CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS

van 13 mei 1997 *

In de onderhavige zaak wordt het Hof verzocht uitspraak te doen over door de Commissie en de Franse Republiek krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG ingestelde hogere voorzieningen tegen het arrest van 18 september 1995 van het Gerecht van eerste aanleg. [1] Bij dit arrest is het krachtens artikel 173 EG-Verdrag door de Engelse vennootschap Ladbroke Racing Ltd ingestelde beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 29 juli 1993 toegewezen; bij deze beschikking had de Commissie de op 24 november 1989 door Ladbroke ingediende klacht (IV/33.374) afgewezen, die gericht was tegen de wijze waarop in Frankrijk de totalisatorweddenschappen [2] op paardenrennen waren georganiseerd, en tegen de exclusieve rechten die door de Franse regeling aan Pari mutuel urbain (hierna: „PMU"), dat wil zeggen aan een (Franse) nationale groep van ondernemingen, waren toegekend.

Ik wil er meteen op wijzen, dat het Gerecht van eerste aanleg in het bestreden arrest aan de artikelen 85 en 86 van het Verdrag een uitlegging met bijzonder interessante gevolgen heeft gegeven waarvan het Hof van Justitie de geldigheid moet beoordelen.

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

1 — Arrest in zaak T-548/93 (Ladbroke Racing, Jurispr. 1995, blz. II-2565).

2 — Het systeem van totalisatorweddenschappen, het enige dat in Frankrijk is toegestaan, wordt gekenmerkt doordat de inzetten een gemeenschappelijke massa vormen die, na verschillende inhoudingen, aan de winnaars wordt uitgekeerd. De deelnemers spelen tegen elkaar, de winstverhouding hangt af van het bedrag van de inzetten en het aantal winnaars, en de organisator van de weddenschap wordt niet beloond uit de verloren inzetten van de spelers, maar uit de op de massa van de weddenschappen gedane inhoudingen.

I — Feiten en procesverloop

1. De feiten van de onderhavige zaak zijn uitvoerig beschreven in de rechtsoverwegingen 1 tot en met 25 van het bestreden arrest waarnaar ik moge verwijzen. Hier kan met het volgende worden volstaan:

2. Op 24 november 1989 diende Ladbroke bij de Commissie een klacht (IV/33.374) in tegen a) de Franse Republiek, b) de tien belangrijkste „sociétés de courses" in Frankrijk [3], en c) PMU. [4] Voor zover haar klacht

3 — Alleen zij mogen totalisatorweddenschappen op paardenrennen zowel buiten als op de renbaan organiseren.

4 — PMU is een economisch samenwerkingsverband van de belangrijkste „sociétés de courses" in Frankrijk, dat is opgericht om de rechten van die vennootschappen op de organisatie van totalisatorweddenschappen buiten de renbaan te beheren. Het beheer door PMU van de rechten van die vennootschappen op de organisatie van die weddenschappen was aanvankelijk geregeld in de vorm van een „gemeenschappelijke dienst" (decreet van 11 juli 1980 betreffende de uitbreiding van de totalisatorweddenschappen buiten de renbaan). Volgens artikel 13 van decreet nr. 74-954 van 14 november 1974 betreffende de „sociétés de courses de chevaux" wordt sinds die datum het beheer van de rechten van de „sociétés de courses" op totalisatorweddenschappen buiten de renbaan exclusief door PMU verzorgd. Dit artikel bepaalt namelijk, dat „de sociétés de courses die totalisatorweddenschappen buiten de renbaan mogen organiseren (...) het beheer daarvan opdragen aan een gemeenschappelijke dienst, genaamd Pari mutuel urbain". Dit exclusieve recht van PMU wordt bovendien beschermd doordat het anderen dan PMU verboden is, weddenschappen op paardenrennen af te sluiten of aan te gaan (artikel 8 van het interministerieel besluit van 13 september 1985 houdende reglement van de Pari mutuel urbain). Het geldt ook voor in het buitenland aangegane weddenschappen op paardentennen in Frankrijk en in Frankrijk aangegane weddenschappen op in het buitenland gehouden paardenrennen, die eveneens slechts mogen worden aangegaan door de toegelaten vennootschappen en/of door PMU (artikel 15, lid 3, van wet nr. 64-1279 van 23 december 1964 houdende de begrotingswet voor 1965).

tegen PMU en haar leden was gericht, verzocht Ladbroke de Commissie krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 [5] (hierna: „verordening nr. 17") de volgende maatregelen te nemen:

In de eerste plaats vast te stellen en te gelasten, dat een eind werd gemaakt aan inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voortvloeiend uit de overeenkomsten tussen of de onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de in Frankrijk toegelaten „sociétés de courses" onderling en met PMU. Die overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen zouden enerzijds tot doel hebben, aan PMU exclusieve rechten toe te kennen op het gebied van het beheer en de organisatie van totalisatorweddenschappen buiten de renbaan op door die vennootschappen georganiseerde of gecontroleerde wedrennen, anderzijds een verzoek om staatssteun voor PMU te steunen, en ten slotte PMU in staat te stellen, zijn activiteiten uit te breiden tot andere Lid-Staten dan de Franse Republiek;

in de tweede plaats vast te stellen en te gelasten, dat een eind werd gemaakt aan inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag, voortvloeiend uit enerzijds de toekenning aan PMU van de exclusieve rechten voor het beheer en de organisatie van weddenschappen buiten de renbaan, en anderzijds de verkrijging door PMU van onwettige staatssteun. Ook verzocht zij de Commissie PMU te gelasten om de ontvangen onwettige steun, vermeerderd met de marktrente, terug te betalen. Voorts wees Ladbroke de Commissie op andere misbruiken van machtspositie door PMU. [6] Ten slotte stelde zij, dat wegens de nauwe banden tussen PMU en haar belangrijkste leveranciers de mededinging werd belemmerd.

3. Voor zover de klacht tegen de Franse Republiek was gericht, verzocht Ladbroke de Commissie om een beschikking krachtens artikel 90, lid 3, van het Verdrag, om een einde te maken aan de schending door de Franse Republiek van de volgende bepalingen:

In de eerste plaats de artikelen 3, sub f, 5, 52, 53, 85, 86 en 90, lid 1, van het Verdrag, wegens de vaststelling en handhaving van de voormelde Franse regelgeving die aan de overeenkomsten tussen de „sociétés de cour-

5 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

6 — Volgens Ladbroke worden de wedders die van de diensten van PMU gebruik maken, uitgebuit doordat er geen weddenschappen worden georganiseerd op rennen die worden gelopen op terreinen die geen eigendom zijn van de belangrijkste „sociétés de courses" en er niet op alle rennen die worden gelopen op terreinen die dat wel zijn, weddenschappen worden aangeboden. Ladbroke laakt ook, dat buitenlandse rennen slechts beperkt door PMU en haar agenten worden gedekt, en dat de diensten die door PMU en haar agenten worden aangeboden, van slechte kwaliteit zijn.

ses" onderling en met PMU een wettelijke grondslag geeft. Deze regelgeving verleent PMU exclusieve rechten voor het aangaan van weddenschappen buiten de renbaan en verbiedt eenieder om buiten de renbaan weddenschappen op in Frankrijk georganiseerde paardenrennen af te sluiten of aan te gaan anders dan via PMU;

in de tweede plaats de artikelen 3, sub f, 52, 53, 59, 62, 85, 86 en 90, lid 1, van het Verdrag wegens de uitvaardiging en handhaving van voormelde regelgeving waarbij wordt verboden, in Frankrijk vrij weddenschappen op in het buitenland georganiseerde wedrennen aan te gaan;

in de derde plaats de artikelen 90, lid 1, 92 en 93, van het Verdrag wegens onwettige steunverlening aan PMU.

4. Bij brief van 11 augustus 1992 maande Ladbroke de Commissie overeenkomstig artikel 175 van het Verdrag aan, binnen een termijn van twee maanden haar standpunt te bepalen omtrent de klacht van 24 november 1989. Bij brief van 12 oktober 1992 deelde de Commissie Ladbroke mee, dat de klacht nog steeds in onderzoek was en dat dit onderzoek veel tijd vergde. Op 21 december 1992 stelde Ladbroke beroep wegens nalaten in krachtens artikel 175 van het Verdrag, strekkende tot vaststelling dat de Commissie in strijd met het Verdrag geen beschikking had gegeven over de onderdelen van haar klacht die artikel 90 betroffen. Bij arrest van 27 oktober 1994 [7] is dit beroep door het Gerecht niet-ontvankelijk verklaard.

5. Aangaande de onderdelen van de klacht van Ladbroke over inbreuken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag door de Franse „sociétés de courses" en PMU, deelde de Commissie krachtens artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG (PB 1963, blz. 2268) Ladbroke bij brief van 9 februari 1993 mee, dat zij niet voornemens was daarop gunstig te beslissen. Bij beschikking vervat in een brief van 29 juli 1993 wees de Commissie de klacht van Ladbroke af om de in deze beschikking en in de brief vermelde redenen.

6. Van deze beschikking kwam Ladbroke op 19 oktober 1993 in beroep bij het Gerecht. De Franse regering heeft in die zaak geïntervenieerd. Bij arrest van 18 september 1995 in zaak T-548/93 [8] heeft het Gerecht dit beroep toegewezen en de beschikking van de Commissie van 29 juli 1993 nietig verklaard. Tegen dit arrest zijn twee afzonderlijke hogere voorzieningen ingesteld, op 22 november 1995 door de Commissie (zaak C-359/95 P) en op 27 november 1995 door de Franse Republiek (zaak C-379/95 P). Bij beschikking van 29 januari 1996 zijn deze

7 — Arrest in zaak T-32/93 (Ladbroke, Jurispr. 1994, blz. II-1015).

8 — Zie voetnoot 1 supra.

zaken door de president van het Hof gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling alsook voor het arrest.

II — Het bestreden arrest

8. Het dictum van het arrest van het Gerecht steunt in wezen op de rechtsoverwegingen 43 en 46 tot en met 51 ervan. Zij luiden als volgt:

7. De Commissie vordert vernietiging van het bestreden arrest voor zover daarin haar beschikking tot afwijzing van de klacht nietig is verklaard, het beroep van Ladbroke ongegrond te verklaren, alsmede Ladbroke in alle kosten van de twee procedures te verwijzen.

„Het Gerecht acht het in casu op zijn plaats, allereerst de grief te onderzoeken betreffende de behandeling van de twee onderdelen van de klacht die betrekking hebben op de beweerde schendingen van respectievelijk de artikelen 85 en 86 en van artikel 90 van het Verdrag, voor zover daarbij in algemene zin de wijze waarop de Commissie de klacht heeft onderzocht, aan de orde wordt gesteld. Met name moet worden onderzocht, of de Commissie gehouden was, te beoordelen of de Franse wettelijke regeling verenigbaar was met het Verdrag, alvorens krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag de bestreden beschikking te geven [r. o. 43].

De Franse Republiek vordert vernietiging van het bestreden arrest voor zover daarin de litigieuze beschikking nietig is verklaard, en toewijzing van de conclusies van de Commissie voor het Gerecht.

Het Gerecht stelt vast, dat de Commissie in casu is overgegaan tot de opening van het onderzoek van de klacht van verzoekster krachtens artikel 90 van het Verdrag, teneinde de verenigbaarheid van de Franse wettelijke regeling met de overige bepalingen van het Verdrag te beoordelen, en dat deze procedure nog loopt. Derhalve moet worden onderzocht, of de Commissie verzoeksters klacht uit hoofde van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag en verordening nr. 17 definitief kon afwijzen, zonder voordien het

Ladbroke vordert afwijzing van de hogere voorzieningen, met verwijzing van de Commissie en de Franse Republiek in de kosten; subsidiair, indien het Hof de hogere voorziening toewijst, de nog niet beslechte punten van Ladbrokes beroep zelf af te doen of de zaak voor een uitspraak op die punten naar het Gerecht terug te wijzen.

onderzoek van de klacht krachtens artikel 90 van het Verdrag te hebben afgesloten [r. o. 46].

Dienaangaande merkt het Gerecht op, dat de Commissie in het kader van de schriftelijke procedure en tijdens de mondelinge behandeling heeft betoogd, dat het door verzoeksters klacht opgeworpen mededingingsprobleem enkel kon worden opgelost door een onderzoek in te stellen naar de verenigbaarheid van de Franse wettelijke regeling betreffende het wettelijk monopolie van PMU met de bepalingen van het Verdrag en door een eventueel ingrijpen krachtens artikel 90 van het Verdrag, en dat dit onderzoek voorrang had daar de uitkomst ervan gold voor alle vroegere of toekomstige overeenkomsten tussen de ‚sociétés de courses' (punt 46 van het verweerschrift). Het Gerecht meent dan ook, dat de beoordeling in het licht van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van de gedragingen van de ‚sociétés de courses' en PMU waarover Ladbroke zich in haar klacht beklaagt, niet volledig kon zijn zonder een voorafgaande toetsing van de nationale wettelijke regeling aan de bepalingen van het Verdrag [r. o. 47].

Ingeval de Commissie immers zou vaststellen, dat de betrokken nationale wettelijke regeling in overeenstemming was met de bepalingen van het Verdrag, zou het feit dat de gedragingen van de ‚sociétés de courses' en PMU met die nationale wettelijke regeling in overeenstemming waren, betekenen dat ook die gedragingen in overeenstemming waren met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, terwijl, indien die gedragingen niet met de nationale wettelijke regeling in overeenstemming waren, dit zou kunnen leiden tot de vaststelling dat zij inbreuken vormden op die bepalingen van het Verdrag [r. o. 48].

Ingeval de Commissie daarentegen zou vaststellen, dat de nationale wettelijke regeling niet in overeenstemming was met de bepalingen van het Verdrag, had zij vervolgens moeten onderzoeken of het feit dat de ‚sociétés de courses' en PMU zich gedroegen overeenkomstig een met het Verdrag strijdige nationale wettelijke regeling, al dan niet aanleiding gaf tot het treffen van maatregelen tegen hen om een einde te maken aan inbreuken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [r. o. 49].

Bijgevolg kan de Commissie, door te besluiten de klacht van verzoekster uit hoofde van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag definitief te verwerpen zonder eerst haar onderzoek naar de verenigbaarheid van de Franse wettelijke regeling met de bepalingen van het Verdrag af te ronden, niet worden geacht te hebben voldaan aan haar verplichting, de haar door de klagers ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken (zie arrest Automec, reeds aangehaald, r. o. 79), teneinde te kunnen voldoen aan het zekerheidsvereiste waaraan een eindbeschikking betreffende het al dan niet bestaan van een inbreuk moet voldoen (zie arrest Gerecht van 24 januari 1992, zaak T-44/90, La Cinq, Jurispr. 1992, blz. II-1, r. o. 61). Zij mocht in dat stadium derhalve niet concluderen, dat eerdergenoemde bepalingen van het Verdrag niet van toepassing waren op de door verzoekster aan de orde gestelde gedragingen van de belangrijkste Franse ‚sociétés de courses' en PMU en, vervolgens, dat er geen gemeenschapsbelang verbonden was aan de vaststelling van de door

verzoekster gestelde inbreuken, op grond dat het oude inbreuken op de mededingingsregels betrof [r. o. 50].

Blijkens het voorgaande heeft de Commissie, door verzoeksters klacht met een beroep op de niet-toepasselijkheid van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag en het ontbreken van gemeenschapsbelang definitief af te wijzen alvorens haar onderzoek naar de verenigbaarheid van de in die klacht aan de orde gestelde Franse wettelijke regeling met de mededingingsregels van het Verdrag, af te ronden, haar redenering doen steunen op een rechtens onjuiste uitlegging van de voorwaarden waaronder een definitief oordeel over het al dan niet bestaan van de gestelde inbreuken kan worden uitgebracht [r. o. 51]."

III — De middelen in hogere voorziening

A — *In zaak C-359/95 P*

Tot staving van haar hogere voorziening voert de Commissie drie middelen aan:

1. *Het eerste middel*

9. De Commissie stelt dat het Gerecht het recht heeft geschonden door te oordelen dat de Commissie, wanneer zowel artikel 90 als de artikelen 85 en 86 van het Verdrag relevant kunnen zijn voor dezelfde zaak, haar toetsing aan artikel 90 moet afronden voordat zij beslist over de toepasselijkheid van de artikelen 85 en 86 of de klacht wegens gebrek aan gemeenschapsbelang afwijst.

a) Het eerste onderdeel van het eerste middel

Het eerste onderdeel van het eerste middel betreft voormelde rechtsoverweging 47 van het bestreden arrest.

10. De Commissie verklaart, nooit te hebben gesteld dat de klachten over schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag eerst konden worden behandeld nadat de verenigbaarheid van de relevante Franse regeling met het Verdrag was onderzocht. In het bij het Gerecht ingediende verweerschrift had zij alleen verklaard, dat zij aan de toetsing van de Franse regeling aan artikel 90 voorrang had gegeven, omdat deze haars inziens het meest onmiddellijke obstakel voor de mededinging was. Bovendien was zij van mening, dat er geen gemeenschapsbelang was om het gedrag van de „sociétés de courses" vóór 1974 te onderzoeken.

b) Het tweede onderdeel van het eerste middel

11. Volgens rekwirante heeft het Gerecht, door te oordelen dat de Commissie haar toetsing aan artikel 90 had moeten afronden

alvorens de op de artikelen 85 en 86 gebaseerde klachten af te wijzen, een rangregeling getroffen tussen de procedure bedoeld in verordening nr. 17 en de inbreukprocedure tegen een Lid-Staat. Volgens de Commissie is deze volgorde van voorrang in het bestreden arrest niet naar behoren gemotiveerd en onverenigbaar met de discretionaire bevoegdheid die zij krachtens het gemeenschapsrecht heeft om te beslissen, welk onderdeel van een klacht eerst wordt behandeld. [9]

12. Volgens verweerster in hogere voorziening is het uit het arrest Rendo e. a. door rekwirante afgeleide argument irrelevant, aangezien de Commissie eigenlijk geen voorrang heeft gegeven aan het op artikel 90 gebaseerde onderdeel van de klacht, doch dit heeft genegeerd totdat Ladbroke dreigde met een procedure ex artikel 175. Volgens verweerster was het de Commissie in casu alleen erom te doen, een antwoord op de vraag of de Franse bepalingen in strijd zijn met het Verdrag, te voorkomen, terwijl deze vraag essentieel was voor de juiste behandeling van de klacht van Ladbroke. Volgens verweerster blijken de bedoelingen van de Commissie uit het feit, dat zij tot dusver geen beslissing over de verenigbaarheid van de Franse regeling met het gemeenschapsrecht heeft genomen.

9 — Arrest van 19 oktober 1995 (zaak C-19/93 P, Rendo e. a., Jurispr. 1995, blz. I-3319).

2. *Het tweede middel in hogere voorziening*

13. Volgens dit middel heeft het Gerecht het recht geschonden door voorbij te gaan aan de vaststelling van de Commissie, dat er geen schending van de artikelen 85 en 86 was, ongeacht of de Franse regeling al dan niet met het Verdrag verenigbaar was. De Commissie betoogt, dat haar vaststelling, dat aan verschillende voorwaarden voor de toepassing van deze bepalingen niet was voldaan, een toereikende motivering vormde ter rechtvaardiging van de afwijzing van de klacht wat deze bepalingen betreft, en dat niet eerst de Franse regeling op haar verenigbaarheid met het Verdrag moest worden getoetst.

a) Het eerste onderdeel van het tweede middel

14. De Commissie verwijst naar de punten 6 tot en met 10, 13 en 14 van haar beschikking, waarin de afwijzing van de klacht van Ladbroke als volgt is toegelicht: allereerst was er geen overeenkomst of bewijs voor enige onderling afgestemde feitelijke gedraging, inhoudende dat de belangrijkste „sociétés de courses" PMU vóór de regeling van 1974 exclusieve rechten hadden verleend. In de tweede plaats was er geen bewijs voor de juistheid van de verklaringen van Ladbroke, dat deze vennootschappen bij de Franse autoriteiten stappen hadden ondernomen om staatssteun voor PMU te verkrijgen; dergelijke stappen, ook al was daarvan gebleken, vormden geen onderling afgestemde feitelijke

gedraging in de zin van de communautaire mededingingsregels. In de derde plaats was er geen bewijs voor de uitbreiding van de activiteiten van PMU buiten Frankrijk. In de vierde plaats was het intracommunautaire handelsverkeer geenszins ongunstig beïnvloed, daar de Franse regeling de Franse markt volledig had geïsoleerd.

b) Het tweede onderdeel van het tweede middel

15. De Commissie wijst erop, dat zij in de punten 11 en 12 van haar beschikking tot de slotsom was gekomen, dat er geen schending van artikel 86 was. Allereerst vormde de coördinatie en hergroepering van de weddenschappen van de „sociétés de courses" bij PMU geen misbruik. In de tweede plaats kon het handelsverkeer tussen Lid-Staten wegens de door de Franse regeling teweeggebrachte isolering van de Franse markt niet ongunstig worden beïnvloed door de toekenning van exclusieve rechten aan PMU. In de derde plaats vormden de stappen die zouden zijn ondernomen om staatssteun te verkrijgen, geen misbruik. In de vierde plaats dient volgens rekwirante over de gestelde uitbuiting van de wedders door PMU het volgende te worden opgemerkt: er was geen formeel verzoek tot vaststelling van een inbreuk met betrekking tot deze „uitbuiting" ingediend, die overigens het resultaat was van de keuze van de Franse wetgever om het wedden in te dammen. Hoe dan ook was deze bewering niet bewezen en kon het handelsverkeer tussen Lid-Staten hoe dan ook niet nadelig beïnvloeden.

c) Het derde onderdeel van het tweede middel

16. De Commissie stelt, dat zij de klacht naar behoren heeft kunnen onderzoeken en dus tot de slotsom kon komen, dat er geen gemeenschapsbelang was bij de vaststelling van een eventuele schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, ongeacht de resultaten van het onderzoek naar een eventuele schending van artikel 90.

17. Ladbroke repliceert op deze verklaringen, dat de Commissie niet op basis van de Franse regelgeving kon concluderen, dat niet was voldaan aan sommige voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, zonder eerst te toetsen, of deze regelgeving verenigbaar was met het gemeenschapsrecht. Indien deze regelgeving de verdragsbepalingen schendt en niet tot rechtmatige resultaten leidt, kunnen de gedragingen van de ondernemingen die ingeval de Franse regeling niet bestond, rechtstreeks binnen de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag zouden vallen, niet door deze regelgeving worden gedekt. [10]

10 — Verweerster verwijst naar de arresten van het Hof van 3 december 1987 (zaak 136/86, BNIC, Jurispr. 1987, blz. 4789), 30 januari 1985 (zaak 123/83, BNIC, Jurispr. 1985, blz. 391) en 11 april 1989 (zaak 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen e. a., Jurispr. 1989, blz. 803).

3. *Het derde middel in hogere voorziening*

18. De Commissie betoogt, dat het bestreden arrest ontoereikend gemotiveerd is. Allereerst wordt daarin niet verklaard, waarom de Commissie de Franse regeling aan artikel 90 had moeten toetsen alvorens de op de artikelen 85 en 86 gebaseerde klacht af te wijzen. In de tweede plaats wordt daarin niet aangegeven, waarom de Commissie bij de bepaling van de aan de verschillende onderdelen van de klacht te verlenen voorrang geen rekening mocht houden met het gemeenschapsbelang. Ten slotte wordt nergens gezegd, waarom het standpunt van de Commissie omtrent het ontbreken van gemeenschapsbelang in de onderhavige zaak kennelijk onjuist was.

19. Verweerster repliceert, dat voorbedoelde aspecten in de rechtsoverwegingen 42 tot en met 47 van het bestreden arrest voldoende zijn uiteengezet.

B — *Zaak C-379/95 P*

Tot staving van haar hogere voorziening voert de Franse regering drie middelen aan.

1. *Het eerste middel*

20. Volgens rekwirante heeft het Gerecht ten onrechte geen rekening gehouden met de rechtspraak van het Hof betreffende de toepasselijkheid van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag in de gevallen waarin het gedrag van de betrokken ondernemingen wordt voorgeschreven door een nationale regeling die hun geen keuze laat.

In het bijzonder betoogt de Franse regering, dat wanneer de ondernemingen een vrijheid van handelen behouden, de artikelen 85 en 86 kunnen worden toegepast, ongeacht de inhoud van de nationale maatregelen. [11] Wanneer nationale maatregelen de ondernemingen geen vrijheid van handelen laten, kunnen de artikelen 85 en 86 evenwel niet worden toegepast zolang deze maatregelen van kracht blijven. [12] In deze laatste situatie acht rekwirante toetsing van de verenigbaarheid van de nationale regeling slechts nuttig indien de Commissie krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag van de ondernemingen kon verlangen, zich niet te houden aan de met het gemeenschapsrecht in strijd geachte overheidsmaatregelen. Tot dusver heeft evenwel noch het Hof noch het Gerecht beslist, dat ondernemingen de voor hen geldende nationale regeling moeten overtreden indien deze van hen gedragingen verlangt die met het gemeenschapsrecht strijdig zijn. De Franse regering verwijst naar de rechtspraak waarin het Hof heeft geweigerd de horizontale werking van de richtlijnen te aanvaarden. [13]

11 — Zie arresten van 3 december 1982 en 30 januari 1985 (BNIC, aangehaald in voetnoot 10).

12 — Rekwirante verwijst naar de arresten van het Hof van 16 december 1975 (gevoegde zaken 40/73—48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suiker Unie e. a., Jurispr. 1975, blz. 1663) en 10 december 1985 (gevoegde zaken 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie e. a., Jurispr. 1985, blz. 3831), en van het Gerecht van 29 juni 1993 (zaak T-7/92, Asia Motor France e. a., Jurispr. 1993, blz. II-669).

13 — Arrest van 14 juli 1994 (zaak C-91/92, Faccini Dori, Jurispr. 1994, blz. I-3325).

Aangezien de vanaf 1974 geldende Franse regeling de Franse „sociétés de courses" geen enkele vrijheid van handelen liet, kon de Commissie zonder voorafgaande toetsing van de Franse regeling aan artikel 90 het onderdeel van de klacht afwijzen dat op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag was gebaseerd.

In casu sluit de Commissie zich evenwel aan bij het standpunt van de Franse regering, dat de Franse regeling van 1974 niet de sluiting van een overeenkomst tussen de „sociétés de courses" voorschreef, doch zelf rechtstreeks aan PMU de exclusiviteit van de organisatie van de totalisatorweddenschappen buiten de renbaan overliet. Volgens voormelde redenering van de Commissie vloeit de beperking van de mededinging dus rechtstreeks voort uit de nationale regeling. [15]

21. In haar memorie van antwoord betoogt de Commissie, dat in het gemeenschapsrecht onderscheid moet worden gemaakt tussen overheidsmaatregelen die ondernemingen een gedrag in strijd met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag voorschrijven, en die welke zonder een met deze bepalingen strijdig gedrag voor te schrijven een rechtskader creëren dat als zodanig de mededinging beperkt. In het tweede geval kan artikel 85 van het Verdrag in sommige gevallen niet-toepasselijk zijn op de overeenkomsten tussen ondernemingen, wanneer de mededinging en het handelsverkeer tussen Lid-Staten niet merkbaar wordt beïnvloedt. In het eerste geval daarentegen, ook al wordt het gedrag van de ondernemingen volledig door de nationale wetgever bepaald, is artikel 85 toepasselijk, en wel ongeacht hoe deze bepalingen gemeenschapsrechtelijk worden behandeld. [14] Volgens de Commissie kan een onderneming niet alleen, maar moet zij ingevolge de voorrang van het gemeenschapsrecht en de rechtstreekse werking van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag weigeren een overheidsmaatregel na te leven die een met de communautaire mededingingsregels strijdig gedrag voorschrijft.

22. Van haar kant aanvaardt verweerster niet, dat de artikelen 85 en 86 niet toepasselijk zijn, wanneer het gedrag van een onderneming door een overheidsmaatregel wordt voorgeschreven, en zolang die maatregel van kracht blijft. Zij betwist ook, dat reeds bestaande overeenkomsten die achteraf door nationale bepalingen dwingende kracht krijgen, anders moeten worden behandeld dan overeenkomsten die van meet af aan dwingend zijn. Gelet op de door de Franse regering gevolgde uitlegging van de relevante gemeenschapsbepaling moet volgens Ladbroke hoe dan ook worden erkend, dat de „sociétés de courses" in de onderhavige zaak over een zekere mate van autonomie beschikten die zij benutten om de overeenkomsten van vóór 1974 te sluiten. De autonomie zowel van de PMU-leden als van PMU zelf was volgens Ladbroke eerst vanaf de vaststelling van het decreet van 1974 volledig opgeheven.

Ten slotte betoogt verweerster, dat nationale bepalingen die het Verdrag schenden, niet

14 — Verwezen wordt naar het arrest van het Hof van 16 november 1977 (zaak 13/77, GB-Inno-BM, Jurispr. 1977, blz. 2115).

15 — Verwezen wordt naar het arrest van het Hof van 17 november 1993 (zaak C-2/91, Meng, Jurispr. 1993, blz. I-5751).

kunnen worden aangevoerd ten bewijze dat er geen negatieve uitwerking op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten is. Dat de ondernemingen niet kan worden verweten de nationale regeling te hebben nageleefd, verhindert volgens Ladbroke niet, dat zij kunnen worden geacht het gemeenschapsrecht te hebben geschonden.

2. *Het tweede middel*

a) Het eerste onderdeel van het tweede middel

23. Volgens de Franse regering heeft het Gerecht het recht geschonden door geen rekening te houden met de vaste rechtspraak, volgens welke iemand die een klacht krachtens verordening nr. 17 indient, niet het recht heeft van de Commissie een definitieve beschikking te verlangen omtrent het bestaan van een inbreuk op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. [16]

b) Het tweede onderdeel van het tweede middel

24. Volgens de Franse regering kan de Commissie altijd een klacht over het gedrag van een onderneming dat weliswaar de mededingingsregels schendt, doch door de nationale regeling wordt voorgeschreven, afwijzen, zonder eerst de verenigbaarheid van deze regeling met het Verdrag te hoeven toetsen. Rekwirante wijst erop, dat de subsidiaire motivering voor de afwijzing van de klacht — het ontbreken van gemeenschapsbelang — op een onbetwist feit berust: sinds 1974 is het ontbreken van mededinging op de Franse markt van het plaatsen van weddenschappen op paardenrennen een rechtstreeks gevolg van de nationale regeling. Bijgevolg kan de eventuele vaststelling van inbreuken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag door de „sociétés de courses" geen enkel positief effect op de mededingingsvoorwaarden op de Franse markt van de weddenschappen op paardenrennen na 1974 hebben.

25. Volgens Ladbroke heeft het Gerecht niet beslist, dat de Commissie een klacht niet kan afwijzen wegens het ontbreken van gemeenschapsbelang. De beschikking van de Commissie is eigenlijk nietig verklaard, omdat Ladbrokes klacht was afgewezen op grond van de gevolgen van de Franse regeling voor de Franse markt van weddenschappen zonder dat de verenigbaarheid van deze regeling met de communautaire mededingingsregels was onderzocht.

3. *Het derde middel*

26. Volgens de Franse regering trekt het Gerecht in zijn arrest in feite de discretionaire bevoegdheid van de Commissie in twijfel om op te treden tegen een Lid-Staat die een met het Verdrag strijdige regeling handhaaft. Daartoe merkt zij op, dat volgens vaste rechtspraak de Commissie over een ruime

16 — Tot staving van haar verklaringen haalt rekwirante de arresten van het Hof van 18 oktober 1979 (zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3173) en van het Gerecht van 18 september 1992 (zaak T-24/90, Automec, Jurispr. 1992, blz. II-2223) aan.

discretionaire bevoegdheid beschikt om uit te maken, of en wanneer de procedure van de artikelen 169 of 90, lid 3, van het Verdrag moet worden ingeleid. Ook al zegt het bestreden arrest niet uitdrukkelijk, dat de Commissie voormelde procedures moest gebruiken, vraagt de Franse regering zich af, welk doel de toetsing van de Franse regeling aan de communautaire mededingingsbepalingen had gediend als de Commissie, zou zij deze regeling onverenigbaar met de gemeenschapsregels hebben beschouwd, geen juridische consequenties uit deze conclusie trok, dat wil zeggen de procedure van artikel 169 niet inleidde of geen beschikking krachtens artikel 90, lid 3, nam.

Ten slotte kritiseert de Franse regering rechtsoverweging 46 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht haars inziens suggereert dat de Commissie, indien zij de procedure van artikel 90 niet had ingeleid, het onderdeel van de klacht dat op de artikelen 85 en 86 was gebaseerd, had kunnen afwijzen zonder eerst de Franse regeling te onderzoeken. Deze uitlegging kan de Commissie in geval van een klacht ertoe brengen te verklaren, dat zij niet voornemens is de nationale regeling aan artikel 90 te toetsen, om zo haar discretionaire bevoegdheid te vrijwaren.

27. Volgens verweerster ontneemt de redenering van de Franse regering de klager het hem bij verordening nr. 17 verleende recht om op basis van zijn klacht een beschikking ten gronde van de Commissie te verkrijgen. Naar luid van artikel 90 is de Commissie niet gehouden in te grijpen [17]; bijgevolg kunnen klachten ex de artikelen 85 en 86 van het Verdrag systematisch worden afgewezen met het argument, dat het betrokken gedrag is voorgeschreven door nationale maatregelen die de Commissie niet verplicht is te onderzoeken. Ladbroke geeft toe, dat de Commissie onder bepaalde omstandigheden gerechtigd kan zijn een klacht over schendingen van de artikelen 85 en 86 af te wijzen zonder eerst de relevante nationale bepalingen te onderzoeken. In casu was onderzoek van de overheidsmaatregelen evenwel noodzakelijk om de juistheid te kunnen nagaan van de redenering waarmee de Commissie de op de artikelen 85 en 86 gebaseerde onderdelen van Ladbrokes klacht heeft afgewezen. Indien de Commissie deze nationale maatregelen in strijd had geacht met de gemeenschapsregels, was zij krachtens artikel 155 van het Verdrag verplicht geweest de noodzakelijke maatregelen tot herstel van de situatie te nemen, ongeacht of al dan niet een klacht krachtens verordening nr. 17 was ingediend.

IV — Onderzoek van de middelen

De grieven van de Commissie en de Franse Republiek tegen het bestreden arrest betreffen de volgende vragen:

A — *Verzuim van het Gerecht om de andere elementen van de motivering van de bestreden beschikking te onderzoeken*

28. 1) In de eerste twee onderdelen van het tweede middel betoogt de Commissie, dat

17 — Zie arrest Gerecht Ladbroke (aangehaald in voetnoot 7).

het bestreden arrest moet worden vernietigd, omdat het Gerecht niet alle gronden voor de afwijzing van de klacht heeft onderzocht. Volgens de Commissie volgt uit deze gronden, dat de artikelen 85 en 86 van het Verdrag niet zijn geschonden, ongeacht of de Franse regeling al dan niet met de gemeenschapsregels verenigbaar is. Voorts betoogt zij dat het Gerecht de bestreden handeling onjuist heeft uitgelegd: de afwijzing van de klacht was niet gebaseerd op het bestaan van een Franse nationale regeling die de mededinging en het handelsverkeer tussen Lid-Staten verhinderde, doch op het feit dat de Commissie bij de ondernemingen waartegen de klacht was gericht, geen gedragingen had vastgesteld die binnen de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag vielen.

29. Behoudens de verwijzing naar het feit dat de Franse regeling iedere mededinging op de markt van de weddenschappen had uitgeschakeld, bevat de beschikking van de Commissie zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 14 tot en met 18 van het bestreden arrest, inderdaad alternatieve redenen voor het ontbreken van een schending van de artikelen 85 en 86. Het oordeel van het Gerecht kan evenwel slechts worden aangetast, indien deze alternatieve redenen als grondslag voor de afwijzingsbeschikking in haar geheel hebben gediend, dat wil zeggen dat zij, voor zover zij gegrond zijn, als grondslag dienen voor de afwijzing van de gehele klacht betreffende de gedragingen van de „sociétés de courses" en PMU, en niet alleen van een onderdeel daarvan. Indien deze redenen evenwel slechts bepaalde van de in de klacht opgeworpen grieven betreffen, kunnen zij ook al zijn zij gegrond, de definitieve afwijzing van de klacht krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag uiteraard niet rechtvaardigen. In dat geval berust de definitieve afwijzing van de klacht nog steeds althans ten dele, op het argument, dat wegens de geldende Franse wettelijke regeling er geen sprake was van schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, daar er geen mededinging of intracommunautair handelsverkeer op de Franse markt van de weddenschappen op paardenrennen bestond. Het Gerecht kon dan, aangezien het deze motivering onjuist achtte, afzien van het onderzoek van de overige redenen en de afwijzing van de klacht als gebaseerd op een rechtens onjuiste motivering nietig verklaren.

30. Bijgevolg moet de strekking worden onderzocht van de andere gronden van de bestreden beschikking van de Commissie dan die welke onwettig is bevonden. De Commissie beroept zich op de punten 6 tot en met 14 van haar beschikking waaruit haars inziens genoegzaam blijkt, dat ook zonder de relevante Franse regeling er geen schending was van de artikelen 85 en 86.

31. Uit de litigieuze handeling zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 14 tot en met 18 van het bestreden arrest, volgt dat deze alternatieve redenen al Ladbrokes grieven inzake schending van artikel 86 alsmede een groot deel van de grieven inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag betreffen. Zij betreffen evenwel niet alle vermeende inbreuken op artikel 85, lid 1, wegens de voor het beheer van de totalisatorweddenschappen in Frankrijk aan PMU verleende exclusiviteit, die volgens de klacht het resultaat is van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de belangrijkste „sociétés de courses". De

argumenten van de Commissie tegen deze grieven (punten 6-8 van de bestreden beschikking zoals samengevat in r. o. 14 van het bestreden arrest) berusten in hoofdzaak op de redenering, dat artikel 85, lid 1, niet van toepassing is, omdat de Franse regeling alle mededinging heeft uitgeschakeld en de Franse markt van de weddenschappen op paardenrennen volledig heeft geïsoleerd. Een andere, naar behoren onderbouwde grond voor afwijzing van dit onderdeel van Ladbrokes klacht wordt niet genoemd.

32. Ik wil erop wijzen, dat anders dan de Commissie zowel schriftelijk als mondeling voor het Hof heeft gesteld, het Gerecht de overeenkomstige passages van de bestreden beschikking niet verkeerd heeft begrepen en dus het bewijsmateriaal niet heeft vervormd of gewijzigd. Wat het onderdeel van de klacht betreft inzake de door de Franse „sociétés de courses" aan PMU verleende exclusieve rechten, erkent de Commissie, dat deze onderling hebben samengewerkt, doch dat zij door het decreet van 11 maart 1930 daartoe verplicht waren. Voorts is zij van mening, dat niet kan worden gesproken van een legalisering achteraf bij het decreet van 1974 van een door artikel 85 van het Verdrag verboden overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging, „daar dit overleg en de daaruit voortgevloeide overeenkomsten tussen de ‚sociétés de courses' een van de voorwaarden was die in 1930, dus ruim vóór de ondertekening van het Verdrag van Rome, door de Franse regering voor totalisatorweddenschappen buiten de renbaan waren gesteld". [18] Voorts verklaart de Commissie in haar beschikking, dat de ‚sociétés de courses' geen individuele weddenschappen buiten de renbaan mochten aannemen, zodat er tussen hen geen concurrentie kon zijn omtrent de keuze van de beheerder aan wie zij de organisatie van hun weddenschappen opdroegen. [19]

33. Uit deze redenering kunnen twee conclusies worden getrokken. Om te beginnen werkten de „sociétés de courses" daadwerkelijk onderling samen, doch deze samenwerking kan volgens de Commissie niet aan artikel 85 worden getoetst, omdat een en ander plaatsvond in het kader van een nationale wettelijke regeling die dit gedrag voorschreef en elke mededinging op de Franse markt van de weddenschappen uitschakelde. In de tweede plaats spitst de analyse van de Commissie zich niet toe op het gedrag van de ondernemingen waartegen de klacht was gericht — zij vermeldt alleen in het kort en zonder nadere toelichting, dat er geen exclusiviteitsovereenkomst was — doch op de Franse wettelijke en bestuursrechtelijke regeling als reden waarom artikel 85 van het Verdrag in casu niet van toepassing is.

34. Aangezien het Gerecht deze uitlegging van artikel 85 juridisch niet juist achtte, kon het dus op grond van dit oordeel de definitieve afwijzing van Ladbrokes klacht uit hoofde van de artikelen 85 en 86 van het

18 — Punt 6 van de beschikking van de Commissie, dat het Gerecht correct in aanmerking heeft genomen en dat in r. o. 14 van het bestreden arrest wordt vermeld.

19 — Derde alinea van punt 6 van de beschikking van de Commissie.

Verdrag onwettig en nietig verklaren. De klachten van de Commissie en de Franse regering, dat het Gerecht de andere gronden van de bestreden beschikking niet heeft onderzocht, moeten als ongegrond worden verworpen, omdat deze gronden de algehele afwijzing niet konden dragen. [20]

35. 2) Het derde onderdeel van het tweede middel van de Commissie en het tweede onderdeel van het tweede middel van de Franse regering klaagt erover, dat het Gerecht de gegrondheid van de subsidiaire motivering van de afwijzingsbeschikking van de Commissie zoals in rechtsoverweging 19 van het bestreden arrest weergegeven, niet heeft onderzocht. Volgens deze motivering was er, ook al zouden bepaalde van de onderzochte gedragingen binnen de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag vallen, geen gemeenschapsbelang bij de vaststelling van een eventuele inbreuk. Deze inbreuken, indien zij werden vastgesteld, konden alleen de periode van 1962, in welk jaar verordening nr. 17 was vastgesteld, tot 1974, in welk jaar de exclusieve rechten van PMU in Frankrijk wettelijk waren vastgelegd, betreffen. De vaststelling van dergelijke inbreuken zou de mededingingsvoorwaarden voor de periode na 1974 niet in gunstige zin kunnen veranderen. Ten onrechte heeft het Gerecht volgens rekwiranten dan ook geen rekening gehouden met deze, huns inziens gegronde motivering.

36. In de eerste plaats wil ik erop wijzen, dat blijkens de rechtsoverwegingen 44 en 45 van het bestreden arrest het Gerecht de Commissie niet het recht heeft ontzegd om een klacht wegens het ontbreken van gemeenschapsbelang af te wijzen. In casu is het Commissiestandpunt, dat er geen gemeenschapsbelang bij het onderzoek van Ladbrokes klacht is, evenwel gebaseerd op de eerdere fase van haar redenering, dat er in de sector van de weddenschappen op paardenrennen in Frankrijk geen mededinging en tussenstaats handelsverkeer bestond na de inwerkingtreding van het decreet van 14 november 1974.

37. De Commissie neemt namelijk als vaststaand aan, dat de activiteit van de Franse „sociétés de courses" en van PMU na 1974 geen enkele invloed op de Franse markt kon hebben, daar het Franse decreet van 14 november 1974 deze markt volledig isoleerde en de betrokken vennootschappen dwong om los van de mededingingsregels te opereren. Haar conclusie, dat er geen gemeenschapsbelang bij de vaststelling van een eventuele schending was, berust niet op een grondig onderzoek van de activiteit van de vennootschappen waartegen de klacht was gericht, doch eveneens weer op het standpunt, dat de artikelen 85 en 86 niet geschonden zijn wanneer de invloed op de mededinging en het handelsverkeer tussen de Lid-Staten uitsluitend en noodzakelijk uit de geldende nationale regeling voortvloeit. Aangezien het Gerecht deze uitlegging van

20 — Uit het voorgaande volgt evenwel, dat een algehele nietigverklaring van de afwijzing van de klacht door de Commissie niet evident is. De vergissing van de Commissie (volgens de door het Gerecht aanvaardde uitlegging van artikel 85) ligt in de wijze waarop zij het eerste punt van de klacht van Ladbroke afwees, dat wil zeggen het gedeelte betreffende de overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen waarmee de „sociétés de courses" aan PMU het exclusieve beheer van de totalisatorweddenschappen in Frankrijk hadden verleend. Dit onderscheid is mijns inziens noodzakelijk voor een beter begrip van de inhoud van het bestreden arrest.

de artikelen 85 en 86 onverenigbaar met het Verdrag achtte, heeft het dus het argument betreffende het ontbreken van gemeenschapsbelang terecht buiten beschouwing gelaten; dit geldt evenwel alleen, indien de door het Gerecht aan deze bepalingen gegeven uitlegging strookt met het gemeenschapsrecht, wat ik nu zal bespreken.

B — *De beperking van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie in het kader van de artikelen 85 en 86 juncto artikel 90 van het Verdrag*

38. 1) Allereerst moet de klacht in het eerste onderdeel van het tweede middel van de Franse regering worden verworpen, dat het Gerecht ten onrechte niet de vaste rechtspraak heeft gevolgd volgens welke particulieren die een klacht indienen, geen aanspraak op een definitieve beschikking van de Commissie hebben. Deze klacht berust op een onjuist uitgangspunt. Het Gerecht heeft de discretionaire bevoegdheid van de Commissie om al dan niet op een klacht te beslissen, niet in twijfel getrokken en heeft evenmin een recht van reclamanten op een beschikking erkend. [21] Het verbiedt de Commissie evenwel om een klacht uit hoofde van de artikelen 85 en 86 definitief af te wijzen zonder het voor de juiste toepassing van deze bepalingen nodige onderzoek te hebben afgesloten.

21 — Bovendien bestaat een dergelijk recht niet. Zie arrest GEMA (aangehaald in voetnoot 16).

Deze klacht is dus ongegrond.

39. 2) Volgens de Commissie en de Franse regering heeft het Gerecht in het bestreden arrest de discretionaire bevoegdheid van de Commissie om te beslissen, in welke volgorde zij de rechtsgrondslagen van een klacht onderzoekt, ondermijnd. Het Gerecht heeft een de jure of de facto rangorde bepaald tussen de procedure van de artikelen 85 en 86, zoals geregeld bij verordening nr. 17, en die van artikel 90.

40. Deze klacht werpt de vraag op, hoe relevante passages (r. o. 46-51) van het bestreden arrest moeten worden uitgelegd. Uit de tekst van rechtsoverweging 46 volgt op het eerste gezicht, dat het Gerecht zich wegens de geopende en nog lopende procedure van artikel 90 de vraag heeft gesteld, of deze procedure moest zijn afgerond voordat een eindbeslissing werd genomen op de klacht over inbreuken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag. Op het eerste gezicht lijkt het Gerecht voormelde bepalingen in hun onderlinge samenhang te hebben uitgelegd en tot de slotsom te zijn gekomen, dat de Commissie wat de betrokken klacht betreft haar toetsing aan artikel 90 had moeten afronden voordat zij een eindbeslissing krachtens de artikelen 85 en 86 nam. Anders gezegd, de procedure van artikel 90 lijkt in bepaalde omstandigheden chronologisch vooraf te moeten gaan aan die van de artikelen 85 en 86.

41. Deze uitlegging van het bestreden arrest door rekwiranten lijkt mij evenwel niet juist. [22]

42. Allereerst valt te betwijfelen, of de bevindingen van de Commissie op basis van artikel 90 feitelijk gezien wel de plaats kunnen innemen van een antwoord, of althans daartoe kunnen volstaan, op alle grieven van Ladbroke uit hoofde van de artikelen 85 en 86. Zoals gezegd [23] is een van de interessantste aspecten van deze zaak gelegen in het eerste onderdeel van de door Ladbroke ingediende klacht, waarin wordt verwezen naar overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de in Frankrijk toegelaten „sociétés de courses" onderling en PMU. Wat de toetsing van het gedrag van de Franse „sociétés de courses" vanuit gemeenschapsrechtelijk oogpunt betreft, is het niet duidelijk, of de toetsing aan artikel 90 een antwoord op de relevante rechtsvragen kan opleveren, aangezien dit artikel geen betrekking heeft op de verenigbaarheid van de nationale regeling in het algemeen met het gemeenschapsrecht, doch alleen op dat gedeelte ervan waarin bijzondere of uitsluitende rechten aan ondernemingen zijn toegekend. Ten minste voor sommige punten van de klacht, betreffende de onder artikel 85 vallende gedragingen van ondernemingen, lijkt een voorafgaande voltooiing van de procedure van artikel 90 geen rechtstreeks nut op te leveren. Anders gezegd, het cruciale punt bij de onderhavige klacht kan niet de voltooiing van de procedure van artikel 90 zijn, wel eventueel de voltooiing van het onderzoek van de verenigbaarheid van de Franse regeling met het communautaire mededingingsrecht in het algemeen.

43. Deze laatste overweging doortrekkend denk ik, dat de wijze waarop rekwiranten het bestreden arrest presenteren, niet de ware betekenis daarvan weergeeft. Het Gerecht heeft niet geprobeerd de bepalingen van de artikelen 85, 86 en 90 van het Verdrag met elkaar te vergelijken en een rangorde tussen enerzijds de procedures volgens artikel 90 en anderzijds die volgens de artikelen 85 en 86 te bepalen [24], en aldus uiteindelijk de discretionaire bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van hoe zij zal optreden, te beperken, aangezien deze discretionaire bevoegdheid in rechtsoverweging 44 van het bestreden arrest uitdrukkelijk wordt erkend. Het primaire doel van het Gerecht is niet de Commissie te verplichten om eerst de grieven over schending van artikel 90 te onderzoeken alvorens definitief te beslissen op die betreffende de artikelen 85 en 86. Zoals blijkt uit de tekst van rechtsoverweging 50 van het bestreden arrest onderzoekt het Gerecht, in hoeverre de Commissie door de klacht van

22 — Indien deze benadering juist was, dan zou het arrest van het Gerecht mijns inziens moeten worden vernietigd. De twee door de Commissie ingeleide procedures krachtens de artikelen 90 resp. 85 of 86 zijn volledig onafhankelijk van elkaar. Uit een uitlegging van deze artikelen in samenhang met elkaar volgt bovendien geenszins, dat het onderzoek krachtens artikel 90 eerder moet zijn afgerond dan dat volgens de artikelen 85 en 86. Aangezien het Verdrag de Commissie vrij laat in de keuze, wanneer en hoe zij zal optreden, kan een beperking van deze discretionaire bevoegdheid wat de keuze van de geschikte procedure betreft, dus geen rechtsgrondslag vinden in de vergelijking van deze procedures. Een dergelijke beperking zou trouwens van niet geringe praktische betekenis zijn. Zoals de Franse regering terecht opmerkt, zou de Commissie in de toekomst ervan kunnen afzien, de procedure van artikel 90 in te leiden voordat zij de klacht krachtens de artikelen 85 en 86 definitief heeft afgewezen, om zich aan de haar door het Gerecht opgelegde verplichtingen te onttrekken.

23 — Zie punt 31 hierboven.

24 — Hier lijkt het nuttig te verwijzen naar het arrest Rendo (aangehaald in voetnoot 9, r. o. 21-23), waarin het Hof in het kader van een hogere voorziening over een soortgelijke vraag moet beslissen.

Ladbroke definitief af te doen heeft voldaan aan de vereisten van het gemeenschapsrecht; het stelt vast, dat zij haar verplichting om de feitelijke en juridische aspecten van de klacht zorgvuldig en volledig te onderzoeken opdat de juistheid van de definitieve afwijzing ervan buiten twijfel staat, niet is nagekomen.

Bijgevolg berust het door rekwiranten bestreden standpunt van het Gerecht *alleen* op de uitlegging van de artikelen 85 en 86 en niet op de samenhang van deze bepalingen met artikel 90.

44. Dit vloeit voort uit de formulering van het bestreden arrest, inzonderheid uit de rechtsoverwegingen 48, 49 en 51. [25] In deze redenering van het Gerecht zijn er gevallen waarin, om uit te maken of het gedrag van een of meerdere ondernemingen in strijd is met de artikelen 85 en 86, de geldende nationale regeling in het kader waarvan de betrokken activiteit zich ontwikkelde [26], moet worden onderzocht, omdat de Commissie, indien de overheidsmaatregelen in strijd met het gemeenschapsrecht zijn, vervolgens moet onderzoeken, of het feit dat de ondernemingen „zich [hebben gedragen] overeenkomstig een met het Verdrag strijdige nationale wettelijke regeling, al dan niet aanleiding [kan zijn] tot het treffen van maatregelen tegen hen om een einde te maken aan inbreuken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag". [27] Zo gezien is toetsing van de verenigbaarheid van de nationale regeling noodzakelijk, ongeacht of dat in het kader van een procedure volgens artikel 90, lid 3, dan wel van een bij de Commissie ingediende klacht tegen deze regeling geschiedt.

45. De hoeksteen van de redenering van het Gerecht ligt met andere woorden in zijn uitlegging van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, die kan worden samengevat als volgt: *In gevallen waarin een nationale regeling zelf de vrije mededinging of het intracommunautaire handelsverkeer belemmert en de ondernemingen gedragingen*

25 — De lezer van het bestreden arrest late zich niet in de war brengen door de verwijzing naar artikel 90 in de laatste zin van r. o. 46. Om te beginnen neemt het Gerecht in deze passage geen standpunt in, doch schetst het alleen het probleem en gaat in op het feit dat in casu inderdaad een klacht krachtens artikel 90 was ingediend en dat deze klacht nog in onderzoek was bij de Commissie. Anders gezegd, de verplichting van de Commissie om de Franse regeling te onderzoeken vóór definitieve afwijzing van de onderdelen van de klacht die op de artikelen 85 en 86 zijn gebaseerd, vloeit niet voort uit het feit dat de klacht over schending van artikel 90 nog in behandeling was. Deze verplichting vloeit rechtstreeks voort uit de artikelen 85 en 86, zoals mijns inziens duidelijk blijkt uit de tekst van r. o. 50 en 51 van het bestreden arrest; in casu was gewoonweg al begonnen met de procedure van artikel 90, die rechtstreeks door het Verdrag is ingevoerd om de verenigbaarheid van een nationale regeling met het gemeenschapsrecht door de Commissie te laten toetsen (zie hierna de punten 68 e. v. van mijn conclusie).

26 — Het gaat om de gevallen waarin, zoals in casu een activiteit van particulieren die op zich voorbehoud zou kunnen eisen wat de verenigbaarheid ervan met de communautaire mededingingsregels betreft, is voorgeschreven door nationale maatregelen die deze activiteit beheersen en de nationale markt van de mededingingsregeling en van het intracommunautaire handelsverkeer hebben uitgesloten. Ook in deze gevallen is het zeker niet a priori noodzakelijk de overheidsregels te onderzoeken om een definitieve beslissing krachtens de artikelen 85 en 86 te nemen. De Commissie kan bijvoorbeeld beslissen dat uit alleen al het onderzoek van de activiteiten van de belanghebbende ondernemingen blijkt, dat deze zich niet schuldig hebben gemaakt aan een overeenkomst of aan een onderling afgestemde feitelijke gedraging of aan misbruik van machtspositie. Bij haar onderzoek kan de Commissie evenwel zoals in casu uitgaan niet van het gedrag van deze ondernemingen, doch van het feit dat dit gedrag de mededingingsregels of het intracommunautaire handelsverkeer *in geen enkel geval* ongunstig kon beïnvloeden wegens het bestaan van een nationale regeling die zeker en noodzakelijkerwijs dit resultaat heeft gehad. Dan moet volgens het Gerecht voor een correcte uitlegging en toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag de verenigbaarheid van deze regeling met het gemeenschapsrecht worden getoetst.

27 — R. o. 49 van het bestreden arrest.

voorschrijft die anders onder de artikelen 85 en 86 zouden vallen, vereist een juiste uitleg en toepassing van deze bepalingen, dat een eindbeslissing over een inbreuk op de artikelen 85 en 86 eerst wordt genomen wanneer is vastgesteld, of deze nationale regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, aangezien bij een ontkennend antwoord de ondernemingen die zich naar deze nationale regeling hebben gevoegd, moeten worden geacht de genoemde artikelen te hebben geschonden.

46. Aan dit standpunt van het Gerecht liggen de volgende overwegingen ten grondslag:

In de eerste plaats steunde de definitieve afwijzing door de Commissie van de klacht krachtens de artikelen 85 en 86 [28] op het bestaan van een nationale regeling die de mededinging belemmert en de ondernemingen geen vrijheid van handelen laat.

In de tweede plaats, wat de verenigbaarheid van de Franse regeling met het gemeenschapsrecht betreft, was het onderzoek van de klacht die Ladbroke krachtens artikel 90 bij de Commissie had ingediend, reeds begonnen en liep het nog steeds.

In de derde plaats erkende de Commissie zelf, dat het onderzoek van de verenigbaarheid van de Franse regeling met het gemeenschapsrecht essentieel was voor de beantwoording van de vragen betreffende het mededingingssysteem dat de Franse markt van het wedden op paardenrennen regelt of moet regelen. [29]

47. Op grond van het voorgaande kwam het Gerecht tot de slotsom, dat de eindbeschikking van de Commissie op Ladbrokes klacht *niet voldeed aan het vereiste van zekerheid en nauwgezetheid,* daar de Commissie niet kon „worden geacht te hebben voldaan aan haar verplichting, de haar door de klagers ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken (...)". [30] In het kader van de betrokken klacht vormde dus niet de afzondering van

28 — Zoals hierboven gezegd (punt 34), rechtvaardigen de andere argumenten van de Commissie op zich niet de definitieve afwijzing van de klacht voor zover deze op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag was gebaseerd.

29 — Zie r. o. 47 van het bestreden arrest. In het eerste onderdeel van het eerste middel betwist de Commissie deze passage met de opmerking, dat het is gebaseerd op een onjuiste uitlegging van het verweerschrift dat zij in de procedure voor het Gerecht had ingediend. In feite heeft de Commissie de werkelijke betekenis van r. o. 47 evenwel niet begrepen. Het Gerecht stelt niet, dat de Commissie het noodzakelijk achtte eerst de procedure van artikel 90 af te ronden alvorens een definitief antwoord krachtens de artikelen 85 en 86 van het Verdrag te geven; het heeft aangenomen, dat ook naar de mening van de Commissie het in Ladbrokes klacht opgeworpen algemene probleem van mededingingsrecht slechts bevredigend kan worden opgelost wanneer de vraag is beantwoord, of de Franse regeling inzake het monopolie van PMU verenigbaar is met de verdragsbepalingen.

30 — R. o. 50 van het bestreden arrest.

de aanhangige procedure volgens artikel 90, doch het antwoord op de vraag of de Franse regeling verenigbaar was met de communautaire mededingingsregels, de beslissende factor voor de eindbeslissing over de schending van de artikelen 85 en 86. Dat is wat het Gerecht besliste, en daarbij had het geenszins de bedoeling de discretionaire bevoegdheid van de Commissie te beperken [31] of een rangorde tussen de procedure van artikel 90 en die van de artikelen 85 en 86 te bepalen.

48. Ook in deze uitlegging betekent de opvatting van het Gerecht uiteraard de facto een beperking van de bevoegdheid van de Commissie om te beslissen, wanneer en hoe zij in het kader van de onderhavige klacht de procedure van artikel 90 voor het onderzoek van de verenigbaarheid van de Franse regeling met het gemeenschapsrecht inleidde. De vraag, of deze praktische consequentie op een correcte toepassing van het gemeenschapsrecht berust, maakt evenwel deel uit van de algemenere problematiek, of de in casu gevolgde uitlegging van de artikelen 85 en 86 verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, wat ik thans zal onderzoeken.

31 — Volgens de redenering van het Gerecht is de Commissie krachtens de artikelen 85 en 86 en de voorschriften van artikel 155 van het Verdrag rechtstreeks gehouden de verenigbaarheid van de nationale regeling met de communautaire mededingingsregels te onderzoeken. Anders dus dan gesteld door de Franse regering in het derde middel tot staving van haar hogere voorziening, kan de Commissie zich dus niet onttrekken aan deze verplichting door zodra een klacht is ingediend, ter vrijwaring van haar discretionaire bevoegdheid gewoon te verklaren dat zij niet het voornemen heeft de nationale regeling aan artikel 90 te toetsen.

C — *De correcte uitlegging van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag*

1. *De artikelen 85 en 86 van het Verdrag in het licht van rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest*

49. In het eerste middel stelt de Franse regering, dat de door het Gerecht in zijn arrest gegeven oplossing in strijd is met de vaste rechtspraak betreffende de vraag, of de artikelen 85 en 86 van het Verdrag kunnen worden toegepast wanneer het litigieuze gedrag van de betrokken ondernemingen hun door de nationale wet is voorgeschreven. Bovendien is tot dusver geen verplichting erkend voor nationale ondernemingen zich niet te houden aan een nationale maatregel die hun met het gemeenschapsrecht strijdige verplichtingen oplegt.

50. De Commissie neemt een ander standpunt in dan de Franse regering. Zij maakt onderscheid tussen het geval waarin de nationale regeling de ondernemingen verplichtingen in strijd met de artikelen 85 en 86 oplegt, en dat waarin de overheidsmaatregelen zelf een juridisch kader creëren dat de mededinging beperkt, zodat er geen gedragingen van ondernemingen (in de zin van de artikelen 85 en 86) zijn die kunnen doorwerken op de mededinging of het intracommunautaire handelsverkeer. Volgens de Commissie zijn de artikelen 85 en 86 alleen in dit laatste geval niet toepasselijk.

a) De uitlegging van de artikelen 85 en 86 door het Gerecht en de rechtspraak tot dusver

51. De opvatting van het Gerecht [32] in het bestreden arrest lijkt inderdaad niet te stroken met de rechtspraak, althans op twee belangrijke punten: enerzijds wat betreft de vraag, of zij inbreuk op de artikelen 85 en 86 maken ingeval hun met de communautaire mededingingsregels strijdige gedragingen zijn voorgeschreven door nationale bepalingen van dwingend recht; anderzijds — en dit is mijns inziens het belangrijkste punt — wijkt het bestreden arrest af van de door de rechtspraak algemeen aanvaarde beginselen betreffende de voorwaarden waaronder nationaal economisch recht aan de artikelen 5 en 85 kan worden getoetst.

52. i) Zoals blijkt uit rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest, sluit het Gerecht zich niet aan bij het standpunt dat oorspronkelijk in het arrest Suiker Unie was gegeven en tot dusver niet rechtstreeks is verlaten. [33] Naar algemeen wordt aanvaard heeft het Hof in dit arrest uitgemaakt, dat artikel 85 van het Verdrag niet wordt geschonden, wanneer het gedrag van de ondernemingen, hoewel het in beginsel onder de verbodsbepalingen van dit artikel lijkt te vallen, hun was voorgeschreven door overheidsmaatregelen die deze ondernemingen geen enkele beoordelingsmarge lieten.

53. In latere arresten heeft het Hof geprobeerd de gevolgen van deze rechtspraak af te zwakken. [34] Hoewel de voor het eerst in het

32 — Betreffende de verplichting van de Commissie om in bepaalde gevallen eerst de nationale regeling op verenigbaarheid met het communautaire mededingingsrecht te toetsen alvorens definitief te antwoorden op een klacht krachtens de artikelen 85 en 86.

33 — In dit arrest (aangehaald in voetnoot 12 supra) betreffende ondernemingen die suiker verhandelen, ontwikkelde het Hof de volgende redenering (r. o. 65-72):
„(...) de Italiaanse voorschriften, en hun wijze van uitvoering, [zijn] op de wezenlijke elementen van het gewraakte marktgedrag der betrokken ondernemingen van doorslaggevende invloed (...) geweest, zodat blijkbaar de omstreden samenwerking zonder toepassing van die voorschriften niet zou zijn totstandgekomen dan wel een andere vorm zou hebben aangenomen dan de Commissie thans (...) te laste legt;
(...) bovendien [strekten] de Italiaanse voorschriften en de daaraan gegeven toepassing ertoe (...) en hadden tot gevolg de omvang van het aanbod precies aan die van de vraag aan te passen, waarmede een wezenlijk element ener normaal functionerende mededinging werd uitgeschakeld;
(...) de hiervoor omschreven voorschriften [hebben] voorts belanghebbenden aanzienlijk (...) beknot in hun mogelijkheden de prijs te bedingen die uit het vrije spel van vraag en aanbod zou zijn voortgevloeid;
(...) de Italiaanse regeling [heeft] bovendien indirect maar in wezenlijke mate aan de vrijheid der kopers bij de keuze van hun leveranciers — en omgekeerd — in de weg (...) gestaan;
(...) waar, naar hiervoor werd overwogen, met name het stelsel der nationale quota, door opsplitsing van de nationale markten de mededingingsregelen slechts op een beperkt domein onverkort tot gelding laat komen, [wordt] dat domein door de speciale ordening van de Italiaanse markt andermaal wezenlijk (...) ingeperkt;
(...) uit vorenstaande overwegingen volgt dat het gewraakte marktgedrag aan de mededinging niet merkbaar afbreuk heeft kunnen doen, zodat het niet onder het verbod van artikel 85 van het Verdrag kan worden gebracht".

34 — Het lijkt mij van belang erop te wijzen, dat het Hof in het arrest Suiker Unie, heeft erkend, dat de Italiaanse regeling betreffende de handel in suiker niet kennelijk in strijd met de communautaire rechtsorde was. De gemeenschapsinstellingen waren er overigens niet in geslaagd voor suiker een systeem van volledige mededingingsvrijheid op te zetten. De gemeenschappelijke marktordening voor dat product voorzag voor de Italiaanse markt in belangrijke afwijkingen waardoor de Italiaanse wetgever de mededingingsvrijheid uiteindelijk tot een minimum kon beperken. Ook al wordt in de tekst van het arrest de verenigbaarheid van de Italiaanse regeling met het gemeenschapsrecht niet rechtstreeks besproken, heeft het Hof mijns inziens dit punt stilzwijgend bezien alvorens te beslissen, dat de artikelen 85 en 86 niet toepasselijk waren op ondernemingen die op de Italiaanse markt opereerden. Mijns inziens is het niet zeker, of de beslissing hetzelfde zou hebben geluid indien de nationale regeling die de toepassing van de artikelen 85 en 86 in de weg stond, rechtstreeks in strijd met de gemeenschapsregels was geweest.

arrest Suiker Unie geformuleerde uitzondering nooit uitdrukkelijk is opgegeven, is zij in de praktijk toch moeilijk toe te passen, daar het Hof zeer nauwkeurig nagaat, of een nationale regeling ondernemingen wel iedere mogelijkheid ontneemt om hun activiteiten vrij te ontwikkelen en hun een gedrag voorschrijft dat in strijd met de communautaire mededingingsregels is. [35] De aansprakelijkheid van de ondernemingen staat overigens buiten twijfel, wanneer het met de artikelen 85 en 86 strijdige gedrag door de nationale autoriteiten is bevorderd of begunstigd. [36]

54. ii) Na voormelde rechtspraak die primair de ondernemingen betreft, kom ik thans tot de rechtspraak die rechtstreeks de belangen van de Lid-Staten raakt en de geldigheid van nationale regels betreft die de vrije mededinging beperken of uitschakelen. In zijn conclusie in de zaak Meng [37] vatte advocaat-generaal Tesauro het standpunt van het Hof ter zake als volgt samen:

„Enerzijds heeft het Hof dienaangaande steeds verklaard, dat nationale wettelijke regelingen die regels stellen aan de uitoefening van economische activiteit van ondernemingen, buiten de materiële werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 vallen. Deze bepalingen richten zich immers (*ratione personae*) tot de ondernemingen en niet tot de Lid-Staten; tevens zijn zij erop gericht (*ratione materiae*) de vrije mededinging te beschermen en niet de prerogatieven van de Lid-Staten inzake economische politiek te beperken, op welke prerogatieven in voorkomend geval andere bepalingen van het EEG-Verdrag van toepassing zijn.

Anderzijds, zoals het Hof herhaaldelijk heeft verklaard, volgt ‚uit de samenhang van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag met artikel 5 EEG-Verdrag, dat de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken'. [38]

Deze twee verklaringen zijn volledig met elkaar in overeenstemming. De artikelen 85 en 86 hebben immers weliswaar betrekking op de concurrentiebeperkende gedragingen van ondernemingen, maar ook mogen de Lid-Staten deze ondernemingen niet in staat stellen de verboden te ontgaan door hun de ‚dekmantel' van een wettelijke regeling te verschaffen. Anders zouden de artikelen 85 en 86 hun werking verliezen: *aan de Lid-Staten is derhalve de verplichting gesteld, geen afbreuk te doen aan het nuttig effect van de tot de ondernemingen gerichte mededingingsbepalingen.*"

35 — Voor een typisch voorbeeld, zie arrest Stichting Sigarettenindustrie (aangehaald in voetnoot 12).

36 — Zie arresten van 10 januari 1985 (zaak 229/83, Leclerc e. a., Jurispr. 1985, blz. 1) en 29 januari 1985 (zaak 231/83, Cullet en CSNCRA, Jurispr. 1985, blz. 305).

37 — Aangehaald in voetnoot 15.

38 — Zie laatstelijk arrest van 28 februari 1991 (zaak C-332/89, Marchandise e. a., Jurispr. 1991, blz. I-1027, r. o. 22).

55. Het Hof kan dus slechts onder bepaalde voorwaarden en bij wijze van uitzondering de verenigbaarheid van een nationale maatregel met het gemeenschapsrecht in het licht van de artikelen 85 en 86 onderzoeken [39] wanneer deze maatregelen afbreuk doen aan het nuttig effect van deze artikelen. De consequenties van deze rechtspraak zijn, inzonderheid wat artikel 85 betreft dat ons in casu interesseert, samengevat in rechtsoverweging 14 van het arrest Meng:

„(...) Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt evenwel uit de samenhang van artikel 85 met artikel 5 van het Verdrag, dat de Lid-Staten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken. Volgens deze rechtspraak is dit het geval, wanneer een Lid-Staat het tot stand komen van met artikel 85 strijdige mededingingsregelingen oplegt of begunstigt dan wel de werking ervan versterkt of aan haar eigen regeling het overheidskarakter ontneemt door de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere marktdeelnemers over te dragen."

A contrario, wanneer de nationale regeling geen betrekking heeft op overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, doch zelf regels stelt die de markt beheersen, vloeit de aantasting van de mededinging uitsluitend voort uit een zuivere overheidsmaatregel die niet binnen de werkingssfeer van artikel 85 valt. [40]

56. De opvatting van het Gerecht in het bestreden arrest strookt niet met het voorgaande. Meer bepaald maakt het geen onderscheid tussen nationale maatregelen die de artikelen 85 en 86 hun nuttig effect ontnemen, en die welke niet binnen de werkingssfeer van deze bepalingen vallen. Op grond van de algemene formulering van rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest moet de Commissie integendeel de nationale maatregelen in het algemeen toetsen aan de communautaire mededingingsregels en de resultaten van deze toetsing betrekken bij de beoordeling, op basis van deze bepalingen, van het gedrag van de ondernemingen die zich niet aan deze maatregelen hebben gehouden. Zonder het uitdrukkelijk te zeggen wijkt het Gerecht daarmee af van de rechtspraak tot dusver betreffende de voorwaarden voor toetsing van een nationale regel aan de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

39 — Zie de reeds aangehaalde arresten GB-Inno-BM, van 3 december 1982, BNIC, en van 30 januari 1985, BNIC, Ahmed Saeed Flugreisen en Meng (reeds aangehaald); alsmede arresten van 30 april 1986 (gevoegde zaken 209—213/84, Asjes e. a., Jurispr. 1986, blz. 1425); 1 oktober 1987 (zaak 311/85, VVR, Jurispr. 1987, blz. 3801), Leclerc (aangehaald in voetnoot 36) en 21 september 1988 (zaak 267/86, Van Eycke, Jurispr. 1988, blz. 4769).

40 — In de zaak Meng was een Duitse verzekeringsregeling aan de orde, die het afstaan van een deel van de provisie aan klanten verbiedt. De beslissing van het Hof, berustte op de volgende overwegingen: „Ten slotte moet worden opgemerkt dat de regeling zelf het verbod om financiële voordelen toe te kennen aan verzekeringsnemers formuleert en de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied niet overdraagt aan particuliere ondernemingen. Uit het voorgaande volgt, dat een regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, niet behoort tot de categorieën van overheidsregelingen die volgens de rechtspraak van het Hof afbreuk doen aan het nuttig effect van de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 85 EEG-Verdrag. Mitsdien moet op de vraag van de nationale rechter worden geantwoord, dat de artikelen 3, sub f, 5, tweede alinea, en 85 EEG-Verdrag er niet aan in de weg staan, dat *indien elk verband met gedragingen van ondernemingen als bedoeld in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag ontbreekt*, een overheidsregeling aan verzekeringstussenpersonen verbiedt de door de verzekeringsmaatschappijen betaalde provisie geheel of gedeeltelijk aan hun klanten af te staan" (r. o. 20-22).

Derhalve is het de vraag, of deze redenering van het Gerecht in hogere voorziening dient te worden bevestigd.

b) Consequenties van de door het Gerecht aan de artikelen 85 en 86 gegeven uitlegging

57. i) Alvorens verder te gaan wil ik nogmaals herhalen, dat de artikelen 85 en 86 van het Verdrag complete rechtsregels met volledige (horizontale en verticale) rechtstreekse werking bevatten. [41] Als verdragsbepalingen hebben zij bovendien voorrang op nationale regels. Aangezien deze bepalingen in de hiërarchie van rechtsnormen hoger staan dan de nationale bepalingen, is het dus in beginsel ondenkbaar dat hun toepassing door deze laatste kan worden belemmerd. De verplichting om de in rang hoogste regel na te leven, ook al is de lagere regel daarmee in strijd, is overigens een kenmerk dat alle rechtsstelsels gemeen hebben. Het logische gevolg moet zijn, dat deze verplichting ook geldt voor de aan het gemeenschapsrecht onderworpen particulieren, zelfs al wordt daarmee van hen verlangd om zich niet te houden aan een afwijkende nationale regeling. Anders komt niet alleen de hogere rang, maar ook de rechtstreekse werking van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag op losse schroeven te staan.

58. Deze fundamentele beginselen, hoe vanzelfsprekend zij in de nationale rechtsstelsels ook zijn, zijn tot dusver evenwel niet volledig tot het gemeenschapsrecht doorgedrongen en stellen de voorrang van de communautaire rechtsorde op de nationale rechtsordes niet volledig veilig. De gemeenschapsregels sorteren niet alle rechtsgevolgen die voortvloeien uit hun hogere rang, althans in de huidige rechtspraak.

59. ii) In dit stadium zou ik willen wijzen op de gevolgen van een afwijking van de huidige rechtspraak. Mijns inziens moet onderscheid worden gemaakt tussen de consequenties die bevestiging van de in het bestreden arrest gegeven uitlegging van de artikelen 85 en 86 zou hebben op enerzijds de juridische behandeling van ondernemingen en anderzijds op de economische regeling van de Lid-Staten.

60. aa) Voor ondernemingen geldt dan, dat telkens wanneer een gedraging wordt vastgesteld die onder de verbodsbepalingen van de artikelen 85 en 86 valt, zij de uit deze

41 — Men denke hier aan de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof sinds het arrest van 6 april 1962 (zaak 13/61, Bosch, Jurispr. 1985, blz. 91) via het arrest van 30 januari 1974 (zaak 127/73, BRT, Jurispr. 1974, blz. 51) tot het arrest van 10 juli 1980 (zaak 37/79, Marty, Jurispr. 1980, blz. 2481).

bepalingen voortvloeiende gevolgen zullen moeten dragen zonder zich ter verschoning van hun onrechtmatig gedrag te kunnen beroepen op andersluidende nationale dwingende bepalingen. Om de sancties van de artikelen 85 en 86 te ontgaan, zullen zij moeten weigeren zich aan de op hen toepasselijke nationale maatregelen te houden.

61. Ik ben op zich niet tegen een ontwikkeling van de rechtspraak in die richting. Twee belangrijke vragen kunnen evenwel rijzen. Om te beginnen kan het overdreven streng lijken, de betrokken ondernemingen de negatieve gevolgen te laten dragen van een schending van het gemeenschapsrecht waarvoor eigenlijk de Lid-Staten verantwoordelijk zijn. In de tweede plaats kan tegen voormelde uitlegging van de artikelen 85 en 86 worden ingebracht, dat de communautaire rechtsorde wordt beschermd op kosten van de belangen van particulieren, die de gevolgen moeten dragen van hun conflict met het nationale recht en in zekere zin de „martelaren" van de verdediging van het gemeenschapsrecht worden.

62. Mijns inziens kan dit echter op een bevredigende manier worden opgelost.

63. Om te beginnen zal een algemene regel, dat de particulieren die zich houden aan nationale rechtsregels, gemeenschapsrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn, zeker verbazing wekken. Dat is evenwel het gevolg van het beginsel van de voorrang van een communautaire rechtsregel op de overeenkomstige nationale rechtsregel. Anderzijds is het van bijzonder belang, onderscheid te maken tussen de vaststelling van een inbreuk op het gemeenschapsrecht en de aansprakelijkstelling van de overtreder. Voldoet een onderneming aan een dwingende nationale regel die in strijd is met de artikelen 85 en 86, dan doet dat gemeenschapsrechtelijk gezien niets af aan de onrechtmatigheid van haar gedrag, doch kan het een reden zijn om haar niet danwel beperkt aansprakelijk te houden. [42] Overeenkomstig deze benadering zal de Commissie, wanneer zij constateert dat de nationale regel die de betrokken ondernemingen een bepaald gedrag heeft opgelegd of voorgeschreven, onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht, vaststellen dat de betrokken ondernemingen de artikelen 85 en 86 hebben geschonden en de voortzetting ervan verbieden, doch geen of enkel een lagere boete opleggen. [43] Aldus

42 — Hierbij zou ik kunnen verwijzen naar het algemenere, zowel in het nationale straf- als in het tuchtrecht bekende probleem, in hoeverre het bevel van een hiërarchieke meerdere of het niet kennen van de wet het strafbare karakter van de handeling wegneemt of beperkt, ja zelfs de aansprakelijkheid gewoon uitsluit.

43 — Bijvoorbeeld indien deze ondernemingen aantonen, dat zij zich naar de nationale regels hebben geschikt omdat zij ze verschoonbaar in overeenstemming met de overeenkomstige gemeenschapsregels achtten, of wegens de ernst van de sancties bij niet-naleving van deze regels. Indien echter de nationale regeling kennelijk in strijd met het gemeenschapsrecht is en de onderneming dit weet, zie ik niet in, waarom zij door de nationale maatregelen zou moeten worden beschermd om te ontkomen aan de sancties van artikel 85. Dit onderscheid dunkt mij hoe dan ook noodzakelijk; omgekeerd zou het overdreven hard zijn, een onderneming die onder druk van de nationale regeling tot de met de artikelen 85 en 86 strijdige gedragingen is gekomen, automatisch de sancties van deze bepalingen op te leggen. Zie hierover de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 27 februari 1997 bij de arresten van 17 juli 1997 in zaak C-90/94, Haahr Petroleum, de gevoegde zaken C-114/95 en C-115/95, Texaco en Olieselskabet Danmark, en in zaak C-242/95, GT-Link (Jurispr. 1997, blz. I-4087).

is de voorgestelde wijziging van de uitlegging van de artikelen 85 en 86 mijns inziens niet onredelijk bezwarend of zelfs onbillijk voor de ondernemingen.

64. Wat de situatie betreft, dat ondernemingen tegen hun nationale regeling zouden moeten handelen en de voorzienbare gevolgen van dit gedrag dragen, wil ik het volgende opmerken. De communautaire rechtsorde biedt de particulieren geschikte rechtsmiddelen ter bescherming van de hun toegekende rechten, wanneer deze door een nationale maatregel worden bedreigd of aangetast. Op dit punt heeft het Hof van Justitie met zijn prejudiciële beslissing een zeer belangrijke bijdrage geleverd. Ik hoef alleen maar te herinneren aan het arrest Factortame I [44], volgens hetwelk het gemeenschapsrecht de particulieren ook in de nationale rechtsorde een adequate rechtsbescherming biedt in omstandigheden waarin een overheidsmaatregel de door het gemeenschapsrecht aan een particulier toegekende rechten aantast. In casu kan de onderneming die zou moeten vrezen voor sancties wegens overtreding van met het communautaire mededingingsrecht strijdige nationale regelgeving, zich tot de nationale rechter wenden, die deze regels niet alleen buiten toepassing zou moeten laten, maar ook een afdoende voorlopige rechtersbescherming zou moeten bieden. Voormeld bezwaar kan dus niet worden aanvaard zonder daarmee tevens te erkennen, dat het gemeenschapsrecht de particulieren geen passende rechtsbescherming biedt, hetgeen mijns inziens niet langer juist is.

65. Gelet op een en ander kom ik tot de slotsom, dat de door het Gerecht in het bestreden arrest aangenomen uitlegging die indirect afwijkt van de in het arrest Suiker Unie aangegeven richting, goed verdedigbaar is en beter strookt met het basisbeginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht.

66. bb) Zoals reeds gezegd, impliceert dit standpunt evenwel een wijziging in de rechtspraak op een ander fundamenteel punt, te weten dat van de mogelijkheid zich op de artikelen 85 en 86 juncto artikel 5 van het Verdrag te beroepen ter toetsing van de verenigbaarheid van de nationale regeling aan deze bepalingen. Zoals hierboven aangegeven [45], vormt dit het kernprobleem van de juistheid van het bestreden arrest en niet de door rekwiranten gestelde feitelijke beperking van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van de vraag, of een klacht eerst in het licht van artikel 90 dan wel uit het oogpunt van de artikelen 85 en 86 moet worden onderzocht. De specifieke beperking van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie is slechts een — en wellicht niet het belangrijkste — van de rechtsgevolgen van de redenering van het Gerecht

44 — Arrest van 19 juni 1990 (zaak C-213/89, Factortame e. a., Jurispr. 1990, blz. I-2433).

45 — Zie de punten 56 e. v. van de onderhavige conclusie.

in rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest.

67. Wordt de uitlegging van de artikelen 85 en 86 van het Gerecht gevolgd, moet telkens de verenigbaarheid van de nationale maatregelen met het gemeenschapsrecht worden getoetst, wanneer het gedrag van de onderzochte ondernemingen in strijd is met de communautaire mededingingsregels, doch is voorgeschreven door dwingende nationale maatregelen die het kader van een bepaalde economische activiteit vormen. [46] Dat betekent in die gevallen een verplichting, de nationale regels uitsluitend in het kader van de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag aan het gemeenschapsrecht te toetsen. Deze verplichting rust hoofdzakelijk op de Commissie in de uitoefening van de haar toegekende bevoegdheden, toe te zien op de nakoming van de verdragsbepalingen en in het bijzonder van de artikelen 85 en 86 door particulieren.

68. Volgens vaste rechtspraak kan een mededingingbeperkende nationale regeling, met uitzondering van staatssteun, allereerst onder artikel 90 vallen (wanneer het gaat om overheidsondernemingen of om ondernemingen waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn toegekend), in de tweede plaats onder de artikelen 85 en 86 juncto artikel 5 (wanneer zij de werking van deze bepalingen aantast [47]), en in de derde plaats buiten toepassing van de in de artikelen 85 tot en met 94 van het Verdrag vervatte communautaire mededingingsregels vallen. Deze indeling zou worden doorkruist, indien het standpunt van het Gerecht in het bestreden arrest werd aanvaard. Nationale regels die de mededinging beïnvloeden of beperken, kunnen in bepaalde omstandigheden in hun geheel op hun verenigbaarheid met de artikelen 85 en 86 worden onderzocht; dit onderzoek gaat vooraf aan een beslissing van de bevoegde gemeenschapsorganen over het gedrag van de ondernemingen die deze regels hebben toegepast.

69. Voormelde uitlegging van de artikelen 85 en 86 maakt een onderscheid noodzakelijk tussen nationale regels die tevens onder artikel 90 vallen, en die welke geen verband houden met deze bepaling. In het eerste geval heeft de Commissie theoretisch drie mogelijkheden. Allereerst kan zij een krachtens artikel 90 bij haar ingediende klacht over de verenigbaarheid van de betrokken nationale regeling met de gemeenschapsregels in behandeling nemen (dit geval komt het dichtst bij de feiten van de onderhavige zaak). In de tweede plaats kan zij de procedure van de artikelen 169 en volgende openen of ambtshalve overgaan tot toetsing van de nationale regeling aan artikel 90 door de

46 — Mits de Commissie uiteraard bij haar onderzoek gedragingen van de ondernemingen constateert, die binnen de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 vallen.

47 — Zie arrest Meng (aangehaald in voetnoot 15).

overeenkomstige procedure in te leiden. [48] In de derde plaats kan zij een incidentele toetsing van de nationale regeling in het kader van de artikelen 5, 85 en 86 uitvoeren.

70. Indien de nationale maatregel niet onder artikel 90 valt, kan de Commissie in theorie ofwel de onwettigheid van deze maatregel vanuit het oogpunt van het nationaal recht krachtens de procedure van de artikelen 169 en volgende laten vaststellen, ofwel overgaan tot een incidenteel onderzoek van de nationale regeling in het kader van de toepassing van de artikelen 5, 85 en 86.

71. De methode van de incidentele toetsing heeft weliswaar het voordeel eenvoudiger te zijn, maar roept ook de meeste problemen op vanuit het oogpunt van het institutionele gemeenschapsrecht. Het is namelijk de vraag in hoeverre de toekenning van deze mogelijkheid strookt met de systematiek van het Verdrag. Wanneer de Commissie vaststelt dat een nationale regeling niet conform is met het gemeenschapsrecht, moet zij zich volgens vaste rechtspraak tot de betrokken Lid-Staat wenden. Daartoe is de algemene procedure van de artikelen 169 en volgende bestemd, die in een oplossing van het conflict door het Hof voorziet, wanneer een Lid-Staat zich niet schikt naar het standpunt van de Commissie. Vóór de eindbeslissing van het Hof is uiteraard geen sprake van een vaststaande inbreuk van de Lid-Staat — of, bij uitbreiding, van onwettigheid van de betrokken nationale maatregel — want het Verdrag verleent de Commissie niet de bevoegdheid om, buiten een louter advies, een beslissing hierover te geven. [49] Bij uitzondering, in het bijzonder in gevallen waarin artikel 90 kan worden toegepast, kan de Commissie kiezen tussen de algemene procedure van de artikelen 169 en volgende en de bijzondere procedure van artikel 90, lid 3; krachtens deze laatste bepaling beslist de Commissie zelf over de verenigbaarheid van de nationale regelingen met het gemeenschapsrecht. [50] Het ware evenwel hoe dan ook in strijd met de tot dusver algemeen aanvaarde logica van het primaire gemeenschapsrecht, wanneer de Commissie tegen de nationale maatregelen zou kunnen optreden zonder rechtstreeks haar standpunt te bepalen, dat wil zeggen zonder „voor zover nodig, passende richtlij-

48 — Uit de rechtspraak van het Hof betreffende de toepassing op een nationale regeling van artikel 90 enerzijds en van de artikelen 85 en 86 juncto artikel 5 anderzijds, blijkt dat deze grondslagen in beginsel niet kunnen worden gecumuleerd. De fundamentele overweging om de artikelen 85 en 86 bij uitzondering op een nationale regeling toepasselijk te achten, is de vaststelling dat de desbetreffende regeling haar karakter van „overheidsmaatregel" heeft verloren, juist omdat zij gedragingen van particulieren oplegt, vergemakkelijkt of begunstigt die in strijd zijn met de mededinging, of omdat zij de verantwoordelijkheid voor beslissingen op economisch gebied delegeert aan particulieren (zie arrest Meng, aangehaald in voetnoot 15). Wil artikel 90 toepasselijk zijn, moet de aantasting van de mededinging daarentegen haar oorsprong vinden in een zuivere overheidsmaatregel (zie bijvoorbeeld arrest Hof van 19 maart 1991, zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223, waarin een beslissing van de Commissie nietig is verklaard voor zover de Lid-Staten daarbij werden verplicht maatregelen te nemen om een eind te maken aan huurcontracten voor eindapparatuur tussen publieke telecommunicatiebedrijven en de gebruikers; deze contracten vielen niet onder artikel 90, omdat zij niet door de Lid-Staten verplicht waren gesteld).
Geldt de nationale regeling zowel voor ondernemingen in de zin van artikel 90 als voor andere ondernemingen, zal haar verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht uiteraard deels aan artikel 90 en deels aan de artikelen 5, 85 en 86 worden getoetst. Zie arrest Ahmed Saeed Flugreisen (aangehaald in voetnoot 10). Bij aandachtige analyse van de Franse wettelijke regeling betreffende de weddenschappen op paardenrennen zou heel goed kunnen blijken, dat deze onder beide rechtsgrondslagen valt.

49 — Zie arrest Hof van 27 mei 1981 (gevoegde zaken 142/80 en 143/80, Essevi en Salengo, Jurispr. 1981, blz. 1413).

50 — Voor vragen over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van nationale maatregelen die ondernemingen bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, vormt artikel 90 de lex specialis, die bij voorrang moet worden toegepast (wat de specificiteit van artikel 90 betreft, zie de conclusie van advocaat-generaal Reischl bij het arrest van 6 juli 1982 in de gevoegde zaken 188/80, 189/80 en 190/80, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie, Jurispr. 1982, blz. 2545).

nen of beschikkingen tot de Lid-Staten" in de zin van artikel 90 [51] te richten of zonder opmerkingen te maken en een met redenen omkleed advies in het kader van de procedure van artikel 169 [52] [53] te formuleren; desondanks lijkt de oplossing van de incidentele toetsing mijns inziens die met de meeste toekomstperspectieven.

72. Indien de oplossing van de incidentele toetsing van de nationale regeling in het kader van de artikelen 85 en 86 echter wordt uitgesloten, dan zal de toepassing van deze artikelen overeenkomstig de door het Gerecht gegeven uitlegging in bepaalde gevallen uiteindelijk ervan afhangen, of de Commissie bereid is de procedures van artikel 90 en van de artikelen 169 en volgende in te leiden. Tot nog toe heeft het Hof de Commissie een ruime discretionaire bevoegdheid toegekend wat betreft de inleiding en voortzetting van deze procedures en meer in het algemeen ten aanzien van haar optreden, dat tot een confrontatie met een Lid-Staat kan leiden. [54] Anders gezegd, uit de artikelen 85 en 86 kan geen enkel directe of indirecte verplichting van de Commissie worden afgeleid om krachtens de artikelen 90 en 169 en volgende actie te ondernemen tegen een nationale regeling.

73. Rest dus het bijzondere geval, dat er reeds een klacht krachtens artikel 90 is en de Commissie met het onderzoek ervan is begonnen. Dit is overigens de situatie in de onderhavige zaak. Allereerst ware het mijns inziens in strijd met de strikte logica die het gemeenschapsrecht als rechtsstelsel moet beheersen, indien de oplossing van een zo belangrijke categorie van geschillen zou afhangen van de toevallige omstandigheid, of er al dan niet een onderzoek van een klacht krachtens artikel 90 loopt. Bovendien is het genoemde institutionele probleem niet volledig opgelost. De beoordelingsvrijheid van de

51 — Wij mogen niet uit het oog verliezen, dat de procedure van de artikelen 85 en 86 juncto artikel 5 van het Verdrag niet kan leiden tot een besluit van de Commissie, dat tot de Lid-Staten in plaats van de ondernemingen is gericht. Zie beschikking Hof van 30 september 1987 (zaak 229/86, Brother Industries e. a., Jurispr. 1987, blz. 3757) en in het bijzonder arrest Gerecht van 13 december 1990 (zaak T-113/89, Nefarma, Jurispr. 1990, blz. II-797).

52 — Bovendien kan men zich afvragen, of een dergelijk perspectief niet ook het recht van verweer van de Lid-Staten aantast. Daar de procedure van verordening nr. 17 tegen ondernemingen is gericht, zal de Lid-Staat niet aanwezig zijn bij de behandeling van de vraag, of de relevante nationale bepalingen met het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn. Hij kan weliswaar worden uitgenodigd opmerkingen te maken, ook al voorziet geen enkele schriftelijke bepaling daarin (zie het standpunt van het Hof in de arresten van 14 februari 1990, zaak C-301/87, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1990, blz. I-307, en 12 februari 1992, gevoegde zaken C-48/90 en C-66/90, Nederland e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. I-565). Hij kan ook krachtens artikel 173 beroep instellen tegen de aan het einde van een procedure van verordening nr. 17 door de Commissie gegeven beschikking.

53 — Zoals de Commissie in de loop van de procedure in de zaak Meng opmerkte, kan een dergelijke mogelijkheid afbreuk doen aan de uniformiteit van het gemeenschapsrecht: de Commissie kan de naleving van de regels van het communautaire mededingingsrecht bevorderen, omdat zij over een extra juridisch wapen beschikt naast die welke zij normaal gebruikt om de intrekking te bereiken van nationale maatregelen in strijd met de gemeenschapsregels. Tegen dit laatste argument zou men echter de specificiteit van de regels van de artikelen 85 en 86 en de — althans aanvankelijke — economische aard van de Gemeenschappen kunnen aanvoeren. Bovendien is de uitbreiding van de bevoegdheden van de Commissie op slechts een van de gebieden van de communautaire rechtsorde onvoldoende reden om deze benadering af te wijzen; de praktijk leert, dat de Europese integratie zich niet bij alle vraagstukken in hetzelfde tempo ontwikkelt.

54 — Voor de procedure van artikel 169, zie arrest Hof van 1 maart 1966 (zaak 48/65, Lütticke, Jurispr. 1966, blz. 27). Voor de procedure van artikel 90, zie arrest Ladbroke van het Gerecht (aangehaald in voetnoot 7). Toch moet de mogelijkheid van een kentering in de rechtspraak naar een verdere beperking van de discretionaire bevoegdheid van de Commissie niet worden uitgesloten. In die richting gaat de conclusie van 11 juli 1996 van advocaat-generaal La Pergola bij het arrest van 20 februari 1997 in zaak C-107/95 P (Bundesverband der Bilanzbuchhalter, Jurispr. 1997, blz. I-947), waaruit, ook al heeft het Hof deze conclusie niet overgenomen, niettemin blijkt dat deze rechtsvraag niet als opgelost kan worden beschouwd.

Commissie bij de uitoefening van die bevoegdheden die haar in conflict met de Lid-Staten kunnen brengen, komt althans indirect in het geding; de Commissie zou niet langer volledig vrij zijn in haar beslissing, in welke volgorde zij twee klachten, de ene ex artikel 90 en de andere ex de artikelen 85 en 86, onderzoekt.

74. Zoals reeds opgemerkt [55], is deze beperking niet de kern van het probleem, maar slechts een van de facetten ervan. De rechtsvraag die het bestreden arrest en vooral rechtsoverweging 49 opwerpt, moet van het bijzondere kader van de bijzondere omstandigheden van deze zaak en van het „valse dilemma" van de keuze tussen de procedure van artikel 90 en die van de artikelen 85 en 86 worden losgemaakt. De vraag die het Hof in dit stadium moet beantwoorden, is gewoon die die aan het begin van deze afdeling is geformuleerd: is de in rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest gegeven uitlegging aan de artikelen 85 en 86, dat in sommige gevallen toetsing van de verenigbaarheid van het nationale recht met de communautaire mededingingsregels noodzakelijk is voordat een eindbeslissing wordt gegeven over de vraag of bepaalde ondernemingen de bepalingen van de artikelen 85 en 86 hebben geschonden, al dan niet verenigbaar met de letter en de geest van het gemeenschapsrecht?

75. iii) Bovenstaande analyse leidt tot de slotsom, dat dit standpunt weliswaar niet rechtstreeks in strijd met de verdragsbepalingen is, maar toch de thans aanvaarde uitlegging van een aantal fundamentele regels en beginselen van gemeenschapsrecht omver zou werpen en erop neer zou komen, dat bepaalde van de belangrijkste in de rechtspraak van het Hof gegeven oplossingen werden opgegeven. Hoezeer men ook zou proberen de wijzigingen te beschrijven die het standpunt van het Gerecht in rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest voor de communautaire rechtsorde zouden meebrengen, zeker is echter, dat niet al deze wijzigingen voorzienbaar of wenselijk zijn. Niettemin meen ik, dat deze uitlegging van de artikelen 85 en 86 de grootst mogelijke bescherming garandeert van de rechten die deze artikelen toekennen aan particulieren en in het bijzonder aan ondernemingen die de gevolgen van concentraties en het misbruik van machtspositie van hun concurrenten ondergaan. Ter vergelijking zou ik willen verwijzen naar de overwegingen in het arrest Factortame III [56], gewijd aan de vraag van de bescherming van de rechten die het gemeenschapsrecht toekent aan particulieren aan wie de Lid-Staten schade hebben berokkend:

„Wanneer bovendien de vergoeding van de schade afhankelijk werd gesteld van het vereiste van voorafgaande vaststelling door het Hof van een aan de Lid-Staat toe te rekenen niet-nakoming van het gemeenschapsrecht, zou dat in strijd zijn met het beginsel van de volle werking van het gemeenschapsrecht, aangezien dan elk recht op schadevergoeding

55 — Zie hierboven, punten 48 en 66.

56 — Arrest Hof van 5 maart 1996 (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du pêcheur en Factortame, Jurispr. 1996, blz. I-1029) betreffende de voorwaarden voor aansprakelijkheid van een Lid-Staat wegens schade van particulieren als gevolg van aan deze staat toe te rekenen inbreuken op het gemeenschapsrecht.

zou zijn uitgesloten zolang de Commissie ter zake van de gestelde niet-nakoming geen beroep krachtens artikel 169 van het Verdrag heeft ingesteld en het Hof die niet-nakoming niet heeft vastgesteld. De rechten van particulieren die voortvloeien uit bepalingen van het gemeenschapsrecht die rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde van de Lid-Staten, kunnen echter niet afhankelijk zijn van de beoordeling door de Commissie van de vraag, of het al dan niet opportuun is overeenkomstig artikel 169 van het Verdrag op te treden tegen een Lid-Staat, noch van de uitspraak door het Hof van een eventueel arrest houdende vaststelling van een niet-nakoming."

76. Zo gezien is het in rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest door het Gerecht ingenomen standpunt weliswaar geheel conform met het beginsel van het nuttige effect van het gemeenschapsrecht, doch werpt het bepaalde vragen op ten aanzien van de consequenties die er voor de Commissie uit voortvloeien met betrekking tot het haar door het Verdrag opgedragen toezicht op de verenigbaarheid van nationale maatregelen met het gemeenschapsrecht.

2. *Opmerkingen voor het geval de in rechtsoverweging 49 van het bestreden arrest gegeven uitlegging zou worden verworpen*

77. Volledigheidshalve zal ik het bestreden arrest eveneens onderzoeken vanuit de optiek, dat vorenomschreven uitlegging van de artikelen 85 en 86 niet wordt gevolgd. Ik acht het dictum ervan correct, ook als er een andere, minder ambitieuze motivering aan ten grondslag wordt gelegd en zelfs als men de in rechtsoverweging 49 weergegeven algemene opvatting en de verwijzingen naar de procedure van artikel 90 die bij de Commissie aanhangig was, weglaat.

78. Het uitgangspunt voor de beslechting van het geschil blijft uiteraard het onderzoek van de inhoud van de oorspronkelijke beschikking van de Commissie, waarbij Ladbrokes klacht wat betreft schending van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag door PMU en enkele „sociétés de courses", definitief werd afgewezen. Zoals reeds gezegd, berust de motivering van de bestreden beschikking, althans wat betreft het door Ladbroke gestelde over ongeoorloofde mededingingsregelingen tussen de tien belangrijkste „sociétés de courses" in Frankrijk onderling en met PMU, althans ten dele op het bestuursrechtelijk kader die de markt van de weddenschappen op paardenrennen in Frankrijk beheerst. De Commissie wijst op de gevolgen van de Franse nationale regeling op de markt van de weddenschappen op paardenrennen en argumenteert op basis daarvan, dat er geen gemeenschapsbelang is bij de vaststelling van een eventuele inbreuk van de „sociétés de courses", daar de vrije mededinging hoe dan ook niet door het gedrag van deze ondernemingen, maar door de toepasselijke nationale regelingen wordt belemmerd.

79. Ik wil hier erop wijzen, dat deze Franse wettelijke regeling theoretisch in twee

opzichten onder het communautaire mededingingsrecht kan vallen. Enerzijds, voor zover zij ondernemingen betreft waaraan bijzondere en uitsluitende rechten zijn toegekend, is daar artikel 90 van het Verdrag. Anderzijds, voor zover zij van toepassing is op andere ondernemingen dan die van artikel 90, valt zij binnen de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 indien zij, in de zin van het arrest Meng (reeds aangehaald) [57], het nuttig effect van deze bepalingen tenietdoet.

80. Uit de bestreden beschikking van de Commissie volgt hoe dan ook, dat de beoordeling van deze nationale regeling van kapitaal belang is voor een goed begrip van het in de klacht aan de orde gestelde mededingingsprobleem. Indien uiteindelijk wordt vastgesteld, dat de overheidsregelingen het nuttig effect van de artikelen 85 en 86 tenietdoen zodat zij overeenkomstig het arrest Meng [58] binnen de werkingssfeer van deze artikelen vallen, zal eventueel moeten worden nagegaan, in hoeverre dit van betekenis is voor de wijze waarop de ondernemingen die zich aan de litigieuze Franse regeling hebben gehouden volgens de artikelen 85 en 86 worden behandeld. De Commissie erkent uitdrukkelijk deze noodzaak in haar opmerkingen over het eerste middel van de Franse regering. [59]

81. Het Gerecht heeft terecht beslist, dat de Commissie dit punt in de beschikking niet naar behoren heeft onderzocht. Zij verwijst enkel naar de rol van de nationale regeling op de markt van de weddenschappen op paardenrennen zonder het verband tussen deze regeling en het gelaakte gedrag van de ondernemingen afdoende te verklaren; bovendien onderzoekt zij de betrokken regeling niet in het licht van de artikelen 85 en 86 juncto artikel 5 van het Verdrag en zegt zij niet duidelijk, of ze al dan niet binnen de categorie regelingen valt, die het nuttig effect van deze bepalingen tenietdoet. [60] Het betoog van de Commissie, dat zij wegens de bijzondere moeilijkheden van de beoordeling van deze regeling zoveel tijd nodig had om op basis van artikel 90 tot een beslissing te komen over de verenigbaarheid ervan met de communautaire mededingingsregels, maar de regeling wel naar behoren kon toetsen aan de artikelen 85 en 86, zodanig dat zij haar toevlucht heeft genomen tot de summiere formulering in de beschikking, is logisch inconsequent. [61] Bijgevolg is de definitieve afwijzing door de Commissie van Ladbrokes klacht, wat de gestelde schendingen van de artikelen 85 en 86 betreft, gebrekkig gemotiveerd en is de beschikking terecht nietig verklaard. Zoals het Gerecht uitdrukkelijk heeft

57 — Zie voetnoot 15 supra.

58 — Zie hierboven, voetnoot 15 supra.

59 — Zie hierboven, punt 21.

60 — In haar analyse van de Franse regeling (punt 6 van de bestreden beschikking) zegt de Commissie alleen maar, dat het decreet van 1974 niet kan worden beschouwd als een gewone regularisatie door de wetgever van vooraf bestaande mededingingsregelingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen van de „sociétés de courses", omdat deze reeds door het Franse decreet van 1930 waren voorgeschreven.

61 — Het is niet aan het Hof of het Gerecht om de motivering van de bestreden beschikking aan te vullen of te vervangen. Het betoog van de gemachtigden van de Commissie tijdens de schriftelijke en mondelinge behandeling, dat de Franse regeling niet valt binnen de categorie regelingen die het nuttig effect van de artikelen 85 en 86 tenietdoen, is dan ook niet van belang. Deze conclusie had duidelijk en gemotiveerd in de beschikking moeten voorkomen, berustend op een specifieke analyse van het nationale bestuursrechtelijk kader in het licht van de artikelen 85 en 86. Anders gezegd, de beschikking gaat niet voldoende diep in op de rechtsvraag, waarvan het belang en de moeilijkheid door de Commissie wel is erkend bij de toetsing van de regeling aan artikel 90.

beklemtoond, heeft de Commissie niet voldaan aan haar verplichting, de haar door de klagers ter kennis gebrachte feitelijke en juridische elementen nauwgezet te onderzoeken [62], zodat haar eindbeschikking niet aan de in de rechtspraak gestelde eisen ten aanzien van zekerheid en nauwgezetheid voldoet. [63]

82. Ook vanuit dit perspectief is de in het bestreden arrest gegeven oplossing uiteraard niet volledig in overeenstemming met de rechtspraak of althans met de gebruikelijke uitlegging daarvan. Enerzijds wordt de uitleggingsregel die teruggaat tot het arrest Suiker Unie en volgens welke de ondernemingen geen inbreuk maken op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag wanneer hun gedrag volledig door dwingende nationale maatregelen is bepaald, indirect in twijfel getrokken. [64] Anderzijds — en dat is mijns inziens het belangrijkste punt — is de Commissie bij haar onderzoek van het gedrag van ondernemingen volgens de artikelen 85 en 86 voortaan gebonden aan de in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor de voorwaarden waaronder nationale regelingen het nuttig effect van de artikelen 85 en 86 tenietdoen en derhalve onder de werkingssfeer van deze artikelen vallen. [65]

83. Mijn eindoordeel is, dat deze oplossing de meest aangewezen is, omdat zij de artikelen 85 en 86 de passende bindende werking geeft [66] en ook strookt met het basisbeginsel van het nuttig effect van het gemeenschapsrecht. Ook al moet de motivering worden gewijzigd en aangevuld zoals hierboven aangegeven, is de in het bestreden arrest gegeven oplossing toch juist, zodat de middelen moeten worden verworpen.

62 — Zie arrest Automec (aangehaald in voetnoot 16) alsmede arrest Gerecht van 24 januari 1995 (zaak T-114/92, BEMIM, Jurispr. 1995, blz. II-147, r. o. 47-57).

63 — Zie r. o. 50 van het bestreden arrest met andere verwijzingen naar de rechtspraak.

64 — Welk nut zou een onderzoek van de verenigbaarheid van de Franse wettelijke regeling betreffende de weddenschappen op paardenrennen met het gemeenschapsrecht overigens hebben, indien het dwingende karakter ervan voor het gedrag van de ondernemingen volstond om ze van de toepassing van de artikelen 85 en 86 vrij te stellen?

65 — Deze criteria, zoals zij in voormeld arrest Meng worden genoemd, zijn door het Hof geformuleerd in antwoord op prejudiciële vragen, met andere woorden in gevallen waarin de toetsing van de nationale regeling aan de artikelen 85 en 86 plaatsvond door een nationale rechter en niet door de Commissie. Wanneer de Commissie gedragingen van ondernemingen volgens deze artikelen onderzoekt, is haar onderzoek op deze gedragingen toegespitst. Evenzo beperkt het Hof zich bij zijn toetsing van de beschikkingen van de Commissie krachtens verordening nr. 17 tot de punten die betrekking hebben op de activiteit van de ondernemingen en beziet het de nationale regeling slechts om te bepalen, in hoeverre deze gedragingen daardoor werden voorgeschreven, en niet om uit te maken of zij al dan niet met het gemeenschapsrecht verenigbaar is.
In de hier ontwikkelde redenering moet de Commissie bij haar beoordeling van de gedragingen van de ondernemingen uitmaken, in hoeverre de betrokken Franse regeling het nuttig effect van de artikelen 85 en 86 tenietdoet. Anders gezegd, de Commissie moet tot een incidentele beoordeling komen van de verenigbaarheid van de nationale regeling met het gemeenschapsrecht; hetgeen ik in de punten 71 e. v. van deze conclusie heb gezegd, geldt dus ook in het onderhavige geval. Met dit verschil, dat deze incidentele beoordeling niet alle overheidsmaatregelen dekt die de mededinging kunnen beperken (zoals de algemene formulering van r. o. 49 van het bestreden arrest stilzwijgend suggereert), doch overeenkomstig de rechtspraak van het Hof in de zaken GB-Inno-BM en Meng alleen de nationale bepalingen die het nuttig effect van de artikelen 85 en 86 tenietdoen. Anders gezegd, deze uitlegging betekent hier een — mijns inziens terechte — versterking en uitbreiding van de toepassing van deze rechtspraak.

66 — De schaal slaat vandaag door ten gunste van een striktere toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ten nadele van het nationale recht. Zie arrest Gerecht van 11 juli 1996 (gevoegde zaken T-528/93, T-542/93, T-543/93 en T-546/93, Metropole télévision e. a., Jurispr. 1996, blz. II-649) over de voorwaarden waaronder activiteiten kunnen worden uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 85 op grond dat een „bijzondere publieke opdracht" wordt vervuld. Zoals hierboven aangegeven (zie voetnoot 54), doet zich bovendien het ernstige probleem voor, dat de beoordelingsbevoegdheid van de Commissie in het kader van het communautaire mededingingsrecht zelfs daar moet worden beperkt, waar de uitoefening van haar bevoegdheden haar met een Lid-Staat in conflict kan brengen.

V — Conclusie

84. Mitsdien stel ik het Hof voor, te beslissen als volgt:

„1) De door de Commissie respectievelijk de Franse Republiek ingestelde hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Rekwiranten worden verwezen in de kosten".