CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 11 juli 1995 *

1. In de onderhavige procedure van hogere voorziening verzoeken de vennootschappen naar Nederlands recht Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV en Regionaal Energiebedrijf Salland NV (hierna: „requiranten") het Hof het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 18 november 1992 in zaak T-16/91 (hierna: het „arrest") [1] te vernietigen. Bij dit arrest heeft het Gerecht het beroep tot nietigverklaring van beschikking 91/50/EEG van de Commissie van 16 januari 1991 (hierna: de „beschikking") [2] gedeeltelijk niet-ontvankelijk verklaard en verworpen voor het overige.

De onderhavige hogere voorziening maakt deel uit van een lange en ingewikkelde contractuele en gerechtelijke strijd, die meer dan zes jaar geleden begonnen is en waarbij talrijke partijen betrokken zijn geweest, betreffende de verenigbaarheid met de verdragsregels inzake mededinging van de beperkingen van de in- en uitvoer van elektriciteit in Nederland.

Feiten en nationale wettelijke regeling

2. In Nederland is de elektriciteitsvoorziening georganiseerd op drie niveaus: de vier producenten leveren aan regionale distributiebedrijven, die zelf aan plaatselijke distributiebedrijven leveren, die de eindverbruiker van elektriciteit voorzien.

Op 3 juni 1949 hebben de producenten een ondernemersvereniging opgericht, de NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (hierna: „SEP") [3], belast met het beheer van het hoogspanningsnet en van de overeenkomsten met buitenlandse elektriciteitsbedrijven inzake in- en uitvoer van elektriciteit.

3. Op 22 mei 1986 heeft SEP met haar aandeelhouders een overeenkomst gesloten (de

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Rendo e. a./Commissie (Jurispr. 1992, blz. II-2417).

2 — Beschikking van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.732 — IJsselcentrale e. a.) (PB 1991, L 28, blz. 32).

3 — Die in de onderhavige zaak intervenieert aan de zijde van de Commissie.

„Overeenkomst van Samenwerking", hierna: de „OVS"), die niet bij de Commissie is aangemeld. Bij artikel 21 van die overeenkomst, heeft SEP zich het uitsluitende recht voorbehouden elektriciteit in- en uit te voeren; haar aandeelhouders zijn verplicht hun klanten, dus de regionale en plaatselijke distributiebedrijven, bij overeenkomst een uitdrukkelijk in- en uitvoerverbod van elektriciteit op te leggen. [4]

De requiranten zijn plaatselijke elektriciteitsdistributiebedrijven, die elektriciteit afnemen van het regionale distributiebedrijf IJsselcentrale (sedert 1988 IJsselmij, hierna: „IJC"). Sedert 1985 legt IJC requiranten, afgezien van de contractuele exclusieve afnameplicht en het bij de OVS voorgeschreven invoerverbod, eveneens een toeslag op (de „egalisatietoeslag"), ter dekking van de extra kosten die voor IJC ontstaan in verband met de elektriciteitsvoorziening in plattelandsgebieden, die de plaatselijke en de andere regionale distributiebedrijven niet hebben te dragen.

4. In 1988 hebben requiranten naar aanleiding van een geschil over de rechtmatigheid van die toeslag, bij de Commissie een verzoek in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (hierna: „verordening nr. 17") [5] ingediend, betreffende de verenigbaarheid met de communautaire mededingingsregels van de volgende beperkingen: a) het uitdrukkelijke invoerverbod neergelegd in de OVS en in de Algemene SEP-Overeenkomst van 1971 [6]; b) de exclusieve afnameplicht, die tevens een invoerverbod inhoudt; c) het recht van de IJC om eenzijdig prijzen vast te stellen en de toeslag op te leggen.

5. De Nederlandse wettelijke regeling die gold tot 8 december 1989 [7], en die dus van toepassing was toen de OVS werd gesloten, maakte het voor eenieder die vooraf een vergunning had verkregen, mogelijk elektriciteit in te voeren. Vanaf 1 juli 1990 daarentegen was ingevolge artikel 34 van de nieuwe Elektriciteitswet van 1989 (hierna: „ETW") het exclusieve recht om voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit in te voeren [8], voorbehouden voor SEP, de „aangewezen vennootschap" ingevolge een ministerieel besluit krachtens artikel 8 ETW. Diezelfde wet heeft bovendien de import voor particulier verbruik vrijgemaakt, doch bevat geen bepalingen over de export.

4 — Ingevolge artikel 21, lid 3, van de OVS zijn van dit verbod uitgesloten, leveringen van een vermogen van maximaal 5 000 kW bij een spanning van 15 kV.

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 — De Algemene SEP-Overeenkomst van 1971 is in haar geheel vervangen door de OVS, en bevat bepalingen van dezelfde strekking.

7 — Datum van inwerkingtreding van het grootste gedeelte van de bepalingen van de nieuwe Elektriciteitswet, waarvan de tekst verder wordt aangehaald.

8 — Tenzij het gaat om elektriciteit met een spanning van minder dan 500 V.

De beschikking van de Commissie

6. Op 16 januari 1991 heeft de Commissie de bestreden beschikking vastgesteld, die uitsluitend gaat over de uit de overeenkomst voortvloeiende beperkingen van de elektriciteitsimport en -export, doch waarin geen beoordeling is gegeven over de toeslag (omdat hij geen gevolgen heeft voor de handel tussen Lid-Staten). De Commissie heeft in de beschikking het volgende verklaard:

— artikel 21 OVS beperkt de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en vormt nog steeds een inbreuk, in weerwil van de bij de ETW ingevoerde regeling [9];

— in de sector *particuliere* verbruikers, vormt de toepassing van de mededingingsregels voor SEP geen beletsel om de dienst van algemeen belang waarmee zij is belast, naar behoren te vervullen, en bovendien vormen de gewraakte beperkingen een belemmering van de handel, die in strijd is met de belangen van de Gemeenschap; bijgevolg is aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 90, lid 2, niet voldaan [10];

— wat de *openbare* voorziening betreft, is erop gewezen, dat het invoerverbod neergelegd is in artikel 34 ETW, zodat de rechtmatigheidstoetsing van dit verbod een voorafgaand onderzoek veronderstelt van de verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling met het gemeenschapsrecht, welke toetsing het voorwerp dient uit te maken van een aparte procedure. [11]

7. Enerzijds is dus in het dispositief van de beschikking in duidelijke termen gesteld, dat artikel 21 OVS in strijd is met het Verdrag, voor zover het een beletsel vormt voor de in- en uitvoer door *particuliere* verbruikers. Anderzijds blijkt uit de beschikking, dat de toetsing van de in de sector *openbare* voorziening *na* de vaststelling van de ETW ingevoerde beperkingen het voorwerp zou dienen uit te maken van een afzonderlijke procedure, nu daarin geen gewag is gemaakt van de gestelde beperkingen voor de *daaraan voorafgaande* periode.

8. Toen de Commissie bij brief van 20 november 1991 aan requiranten liet weten dat de administratieve procedure was ingeleid, maakte zij van de gelegenheid gebruik om de strekking van de beschikking te preciseren, en wees zij erop dat de toeslag vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt irrelevant is, en dat de beschikking neerkomt op een

9 — Punten 21-38 van de beschikking.

10 — Punten 39-48 van de beschikking.

11 — Punt 50 van de beschikking.

gedeeltelijke afwijzing van de klacht voor zover deze gericht is tegen de beperkingen van de invoer van elektriciteit in de sector van de openbare voorziening wat de periode betreft die *voorafgaat* aan de inwerkingtreding van de ETW. [12]

Op 13 juni 1994 heeft de Commissie krachtens artikel 169 van het Verdrag beroep ingesteld en het Hof verzocht vast te stellen, dat het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens de artikelen 30 en 37 van het Verdrag op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen door ter zake van de invoer van elektriciteit in het kader van de openbare voorziening een exclusief recht toe te kennen. Deze zaak is nog hangende. [13]

Het arrest van het Gerecht

9. Op 14 maart 1991 hebben requiranten bij het Gerecht van eerste aanleg beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking, voor zover de Commissie zich niet heeft uitgesproken over de toepassing van artikel 21 OVS op in- en uitvoer van elektriciteit door distributiebedrijven, wat de sector *openbare* voorziening betreft.

10. Bij het arrest waartegen de onderhavige hogere voorziening is gericht, heeft het Gerecht het beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk verklaard en verworpen voor het overige.

Meer in het bijzonder heeft het Gerecht vastgesteld, dat de Commissie zich niet heeft uitgesproken over het invoerverbod voor de sector *openbare* voorziening voor de periode *voorafgaand* aan de inwerkingtreding van de ETW, en hieraan de conclusie verbonden, dat op dit punt een handeling waartegen beroep in de zin van artikel 173 openstaat, ontbreekt, zodat het beroep wat dit aspect betreft, niet-ontvankelijk is. [14]

Voor zover de Commissie zich van een oordeel heeft onthouden wat het tijdvak *na* de inwerkingtreding van de ETW betreft, heeft het Gerecht vastgesteld, dat deze verklaring rechtsgevolgen teweeg heeft gebracht en gevolgen had voor verzoeksters' recht van verdediging. Op deze gronden was het Gerecht van oordeel, dat de beschikking verzoeksters rechtstreeks en individueel raakte, en heeft zij het beroep op dit punt ontvankelijk verklaard. [15]

11. Ten gronde, heeft het Gerecht vastgesteld dat het beroep in wezen op drie middelen was gebaseerd: a) schending van het communautaire mededingingsrecht en van

12 — Verzoeksters hebben ook tegen deze brief beroep ingesteld bij het Gerecht. Bij beschikking van 29 maart 1993 (zaak T-2/92, Rendo e. a./Commissie, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie) is het beroep niet-ontvankelijk verklaard op grond dat het gericht was tegen een handeling die niet het karakter van een besluit had en dus geen rechtsgevolgen kon sorteren.

13 — Zaak C-157/94, Commissie/Nederland.

14 — R. o. 58-62 van het arrest.

15 — R. o. 44-57 van het arrest.

bepaalde algemene rechtsbeginselen; b) schending van de motiveringsplicht; c) schending van wezenlijke vormvoorschriften, in het bijzonder van de verplichting voor de Commissie om, indien zij aan de klacht geen gevolg geeft, aan de klagers een termijn te geven om schriftelijke opmerkingen in te dienen. [16]

Wat het eerste middel betreft, inzonderheid de omstandigheid dat de Commissie zich niet heeft uitgesproken over de toelaatbaarheid van de invoerbeperkingen in het licht van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, heeft het Gerecht erop gewezen, dat de Commissie niet *verplicht* is een beschikking te geven waarbij de betrokken ondernemingen wordt gelast een einde te maken aan de inbreuken, doch een dergelijke beschikking *kan* vaststellen; evenmin verleent artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 degene die een verzoek heeft ingediend, recht op een beschikking waarbij het bestaan van de beweerde inbreuk wordt vastgesteld. [17]

12. Volgens het Gerecht zou een dergelijke verplichting slechts mogelijk zijn indien het voorwerp van de klacht tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie behoorde. Ingevolge de meest recente rechtspraak van het Hof [18] is ook de nationale rechter bevoegd om te onderzoeken of de mededingingsbeperkende gedragingen van een onderneming die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, gerechtvaardigd kunnen zijn uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

13. Vervolgens heeft het Gerecht, onder verwijzing naar de discretionaire bevoegdheid van de Commissie in procedures inzake door particulieren krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 ingediende klachten, onderzocht of de Commissie die bevoegdheid heeft uitgeoefend zonder te dwalen ten aanzien van het recht of de feiten of een kennelijke beoordelingsfout te maken.

Het Gerecht heeft erop gewezen, dat de uit artikel 21 OVS en artikel 34 van de ETW voortvloeiende invoerverboden, afgezien van geringe verschillen, dezelfde gevolgen kunnen opleveren. Volgens het Gerecht volgt daaruit, dat de Commissie terecht tot de conclusie is gekomen, dat het onderzoek van de verenigbaarheid van de nationale wet met het gemeenschapsrecht voorrang heeft boven de

16 — Artikel 6 van 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).

17 — R. o. 98 van het arrest, met verwijzing naar het arrest van het Hof van 18 oktober 1979, zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3189.

18 — Arresten van 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925, en 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed, Jurispr. 1989, blz. 803, door het Gerecht aangehaald.

toetsing van de OVS. Enerzijds kan de Commissie namelijk de ondernemingen niet verplichten zich in strijd met de nationale wet te gedragen, zonder deze wet eerst aan het gemeenschapsrecht te toetsen, en anderzijds beschikt de Commissie voor een dergelijke toetsing over een meer geschikte procedure, namelijk die van artikel 169 van het Verdrag. [19]

14. Deze conclusie doet volgens het Gerecht niet af aan de rechterlijke bescherming die aan particulieren toekomt die een klacht in de zin van verordening nr. 17 hebben ingediend. De klacht is namelijk niet afgewezen, doch is nog bij de Commissie in behandeling; verzoeksters kunnen om voortzetting van de procedure verzoeken indien zij de resultaten van de procedure van artikel 169 ontoereikend achten.

Het Gerecht erkent, dat in een dergelijk geval de uitoefening van verzoeksters' recht van verdediging een aanzienlijke vertraging lijdt, doch stelt vast dat zoiets onvermijdelijk is, aangezien de procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag voorrang heeft boven die krachtens artikel 3 van verordening nr. 17. [20]

15. Het Gerecht heeft verklaard dat de Commissie, door zich te onthouden van een oordeel over de toelaatbaarheid van de betrokken beperkingen in het licht van artikel 90, lid 2, van het Verdrag, niet heeft gedwaald ten aanzien van de feiten of het recht en geen kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt (het heeft bovendien ook verzoeksters' tweede en derde middel, die thans niet aan de orde zijn, ongegrond verklaard), en heeft het beroep, voor zover het ontvankelijk was, verworpen.

Het arrest Almelo

16. In dezelfde context, meer in het bijzonder naar aanleiding van een hoger beroep tegen een arbitraal vonnis waarbij soortgelijke vorderingen als die welke thans aan de orde zijn, werden afgewezen, heeft de Nederlandse rechter het Hof om een prejudiciële beslissing verzocht over de verenigbaarheid met de artikelen 37, 85, 86 en 90 EEG-Verdrag van een importverbod van elektriciteit, *bestemd voor de openbare voorziening*, in de algemene voorwaarden van een regionale distributiemaatschappij van elektriciteit in de jaren 1985 tot en met 1988, eventueel in samenhang met een importverbod in een overeenkomst tussen de nationale produktiebedrijven.

Bij arrest van 27 april 1994 (zaak C-393/92, Almelo) [21] heeft het Hof voor recht verklaard, dat: a) artikel 85 van het Verdrag zich

19 — R. o. 102-107 van het arrest.

20 — R. o. 111 van het arrest.

21 — Jurispr. 1994, blz. I-1477.

verzet tegen de toepassing van een clausule, die een lokale distributeur verbiedt om voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit in te voeren; b) artikel 86 van het Verdrag zich verzet tegen de toepassing, door een regionaal distributiebedrijf dat deel uitmaakt van een groep van ondernemingen die een wezenlijke collectieve machtspositie innemen, van een exclusieve afnameclausule in samenhang met een invoerverbod; c) het aan de nationale rechter staat om na te gaan, of aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 90, lid 2, van het Verdrag is voldaan.

De hogere voorziening

17. Bij verzoekschrift, neergelegd op 21 januari 1993, hebben requiranten hogere voorziening ingesteld en het Hof verzocht: a) het arrest te vernietigen; b) conform het bij het Gerecht ingestelde beroep, de beschikking gedeeltelijk nietig te verklaren, dan wel — subsidiair — de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht ter beslissing van de vraag of genoemde beschikking gedeeltelijk nietig moet worden verklaard; c) de Commissie en/of interveniënte te veroordelen in de kosten van de procedure voor het Gerecht, en de Commissie te veroordelen in de kosten van de procedure voor het Hof. [22]

22 — Op verzoek van requiranten is de procedure in afwachting van de uitspraak in de zaak Almelo opgeschort, en eerst in januari 1995 voortgezet.

Het procesbelang van de requiranten

18. Hoewel zij ter zake geen formele exceptie opwerpt, heeft de Commissie toch twijfels geformuleerd over het bestaan van een procesbelang in hoofde van requiranten. Volgens de Commissie heeft het Hof in zijn arrest Almelo de requiranten volledige voldoening gegeven, door de bestreden beperkingen ook voor de sector *openbare* voorziening, waarover de beschikking zich niet had uitgesproken, onverenigbaar met het Verdrag te verklaren.

Bovendien, aldus de Commissie, hebben de betrokken beperkingen de requiranten tot op heden nog geen schade toegebracht, en zal dit ook in de toekomst niet het geval zijn, nu zij in verband met de elektriciteitsimport nog nooit zijn toegepast, en zulks ook geen zin zou hebben, aangezien de Nederlandse tarieven lager zijn dan die in de buurlanden.

19. Ik wijs erop dat, zelfs wanneer niet uitdrukkelijk een exceptie wordt opgeworpen, het Hof ambtshalve het ontbreken van procesbelang kan vaststellen en het beroep nietontvankelijk kan verklaren. [23]

23 — Beschikking van 24 september 1987, zaak 134/87, Vlachou, Jurispr. 1987, blz. 3633.

Om het bestaan te ontkennen van een procesbelang om hogere voorziening in te stellen tegen een arrest van het Gerecht waarbij de betrokken partij in het ongelijk is gesteld in de zin van artikel 49, tweede alinea, van het Statuut van het Hof, zou evenwel een nieuw feit noodzakelijk zijn, dat zodanige rechtsgevolgen teweegbrengt, dat het arrest van het Hof zijn nuttige werking verliest.

20. Aan het arrest Almelo kan een dergelijke uitwerking mijns inziens niet worden toegeschreven. Enerzijds betreft dit arrest uitsluitend de beperkingen die uit de OVS voortvloeien, en die dus een nauwkeurig afgebakende periode betreffen, en niet die welke thans in de ETW zijn neergelegd, en die het voorwerp uitmaken van een niet-nakomingsprocedure.

Anderzijds is het betrokken arrest uitgesproken in het kader van een prejudicieel verzoek om uitlegging, en is de uitwerking ervan dus op het formele vlak beperkt tot het hoofdgeding. Zou aan een dergelijke uitspraak de door de Commissie gestelde waarde worden toegekend, dan zou zulks hierop neerkomen dat daaraan ten gronde een gezag van gewijsde zou worden toegekend waarin het Verdrag niet voorziet.

Hieruit volgt, dat het arrest Almelo, ofschoon het bijkomende elementen bevat die tot een beter begrip van het geschil bijdragen, geen alternatief kan vormen voor de door de requiranten uit hoofde van artikel 3 van verordening nr. 17 verlangde beschikking, die deel uitmaakt van een andere en autonome procedure.

21. Wat nu de omstandigheid betreft, dat de requiranten ten gevolge van de betrokken beperkingen geen schade hebben geleden, nu deze beperkingen in de sector import buiten toepassing zijn gebleven, ben ik in de huidige stand van het geding van mening, dat dit niet meebrengt dat de requiranten geen procesbelang hebben bij een hogere voorziening.

Het gaat namelijk om een omstandigheid die vóór de feiten van de zaak reeds bestond, en waarvan het Gerecht bij de beoordeling van het procesbelang eventueel de relevantie had moeten onderzoeken. Het Hof kan deze omstandigheid dus niet beschouwen als een nieuw feit dat eventueel het vermoeden kan weerleggen dat een procespartij een belang heeft bij een hogere voorziening tegen het arrest waarbij zij in het ongelijk is gesteld.

Ten gronde

22. Requiranten voeren drie middelen aan, ontleend aan schending door het Gerecht van het gemeenschapsrecht, inzonderheid van de artikelen 85, lid 1, 90, lid 2, en 190 van het Verdrag.

In de eerste plaats betwisten zij de juridische kwalificatie door het Gerecht van de beschikking, waarin niet is ingegaan op de gedurende de periode *vóór* de inwerkingtreding van de ETW geldende invoerbeperkingen voor elektriciteit bestemd voor de openbare voorziening. Waar het Gerecht het beroep op dit punt niet-ontvankelijk heeft verklaard wegens ontbreken van een handeling waartegen beroep openstaat in de zin van artikel 173 van het Verdrag, zou het Gerecht de beschikking onjuist hebben gekwalificeerd.

Tot staving van deze zienswijze beroepen requiranten zich op de uitlegging van de beschikking die is gegeven door de Commissie zelf, die, zoals het Gerecht heeft vastgesteld, door zich te onthouden van een oordeel, de klacht op dit punt impliciet en gedeeltelijk wenste af te wijzen.

23. Mijns inziens is dit middel gegrond.

Vooraf wil ik erop wijzen dat, zoals de Commissie in de onderhavige procedure uiteenzet (met welke zienswijze zij bovendien terugkomt van de uitlegging van de beschikking die zij voor het Gerecht aanvankelijk heeft verdedigd), de juridische kwalificatie van een handeling door de auteur ervan niet onttrokken is aan de dubbele rechterlijke controle van de gemeenschapsrechter.

Waar het Gerecht ervan is uitgegaan dat de beschikking, voor zover zij zich niet uitspreekt over een van de drie middelen die requiranten in een klacht ingevolge verordening nr. 17 hebben aangevoerd, geen handeling is waartegen beroep openstaat in de zin van artikel 173 van het Verdrag, en op die grond het beroep van de requiranten op dit punt niet-ontvankelijk heeft verklaard, heeft het het beginsel van de bescherming van de rechten van de klager miskend, zoals dit door het Hof en door het Gerecht zelf is uitgelegd.

24. In het arrest Automec II [24] bij voorbeeld, heeft het Gerecht de beginselen uit de eerdere rechtspraak van het Hof verder ontwikkeld, en verklaarde het dat de Commissie, wanneer haar een zaak is voorgelegd in de zin van verordening nr. 17, weliswaar niet verplicht is bij beschikking het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels vast te stellen, of naar aanleiding van de klacht een onderzoek te openen, doch wel gehouden is de haar door de klager ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken, om te beoordelen of zij een gedraging aan het licht brengen die in strijd is met de mededingingsregels. Wanneer de Commissie besluit geen gevolg te geven aan de klacht, dient zij dit besluit te motiveren, teneinde het Gerecht in staat te stellen na te gaan of het besluit niet is aangetast door dwaling over de feiten of het recht, of door misbruik van bevoegdheid.

Ter verzekering van de specifieke bescherming van de rechten van de klager, heeft het

24 — Arrest van 18 september 1992, zaak T-24/90, Jurispr. 1992, blz. II-2223.

Gerecht zich dus op het standpunt geplaatst, dat het bevoegd is om toe te zien op de motivering die aan de grondslag ligt van een besluit van de Commissie om een klacht zonder gevolg te laten, teneinde na te gaan of dit besluit voldoet aan de eisen van artikel 190 van het Verdrag. Dit geldt te meer, wanneer elke motivering achterwege is gebleven.

25. Weliswaar beschikt de klager, wanneer de Commissie nalaat zich uit te spreken over de klacht in haar geheel, over de mogelijkheid beroep in te stellen wegens nalaten, doch dit beroep strekt ertoe de Commissie te verplichten een definitief standpunt in te nemen, en is dus te zien in een context die volledig verschilt van die waarover het thans gaat.

In het onderhavige geval bestaat er namelijk een handeling, waarvan vaststaat dat het een besluit is met een definitief karakter, wat hieruit blijkt, dat het Gerecht de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring heeft erkend wat de andere punten betreft. Het probleem is dus gewoon, dat de handeling zich niet uitspreekt over een van de drie punten waarop de klacht van requiranten was gebaseerd.

26. Blijkbaar stelt de Commissie zich op het standpunt, dat haar stilzwijgen inhield dat zij zich over dit punt nog niet wenste uit te spreken, of dat hierover diende te worden beslist in een latere en andere procedure, zoals zij heeft gedaan in verband met de beperkingen voor de periode *na* de inwerkingtreding van de ETW, die zij in het kader van een niet-nakomingsprocedure wenste te onderzoeken. Een dergelijke verwijzing zou evenwel niet gerechtvaardigd zijn geweest.

Bij gebreke van enige andere aanwijzing, dient het stilzwijgen over een punt van de klacht dus te worden gezien als een *gedeeltelijke* en *impliciete* afwijzing daarvan.

27. In een dergelijk geval kan de klager tegen de handeling opkomen door in het kader van artikel 173 de wettigheid ervan te laten nagaan.

De oplossing kan er volgens mij niet in bestaan, een beroep wegens nalaten in te stellen, uitsluitend met betrekking tot het punt waarover de Commissie zich niet heeft uitgesproken. Zoals gezegd, is het beroep wegens nalaten enerzijds bedoeld om een beslissing van de Commissie uit te lokken, terwijl de Commissie in de zaak waarover het thans gaat, over dit punt reeds een definitief standpunt heeft ingenomen.

28. Bovendien zou een dergelijke oplossing in een geval zoals dit tot gevolg hebben, dat

de verzoekende partijen twee verschillende beroepen moeten instellen, een beroep tot nietigverklaring en een beroep wegens nalaten, met hetzelfde voorwerp: in de twee gevallen zou worden opgekomen tegen de omstandigheid dat de Commissie geen gevolg heeft gegeven aan een klacht in de zin van verordening nr. 17, in de termen waarin deze was geformuleerd. De rechten van de klager zouden hierdoor onvoldoende zijn gewaarborgd, en bovendien zou dit in strijd zijn met de eisen van de proceseconomie.

Het komt mij voor dat, indien de juridische kwalificatie wordt aanvaard die het Gerecht aan de beschikking van de Commissie heeft gegeven, en indien er dus van wordt uitgegaan dat zij *„niet het karakter van een handeling heeft"* voor zover de Commissie zich daarin niet uitspreekt over een punt van de klacht, requiranten zeker voor een deel de rechten worden ontzegd die voortvloeien uit verordening nr. 17; in ieder geval zou de uitoefening van die rechten buitengewoon moeilijk worden.

29. Deze opvatting vindt bovendien steun in de recente rechtspraak van het Gerecht zelf. Ik denk hierbij inzonderheid aan het arrest BEMIM [25], waarin het Gerecht, in een zaak die veel gelijkenis vertoont met de onderhavige, tot een conclusie is gekomen die tegenovergesteld is aan die in het bestreden arrest. In de betrokken zaak had de verzoekende partij een klacht ingediend in de zin van verordening nr. 17, en over een van de drie punten van die klacht had de Commissie zich niet uitgesproken.

30. In het kader van het door de verzoekende partij ingestelde beroep tot nietigverklaring, dat onder meer gebaseerd was op ontbreken van motivering, heeft het Gerecht niet de geringste twijfel laten bestaan over de ontvankelijkheid van dit middel, bij onderzoek waarvan het tot de vaststelling is gekomen dat de beschikking niet voldeed aan de eisen van artikel 190 van het Verdrag. Het Gerecht heeft het beroep toegewezen en de beschikking gedeeltelijk nietig verklaard.

Over het punt dat thans aan de orde is, heeft het Gerecht in zijn rechtspraak dus geen eenduidig standpunt ingenomen.

31. Wat de grond van de zaak betreft, heb ik bovendien twijfels over het door het Gerecht in het arrest BEMIM ontwikkelde beginsel, en vooral over de gevolgen die uit de toepassing daarvan kunnen voortvloeien.

Mijns inziens bestaat het gevaar, dat een minder nauwgezette toepassing van het arrest BEMIM in strijd komt met wat het Hof, en later ook het Gerecht, bij herhaling hebben verklaard, namelijk dat de Commissie ingevolge verordening nr. 17 „niet verplicht is in

25 — Arrest van 24 januari 1995, zaak T-114/92, Jurispr. 1995, blz. II-147.

de motivering van haar beschikkingen haar standpunt te bepalen ten aanzien van alle argumenten die belanghebbenden tot staving van hun verzoek kunnen inroepen. Zij kan namelijk volstaan met een uiteenzetting van de feiten en rechtsoverwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn." [26]

32. Bovendien bestaat het gevaar, dat de geest van het arrest Automec wordt verraden. Weliswaar is er daarin naar gestreefd systematisch de rechten van de klagers in de zin van verordening nr. 17 op te sommen, doch daarin is niet het door het Hof geformuleerde en inmiddels tot de vaste rechtspraak behorende beginsel ter discussie gesteld, dat de rechten van de klagers niet zover gaan als die van de onderneming waartegen het onderzoek is gericht. [27]

Het Hof heeft thans de gelegenheid om duidelijk de rol af te bakenen die inzake de mededingingsregeling toekomt aan de Commissie (in de zin van de artikelen 89 en 155 van het Verdrag) en aan de klagers (in de zin van verordeningen nrs. 17 en 99/63): de klagers delen de *feiten* mee, en het komt hun toe een juridische uitlegging daarvan in overweging te geven. De juridische kwalificatie van die feiten behoort tot de bevoegdheden van de Commissie, en is bij betwisting onderworpen aan het rechterlijk toezicht van de gemeenschapsrechter.

33. Wat nu de onderhavige zaak betreft, kom ik tot de conclusie, dat de omstandigheid dat de Commissie zich over een van de drie punten van de klacht niet heeft uitgesproken, als een impliciete en gedeeltelijke afwijzing is te beschouwen, waartegen de klagers bij het Gerecht konden opkomen. Het beroep tot nietigverklaring van die afwijzing diende dus ontvankelijk te worden verklaard; hieruit volgt, dat het eerste middel van de hogere voorziening gegrond is.

34. Bovendien zijn volgens mij de voorwaarden aanwezig waaronder het Hof, na het arrest op dit punt nietig te hebben verklaard, over de grond van de zaak uitspraak kan doen zonder de zaak naar het Gerecht terug te verwijzen.

Het Hof beschikt namelijk over alle elementen om zelf ten gronde uitspraak te doen over het eerste bezwaar dat verzoeksters voor het Gerecht hebben aangevoerd, en om het ongegrond te verklaren.

26 — Arresten van het Hof van 14 juli 1972, zaak 55/69, Casella, Jurispr. 1972, blz. 887, en zaak 56/69, Hoechst, Jurispr. 1972, blz. 927; zie ook de arresten van het Gerecht van 24 januari 1992, zaak T-44/90, La Cinq, Jurispr. 1992, blz. II-1, en 29 juni 1993, zaak T-7/92, Asia Motors, Jurispr. 1993, blz. II-669. Ook in het arrest BEMIM is naar dit beginsel verwezen.

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

35. Het bezwaar betrof gedragingen vóór de inwerkingtreding van de ETW, waarover de Commissie geen standpunt had ingenomen. Het gestelde mededingingsbeperkende karakter van die gedragingen was ten tijde van de beschikking evenwel zonder belang, met name omdat, zoals gezegd, de requiranten geen schade hadden geleden die voor vergoeding in aanmerking kwam. [28]

Bovendien bepaalt de Commissie vrij welke prioriteit zij aan elke procedure toekent, onder meer op grond van het gemeenschapsbelang van de procedure. [29] In casu heeft zij besloten haar onderzoek en de beschikking toe te spitsen op het restrictief karakter van de OVS sedert de inwerkingtreding van de ETW, en heeft zij, door zich daarover niet uit te spreken, de bezwaren van de requiranten naast zich neergelegd voor zover zij betrekking hadden op eerdere gedragingen die niet langer actueel waren. Het middel ontleend aan het achterwege blijven van een uitspraak betreffende die gedragingen, was dus ongegrond.

36. Concluderend zou ik willen stellen, dat het Hof het eerste middel van de hogere voorziening gegrond dient te verklaren, en derhalve het arrest van het Gerecht dient te vernietigen voor zover daarbij verzoeksters' eerste middel tegen de beschikking niet-ontvankelijk was verklaard; wel dient het Hof het voor het Gerecht aangevoerde eerste middel ongegrond te verklaren.

37. Over de twee andere middelen van requiranten zal ik kort zijn.

Met hun tweede middel verwijten de requiranten het Gerecht zich niet te hebben gehouden aan de motiveringsplicht van artikel 190 van het Verdrag. Waar het Gerecht namelijk heeft verklaard dat de klagers in de zin van verordening nr. 17 alleen dan recht hebben op een definitieve beschikking van de Commissie betreffende het bestaan van de beweerde inbreuk, wanneer het voorwerp van de klacht tot de exclusieve bevoegdheden van de Commissie behoort, en waar het, onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof, het bestaan heeft ontkend van de uitsluitende bevoegdheid van de Commissie ter zake van de toepassing van artikel 90, lid 2, *eerste volzin,* van het Verdrag, zou het Gerecht namelijk het bestaan en de strekking van artikel 90, lid 2, *tweede volzin,* buiten beschouwing hebben gelaten.

Blijkbaar schrijven requiranten aan de Commissie dus een exclusieve bevoegdheid toe

28 — De enige schade die requiranten stellen tijdens de periode vóór de inwerkingtreding van de ETW te hebben geleden, zou voortvloeien uit de betaling van de egalisatietoeslag, waarvan de Commissie evenwel heeft vastgesteld, dat de gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten te verwaarlozen zijn.

29 — Zie bij voorbeeld arrest Automec II, reeds aangehaald.

inzake de toepassing van artikel 90, lid 2, tweede volzin, waaruit hun recht voortvloeit op een beschikking, zulks overeenkomstig de door het Gerecht zelf vastgestelde voorwaarden. Dat het Gerecht niet op de vraag is ingegaan, zou dus neerkomen op een ontbreken van motivering.

38. Mijns inziens moet het middel worden afgewezen, omdat het gebaseerd is op een onjuiste interpretatie van het arrest. Het is inderdaad zo, dat in het arrest alleen uitdrukkelijk wordt gerefereerd aan de eerste volzin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag; er zijn evenwel geen gronden om te stellen, dat het Gerecht hiermee de bedoeling zou hebben gehad af te wijken van de algemeen gangbare interpretatie van artikel 90, lid 2, in zijn geheel beschouwd.

Het Hof heeft zich bij herhaling in die zin uitgesproken, dat de nationale rechters bevoegd zijn om na te gaan of de mededingingsbeperkende gedragingen van een met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang belaste onderneming hun rechtvaardiging kunnen vinden in de bijzondere bevoegdheden die aan die onderneming zijn opgedragen. [30] Waar het Hof dit beginsel heeft geformuleerd, heeft het nooit enig onderscheid gemaakt tussen de eerste en de tweede volzin van artikel 90, lid 2.

Dat alleen de eerste volzin van artikel 90, lid 2, is vermeld, heeft te maken met de redactie van de tekst, en betekent niet dat het onderzoek van een punt achterwege is gebleven, op grond waarvan het Gerecht eventueel tot een andere conclusie had kunnen komen.

39. Met hun laatste middel stellen requiranten, dat het Gerecht zijn arrest onvoldoende met redenen heeft omkleed, voor zover het daarin de zienswijze van de Commissie deelt betreffende de voorrang die toekomt aan een procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag boven de procedure krachtens verordening nr. 17, hoewel het heeft toegegeven dat zulks vanuit het oogpunt van de rechten van de requiranten vertraging zou meebrengen.

Ook dit middel is ongegrond. Het Gerecht heeft namelijk niet als algemeen beginsel gesteld, dat er een hiërarchie bestaat tussen de procedures, doch heeft alleen gesteld, dat in het concrete geval waarover het zich had uit te spreken, de beperkingen van de mededinging waartegen de klagers opkwamen, beter konden worden beoordeeld in het kader van een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 169; en zulks te meer, omdat aan de gewraakte beperkingen een wettelijke grondslag is gegeven.

30 — Zie bij voorbeeld, afgezien van de reeds aangehaalde arresten van het Gerecht (ERT en Ahmed Saeed), het arrest Almelo.

40. Zoals gezegd, heeft het Gerecht bovendien uitdrukkelijk en in bijzonderheden de redenen voor zijn keuze vermeld: a) de onmogelijkheid om de onderneming waartegen de procedure loopt, de verplichting op te leggen de eventueel vastgestelde inbreuk te beëindigen, wanneer deze inbreuk voortvloeit uit een verplichting opgelegd door een nationale wettelijke regeling waarvan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht nog niet is beoordeeld; b) de noodzaak om de betrokken Lid-Staat de gelegenheid te geven zijn opmerkingen te maken, wanneer de regelmatigheid van bedoelde wet ter discussie staat; c) de primaire en uitsluitende bevoegdheid van het Hof in niet-nakomingsprocedures tegen een Lid-Staat. Duidelijk is dus, dat het Gerecht zijn arrest overeenkomstig de eisen van artikel 190 van het Verdrag, op dit punt naar behoren met redenen heeft omkleed.

41. Wat ten slotte de kosten betreft, zij erop gewezen dat de toewijzing van het eerste middel in de onderhavige procedure van hogere voorziening de positie van de requiranten niet substantieel wijzigt en dat zij, na eerst in het ongelijk te zijn gesteld voor het Gerecht, ook voor het Hof in het ongelijk worden gesteld. Bijgevolg dienen zij te worden verwezen in de kosten van het geding, daaronder begrepen die welke op de hogere voorziening zijn gevallen.

Conclusie

42. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

„1) Het eerste middel in hogere voorziening toe te wijzen, en dus a) het arrest van het Gerecht te vernietigen voor zover daarbij het eerste door verzoeksters tegen beschikking 91/50/EEG van de Commissie van 16 januari 1991 aangevoerde middel niet-ontvankelijk was verklaard; en b) het in eerste aanleg aangevoerde middel af te wijzen.

2) De hogere voorziening te verwerpen voor het overige.

3) Requiranten te verwijzen in de kosten van de zaak, daaronder begrepen die welke op de procedure voor het Hof zijn gevallen."