i OVS-aftalen er i strid med traktaten, for så vidt som den udgør en hindring for im- og eksport inden for området for *privat* forbrug. På den anden side lader beslutningen faktisk en undersøgelse af de begrænsninger, som er indført i sektoren for *offentlig* forsyning *efter* vedtagelsen af ETW, afhænge af gennemførelsen af en overtrædelsesprocedure, men der er i beslutningen ingen henvisning til de påståede begrænsninger vedrørende den *tidligere* periode.

8. Ved skrivelse af 20. november 1991 meddelte Kommissionen appellanterne, at den havde til hensigt at indlede en overtrædelsesprocedure vedrørende de forhold, som den havde fået oplysninger om. Kommissionen benyttede desuden lejligheden til at præcisere den vedtagne beslutnings rækkevidde, idet den fastholdt, at pristillægget var uden betydning på fællesskabsniveau, og idet den

9 — Beslutningens punkt 21-38.

10 — Beslutningens punkt 39-48.

11 — Beslutningens punkt 50.

fortolkede beslutningen som en delvis afvisning af klagen, for så vidt som den angik begrænsningerne i import af elektricitet inden for den offentlige forsyningssektor under den periode, der lå *forud* for ETW's ikrafttræden [12].

Den 13. juni 1994 anlagde Kommissionen i medfør af traktatens artikel 169 sag ved Domstolen med påstand om, at Kongeriget Nederlandene havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktatens artikel 30 og 37 ved at tildele en eksklusiv importret vedrørende elektricitet inden for den offentlige forsyningssektor. Denne sag verserer i øjeblikket [13].

Rettens dom

9. Ved stævning indgivet til Retten den 14. marts 1991 påstod appellanterne bl.a. beslutningen annulleret i det omfang, Kommissionen ikke havde udtalt sig om anvendelsen af artikel 21 i OSV-aftalen på im- og eksport udført af eldistributionsvirksomheder inden for den *offentlige* forsyningssektor.

10. I dommen, som er genstand for denne ankesag, afviste Retten delvis sagen og frifandt i øvrigt Kommissionen.

Retten konstaterede nærmere bestemt, at Kommissionen ikke på nogen måde havde udtalt sig om det importforbud inden for den *offentlige* forsyningssektor, der gjaldt i perioden, *før* ETW trådte i kraft, og fastslog, at der om dette spørgsmål ikke forelå nogen retsakt, som kunne være genstand for et søgsmål i medfør af artikel 173. Følgelig afviste Retten sagen for så vidt angik dette punkt [14].

Retten fastslog, at den del af beslutningen, hvori Kommissionen havde bekræftet ikke at ville udtale sig om perioden *efter* ETW's ikrafttræden, kunne have retsvirkninger og påvirke appellanternes ret til kontradiktion. Sagen blev følgelig antaget til realitetsbehandling for så vidt angik dette spørgsmål [15].

11. Hvad angår realiteten fandt Retten, at søgsmålet i det væsentlige byggede på tre forskellige anbringender: a) tilsidesættelse af Fællesskabets konkurrenceret såvel som af

12 — Appellanterne har ligeledes anlagt sag for Retten til annullation af denne skrivelse. Ved kendelse af 29.3.1993 (sag T-2/92, Rendo m.fl. mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) blev sagen afvist, fordi den rettede sig mod en retsakt, der ikke indeholdt en beslutning, og som derfor ikke kunne have nogen retsvirkninger.

13 — Sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene.

14 — Præmis 58-62.

15 — Præmis 44-57.

visse almindelige retsgrundsætninger; b) tilsidesættelse af begrundelsespligten; c) tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, især Kommissionens forpligtelse til at fastsætte en frist, inden for hvilken klageren skriftligt kan fremsætte sine bemærkninger, når klagen ikke tages til følge [16].

Vedrørende det første anbringende, som navnlig angår Kommissionens undladelse af at udtale sig om spørgsmålet om, hvorvidt importbegrænsningerne var berettigede, når henses til traktatens artikel 90, stk. 2, bemærkedes indledningsvis, at Kommissionen ikke er *forpligtet* til at træffe en beslutning, der pålægger virksomhederne at bringe de fastslåede overtrædelser til ophør, men at den har *mulighed* for at gøre det; på samme måde tillægger artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke klageren ret til at udvirke en beslutning fra Kommissionen om, hvorvidt den påståede overtrædelse foreligger [17].

12. Det var Rettens opfattelse, at en sådan forpligtelse kun gjaldt, såfremt klagens genstand faldt inden for Kommissionens enekompetence. Efter Domstolens nyeste praksis [18] tilkom det derimod ligeledes den nationale ret at vurdere, hvorvidt adfærd i strid med konkurrencereglerne hos en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, kunne være berettiget ud fra traktatens artikel 90, stk. 2.

13. Med henvisning til Kommissionens skønsbeføjelse under procedurer vedrørende de klager, der indbringes af borgerne på grundlag af artikel 3 i forordning nr. 17, undersøgte Retten herefter, hvorvidt Kommissionen havde udøvet denne beføjelse uden at begå retlige eller faktiske fejl eller udøve åbenbart fejlagtige skøn.

Retten bemærkede hertil, at de importforbud, som er fastsat i artikel 21 i OVS-aftalen og i artikel 34 i ETW, på trods af visse forskelle af mindre betydning har samme virkninger. Det var derfor med rette, at Kommissionen fandt, at stillingtagen til spørgsmålet om, hvorvidt den nationale lov var forenelig med fællesskabsretten, måtte gå forud for en undersøgelse af OVS-aftalen. Dels har Kommissionen nemlig ikke beføjelse til at

16 — Artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42).

17 — Dommens præmis 98, hvori henvises til dom af 18.10.1979, sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3189.

18 — Jf. dom af 18.6.1991, sag C-260/89, ERT, Sml. I, s. 2925, og af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803, hvortil Retten henviser.

pålægge virksomhederne en handlemåde, der er i strid med den nationale lov, uden at denne gøres til genstand for en bedømmelse i forhold til fællesskabsretten; på den anden side har Kommissionen med henblik på at opnå en sådan bedømmelse mulighed for at indlede en mere hensigtsmæssig procedure, nemlig den i traktatens artikel 169 fastlagte [19].

14. Retten fandt, at dette resultat ikke indskrænker domstolsbeskyttelsen af personer, der har indbragt en klage i forordning nr. 17's betydning. En klagesag, som endnu ikke er blevet afsluttet, men som stadig verserer for Kommissionen, kan nemlig genoptages af appellanterne, såfremt den i artikel 169 omhandlede procedure skulle få et udfald, som de finder utilfredsstillende.

Skønt appellanternes ret til kontradiktion i så fald ville lide under en betydelig forsinkelse, fandt Retten, at dette imidlertid var en uundgåelig følge i det pågældende tilfælde, fordi proceduren i henhold til traktatens artikel 169 af de nævnte grunde måtte gå forud for den i artikel 3 i forordning nr. 17 omhandlede procedure [20].

15. Retten fastslog, at Kommissionen ikke havde begået en retlig eller faktisk fejl eller udøvet et åbenbart fejlagtigt skøn ved at afholde sig fra at udtale sig om, hvorvidt de pågældende importbegrænsninger var berettigede i lyset af traktatens artikel 90, stk. 2 (og tog desuden ikke sagsøgernes andet og tredje anbringende, som ikke er omfattet af appellen, til følge). Retten frifandt derfor Kommissionen for så vidt angår den del af sagen, som ikke var blevet afvist.

Gemeente Almelo-dommen

16. Inden for rammerne af den samme tvist, nærmere bestemt under appellanternes appel af en voldgiftsafgørelse, hvorved påstande svarende til de under denne sag nedlagte ikke blev taget til følge, anmodede den nederlandske retsinstans Domstolen om en præjudiciel afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt EF-traktatens artikel 37, 85, 86 og 90 er forenelig med et forbud mod import af elektricitet *bestemt til den offentlige forsyning*, som i perioden 1985-1988 var indeholdt i en regional elforsyningsvirksomheds almindelige betingelser, eventuelt i forbindelse med et importforbud i en aftale mellem elværkerne i den pågældende medlemsstat.

Som bekendt fastslog Domstolen i dom af 27. april 1994 [21], at: a) forbuddet mod, at en lokal elforsyningsvirksomhed importerer elektricitet bestemt til den offentlige forsyning, strider mod traktatens artikel 85; b) en

19 — Præmis 102-107.

20 — Præmis 111.

21 — Sag C-393/92, Gemeente Almelo, Sml. I, s. 1477.

eksklusiv købsforpligtelse, som fremgår af et importforbud pålagt af en regional elforsyningsvirksomhed, der tilhører en gruppe virksomheder, som indtager en kollektivt dominerende stilling, strider mod traktatens artikel 86; c) det tilkommer den nationale ret at afgøre, om betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 90, stk. 2, er opfyldt.

Appelsagen

17. Ved appelskrift indgivet til Domstolen den 21. januar 1993 har appellanterne nedlagt følgende påstande: a) den afsagte dom ophæves; b) i overensstemmelse med påstanden i den oprindeligt for Retten anlagte sag annulleres Kommissionens beslutning delvis, eller — subsidiært — sagen hjemvises til Retten til afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt beslutningen delvis skal annulleres; c) Kommissionen og/eller intervenienten tilpligtes at betale sagens omkostninger for Retten, og Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger for Domstolen [22].

Appellanternes retlige interesse

18. Uden dog at nedlægge formelig afvisningspåstand har Kommissionen rejst tvivl om appellanternes retlige interesse i søgsmålet. Kommissionen har i det væsentlige fundet, at appellanterne gennem Gemeente Almelo-dommen måtte have fået sine påstande fuldt ud opfyldt, idet dommen, også vedrørende den *offentlige* forsyningssektor, bekræfter, at de omtvistede begrænsninger er i strid med traktaten, hvilket Kommissionen havde undladt at udtale sig om.

Kommissionen har i øvrigt ydermere gjort gældende, at de omhandlede begrænsninger indtil nu ikke har været til skade for appellanterne og fremover heller ikke vil være det, eftersom appellanterne aldrig har drevet elimportvirksomhed, og fordi de på grund af det lavere nederlandske prisniveau set i forhold til prisniveauet i de tilgrænsende lande ikke ville have nogen fordel heri.

19. Indledningsvis bemærkes, at Domstolen selv uden udtrykkelig påstand herom meget vel ex officio kan tage stilling til eventuel manglende retlig interesse og afvise sagen [23].

22 — På appellanternes anmodning blev retsforhandlingerne udsat under afventning af afsigelse af dom i den nævnte sag Gemeente Almelo, og blev først på appellanternes initiativ genoptaget i januar 1995.

23 — Jf. kendelse af 24.9.1987, sag 134/87, Vlachou, Sml. s. 3633.

En part, som ikke har fået medhold, må imidlertid kunne iværksætte appel mod den af Retten afsagte dom, jf. artikel 49, stk. 2, i statutten for Domstolen, og har interesse heri, medmindre der foreligger et nyt faktisk forhold med retsvirkninger, som vil medføre, at Domstolens dom mister sin effektive virkning.

20. Efter min opfattelse kan man ikke tillægge Gemeente Almelo-dommen en sådan rækkevidde. Dels vedrører denne dom udtrykkeligt kun de begrænsninger, der følger af OVS-aftalen, og som således vedrører en klart afgrænset periode, og ikke de begrænsninger, som i øjeblikket fremgår af ETW, og som er genstand for den verserende traktatbrudssag.

På den anden side er den pågældende dom afsagt inden for rammerne af en præjudiciel forelæggelse med henblik på fortolkning, og dens rækkevidde er således formelt set begrænset alene til hovedsagen. At ville tillægge en sådan dom den af Kommissionen ønskede rækkevidde ville svare til tillige at ville gøre den til et afgørende præjudikat på et område, hvor det ikke er fastlagt i traktaten.

Heraf følger, at Gemeente Almelo-dommen, skønt den har belyst tvistens genstand yderligere, ikke udgør et alternativ til beslutningen i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17, som begæret af appellanterne, og at denne dom indgår i en herfra adskilt og selvstændig procedure.

21. Det forhold, at appellanterne ikke skulle have lidt noget tab på grund af de omhandlede begrænsninger, idet de aldrig skulle have drevet virksomhed inden for importsektoren, kan efter min mening ikke på dette stadium af retsforhandlingerne fratage appellanterne retlig interesse i at appellere den afsagte dom.

Det drejer sig nemlig om et forhold, der ligger før sagens faktiske omstændigheder, og hvis betydning for den retlige interesse i søgsmålet eventuelt skulle have været vurderet af Retten. Forholdet kan således ikke af Domstolen betragtes som et nyt faktisk forhold, der kan bortvejre formodningen om retlig interesse hos den part, der ikke har fået medhold i en dom.

Realiteten

22. Appellanterne bygger deres appel på tre anbringender om, at Retten har overtrådt fællesskabsretten, navnlig traktatens artikel 85, stk. 1, artikel 90, stk. 2, og artikel 190.

For det første har de bestridt Rettens retlige kvalifikation af den del af beslutningen, hvori der ikke er nogen henvisning til elimportbegrænsningerne i perioden *før* ETW's ikrafttræden inden for den offentlige forsyningssektor. Ved at afvise søgsmålet på dette punkt, fordi der ikke forelå en retsakt, som kunne være genstand for et søgsmål i medfør af traktatens artikel 173, havde Retten efter appellanternes opfattelse fortolket beslutningen fejlagtigt.

Til støtte herfor har appellanterne påberåbt sig Kommissionens egen fortolkning af beslutningen, hvorefter den, således som ligeledes fremhævet af Retten, stiltiende afviste klagen delvist på dette punkt ved ikke at udtale sig.

23. Efter min opfattelse må dette anbringende tages til følge.

Indledningsvis bemærkes, som også Kommissionen har gjort gældende under nærværende forhandling (ved derved i øvrigt at forkaste den fortolkning af beslutningen, som den oprindelig havde fremført for Retten), at udstederens retlige kvalifikation af en retsakt er underlagt begge Fællesskabets retsinstansers retlige kontrol.

Ved at fastslå, at beslutningen, for så vidt som Kommissionen ikke udtaler sig om et af de tre klagepunkter, som appellanterne havde fremsat i medfør af forordning nr. 17, ikke udgør en retsakt, der kan være genstand for et søgsmål i medfør af traktatens artikel 173, og ved derfor at afvise sagen på dette punkt, har Retten tilsidesat princippet om beskyttelse af den klagendes rettigheder, således som det er blevet fortolket af Domstolen og af Retten selv.

24. Retten har f.eks. med henvisning til de allerede i Domstolens tidligere praksis indeholdte principper i dommen Automec II [24] fastslået, at selv om Kommissionen ikke under en klage i medfør af forordning nr. 17 er forpligtet til at udstede en beslutning, hvorved der tages stilling til, om der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, eller til at foretage en undersøgelse af klagen, er den ikke desto mindre forpligtet til omhyggeligt at undersøge de faktiske og retlige omstændigheder, som den klagende part har fremført, med henblik på at undersøge, om der foreligger adfærd i strid med konkurrenceretten. Såfremt Kommissionen henlægger sagen, er den desuden forpligtet til at begrunde sin beslutning herom for at gøre det muligt for Retten at undersøge, om Kommissionen har begået faktiske eller retlige fejl eller magtfordrejning.

For at kunne gennemføre en særlig beskyttelse af den klagendes rettigheder har Retten

24 — Dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223.

derfor forbeholdt sig at udøve legalitetskontrol med den begrundelse, som ligger til grund for Kommissionens beslutning om at henlægge sagen, for at undersøge, om begrundelsen opfylder betingelserne i traktatens artikel 190. Dette princip må så meget desto mere finde anvendelse, hvor der slet ikke gives nogen begrundelse.

25. Ganske vist råder den klagende, når Kommissionen ikke udtaler sig om klagen i sin helhed, over et retsmiddel, nemlig i form af et passivitetssøgsmål. Dette har imidlertid til formål at tvinge Kommissionen til at tage endelig stilling og indgår i et perspektiv, som intet har at gøre med den sammenhæng, hvori denne sag indgår.

I dette tilfælde foreligger der nemlig en retsakt, hvis beslutningsmæssige indhold og definitive karakter ikke bestrides, som det også fremgår af Rettens manglende afvisning af andre dele af appellanternes annullationssøgsmål. Det drejer sig således ganske enkelt om en retsakt, som ikke udtaler sig om et af de tre klagepunkter, hvorpå appellanterne havde bygget deres klage.

26. Jeg deler heller ikke den opfattelse, som Kommissionen nu synes at have, at institutionen ved at undlade at udtale sig har villet forbeholde sig sin beslutning vedrørende dette spørgsmål eller har villet henskyde den til en senere, særlig procedure, som det skete for så vidt angår de begrænsninger, der vedrørte perioden *efter* ETW's ikrafttræden, som Kommissionen har forbeholdt sig ret til at vurdere inden for rammerne af en traktatbrudsprocedure. En sådan henvisning ville rent faktisk ikke have været berettiget.

Uden anden yderligere angivelse må det forhold, at der ikke er truffet beslutning om en del af klagen, således fortolkes som en *delvis* og *stiltiende* afvisning heraf.

27. Det retsmiddel, som klageren råder over i et sådant tilfælde, er at anfægte retsakten inden for rammerne af en legalitetskontrol i medfør af artikel 173.

Derimod må den løsning, som skulle ligge i et passivitetssøgsmål anlagt med henvisning til det ene aspekt, som Kommissionen ikke havde udtalt sig om, udelukkes. På den ene side er, således som allerede angivet, passivitetssøgsmålet beregnet til at tilskynde Kommissionen til at træffe en beslutning, mens Kommissionen i nærværende sag allerede har taget endelig stilling vedrørende dette spørgsmål.

28. På den anden side ville en sådan løsning medføre, at sagsøgere i tilfælde som det

foreliggende tvinges til at anlægge to særskilte søgsmål dels et annullationssøgsmål, dels et passivitetssøgsmål, som i virkeligheden har samme genstand: at fastslå, at Kommissionen ikke har taget en klage i medfør af forordning nr. 17 til følge i sin helhed. Denne løsning ville ikke yde den klagende tilstrækkelig retssikkerhed og ville samtidig stride mod procesøkonomiske krav.

Jeg finder således, at man ved at tilslutte sig Rettens retlige kvalifikation af Kommissionens beslutning og derfor anse denne for at være en »*ikke-retsakt*«, for så vidt angår den del, hvori Kommissionen ikke udtaler sig om et af klagens aspekter — i det mindste delvist — ville fratage appellanterne de i forordning nr. 17 omhandlede rettigheder; i hvert fald ville udøvelsen af disse rettigheder blive overordentlig vanskeliggjort.

29. Det netop anførte understøttes i øvrigt af Rettens nyeste praksis. Jeg henviser her navnlig til BEMIM-dommen [25], hvori Retten i et tilfælde svarende til det foreliggende nåede frem til resultater, som er i strid med det, som blev fastslået i den her anfægtede dom. I det pågældende tilfælde havde sagsøgeren i medfør af forordning nr. 17 indgivet en klage vedrørende tre punkter, og Kommissionen havde undladt at udtale sig om et af dem.

30. Inden for rammerne af et af sagsøgeren anlagt annullationssøgsmål, som navnlig byggede på manglende begrundelse, undersøgte Retten uden på nogen måde at rejse tvivl om, hvorvidt anbringendet skulle antages til realitetsbehandling, beslutningen ud fra dette synspunkt og fastslog, at beslutningen rent faktisk ikke opfyldte kravene til begrundelse i traktatens artikel 190. Retten tog derfor påstanden til følge og annullerede retsakten delvis.

Hvad angår det i denne sag omhandlede aspekt, er Rettens praksis således ikke fuldstændig entydig.

31. Hvad i øvrigt angår realiteten, forekommer det af Retten i BEMIM-dommen fastslåede princip og navnlig de følger, som kan være resultatet af dets anvendelse, ikke fuldstændig overbevisende.

Der er således efter min opfattelse risiko for, at en ikke-stringent anvendelse af BEMIM-dommen vil kunne komme til at stride imod, hvad Domstolen gentagne gange har fastslået, og hvad Retten har henvist til, nemlig, at Kommissionen, når den modtager en klage

25 — Dom af 24.1.1995, sag T-114/92, Sml. II, s. 147.

med henvisning til forordning nr. 17, »ikke i begrundelsen for de beslutninger, som den må træffe for at sikre anvendelsen af konkurrencereglerne, er forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de berørte har påberåbt sig til støtte for deres anmodning. Kommissionen behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på beslutningens konklusion« [26].

32. Der består ligeledes en risiko for, at selve ånden i retspraksis i henhold til Automec-dommen ikke følges, idet denne retspraksis, skønt den gør det muligt systematisk at fastlægge klagerens rettigheder i henhold til forordning nr. 17, ikke har rejst tvivl om det princip, som er fastlagt af Domstolen og siden gentaget, hvorefter den klagendes rettigheder ikke desto mindre har en mere begrænset rækkevidde end den virksomheds, der er genstand for Kommissionens undersøgelse [27].

I denne forbindelse finder jeg, at Domstolen kan gribe denne lejlighed til klart at erindre om de respektive roller, som Kommissionen (i medfør af traktatens artikel 89 og 155) og de klagende (i medfør af forordningerne nr. 17/62 og nr. 99/63) spiller i forbindelse med konkurrencereglerne: De klagende fremkommer med *faktum* og kan frit fremsætte forslag til den retlige fortolkning heraf. Den retlige kvalifikation af faktum henhører imidlertid under Kommissionens kompetence og er, såfremt den bestrides, underlagt Fællesskabets retsinstansers retlige kontrol.

33. For til sidst at vende tilbage til den foreliggende sag er jeg af den opfattelse, at Kommissionens manglende beslutning vedrørende et af klagens tre aspekter må betragtes som en stiltiende og delvis afvisning, som appellanterne havde ret til at få prøvet af Retten. Et annullationssøgsmål mod en sådan afvisning burde således have været antaget til realitetsbehandling; det følger heraf, at appelsagens første anbringende må tages til følge.

34. I øvrigt er efter min opfattelse betingelserne for, at Domstolen, efter at have annulleret dommen på dette punkt, tager stilling til realiteten uden at hjemvise sagen til Retten, opfyldt.

Sagen er nemlig moden til, at Domstolen kan træffe afgørelse vedrørende appellanternes første klagepunkt for Retten og nærmere bestemt frifinde Kommissionen.

26 — Domstolens domme af 14.7.1972, sag 55/69, Cassella mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 237, org. ref.: Rec. s. 887, og sag 56/69, Hoechst, Sml. 1972, s. 241, org. ref.: Rec. s. 927; jf. tillige Rettens dom af 24.1.1992, sag T-44/90, La Cinq mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, og af 29.6.1993, sag T-7/92, Asia Motors France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 669. BEMIM-dommen henviser i præmisserne til dette princip.

27 — Dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, British American Tobacco Company og R. J. Reynolds Industries mod Kommissionen, Sml. s. 4487.

35. Søgsmålet vedrørte en adfærd, som var lagt for dagen før ETW's ikrafttræden, og som Kommissionen havde undladt at tage stilling til. Denne adfærds påståede konkurrencestridige karakter var imidlertid uden relevans, da beslutningen blev truffet, navnlig fordi appellanterne ikke på nogen måde havde lidt et tab, som kunne erstattes [28], hvilket ingen bestrider.

I øvrigt står det Kommissionen frit for at prioritere hver enkelt sag, navnlig under hensyntagen til Fællesskabets interesse i den konkrete sag [29]. I dette tilfælde har Kommissionen besluttet at koncentrere sin undersøgelse og sin beslutning om den begrænsende virkning, som OVS-aftalen kunne medføre i den periode, hvori ETW var i kraft, og har afvist appellanternes indsigelse om virkningerne af tidligere og ikke længere bestående adfærd. Klagepunktet om manglende beslutning vedrørende denne adfærd kunne således ikke tages til følge.

36. Jeg foreslår derfor, at Domstolen tager appelsagens første anbringende til følge og derfor ophæver Rettens dom, for så vidt som den afviser appellanternes første anbringende mod beslutningen, men at Domstolen samtidig frifinder Kommissionen for det oprindelige anbringende.

37. Jeg går nu derefter, om end kortfattet, over til de to andre anbringender, som appellanterne har fremsat.

Appellanterne har ved deres andet anbringende gjort gældende, at Retten har tilsidesat den i traktatens artikel 190 fastlagte begrundelsespligt. Ved nemlig at fastslå, at klagerne i henhold til forordning nr. 17 udelukkende skulle have ret til at opnå, at Kommissionen fremkom med en endelig beslutning, som fastslog, at der var sket en overtrædelse, når klagens genstand faldt inden for Kommissionens enekompetence, og ved i overensstemmelse med Domstolens praksis at afvise, at Kommissionen havde enekompetence med hensyn til at bringe traktatens artikel 90, stk. 2, *første punktum*, i anvendelse, havde Retten — efter appellanternes opfattelse — undladt at tage eksistensen og rækkevidden af artikel 90, stk. 2, *andet punktum*, i betragtning.

Appellanterne synes derfor at tillægge Kommissionen en enekompetence til at bringe

28 — Det eneste tab, som appellanterne har gjort gældende at have lidt under perioden før ETW's ikrafttræden, skulle være en følge af betalingen af det pristillæg, som Kommissionen imidlertid har fastslået var uden indflydelse af betydning på samhandelen mellem medlemsstaterne.

29 — Jf. f.eks. den nævnte Automec II-dom.

artikel 90, stk. 2, andet punktum, i anvendelse, hvoraf det skulle følge, at de efter Rettens eget udsagn skulle have ret til, at der træffes en beslutning. Det forhold, at Retten ikke har uddybet dette spørgsmål, som ytrer sig således som manglende begrundelse.

38. Dette anbringende kan efter min opfattelse ikke tages til følge, fordi det bygger på en fejlagtig læsning af dommen. Det er ganske vist korrekt, at dommen kun udtrykkelig henviser til det første punktum i traktatens artikel 90, stk. 2; det er imidlertid også korrekt, at der ikke er noget grundlag for at antage, at Retten ved sin manglende henvisning til nævnte artikels andet punktum har villet tage afstand fra den sædvanlige fortolkning af artikel 90, stk. 2, i sin helhed.

Rent faktisk har Domstolen gentagne gange udtalt, at de nationale domstole har kompetence til at vurdere, om konkurrencestridig adfærd hos en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, kan begrundes i hensynet til de særlige opgaver, virksomheden måtte være betroet [30]. Domstolen har aldrig, når den har bekræftet dette princip, foretaget nogen sondring mellem første og andet punktum i artikel 90, stk. 2.

Følgelig er jeg af den opfattelse, at der snarere alene henvises til første punktum i artikel 90, stk. 2, af redaktionelle grunde end som udtryk for en manglende, dybtgående undersøgelse af et forhold, som ville have kunnet give et andet resultat for Retten.

39. Med det tredje anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten ikke har begrundet dommen tilstrækkeligt, når den tilslutter sig Kommissionens opfattelse, hvorefter proceduren efter traktatens artikel 169 har prioritet forud for en procedure i henhold til forordning nr. 17, skønt Retten har indrømmet, at den klagendes rettigheder i så fald ville kunne komme til at lide under forsinkelser.

Også dette sidste anbringende savner grundlag. Retten har nemlig ikke fastlagt et almindeligt hierarkisk princip mellem de forskellige procedurer, men blot fastslået, at den konkurrencestridige situation, som appellanterne havde anmeldt, i dette tilfælde bedre kunne vurderes inden for rammerne af en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 169 i det omfang, de påståede begrænsninger havde opnået et lovgivningsmæssigt grundlag.

30 — Jf. f.eks. foruden de af Retten nævnte domme (de nævnte ERT- og Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro) tillige Gemeente Almelo-dommen.

40. Som allerede bemærket har Retten desuden udtrykkeligt og detaljeret angivet begrundelserne for sit valg, herunder navnlig: a) det er umuligt at pålægge de af proceduren omfattede virksomheder at ophøre med den overtrædelse, som eventuelt bevises, når overtrædelsen pålægges ved en national lov, hvis forenelighed med fællesskabsretten endnu ikke er blevet underkastet vurdering; b) det er nødvendigt at give den pågældende medlemsstat lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger, når spørgsmålet om nævnte lovs lovlighed foreligger; c) at Domstolens kompetence i traktatbrudsprocedurer mod en medlemsstat er umiddelbar og eksklusiv.

Heraf følger med al ønskelig tydelighed, at Retten har givet en tilstrækkelig begrundelse for dommen på dette område i overensstemmelse med forskrifterne i traktatens artikel 190.

41. Hvad angår omkostningerne bemærkes endelig, at selv om appelsagens første anbringende i denne sag er blevet taget til følge, ændres appellanternes situation ikke i det væsentlige, således at de stadig, når alt kommer til alt, har tabt sagen såvel for Retten som for Domstolen. Jeg er derfor af den opfattelse, at appellanterne skal betale alle omkostningerne, herunder de omkostninger, der er forbundet med appelsagen.

Forslag til afgørelse

42. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg således Domstolen:

»1) At antage appelsagens første anbringende til realitetsbehandling og følgelig: a) ophæve Rettens dom, for så vidt som den afviser appellanternes første klagepunkt mod Kommissionens beslutning 91/50/EØF af 16. januar 1991, og b) frifinde Kommissionen for dette oprindelige klagepunkt.

2) I øvrigt forkaste appellen.

3) Dømme appellanterne til at bære sagens omkostninger, herunder omkostningerne i sagen for Domstolen.«