FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 13 maj 1997 *

I detta mål skall domstolen pröva ett överklagande som kommissionen och Republiken Frankrike jämlikt artikel 49 i EG-stadgan för domstolen riktar mot förstainstansrättens dom av den 18 september 1995 [1]. Genom denna dom bifölls en talan som det engelska bolaget Ladbroke Racing Ltd hade väckt enligt artikel 173 i EG-fördraget (nedan kallat fördraget) och i vilken bolaget hade yrkat att kommissionens beslut av den 29 juli 1993 skulle ogiltigförklaras. Genom detta beslut avslog kommissionen ett klagomål från Ladbroke, ingivet den 24 november 1989 (IV/33.374), gällande sättet att organisera totalisatorspel (pari mutuel) avseende hästkapplöpningar [2] i Frankrike och gällande de exklusiva rättigheter som Pari mutuel urbain (nedan kallad PMU) — en nationell (fransk) företagssammanslutning — hade tilldelats genom den franska lagstiftningen.

Redan nu vill jag understryka att förstainstansrätten i sin dom har gjort en tolkning av artiklarna 85 och 86 i fördraget som har ytterst intressanta konsekvenser och vars riktighet domstolen nu har att bedöma.

I — Faktiska omständigheter och förfarande

1. De faktiska omständigheterna i det aktuella målet beskrivs i detalj i punkt 1-25 i den överklagade domen. Jag hänvisar därför till den domen. I detta sammanhang är det tillräckligt att erinra om följande omständigheter:

2. Den 24 november 1989 anförde Ladbroke klagomål (IV/33.374) vid kommissionen som riktade sig mot a) Republiken Frankrike, b) de tio största tävlingsbolagen ("sociétés de courses") i Frankrike [3] och

* Originalspråk: grekiska.

1 — Dom av den 18 september 1995 i mål T-548/93, Ladbroke Racing mot kommissionen (REG 1995, s. II-2565).

2 — Totalisatorsystemet — som är det enda som är tillåtet i Frankrike — karakteriseras av det faktum att insatserna utgör ett gemensamt belopp som efter olika avdrag delas ut till vinnarna. De som satsar pengar spelar mot varandra, vinsten beror på insatsernas belopp och antalet vinnare, och den som organiserar vadhållningen får inte vederlag i förhållande till spelarnas förlorade insatser utan genom avgifter på summan av insatserna.

3 — Det är fråga om bolag som har fått tillstånd att organisera totalisatorspel avseende hästtävlingar först vid och sedan utanför tävlingsbanorna.

3) PMU [4]. Till den del klagomålet riktade sig mot PMU och dess medlemsbolag begärde Ladbroke — på grundval av artikel 3 i rådets förordning nr 17, av den 6 februari 1962 [5] (nedan kallad "förordning nr 17") — att kommissionen skulle fastställa och föreskriva följande:

I första hand att överträdelser av artikel 85.1 i fördraget, som följde av avtal eller samordnade förfaranden mellan de tävlingsbolag som var tillåtna i Frankrike samt mellan tävlingsbolagen och PMU, skulle upphöra. Dessa avtal och samordnade förfaranden hade som syfte att för det första bevilja PMU exklusiv rätt att handha och organisera totalisatorspel utanför tävlingsbanor för tävlingar som organiserades eller kontrollerades av nämnda bolag, för det andra, att stödja en begäran om statligt stöd till PMU och slutligen möjliggöra för PMU att utsträcka sina aktiviteter till andra medlemsstater än Republiken Frankrike.

I andra hand att de överträdelser av artikel 86 i EEG-fördraget som för det första följde av beviljandet av exklusiva rättigheter för PMU att handha och organisera vadhållning utanför tävlingsbanor och för det andra följde av att PMU hade erhållit olagligt statligt stöd skulle upphöra. Sökanden begärde även att kommissionen skulle föreskriva att PMU skulle återbetala det olagliga stöd som den på detta sätt dragit fördel av med tillägg av marknadsmässiga räntor. Dessutom påpekade Ladbroke annat missbruk av dominerande ställning från PMU:s sida för kommissionen. [6] Slutligen skulle enligt Ladbroke konkurrensen snedvridas av de nära band som förenade PMU med dennes huvudsakliga leverantörer.

3. Till den del klagomålet var riktat mot Republiken Frankrike begärde Ladbroke — i enlighet med artikel 90.3 i EEG-fördraget — att kommissionen skulle fatta ett beslut för att få slut på Republiken Frankrikes överträdelse av:

För det första bestämmelser i artiklarna 3 f, 5, 52, 53, 85, 86 och 90.1 i fördraget på grund av utfärdandet och bibehållandet av den ovan nämnda franska lagstiftningen, som gav en rättslig grund åt avtalen mellan tävlingsbola-

4 — PMU är en intresseorganisation för ekonomiska frågor sammansatt av de största tävlingsbolagen i Frankrike som har bildats för att handha dessa bolags rätt att organisera totalisatorspel utanför tävlingsbanor. PMU:s handhavande av tävlingsbolagens rättigheter att organisera denna vadhållning garanterades inledningsvis genom en "gemensam verksamhet" som verkade i enlighet med en förordning av den 11 juli 1930 om utvidgning av totalisatorspelet utanför tävlingsbanan. Enligt bestämmelserna i artikel 13 i förordning nr 74-954, av den 14 november 1974, om hästtävlingsbolag, skall PMU från dagen för ikraftträdandet med ensamrätt garantera handhavandet av tävlingsbolagens rätt att organisera totalisatorspel utanför tävlingsbanor, i den utsträckning det i dessa föreskrifter föreskrivs att "de tävlingsbolag som får organisera totalisatorspel utanför tävlingsbanorna ... överlåter handhavandet av detta till en gemensam verksamhet som benämns Pari mutuel urbain". Denna PMU:s ensamrätt skyddas dessutom av ett förbud för andra än PMU att ingå eller ta upp vad för hästtävlingar (artikel 8 i kungörelsen av den 13 september 1985, om reglering av Pari mutuel urbain). Den gäller de vad som tagits upp i utlandet som avser tävlingar som organiseras i Frankrike liksom vad som tagits upp i Frankrike som avser tävlingar som organiseras i utlandet, som inte heller de kan ingås av andra än auktoriserade bolag och/eller PMU (artikel 15.3 i lag nr 64-1279, av den 23 december 1964, om finanslagen för år 1965).

5 — Det rör sig om den första förordningen om tillämpningen av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 10 1962, s. 204)

6 — Ladbroke gjorde gällande att spelarna, som använder sig av PMU:s tjänster, utnyttjas på grund av att det inte organiserades någon vadhållning för de tävlingar som ägde rum på banor som inte tillhörde de största tävlingsbolagen. Ladbroke framförde även klagomål beträffande PMU:s och dess kontors begränsade täckning av utländska tävlingar liksom den dåliga kvaliteten på de tjänster som erbjudits av PMU och dess kontor.

gen å ena sidan och mellan dessa och PMU å andra sidan. Ladbroke anförde att PMU genom denna lagstiftning hade beviljats exklusiva rättigheter vad gällde upptagande av vad utanför tävlingsbanor och att var och en förbjudits att på annat sätt än med PMU som mellanhand ingå eller ta upp vad utanför tävlingsbanor för hästtävlingar som organiserades i Frankrike.

För det andra bestämmelser i artiklarna 3 f, 52, 53, 59, 62, 85, 86 och 90.1 i EEG-fördraget på grund av utfärdandet och bibehållandet av den ovan nämnda lagstiftningen som förbjöd vadhållning i Frankrike avseende tävlingar som organiserades i utlandet.

För det tredje artiklarna 90.1, 92 och 93 i fördraget på grund av de olagliga statliga stöd som beviljats PMU.

4. Genom en skrivelse av den 11 augusti 1992 sände Ladbroke en formell underrättelse till kommissionen — i enlighet med artikel 175 i fördraget — i syfte att denna inom två månader skulle ta ställning till Ladbrokes klagomål av den 24 november 1989. Genom en skrivelse av den 12 oktober 1992 meddelade kommissionen Ladbroke att klagomålet var under fortsatt granskning men att denna granskning krävde avsevärd tid. Den 21 december 1992 väckte Ladbroke — i enlighet med artikel 175 — en passivitetstalan angående fastställelse av att kommissionen i strid med fördraget hade underlåtit att fatta ett beslut avseende de delar av klagomålet som grundade sig på artikel 90. Denna talan avvisades av förstainstansrätten i dom av den 27 oktober 1994 [7].

5. Beträffande de delar av Ladbrokes klagomål som gällde de franska tävlingsbolagen och PMU:s påstådda överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget meddelade kommissionen Ladbroke genom en skrivelse av den 9 februari 1993 — i enlighet med artikel 6 i förordning nr 99/63 — att den inte hade för avsikt att bifalla dem. Genom ett beslut av den 29 juli 1993 ogillade kommissionen Ladbrokes klagomål, av skäl som anfördes såväl i detta beslut som i skrivelsen av den 9 februari 1993.

6. Den 19 oktober 1993 väckte Ladbroke talan mot kommissionens beslut vid förstainstansrätten. Den franska regeringen intervenerade i målet. I dom av den 18 september 1995 i mål T-548/93 [8] biföll förstainstansrätten Ladbrokes talan och ogiltigförklarade kommissionens beslut av den 29 juli 1993. Denna dom har överklagats av såväl kommissionen den 22 november 1995 (mål C-359/95 P) som av Republiken Frankrike den 27 november 1995 (mål C-379/95 P). Den 29 januari 1996 beslutade domstolens

7 — Mål T-32/93, Ladbroke mot kommissionen (Rec. 1994, s. II-1015).

8 — Se ovan fotnot 1.

ordförande att dessa mål skulle förenas vad gäller det skriftliga och muntliga förfarandet samt den slutliga domen.

II — Den överklagade domen

8. De överväganden på vilka förstainstansrätten i huvudsak grundar sin dom återfinns i punkterna 43 och 46—51 i den överklagade domen. De har följande lydelse:

7. Kommissionen har yrkat att den överklagade domen skall upphävas till den del som det omtvistade beslutet ogiltigförklaras, att den talan som Ladbroke väckt vid förstainstansrätten skall ogillas samt att Ladbroke skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

"(Punkt 43) Förstainstansrätten anser att det i det förevarande fallet är lämpligt att först och främst bedöma målet i den del som avser överträdelserna av artiklarna 85, 86 respektive 90 i fördraget, i den utsträckning denna fråga medför ett allmänt ifrågasättande av det sätt på vilket kommissionen har granskat klagomålet. Det finns anledning att särskilt undersöka frågan om kommissionen var skyldig att granska den franska nationella lagstiftningens överensstämmelse med fördraget innan man i enlighet med artiklarna 85 och 86 fattade det ifrågasatta beslutet.

Republiken Frankrike har yrkat att den överklagade domen skall upphävas till den del som det omtvistade beslutet ogiltigförklaras samt att kommissionens yrkanden vid förstainstansrätten skall bifallas.

Ladbroke har yrkat att domstolen i första hand skall ogilla överklagandena, att kommissionen och Republiken Frankrike skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna och i andra hand, om domstolen bifaller överklagandena, att den skall pröva målet och de punkter i Ladbrokes talan som inte har prövats i mål T-548/93 eller återförvisa målet till förstainstansrätten för att pröva dessa punkter.

(Punkt 46) Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen i detta fall har påbörjat förfarandet för granskning av sökandens klagomål, grundat på artikel 90 i fördraget, för att göra en bedömning av förenligheten av den nationella franska lagstiftningen med övriga bestämmelser i fördraget och att detta förfarande fortfarande pågår. Man bör följaktligen göra en bedömning av om kommissionen slutgiltigt kunde ogilla sökandens klagomål grundat på artiklarna 85 och 86 i fördraget samt förordning nr 17 utan att dessförinnan ha avslutat bedömningen av

klagomålet till den del det grundade sig på artikel 90 i fördraget.

(Punkt 47) I detta avseende påpekar förstainstansrätten att kommissionen, inom ramen för det skriftliga förfarandet och under den muntliga förhandlingen, har påstått att det konkurrensproblem som har framkommit genom sökandens klagomål inte kan lösas på annat sätt än genom en bedömning av förenligheten av den franska nationella lagstiftningen avseende PMU:s lagstadgade monopol med reglerna i fördraget och genom ett eventuellt ingripande i enlighet med artikel 90 i fördraget och att denna bedömning följaktligen är prioriterad, eftersom resultatet kommer att vara tillämpligt på alla tidigare eller framtida avtal mellan tävlingsbolag (svarsinlagan, punkt 46). Förstainstansrätten anser följaktligen att bedömningen — med avseende på artiklarna 85 och 86 i fördraget — av uppträdande från tävlingsbolagens och PMU:s sida, som angivits av Ladbroke i detta klagomål, inte har kunnat utföras på ett fullständigt sätt utan en föregående granskning av den nationella lagstiftningen i förhållande till bestämmelserna i fördraget.

(Punkt 48) För det fall kommissionen skulle konstatera att den berörda nationella lagstiftningen överensstämmer med bestämmelserna i fördraget, skulle nämligen det faktum att tävlingsbolagens och PMU:s uppträdande överensstämde med denna nationella lagstiftning göra att dessa även skulle anses följa bestämmelserna i artiklarna 85 och 86 i fördraget, medan om det skulle konstateras att uppträdandet i fråga inte överensstämde med den nationella lagstiftningen detta skulle kunna leda till ett konstaterande av att de själva utgjorde överträdelser av bestämmelserna i fördraget.

(Punkt 49) Om kommissionen skulle konstatera att den nationella lagstiftningen inte överensstämmer med bestämmelserna i fördraget skulle den därefter ha att bedöma om det faktum att bolagen och PMU följde bestämmelserna i en nationell lagstiftning som stred mot bestämmelserna i fördraget kunde eller inte kunde ge upphov till vidtagande av åtgärder mot bolagen i syfte att få slut på överträdelserna av bestämmelserna i artiklarna 85 och 86 i fördraget.

(Punkt 50) Alltså kan man inte anse att kommissionen — när den fattade beslutet att slutgiltigt ogilla sökandens klagomål, grundat på artiklarna 85 och 86 i fördraget, utan att före detta ha avslutat granskningen av den franska nationella lagstiftningens förenlighet med bestämmelserna i fördraget — har uppfyllt sin skyldighet att noggrant granska de faktiska och juridiska omständigheter som sökandena har gjort den uppmärksam på (se ovannämnda dom i målet Automec mot kommissionen, punkt 79), så att den uppfyller det villkor på tillförlitlighet som bör utmärka ett slutgiltigt beslut som avser huruvida det föreligger eller inte föreligger en överträdelse (se förstainstansrättens dom av den 24 januari 1992, La Cinq mot kommissionen, T-44/90, Rec. 1992, s. II-1, punkt 61). Kommissionen hade alltså på det stadiet inte rätt att dra slutsatsen att de ovan nämnda bestämmelserna i fördraget inte var tillämpliga på de största franska tävlingsbolagen och PMU — som ifrågasatts av sökanden — och som en följd av detta dra slutsatsen att det inte förelåg något gemenskapsintresse av att

konstatera de av sökanden påstådda överträdelserna, på grund av att det rörde sig om gamla överträdelser av konkurrensreglerna.

(Punkt 51) Av det föregående följer att kommissionen, genom att slutgiltigt ha ogillat sökandens klagomål — med motiveringen att artiklarna 85 och 86 i fördraget inte var tillämpliga samt att det inte förelåg något gemenskapsintresse — innan den hade slutfört sin bedömning avseende förenligheten av den av sökanden ifrågasatta franska lagstiftningen med konkurrensreglerna i fördraget, har grundat sin slutledning på en felaktig juridisk tolkning av de förutsättningar under vilka en slutgiltig bedömning kan göras av om de påstådda överträdelserna förelegat eller inte."

III — Grunderna för överklagandet

A — *Mål C-359/95 P*

Kommissionen har åberopat tre grunder till stöd för sitt överklagande.

1. *Den första grunden*

9. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den kom fram till att, eftersom både artikel 90 och artiklarna 85 och 86 i fördraget kan vara av betydelse för avgörandet av ett och samma mål, kommissionen skall slutföra sin undersökning med avseende på artikel 90 innan den avgör huruvida artiklarna 85 och 86 är tillämpliga eller innan den ogillar talan på grund av att gemenskapsintresse saknas.

a) Den första delen av den första grunden

Den första delen av den första grunden hänför sig till ovannämnda punkt 47 i den överklagade domen.

10. Kommissionen har gjort gällande att den aldrig har hävdat att det enda sättet att granska klagomålen beträffande överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget först och främst var att undersöka om den omtvistade franska lagstiftningen var förenlig med fördraget. I sitt svaromål som den ingav till förstainstansrätten begränsade den sig till att förklara att den hade prioriterat granskningen av den franska lagstiftningen mot bakgrund av artikel 90 därför att den ansåg att ifrågavarande lagstiftning var det största direkta hindret mot konkurrensen. Kommissionen fann vidare inte heller att det fanns något gemenskapsintresse av att granska tävlingsbolagens agerande före år 1974.

b) Den andra delen av den första grunden

11. Genom att dra slutsatsen att kommissionen skulle ha avslutat sin undersökning enligt artikel 90 innan den ogillade yrkan-

dena i klagomålet som grundade sig på artiklarna 85 och 86 i fördraget, har förstainstansrätten enligt kommissionen fastställt en prioritetsordning mellan förfarandet enligt förordning nr 17 och fördragsbrottsförfarandet riktat mot en medlemsstat. Enligt kommissionen har förstainstansrätten i den överklagade domen inte motiverat varför denna prioritetsordning skulle gälla. Den är inte heller förenlig med den befogenhet som tillkommer kommissionen enligt gemenskapsrätten att efter eget skön bedöma vilken del av ett klagomål som skall tas upp först. [9]

12. Ladbroke anser att domen i målet Rendo m. fl. som kommissionen har åberopat inte är relevant i detta sammanhang, eftersom kommissionen i realiteten inte har prioriterat den del av klagomålet som grundas på artikel 90 utan har bortsett från denna del till dess att Ladbroke hotade med att använda sig av förfarandet enligt artikel 175. Enligt Ladbroke har kommissionens enda prioritering i detta mål varit att undvika att ta ställning till om den omtvistade franska regleringen strider mot fördraget, trots att det var nödvändigt att avgöra denna fråga för att kunna ge en korrekt behandling av Ladbrokes klagomål. Enligt Ladbroke framgår kommissionens avsikt av att den fortfarande inte har fattat något beslut angående den franska lagstiftningens förenlighet eller oförenlighet med gemenskapsrätten.

9 — Dom av den 19 oktober 1995 i mål C-19/93, Rendo m. fl. mot kommissionen (REG 1995, s. I-3319).

2. *Den andra grunden*

13. Med den andra grunden gör kommissionen gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den bortsåg från kommissionens bedömning att det inte förelåg någon överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget, oberoende av frågan om den franska lagstiftningens förenlighet med fördraget. Kommissionen har gjort gällande att dess bedömning att vissa av förutsättningarna för tillämpningen av dessa bestämmelser inte var uppfyllda utgjorde tillräckliga skäl för att ogilla klagomålet med avseende på dessa bestämmelser, utan att det var nödvändigt att först undersöka om den franska lagstiftningen var förenlig med fördraget.

a) Den första delen av den andra grunden

14. Kommissionen har hänvisat till punkterna 6—10, 13 och 14 i sitt beslut där den förklarar varför Ladbrokes klagomål skulle ogillas och där följande anförs: För det första förelåg det inte något avtal eller något bevis på ett samordnat förfarande genom vilket de största tävlingsbolagen skulle ha beviljat PMU exklusiva rättigheter före 1974 års lagstiftning. För det andra har det inte presenterats några bevis till stöd för Ladbrokes påstående om att dessa bolag hade vänt sig till de franska myndigheterna för att erhålla statligt stöd till förmån för PMU. Även om detta skulle kunna bevisas utgör detta agerande

inte något samordnat förfarande som omfattas av gemenskapens konkurrensregler. För det tredje har det inte visats att PMU har utvidgat sin verksamhet till andra länder än Frankrike. För det fjärde har under alla omständigheter handeln mellan medlemsstaterna inte påverkats, eftersom den franska lagstiftningen helt och hållet hade isolerat den franska marknaden.

b) Den andra delen av den andra grunden

15. Kommissionen har påpekat att den i punkterna 11 och 12 i sitt beslut har kommit fram till slutsatsen att det inte förelåg någon överträdelse av artikel 86. För det första är det inte fråga om missbruk, om PMU anförtros att samordna och uppta vadhållning, avseende hästtävlingar som organiseras av tävlingsbolagen. För det andra kan handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas av att PMU har erhållit ensamrätt till följd av att den franska lagstiftningen, såsom nämnts ovan, helt och hållet har isolerat den franska marknaden. För det tredje utgör det påstådda agerandet för att erhålla statligt stöd inte något missbruk. För det fjärde ger det påstådda utnyttjandet av dem som spelar i PMU anledning till följande anmärkningar: "Utnyttjandet" har inte varit föremål för en formell begäran om att det skall fastställas att det har skett en överträdelse. Detta var för övrigt ett resultat av de val som den franske lagstiftaren hade gjort i avsikt att begränsa omfattningen av vaden. Under alla omständigheter har påståendet inte kunnat bevisas. Inte heller hade handeln mellan medlemsstaterna kunnat påverkas.

c) Den tredje delen av den andra grunden

16. Kommissionen har påstått att den har haft möjlighet att granska klagomålet tillräckligt noggrant och att den — oberoende av resultaten av granskningen av om det förelåg en eventuell överträdelse av artikel 90 — har kommit fram till att det inte förelåg något gemenskapsintresse av att konstatera en eventuell överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

17. Ladbroke har gentemot dessa påståenden invänt att kommissionen inte kan grunda sig på den franska lagstiftningen för att dra slutsatsen att vissa av förutsättningarna för att tillämpa artikel 85 inte är uppfyllda utan att först ha undersökt om denna lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten. Om denna lagstiftning strider mot bestämmelserna i fördraget och inte leder till rättsenliga resultat skulle det agerande från företagens sida som direkt skulle omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85 och 86 i fördraget, om den ifrågavarande franska lagstiftningen saknades, inte täckas av denna lagstifning. [10]

10 — Ladbroke har hänvisat till domstolens dom av den 3 december 1987 i mål 136/86, BNIC mot Aubert (Rec. 1987, s. 4789), av den 30 januari 1985 i mål 123/83, BNIC mot Clair (Rec. 1985, s. 391), och av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (Rec. 1989, s. 803).

3. *Den tredje grunden*

18. Kommissionen har hävdat att den överklagade domen inte är tillräckligt motiverad. För det första framgår det inte av domen varför kommissionen var skyldig att undersöka den franska lagstiftningen mot bakgrund av artikel 90 innan den avslog klagomålet i den del som det grundades på artiklarna 85 och 86. För det andra framgår det inte varför kommissionen inte skulle kunna beakta gemenskapsintresset för att bedöma vilken prioritet som skulle ges åt klagomålets olika delar eller på vilket sätt kommissionens bedömning av gemenskapsintresset i föreliggande fall var uppenbart felaktig.

19. Ladbroke har anfört att ovannämnda frågor motiveras tillräckligt i punkt 42—47 i den överklagade domen.

B — *Mål C-379/95 P*

Den franska regeringen har åberopat tre grunder till stöd för sitt överklagande.

1. *Den första grunden*

20. Den franska regeringen anser att förstainstansrätten har begått ett fel i den mån som den inte har beaktat domstolens praxis beträffande tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget i sådana fall då de berörda företagens agerande är en följd av en nationell lagstiftning som hindrar företagens handlingsfrihet.

Den franska regeringen har närmare bestämt hävdat att artiklarna 85 och 86 kan tillämpas oavsett innehållet i de nationella åtgärderna, om företagen behåller sin handlingsfrihet. [11] Om de nationella åtgärderna inte lämnar någon handlingsfrihet åt företagen kan artiklarna 85 och 86 inte tillämpas så länge dessa åtgärder är i kraft. [12] I ett sådant fall skulle en undersökning av om den nationella lagstiftningen är förenlig med fördraget enligt den franska regeringen inte tjäna något syfte, om inte kommissionen på grundval av artiklarna 85 och 86 skulle kunna ålägga företagen att inte följa nationella regler som anses strida mot gemenskapsrätten. Varken domstolen eller förstainstansrätten har dock hittills uttalat att företagen inte skulle vara skyldiga att följa nationella regler som strider mot gemenskapsrätten. Den franska regeringen har på denna punkt åberopat rättspraxis enligt vilken domstolen har avvisat tanken att direktiv skulle ha direkt horisontell effekt. [13]

11 — Se de i fotnot 10 ovan nämnda domarna i mål 123/83, BNIC mot Clair och i mål 136/86, BNIC mot Aubert.

12 — Den franska regeringen har hänvisat till domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73— 48/73, 50/73, 54/73— 56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m. fl. mot kommissionen (Rec. 1975, s. 1663), av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82— 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m. fl. mot kommissionen (Rec. 1985, s. 3831) samt till förstainstansrättens dom av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France m. fl. mot kommissionen (Rec. 1993, s. II-669).

13 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (Rec. 1994, s. I-3325).

Då 1974 års franska lagstiftning inte lämnar någon handlingsfrihet åt de franska tävlingsbolagen kunde kommissionen följaktligen avslå den del av klagomålet som grundades på artiklarna 85 och 86 i fördraget utan att först undersöka den relevanta franska lagstiftningen mot bakgrund av artikel 90.

I det förevarande fallet är kommissionen dock av samma uppfattning som den franska regeringen, nämligen att 1974 års franska lagstiftning inte föreskriver att tävlingsbolagen måste ingå avtal med varandra utan direkt tilldelar PMU ensamrätten att organisera totalisatorspel utanför tävlingsbanorna. Enligt kommissionens nämnda resonemang är den konkurrensbegränsande effekten följaktligen en direkt följd av den nationella åtgärden. [15]

21. Kommissionen har i sin svarsskrivelse gjort gällande att man i gemenskapsrätten måste skilja mellan statliga åtgärder som innebär att företagen tvingas att handla i strid med artiklarna 85 och 86 i fördraget och åtgärder som visserligen i sig inte föreskriver ett agerande som strider mot dessa föreskrifter, men som skapar en rättslig ram som i sig begränsar konkurrensen. I det sistnämnda fallet kan artikel 85 i fördraget under vissa omständigheter inte tillämpas på avtal mellan företag, när avtalen inte märkbart inverkar på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. I det förstnämnda fallet är dock enligt kommissionens uppfattning artikel 85 tillämplig även om företagens agerande helt och hållet styrs av nationell lagstiftning och oberoende av hur dessa nationella bestämmelser behandlas i gemenskapsrätten. [14] Kommissionen har anfört att ett företag på grund av gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt och den direkta effekten av artiklarna 85 och 86 i fördraget inte endast kan utan är skyldigt att vägra att rätta sig efter en nationell åtgärd som ålägger det att agera i strid mot gemenskapens konkurrensregler.

22. Ladbroke har bestritt att artiklarna 85 och 86 i fördraget inte kan tillämpas på ett företags agerande som föreskrivs genom en statlig åtgärd så länge denna gäller. Ladbroke har även bestritt att tidigare existerande avtal som genom nationell lagstiftning senare får tvingande karaktär skall behandlas annorlunda än avtal som är tvingande från det ögonblick de ingås. Även om man ansluter sig till den franska regeringens tolkning av de ifrågavarande gemenskapsrättsliga föreskrifterna måste man enligt Ladbroke utgå från att de berörda tävlingsbolagen i det förevarande fallet hade en handlingsfrihet som gjorde det möjligt för dem att ingå avtal före år 1974. Enligt Ladbroke upphävdes handlingsfriheten för PMU:s medlemsbolag och för själva PMU först fullständigt genom utfärdandet av 1974 års förordning.

Ladbroke har slutligen hävdat att man inte kan åberopa nationella bestämmelser som

14 — Se domstolens dom av den 16 november 1977 i mål 13/77, GB-INNO-BM mot ATAB (Rec. 1977, s. 2115).

15 — Se domstolens dom av den 17 november 1993 i mål C-2/91, Meng (Rec. 1993, s. I-5751).

strider mot fördraget i syfte att förneka att handeln mellan medlemsstaterna påverkas negativt. Enligt Ladbroke hindrar inte den omständigheten att man inte kan lasta företagen för att de har följt sin nationella lagstiftning att det fastslås att företagen har överträtt gemenskapsrätten.

2. *Den andra grunden*

a) Den första delen av den andra grunden

23. Enligt den franska regeringen har förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte beakta fast rättspraxis, enligt vilken en person som i enlighet med förordning nr 17 inkommer med en ansökan inte har rätt att kräva att kommissionen skall fatta ett slutgiltigt beslut vad gällar frågan huruvida det — såsom påstås — föreligger en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget eller inte. [16]

b) Den andra delen av den första grunden

24. Den franska regeringen har anfört att kommissionen mycket väl kan ogilla ett klagomål som riktar sig mot ett företags agerande som strider mot konkurrensreglerna, men som föreskrivs i nationell lagstiftning, utan att det är nödvändigt att den tar ställning till om denna lagstiftning är förenlig med fördraget. Enligt den franska regeringen är det värt att påpeka att det alternativa skälet till ogillandet av klagomålet, som bygger på att gemenskapsintresse saknas, grundas på ett obestridligt faktum, nämligen att frånvaron av konkurrens på den franska marknaden för vad avseende hästtävlingar sedan år 1974 var en direkt följd av den franska lagstiftningen. Följaktligen skulle ett eventuellt konstaterande av att det förelåg en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget från tävlingsbolagens sida inte kunna påverka de konkurrensförhållanden som rådde på den franska marknaden för vad avseende hästtävlingar sedan år 1974 i positiv riktning.

25. Enligt Ladbroke har förstainstansrätten inte förklarat att kommissionen inte kunde ogilla ett klagomål på grund av att gemenskapsintresse saknades. I realiteten ogiltigförklarade förstainstansrätten kommissionens beslut på grund av att Ladbrokes klagomål ogillades med hänvisning till den franska lagstiftningens konsekvenser på den franska marknaden för vad, men utan att denna lagstiftnings förenlighet med gemenskapens konkurrensregler hade undersökts.

3. *Den tredje grunden*

26. Den franska regeringen har hävdat att förstinstansrätten med den överklagade domen de facto har ifrågasatt kommissionens befogenhet att efter eget skön besluta om den skall vidta åtgärder mot en medlemsstat som bibehåller en lagstiftning som strider mot fördraget. Den franska regeringen har

16 — Den franska regeringen har till stöd för sina påståenden åberopat domstolens dom av den 18 oktober 1979 i mål 125/78, GEMA mot kommissionen (Rec. 1979, s. 3173), och förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen (Rec. 1992, s. II-2223).

påpekat att kommissionen enligt fast rättspraxis förfogar över ett brett utrymme för att skönsmässigt bedöma när den skall inleda ett förfarande enligt artiklarna 169 eller 90.3 i fördraget. Även om det inte av den överklagade domen uttryckligen framgår att kommissionen var skyldig att genomföra ovannämnda förfaranden ställer sig den franska regeringen frågan vilken praktisk betydelse granskningen av den franska lagstiftningen mot bakgrund av gemenskapens konkurrensbestämmelser skulle få om kommissionen, för det fall att lagstiftningen inte skulle vara förenlig med gemenskapsreglerna, inte skulle dra någon rättslig slutsats av detta konstaterande, det vill säga inte inleda ett förfarande enligt artikel 169 eller inte fatta ett beslut enligt artikel 90.3.

Slutligen har den franska regeringen kritiserat punkt 46 i den överklagade domen i vilken förstainstansrätten, enligt den franska regeringen, fastslår att kommissionen, om den inte hade inlett förfarandet enligt artikel 90, kunde ha ogillat den del av klagomålet som grundade sig på artiklarna 85 och 86 utan att dessförinnan granska den franska lagstiftningen. Denna tolkning kan leda kommissionen till att redan när ett klagomål inges tillkännage att den inte har för avsikt att granska den nationella lagstiftningen mot bakgrund av artikel 90 för att på så sätt säkerställa sin befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar.

27. Ladbroke anser att den franska regeringens resonemang skulle beröva klaganden den rätt han enligt förordning nr 17 har att kräva att kommissionen skall fatta ett beslut i sak i klagomålet. Enligt artikel 90 är kommissionen inte skyldig att vidta åtgärder. [17] Följaktligen kan klagomål som grundas på artiklarna 85 och 86 i fördraget systematiskt ogillas med motiveringen att det ifrågavarande agerandet föreskrivs i nationella bestämmelser som kommissionen inte är skyldig att granska. Ladbroke anser att kommissionen under vissa förutsättningar kan ogilla ett klagomål avseende överträdelse av artiklarna 85 och 86 utan att först behöva granska de ifrågavarande nationella bestämmelserna. Granskningen av de nationella bestämmelserna var enligt Ladbroke emellertid nödvändig i förevarande mål för att fastslå om kommissionens argument för att ogilla de delar av Ladbrokes klagomål som grundades på artiklarna 85 och 86 var hållbara. Om kommissionen hade fastställt att de nationella bestämmelserna stred mot gemenskapsreglerna borde den i enlighet med artikel 155 i fördraget ha vidtagit nödvändiga åtgärder för att rätta till situationen, oberoende av om något klagomål hade lämnats in enligt förordning nr 17 eller ej.

IV — Undersökning av grunderna för överklagandet

De grunder som kommissionen och den franska regeringen har åberopat gentemot den överklagade domen berör följande frågor:

A — *Förstainstansens påstådda underlåtenhet att pröva de övriga skälen i motiveringen till det överklagade beslutet*

28. 1) I den första och andra delen av den andra ogiltighetsgrunden har kommissionen

17 — Se den ovan i fotnot 7 nämnda domen i målet Ladbroke mot kommissionen.

gjort gällande att den överklagade domen skall upphävas därför att förstainstansrätten inte har granskat samtliga skäl för att ogilla klagomålet. Enligt kommissionen framgår av dessa skäl att artiklarna 85 och 86 i fördraget inte hade överträtts, oberoende av om den franska lagstiftningen är förenlig med gemenskapsreglerna eller ej. Kommissionen har vidare hävdat att förstainstansrätten har misstolkat det ifrågavarande beslutet, då ogillandet av klagomålet inte grundades på att det förelåg en nationell fransk lagstiftning, som uteslöt konkurrensen och handeln mellan stater, utan på den omständigheten att kommissionen inte har kunnat konstatera att de bolag mot vilka klagomålet riktades har uppträtt på ett sådant sätt som omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86 i fördraget.

29. Kommissionens beslut, såsom det beskrivs i punkt 14—18 i den överklagade domen, innehåller, förutom omnämnandet att all konkurrens på vadhållningsmarknaden har upphävts genom den franska lagstiftningen, även alternativa skäl som är fullständigt förenliga med antagandet att artiklarna 85 och 86 inte har överträtts. En förutsättning för att förstainstansrättens tolkning skall kunna ifrågasättas är emellertid att dessa alternativa skäl och argument har anförts till stöd för avslagsbeslutet i dess helhet. De måste, om de är välgrundade, med andra ord utgöra stöd för att avslå hela klagomålet och inte endast den del som hänför sig till tävlingsbolagens och PMU:s agerande. Om dessa skäl däremot endast hänför sig till vissa punkter i klagomålet kan de naturligtvis, även om de är välgrundade, i sig inte utgöra något stöd för ett slutgiltigt avslag på klagomålet enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget. I detta fall grundas det slutgiltiga avslaget av klagomålet fortfarande, åtminstone delvis, på argumentet att den gällande franska lagstiftningen förhindrar att frågeställningen huruvida artiklarna 85 och 86 i fördraget har överträtts uppkommer, eftersom det inte förekommer någon konkurrens eller handel mellan stater på den franska marknaden för vad avseende hästtävlingar. I den mån som förstainstansrätten ansåg denna motivering vara rättsligt felaktig kunde den följaktligen avstå från att pröva de övriga skälen och ogiltigförklara avslaget på klagomålet med hänvisning till att det bygger på en rättsligt felaktig motivering.

30. Följaktligen måste — utöver det skäl som bedömts vara olagligt — även räckvidden av de övriga skälen till kommissionens beslut undersökas. Kommissionen har åberopat punkt 6—14 i sitt beslut som enligt kommissionens uppfattning innehåller en tillräcklig motivering till varför artiklarna 85 och 86 inte har överträtts utan att det var nödvändigt att gå in på den omtvistade franska lagstiftningen.

31. Av det omtvistade beslutet, såsom det beskrivs i punkt 14—18 i den överklagade domen, framgår att dessa alternativa skäl hänför sig till samtliga anmärkningar avseende överträdelse av artikel 86 som Ladbroke hade formulerat i sitt klagomål samt till en stor del av anmärkningarna som avser överträdelse av artikel 85.1 i fördraget. De rör dock inte, som helhet betraktade, överträdelser av 85.1 i fördraget, såsom Ladbroke har gjort gällande med hänvisning till den ensamrätt som beviljats PMU för att handha totalisatorspel i Frankrike. Denna ensamrätt är enligt Ladbroke ett resultat av avtal och samordnade förfaranden mellan de största

tävlingsbolagen. Kommissionens argument för att bemöta och vederlägga dessa anmärkningar (punkt 6—8 i det överklagade beslutet såsom de beskrivs i punkt 14 i den överklagade domen) grundas huvudsakligen på resonemanget att bestämmelserna i artikel 85 inte kan tillämpas därför att den franska lagstiftningen har avskaffat all konkurrens och helt stängt den franska marknaden för vad avseende hästtävlingar. Kommissionen har inte framfört några andra alternativa och välgrundade skäl för att ogilla denna del av Ladbrokes klagomål.

32. Det skall i detta sammanhang understrykas att förstainstansrätten, i motsats till vad kommissionen såväl skriftligen som muntligen har hävdat inför domstolen, inte har misstolkat de ifrågavarande avsnitten i det överklagade beslutet och således inte har förvanskat eller förändrat bevismaterialet. Beträffande den del av klagomålet som rör de exklusiva rättigheter som tilldelades PMU av de franska tävlingsbolagen, har kommissionen godtagit att det har skett en samordning mellan dessa bolag men har tillagt att denna samordning ålades bolagen genom den franska förordningen av den 11 mars 1930. Kommissionen anser inte heller att 1974 års förordning kan betraktas som en legalisering av redan föreliggande avtal eller samordnade förfaranden som strider mot artikel 85 i förordningen, "då denna samordning och de avtal mellan tävlingsbolagen som är en följd av samordningen ... var en del av de villkor som den franska regeringen uppställde år 1930, det vill säga långt innan Romfördraget undertecknades, för organiserandet av totalisatorspel". [18] Dessutom har kommissionen i sitt beslut påpekat att "tävlingsbolagen i realiteten inte hade tillåtelse att personligen uppta vad utanför tävlingsbanorna ... och att det således inte kunde föreligga någon konkurrens mellan bolagen beträffande valet av förvaltare som skulle organisera deras vad". [19]

33. Av detta resonemang framgår två saker. För det första att det faktiskt har skett en samordning mellan tävlingsbolagen, men att denna samordning, fortfarande enligt kommissionen, inte kan granskas mot bakgrund av artikel 85, eftersom den har skett inom ramen för en nationell lagstiftning som föreskriver detta agerande och som har avskaffat varje form av konkurrens på den franska marknaden för vadhållning. För det andra att kommissionens analys inte är koncentrerad på en noggrann granskning av hur de företag som är föremål för klagomålet har uppträtt — beträffande dessa nämner kommissionen endast och utan ytterligare förklaringar att det inte föreligger någon överenskommelse om ensamrätt — utan hänvisar till fransk lagstiftning och franska förvaltningsföreskrifter som skäl till varför artikel 85 i fördraget inte är tillämpligt i det förevarande fallet.

34. Följaktligen kunde förstainstansrätten, i den utsträckning den ansåg att denna tolkning av artikel 85 inte var den rättsligt sett mest relevanta, grunda sin bedömning på den olagliga karaktären av denna motivering och

18 — Punkt 6 i kommissionens beslut som förstainstansrätten har tagit behörig hänsyn till och som omnämns i punkt 14 i den överklagade domen.

19 — Punkt 6 tredje stycket i kommissionens beslut.

fastslå att det slutgiltiga avslaget av Ladbrokes klagomål enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget var olagligt och måste ogiltigförklaras. Kommissionens och den franska regeringens påståenden om att förstainstansrätten har underlåtit att granska de övriga skälen i det överklagade beslutet måste förkastas såsom grundlösa, eftersom de inte kan utgöra något stöd för ett avslag i dess helhet. [20]

35. 2) Den tredje delen av kommissionens andra grund och den andra delen av den franska regeringens andra grund går ut på att förstainstansrätten har underlåtit att pröva om det alternativa skälet till kommissionens avslagsbeslut, såsom detta beskrivs i punkt 19 i den överklagade domen, är välgrundat. Detta skäl grundas på att det inte förelåg något gemenskapsintresse av att konstatera en eventuell överträdelse av artiklarna 85 och 86, även om man antar att vissa av de granskade agerandena omfattas av artiklarna. Ett eventuellt konstaterande av dessa överträdelser rör endast perioden mellan år 1962, då förordning nr 17 utfärdades, och år 1974, då den lagstiftning tillkom genom vilken PMU tillerkändes exklusiva rättigheter i Frankrike. Ett sådant konstaterande skulle inte innebära någon positiv förändring av konkurrensförhållandena för perioden efter år 1974. Enligt klagandena har förstainstansrätten begått ett fel genom att inte ta hänsyn till detta argument som de anser vara välgrundat.

36. Inledningsvis måste det påpekas att förstainstansrätten, såsom framgår av punkterna 44 och 45 i den överklagade domen, inte har frånkänt kommissionen rätten att ogilla ett klagomål på grund av bristande gemenskapsintresse. Men i det förevarande fallet grundas kommissionens ställningstagande, som går ut på att det inte föreligger något gemenskapsintresse av att granska Ladbrokes klagomål, på ett tidigare led i argumentationen i vilket kommissionen fastslår att det efter ikraftträdandet av 1974 års förordning inte längre föreligger någon konkurrens och handel mellan staterna på området för vadhållning avseende hästtävlingar i Frankrike.

37. Kommissionen har nämligen tagit för givet att de franska tävlingsbolagen och PMU:s verksamhet inte kunde ha något som helst inflytande på den franska marknaden efter år 1974 därför att den franska förordningen av den 14 november 1974 helt isolerade denna marknad och ålade ifrågavarande bolag att verka utanför området för konkurrensreglerna. Kommissionen har följaktligen inte gjort någon ingående undersökning av verksamheten i de bolag som var föremål för klagomålet när den fastslog att det inte förelåg något gemenskapsintresse av att konstatera en eventuell överträdelse, utan den har även på denna punkt utgått från sin ståndpunkt att det inte kan vara fråga om någon överträdelse av artiklarna 85 och 86 när påverkan på konkurrensen och handeln mellan staterna uteslutande och med nödvändighet är en följd av den gällande nationella lagstiftningen. Då förstainstansrätten har

20 — Det framgår dock av det jag har anfört ovan att kommissionens avslag av klagomålet inte utan vidare kan ogiltigförklaras i dess helhet. Kommissionens fel (enligt den tolkning av artikel 85 som förstainstansrätten har gjort) hänför sig till det sätt på vilket den ogillade den första punkten i Ladbrokes klagomål, det vill säga den punkt som avser de avtal och de samordnade förfarandena genom vilka tävlingsbolagen har tilldelat PMU ensamrätten att handha totalisatorspel i Frankrike. Detta klargörande är enligt min mening nödvändigt för att bättre förstå innehållet i den överklagade domen.

funnit att denna tolkning av artiklarna 85 och 86 inte överensstämmer med fördraget har den därför med rätta inte tagit någon hänsyn till argumentet rörande det bristande gemenskapsintresset. Detta gäller dock endast i den utsträckning som förstainstansrättens tolkning av artiklarna 85 och 86 överensstämmer med fördraget. Denna fråga skall undersökas nedan.

B — *Gränserna för kommissionens rätt att göra skönsmässiga bedömningar enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget jämförda med artikel 90 i fördraget*

38. 1) Först och främst anser jag att den franska regeringens påstående i den första delen av den andra grunden, att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte beakta fast rättspraxis enligt vilken en person som inkommer med en ansökan inte har rätt att kräva att kommissionen skall fatta ett slutgiltigt beslut, måste förkastas. Detta påstående bygger på ett felaktigt antagande. Förstainstansrätten har inte ifrågasatt kommissionens rätt att göra en skönsmässig bedömning av om den vill ta ställning till ett klagomål eller inte och inte heller tillerkänt en klagande rätten att kräva att ett beslut fattas. [21] Däremot har den fastslagit att kommissionen inte slutgiltigt får avslå ett klagomål som grundas på artiklarna 85 och 86 utan att först avsluta den undersökning som är nödvändig för att säkerställa en korrekt tillämpning av dessa bestämmelser.

21 — För övrigt föreligger det inte någon sådan rätt. Se den ovan i fotnot 16 nämnda domen i mål 125/78, GEMA mot kommissionen.

Det ovannämnda påståendet saknar således grund.

39. 2) Kommissionen och den franska regeringen har gjort gällande att förstainstansrätten genom den överklagade domen har angripit kommissionens rätt att göra en skönsmässig bedömning av i vilken ordningsföljd den skall granska rättsgrunderna för ett klagomål. Enligt klagandena har förstainstansrätten de jure eller de facto gjort en prioritering mellan förfarandet enligt artiklarna 85 och 86, såsom detta regleras i förordning nr 17, och förfarandet enligt artikel 90.

40. Detta reser enligt min mening frågan om tolkningen av de ifrågavarande avsnitten (punkt 46—51) i den överklagade domen. Vid en första anblick synes av ordalydelsen i punkt 46 i domen framgå att förstainstansrätten, efter att ha konstaterat att förfarandet för granskning av Ladbrokes klagomål enligt artikel 90 hade påbörjats och att detta fortfarande pågick, har ansett det vara ändamålsenligt att svara på frågan om detta förfarande skulle avslutas innan ett slutgiltigt svar kunde ges på den del av klagomålet som rörde överträdelsen av artiklarna 85 och 86 i fördraget. Vid en första anblick synes förstainstansrätten ha tolkat de ifrågavarande bestämmelserna i förhållande till varandra och dragit slutsatsen att kommissionen i det förevarande klagomålet var skyldig att avsluta granskningsförfarandet enligt artikel 90 innan den slutgiltigt fattade beslut enligt artiklarna 85 och 86. Förfarandet enligt artikel 90 synes alltså under vissa förutsättningar ha företräde framför förfarandet enligt artiklarna 85 och 86.

41. På detta sätt har klagandena tolkat den överklagade domen, men denna tolkning är enligt min mening inte den mest korrekta. [22]

42. Först och främst är det tveksamt om kommissionens granskning enligt artikel 90, faktiskt sett, kan bytas ut mot ett svar på samtliga anmärkningar i Ladbrokes klagomål enligt artiklarna 85 och 86 eller åtminstone kompensera ett uteblivet svar. Såsom nämnts ovan [23] utgör den första delen av Ladbrokes klagomål, där det hänvisas till avtal och samordnade förfarandena mellan de i Frankrike auktoriserade tävlingsbolagen och PMU, en av de intressantaste aspekterna i behandlingen av detta överklagande. Vad gäller bedömningen av de franska tävlingsbolagens agerande ur gemenskapsrättslig synvinkel, är det inte säkert att en granskning enligt artikel 90 kan ge ett svar på de relevanta rättsliga frågorna, eftersom denna artikel generellt sett inte rör kontrollen av om den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten, utan endast den del av denna lagstiftning som rör företag som har tillerkänts särskilda eller exklusiva rättigheter. Följaktligen synes ett avslutande av förfarandet enligt artikel 90 inte vara till någon direkt nytta, i vart fall inte vad gäller vissa anmärkningar i klagomålet som rör agerandet hos företag som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85. Den avgörande punkten i klagomålet kan med andra ord inte vara avslutandet av förfarandet enligt artikel 90 utan, eventuellt, avslutandet av granskningen av om den franska lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrättens konkurrensregler i allmänhet.

43. Det kan tilläggas att det sätt på vilket klagandena har återgivit den överklagade domen enligt min uppfattning inte återspeglar det verkliga innehållet i domen. I det förevarande målet försöker förstainstansrätten inte jämföra artiklarna 85, 86 och 90 i fördraget med varandra för att ställa upp en rangordning mellan förfarandena enligt artikel 90 å ena sidan och förfarandena enligt artiklarna 85 och 86 å andra sidan [24], och den försöker därmed heller inte begränsa kommissionens rätt att skönsmässigt bedöma hur den skall agera, vilken rätt uttryckligen erkänns i punkt 44 i den överklagade domen. Dess huvudsyfte är inte att påbjuda kommissionen att granska anmärkningar avseende överträdelsen av artikel 90 innan den slutgiltigt tar ställning till anmärkningar avseende artiklarna 85 och 86. Såsom framgår av ordalydelsen i punkt 50 i den överklagade domen, har förstainstansrätten prövat i vad mån kommissionen, då den slutgiltigt tog ställning till Ladbrokes klagomål, uppfyllde

22 — Om denna tolkning är korrekt så måste enligt min mening förstainstansrättens dom upphävas. De två förfarandena som kommissionen har påbörjat enligt artikel 90 respektive artiklarna 85 och 86 är fullständigt oberoende av varandra. För övrigt framgår det inte på något sätt av tolkningen av nämnda artiklar, i förhållande till varandra, att en granskning enligt artikel 90 måste vara avslutad före en granskning enligt artiklarna 85 och 86. I den mån som fördraget innebär att kommissionen har befogenhet att göra en skönsmässig bedömning av när och hur den skall ingripa, kan det inte finnas något rättsligt stöd för en begränsning av denna befogenhet med hänsyn till val av lämpligt förfarande vid en jämförelse mellan dessa förfaranden. En sådan begränsning kan för övrigt endast ha mycket liten praktisk betydelse. Såsom den franska regeringen mycket riktigt har påpekat kan kommissionen i framtiden underlåta att påbörja ett förfarande enligt artikel 90 innan den slutgiltigt avslår klagomålet enligt artiklarna 85 och 86 just för att kunna undvika de skyldigheter som förstainstansrätten ålägger den.

23 — Punkt 31.

24 — Det synes här vara relevant att hänvisa till den ovan i fotnot 9 nämnda domen i mål C-19/93, Rendo m. fl. mot kommissionen, punkt 21—23, där domstolen skulle ta ställning i en liknande fråga i ett överklagande.

sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten. Förstainstansrätten har fastslagit att kommissionen inte har uppfyllt sin skyldighet att noggrant granska de faktiska och juridiska omständigheter som behandlas i klagomålet, så att det slutgiltiga ogillandet av detsamma inte ger upphov till någon tvekan vad gäller dess lagenlighet.

Följaktligen grundas förstainstansrättens ståndpunkt, som klagandena har ifrågasatt, *endast* på tolkningen av artiklarna 85 och 86 och inte på sambandet mellan dessa artiklar och artikel 90.

44. Denna tolkning framgår av ordalydelsen i den överklagade domen, särskilt av punkterna 48, 49 och 51. [25] Enligt förstainstansrättens resonemang förekommer det fall där det, för att man skall kunna avgöra om ett eller flera företags agerande innebär en överträdelse av artiklarna 85 och 86, under vissa förutsättningar måste undersöka den nationella lagstiftningen, vilken utgör grundvalen för hur verksamheten som skall granskas har utvecklats. [26] Om den nationella lagstiftningen strider mot gemenskapsrätten måste kommissionen nämligen i förekommande fall undersöka om den omständigheten att bolagen "... följde bestämmelser i en nationell lagstiftning som stred mot bestämmelserna i fördraget kunde eller inte kunde ge upphov till vidtagande av åtgärder mot bolagen i syfte att få slut på överträdelserna av bestämmelserna i artiklarna 85 och 86 i fördraget" [27]. Det är således nödvändigt att undersöka om den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten, oavsett om detta sker genom att förfarandet enligt artikel 90.3 följs eller på grund av att ett klagomål avseende denna lagstiftning har riktats till kommissionen.

45. Hörnstenen i förstainstansrättens resonemang är med andra ord tolkningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget, vilken kan sammanfattas på följande sätt: *När det föreligger en nationell lagstiftning som direkt hindrar den fria konkurrensen eller handeln mellan medlemsstaterna och som påtvingar företagen ett agerande som annars skulle*

25 — Läsaren av den överklagade domen bör inte låta sig förvirras av att det i den sista meningen i punkt 46 hänvisas till artikel 90. Först och främst tar förstainstansrätten i denna punkt inte någon ställning utan pekar endast på problemställningen genom att anmärka att ett klagomål enligt artikel 90 hade ingivits i det aktuella målet och att detta klagomål fortfarande behandlades av kommissionen. Kommissionens skyldighet att granska den franska lagstiftningen innan den slutgiltigt beslutar att ogilla klagomålet i de delar som bygger på artiklarna 85 och 86 följer med andra ord inte av att klagomålet avseende åsidosättande av artikel 90 fortfarande är anhängigt. Denna skyldighet följer direkt av artiklarna 85 och 86, vilket enligt min mening klart framgår av ordalydelsen i punkterna 50 och 51 i den överklagade domen. I det förevarande fallet råkade det förhålla sig på så sätt att förfarandet enligt artikel 90 redan hade påbörjats, eftersom det — såsom direkt framgår av fördraget — är detta förfarande som kommissionen skall följa vid bedömningen av om nationell lagstiftning är förenlig med gemenskapens rättsordning (se punkt 68 f. nedan i detta förslag till avgörande).

26 — Det rör sig om sådana fall som det förevarande, där en av enskilda utövad verksamhet, vars förenlighet med gemenskapens konkurrensregler i och för sig kan ge upphov till tvekan, helt dikteras av nationella åtgärder som gäller för denna verksamhet och som undantar den nationella marknaden från reglerna om fri konkurrens och handel mellan medlemsstater. Visserligen är det inte heller i dessa fall a priori nödvändigt att granska de nationella reglerna innan ett slutgiltigt beslut fattas med hänsyn till artiklarna 85 och 86. Kommissionen kan till exempel fastslå att redan granskningen av de berörda företagens verksamhet visar att det inte förekommer några avtal eller något samordnat förfarande mellan dessa företag eller något missbruk av dominerande ställning. Kommissionen kan dock, såsom i detta fall, underlåta att grunda sin analys på företagens agerande och i stället basera den på att detta agerande *under inga omständigheter* kan hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen eller handeln mellan staterna på grund av att det föreligger en nationell lagstiftning som absolut och med nödvändighet har lett till detta resultat. Den enligt förstainstansrätten korrekta tolkningen och tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget är således nödvändigtvis en följd av bedömningen av den nationella lagstiftningens förenlighet med gemenskapsrätten.

27 — Punkt 49 i den överklagade domen.

omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86, skall dessa föreskrifter tolkas och tillämpas på så sätt att frågan huruvida artiklarna 85 och 86 har överträtts inte besvaras slutgiltigt förrän det har klarlagts om denna nationella lagstiftning är förenlig med gemenskapsrätten, eftersom det vid ett negativt svar måste antas att företag som har följt den nationella lagstiftningen har överträtt de ovannämnda artiklarna.

46. För att komma fram till denna ståndpunkt har förstainstansrätten beaktat följande:

För det första grundas kommissionens slutgiltiga avslag på klagomålet enligt artiklarna 85 och 86 [28] på den omständigheten att det föreligger en nationell lagstiftning som hindrar konkurrensen och inte lämnar någon handlingsfrihet till företagen.

För det andra har kommissionen, beträffande frågan huruvida den nämnda franska lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten, påbörjat granskningen av det klagomål som Ladbroke har ingivit med åberopande av artikel 90, och denna granskning pågår fortfarande.

För det tredje har kommissionen själv medgett att det är nödvändigt att avgöra frågan om den franska lagstiftningens förenlighet med gemenskapsrätten för att kunna besvara frågorna om vilka konkurrensregler som reglerar eller borde reglera den franska marknaden för vad avseende hästtävlingar. [29]

47. Med utgångspunkt i dessa överväganden har förstainstansrätten dragit slutsatsen att kommissionens slutgiltiga svar på Ladbrokes klagomål *inte uppfyller kraven på tillförlitlighet och fullständighet,* eftersom kommissionen inte "... har uppfyllt sin skyldighet att noggrant granska de faktiska och juridiska omständigheter som sökandena har gjort den uppmärksam på ...". [30] Vad som är avgörande i samband med detta klagomål, med avseende

28 — Såsom anförts ovan (punkt 34) kunde de ytterligare skäl som kommissionen anfört inte i sig motivera ett slutgiltigt avslag på den del av klagomålet som byggde på artiklarna 85 och 86 i fördraget.

29 — Se punkt 47 i den överklagade domen. I den första delen av sin första grund har kommissionen bestritt riktigheten av denna punkt, som enligt kommissionens uppfattning bygger på en misstolkning av kommissionens svaromål till förstainstansrätten. I själva verket har kommissionen inte förstått den riktiga innebörden av punkt 47. Förstainstansrätten har inte hävdat att kommissionen bedömde att det vara nödvändigt att avsluta förfarandet enligt artikel 90 innan den slutgiltigt tog ställning med avseende på artiklarna 85 och 86. Förstainstansrätten har emellertid funnit att även med utgångspunkt i kommissionens synsätt kan det konkurrensrättsliga problem som Ladbrokes klagomål i allmänhet ger upphov till inte lösas tillfredsställande utan att frågan huruvida den franska lagstiftningen om PMU:s monopol är förenlig med bestämmelserna i fördraget besvaras.

30 — Punkt 50 i den överklagade domen.

på ett slutgiltigt svar på frågan om artiklarna 85 och 86 har överträtts eller inte, är följaktligen inte huruvida det påbörjade förfarandet enligt artikel 90 har slutförts eller ej utan huruvida den franska lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrättens konkurrensregler eller ej. Det är detta som förstainstansrätten kräver och absolut inte någon begränsning av kommissionens utrymme för skönsmässiga bedömningar [31] eller någon rangordning mellan förfarandet enligt artikel 90 och förfarandet enligt artiklarna 85 och 86.

48. Visserligen innebär förstainstansrättens lösning, även med denna tolkning, en faktisk begränsning av kommissionens utrymme att göra en skönsmässig bedömning av när och hur den i samband med ett klagomål skall påbörja förfarandet enligt artikel 90 i fördraget för att granska den franska lagstiftningens förenlighet med gemenskapsrätten. Frågan huruvida denna praktiska konsekvens bygger på en korrekt tillämpning av gemenskapsrätten omfattas emellertid av den mer generella frågeställningen huruvida den ovannämnda tolkningen av artiklarna 85 och 86, som har följts i det förevarande fallet, överensstämmer med gemenskapsrätten. Denna frågeställning skall jag nu undersöka nedan.

31 — Enligt förstainstansrättens resonemang har kommissionen enligt artiklarna 85 och 86 samt artikel 155 i fördraget en direkt skyldighet att granska om en nationell lagstiftning är förenlig med gemenskapsrättens konkurrensregler. Kommissionen kan således, i motsats till vad den franska regeringen har gjort gällande i sin tredje grund till stöd för överklagandet, inte undandra sig denna skyldighet genom att då klagomålet inges tillkännage att den för att behålla sin befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar inte har för avsikt att granska den nationella lagstiftningen mot bakgrund av artikel 90.

C — *Den riktiga tolkningen av artiklarna 85 och 86 i fördraget*

1) *Artiklarna 85 och 86 i fördraget mot bakgrund av punkt 49 i den överklagade domen*

49. I den första grunden till stöd för sitt överklagande har den franska regeringen gjort gällande att den lösning som förstainstansrätten har kommit fram till i sin dom strider mot fast rättspraxis beträffande frågan om det är möjligt att tillämpa bestämmelserna i artiklarna 85 och 86 i fördraget i sådana fall då de berörda företagens agerande föreskrivs av den nationella lagstiftningen. Den franska regeringen har vidare påpekat att det hittills inte har fastslagits att det skulle föreligga någon skyldighet för de nationella företagen att inte följa nationella regler som ålägger dem förpliktelser som strider mot gemenskapsrätten.

50. Kommissionens ståndpunkt skiljer sig från den franska regeringens så till vida att kommissionen gör en distinktion mellan sådana fall där den nationella lagstiftningen ålägger företagen skyldigheter i strid med artiklarna 85 och 86 och sådana fall där de statliga åtgärderna i sig skapar en rättslig ram som begränsar konkurrensen på så sätt att det inte kan vara tal om något agerande av företagen (i den mening som avses i artiklarna 85 och 86) som inverkar på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. Enligt kommissionen är det endast i det sistnämnda fallet som artiklarna 85 och 86 inte kan tillämpas.

a) Tolkningen av artiklarna 85 och 86 av förstainstansrätten och i rättspraxis

51. Den ståndpunkt som förstainstansrätten har intagit [32] i den överklagade domen synes faktiskt inte överensstämma med rättspraxis på åtminstone två viktiga punkter: dels frågan om det kan vara tal om överträdelse av artiklarna 85 och 86 när det gäller företag vars agerande, som strider mot gemenskapens konkurrensregler, helt och hållet bestäms av tvingande nationella åtgärder, dels — och denna punkt är enligt min mening den viktigaste — den omständigheten att den överklagade domen skiljer sig från vad som är allmänt vedertaget i rättspraxis beträffande förutsättningarna för när en nationell lagstiftning av ekonomisk karaktär kan granskas mot bakgrund av artiklarna 5 och 85 i fördraget.

52. i) Såsom framgår av punkt 49 i den överklagade domen har förstainstansrätten inte anslutit sig till den lösning som ursprungligen fastslogs i domen i målet Suiker Unie med flera mot kommissionen och som hittills inte direkt har ändrats. [33] Enligt den allmäntgällande uppfattningen har domstolen i denna dom fastslagit att det inte är fråga om överträdelse av artikel 85 i fördraget när företagens agerande, trots att detta i princip synes omfattas av tillämpningsområdet för förbuden i denna artikel, helt styrs av nationella regler som inte lämnar någon handlingsfrihet till dessa företag.

53. Det stämmer att domstolen i sina senare domar har försökt mildra konsekvenserna av denna praxis. [34] Noga betraktat är undanta-

32 — Nämligen att kommissionen i vissa fall först måste bedöma om den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapens konkurrensregler innan den slutgiltigt tar ställning till ett klagomål enligt artiklarna 85 och 86.

33 — I denna dom (se ovan fotnot 12), som gällde företag som handlade med socker, resonerade domstolen enligt följande (punkt 65— 72):
"... den italienska lagstiftningen och dess genomförande har haft ett avgörande inflytande på väsentliga element i de berörda företagens agerande, så att — om denna lagstiftning och dess genomförande saknades — det ifrågavarande samarbetet antingen inte skulle ha kunnat äga rum eller skulle ha skett på ett annat sätt än det som kommissionen har konstaterat.
... Dessutom hade den italienska lagstiftningen och dess genomförande som mål och resultat att anpassa den utbjudna kvantiteten till den efterfrågade och därigenom avlägsna ett väsentligt element i den normala konkurrensmekanismen.
Vidare har den ovan beskrivna ordningen väsentligt minskat möjligheten för de berörda att förhandla fram ett pris som var resultatet av förhållandet mellan tillgång och efterfrågan.
Därtill kommer att den italienska ordningen indirekt, men på ett avgörande sätt, har hindrat köparen från att fritt välja leverantör och omvänt.
... Även om det, såsom har fastslagits ovan, måste antas att systemet med nationella kvoter endast tillåter en mycket begränsad möjlighet till konkurrens genom att den främjar en uppdelning av de nationella marknaderna så reduceras detta område å sin sida på ett avgörande sätt av den särskilda italienska marknadsordningen.
Av dessa överväganden framgår att det ifrågasatta agerandet inte märkbart har kunnat påverka den fria konkurrensen och därför inte omfattas av förbudet i artikel 85 i fördraget."

34 — Enligt min mening är det viktigt att understryka att domstolen i domen i målet Suiker Unie m. fl. mot kommissionen uttalade att den italienska lagstiftningen rörande handel med socker inte uppenbart stred mot gemenskapens rättsordning. Gemenskapsinstitutionerna hade vidare inte lyckats skapa en ordning med fullständig konkurrensfrihet för socker. Den gemensamma organisationen av marknaden för denna produkt innehöll väsentliga undantag för den italienska marknaden, vilket slutligen tillät den italienska lagstiftaren att reducera konkurrensfriheten till en mycket låg nivå. Även om någon direkt hänvisning till den italienska lagstiftningens förenlighet med gemenskapsrätten inte görs i domen, anser jag att domstolen tyst har tagit hänsyn till detta innan den fastslog att artiklarna 85 och 86 i fördraget inte var tillämpliga på företag som var verksamma på den italienska marknaden. Enligt min uppfattning är det inte alls säkert att det slutgiltiga avgörandet skulle ha fått samma innehåll om den nationella lagstiftningen, som hindrade tillämpningen av artiklarna 85 och 86, hade stått i direkt motsättning till gemenskapsreglerna.

get, som för första gången formulerades i domen i målet Suiker Unie m. fl. mot kommissionen, utan att uttryckligen ha övergetts svårt att tillämpa i praktiken då domstolen, när en sådan fråga uppkommer, är ytterst återhållsam med att godta påståenden om att det föreligger en nationell lagstiftning som helt berövar företagen möjligheten att fritt utforma sin verksamhet och ålägger dem ett agerande som strider mot gemenskapens konkurrensregler. [35] Det råder heller inget tvivel om att företagen är ansvariga, när deras agerande, då detta strider mot artiklarna 85 och 86, främjas eller uppmuntras av de nationella myndigheterna. [36]

54. ii) Ovannämnda rättspraxis är först och främst av intresse för företagen. Den rättspraxis som jag skall redogöra för nedan rör däremot medlemsstaternas intressen och handlar om giltigheten av nationella regler som begränsar eller avskaffar den fria konkurrensen. I sitt förslag till avgörande i målet Meng [37] har generaladvokaten Tesauro påpekat att domstolens ställningstagande i denna fråga kan sammanfattas på följande sätt:

"... Å ena sidan har domstolen alltid ansett att nationella regleringar som styr företags ekonomiska verksamhet inte omfattas av det materiella tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86. Närmare bestämt tar dessa artiklar (ratione personae) sikte på företag och inte på medlemsstater och syftar (ratione materiae) till att skydda den fria konkurrensen och inte till att begränsa medlemsstaternas befogenheter på den ekonomiska politikens område, vilka, i förekommande fall, omfattas av andra bestämmelser i fördraget.

Å andra sidan har domstolen upprepade gånger fastslagit att 'artiklarna 85 och 86 jämförda med artikel 5 i fördraget innebär att medlemsstaterna är förhindrade att genom lagar eller andra författningar vidta eller bibehålla åtgärder som kan upphäva den ändamålsenliga verkan av de för verksamheten gällande konkurrensreglerna'. [38]

Dessa båda ståndpunkter står i full överensstämmelse med varandra. Även om det stämmer att artiklarna 85 och 86 rör konkurrensbegränsande agerande från företagens sida, får medlemsstaterna inte ge företagen möjlighet att undandra sig de förbud som föreskrivs i de ovannämnda artiklarna genom att erbjuda dem skydd i form av en nationell reglering. I motsatt fall skulle artiklarna 85 och 86 berövas sitt egentliga innehåll: *Medlemsstaterna får följaktligen inte begränsa den ändamålsenliga verkan av de konkurrensregler som riktar sig till företagen.*"

35 — Ett typiskt exempel är domen i mål 240/82, Stichting Sigarettenindustrie (se ovan fotnot 12).

36 — Se domstolens dom av den 10 januari 1985 i mål 229/83, Leclerc m. fl. (Rec. 1985, s. 1) och dom av den 29 januari 1985 i mål 231/83, Cullet mot CSNCRA (Rec. 1985, s. 305).

37 — Se ovan fotnot 15.

38 — Se dom av den 28 februari 1991 i mål C-332/89, Marchandise m. fl. (Rec. 1991, s. I-1027), punkt 22.

55. Vid detta förhållande är det endast under vissa förutsättningar och i undantagsfall som domstolen kan granska om en nationell åtgärd är förenlig med gemenskapsrätten mot bakgrund av artiklarna 85 och 86, när dessa åtgärder äventyrar den ändamålsenliga verkan av nämnda artiklar. [39] De slutsatser som kan dras av denna rättspraxis — särskilt vad gäller artikel 85 som är av intresse i detta mål — sammanfattas i punkt 14 i domen i målet Meng:

"... Av domstolens fasta praxis framgår emellertid att artikel 85 jämförd med artikel 5 i fördraget ålägger medlemsstaterna att inte vidta eller bibehålla åtgärder, inte heller i form av lagar eller andra författningar, som kan upphäva den ändamålsenliga verkan av de konkurrensregler som gäller för företagen. Detta är enligt samma rättspraxis fallet när en medlemsstat antingen föreskriver eller främjar att avtal sluts i strid med artikel 85 eller förstärker sådana avtals verkningar eller fråntar sina egna föreskrifter deras statliga karaktär genom att delegera ut ansvaret för att fatta beslut om ekonomisk intervention till enskilda näringsidkare."

A contrario kan fastslås att när den nationella lagstiftningen inte rör avtal eller samordnade förfaranden mellan företagen, utan själv bestämmer reglerna som styr marknaden, är ingreppet i konkurrensen endast resultatet av en statlig föreskrift som inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85. [40]

56. Den ståndpunkt som förstainstansrätten har intagit i den överklagade domen står inte i samklang med det ovan anförda. Närmare bestämt har förstainstansrätten inte respekterat distinktionen mellan nationella åtgärder som upphäver den ändamålsenliga verkan av artiklarna 85 och 86 och dem som inte omfattas av tillämpningsområdet för dessa bestämmelser. Förstainstansen fordrar, tvärtom, med den allmänt hållna formuleringen av punkt 49, att kommissionen skall göra en generell kontroll av de nationella åtgärderna på grundval av gemenskapsrättens konkurrensbestämmelser och använda resultaten av denna kontroll för att, på grundval av samma bestämmelser, bedöma agerandet hos de företag som har rättat sig efter åtgärderna. Utan att uttryckligen säga det, avlägsnar sig förstainstansrätten från fast rättspraxis beträffande vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för granskningen av en nationell bestämmelse mot bakgrund av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

39 — Se domstolens ovannämnda domar i mål 13/77, GB-INNO-ATAB (fotnot 14), i mål 123/83, BNIC mot Clair (fotnot 10), i mål 136/86, BNIC mot Aubert (fotnot 10), i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (fotnot 10), i mål C-2/91, Meng (fotnot 15), samt domstolens dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209/84— 213/84, Asjes m. fl. (Rec. 1986, s. 1425), av den 1 oktober 1987 i mål 311/85, VVR (Rec. 1987, s. 3801), den ovan (fotnot 36) nämnda domen i mål 229/83, Leclerc (Rec. 1985, s. 1), och dom av den 21 september 1988 i mål 267/86, Van Eycke (Rec. 1988, s. 4769).

40 — I det ovannämnda Meng-målet anmodades domstolen att ta ställning till den tyska försäkringslagstiftningen, enligt vilken det är förbjudet att avstå en del av provisionen till kunderna. Domstolens slutgiltiga ställningstagande i denna fråga grundades på följande överväganden: "... Det måste slutligen påpekas att bestämmelserna själva föreskriver att det är förbjudet att ge försäkringstagarna fördelar och inte delegera ut ansvaret för att fatta beslut om ekonomisk intervention till privata näringsidkare. Härav följer att sådana bestämmelser som de som är aktuella i målet vid den nationella domstolen inte faller in under de kategorier av statliga bestämmelser som enligt domstolens praxis försvagar den ändamålsenliga verkan av artiklarna 3 f, 5.2 och 85 i fördraget. Följaktligen skall den nationella domstolens fråga besvaras med att artiklarna 3 f, 5.2 och 85 i EEG-fördraget inte utgör hinder för att statliga bestämmelser förbjuder försäkringsmäklare att helt eller delvis avstå den av försäkringsbolagen utbetalda provisionen till sina kunder, *när varje samband med ett agerande från företagens sida som omfattas av artikel 85.1 i fördraget kan uteslutas*" (punkt 20— 22).

Därmed uppstår frågan om domstolen skall godta förstainstansrättens resonemang i den överklagade domen.

b) Konsekvenserna av den tolkning av artiklarna 85 och 86 som förstainstansrätten har gjort i den överklagade domen

57. i) Innan jag fortsätter min undersökning, anser jag att det är mycket viktigt att erinra om att artiklarna 85 och 86 i fördraget innehåller fullständiga rättsregler med full (vertikal och horisontell) direkt effekt. [41] Då det är fråga om fördragsbestämmelser har de vidare högre valör än de nationella reglerna. Eftersom de ovannämnda bestämmelserna är överordnade de nationella bestämmelserna i normhierarkin är det principiellt sett otänkbart att de nationella bestämmelserna skulle kunna hindra tillämpningen av de ifrågavarande bestämmelserna. Skyldigheten att rätta sig efter den norm som har högst valör, även om det finns en regel av lägre valör med motsatt innehåll, är dessutom gemensam för alla rättssystem. Logiskt sett måste denna skyldighet även omfatta gemenskapens rättssubjekt, även om denna skyldighet i slutändan skulle innebära att dessa är skyldiga att vägra att rätta sig efter nationell lag med motsatt innehåll. Skulle motsatsen gälla skulle inte endast det högre normvärdet ifrågasättas, utan även den direkta effekten av artiklarna 85 och 86 i fördraget äventyras.

58. Trots detta tillämpas dessa självklara och i de nationella rättssystemen välkända grundprinciperna ännu inte fullt ut i gemenskapsrätten och säkerställer inte alltid gemenskapsrättsordningens företräde framför de nationella rättsordningarna. Gemenskapsreglerna får inte alltid de rättsverkningar som de skulle ha med hänsyn till sin högre valör, i vart fall inte om man utgår från gällande rättspraxis.

59. ii) På detta ställe finns det skäl att peka på vilka konsekvenser som en ändring av nuvarande rättspraxis skulle medföra. Enligt min mening måste man skilja mellan de konsekvenser som ett godtagande av den tolkning av artiklarna 85 och 86 som har gjorts i den överklagade domen skulle ha, å ena sidan, på den rättsliga behandlingen av företagen och, å andra sidan, för medlemsstaternas ekonomiska lagstiftning.

60. aa) Företag vars agerande omfattas av förbuden i artiklarna 85 och 86 skulle få bära konsekvenserna av dessa artiklar utan att få åberopa att det föreligger tvingande nationell

41 — Det är tillräckligt att erinra om utvecklingen av domstolens praxis från domen av den 6 april 1962 i mål 13/61, Bosch (Rec. 1962, s. 89) via domen av den 30 januari 1974 i mål 127/73, BRT mot Sabam (Rec. 1974, s. 51) till domen av den 10 juli 1980 i mål 37/79, Marty (Rec. 1980, s. 2481).

lagstiftning av motsatt innehåll till försvar för sitt olagliga agerande. Omvänt sett vore de skyldiga att vägra att följa nationella föreskrifter som berör dem för att inte drabbas av de i artiklarna 85 och 86 föreskrivna sanktionerna.

61. Jag är i princip inte emot att rättspraxis utvecklas i denna riktning. Två viktiga problem skulle emellertid kunna uppkomma. För det första förefaller det alltför strängt att låta de berörda företagen drabbas av de negativa konsekvenserna av en överträdelse av gemenskapsrätten för vilken medlemsstaterna i själva verket bär ansvaret. För det andra kan man mot den ovannämnda tolkningen av artiklarna 85 och 86 invända att den tillgodoser skyddet av gemenskapens rättsordning på bekostnad av enskildas intressen, då denna tolkning innebär att de enskilda drabbas av följderna av konflikten med den nationella lagstiftningen och i viss mening blir "martyrer" i försvaret för gemenskapsrätten.

62. Enligt min mening är det möjligt att lösa dessa problem på ett tillfredsställande sätt.

63. För det första stämmer det att det kan förefalla överraskande att uppställa en allmän princip enligt vilken enskilda som följer nationella rättsregler av samma skäl kan betraktas som ansvariga enligt gemenskapsrätten. Men detta är ju trots allt en konsekvens av principen om gemenskapsrättens företräde framför nationell rätt. Det är vidare synnerligen viktigt att skilja mellan fastställelsen av att gemenskapsrätten har överträtts och tilldelandet av ansvaret till den som har överträtt denna rätt. Att ett företag följer en tvingande nationell föreskrift som strider mot artiklarna 85 och 86 gör inte företagets agerande mindre olagligt ur gemenskapsrättslig synvinkel, men det kan betraktas som en ansvarsbefriande eller förmildrande omständighet. [42] Enligt detta synsätt skall kommissionen först fastslå att den nationella bestämmelse genom vilken ifrågavarande företag har ålagts ett visst agerande inte är förenlig med gemenskapsrätten innan den konstaterar att de ifrågavarande företagen har överträtt artiklarna 85 och 86 och förbjuder det olagliga agerandet, men inte besluta om några böter eller endast besluta om ett mindre bötesbelopp. [43] Mot denna bakgrund

42 — Jag kan här hänvisa till det mer allmänna problemet som uppkommer i straff- och disciplinrätten i de nationella rättsordningarna, nämligen frågan om i vad mån en befallning från en överordnad eller okunskap om lagen gör en handling mindre laglig eller endast utesluter eller inskränker ansvaret för den.

43 — Om dessa företag till exempel visar att de har rättat sig efter de nationella föreskrifterna antingen därför att de hade goda skäl att tro att dessa föreskrifter var förenliga med motsvarande gemenskapsregler eller på grund av de stränga sanktioner som bristande efterlevnad av dessa föreskrifter skulle ha medfört. Strider den nationella lagstiftningen uppenbart mot gemenskapsrätten och är företaget medvetet om detta kan jag inte se några skäl till varför företaget skulle kunna gömma sig bakom den nationella åtgärden för att undgå sanktionerna enligt artikel 85.
Jag anser i vart fall att den ifrågavarande distinktionen är nödvändig. I motsatt fall skulle den orimliga situationen uppstå att ett företag som tvingats agera i strid med artiklarna 85 och 86 automatiskt skulle bli föremål för de sanktioner som föreskrivs i dessa bestämmelser. Beträffande denna fråga se generaladvokat F. Jacobs förslag till avgörande av den 27 februari 1997 i mål C-90/94, Haahr Petroleum Ltd mot Åbenra Havn m. fl., i de förenade målen C-114/85 och C-115/95, Texaco A/S mot Middelfart Havn m. fl. respektive Olieselskabet Danmark a. m. b. a mot Trafikministeriet m. fl. samt i mål C-242/95, GT-Link A/S mot De Danske Statsbaner DSB, domar av den 17 juli 1997, REG 1997, s. I-4085, 4263 respektive 4449.

anser jag inte att den föreslagna ändringen av tolkningen av artiklarna 85 och 86 är alltför sträng eller orättvis gentemot företagen.

64. Vad gäller argumentet att företagen skall agera i strid med nationell lagstiftning och ta de förväntade konsekvenserna av detta handlande, kan följande anmärkningar göras: Gemenskapens rättsordning innehåller redan rättsliga medel som är ägnade att skydda de rättigheter som denna rättsordning tillägger dem, när dessa rättigheter överträds eller begränsas av en nationell åtgärd. Beträffande denna fråga är som bekant domstolens bidrag genom sina förhandsavgöranden av väsentlig betydelse. Det är på denna punkt tillräckligt att erinra om domstolens avgörande i målet Factorame I [44] för att visa att gemenskapsrätten ger den enskilde ett tillräckligt rättsskydd, även inom ramen för de nationella rättssystemen, för det fall de rättigheter som den enskilde har tillagts genom gemenskapsrätten skulle kränkas genom en statlig åtgärd. I detta fall kan det företag som drabbas av påföljder på grund av att det inte har rättat sig efter nationell lagstiftning som strider mot gemenskapens konkurrensrätt väcka talan vid en nationell domstol, vilken inte endast är skyldig att avstå från att tillämpa denna lagstiftning utan även måste bereda ett tillräckligt provisoriskt rättsligt skydd. Ett godtagande av den ovannämnda invändningen skulle följaktligen indirekt innebära ett erkännande av att det rättsskydd som tillkommer den enskilde enligt gemenskapernas rättsordning är otillräckligt, vilket enligt min uppfattning inte längre är fallet.

65. Dessa överväganden leder mig till slutsatsen att den tolkning som förstainstansrätten har gjort i den överklagade domen, vilken indirekt innebär ett avsteg från den väg som slogs in på med domen i målet Suiken m. fl., är fullt försvarbar och står i bättre samklang med grundprincipen om gemenskapsrättens företräde.

66. bb) Såsom jag har påpekat ovan innebär denna ståndpunkt en ändring i rättspraxis även på en annan väsentlig punkt, nämligen möjligheten att åberopa artiklarna 85 och 86 jämförda med artikel 5 i fördraget för en granskning av om den nationella lagstiftningen är förenlig med dessa bestämmelser. Såsom anförts ovan [45] är det där kärnpunkten enligt min mening ligger vad gäller frågan om den överklagade domens riktighet och inte i klagandenas argument om den faktiska begränsningen av kommissionens utrymme att göra en skönsmässig bedömning av huruvida ett klagomål först skall behandlas enligt artikel 90 eller enligt artiklarna 85 och 86. Den konkreta begränsningen av kommissionens befogenhet att göra en skönsmässig bedömning är endast en aspekt — och kanske inte den viktigaste — av de rättsliga

44 — Dom av den 19 juni 1990 i mål C-213/89, Factortame m. fl. (Rec. 1990, s. I-2433).

45 — Se punkt 56 f.

konsekvenserna av förstainstansrättens resonemang i punkt 49 i den överklagade domen.

67. För det fall förstainstansrättens tolkning av artiklarna 85 och 86 godtas, skulle man nämligen vara tvungen att granska om de nationella åtgärderna är förenliga med gemenskapernas rättsordning varje gång de granskade företagens agerande strider mot gemenskapens konkurrensregler, men detta agerande är föreskrivet i tvingande nationell rätt som utgör ramen för utövandet av en viss ekonomisk verksamhet. [46] Således fastställs i dessa fall en skyldighet att granska nationella regler ur gemenskapsrättslig synvinkel, även om det endast är fråga om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget. Denna skyldighet åvilar huvudsakligen kommissionen i dess egenskap av övervakare av efterlevnaden av fördraget och i synnerhet när det gäller övervakningen av att de personer som omfattas av gemenskapsrätten rättar sig efter bestämmelserna i artiklarna 85 och 86.

68. Enligt domstolens fasta praxis kan en nationell lagstiftning som, med undantag för statligt stöd, begränsar konkurrensen, för det första, omfattas av tillämpningsområdet för artikel 90 (beträffande statliga företag eller företag som beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter), för det andra, omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86 jämförda med artikel 5 (när lagstiftningen upphäver dessa bestämmelsers ändamålsenliga verkan [47]) och, för det tredje, undantas från tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler i artiklarna 85 till 94 i fördraget. Denna klassificering kan inte upprätthållas om man ansluter sig till den ståndpunkt som förstainstansrätten har intagit i den överklagade domen. Nationella regler som upphäver eller begränsar konkurrensen kan under vissa förutsättningar granskas i sin helhet med avseende på fastställelse av om de är förenliga med artiklarna 85 och 86. En sådan granskning är en förutsättning för att de behöriga gemenskapsinstitutionerna skall kunna fatta beslut vad gäller agerandet hos de företag som har följt dessa regler.

69. Den ovannämnda tolkningen av artiklarna 85 och 86 gör det nödvändigt att skilja mellan sådana nationella föreskrifter som även omfattas av artikel 90 och sådana som inte berörs av denna artikel. I det första fallet har kommissionen teoretiskt sett tre möjligheter. Den kan, för det första, verkställa granskningen av ett klagomål som ingivits med åberopande av artikel 90 vad gäller frågan om den ifrågavarande nationella lagstiftningens förenlighet med gemenskapsreglerna (det är det fallet som ligger närmast de faktiska omständigheterna i det förevarande målet). Kommissionen kan, för det andra, inleda ett förfarande enligt artikel 169 och följande artiklar eller på eget initiativ granska den nationella lagstiftningen enligt artikel 90

46 — Naturligtvis under förutsättning att kommissionen vid granskningen konstaterar att företagens agerande omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86.

47 — Se den ovan, fotnot 15, nämnda domen i målet Meng.

genom att inleda det relevanta förfarandet. [48] Kommissionen kan, för det tredje, som ett led i granskningen undersöka den nationella lagstiftningen enligt artiklarna 5, 85 och 86.

70. Faller den nationella åtgärden inte under någon av de åtgärder som regleras av artikel 90 kan kommissionen teoretiskt sett antingen försöka få fastställt att åtgärden är olaglig ur den nationella rättens synvinkel enligt förfarandet i artikel 169 och följande artiklar eller som ett led i granskningen undersöka den nationella lagstiftningen enligt artiklarna 5, 85 och 86.

71. Metoden med undersökning som ett led i granskningen har den fördelen att den är enklare, men den ger också upphov till de största svårigheterna med avseende på gemenskapens institutionsrätt. Frågan är om denna möjlighet är förenlig med fördragets uppbyggnad. Enligt rättspraxis skall kommissionen, när den konstaterar att en nationell lagstiftning inte är förenlig med gemenskapernas rättsordning, ingripa mot den medlemsstat som har antagit ifrågavarande lagstiftning. För det fall att medlemsstaten inte vill böja sig för kommissionens uppfattning, kan kommissionen använda sig av det allmänna förfarandet enligt artikel 169 och följande artiklar för att domstolsvägen lösa konflikten. Men innan domstolen slutgiltigt har tagit ställning föreligger det inte någon fastställd överträdelse från medlemsstatens sida — och därför heller ingen rättsstridig nationell åtgärd — eftersom fördraget inte ger kommissionen befogenhet att uttala sig i denna fråga på annat sätt än genom rättsakter av rent rådgivande karaktär. [49] Undantagsvis, särskilt i sådana fall där artikel 90 kan komma att tillämpas, kan kommissionen välja mellan det ovannämnda allmänna förfarandet enligt artikel 169 och följande artiklar och det särskilda förfarandet enligt artikel 90.3. Enligt den sistnämnda bestämmelsen avgör kommissionen själv om de statliga åtgärderna är förenliga med gemenskapsrätten. [50] Men under alla omständigheter skulle det strida mot den hittills gällande uppfattningen om den primära gemenskapsrätten, om kommissionen skulle kunna ifrågasätta nationella åtgärder utan att direkt ta ställning, det vill säga utan att "när det är nödvändigt, utfärda lämpliga direktiv eller beslut

48 — Av domstolens praxis beträffande tillämpningen av artikel 90 på nationell lagstiftning, å ena sidan, och artikel 5 jämförd med artiklarna 85 och 86, å andra sidan, framgår att dessa rättsgrunder i princip inte kan åberopas kumulativt. Närmare bestämt utgör det grundläggande kriteriet för att undantagsvis anse att en nationell lagstiftning skall omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86 att det fastslås att den ifrågavarande lagstiftningen har förlorat sin "statliga" karaktär just därför att den antingen föreskriver, underlättar eller främjar ett agerande hos den enskilde som hindrar konkurrensen eller delegerar ut ansvaret för att fatta beslut om ekonomisk intervention till enskilda näringsidkare (se till exempel den ovan, fotnot 15, nämnda domen i mål C-2/91, Meng). För tillämpningen av artikel 90 krävs däremot att konkurrensbegränsningen är en följd av en rent statlig åtgärd (se till exempel domstolens dom av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Republiken Frankrike mot kommissionen, Rec. 1991, s. I-1223, genom vilken ett beslut av kommissionen ogiltigförklarades till den del som det ålade medlemsstaterna att vidta åtgärder för att bringa leasingavtal avseende terminalutrustning mellan offentliga telekommunikationsföretag och användarna att upphöra; dessa avtal omfattades inte av artikel 90, eftersom medlemsstaterna inte hade påbjudit dem).
När den nationella lagstiftningen är tillämplig på såväl företag som omfattas av artikel 90 som bolag som inte tillhör denna kategori, skall lagstiftningens förenlighet med gemenskapsrätten naturligtvis granskas mot bakgrund av dels artikel 90, dels artiklarna 5, 85 och 86 (se den ovan, fotnot 10, nämnda domen i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro). En närmare analys av den franska lagstiftningen om vad avseende hästtävlingar visar säkerligen att den nämnda lagstiftningen faller under båda dessa grupper av bestämmelser.

49 — Se domstolens dom av den 27 maj 1981 i mål 142/80 och 143/80, Essevi och Salengo (Rec. 1981, s. 1413).

50 — Det skall påpekas att när fråga uppstår huruvida nationella åtgärder som ger företag särskilda eller exklusiva rättigheter är förenliga med gemenskapsrätten så är artikel 90 den lex specialis som skall tillämpas i första hand (vad gäller den särskilda karaktären av artikel 90, se generaladvokat Reischls förslag till avgörande i de förenade målen 188/80— 190/80, Frankrike, Italien och Förenade kungariket mot kommissionen, där dom meddelades den 6 juli 1982 (Rec. 1982, s. 2545).

vad avser medlemsstaterna" i den mening som avses i artikel 90 [51] och utan att framställa anmärkningar och avge ett motiverat yttrande i enlighet med förfarandet i artikel 169. [52] [53]Trots allt anser jag att lösningen med granskning som ett led i undersökningen är den som har de bästa utsikterna för framtiden.

72. Om man utesluter lösningen med granskning som ett led i undersökningen av den nationella lagstiftningen enligt artiklarna 85 och 86, kommer tillämpningen av dessa artiklar, enligt den tolkning som förstainstansrätten har gjort, i vissa fall att bli beroende av om kommissionen är beredd att inleda förfarandena enligt artiklarna 90 och 169 och följande artiklar. Domstolen har hittills tillerkänt kommissionen ett brett utrymme att skönsmässigt bedöma huruvida den skall inleda och genomföra dessa förfaranden och allmänt sett bedöma de åtgärder som kan leda till en konfrontation med en medlemsstat. [54] Artiklarna 85 och 86 utgör med andra ord inte något stöd för en direkt eller indirekt förpliktelse för kommissionen att ingripa mot en nationell lagstiftning enligt artiklarna 90 och 169 och följande artiklar.

73. Därmed återstår det särskilda fallet att ett klagomål har ingivits med åberopande av artikel 90 och att kommissionen har påbörjat sin granskning av detta. Det är för övrigt den situationen som föreligger i det nu aktuella målet. Inledningsvis vill jag framhålla att det skulle strida mot den logiska systematiken som bör prägla gemenskapens rättsordning såsom rättssystem om man låter lösningen av en så viktig kategori av tvister bero på den tillfälliga omständigheten att ett klagomål enligt artikel 90 är under granskning eller ej. Dessutom försvinner det ovannämnda institutionella problemet inte helt och hållet. Kommissionens befogenhet att i vissa fall

51 — Det bör erinras om att förfarandet enligt artiklarna 85 och 86 jämförda med artikel 5 i fördraget inte kan leda till att kommissionen fattar beslut som riktas till medlemsstaterna och inte till företagen. Se domstolens beslut av den 30 september 1987 i mål 229/86, Brother Industries (Rec. 1987, s. 3757) och särskilt dom av den 13 december 1990 i mål T-113/89, Nefarma mot kommissionen (Rec. 1990, s. II-797).

52 — Det är för övrigt frågan om inte ett sådant tillvägagångssätt även skulle kränka medlemsstatens rätt till försvar. Då förfarandet enligt förordning nr 17 riktar sig mot företagen kommer medlemsstaten inte att vara närvarande när frågan uppkommer huruvida ifrågavarande nationella bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten. Visserligen kan medlemsstaten ges tillfälle att inkomma med synpunkter, även om det inte finns någon skriftlig bestämmelse därom (jämför domstolens ståndpunkt i dom av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen, Rec. 1990, s. I-307, och dom av den 12 februari 1990 i de förenade målen C-48/90 och C-66/90, Nederländerna m. fl. mot kommissionen, Rec. 1992, s. I-565). Medlemsstaten kan även väckta talan enligt artikel 173 mot ett beslut som kommissionen har fattat efter avslutandet av förfarandet enligt förordning nr 17.

53 — Såsom kommissionen påpekade i målet Meng skulle en sådan möjlighet kunna vara till skada för enhetligheten i gemenskapsrätten. Kommissionen skulle nämligen kunna säkerställa respekten för gemenskapens konkurrensregler med hjälp av ytterligare ett rättsligt vapen utöver de vapen som kommissionen normalt använder sig av för att framtvinga upphävande av nationella åtgärder som strider mot tillämpningen av gemenskapsregler med annat innehåll. Det sistnämnda argumentet kan visserligen tillbakavisas med hänvisning till den särskilda karaktären på reglerna i artiklarna 85 och 86, men även med hänsyn till det ekonomiska syfte som gemenskaperna har eller som dessa åtminstone ursprungligen hade. Den omständigheten att kommissionens befogenheter endast skulle utvidgas med avseende på en av målsättningarna med gemenskapernas rättsordning utgör inte något skäl till att avvisa denna lösning. I praktiken har det visat sig att den europeiska integrationen inte kan fortskrida i samma tempo på alla områden.

54 — Beträffande förfarandet enligt artikel 169, se dom av den 1 mars 1966 i mål 48/65, Lütticke mot kommissionen, Rec. 1966, s. 27. Vad gäller förfarandet enligt artikel 90, se den ovan i fotnot 7 nämnda domen i mål T-32/93, Ladbroke mot kommissionen. Det kan dock inte uteslutas att rättspraxis kan utveckla sig i riktning mot en mer restriktiv syn på kommissionens befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar. Generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande av den 11 juli 1996 i mål C-107/95 P, Bundesverband der Bilanzbuchhalter mot kommissionen, pekar i denna riktning och även om domstolen inte följde förslaget i sin dom av den 20 februari 1997 (REG 1997, s. I-947) visar det att rättsläget fortfarande inte kan anses som helt klart.

företa skönsmässiga bedömningar som kan leda till konflikter i förhållande till medlemsstaterna ifrågasätts, i vart fall indirekt. Kommissionen har inte längre absolut frihet att välja i vilken ordning den skall granska två klagomål, varav det ena grundas på artikel 90 och det andra på artiklarna 85 och 86 i fördraget.

74. Såsom redan har påpekats [55] utgör denna begränsning inte kärnan i problemet, utan är endast ett av dess uttryck. Rättsfrågan som den överklagade domen, särskilt punkt 49 i denna, väcker måste lyftas bort från de särskilda omständigheterna i det förevarande målet och från "pseudodilemmat", det vill säga valet mellan förfarandet enligt artikel 90 och förfarandet enligt artiklarna 85 och 86. Den fråga som domstolen skall besvara på detta stadium är densamma som ställdes redan i början av detta avsnitt: Överensstämmer tolkningen av artiklarna 85 och 86 som återfinns i punkt 49 i den överklagade domen och enligt vilken det under vissa omständigheter är nödvändigt att bedöma om den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapens konkurrensregler innan ett slutgiltigt svar ges på frågan om vissa företag har överträtt bestämmelserna i artiklarna 85 och 86, med gemenskapsrättens bokstav och anda eller ej?

75. iii) Den ovanstående analysen leder till slutsatsen att denna tolkning — utan att direkt strida mot bestämmelserna i fördraget — är oförenlig med den nu rådande tolkningen av en rad grundläggande principer och regler i gemenskapsrätten och skulle innebära ett övergivande av vissa av de viktigaste lösningarna i domstolens praxis. Trots den möda som har lagts ner på att beskriva de eventuella förändringar i gemenskapens rättsordning som förstainstansrättens ståndpunkt — såsom denna har utvecklats i punkt 49 i den överklagade domen — skulle innebära, är det klart att dessa förändringar inte alltid är förutsebara eller önskvärda. Under alla omständigheter anser jag dock att denna tolkning av artiklarna 85 och 86 är den som ger det bästa domstolsskyddet av de rättigheter som dessa artiklar tillägger enskilda, särskilt företag, som får bära konsekvenserna av sammanslutningar och missbruk av dominerande ställning bland konkurrenterna. Som jämförelse kan det vara relevant att hänvisa till ett uttalande i domen i målet Brasserie du pêcheur [56] beträffande frågan om skyddet av de rättigheter som gemenskapsrätten tillerkänner enskilda som har vållats skada genom överträdelser av medlemsstaterna:

"Dessutom skulle det strida mot principen om gemenskapsrättens effektivitet om skadestånd gjordes beroende av ett krav på att domstolen tidigare hade fastställt en sådan överträdelse av gemenskapsrätten som kan tillskrivas en medlemsstat, eftersom det skulle utesluta all rätt till skadestånd så länge som det antagna fördragsbrottet inte har varit föremål för en talan som har väckts av

55 — Se punkterna 48 och 66 ovan.

56 — Domstolens dom av den 5 mars 1996 i de förenade målen C-46/93 och C-48/93, Brasserie du pêcheur och Factortame (REG 1996, s. I-1029) om en medlemsstats ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av gemenskapsrätten som kan tillskrivas denna medlemsstat.

kommissionen enligt artikel 169 i fördraget och för en fällande dom av domstolen. Enskildas rättigheter som följer av gemenskapsrättsliga bestämmelser som har direkt effekt i medlemsstaternas nationella rättsordningar kan emellertid inte vara avhängiga vare sig av kommissionens bedömning av lämpligheten av att agera enligt artikel 169 i fördraget mot en medlemsstat eller av att domstolen har avkunnat en dom avseende ett eventuellt fördragsbrott."

76. Med denna utgångspunkt står den uppfattning som förstainstansrätten har formulerat i punkt 49 i den överklagade domen helt i samklang med principen om gemenskapsrättens ändamålsenliga verkan, men den ger inte desto mindre upphov till vissa frågor beträffande de följder detta medför för kommissionen med avseende på den kontroll av om nationella åtgärder är förenliga med gemenskapsrätten som kommissionen skall utföra enligt fördraget.

2) *Situationen om tolkningen i punkt 49 i den överklagade domen förkastas*

77. För att kunna ge ett fullständigt svar, anser jag det vara ändamålsenligt att undersöka den överklagade domen ännu en gång, men nu med utgångspunkt från antagandet att den ovan beskrivna tolkningen av artiklarna 85 och 86 inte godtas. Enligt min mening är domslutet riktigt, även om det bör grundas på andra och mindre ambitiösa argument, som inte omfattar den allmänna tolkningsprincipen i punkt 49 i domen eller hänvisningarna till det vid kommissionen anhängiga förfarandet enligt artikel 90.

78. Utgångspunkten för lösningen av tvisten är naturligtvis fortfarande en undersökning av innehållet i kommissionens ursprungliga beslut om att slutgiltigt ogilla Ladbrokes klagomål avseende det franska PMU:s och en grupp tävlingsbolags överträdelser av artiklarna 85 och 86 i fördraget. Såsom har nämnts ovan bygger motiveringen för det ifrågavarande beslutet åtminstone delvis, och i vart fall beträffande Ladbrokes anmärkning rörande de olagliga överenskommelserna mellan de tio viktigaste tävlingsbolagen i Frankrike och mellan dessa bolag och PMU, på hänvisningar till de lagar och andra författningar som gäller för marknaden för vad avseende hästtävlingar i Frankrike. Kommissionen har med hänvisning till de följder som den nationella franska lagstiftningen har för marknaden för vadhållning dragit slutsatsen att gemenskapen inte har något intresse av en fastställelse av en eventuell överträdelse från tävlingsbolagens sida, då den fria konkurrensen i alla händelser inte hindras till följd av dessa företags agerande utan på grund av de gällande nationella reglerna.

79. Jag vill här peka på att denna franska lagstiftning teoretiskt sett kan falla under

gemenskapens konkurrensrätt i två hänseenden. För det första omfattas den av artikel 90 i fördraget, eftersom den rör företag som tillerkänns särskilda eller exklusiva rättigheter. För det andra, i den del som den gäller för andra företag än dem som behandlas i artikel 90, omfattas den av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86, om den hindrar den praktiska effekten av dessa bestämmelser, såsom uttalades i den ovannämnda [57] domen i målet Meng.

80. Under alla omständigheter framgår det av kommissionens ifrågasatta beslut att det är oundgängligen nödvändigt att göra en bedömning av den nationella lagstiftningen för att kunna förstå det konkurrensproblem som ställs i klagomålet. För det fall det slutligen konstateras att de statliga reglerna helt upphäver den ändamålsenliga verkan av artiklarna 85 och 86, så att de statliga reglerna i överensstämmelse med domen i målet Meng [58] omfattas av tillämpningsområdet för dessa artiklar, skulle det eventuellt även bli nödvändigt att undersöka om detta konstaterande har någon betydelse för behandlingen av företag som har följt den omtvistade franska lagstiftningen enligt artiklarna 85 och 86. Kommissionen har uttryckligen pekat på nödvändigheten av detta i sitt yttrande över den första grunden som den franska regeringen har åberopat till stöd för sitt överklagande. [59]

81. Såsom förstainstansrätten med rätta har påpekat bygger kommissionens beslut på denna punkt på en felaktig analys. Kommissionen hänvisar endast till den nationella lagstiftarens roll på marknaden för vadhållning avseende hästtävlingar utan att ge en tillräcklig förklaring till vilket samband som finns mellan denna lagstiftning och de ifrågavarande företagens agerande. Till detta kommer att kommissionen inte undersöker den nationella lagstiftningen mot bakgrund av artiklarna 85 och 86 jämförda med artikel 5 i fördraget och inte klart uttalar om denna lagstiftning tillhör den kategori föreskrifter som helt upphäver den ändamålsenliga verkan av dessa bestämmelser eller ej. [60] Det är inkonsekvent av kommissionen att hänvisa till de särskilda svårigheter som var förenade med bedömningen av denna lagstiftning som förklaring till varför den under så många år inte kunde ta ställning till om dessa statliga föreskrifter var förenliga med gemenskapens konkurrensrätt på grundval av artikel 90 och samtidigt, såsom den har gjort i mycket korta ordalag i det omtvistade beslutet, påstå att den kunde göra en tillräcklig bedömning av samma lagstiftning mot bakgrund av artiklarna 85 och 86. [61] Följaktligen är kommissionens motivering till att slutgiltigt avslå Ladbrokes klagomål otillräcklig såvitt gäller

57 — Se ovan fotnot 15.

58 — Se ovan fotnot 15.

59 — Se ovan punkt 21.

60 — I sin analys av den franska lagstiftningen (punkt 6 i det omtvistade beslutet) begränsar sig kommissionen till att uttala att 1974 års förordning inte kan anses utgöra en legitimering av lagstiftaren av redan existerande avtal eller samordnade förfaranden från tävlingsbolagens sida, eftersom dessa avtal och samordnade förfaranden redan föreskrevs i den franska förordningen av år 1930.

61 — Det ankommer för övrigt inte på domstolen eller förstainstansrätten att komplettera eller ersätta motiveringen till det omtvistade beslutet. Det spelar därför ingen roll att kommissionens företrädare under det skriftliga och muntliga förfarandet har gjort gällande att den omtvistade franska lagstiftningen inte faller under den kategori bestämmelser som helt och hållet upphäver den ändamålsenliga verkan av artiklarna 85 och 86. Detta konstaterande borde ha framgått klart och i motiverad form av det överklagade beslutet genom en särskild analys av de nationella reglerna mot bakgrund av artiklarna 85 och 86. Med andra ord behandlas rättsfrågan inte med den nödvändiga omsorgen, trots att kommissionen uttryckligen har påtalat den betydelse som tillkommer denna fråga och de svårigheter som är förbundna med densamma, när den skall behandla samma lagstiftning mot bakgrund av artikel 90.

de påstådda överträdelserna av artiklarna 85 och 86, och det var riktigt att ogiltigförklara rättsakten. Såsom förstainstansrätten uttryckligen har påpekat har kommissionen inte uppfyllt sin skyldighet att noggrant granska de faktiska och rättsliga omständigheterna som sökanden har gjort den uppmärksam på [62] så att kommissionens slutgiltiga beslut inte uppfyllde det villkor på tillförlitlighet och uttömmande behandling som uppställs i rättspraxis. [63]

82. Inte heller står den lösning, med utgångspunkt i detta resonemang, som den överklagade domen innehåller helt och hållet i samklang med rättspraxis eller i vart fall inte med den brukliga tolkningen av rättspraxis. Dels ger denna lösning indirekt upphov till tvekan beträffande den tolkningsregel som fastslogs i domen i målet Suiker Unie m. fl. mot kommissionen och enligt vilken företagen inte har gjort sig skyldiga till överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget, om deras agerande helt och hållet är en följd av tvingande nationella föreskrifter. [64] Dels — och detta är enligt min mening det viktigaste — är kommissionen vid den granskning av företagens agerande som den utför enligt artiklarna 85 och 86 bunden av de i rättspraxis fastslagna kriterierna för när de nationella reglerna helt upphäver den ändamålsenliga verkan av artiklarna 85 och 86 och följaktligen omfattas av tillämpningsområdet för dessa artiklar. [65]

83. Min slutliga bedömning är alltså att denna lösning är den bästa, eftersom den innebär att artiklarna 85 och 86 får bindande verkan [66] och att den även svarar mot den grundläggande principen om gemenskapsrättens effektivitet. Även om motiveringen, såsom nämnts ovan, måste ändras och kompletteras, måste det konstateras att förstainstansrätten i sin dom har nått fram till den rätta lösningen. Överklagandena skall därför ogillas.

62 — Se den ovan i fotnot 16 nämnda domen i mål T-24/90, Automec mot kommissionen, och förstainstansrättens dom av den 24 januari 1995 i mål T-114/92, BEMIM mot kommissionen (REG 1995, s. I-147), punkt 47— 57.

63 — Se punkt 50 i den överklagade domen, som innehåller ytterligare hänvisningar till rättspraxis.

64 — Vad skulle för övrigt nyttan med att undersöka förenligheten av den franska lagstiftningen för vad avsecnde hästtävlingar med gemenskapsrätten vara, om det endast var tillräckligt att konstatera att det i denna lagstiftning föreskrivs att företagen är skyldiga att agera på ett visst sätt för att de skall undantas från tillämpningen av artikel 85 och 86 i fördraget?

65 — Det skall påpekas att dessa kriterier, som står uppräknade i den ovannämnda domen i målet Meng, har formulerats av domstolen i samband med förhandsavgöranden. Det är alltså fråga om fall där granskningen av den nationella lagstiftningen på grundval av artiklarna 85 och 86 gjordes av en nationell domstol och inte av kommissionen. När kommissionen granskar företags agerande i förhållande till dessa artiklar koncentreras granskningen på detta agerande. Och när domstolen skall granska kommissionens beslut enligt förordning nr 17 begränsar den sig till sådana förhållanden som har samband med företagens agerande och tar endast hänsyn till den nationella lagstiftningen för att fastställa om denna föreskriver ifrågavarande agerande och inte för att bedöma om den är förenlig med gemenskapsrätten.
Enligt detta resonemang skall kommissionen som ett led i sin granskning av företagens agerande ta ställning till om den ifrågavarande franska lagstiftningen helt upphäver den ändamålsenliga verkan av artiklarna 85 och 86. Kommissionen skall med andra ord som ett led i sin granskning undersöka om den nationella lagstiftningen är förenlig med gemenskapsrätten. Följaktligen gäller det som jag har anfört i punkt 71 f. i detta förslag till avgörande även för denna situation. Den enda skillnaden är att denna granskning inte omfattar samtliga nationella föreskrifter som i förekommande fall begränsar konkurrensen (såsom underförstås i den allmänna formuleringen av punkt 49 i den överklagade domen), utan endast nationella föreskrifter som upphäver den ändamålsenliga verkan av artiklarna 85 och 86, såsom domstolen har uttalat i de ovannämnda domarna i målen GB-INNO-BM och Meng. Denna tolkning förstärker och utvidgar därför — enligt min mening med rätta — endast tillämpningen av denna rättspraxis.

66 — Tendensen går numera i riktning mot en strängare tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på bekostnad av de nationella lagstiftningarna (se dom av den 11 juli 1996 i de förenade målen T-528/93, T-542/93, T-543/93 och T-546/93, Metropole télévision m. fl. mot kommissionen (REG 1996, s. II-649) som rör förutsättningarna för att en verksamhet kan undantas från tillämpning av artikel 85 på grund av den omständigheten att det är fråga om en "särskild uppgift av allmänintresse"). Vidare föreligger det, såsom nämnts ovan (fotnot 54), ett allvarligt problem vad gäller nödvändigheten av att begränsa kommissionens utrymme för skönsmässiga bedömningar i förhållande till den befogenhet som har tillagts kommissionen genom gemenskapens konkurrensrätt, även när utövandet av denna befogenhet kan medföra en konflikt med en medlemsstat.

V — Förslag till avgörande

84. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besluta följande:

1. Kommissionens och Republiken Frankrikes överklagaden ogillas.

2. Klagandena förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.