FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 13. maj 1997 *

I den foreliggende sag skal Domstolen tage stilling til den appel, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Den Franske Republik i medfør af artikel 49 i EF-statutten for Domstolen har iværksat af dom afsagt den 18. september 1995 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans [1]. Ved denne dom fik det engelske selskab Ladbroke Racing Ltd medhold i den sag, selskabet havde anlagt i medfør af artikel 173 i EF-traktaten (herefter »traktaten«) med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 29. juli 1993. Ved denne beslutning havde Kommissionen afvist Ladbroke's klage (IV/33.374), der var blevet indgivet den 24. november 1989, over den måde, hvorpå væddemål i hestevæddeløb efter totalisatorsystemet organiseres i Frankrig [2], og over den eneret, fransk lovgivning tillægger Pari mutuel urbain (herefter »PMU«), som er en national (fransk) virksomhedsgruppe.

Det skal for det første fremhæves, at Retten i Første Instans i sin dom har anlagt en fortolkning af traktatens artikel 85 og 86, hvis konsekvenser er yderst interessante, og hvis gyldighed Domstolen skal vurdere.

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag er nøje beskrevet i præmis 1-25 i den anfægtede dom, hvortil jeg henviser. I den foreliggende appelsag er det tilstrækkeligt at erindre om følgende forhold:

2. Den 24. november 1989 indgav Ladbroke en klage (IV/33.374) til Kommissionen over for det første Den Franske Republik, for det andet de ti førende væddeløbsselskaber i Frankrig [3] og for det

* Originalsprog: græsk.

1 — Dom i sag T-548/93, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 2565.

2 — Totalisatorsystemet, der er det eneste tilladte i Frankrig, kendetegnes ved, at indsatserne indgår i en fælles pulje, der efter forskellige fradrag uddeles til vinderne. Spillerne indgår væddemål mod hinanden, og gevinstens størrelse afhænger af indsatsernes beløb og antallet af vindere. Væddemålsarrangøren opnår ikke sin indtægt fra spillernes tabte indsatser, men ved fradrag i indsatspuljen.

3 — Der er tale om selskaber, som har fået tilladelse til at organisere on-course- og off-course-væddemål efter totalisatorsystemet.

tredje PMU [4]. Ladbroke anmodede, for så vidt selskabets klage tog sigte på PMU og de heri sammensluttede selskaber, Kommissionen om i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [5] (herefter »forordning nr. 17«) at træffe følgende foranstaltninger.

For det første anmodedes Kommissionen om at fastslå, at der forelå overtrædelser af traktatens artikel 85, stk. 1, som følge af de mellem de i Frankrig autoriserede væddeløbsselskaber indbyrdes og mellem dem og PMU afsluttede aftaler eller som følge af disse parters samordnede praksis, samt om at pålægge de nævnte parter at bringe disse overtrædelser til ophør. Disse aftaler eller denne samordnede praksis gik angiveligt ud på, at PMU skulle have eneret til off-course-totalisatorvæddemål i løb, der blev arrangeret eller kontrolleredes af de nævnte selskaber, at der skulle gives opbakning til en ansøgning om statsstøtte til PMU, og endelig, at PMU skulle have mulighed for at drive virksomhed også i andre medlemsstater end Frankrig.

Ladbroke anmodede for det andet Kommissionen om at fastslå, at der med overladelsen til PMU af eneret til at foranstalte og organisere off-course-væddemål på den ene side og PMU's modtagelse af en ulovlig statsstøtte på den anden side forelå overtrædelser af EØF-traktatens artikel 86, og om at påbyde, at disse overtrædelser blev bragt til ophør. Ladbroke anmodede endvidere Kommissionen om at påbyde PMU at tilbagebetale den ulovlige statsstøtte, sammenslutningen således havde modtaget, med tillæg af rente til gældende markedsrentesats. Desuden oplyste Ladbroke over for Kommissionen, at der fra PMU's side forelå andre former for misbrug af dominerende stilling [6]. Ladbroke anførte endelig, at konkurrencen blev fordrejet som følge af PMU's snævre forbindelser med sammenslutningens vigtigste leverandører.

3. Ladbroke anmodede, for så vidt selskabets klage tog sigte på Den Franske Republik, Kommissionen om i henhold til EØF-traktatens artikel 90, stk. 3, at vedtage en beslutning med henblik på at bringe den overtrædelse til ophør, der forelå fra Den Franske Republiks side af følgende bestemmelser:

For det første traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, 52, 53, 85 og 86 samt artikel 90, stk. 1, som følge af vedtagelsen og opretholdelsen af ovennævnte franske lovgivning, idet der ved denne var tilvejebragt et lovgrundlag

4 — PMU er en erhvervsøkonomisk sammenslutning med de ti førende væddeløbsselskaber i Frankrig som deltagere. PMU er stiftet med henblik på at udnytte disse selskabers rettigheder vedrørende afslutning af off-course-væddemål efter totalisatorsystemet. PMU's udnyttelse af selskabernes rettigheder ved organiseringen af disse væddemål foregik oprindelig som en »fælles tjeneste« (dekret af 11.7.1930 om udvidelse af off-course-totalisatorvæddemål). Efter indførelsen af bestemmelserne i artikel 13 i dekret nr. 74-954 af 14.11.1974 om hestevæddeløbsselskaber har PMU varetaget væddeløbsselskabernes rettigheder i off-course-totalisatorvæddemål med eneret. I denne artikel hedder det: »De væddeløbsselskaber, der kan afslutte off-course-væddemål efter totalisatorsystemet ... lader udnyttelsen heraf ske gennem en fælles tjeneste, der benævnes Pari mutuel urbain.« Denne eneret for PMU er endvidere beskyttet ved et forbud mod, at andre afslutter væddemål i forbindelse med hestevæddeløb (artikel 8 i fællesministeriel anordning af 13.9.1985 om PMU). Eneretten omfatter væddemål, der indgås uden for Frankrig i væddeløb, der organiseres i Frankrig, samt væddemål, der indgås i Frankrig i væddeløb, der organiseres i udlandet, idet også disse kun må formidles af selskaber, der har fået tilladelse hertil, og/eller PMU (artikel 15, stk. 3, i lov nr. 64-1279 af 23.12.1964, som er finansloven for 1965).

5 — Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

6 — Ladbroke har gjort gældende, at de spillere, der modtager PMU's ydelser, udnyttes, idet der ikke organiseres væddemål i løb på baner, der ikke tilhører de førende væddeløbsselskaber, og adgangen til at afslutte væddemål i løb på baner, der tilhører disse selskaber, begrænses. Ladbroke har ligeledes klaget over PMU's og PMU's afdelingers begrænsede udbud af væddemålsydelser i udenlandske væddeløb samt over den dårlige kvalitet af de ydelser, der tilbydes.

for aftalerne dels mellem væddeløbsselskaberne indbyrdes, dels mellem disse og PMU. Ladbroke klagede over, at PMU ved denne lovgivning fik tillagt eneret til at afslutte off-course-væddemål, og at der indførtes et generelt forbud mod, at der gennem andre end PMU formidles eller indgås off-course-væddemål i hestevæddeløb, der organiseres i Frankrig.

For det andet traktatens artikel 3, litra f), artikel 52, 53, 59, 62, 85 og 86 samt artikel 90, stk. 1, som følge af vedtagelsen og opretholdelsen af ovennævnte lovgivning, hvorefter der i Frankrig ikke uden videre må afsluttes væddemål i løb, der organiseres uden for Frankrig.

For det tredje traktatens artikel 90, stk. 1, og artikel 92 og 93 som følge af ydelse af ulovlig støtte til PMU.

4. Ved skrivelse af 11. august 1992 opfordrede Ladbroke med hjemmel i EØF-traktatens artikel 175 Kommissionen til inden to måneder at tage stilling til selskabets klage af 24. november 1989. Ved skrivelse af 12. oktober 1992 meddelte Kommissionen Ladbroke, at den fortsat var i gang med at undersøge klagen, men at denne undersøgelse imidlertid krævede lang tid. Den 21. december 1992 anlagde Ladbroke i medfør af traktatens artikel 175 passivitetssøgsmål med påstand om, at det blev fastslået, at Kommissionen i strid med traktaten havde undladt at vedtage en beslutning vedrørende de forskellige forhold i selskabets klage, der henhørte under traktatens artikel 90. Sagen blev afvist af Retten i Første Instans ved dom af 27. oktober 1994 [7].

5. Kommissionen meddelte ved skrivelse af 9. februar 1993 i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63/EØF (EFT 1963-1964, s. 42) Ladbroke, at den ikke havde i sinde at stille sig imødekommende til de dele af Ladbroke's klage, der vedrører de overtrædelser af traktatens artikel 85 og 86, som de franske væddeløbsselskaber og PMU påstås at have gjort sig skyldige i. Ved sin beslutning af 29. juli 1993 afviste Kommissionen Ladbroke's klage af de såvel i beslutningen som i skrivelsen af 9. februar 1993 anførte grunde.

6. Den 19. oktober 1993 anlagde Ladbroke sag ved Retten i Første Instans til prøvelse af denne kommissionsbeslutning. Den franske regering intervenerede i sagen. Ved dom af 18. september 1995 i sag T-548/93 [8] gav Retten i Første Instans sagsøgeren medhold og annullerede Kommissionens beslutning af 29. juli 1993. Denne dom gav anledning til to særskilte appelskrifter, indleveret henholdsvis den 22. november 1995 af Kommissionen (sag C-359/95 P) og den 27. november 1995 af Den Franske Republik (sag C-379/95 P). Ved kendelse af 29. januar 1996 har Domstolens præsident besluttet at forene disse sager

7 — Sag T-32/93, Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 1015.
8 — Se fodnote 1.

med henblik på den skriftlige forhandling, den mundtlige forhandling og dommen.

II — Den anfægtede dom

7. Kommissionen har nedlagt påstand om, at den anfægtede dom ophæves i det omfang, den annullerer den omtvistede beslutning, at der afsiges frifindelsesdom i den sag, som Ladbroke har anlagt ved Retten i Første Instans, og at Ladbroke tilpligtes at betale sagsomkostningerne i begge instanser.

Den Franske Republik har nedlagt påstand om, at den anfægtede dom ophæves i det omfang, den omtvistede beslutning derved annulleres, og at der gives Kommissionen medhold i de påstande, den havde nedlagt i Første Instans.

Ladbroke har nedlagt påstand om, at appellerne afvises eller forkastes, og at Kommissionen og Den Franske Republik tilpligtes at afholde sagernes omkostninger. Subsidiært, for det tilfælde, at Domstolen admitterer appellen i de to sager, har Ladbroke nedlagt påstand om, at sagen realitetsbehandles, og at der træffes afgørelser vedrørende de spørgsmål, der ikke blev afgjort i sag T-548/93, eller at sagen hjemvises til Retten, der da skal afgøre disse spørgsmål.

8. De overvejelser, som i det væsentlige ligger til grund for konklusionen i den af Retten i Første Instans afsagte dom, er indeholdt i dommens præmis 43 og 46-51, som har følgende ordlyd:

»Retten finder, at det i denne sag er anbringendet om behandlingen af klagens to dele om de påståede overtrædelser af henholdsvis traktatens artikel 85 og 86 og dens artikel 90, der først skal undersøges, for så vidt som der hermed rejses kritik af den måde, hvorpå Kommissionen generelt har gennemført behandlingen af klagen. Navnlig må det undersøges, om Kommissionen har været forpligtet til at tage stilling til, om de nationale franske lovregler er i overensstemmelse med traktaten, før den vedtog den anfægtede beslutning i henhold til traktatens artikel 85 og 86 [præmis 43].

Kommissionen ses i den foreliggende sag at have indledt behandlingen af sagsøgerens klage i henhold til traktatens artikel 90 med henblik på at afgøre, om den nationale franske lovgivning er i overensstemmelse med traktatens øvrige bestemmelse, hvilken behandling ikke er afsluttet. Det må derfor undersøges, om Kommissionen endeligt kunne afvise sagsøgerens klage i henhold til traktatens artikel 85 og 86 og forordning nr. 17 uden forinden at have afsluttet

behandlingen af klagen i henhold til traktatens artikel 90 [præmis 46].

Retten bemærker i den forbindelse, at Kommissionen under den skriftlige forhandling og under den mundtlige forhandling har gjort gældende, at det konkurrencespørgsmål, der blev rejst i sagsøgerens klage, kun kunne behandles ved en undersøgelse af, om den nationale franske lovgivning om PMU's lovbestemte monopol var i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, og efter omstændighederne ved en indgriben på grundlag af traktatens artikel 90, og at nævnte undersøgelse derfor måtte prioriteres først, idet dens resultater havde gyldighed for alle tidligere eller fremtidige aftaler mellem væddeløbsselskaberne (svarskriftet, punkt 46). Retten finder derfor, at vurderingen på grundlag af traktatens artikel 85 og 86 af den adfærd fra væddeløbsselskabernes og PMU's side, som Ladbroke har rejst kritik af i klagen, ikke fuldt ud har kunnet gennemføres uden en forudgående bedømmelse af den nationale lovgivning efter traktatens bestemmelser [præmis 47].

Såfremt Kommissionen nemlig fastslår, at den omhandlede nationale lovgivning er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, vil den omstændighed, at væddeløbsselskabernes og PMU's adfærd er i overensstemmelse med denne nationale lovgivning, bevirke, at denne adfærd også må anses for at være i overensstemmelse med bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86, mens det, såfremt adfærden er i strid med den nationale lovgivning, er muligt at konstatere, at denne adfærd udgør selvstændige overtrædelser i af disse bestemmelser i traktaten [præmis 48].

Omvendt må Kommissionen, såfremt den finder, at den nationale lovgivning ikke er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, dernæst undersøge, om den omstændighed, at selskaberne og PMU følger bestemmelserne i den mod traktatens bestemmelser stridende nationale lovgivning, kan medføre, at der vedtages foranstaltninger over for dem med henblik på at bringe overtrædelser af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 til ophør [præmis 49].

Kommissionen kan herefter ikke med vedtagelsen af beslutningen om endeligt at afvise sagsøgerens klage i henhold til traktatens artikel 85 og 86 uden forinden at have afsluttet undersøgelsen af, om den nationale franske lovgivning er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser, antages at have opfyldt sin forpligtelse til omhyggeligt at undersøge de faktiske og retlige omstændigheder, som meddeles den af klagere (jf. ovennævnte dom i sagen Automec mod Kommissionen, præmis 79), for dermed at tilgodese det krav om sikkerhed, som en endelig beslutning vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, skal opfylde (jf. Rettens dom af 24.1.1992, sag T-44/90, La Cinq mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 61). Den kunne altså ikke retmæssigt på dette trin i sagen fastslå, at de nævnte traktatbestemmelser ikke fandt anvendelse på den adfærd fra de førende franske væddeløbsselskabers og PMU's side, som sagsøgeren havde kritiseret, og dernæst, at det var uden interesse for Fællesskabet at fastslå, hvorvidt de af sagsøgeren påståede

overtrædelser havde fundet sted, fordi der var tale om overtrædelser af konkurrencereglerne af ældre dato [præmis 50].

Af det anførte følger, at Kommissionen med den endelige afvisning af sagsøgerens klage under henvisning til uanvendeligheden af traktatens artikel 85 og 86 og den manglende interesse for Fællesskabet, før den havde afsluttet sin undersøgelse af, om den i nævnte klage kritiserede franske lovgivning var i overensstemmelse med traktatens konkurrencebestemmelser, har argumenteret på grundlag af en fejlagtig fortolkning af de retlige betingelser for, at der kan tages endelig stilling til, om de påståede overtrædelser foreligger [præmis 51].«

III — Anbringender til støtte for appellen

A — *Sag C-359/95 P*

Kommissionen har til støtte for sin appel fremført tre anbringender:

1. *Det første anbringende*

9. Kommissionen har gjort gældende, at Retten ud fra et forkert retsgrundlag nåede til det resultat, at når både traktatens artikel 90 og dens artikel 85 og 86 kan være af betydning for afgørelsen af én og samme sag, skal Kommissionen afslutte undersøgelsen på grundlag af artikel 90, før den tager stilling til, om artikel 85 og 86 er anvendelige, eller før den afviser klagen på grund af manglende fællesskabsinteresse.

a) Første led i det første anbringende

Første led i det første anbringende vedrører ovennævnte præmis 47 i den anfægtede dom.

10. Kommissionen har gjort gældende, at den aldrig har hævdet, at den eneste måde, hvorpå klagerne over tilsidesættelse af traktatens artikel 85 og 86 skulle behandles, var, at det først skulle undersøges, om den relevante franske lovgivning er forenelig med traktaten. Kommissionen anførte blot i det til Retten indleverede svarskrift, at den havde givet prioritet til undersøgelsen af den franske lovgivning på grundlag af artikel 90, idet den fandt, at denne lovgivning var den mest umiddelbare hindring for konkurrencen. Kommissionen fandt endvidere ikke, at det var i Fællesskabets interesse at undersøge væddeløbsselskabernes adfærd før 1974.

b) Andet led i det første anbringende

11. Appellanten finder, at Retten ved at konkludere, at Kommissionen skulle afslutte sin undersøgelse i henhold til artikel 90, før den

afviste klagerne i henhold til artikel 85 og 86, har opstillet en rangfølge mellem proceduren i henhold til forordning nr. 17 og proceduren over for en medlemsstat, der har tilsidesat sine forpligtelser. Ifølge Kommissionen var denne rangfølge imidlertid ikke behørigt begrundet i den anfægtede dom, og den er ikke forenelig med det skøn, Kommissionen har ifølge fællesskabsretten, når den skal bestemme, hvilket aspekt af en klage der først skal undersøges [9].

12. Appelindstævnte finder appellantens henvisning til dommen i sagen Rendo m.fl. mod Kommissionen irrelevant, idet Kommissionen faktisk ikke gav prioritet til den del af klagen, der bygger på artikel 90, men derimod så bort fra denne del af klagen, indtil Ladbroke truede med at iværksætte proceduren efter artikel 175. Ifølge appelindstævnte har Kommissionens eneste prioritet i denne sag været at undgå at skulle tage stilling til, om de franske lovbestemmelser strider imod traktaten, selv om det er nødvendigt at tage stilling til dette spørgsmål for at behandle Ladbroke's klage korrekt. Ifølge appelindstævnte fremgår Kommissionens hensigter af, at den hidtil ikke har truffet nogen afgørelse om den franske lovgivnings forenelighed med fællesskabsretten.

9 — Dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319.

2. *Det andet anbringende*

13. Med dette anbringende gøres det gældende, at Retten på et forkert retsgrundlag nåede til det resultat, at der skulle ses bort fra Kommissionens konstatering af, at der ikke var sket tilsidesættelse af artikel 85 og 86, uden hensyn til spørgsmålet om den franske lovgivnings forenelighed med traktaten. Kommissionen har hævdet, at dens konstatering af, at visse forudsætninger for anvendelsen af disse bestemmelser ikke var opfyldt, var en tilstrækkelig begrundelse for at afvise klagen i henhold til disse bestemmelser, uden at det var nødvendigt først at undersøge den franske lovgivnings forenelighed med traktaten.

a) Første led i det andet anbringende

14. Kommissionen har henvist til 6.-10. samt 13. og 14. betragtning til sin beslutning, hvori den gør rede for, hvorfor Ladbroke's klage bør afvises, og herved anfører følgende: For det første foreligger der ikke nogen aftale eller noget bevis på en samordnet praksis, hvorefter de vigtigste væddeløbsselskaber skulle have tildelt PMU enerettigheder før 1974-lovgivningen. For det andet er der ikke fremlagt noget bevis til støtte for Ladbroke's påstande om, at disse selskaber har henvendt sig til de franske myndigheder for at opnå statsstøtte til PMU, og selv om det bevises, at sådanne henvendelser har fundet sted, udgør de ikke en samordnet

praksis, som falder ind under fællesskabsrettens konkurrenceregler. For det tredje er det ikke bevist, at PMU har udvidet sin virksomhed til andre lande end Frankrig. For det fjerde er handelen mellem medlemsstater under alle omstændigheder ikke blevet berørt, idet den franske lovgivning fuldstændig havde isoleret det franske marked.

b) Andet led i det andet anbringende

15. Kommissionen har påpeget, at den i 11. og 12. betragtning til beslutningen har konkluderet, at der ikke er sket tilsidesættelse af artikel 86. For det første er der ikke tale om misbrug, når det overlades til PMU at koordinere og samle væddeløbsselskabernes væddemål i puljer. For det andet kan samhandelen mellem medlemsstaterne ikke berøres af, at PMU fik tillagt enerettigheder, idet fransk lovgivning som nævnt ovenfor havde isoleret det franske marked. For det tredje udgør de påståede henvendelser for at opnå statsstøtte ikke noget misbrug. For det fjerde giver påstanden om udnyttelse af PMU-spillerne ifølge appellanten anledning til følgende bemærkninger: Denne »udnyttelse« har ikke være genstand for en formel påstand om konstatering af en overtrædelse; i øvrigt er den resultatet af de valg, som den franske lovgiver har truffet for at begrænse væddemålenes omfang. Under alle omstændigheder er der ikke påvist nogen udnyttelse, og en sådan udnyttelse ville endelig ikke påvirke handelen mellem medlemsstater.

c) Tredje led i det andet anbringende

16. Kommissionen har gjort gældende, at den har haft mulighed for en tilstrækkelig detaljeret behandling af klagen, og at den herefter er nået til den konklusion, at der ikke var nogen fællesskabsinteresse i at konstatere en eventuel overtrædelse af traktatens artikel 85 og 86 uanset resultaterne af den undersøgelse, der skulle vise, om der var sket overtrædelse af artikel 90.

17. Ladbroke har over for disse anbringender anført, at Kommissionen ikke på grundlag af fransk lovgivning kan konkludere, at visse af betingelserne for anvendelse af artikel 85 ikke er opfyldt, uden først at vurdere, om denne lovgivning er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Hvis denne lovgivning strider mod traktatens bestemmelser og ikke fører til lovlige resultater, kan den adfærd fra virksomhedernes side, som ville være direkte omfattet af traktatens artikel 85 og 86, såfremt denne lovgivning ikke eksisterede, ikke være dækket af denne lovgivning [10].

10 — Appelindstævnte har henvist til Domstolens dom af 3.12.1987, sag 136/86, BNIC, Sml. s. 4789, af 30.1.1985, sag 123/83, BNIC, Sml. s. 391, og af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803.

3. *Det tredje anbringende*

18. Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede dom ikke er tilstrækkeligt begrundet. For det første fremgår det ikke af dommen, hvorfor Kommissionen skulle undersøge den franske lovgivning på grundlag af artikel 90, før den afviste kravene på grundlag af artikel 85 og 86 i klagen. For det andet fremgår det ikke, hvorfor Kommissionen ikke kunne tage hensyn til Fællesskabets interesse ved afgørelsen af, i hvilken rækkefølge de forskellige spørgsmål i klagen skulle behandles, eller hvori Kommissionens klart fejlagtige vurdering af Fællesskabets interesse i det foreliggende tilfælde bestod.

19. Appelindstævnte har svaret, at ovennævnte punkter er tilstrækkelig belyst i den anfægtede doms præmis 42-47.

B — *Sag C-379/95 P*

Den franske regering har påberåbt sig tre anbringender til støtte for sin appel.

1. *Det første anbringende*

20. Appellanten finder, at Retten har begået en fejl, idet den har undladt at tage hensyn til Domstolens praksis vedrørende anvendeligheden af traktatens artikel 85 og 86 i tilfælde, hvor de pågældende virksomheders adfærd er en følge af en national lovgivning, som fratager virksomhederne enhver handlefrihed.

Den franske regering har navnlig gjort gældende, at artikel 85 og 86 kan anvendes uafhængigt af indholdet af de nationale foranstaltninger, når virksomhederne bevarer deres handlefrihed [11]. Men når statslige foranstaltninger ikke levner virksomhederne nogen handlefrihed, kan artikel 85 og 86 ikke bringes i anvendelse, så længe disse foranstaltninger er gældende [12]. I sidstnævnte situation finder appellanten, at en undersøgelse af den nationale lovgivnings forenelighed med traktaten ikke vil tjene noget formål, medmindre Kommissionen på grundlag af traktatens artikel 85 og 86 kan påbyde virksomhederne at nægte at følge statslige foranstaltninger, som anses for stridende mod fællesskabsretten. Hverken Domstolen eller Retten har hidtil fastslået, at virksomheder skal undlade at efterkomme statslige forskrifter, der findes at stride mod fællesskabsretten. Den franske regering har i den forbindelse henvist til retspraksis, ifølge hvilken Domstolen har afvist, at direktiver har direkte horisontal virkning [13].

11 — Se de i fodnote 10 nævnte domme af 3.12.1982 og 30.1.1985, BNIC.

12 — Appellanten har henvist til Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/93, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, og af 10.12.1985, forenede sager 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3831, samt Rettens dom af 29.6.1993, sag T-7/92, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 669.

13 — Dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325.

Følgelig kunne Kommissionen, idet fransk lovgivning efter 1974 ikke levner de franske væddeløbsselskaber nogen handlefrihed, afvise den del af klagen, der byggede på traktatens artikel 85 og 86, uden først at have undersøgt den franske lovgivning på baggrund af artikel 90.

I den foreliggende sag er Kommissionen imidlertid enig i den franske regerings synspunkt, ifølge hvilket den franske lovgivning fra 1974 ikke påbyder indgåelse af en aftale mellem væddeløbsselskaber, men direkte tildeler PMU eneret til at organisere off-course-væddemål efter totalisatorsystemet. Følgelig er den konkurrencebegrænsende virkning efter Kommissionens ovennævnte argumentation et direkte resultat af den nationale lovgivning [15].

21. Kommissionen har i sit svarskrift anført, at der i fællesskabsretten må sondres mellem statslige forskrifter, der tvinger virksomhederne til former for adfærd, der er i strid med traktatens artikel 85 og 86, og forskrifter, der uden at påbyde en adfærd, der er i strid med disse bestemmelser, skaber en retlig ramme, der i sig selv begrænser konkurrencen. I sidstnævnte tilfælde kan artikel 85 under visse omstændigheder være uanvendelig på aftaler mellem virksomheder, når aftalerne ikke indvirker mærkbart på konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne. I det førstnævnte tilfælde finder artikel 85 efter Kommissionens opfattelse derimod anvendelse, selv om virksomhedernes adfærd bestemmes fuldstændigt af national lovgivning, uafhængigt af hvorledes disse nationale bestemmelser behandles i medfør af fællesskabsretten [14]. Ifølge Kommissionen ikke blot kan, men skal en virksomhed som følge af fællesskabsrettens karakter af trinhøjere ret og den direkte virkning af traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 afvise at følge en statslig forskrift, hvorved der påbydes en adfærd, der er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler.

22. Appelindstævnte har afvist, at artikel 85 og 86 ikke kan anvendes, når en virksomheds adfærd påbydes af en statslig forskrift, og så længe denne er gældende. Appelindstævnte har ligeledes bestridt, at der kan sondres mellem forud eksisterende aftaler, som senere ved national lovgivning gøres bindende, og aftaler, der er bindende fra det øjeblik, hvor de indgås. Under alle omstændigheder må det i betragtning af den franske regerings fortolkning af de relevante fællesskabsbestemmelser ifølge Ladbroke anerkendes, at de pågældende hestevæddeløbsselskaber i den foreliggende sag havde en handlefrihed, som gjorde det muligt for dem at indgå aftaler før 1974. Ifølge Ladbroke blev PMU-medlemmernes og selve PMU's handlefrihed først fuldstændig ophævet ved vedtagelsen af dekretet af 1974.

Appelindstævnte har endelig gjort gældende, at de traktatstridige nationale bestemmelser

14 — Der henvises til Domstolens dom af 16.11.1977, sag 13/77, GB-Inno-BM, Sml. s. 2115.

15 — Der henvises til Domstolens dom af 17.11.1993, sag C-2/91, Meng, Sml. I, s. 5751.

ikke kan påberåbes for at afvise, at handelen mellem medlemsstater påvirkes negativt. Ifølge Ladbroke forhindrer den omstændighed, at man ikke kan lægge virksomhederne til last, at de har efterkommet deres nationale lovgivninger, ikke, at det fastslås, at virksomhederne har tilsidesat fællesskabsretten.

2. *Det andet anbringende*

a) Første led i det andet anbringende

23. Ifølge den franske regering har Retten gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved ikke at tage hensyn til Domstolens faste praksis, hvorefter en person, der fremsætter en begæring i henhold til forordning nr. 17, ikke kan stille krav om, at Kommissionen træffer en endelig afgørelse af, om der som påstået foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 85 og 86 [16].

b) Andet led i det andet anbringende

24. Ifølge den franske regering kan Kommissionen meget vel afvise en klage over en virksomheds adfærd, som tilsidesætter konkurrencereglerne, men som er påbudt efter national lovgivning, uden at det er nødvendigt at tage stilling til denne lovgivnings forenelighed med traktaten. Ifølge appellanten er det værd at bemærke, at den subsidiære begrundelse for klagens afvisning, som bygger på manglende fællesskabsinteresse, kan støttes på en uomtvistelig kendsgerning, nemlig at den manglende konkurrence på det franske marked for afslutning af væddemål i forbindelse med hestevæddeløb siden 1974 har været en direkte følge af den nationale lovgivning. Følgelig vil en eventuel konstatering af, at der forelå en overtrædelse af traktatens artikel 85 og 86 fra væddeløbsselskabernes side, ikke kunne øve nogen gunstig indvirkning på konkurrenceforholdene på det franske marked for væddemål på hestevæddeløb fra nævnte dato at regne.

25. Ifølge Ladbroke har Retten ikke udtalt, at Kommissionen ikke kunne afvise en klage på grund af manglende fællesskabsinteresse. I virkeligheden blev Kommissionens beslutning annulleret, fordi afvisningen af Ladbroke's klage var begrundet med den franske lovgivnings konsekvenser på det franske væddemålsmarked, uden at det dog var undersøgt, om denne lovgivning er i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler.

3. *Det tredje anbringende*

26. Den franske regering har gjort gældende, at Retten i sin dom reelt har sat spørgsmålstegn ved Kommissionens beføjelse til ved et skøn at afgøre, om der skal gribes ind over for en medlemsstat, som opretholder en national lovgivning, der strider mod traktaten. Den franske regering har bemærket, at

16 — Appellanten har til støtte for sine påstande påberåbt sig Domstolens dom af 18.10.1979, sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173, og Rettens dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223.

Kommissionen efter fast retspraksis har et vidt skøn til at beslutte, om og hvornår proceduren i henhold til traktatens artikel 169 og artikel 90, stk. 3, skal iværksættes. Selv om det ikke udtrykkeligt fremgår af den anfægtede dom, at Kommissionen skal iværksætte ovennævnte procedurer, er den franske regering i tvivl om, hvilken rækkevidde undersøgelsen af den franske lovgivning på baggrund af Fællesskabets konkurrenceregler vil have i praksis, såfremt Kommissionen, i tilfælde af at lovgivningen ikke er i overensstemmelse med fællesskabsreglerne, ikke drager nogen retlig konklusion af denne konstatering, dvs. at den ikke indleder proceduren i henhold til artikel 169 eller ikke træffer beslutning i henhold til artikel 90, stk. 3.

Endelig har den franske regering kritiseret dommens præmis 46, hvori Retten ifølge den franske regering fastslår, at Kommissionen, hvis den ikke havde indledt proceduren i henhold til artikel 90, kunne have afvist den del af klagen, der bygger på artikel 85 og 86, uden at undersøge den franske lovgivning. Denne fortolkning kunne forlede Kommissionen til allerede ved indgivelsen af en klage at bebude, at den — for at bevare sine skønsmæssige beføjelser — ikke har til hensigt at undersøge den nationale lovgivning i lyset af artikel 90.

27. Appelindstævnte finder, at den franske regerings argumentation ville fratage klageren den ret, han har i henhold til forordning nr. 17 til at opnå en beslutning fra Kommissionen vedrørende realiteten i klagen. Artikel 90 forpligter ikke Kommissionen til at handle [17]; følgelig kan klager baseret på traktatens artikel 85 og 86 systematisk afvises med den begrundelse, at den pågældende adfærd er påbudt ved nationale forskrifter, som Kommissionen ikke mener at være forpligtet til at undersøge. Ladbroke har anerkendt, at Kommissionen under visse omstændigheder kan afvise en klage over tilsidesættelse af artikel 85 og 86 uden først at skulle undersøge de relevante nationale bestemmelser. Men ifølge appelindstævnte var det i den foreliggende sag nødvendigt at undersøge de statslige forskrifter for at fastslå, om Kommissionens argumenter for at afvise de dele af Ladbroke's klage, der byggede på artikel 85 og 86, var holdbare. Såfremt Kommissionen havde konstateret en modstrid mellem disse nationale forskrifter og fællesskabsreglerne, burde den i medfør af traktatens artikel 155 have truffet de nødvendige foranstaltninger for at berigtige forholdet, uanset om der var indgivet klage i medfør af forordning nr. 17 eller ej.

IV — Gennemgang af appelanbringenderne

De anbringender, som Kommissionen og den Franske Republik har fremført mod den anfægtede dom, vedrører følgende spørgsmål:

A — *Rettens påståede undladelse af at undersøge de øvrige dele af begrundelsen for den omtvistede beslutning*

28. 1) Kommissionen har i de to første led af sit andet anbringende gjort gældende, at den

17 — Se den i fodnote 7 nævnte dom i sagen Ladbroke mod Kommissionen.

anfægtede dom skal ophæves, fordi Retten ikke har undersøgt samtlige begrundelser for afvisningen af klagen. Ifølge Kommissionen fremgår det af disse begrundelser, at traktatens artikel 85 og 86 ikke er blevet tilsidesat, uanset om den franske lovgivning er i overensstemmelse med fællesskabsreglerne eller ej. Kommissionen har endvidere hævdet, at Retten i Første Instans har fejlfortolket den omtvistede retsakt, for så vidt afvisningen af klagen ikke byggede på, at der fandtes en fransk lovgivning, som udelukkede konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstater, men på den omstændighed, at Kommissionen ikke hos de af klagen omfattede selskaber har konstateret en adfærd, som henhører under anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 og 86.

29. Ud over henvisningen til, at den franske lovgivning havde ophævet al konkurrence på væddemålsmarkedet, bygger Kommissionens beslutning, således som denne er beskrevet i præmis 14-18 i den anfægtede dom, ligeledes på subsidiære begrundelser, som er fuldt ud forenelige med antagelsen om, at artikel 85 og 86 ikke er tilsidesat. Det er imidlertid en betingelse for, at Rettens fortolkning kan anfægtes, at disse subsidiære anbringender og argumenter understøtter hele beslutningen om afvisning, dvs. at de, såfremt de er begrundede, støtter afvisningen af hele og ikke blot en del af den del af klagen, som vedrører væddeløbsselskabernes og PMU's adfærd. Såfremt disse grunde derimod alene vedrører visse af klagepunkterne i klagen, kan de, selv om de er begrundede, ikke i sig selv berettige en endelig afvisning af klagen i henhold til traktatens artikel 85 og 86. I dette tilfælde støtter den endelige afvisning af klagen sig stadig, i hvert fald delvis, på den begrundelse, at spørgsmålet om tilsidesættelse af traktatens artikel 85 og 86 på grund af den gældende franske lovgivning ikke opstår, idet der på det franske marked for væddemål vedrørende hestevæddeløb ikke er nogen konkurrence eller samhandel mellem medlemsstater. For så vidt Retten har fundet, at denne begrundelse er fejlagtig ud fra et retligt synspunkt, kan den følgelig afholde sig fra at undersøge de øvrige begrundelser og annullere klagens afvisning under henvisning til, at afvisningen bygger på en retligt fejlagtig begrundelse.

30. Følgelig må rækkevidden af de andre begrundelser end den, der er erklæret ulovlig, og som danner grundlag for Kommissionens anfægtede beslutning, undersøges. Kommissionen har henvist til 6.-14. betragtning til sin beslutning, som efter Kommissionens opfattelse indeholder den fornødne begrundelse for, at artikel 85 og 86 ikke er tilsidesat, uden at det er nødvendigt at tage hensyn til den omhandlede franske lovgivning.

31. Det fremgår af den omtvistede retsakt, således som denne er beskrevet i præmis 14-18 i den anfægtede dom, at disse subsidiære argumenter vedrører samtlige klagepunkter om tilsidesættelse af artikel 86, som Ladbroke har fremført i sin klage, samt en stor del af de klagepunkter, der vedrører tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1. Under ét vedrører argumenterne imidlertid ikke de overtrædelser af bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, som Ladbroke har gjort gældende med henvisning til den PMU tillagte eneret til at udbyde væddemål i form af totalisatorspil i Frankrig; en eneret, der ifølge Ladbroke er et resultat af aftaler eller samordnet praksis mellem de førende hestevæddeløbsselskaber. Kommissionens argumenter

for at gendrive og afvise disse klagepunkter (6., 7. og 8. betragtning til den omtvistede beslutning, jf. præmis 14 i den anfægtede dom) bygger først og fremmest på, at bestemmelserne i artikel 85 er uanvendelige, fordi fransk lovgivning har ophævet enhver konkurrence og fuldstændig isoleret det franske marked for væddemål i hestevæddeløb. Kommissionen har ikke fremført nogen anden subsidiær og velunderbygget begrundelse for at afvise denne del af Ladbroke's klage.

32. Det skal her fremhæves, at Retten i modsætning til, hvad Kommissionen for Domstolen har hævdet, både skriftligt og mundtligt, ikke har fejlfortolket de tilsvarende passager i den omtvistede beslutning og således ikke kan kritiseres for at have fordrejet eller ændret bevismaterialet. Hvad angår den del af klagen, som vedrører de enerettigheder, de franske væddeløbsselskaber har tildelt PMU, har Kommissionen indrømmet, at der er sket samordning mellem selskaberne, men har tilføjet, at denne samordning var blevet påbudt ved dekret af 11. marts 1930. Kommissionen finder ej heller, at man kan betragte dekretet af 1974 som en efterfølgende lovliggørelse af aftaler eller samordnet praksis, som er forbudt i henhold til traktatens artikel 85, »idet denne samordning og de aftaler mellem væddeløbsselskaber, der er en følge af samordningen ... var en af de betingelser, som den franske regering opstillede i 1930, dvs. længe før underskrivelsen af Rom-traktaten, for udbydelse af off-course-væddemål efter totalisatorsystemet« [18]. Endvidere har Kommissionen i sin beslutning bemærket, at »væddeløbsselskaberne i virkeligheden ikke havde tilladelse til at afslutte individuelle off-course-væddemål ... og at der således ikke kunne bestå nogen konkurrence mellem selskaberne med hensyn til valget af det organ, der skulle stå for tilrettelæggelsen af deres væddemål« [19].

33. Denne argumentation viser to ting. For det første, at der faktisk har været en samordning mellem væddeløbsselskaberne, men at samordningen, stadig ifølge Kommissionen, ikke kan undersøges i lyset af artikel 85, fordi den er gennemført inden for rammerne af en national lovgivning, som har påbudt denne adfærd og ophævet enhver konkurrence på det franske væddemålsmarked. For det andet, at Kommissionens gennemgang ikke fokuserer på en nøje undersøgelse af adfærden hos de selskaber, der er klaget over — Kommissionen nøjes i denne forbindelse med kort og uden yderligere forklaringer at nævne, at der ikke findes nogen eneretsaftale — men henviser til de franske love og administrative forskrifter som begrundelse for, at traktatens artikel 85 ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

34. Følgelig kunne Retten, for så vidt den fandt, at denne fortolkning af artikel 85 ikke var den juridisk set mest relevante, støtte sin vurdering på denne begrundelses ulovlige

18 — 6. betragtning til Kommissionens beslutning, som Retten har taget behørigt hensyn til, og som er nævnt i den anfægtede doms præmis 14.

19 — 6. betragtning, tredje afsnit, til Kommissionens beslutning.

karakter og fastslå, at den endelige afvisning af Ladbroke's klage i henhold til traktatens artikel 85 og 86 var ulovlig og måtte annulleres. Kommissionens og den franske regerings argumenter om, at Retten ikke har behandlet de øvrige grunde i den omtvistede beslutning, bør forkastes som grundløse, idet de ikke kunne begrunde afvisningen i dens helhed [20].

35. 2) Det tredje led i Kommissionens andet appelanbringende og det andet led i den franske regerings andet appelanbringende går ud på, at Retten ikke har undersøgt retmæssigheden af den subsidiære begrundelse i Kommissionens afvisning, jf. præmis 19 i den anfægtede dom. Det fremgår af denne begrundelse, at selv om visse af de undersøgte forhold henhørte under traktatens artikel 85 og 86, er det ikke forbundet med nogen interesse for Fællesskabet, at det fastslås, at der eventuelt har foreligget en overtrædelse. En eventuel konstatering af disse overtrædelser vedrører alene tidsrummet fra 1962, hvor forordning nr. 17 blev vedtaget, til 1974, hvor de lovbestemmelser blev vedtaget, hvorved PMU fik tillagt enerettigheder i Frankrig. En sådan konstatering ville ikke indebære nogen positiv ændring af konkurrenceforholdene i perioden efter 1974.

20 — Det fremgår dog af mine tidligere bemærkninger, at Kommissionens afvisning af klagen ikke slet og ret kan annulleres i sin helhed. Kommissionens fejl (ifølge den udlægning af artikel 85, som Retten har antaget) skyldes den måde, hvorpå den afviste det første punkt i Ladbroke's klage, dvs. det punkt, der vedrører de aftaler og former for samordnet praksis, på grundlag af hvilke væddeløbsselskaberne har tillagt PMU eneret til at udbyde væddemål efter totalisatorsystemet i Frankrig. Denne sondring er efter min opfattelse nødvendig for bedre at forstå indholdet af den anfægtede dom.

Appellanterne har gjort gældende, at Retten har begået den fejl ikke at tage hensyn til dette argument, som ifølge appellanterne er velunderbygget.

36. Det skal for det første erindres, at Retten ikke har benægtet Kommissionens ret til at afvise en klage på grund af manglende fællesskabsinteresse, hvilket fremgår af præmis 44 og 45 i den anfægtede dom. Men i den foreliggende sag bygger Kommissionens holdning, som går ud på, at der ikke består nogen fællesskabsinteresse i at behandle Ladbroke's klage, på et tidligere led i argumentationen, hvor Kommissionen har fastslået, at der efter ikrafttrædelsen af dekretet af 14. november 1974 ikke længere er nogen konkurrence eller samhandel med andre medlemsstater i den franske sektor for væddemål i hestevæddeløb.

37. Kommissionen har navnlig taget det for givet, at de franske væddeløbsselskabers og PMU's aktiviteter ikke kan have nogen indflydelse på det franske marked efter 1974, idet det franske dekret af 14. november 1974 fuldstændig har isoleret dette marked og pålagt de pågældende selskaber at drive virksomhed uden for området for konkurrencereglerne. Kommissionen har følgelig, da den konkluderede, at Fællesskabet ikke havde nogen interesse i en konstatering af en eventuel overtrædelse, ikke grundigt undersøgt aktiviteterne i de selskaber, der klages over, men er også på dette punkt gået ud fra det synspunkt, at der ikke sker tilsidesættelse af bestemmelserne i artikel 85 og 86, når påvirkningen af konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstater alene er en følge af den gældende nationale lovgivning. For så

vidt Retten har fundet, at denne fortolkning af artikel 85 og 86 ikke er i overensstemmelse med traktaten, er det derfor med rette, at den ikke har taget hensyn til argumentet vedrørende den manglende fællesskabsinteresse. Dette gælder dog alene, såfremt Rettens fortolkning af de pågældende bestemmelser er i overensstemmelse med fællesskabsretten. Dette spørgsmål vil blive behandlet i det følgende.

B — *Begrænsningen af Kommissionens skønsbeføjelse i henhold til traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 90*

38. 1) For det første finder jeg, at påstanden i det første led af den franske regerings andet anbringende må forkastes. Påstanden går ud på, at Retten fejlagtigt undlod at følge den faste retspraksis, hvorefter borgere, som indgiver en klage, ikke har ret til at kræve en endelig beslutning fra Kommissionens side. Denne påstand bygger på en forkert formodning. Retten i Første Instans har ikke sat spørgsmålstegn ved Kommissionens ret til frit at skønne, om den vil tage stilling til en klage eller ej, og Retten tillægger heller ikke en klager ret til at kræve, at der vedtages en beslutning [21]. Retten fastslår derimod, at Kommissionen ikke endeligt må afvise en klage i henhold til artikel 85 og 86, før den har afsluttet den undersøgelse, der er nødvendig for at sikre en korrekt anvendelse af disse bestemmelser.

21 — I øvrigt findes der ikke nogen sådan ret. Se den i fodnote 16 nævnte dom i sagen GEMA mod Kommissionen.

Ovennævnte påstand er således ubegrundet.

39. 2) Kommissionen og den franske regering har gjort gældende, at Retten med den anfægtede dom har anfægtet Kommissionens ret til selv at bestemme, i hvilken rækkefølge den vil behandle de bestemmelser, der udgør retsgrundlaget for en klage. Ifølge appellanterne har Retten de jure eller de facto prioriteret mellem proceduren i henhold til artikel 85 og 86, som nærmere reguleret i forordning nr. 17, og proceduren i henhold til artikel 90.

40. Jeg finder, at der her rejser sig et spørgsmål om fortolkning af de relevante afsnit (præmis 46-51) i den anfægtede dom. Ved første øjekast fremgår det af ordlyden af dommens præmis 46, at Retten, efter at have konstateret, at der var iværksat en behandling af Ladbroke's klage i henhold til artikel 90; en behandling, der stadig var i gang, har fundet det hensigtsmæssigt at undersøge, om denne behandling skulle afsluttes, inden der blev givet et endeligt svar på den del af klagen, som vedrører overtrædelse af artikel 85 og 86. Ved første øjekast synes Retten at have fortolket ovennævnte bestemmelser under ét og at være nået til det resultat, at Kommissionen hvad angår klagen burde have afsluttet sin undersøgelse på grundlag af artikel 90, før den traf endelig beslutning på grundlag af artikel 85 og 86. Med andre ord synes proceduren i henhold til artikel 90 under visse omstændigheder at komme før proceduren i henhold til artikel 85 og 86.

41. Dette er appellanternes fortolkning af den anfægtede dom, men det er efter min opfattelse ikke den korrekte fortolkning [22].

42. For det første er det tvivlsomt, om Kommissionens undersøgelse på grundlag af artikel 90 faktisk kan træde i stedet for et svar på samtlige Ladbroke's klagepunkter i henhold til artikel 85 og 86 eller i det mindste kompensere for et manglende svar. Som nævnt ovenfor [23], er et af de mest interessante aspekter ved behandlingen af dette appelanbringende den første del af Ladbroke's klage, hvor der henvises til de aftaler og den samordnede praksis, som de godkendte væddeløbsselskaber i Frankrig har indgået indbyrdes og med PMU. Hvad angår vurderingen af de franske hestevæddeløbsselskabers adfærd på grundlag af fællesskabsretten er det ikke sikkert, at undersøgelsen på grundlag af artikel 90 besvarer de relevante retlige spørgsmål, idet denne artikel ikke vedrører kontrollen med, om den nationale lovgivning generelt er i overensstemmelse med fællesskabsretten, men kun prøvelsen af den del af denne lovgivning, der vedrører virksomheder, som har fået tillagt særlige eller eksklusive rettigheder. Følgelig synes den forudgående afslutning af proceduren i henhold til artikel 90 ikke at være til nogen direkte nytte, i hvert fald ikke hvad angår visse punkter i klagen, som vedrører adfærden hos virksomheder, der henhører under artikel 85's anvendelsesområde. Med andre ord kan det afgørende punkt i klagen ikke være afslutningen af proceduren i henhold til artikel 90, men eventuelt afslutningen af undersøgelsen af den franske lovgivnings forenelighed med Fællesskabets konkurrenceregler i almindelighed.

43. Jeg skal til supplering af det anførte yderligere bemærke, at den måde, hvorpå appellanterne gengiver den anfægtede dom, efter min opfattelse ikke afspejler dommens virkelige indhold. I den foreliggende sag søger Retten ikke at sammenligne bestemmelserne i traktatens artikel 85, 86 og 90 indbyrdes for at fastlægge en rangorden mellem procedurerne i henhold til artikel 90 på den ene side og procedurerne i henhold til artikel 85 og 86 på den anden side [24]. Endelig søger Retten heller ikke at begrænse Kommissionens ret til at vælge, hvorledes den vil handle, idet denne skønsret udtrykkeligt anerkendes i ovennævnte præmis 44 i den anfægtede dom. Rettens hovedformål er ikke at påbyde Kommissionen at undersøge klagepunkterne vedrørende overtrædelsen af artikel 90, førend den tager endelig stilling til klagepunkterne vedrørende artikel 85 og 86. Som det fremgår af ordlyden af præmis 50 i den anfægtede dom, har Retten undersøgt, hvorvidt Kommissionen ved at tage endelig

22 — Hvis denne fortolkning var rigtig, måtte Rettens dom efter min opfattelse ophæves. De to procedurer, som Kommissionen iværksatte i henhold til henholdsvis artikel 90 og 85 eller 86, er fuldstændig uafhængige af hinanden. I øvrigt fremgår det på ingen måde af fortolkningen af disse artikler, sammenholdt med hinanden, at undersøgelsen i henhold til artikel 90 skal være afsluttet før undersøgelsen i artikel 85 og 86. For så vidt traktaten derfor overlader det til Kommissionens skøn at afgøre, hvornår og hvorledes den bør gribe ind, kan der ikke findes hjemmel til en begrænsning af denne skønsret for så vidt angår valget af egnede procedurer i en sammenligning mellem disse procedurer. En sådan begrænsning kan i øvrigt kun have ringe praktisk betydning. Som den franske regering med rette har bemærket, kan Kommissionen fremover undlade at iværksætte proceduren i henhold til artikel 90 før den endelige afvisning af klagen i henhold til artikel 85 og 86, netop for at undgå de forpligtelser, Retten pålægger den.

23 — Se punkt 31 ovenfor.

24 — Her synes det hensigtsmæssigt at henvise til dommen i sagen Rendo m.fl. mod Kommissionen (nævnt i fodnote 9, præmis 21, 22 og 23), hvori Domstolen skulle tage stilling til et lignende spørgsmål i en appelsag.

stilling til Ladbroke's klage har opfyldt sine forpligtelser i henhold til fællesskabsretten. Retten har fastslået, at Kommissionen ikke har opfyldt sin forpligtelse til omhyggeligt at undersøge de faktiske og retlige omstændigheder, der omhandles i klagen, således at det sikres, at den endelige afvisning af klagen ikke rejser tvivl med hensyn til afvisningens lovlighed.

Følgelig hviler Rettens synspunkt, som anfægtes af appellanterne, *alene* på fortolkningen af artikel 85 og 86 og ikke på disse bestemmelsers sammenhæng med artikel 90.

44. Denne fortolkning fremgår af ordlyden af den anfægtede dom, navnlig ovennævnte præmis 48, 49 og 51 [25]. Ifølge Rettens argumentation forekommer der tilfælde, hvor det ved afgørelsen af, om en eller flere virksomheders adfærd er en overtrædelse af artikel 85 og 86, er nødvendigt at undersøge den nationale lovgivning, på grundlag af hvilken den undersøgte aktivitet har udviklet sig [26]. Hvis de statslige forskrifter er i strid med fællesskabsretten, må Kommissionen nemlig i givet fald undersøge, om den omstændighed, at selskaberne »... følger bestemmelserne i den mod traktatens bestemmelser stridende nationale lovgivning, kan medføre, at der vedtages foranstaltninger over for dem med henblik på at bringe overtrædelser af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 til ophør« [27]. Det er således nødvendigt at undersøge den nationale lovgivnings forenelighed med fællesskabsretten, uanset om dette gøres ved at følge proceduren i artikel 90, stk. 3, eller i anledning af, at Kommissionen har fået forelagt en klage over denne lovgivning.

45. Hjørnestenen i Rettens argumentation er med andre ord fortolkningen af traktatens artikel 85 og 86, der kan sammenfattes som følger: *I tilfælde, hvor der findes en national lovgivning, som hindrer den frie konkurrence eller samhandelen inden for Fællesskabet, og som pålægger virksomhederne en adfærd, der*

25 — Læseren af den anfægtede dom bør ikke lade sig forvirre af, at der i sidste punktum i præmis 46 henvises til artikel 90. For det første tager Retten ikke stilling i denne passage, men rejser blot problemet ved at bemærke, at der i den foreliggende sag er indgivet klage på grundlag af artikel 90, og at klagen endnu behandles af Kommissionen. Med andre ord er Kommissionens forpligtelse til at undersøge den franske lovgivning før den endelige afvisning af de dele af klagen, der bygger på artikel 85 og 86, ikke en følge af, at Kommissionen tillige har fået forelagt en klage over tilsidesættelse af artikel 90. Denne forpligtelse følger direkte af artikel 85 og 86, hvilket efter min opfattelse klart fremgår af ordlyden af præmis 50 og 51 i den anfægtede dom. Man havde blot i den foreliggende sag allerede iværksat proceduren i henhold til artikel 90, som er den procedure, Kommissionen skal følge ved vurderingen af en national lovgivnings overensstemmelse med Fællesskabets retsorden, hvilket fremgår direkte af traktaten (jf. nedenfor i punkt 68 ff. i dette forslag til afgørelse).

26 — Det drejer sig om tilfælde som det foreliggende, hvor en af enkeltpersoner udøvet aktivitet, hvis forenelighed med Fællesskabets konkurrenceregler i og for sig kan drages i tvivl, er dikteret af nationale foranstaltninger, som denne aktivitet er underkastet, og som undtager det nationale marked fra reglerne om fri konkurrence og samhandel mellem medlemsstater. Selv i disse tilfælde er det ikke nødvendigt først at undersøge de nationale regler, førend der træffes endelig beslutning med hensyn til artikel 85 og 86. Kommissionen kan f.eks. fastslå, at en undersøgelse af de pågældende virksomheders aktivitet i sig selv viser, at virksomhederne ikke har indgået aftaler eller samordnet praksis eller misbrugt en dominerende stilling. Kommissionen kan dog som i den foreliggende sag basere sin analyse, ikke på disse virksomheders adfærd, men på den omstændighed, at denne adfærd *under ingen omstændigheder* kan påvirke konkurrencereglerne eller samhandelen mellem medlemsstater, idet der foreligger en national lovgivning, som absolut og nødvendigvis har ført til dette resultat. Den ifølge Retten korrekte fortolkning og anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 er således nødvendigvis en følge af vurderingen af denne nationale lovgivnings overensstemmelse med fællesskabsretten.

27 — Præmis 49 i den anfægtede dom.

ellers ville være omfattet af artikel 85 og 86, må disse bestemmelser fortolkes og anvendes således, at spørgsmålet om, hvorvidt artikel 85 og 86 er overtrådt, ikke besvares endeligt, førend det er fastslået, om denne nationale lovgivning er i overensstemmelse med fællesskabsretten, idet det i benægtende fald må antages, at selskaber, der har efterkommet denne nationale lovgivning, har overtrådt bestemmelserne i ovennævnte artikler.

46. Denne opfattelse kom Retten frem til ud fra følgende overvejelser:

For det første hviler Kommissionens endelige afvisning af klagen i henhold til artikel 85 og 86 [28] på den omstændighed, at der findes en national lovgivning, som hindrer konkurrencen og ikke levner virksomhederne nogen handlefrihed.

For det andet har Kommissionen for så vidt angår spørgsmålet om den franske lovgivnings overensstemmelse med fællesskabsretten iværksat behandlingen af den klage, som Ladbroke har indgivet i henhold til artikel 90, og denne behandling er endnu ikke afsluttet.

For det tredje har Kommissionen selv erkendt, at det er nødvendigt at afgøre spørgsmålet om den franske lovgivnings forenelighed med fællesskabsretten for at besvare spørgsmålene om, hvilke konkurrenceregler det franske marked for væddemål i forbindelse med hestevæddeløb er eller bør være underkastet [29].

47. Retten i Første Instans har navnlig på baggrund af det anførte konkluderet, at Kommissionens endelige svar på Ladbroke's klage *ikke opfyldte kravene om sikkerhed og udtømmende behandling*, fordi Kommissionen ikke kan »... antages at have opfyldt sin forpligtelse til omhyggeligt at undersøge de faktiske og retlige omstændigheder, som meddeles den af klagere ...« [30]. Hvad angår klagen angår forudsætningen for en endelig

28 — Som anført ovenfor (i punkt 34), kunne Kommissionens øvrige argumenter ikke i sig selv begrunde den endelige afvisning af de dele af klagen, som byggede på traktatens artikel 85 og 86.

29 — Se ovennævnte præmis 47 i den anfægtede dom. Kommissionen har i det første led af sit første appelanbringende bestridt rigtigheden af denne præmis, som efter Kommissionens opfattelse bygger på en fejlagtig fortolkning af Kommissionens svarskrift i sagen for Retten. Men i virkeligheden har Kommissionen ikke forstået den rigtige mening med præmis 47. Retten har ikke hævdet, at Kommissionen havde fundet det nødvendigt at afslutte proceduren i henhold til artikel 90 før den endelige stillingtagen med hensyn til traktatens artikel 85 og 86. Retten har imidlertid fundet, at selv fra Kommissionens synspunkt kan det konkurrenceretlige problem, som Ladbroke's klage i almindelighed rejser, ikke løses tilfredsstillende uden en besvarelse af spørgsmålet om, hvorvidt den franske lovgivning om PMU's monopol er i overensstemmelse med traktatens bestemmelser.

30 — Præmis 50 i den anfægtede dom.

besvarelse af spørgsmålet, hvorvidt der er sket overtrædelse af artikel 85 og 86 eller ej, ikke, at den iværksatte procedure i henhold til artikel 90 afsluttes, men at der gives svar på spørgsmålet om, hvorvidt den franske lovgivning er i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler. Det er det, Retten kræver, hvorimod den ikke vil begrænse af Kommissionens skønsbeføjelser [31] eller opstille en rangorden mellem proceduren i henhold til artikel 90 og proceduren i henhold til artikel 85 og 86.

C — *Den korrekte fortolkning af traktatens artikel 85 og 86*

1. *Traktatens artikel 85 og 86 på baggrund af præmis 49 i den anfægtede dom*

48. Ganske vist indebærer Rettens opfattelse, også når den forstås på denne måde, en faktisk begrænsning af Kommissionens mulighed for at bestemme, hvornår og hvorledes den i forbindelse med en klage vil iværksætte proceduren i henhold til artikel 90 for at undersøge den franske lovgivnings overensstemmelse med fællesskabsretten. Men spørgsmålet om, hvorvidt denne praktiske konsekvens bygger på en korrekt anvendelse af fællesskabsretten, henhører under det mere generelle spørgsmål om, hvorvidt ovenstående fortolkning af artikel 85 og 86, som er fulgt i den foreliggende sag, er i overensstemmelse med fællesskabsretten, hvilket jeg vil undersøge i det følgende.

49. Den franske regering har i sit første appelanbringende gjort gældende, at den løsning, Retten giver i sin dom, er i strid med fast retspraksis med hensyn til muligheden for at anvende traktatens artikel 85 og 86, når de pågældende virksomheders anfægtede adfærd er påbudt ved national lovgivning. Den franske regering har endvidere anført, at det hidtil aldrig er blevet antaget, at de nationale virksomheder ikke må efterkomme en national forskrift, hvorved de pålægges forpligtelser, der strider mod fællesskabsretten.

50. Kommissionens synspunkt afviger fra den franske regerings, for så vidt Kommissionen sondrer mellem det tilfælde, hvor den nationale lovgivning pålægger virksomhederne forpligtelser i strid med artikel 85 og 86, og det tilfælde, hvor de statslige forskrifter i sig selv skaber en retlig ramme, som begrænser konkurrencen, således at der ikke kan være tale om nogen virksomhedsadfærd (i artikel 85 og 86's forstand), der påvirker konkurrencen og handelen mellem medlemsstater. Ifølge Kommissionen er det kun i sidstnævnte tilfælde, at artikel 85 og 86 ikke finder anvendelse.

31 — Ifølge Rettens argumentation er Kommissionen i medfør af traktatens artikel 85 og 86 samt artikel 155 direkte forpligtet til at undersøge overensstemmelsen mellem den nationale lovgivning og Fællesskabets konkurrenceregler. Kommissionen kan således i modsætning til, hvad den franske regering har hævdet i sit tredje anbringende til støtte for appellen, ikke unddrage sig denne forpligtelse ved på det tidspunkt, hvor klagen indgives, at tilkendegive, at den for at bevare sin skønsbeføjelse ikke har til hensigt at undersøge den nationale lovgivning i lyset af artikel 90.

a) Fortolkningen af artikel 85 og 86 ifølge Retten og retspraksis

51. Faktisk synes det synspunkt, Retten går ind for [32] i den anfægtede dom, ikke at svare til retspraksis hvad angår mindst to vigtige punkter: dels spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om overtrædelse af artikel 85 og 86 fra de virksomheders side, hvis adfærd, der er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler, fuldt ud er bestemt af bindende nationale forskrifter, dels — og det er efter min opfattelse det vigtigste punkt — den omstændighed, at den anfægtede dom afviger fra den almindelige retspraksis hvad angår betingelserne for, at en national lovgivning af økonomisk karakter kan underkastes en undersøgelse på grundlag af traktatens artikel 5 og 85.

52. i) Som det fremgår af præmis 49 i den anfægtede dom, har Retten ikke tilsluttet sig den løsning, der oprindelig blev fastsat i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, og som hidtil aldrig er blevet direkte ændret [33]. Ifølge den almindeligt fulgte fortolkning har Domstolen i denne dom fastslået, at der ikke er tale om overtrædelse af traktatens artikel 85, når virksomhedernes adfærd, selv om den principielt er omfattet af forbuddet i artikel 85, er blevet pålagt dem ved statslige regler, som ikke levner disse virksomheder nogen skønsmargen.

53. Det er rigtigt, at Domstolen i sine senere domme har søgt at mildne konsekvenserne af denne retspraksis [34]. Mere nøjagtigt kan den

32 — Nemlig at Kommissionen i visse tilfælde først skal vurdere den nationale lovgivnings forenelighed med Fællesskabets konkurrenceregler, førend den tager endelig stilling til en klage i henhold til artikel 85 og 86.

33 — I denne dom (citeret i fodnote 12) vedrørende virksomheder, som markedsfører sukker, har Domstolen ræsonneret som følger (præmis 65-72):
»... den italienske ordning og dens gennemførelse har haft en afgørende indflydelse på væsentlige elementer i de pågældende virksomheders påtalte adfærd, således at det påtalte samarbejde uden denne ordning og dens gennemførelse enten ikke ville have fundet sted eller ville have fundet sted under en anden form end den, Kommissionen har lagt til grund.
... Desuden havde den italienske ordning og dens gennemførelse til formål og følge nøje at tilpasse den udbudte mængde til den efterspurgte for at fjerne et væsentligt led i konkurrencens frie spil;
dernæst har den ovenfor omtalte ordning i betydelig grad nedsat de pågældendes mulighed for at aftale en pris, som kunne fremgå af det frie spil mellem udbud og efterspørgsel;
ydermere har den italienske ordning indirekte, men afgørende hindret køberens fri valg af leverandør og omvendt;
... Selv om det, som det er fastslået ovenfor, må antages, at navnlig systemet med nationale kvoter kun overlader en meget begrænset mulighed for konkurrence, idet det fremmer en opdeling af de nationale markeder, så reduceres dette område på sin side på afgørende vis af den særlige italienske markedsordning.
Det fremgår af disse betragtninger, at den påtalte adfærd ikke følgeligt har kunnet påvirke konkurrencens frie spil, og den falder derfor ikke ind under forbuddet i traktatens artikel 85.«

34 — Jeg finder det vigtigt at anføre, at Domstolen i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen anerkendte, at den italienske lovgivning vedrørende handel med sukker ikke var åbenbart i strid med Fællesskabets retsorden. I øvrigt var det ikke lykkedes for fællesskabsinstitutionerne at etablere en ordning med fuldstændig konkurrencefrihed for sukker. Den fælles markedsordning for sukker indeholdt vigtige undtagelser for det italienske marked, hvilket i sidste instans bevirkede, at den italienske lovgiver kunne reducere konkurrencefriheden til et meget lavt niveau. Selv om der ikke direkte i dommen hentydes til den italienske lovgivnings overensstemmelse med fællesskabsretten, mener jeg, at Domstolen stiltiende har taget hensyn til dette, førend den fastslog, at traktatens artikel 85 og 86 ikke finder anvendelse på virksomheder, der virker på det italienske marked. Efter min opfattelse er det ingenlunde sikkert, at den endelige afgørelse ville have haft samme indhold, såfremt den nationale lovgivning, som hindrede anvendelsen af artikel 85 og 86, havde været direkte i strid med fællesskabsreglerne.

undtagelse, der for første gang er formuleret i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, selv uden udtrykkeligt at være blevet opgivet, vanskeligt finde anvendelse i praksis, idet Domstolen er yderst tilbageholdende med at godtage et anbringende om, at der foreligger en national lovgivning, som fratager virksomhederne muligheden for at disponere frit og pålægger dem en adfærd, der er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler [35]. Der er heller ingen tvivl om, at virksomhederne er ansvarlige, når den adfærd, der er i strid med artikel 85 og 86, fremmes af de nationale myndigheder [36].

54. ii) Ovennævnte retspraksis vedrører først og fremmest virksomhederne, hvorimod den retspraksis, som jeg vil gennemgå i det følgende, angår medlemsstaternes interesser og vedrører gyldigheden af nationale bestemmelser, som begrænser eller fjerner den frie konkurrence. Generaladvokat Tesauro har i sit forslag til afgørelse i Meng-sagen [37] bemærket, at Domstolens holdning til dette spørgsmål kan sammenfattes som følger:

»... i denne forbindelse har Domstolen stedse fastholdt, at nationale reguleringer af erhvervsmæssig virksomhed falder uden for det materielle anvendelsesområde for artikel 85 og 86. Sidstnævnte bestemmelser er nemlig (*ratione personae*) rettet til virksomhederne og ikke til medlemsstaterne og tilsigter (*ratione materiae*) at beskytte konkurrencefriheden og ikke at begrænse medlemsstaternes beføjelser inden for den økonomiske politik, idet andre bestemmelser i traktaten finder anvendelse på disse beføjelser.

På den anden side har Domstolen gentagne gange fastslået, at 'artikel 85 og 86, sammenholdt med traktatens artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke ved lov eller administrativt at indføre eller opretholde foranstaltninger, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomheder gældende konkurrenceregler' [38].

Disse udtalelser er fuldt ud overensstemmende. Selv om det nemlig er rigtigt, at artikel 85 og 86 vedrører konkurrencebegrænsende adfærd fra virksomhedernes side, er forholdet tillige det, at medlemsstaterne ikke må tillade virksomhederne at unddrage sig disse forbud ved at give dem et 'blåt stempel' i form af en hjemmel i statslige retsforskrifter. Hvis det ikke forholdt sig således, ville artikel 85 og 86 miste deres indhold. *Det pålægges følgelig staterne ikke at ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler...*«

35 — Et karakteristisk eksempel er dommen i sagen Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen (nævnt i fodnote 12).

36 — Se dom af 10.1.1985, sag 229/83, Leclerc m.fl., Sml. s. 1, og af 29.1.1985, sag 231/83, Cullet og CSNCRA, Sml. s. 305.

37 — Dommen er nævnt i fodnote 15.

38 — Senest dom af 28.2.1991, sag C-332/89, Marchandise m.fl., Sml. I, s. 1027, præmis 22.

55. Under disse omstændigheder er det kun under visse betingelser og helt undtagelsesvis, at Domstolen kan undersøge en national foranstaltnings forenelighed med fællesskabsretten på baggrund af artikel 85 og 86, såfremt disse foranstaltninger ophæver disse artiklers tilsigtede virkning [39]. De konklusioner, der kan drages af denne retspraksis, er — navnlig hvad angår artikel 85, som har interesse i den foreliggende sag — sammenfattet i præmis 14 i Meng-dommen:

»... Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at artikel 85, sammenholdt med traktatens artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke at træffe eller opretholde foranstaltninger, heller ikke i form af love eller administrative bestemmelser, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler. Dette er ifølge samme praksis tilfældet, når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger eller fratager sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention.«

Modsætningsvis kan det fastslås, at når den nationale lovgivning ikke vedrører virksomhedernes aftaler eller samordnede praksis, men selv fastsætter de regler, som markedet er underkastet, er indgrebet i konkurrencen alene en følge af en statslig forskrift, som ikke er omfattet af artikel 85's anvendelsesområde [40].

56. Rettens stillingtagen i den anfægtede dom stemmer ikke med det ovenfor anførte. Navnlig respekterer Retten ikke sondringen mellem de nationale foranstaltninger, der ophæver den tilsigtede virkning af artikel 85 og 86, og dem, der ikke er omfattet af denne bestemmelse. Tværtimod opfordrer Retten med sin meget generelle affattelse af præmis 49 i den anfægtede dom Kommissionen til generelt at underkaste nationale foranstaltninger en kontrol på grundlag af Fællesskabets konkurrenceregler og benytte resultaterne af denne kontrol til på grundlag af de samme bestemmelser at vurdere adfærden hos de virksomheder, som har rettet sig efter foranstaltningerne. Uden at sige det udtrykkeligt fjerner Retten sig fra den stadig gældende retspraksis hvad angår de betingelser, der skal opfyldes, for at en national bestemmelse kan undersøges på baggrund af traktatens artikel 85 og 86.

39 — Se Domstolens dom af 3.12.1982, GB-Inno-BM, af 30.1.1985, BNIC, dommene i sagen Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro og i Meng-sagen, alle nævnt ovenfor, samt dom af 30.4.1986, forenede sager 209/89, 210/84, 211/84, 212/84 og 213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425, af 1.10.1987, sag 311/85, VVR, Sml. s. 3801, Leclerc-dommen, nævnt i fodnote 36, og dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769.

40 — I Meng-sagen skulle Domstolen tage stilling til den tyske forsikringslovgivning, hvorefter det er forbudt at afstå en del af provisionen til kunderne. Domstolens endelige stillingtagen til dette spørgsmål byggede på følgende overvejelser: »... Endelig bemærkes, at retsforskrifterne selv fastsætter forbuddet mod at give forsikringstagerne fordele og ikke uddelegerer ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til private erhvervsdrivende. Heraf følger, at retsforskrifter som de i hovedsagen omhandlede ikke falder ind under de kategorier af statslige forskrifter, som efter Domstolens praksis svækker den tilsigtede virkning af traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85. Det af den nationale ret forelagte spørgsmål må derfor besvares med, at EØF-traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85 ikke er til hinder for, at statslige retsforskrifter forbyder forsikringsformidlere helt eller delvis at afstå den af forsikringsselskaberne udbetalte provision til deres kunder, *når enhver sammenhæng med en adfærd fra virksomheders side, der er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, kan udelukkes*« (præmis 20, 21 og 22).

Det spørgsmål rejser sig nu, om Rettens argumentation skal godtages af Domstolen i appelsagen.

b) Konsekvenserne af den fortolkning af artikel 85 og 86, Retten har anlagt i dommen

57. i) Før jeg går videre, finder jeg det særlig vigtigt at erindre om, at traktatens artikel 85 og 86 indeholder fuldstændige retsforskrifter med fuld direkte virkning (horisontal og vertikal) [41]. Da der desuden er tale om traktatbestemmelser, rangerer de formelt højere end de nationale regler. I den udstrækning, ovennævnte bestemmelser rangerer højere end de nationale bestemmelser i det retlige hierarki, er det principielt utænkeligt, at deres anvendelse skal kunne hindres af de nationale bestemmelser. I øvrigt er forpligtelsen til at efterkomme en formelt højere rangerende regel, selv om der findes en lavere rangerende regel med det modsatte indhold, fælles for samtlige retsordener. Logisk må denne forpligtelse således også omfatte Fællesskabets retssubjekter, også selv om forpligtelsen i sidste instans indebærer, at de ikke kan efterkomme gældende national lovgivning med det modsatte indhold. I modsat fald indebærer det, at ikke alene den højere formelle rangorden, men også den direkte virkning af traktatens artikel 85 og 86 bringes i fare.

58. Selv om disse vigtige principper klart findes i de nationale systemer, anvendes de dog endnu ikke fuldt ud i fællesskabsretten og sikrer ikke i alle tilfælde, at Fællesskabets retsorden får forrang frem for den tilsvarende nationale retsorden. Fællesskabsreglerne fremkalder ikke altid de retsvirkninger, som de skulle have i betragtning af deres højere formelle rangorden, i hvert fald ikke hvis man går ud fra gældende retspraksis.

59. ii) På dette sted er der grund til at fremhæve konsekvenserne af en ændring af den nugældende retspraksis. Der bør efter min opfattelse sondres mellem de konsekvenser, som en eventuel godtagelse af fortolkningen af artikel 85 og 86 i den anfægtede dom vil kunne få for den retlige behandling af virksomhederne på den ene side, og de konsekvenser, som en sådan godtagelse vil have for medlemsstaternes økonomiske lovgivning på den anden side.

60. aa) Hvad angår virksomhederne må det herefter antages, at hver gang der konstateres en adfærd, som er omfattet af forbuddene i artikel 85 og 86, vil de virksomheder, der

41 — Jf. udviklingen af Domstolens praksis fra dom af 6.4.1962, sag 13/61, Bosch, Sml. 1954-1964, s. 293, org. ref.: Rec. s. 89, til dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRT, Sml. s. 51, og dom af 10.7.1980, sag 37/79, Marty, Sml. s. 2481.

udviser denne adfærd, blive ramt af konsekvenserne af ovennævnte traktatbestemmelser uden at kunne undskylde deres ulovlige adfærd med, at der findes en bindende national lovgivning, hvis indhold strider mod disse traktatbestemmelser. Omvendt må de nægte at efterkomme de statslige forskrifter, der vedrører dem, for ikke at blive ramt af de i artikel 85 og 86 fastsatte sanktioner.

61. Jeg er ikke nødvendigvis imod en sådan ændring af retspraksis. Men der kan opstå to væsentlige problemer. For det første forekommer det urimeligt strengt at lade de pågældende virksomheder undgælde for en tilsidesættelse af fællesskabsretten, som medlemsstaterne i virkeligheden har ansvaret for. For det andet kan man indvende mod ovennævnte fortolkning af artikel 85 og 86, at den tilgodeser beskyttelsen af Fællesskabets retsorden på bekostning af borgernes interesser, idet fortolkningen indebærer, at borgerne skal bære følgerne af deres konflikt med den nationale lovgivning, således at de i en vis forstand bliver »martyrer« i forsvaret for fællesskabsretten.

62. Disse kritikpunkter kan efter min opfattelse besvares på tilfredsstillende måde.

63. For det første er det rigtigt, at det kan forekomme overraskende at opstille et generelt princip, ifølge hvilket borgere, som adlyder nationale retsregler, af samme grund kan betragtes som ansvarlige efter fællesskabsretten. Men dette er jo en konsekvens af princippet om fællesskabsrettens forrang i forhold til national ret. Det er i øvrigt særlig vigtigt at sondre mellem anerkendelse af, at fællesskabsretten er overtrådt, og placeringen af ansvaret på den, der har begået overtrædelsen. At en virksomhed efterkommer en bindende national regel, der er i strid med artikel 85 og 86, gør ikke virksomhedens adfærd mindre ulovlig fra et fællesskabsretligt synspunkt, men kan betragtes som en ansvarsfritagende eller formildende omstændighed [42]. Følges denne tankegang, skal Kommissionen først fastslå, at den nationale bestemmelse, der har pålagt de pågældende virksomheder en bestemt adfærd, ikke er i overensstemmelse med fællesskabsretten, før den konstaterer, at de pågældende virksomheder har overtrådt bestemmelserne i artikel 85 og 86 og forbyder fortsættelse af denne ulovlige adfærd, dog således, at der ikke fastsættes nogen bøde eller kun fastsættes en mindre bøde [43]. Fra dette syns-

42 — Jeg kan her henvise til det mere generelle problem, der rejser sig i de nationale retsordener, såvel inden for strafferetten som inden for disciplinærretten, nemlig spørgsmålet om, i hvilket omfang en ordre fra en overordnet eller ukendskab til loven gør handlingen mindre ulovlig eller begrænser eller endog helt udelukker ansvar.

43 — F.eks. hvis disse virksomheder godtgør, at de har rettet sig efter de nationale regler, fordi de havde god grund til at tro, at disse var i overensstemmelse med de tilsvarende fællesskabsregler, eller på grund af de strenge sanktioner, som en manglende overholdelse af disse regler ville have medført. Er den nationale lovgivning derimod åbenbart i strid med fællesskabsretten, og er virksomheden klar over dette, kan jeg ikke se, hvorfor virksomheden skulle kunne gemme sig bag den nationale foranstaltning for at undgå sanktionerne i henhold til artikel 85.
Jeg finder under alle omstændigheder, at den pågældende sondring er nødvendig. I modsat fald ville den urimelige situation opstå, at en virksomhed, som af den nationale lovgivning er blevet påtvunget en adfærd i strid med artikel 85 og 86, automatisk skal underkastes de sanktioner, der er fastsat i disse bestemmelser. Vedrørende dette spørgsmål henviser jeg til det forslag til afgørelse, som generaladvokat Jacobs fremsatte den 27.2.1997 i sag C-90/94, Haahr Petroleum, i de forenede sager C-114/95 og 115/95, Texaco og Olieselskabet Danmark, og i sag C-242/95, GT-Link, ad domme af 17.7.1997, Sml. I, s. 4085, s. 4263 og s. 4449.

punkt finder jeg ikke, at den foreslåede ændring af fortolkningen af artikel 85 og 86 vil være alt for streng, endsige uretfærdig i forhold til virksomhederne.

64. Hvad angår argumentet om, at virksomhederne skal opfordres til ikke at tage hensyn til den nationale lovgivning og bære de forudsigelige følger af denne adfærd, har jeg følgende bemærkninger: Borgerne kan allerede i Fællesskabets retsorden finde egnede retlige midler til beskyttelse af de rettigheder, som denne retsorden tillægger dem, når disse rettigheder anfægtes eller begrænses af en national foranstaltning. Hvad angår dette spørgsmål har Domstolens bidrag, bl.a. dens svar på præjudicielle spørgsmål, som bekendt særlig betydning. Det må her være tilstrækkeligt at erindre om Domstolens afgørelse i Factortame I-sagen [44], hvorved den fastslog, at fællesskabsretten giver borgerne en tilstrækkelig beskyttelse, selv inden for rammerne af nationale retssystemer, mod statslige forskrifter, der krænker de rettigheder, som tillægges borgerne ved Fællesskabets retsorden. I den foreliggende sag har den virksomhed, som er blevet straffet, fordi den ikke har rettet sig efter en national lovgivning, som strider mod Fællesskabets konkurrenceregler, mulighed for at anlægge sag ved de nationale retter, som ikke alene skal bringe anvendelsen af denne lovgivning til ophør, men tillige yde tilstrækkelig foreløbig retsbeskyttelse. Følgelig vil en accept af ovennævnte indsigelse indirekte indebære anerkendelse af, at den retsbeskyttelse, som Fællesskabets retsorden yder borgerne, er utilstrækkelig, hvilket efter min opfattelse på ingen måde er tilfældet.

65. Samtlige disse overvejelser fører mig til den konklusion, at Rettens fortolkning i den anfægtede dom, som indirekte afviger fra den vej, der blev anvist i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, er fuldt ud forsvarlig og harmonerer bedre med det grundlæggende princip om fællesskabsrettens højere formelle rangorden.

66. bb) Som jeg har bemærket ovenfor, indebærer denne holdning imidlertid ændring af retspraksis også på et andet væsentligt punkt, nemlig muligheden for at påberåbe sig traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5, med henblik på at efterprøve de nationale reglers overensstemmelse med disse bestemmelser. Som anført i det foregående [45], er det dér, kernen i problemet om den anfægtede doms lovlighed ligger, og ikke i appellanternes argumenter om den faktiske begrænsning af Kommissionens ret til at skønne, om en klage først skal behandles på baggrund af artikel 90 eller artikel 85 og 86. Den konkrete begrænsning af Kommissionens skønsbeføjelse er blot ét — og måske

44 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433.

45 — Se punkt 56 ff. i dette forslag til afgørelse.

ikke det vigtigste — aspekt af de retlige konsekvenser af Rettens argumentation i den anfægtede doms præmis 49.

67. Såfremt den af Retten foreslåede fortolkning af artikel 85 og 86 lægges til grund, vil man navnlig skulle undersøge de nationale foranstaltningers overensstemmelse med Fællesskabets retsorden hver gang, de undersøgte virksomheders adfærd er i strid med Fællesskabets konkurrenceregler, men påbudt i henhold til bindende nationale regler for udøvelsen af en bestemt erhvervsaktivitet [46]. I disse tilfælde fastholder man således pligten til at efterprøve nationale regler fra et fællesskabsretligt synspunkt, også selv om der alene er tale om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86. Denne forpligtelse påhviler hovedsagelig Kommissionen under udøvelsen af dens beføjelser som traktatens vogter, navnlig med henblik på at sikre, at de personer, der er underkastet fællesskabsretten, overholder artikel 85 og 86.

68. Det er fast retspraksis, at bortset fra statsstøtteområdet kan en national lovgivning, som begrænser konkurrencen, for det første henhøre under artikel 90 (når lovgivningen vedrører offentlige virksomheder eller virksomheder, som har fået tillagt særlige eller eksklusive rettigheder), for det andet være omfattet af artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5 (når lovgivningen ophæver disse bestemmelsers tilsigtede virkning [47]), eller for det tredje gøre undtagelse fra de fællesskabsretlige regler på konkurrenceområdet, der er indeholdt i traktatens artikel 85-94. Denne klassificering vil ikke kunne opretholdes, såfremt man tilslutter sig Rettens synspunkt, som forsvares i den anfægtede dom. Nationale regler, som ophæver eller begrænser konkurrencen, kan under visse omstændigheder undersøges i deres helhed med henblik på at fastslå, om de er i overensstemmelse med artikel 85 og 86. En sådan undersøgelse er en forudsætning for de kompetente fællesskabsorganers vedtagelse af en beslutning vedrørende adfærden hos de virksomheder, der har anvendt disse regler.

69. Ovennævnte fortolkning af artikel 85 og 86 kræver, at der sondres mellem de nationale regler, der også er omfattet af artikel 90, og dem, der ikke berøres af denne bestemmelse. I førstnævnte tilfælde har Kommissionen teoretisk tre muligheder. Den kan for det første påbegynde behandlingen af en klage, som er blevet indgivet til den i medfør af artikel 90, og som vedrører den pågældende nationale lovgivnings overensstemmelse med fællesskabsreglerne (det er den mulighed, der ligger nærmest de faktiske omstændigheder i den foreliggende sag). Kommissionen kan for det andet iværksætte proceduren i henhold til artikel 169 ff. eller af egen drift efterprøve den nationale lovgivning på baggrund af artikel 90 ved at indlede

46 — Naturligvis forudsat at Kommissionen ved efterprøvelsen konstaterer, at virksomhedernes adfærd er omfattet af artikel 85 og 86.

47 — Se Meng-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15.

den relevante procedure [48]. Kommissionen kan for det tredje som led i sagsbehandlingen efterprøve den nationale lovgivning i henhold til artikel 5, 85 og 86.

70. Er den nationale foranstaltning ikke en af dem, der er omfattet af artikel 90, kan Kommissionen teoretisk enten søge at få foranstaltningens ulovlighed fra et nationalretligt synspunkt fastslået i medfør af proceduren i artikel 169 ff. eller som led i sagsbehandlingen efterprøve den nationale lovgivning i henhold til artikel 5, 85 og 86.

71. Metoden med efterprøvelse som led i sagsbehandlingen har den fordel, at den er enklere, men den er også den metode, der rejser flest spørgsmål med hensyn til Fællesskabets retsregler om institutionerne. Det er nemlig et spørgsmål, om denne mulighed er i overensstemmelse med traktatens opbygning. Ifølge retspraksis skal Kommissionen, når den konstaterer, at en national lovgivning ikke er i overensstemmelse med Fællesskabets retsorden, gribe ind over for den medlemsstat, der har vedtaget lovgivningen. Dette er formålet med den almindelige procedure i henhold til artikel 169 ff., hvorefter man ad rettens vej skal løse de situationer, hvor en medlemsstat ikke retter sig efter Kommissionens holdning. Men før Domstolens endelige afgørelse er der ikke konstateret nogen ulovlighed fra medlemsstatens side — og derfor heller ikke nogen ulovlig national foranstaltning — ifølge traktaten kan Kommissionen nemlig kun udtale sig om dette spørgsmål gennem retsakter af rent rådgivende karakter [49]. Undtagelsesvis kan Kommissionen, navnlig i de tilfælde, der kan give anledning til anvendelse af artikel 90, vælge mellem ovennævnte almindelige procedure i henhold til artikel 169 ff. og den særlige procedure i henhold til artikel 90, stk. 3. I medfør af sidstnævnte bestemmelse tager Kommissionen selv stilling til, om de statslige foranstaltninger er i overensstemmelse med fællesskabsretten [50]. Men under alle omstændigheder ville det være i strid med den hidtil gældende opfattelse af den primære fællesskabsret, hvis Kommissionen får mulighed for at anfægte de nationale foranstaltninger uden direkte at tage stilling, dvs. uden »såfremt det er påkrævet, [at meddele]

48 — Domstolens praksis angående anvendelsen på national lovgivning af artikel 90 på den ene side og artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5, på den anden side viser, at disse retsforskrifter ikke kan påberåbes kumulativt. Navnlig er det en forudsætning for undtagelsesvis at anse en national lovgivning for omfattet af artikel 85 og 86, at det fastslås, at denne lovgivning har mistet sin »statslige« karakter, netop fordi den foreskriver, letter eller fremmer adfærd hos borgere, som hindrer konkurrencen, eller fordi den uddelegerer ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention til borgerne (jf. Meng-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 15). For at artikel 90 finder anvendelse, kræves derimod, at den konkurrencestridige adfærd har sit udspring i en rent statslig foranstaltning (jf. f.eks. Domstolens dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, som annullerede en kommissionsbeslutning, for så vidt denne pålagde medlemsstaterne at træffe foranstaltninger til ophævelse af aftaler om leje af terminaler indgået af offentlige telekommunikationsvirksomheder med brugerne; disse aftaler var ikke omfattet af artikel 90, da de ikke var påbudt af medlemsstaterne).
Når den nationale lovgivning finder anvendelse på såvel virksomheder omfattet af artikel 90 som selskaber, der ikke henhører under denne kategori, skal lovgivningens forenelighed med fællesskabsretten naturligvis undersøges på baggrund af dels artikel 90, dels artikel 5, 85 og 86 (jf. dommen i sagen Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, nævnt ovenfor i fodnote 10). En nærmere gennemgang af den franske lovgivning om væddemål i hestevæddeløb vil uden tvivl vise, at lovgivningen henhører under begge grupper af bestemmelser.

49 — Jf. dom af 27.5.1981, forenede sager 142/80 og 143/80, Essevi og Salengo, Sml. s. 1413.

50 — Det skal bemærkes, at når der rejser sig et spørgsmål om forenelighed med fællesskabsretten af nationale foranstaltninger, der tillægger virksomheder eksklusive eller særlige rettigheder, er artikel 90 den lex specialis, som først og fremmest finder anvendelse (hvad angår den særlige karakter af artikel 90 henvises til generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse ad dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80, 189/80 og 190/80, Frankrig, Italien og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen, Sml. s. 2545).

medlemsstaterne passende direktiver eller beslutninger« i henhold til artikel 90 [51] og uden at fremsætte bemærkninger og en begrundet udtalelse efter proceduren i artikel 169 [52] [53]. Trods alt dette finder jeg, at løsningen med efterprøvelse som led i sagsbehandlingen er den, der er mest perspektivrig.

72. Hvis man udelukker den løsning, der går ud på en efterprøvelse som led i sagsbehandlingen af den nationale lovgivning i henhold til artikel 85 og 86, vil anvendelsen af disse artikler, stadig efter Rettens fortolkning, dog i visse tilfælde komme til at afhænge af, om Kommissionen er villig til at iværksætte procedurerne i henhold til artikel 90 og artikel 169 ff. Hidtil har Domstolen anerkendt, at Kommissionen har et vidt skøn hvad angår iværksættelsen og gennemførelsen af disse procedurer, og generelt hvad angår de forholdsregler, der kan føre til en konfrontation med en medlemsstat [54]. Med andre ord kan man ikke af artikel 85 og 86 udlede nogen direkte eller indirekte forpligtelse for Kommissionen til at gribe ind over for en national lovgivning i henhold til artikel 90 og artikel 169 ff.

73. Tilbage står herefter det særlige tilfælde, hvor en klage indgivet i henhold til artikel 90 allerede er ved at blive undersøgt af Kommissionen. Det er i øvrigt den situation, vi har i den foreliggende sag. Jeg finder for det første, at det vil være i strid med den logiske sammenhæng, der bør præge Fællesskabets retsorden som retssystem, hvis man lader afgørelsen af en så vigtig kategori af tvister afhænge af den tilfældige omstændighed, om en klage i henhold til artikel 90 er under behandling eller ej. Endvidere er det institutionelle problem, jeg har nævnt ovenfor, ikke fuldstændig løst. Der er, i hvert fald indirekte, sat spørgsmålstegn ved Kommissionens skøn, når den udøver visse beføjelser,

51 — Det må erindres, at proceduren i henhold til traktatens artikel 85 og 86 sammenholdt med artikel 5, ikke kan føre til vedtagelse af en kommissionsbeslutning, der retter sig til medlemsstaterne og ikke til virksomhederne (jf. kendelse af 30.9.1987, sag 229/86, Brother Industries m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3757, og navnlig dom af 13.12.1990, sag T-113/89, Nefarma mod Kommissionen, Sml. II, s. 797).

52 — Det er i øvrigt også et spørgsmål, om ikke denne mulighed tillige griber ind i medlemsstatens ret til kontradiktion. Da proceduren i henhold til forordning nr. 17 er rettet til virksomhederne, vil medlemsstaten ikke være til stede, når spørgsmålet om de relevante nationale bestemmelsers forenelighed med fællesskabsretten rejser sig. Ganske vist kan medlemsstaten opfordres til at fremsætte bemærkninger, selv om der ikke findes nogen skriftlig bestemmelse herom (jf. Domstolens opfattelse i dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307, og af 12.2.1992, forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 565). Medlemsstaten kan ligeledes anlægge sag i henhold til artikel 173 til anfægtelse af den beslutning, som Kommissionen vedtager efter afslutningen af proceduren i henhold til forordning nr. 17.

53 — I øvrigt vil denne mulighed, som det blev bemærket af Kommissionen under Meng-sagen, kunne være til skade for fællesskabsrettens ensartethed. Kommissionen vil nemlig kunne sikre overholdelsen af Fællesskabets konkurrenceregler ved hjælp af et retligt våben, som føjer sig til den række af våben, som Kommissionen normalt anvender for at pålægge ophævelse af nationale foranstaltninger, der er i strid med fællesskabsreglerne. Ganske vist kan sidstnævnte argument tilbagevises i betragtning af den specifikke karakter af reglerne i artikel 85 og 86, men også i betragtning af det økonomiske formål, som fællesskaberne har — eller i hvert fald havde oprindeligt. Jeg kan tilføje, at den omstændighed, at Kommissionens beføjelser alene udvides med hensyn til kun ét af målene for Fællesskabets retsorden, ikke er nogen begrundelse for at undgå denne løsning. Det har i praksis vist sig, at den europæiske integration ikke kan skride frem i samme tempo på alle områder.

54 — Angående proceduren i henhold til artikel 169, se dom af 1.3.1966, sag 48/65, Lütticke mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 169, org. ref.: Rec. s. 27. Angående proceduren i henhold til artikel 90, se den i fodnote 7 nævnte dom i sagen Ladbroke mod Kommissionen. Den mulighed kan dog ikke udelukkes, at retspraksis vil udvikle sig i retning af en meget mere restriktiv opfattelse af Kommissionens skøn. I denne retning peger generaladvokat La Pergola's forslag til afgørelse af 11.7.1996 ad dom af 20.2.1997, sag C-107/95 P, Bundesverband der Bilanzbuchhalter mod Kommissionen, Sml. I, s. 947, som, selv om forslaget ikke blev fulgt af Domstolen, dog viser, at dette juridiske spørgsmål ikke kan betragtes som endeligt løst.

som eventuelt kan skabe en konflikt med medlemsstaterne. Kommissionen har ikke længere et helt frit valg hvad angår den rækkefølge, hvori den skal behandle to klager, hvoraf den ene er indgivet i henhold til traktatens artikel 90 og den anden i henhold til artikel 85 og 86.

74. Som jeg allerede har bemærket [55], er ovennævnte restriktion ikke problemets kerne, men et af dets udslag. Det retsspørgsmål, som den anfægtede dom, navnlig præmis 49, giver anledning til, skal betragtes løsrevet fra de særlige omstændigheder i den foreliggende sag og fra det »falske dilemma«, nemlig valget mellem proceduren i henhold til artikel 90 og proceduren i henhold til artikel 85 og 86. Det spørgsmål, Domstolen her skal tage stilling til, er nøjagtig det samme som det, der blev rejst i begyndelsen af dette afsnit, nemlig spørgsmålet om, hvorvidt den fortolkning af artikel 85 og 86, der kan udledes af den anfægtede doms præmis 49, og hvorefter det under visse omstændigheder er nødvendigt at vurdere forenelighed en af den nationale lovgivning med Fællesskabets konkurrenceregler, førend der tages endelig stilling til, om visse virksomheder har overtrådt bestemmelserne i artikel 85 og 86, er i overensstemmelse med fællesskabsrettens ånd og bogstav eller ej?

75. iii) Ovenstående analyse fører til den konklusion, at en sådan opfattelse — uden at være direkte i strid med traktatens bestemmelser — er uforenelig med den nuværende fortolkning af en række fællesskabsretlige regler og grundlæggende principper, og at holdningen er ensbetydende med en opgivelse af visse af de vigtigste løsninger, der er fastsat i Domstolens praksis. Trods den indsats, der er gjort for at beskrive de eventuelle ændringer af Fællesskabets retsorden, som Rettens synspunkt, jf. den anfægtede doms præmis 49, ville indebære, er det givet, at disse ændringer ikke alle er forudsigelige eller ønskelige. Under alle omstændigheder finder jeg dog, at denne fortolkning af artikel 85 og 86 sikrer den bedst mulige domstolsbeskyttelse af de rettigheder, som disse artikler tillægger private erhvervsdrivende, særlig virksomheder, som lider under følgerne af deres konkurrenters dannelse af sammenslutning og misbrug af dominerende stilling. Til sammenligning er det relevant at henvise til udtalelsen i Factortame III-dommen [56] vedrørende spørgsmålet om beskyttelse af de rettigheder, som efter fællesskabsretten tillægges borgere, som har lidt et tab på grund af medlemsstaterne:

»Desuden ville det være i strid med princippet om fællesskabsrettens effektive virkning at gøre erstatning af skaden betinget af, at Domstolen forinden har fastslået, at der foreligger en overtrædelse af fællesskabsretten, der må tilregnes en medlemsstat, eftersom enhver ret til erstatning så ville være udelukket, så længe den formodede overtrædelse ikke har været genstand for et

55 — Jf. punkt 48 og 66 ovenfor.

56 — Domstolens dom af 5.3.1996, forenede sager C-46/93 og C-48/93, Brasserie du pêcheur og Factortame, Sml. I, s. 1029, om en medlemsstats ansvar for tab, der er forvoldt borgerne ved overtrædelser af fællesskabsretten, som kan tilregnes staten.

søgsmål anlagt af Kommissionen i medfør af traktatens artikel 169 og en fældende dom afsagt af Domstolen. Imidlertid kan rettigheder, der tilkommer borgerne, og som følger af fællesskabsbestemmelser, der har direkte virkning i medlemsstaternes interne retsorden, ikke afhænge af Kommissionens vurdering af, om det er hensigtsmæssigt at anlægge sag mod en medlemsstat i henhold til traktatens artikel 169, eller af, om Domstolen eventuelt har afsagt en dom, hvori overtrædelsen fastslås.«

76. Fra denne synsvinkel er Rettens opfattelse i den anfægtede doms præmis 49 ganske vist helt i overensstemmelse med princippet om fællesskabsrettens effektive virkning, men den rejser ikke desto mindre visse spørgsmål angående dens følger for Kommissionen med hensyn til den kontrol af nationale foranstaltningers overensstemmelse med fællesskabsretten, som traktaten har pålagt Kommissionen at udføre.

2. *Situationen, såfremt fortolkningen i den anfægtede doms præmis 49 forkastes*

77. For at give et fuldstændigt svar, finder jeg det nyttigt at undersøge den anfægtede dom endnu en gang, men ud fra den antagelse, at den ovenfor beskrevne fortolkning af artikel 85 og 86 ikke lægges til grund. Efter min opfattelse er domskonklusionen korrekt, selv om den bør baseres på andre og mindre ambitiøse argumenter, som ikke omfatter det generelle fortolkningsprincip, der er indeholdt i præmis 49, eller henvisningerne til artikel 90-sagen, som Kommissionen er i gang med at behandle.

78. Udgangspunktet for løsningen af tvisten er naturligvis fortsat en undersøgelse af indholdet af Kommissionens oprindelige beslutning om endelig afvisning af Ladbroke's klage for så vidt angår klagepunkterne vedrørende det franske PMU's og en gruppe hestevæddeløbsselskabers overtrædelser af traktatens artikel 85 og 86. Som nævnt ovenfor, bygger begrundelsen for den anfægtede beslutning i hvert fald delvis, hvad angår Ladbroke's klagepunkt vedrørende de ulovlige aftaler, som de ti førende væddeløbsselskaber i Frankrig har indgået indbyrdes og med PMU, på henvisninger til de love og forskrifter, som finder anvendelse på markedet for væddemål vedrørende hestevæddeløb i Frankrig. Kommissionen har under henvisning til konsekvenserne af den nationale franske lovgivning for væddemålsmarkedet konkluderet, at Fællesskabet ikke har nogen interesse i at konstatere en eventuel overtrædelse fra væddeløbsselskabernes side, for så vidt som den frie konkurrence under alle omstændigheder ikke hindres som følge af disse virksomheders adfærd, men på grund af de gældende statslige regler.

79. Det skal bemærkes, at denne franske lovgivning teoretisk kan falde ind under Fællesskabets konkurrenceret i to henseender. For

det første fordi lovgivningen, da den vedrører virksomheder, som tillægges særlige eller eksklusive rettigheder, er omfattet af traktatens artikel 90. For det andet fordi lovgivningen, i det omfang den gælder andre virksomheder end de i artikel 90 omhandlede, er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 85 og 86, såfremt den hindrer opnåelsen af de tilsigtede virkninger af disse bestemmelser, jf. ovennævnte Meng-dom [57].

80. Det fremgår under alle omstændigheder af Kommissionens anfægtede beslutning, at det med henblik på bedømmelsen af det konkurrenceproblem, der rejses i klagen, er absolut nødvendigt at vurdere denne nationale lovgivning. Såfremt det endelig konstateres, at de statslige regler ophæver den tilsigtede virkning af artikel 85 og 86, således at de statslige regler i overensstemmelse med Meng-dommen [58] er omfattet af disse to artikler, må det eventuelt endvidere undersøges, hvorvidt denne konstatering har indflydelse på, hvorledes de virksomheder, som har overholdt den omtvistede franske lovgivning, behandles i medfør af traktatens artikel 85 og 86. Kommissionen har udtrykkeligt erkendt nødvendigheden heraf i sine bemærkninger til den franske regerings første appelanbringende [59].

81. Som Retten i Første Instans imidlertid med føje har påpeget, bygger Kommissionens beslutning på dette punkt på en fejlagtig analyse. Kommissionen henviser blot til den nationale lovgivers rolle på markedet for væddemål i hestevæddeløb uden at forklare, hvilken forbindelse der er mellem denne lovgivning og virksomhedernes påtalte adfærd i denne sag. Hertil kommer, at Kommissionen ikke undersøger den pågældende lovgivning på baggrund af traktatens artikel 85 og 86, sammenholdt med artikel 5, og den siger ikke klart, om denne lovgivning hører til dem, der fratager disse bestemmelser deres virkning, eller ej [60]. Det er ulogisk, når Kommissionen benytter den særlige vanskelighed ved at vurdere denne lovgivning som forklaring på, at den i så mange år har fundet det umuligt på grundlag af artikel 90 at tage stilling til disse statslige forskrifters overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceret, og samtidig hævder, at den er i stand til at foretage en tilstrækkelig vurdering af samme lovgivning på baggrund af artikel 85 og 86, hvilket den gør meget kort i den omtvistede beslutning [61]. Følgelig er begrundelserne for Kommissionens endelige afvisning af Ladbroke's klage for så vidt angår depåståede overtrædelser af artikel 85 og 86 utilstrækkelige, og det er med rette, at denne

57 — Jf. fodnote 15 ovenfor.

58 — Jf. fodnote 15 ovenfor.

59 — Jf. punkt 21 ovenfor.

60 — I sin analyse af den franske lovgivning (punkt 6 i den omtvistede beslutning) begrænser Kommissionen sig til at udtale, at 1974-dekretet ikke kan betragtes som lovgivers efterfølgende lovliggørelse af væddeløbsselskabernes aftaler eller samordnede praksis, idet disse aftaler og denne samordnede praksis allerede blev påbudt ved det franske dekret af 1930.

61 — Det tilkommer i øvrigt ikke Domstolen eller Retten at supplere begrundelsen for den anfægtede beslutning eller at sætte deres begrundelse i stedet. Derfor er det helt uden vægt, at Kommissionens repræsentanter har gjort gældende under både den skriftlige og den mundtlige forhandling, at den franske lovgivning ikke falder ind under den kategori, der ophæver virkningen af artikel 85 og 86. Denne konstatering burde være fremgået klart og i begrundet form af den anfægtede beslutning, som skulle have indeholdt en særlig analyse af de nationale regler på baggrund af artikel 85 og 86. Med andre ord behandles dette retlige spørgsmål ikke med den fornødne omhu, selv om Kommissionen udtrykkeligt anerkender spørgsmålets betydning og de vanskeligheder, der er forbundet med spørgsmålet, når den skal behandle samme lovgivning på baggrund af artikel 90.

beslutning er blevet annulleret. Som Retten udtrykkeligt har fremhævet, har Kommissionen ikke opfyldt sin forpligtelse til omhyggeligt at undersøge de faktiske og retlige omstændigheder, som meddeles den af klagere [62], hvorfor beslutningen ikke opfylder det krav om sikkerhed og udtømmende behandling, der er fastsat i retspraksis [63].

82. Ganske vist er den løsning, der ud fra denne argumentation gives i den anfægtede dom, ikke i fuld overensstemmelse med retspraksis eller i hvert fald ikke med den sædvanlige fortolkning af retspraksis. Dels sætter løsningen indirekte spørgsmålstegn ved den fortolkningsregel, der blev fastsat i dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, ifølge hvilken virksomhederne ikke overtræder traktatens artikel 85 og 86, såfremt deres adfærd er pålagt dem ved nationale forskrifter med bindende karakter [64]. Dels — og det er efter min opfattelse det vigtigste punkt — er Kommissionen ved den kontrol med virksomhedernes adfærd, som den udfører i henhold til artikel 85 og 86, bundet af de i retspraksis fastsatte kriterier for, hvornår nationale regler berøver artikel 85 og 86 deres virkning og følgelig er omfattet af disse to artikler [65].

83. I sidste instans finder jeg, at denne løsning er den rigtige, fordi den giver artikel 85 og 86 deres bindende karakter igen [66], og fordi den ligeledes opfylder det grundlæggende princip om fællesskabsrettens effektivitet. Selv om begrundelsen, som nævnt ovenfor, skal ændres og suppleres, må det konstateres, at Retten med sin dom er nået frem til den rigtige løsning, således at appelanbringenderne må forkastes.

62 — Jf. dommen i sagen Automec mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 16, samt dom af 24.1.1995, sag T-114/92, BEMIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 147, præmis 47-57.

63 — Se præmis 50 i den anfægtede dom, som indeholder andre henvisninger til retspraksis.

64 — Hvilken interesse ville det i øvrigt have at undersøge forenelighed med fællesskabsretten af den franske lovgivning om væddemål i hestevæddeløb, hvis det var tilstrækkeligt blot at konstatere, at den pålægger virksomhederne en bestemt adfærd, som betingelse for at fritage disse virksomheder fra anvendelsen af artikel 85 og 86?

65 — Det skal bemærkes, at disse kriterier, jf. ovennævnte Meng-dom, er fastsat af Domstolen i forbindelse med dens præjudicielle afgørelser. Der er således tale om tilfælde, hvor kontrollen med den nationale lovgivning på grundlag af artikel 85 og 86 udøves af en national ret og ikke af Kommissionen. Når Kommissionen undersøger en adfærd hos virksomheder i henhold til disse artikler, fokuseres kontrollen på denne adfærd. Og når Domstolen skal efterprøve Kommissionens beslutninger i henhold til forordning nr. 17, begrænser den sig til de forhold, der har forbindelse med virksomhedernes adfærd og tager alene hensyn til national lovgivning for at fastslå, hvorvidt den pålægger denne adfærd, og ikke for at fastslå, om den er i overensstemmelse med fællesskabsretten.
Følges dette ræsonnement, skal Kommissionen som led i sin kontrol med virksomhedernes adfærd tage stilling til, om den pågældende franske lovgivning fratager artikel 85 og 86 enhver virkning. Med andre ord opfordrer jeg Kommissionen til som led i sagsbehandlingen at kontrollere den nationale lovgivnings overensstemmelse med fællesskabsretten; derfor gælder det, jeg har anført i punkt 71 ff. i dette forslag til afgørelse, ligeledes i denne situation. Den eneste forskel er, at denne kontrol ikke omfatter samtlige de statslige forskrifter, som i givet fald begrænser konkurrencen (hvilket er underforstået i den generelle formulering af den anfægtede doms præmis 49), men alene de nationale bestemmelser, som berøver artikel 85 og 86 deres virkning, jf. Domstolens dom i GB-Inno-BM-sagen og Meng-sagen. Med andre ord søger jeg, efter min opfattelse med rette, med mit forslag til afgørelse blot at bekræfte og udvide anvendelsen af denne retspraksis.

66 — Tendensen går nu i retning af en strengere anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 på bekostning af de nationale lovgivninger (jf. dom af 11.7.1996, forenede sager T-528/93, T-542/93, T-543/93 og T-546/93, Metropole télévision m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 649, som vedrører betingelserne for, at en aktivitet ikke er omfattet af artikel 85 på grund af den omstændighed, at der udføres en »bestemt offentlig opgave«). Endvidere rejser der sig, som anført ovenfor (jf. fodnote 54), et alvorligt problem hvad angår nødvendigheden af at begrænse Kommissionens skøn i forhold til de beføjelser, der tillægges Kommissionen ved Fællesskabets konkurrenceret, selv når udøvelsen af disse beføjelser kan medføre en konflikt med en medlemsstat.

V — Forslag til afgørelse

84. På grundlag af de ovenstående betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at fastslå følgende:

»1) Den af henholdsvis Kommissionen og Den Franske Republik iværksatte appel forkastes.

2) Appellanterne betaler appelsagens omkostninger.«