

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 26 mei 1998 *

1. Union française de l'express (Ufex, voorheen Syndicat français de l'express international, „SFEI”), DHL International en CRIE hebben deze hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 januari 1997 in zaak T-77/95. ¹

De feiten

3. Het Gerecht geeft in zijn arrest de feiten die tot het geding hebben geleid, als volgt weer:

2. Bij dat arrest heeft het Gerecht het beroep tot nietigverklaring verworpen, dat was gericht tegen de beschikking van 30 december 1994, waarbij de Commissie zelf afwijzend had beschikt op de op 21 december 1990 ingediende klacht van enkele ondernemingen die haar hadden verzocht een onderzoek in te stellen naar de handelwijze van de Franse postdiensten (hierna: „La Poste”), en wel met name naar de verrichtingen van een der dochterondernemingen van de postdienst in de sector internationale snelpost. In feite ging het erom, te doen uitmaken, of die handelwijze in strijd was met de verdragsartikelen inzake de vrije mededinging.

Op 21 december 1990 diende het Syndicat français de l'express international (hierna: „SFEI”), waarvan de drie andere verzoekende partijen lid zijn, bij de Commissie een klacht in teneinde te doen vaststellen, dat de Franse overheid de artikelen 92 en volgende EEG-Verdrag (thans EG-Verdrag; hierna: „Verdrag”) had geschonden.

Op 18 maart 1991 vond te Brussel een informele bijeenkomst plaats tussen de vertegenwoordigers van SFEI en die van de Commissie. Op zijn laatst op die datum werd de vraag opgeworpen van een eventuele schending van artikel 86 door La Poste, in haar hoedanigheid van onderneming, en van artikel 90 en de artikelen 3, sub g, 5 en 86 van het Verdrag door de Franse overheid.

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

¹ — Arrest SFEI e. a./Commissie (Jurispr. blz. II-1).

De gedachtewisseling, zoals door verzoekers in herinnering gebracht zonder te worden weersproken door de Commissie, kan worden samengevat als volgt.

Uit hoofde van artikel 86 protesteerden verzoekers tegen de logistieke en commerciële steun die La Poste zou hebben verstrekt aan haar dochtermaatschappij, de Société française de messageries internationales (hierna: „SFMI”; sinds 1992 GDEW France), die werkzaam is in de sector van de internationale snelpost.

Met betrekking tot de logistieke steun maakten zij bezwaar tegen de terbeschikkingstelling van de infrastructuur van La Poste voor de inzameling, de sortering, het vervoer, de distributie en de bezorging bij de klant van post, het bestaan van een bevoorrechte inklaringsprocedure die normaliter was voorbehouden aan La Poste, en de toekenning van gunstige financiële voorwaarden. Met betrekking tot de commerciële steun maakten verzoekers gewag van, in de eerste plaats, de overdracht van bedrijfsbestanddelen als cliënteel en de inbreng van goodwill, en, in de tweede plaats, de promotie en de reclame die La Poste ten gunste van SFMI maakte.

Het misbruik zou erin hebben bestaan, dat La Poste haar dochtermaatschappij SFMI tegen ongewoon gunstige voorwaarden gebruik liet maken van haar infrastructuur, teneinde de machtspositie die zij op de markt van de gewone postdienst bezat, uit te breiden tot de markt voor de internationale snelpostdienst. Dit misbruik zou tot uiting zijn

gekomen in de kruissubsidiëring ten gunste van SFMI.

Aangaande de artikelen 90, 3, sub g, 5 en 86 van het Verdrag stelden verzoekers, dat de onrechtmatige handelingen van La Poste met betrekking tot de steun aan haar dochtermaatschappij hun oorsprong vonden in een reeks voorschriften en richtsnoeren van de Franse overheid.

Op 10 maart 1992 zond de Commissie de raadsman van SFEI een brief waarin de op artikel 86 van het Verdrag gebaseerde klacht werd afgewezen.

Op 16 mei 1992 stelden SFEI, DHL International, Service CRIE en May Courier beroep tot nietigverklaring van deze beschikking in, welk beroep door het Gerecht niet-ontvankelijk werd verklaard (beschikking van 30 november 1992, SFEI e. a./Commissie, T-36/92, Jurispr. blz. II-2479). In hogere voorziening werd deze beschikking door het Hof vernietigd en werd de zaak terugverwezen naar het Gerecht (arrest van 16 juni 1994, SFEI e. a./Commissie, C-39/93 P, Jurispr. blz. I-2681).

Bij brief van 4 augustus 1994 trok de Commissie de beschikking die het voorwerp van de procedure in zaak T-36/92 vormde, in. Het Gerecht stelde daarop vast, dat het geding

zonder voorwerp was geraakt (beschikking van 3 oktober 1994, SFEI e. a/Commissie, T-36/92, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

De litigieuze beschikking

Op 29 augustus 1994 maande SFEI de Commissie aan tot handelen, overeenkomstig artikel 175 van het Verdrag.

Op 28 oktober 1994 zond de Commissie SFEI een brief uit hoofde van artikel 6 van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268; hierna: „verordening nr. 99/63”), waarin zij haar op de hoogte stelde van haar voornemen de klacht af te wijzen.

Bij brief van 28 november 1994 zond SFEI de Commissie haar opmerkingen en maande zij deze aan, een eindbeschikking jegens haar te geven.

Op 30 december 1994 gaf de Commissie de beschikking die het voorwerp van het onderhavige beroep vormt (hierna: „beschikking”). Deze beschikking werd SFEI op 4 januari 1995 betekend.

4. Afgezien van de paragraafnummering luidt de in eerste instantie bestreden beschikking als volgt:

„De Commissie verwijst naar uw bij mijn diensten ingediende klacht van 21 december 1990, waarbij een kopie was gevoegd van een afzonderlijke klacht die op 20 december 1990 bij de Franse Conseil de la concurrence is ingediend. De twee klachten betroffen de internationale expresdiensten van de Franse postereien.

Op 28 oktober 1994 zond de Commissie u een brief op basis van artikel 6 van verordening nr. 99/63, waarin werd gesteld, dat de Commissie op grond van de tijdens het vooronderzoek van de zaak verzamelde gegevens geen gunstig gevolg kon geven aan uw klacht betreffende de aspecten verband houdend met artikel 86 van het Verdrag, en waarin u werd uitgenodigd uw opmerkingen hierover te maken.

In uw opmerkingen van 28 november jongstleden handhaafde u uw standpunt ten aanzien van het misbruik van machtspositie van La Poste en SFMI.

In het licht van deze opmerkingen stelt de Commissie u daarom bij deze brief op de hoogte van haar eindbeschikking naar aanleiding van uw klacht van 21 december 1990 aangaande de inleiding van een procedure uit hoofde van artikel 86.

Om de in haar brief van 28 oktober jongstleden uiteengezette redenen is de Commissie van mening, dat voor de inwilliging van uw verzoek in casu onvoldoende is aangetoond, dat de vermeende inbreuken zouden voortduren. Uw opmerkingen van 28 november jongstleden bevatten in dit opzicht geen enkel nieuw gegeven op grond waarvan de Commissie deze conclusie, die door de hieronder uiteengezette redenen wordt gestaafd, kan wijzigen.

In de eerste plaats worden in het Groenboek over postdiensten op de interne markt alsmede in de richtsnoeren voor de ontwikkeling van de communautaire postdiensten [COM (93)247 def. van 2 juni 1993] onder meer de belangrijkste problemen aangesneden die in de klacht van SFEI aan de orde worden gesteld. Ofschoon deze documenten enkel voorstellen de lege ferenda bevatten, moeten zij niettemin in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de vraag, of de Commissie haar beperkte middelen op de juiste wijze gebruikt en, in het bijzonder, of haar diensten zich inspannen om een rechtskader betreffende de toekomst van de markt voor postdiensten te ontwikkelen in plaats van op eigen initiatief een onderzoek in te stellen naar vermeende inbreuken waarvan zij op de hoogte is gesteld.

In de tweede plaats was een onderzoek dat krachtens verordening nr. 4064/89 was ingesteld bij een door TNT, La Poste en vier andere postdiensten opgerichte gemeenschappelijke onderneming (GD Net), voor de Commissie aanleiding om haar beschikking van 2 december 1991 in zaak nr. IV/M.102 te publiceren. In haar beschikking van 2 december 1991 besloot de Commissie, zich niet te verzetten tegen de aangemelde concentratie en deze verenigbaar met de gemeenschappelijke markt te verklaren. De Commissie wees er in het bijzonder op, dat wat de gemeenschappelijke onderneming betrof, 'de voorgestelde overeenkomst geen machtspositie creëert of versterkt die de mededinging op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan aanmerkelijk zou kunnen belemmeren'.

Een aantal essentiële punten van de beschikking hadden betrekking op de invloed die de activiteiten van de voormalige SFMI op de mededinging konden hebben: de exclusieve toegang van SFMI tot de voorzieningen van La Poste werd teruggebracht tot haar werkgebied en moest worden beëindigd twee jaar na de totstandkoming van de fusie, opdat zij op afstand werd gehouden van iedere activiteit van uitbesteding van La Poste. Elke toegangsfaciliteit die door La Poste rechtmatig aan SFMI werd verleend, diende op gelijke wijze te worden aangeboden aan elke expresdienst waarmee La Poste een contract zou ondertekenen.

Dit eindresultaat sluit volledig aan bij de door u op 21 december 1990 voorgestelde oplossingen voor de toekomst. U had verzocht om SFMI te verplichten, voor de diensten van de PTT hetzelfde tarief te betalen als wanneer zij die bij een particuliere onderneming koopt, ingeval SFMI ervoor zou kiezen om gebruik te blijven maken van deze diensten; om 'alle steun en discriminatie te beëindigen' en om

„SFMI haar prijzen te laten aanpassen aan de hand van de reële waarde van de door La Poste aangeboden diensten”.

Het is daarom duidelijk, dat de problemen die u aanvoert met betrekking tot de huidige en de toekomstige mededinging op het gebied van de internationale expresdiensten, op adequate wijze zijn opgelost door de maatregelen die de Commissie vanaf heden neemt.

Indien u van mening bent, dat de voorwaarden die La Poste in zaak nr. IV/M.102 zijn opgelegd niet in acht zijn genomen, in het bijzonder op het gebied van het vervoer en de reclame, staat het daarom aan u om daarvan — voor zover mogelijk — de bewijzen aan te dragen en eventueel een klacht in te dienen op basis van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62. Zinnen waarin wordt gezegd „dat de thans door SFMI gehanteerde tarieven (zonder eventuele reducties) aanmerkelijk lager liggen dan die van de leden van SFEL” (bladzijde 3 van uw brief van 28 november) of dat „Chronopost vrachtwagens van de P en T gebruikt als reclamemiddel” (proces-verbaal van bevinding dat bij uw brief is gevoegd) moeten worden gestaafd met feitelijke gegevens die een onderzoek door de diensten van de Commissie rechtvaardigen.

De acties die de Commissie uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag onderneemt hebben tot doel, een daadwerkelijke mededinging op de interne markt in stand te houden. In het geval van de gemeenschapsmarkt van interna-

tionale expresdiensten zou het, gelet op de hierboven weergegeven belangrijke ontwikkeling, nodig zijn geweest om nieuwe inlichtingen te verstrekken over eventuele schendingen van artikel 86 van het Verdrag, teneinde de Commissie in staat te stellen haar voorstellen om een onderzoek naar deze activiteiten in te stellen, te rechtvaardigen.

De Commissie is overigens van mening, dat zij niet gehouden is om eventuele schendingen van de mededingingsregels die in het verleden hebben plaatsgevonden te onderzoeken, indien een dergelijk onderzoek enkel de individuele belangen van partijen dient. De Commissie acht het niet zinvol een dergelijk onderzoek uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag in te stellen.

Om de hierboven genoemde redenen deel ik u mee, dat uw klacht wordt afgewezen.”

Het bestreden arrest

5. Het Gerecht heeft het beroep tot nietigverklaring op alle onderdelen verworpen, na successieve afwijzing van de vijf daarbij aangevoerde middelen.

6. Het Gerecht was in wezen van oordeel, dat de Commissie de klacht had afgewezen op de enkele grond dat de zaak waarin die

klacht was opgeworpen, onvoldoende communautair belang had (punt 34 van het arrest). Het Gerecht meent, dat deze conclusie niet in strijd is met het ter zake toepasselijke recht, daar de Commissie terecht mocht oordelen, dat waar klagers geen bewijzen van het tegendeel hadden geleverd, de gewraakte praktijken waren beëindigd, zodra een andere beschikking in die sector was vastgesteld (de reeds genoemde beschikking GD Net).

7. Volgens het Gerecht voldoet de bestreden beschikking eveneens aan de eisen van artikel 190 van het Verdrag, daar de Commissie haar redenering er duidelijk en ondubbelzinnig in doet uitkomen. Bovendien is de beschikking innerlijk geenszins tegenstrijdig.

8. Het Gerecht wijst tevens het middel af, dat de Commissie het beginsel van goed bestuur zou hebben geschonden door geen rekening te houden met het deskundigenverslag van 6 december 1990, aangezien dit verslag betrekking heeft op een periode vóór de vaststelling van de beschikking GD Net. Omtrent de gestelde schending van het non-discriminatiebeginsel oordeelde het Gerecht, dat de door klagers genoemde situaties niet vergelijkbaar waren met die in casu.

9. Het Gerecht was ten slotte van oordeel, dat verzoekers niet hadden aangetoond, dat de Commissie met de vaststelling van de bestreden beschikking haar bevoegdheid had misbruikt.

Het eerste middel in hogere voorziening

10. Het eerste middel, inhoudende „verkeerde voorstelling van de litigieuze beschikking”, heeft twee onderdelen: het Gerecht zou van de bestreden beschikking een verkeerde voorstelling hebben gegeven, enerzijds, door te ontkennen dat deze op twee afzonderlijke gronden was gebaseerd, en anderzijds, door daarin een grond ontleend aan het „communautair belang” op te nemen, die in de beschikking niet werd genoemd.

11. De tekst van de bestreden beschikking is inderdaad niet overduidelijk, daar hierin niet de uitdrukking „communautair belang” voorkomt, waarvan de juridische elementen welbekend zijn en die in dit soort handelingen algemeen wordt gebezigd. Het Gerecht heeft dit trouwens goed gezien, daar het in de punten 31 en 32 van zijn arrest opmerkt:

„dat (...) de enige verwijzing naar het communautair belang — die overigens impliciet is, omdat enkel het woord belangen wordt gebruikt — voorkomt in de voorlaatste paragraaf van de beschikking, die betrekking heeft

op inbreuken uit het verleden. (...) Het Gerecht is evenwel van oordeel, dat het ontbreken van communautair belang om het onderzoek van de klacht voort te zetten, de basis van de gehele beschikking vormt. De voorlaatste paragraaf kan immers niet los worden gezien van de rest van de beschikking.”

12. Bij onbeoordeelde en onbevangen lezing van de beschikking ziet men, dat de Commissie allereerst wijst op haar eerdere voorstellen *de lege ferenda* in de posterijensector, vervolgens haar betoog toespitst op de invloed die de beschikking GD Net heeft moeten hebben op de bij haar gewraakte activiteiten die zij als beëindigd beschouwt, en ten slotte concludeert, dat „zij het niet zinvol acht een onderzoek uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag in te stellen”, en dat zij niet gehouden is eventuele schendingen van de mededingingsregels die in het verleden hebben plaatsgevonden, te onderzoeken, indien een dergelijk onderzoek enkel de individuele belangen van partijen dient.

13. Al had men van de Commissie kunnen verlangen, dat zij, in plaats van beweringen waarvan het gewicht voor haar uiteindelijke weigering nauwelijks is te onderkennen, een doortastender en duidelijker beschikking had gegeven, toch wil dit volgens mij nog niet zeggen, dat het Gerecht een verkeerde voorstelling van de beschikking heeft gegeven door na een uitvoerige beschouwing ervan te concluderen, dat zij uitging van het ontbreken van een communautair belang.

14. Immers, ondanks de opeenstapeling van de erin vervatte argumenten is het Gerecht erin geslaagd, de logica in de redenering van de Commissie in haar beschikking te doorzien. Terecht of ten onrechte meent deze, dat de zaak niet van voldoende „belang” is om een onderzoek in te stellen, omdat zij in die sector reeds heeft ingegrepen en de gewraakte praktijken reeds een einde hebben genomen. Het belang waarvan sprake kan niets anders zijn dan het „communautair belang” dat de Commissie heeft te waarborgen en in beginsel heeft te beoordelen, onder voorbehoud van een eventuele rechterlijke controle.

15. Nu is het begrip „communautair belang” tot op zekere hoogte dubbelzinnig: een restrictieve opvatting ervan is mogelijk, zoals het Gerecht heeft overwogen in zijn arrest van 18 september 1992, Automec/Commissie ², en de kenmerken ervan zijn welbekend. Als het begrip „communautair belang” in die beperkte zin kan worden gebruikt, wordt het ook omgekeerd gebruikt in geval van een „ontbreken van communautair belang”. Dit zal het geval zijn, wanneer, zoals in casu, de Commissie verklaart, dat zij niet voldoende aanleiding ziet om van haar onderzoekbevoegdheden gebruik te maken.

16. In de onderhavige zaak waren het rekwiranten zelf die in hun verzoekschrift aan het Gerecht naar voren hebben gebracht, dat de Commissie in haar beschikking het ontbreken van communautair belang had aange-

2 — Zaak T-24/90, Jurispr. blz. II-2223.

voerd om hun klacht af te wijzen. Een van de middelen in het verzoek tot nietigverklaring (punt 5.6) hield namelijk in, dat de Commissie bij haar afwijzing van de klacht op grond dat een communautair belang ontbrak, een duidelijke rechtsdwaling had begaan.³ Rekwiranten zijn niet bijzonder consequent wanneer zij het Gerecht verwijten, in de beschikking een rechtspunt te hebben „gevonden” dat zij hier zelf van wezenlijk belang achtten (te weten het ontbreken van communautair belang).

Het tweede middel in hogere voorziening

17. Volgens het tweede middel in hogere voorziening zou het Gerecht een rechtsdwaling hebben begaan door in zijn arrest te verklaren, dat de Commissie de bestreden beschikking kon motiveren door te verwijzen naar een andere beschikking.

3 — In punt 91 van het beroep tot nietigverklaring staat te lezen: „De beschikking van de Commissie tot afwijzing van de klacht schijnt door de volgende dubbele redenering te zijn ingegeven: met het oog op het communautair belang is het niet zinvol een onderzoek uit hoofde van artikel 86 in te stellen.” In punt 185 van het beroep verklaren rekwiranten: „Aangezien de Commissie het niet zinvol acht een dergelijk onderzoek uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag in te stellen (punt 13 van de beschikking), maakt zij gebruik van de haar in de rechtspraak toegekende bevoegdheid een klacht wegens ontbreken van communautair belang af te wijzen.” In ongeveer dezelfde bewoordingen laten rekwiranten zich overigens in punt 188 van het beroep uit: „De SFEI betoogt, dat de Commissie met betrekking tot het communautair belang om het onderzoek van de zaak voort te zetten kennelijke beoordelingsfouten heeft begaan door in haar opvatting van het communautair belang uit te gaan van voorstellen de lege ferenda.”

18. Volgens rekwiranten moet elke rechterlijke of administratieve beslissing een eigen grondslag hebben, aangezien degene die de beslissing geeft, zich op de bijzondere omstandigheden van het individuele geval moet baseren en daarbij niet mag verwijzen naar andere feiten of reeds beoordeelde of uitgemaakte zaken. De Commissie had in casu dus niet mogen verwijzen naar de beschikking GD Net.

19. De grief betreffende dit onderdeel van het arrest lijkt mij duidelijk van iedere grond te zijn ontbloeit. Het Gerecht begaat geen enkele rechtsdwaling wanneer het concludeert, dat de Commissie naar de beschikking GD Net kon verwijzen zoals zij heeft gedaan, en dat deze verwijzing deel uitmaakt van haar motivering voor de afwijzing van de klacht.

20. Immers, niets belet, dat in de motivering van een administratieve handeling naar andere handelingen wordt verwezen, zeker wanneer het gaat om verwante of onderling verband houdende handelingen. Ook belet niets, dat degene die de beslissing geeft, in een dergelijk geval melding maakt van het bestaan en de teneur van een vroegere handeling en hieraan een logisch argument ontleent om bij het onderzoek van een latere handeling bepaalde gevolgtrekkingen te maken.

21. Juist dit nu is in casu gebeurd: de Commissie verwijst in haar beschikking naar een eerdere beschikking in dezelfde sector, waarbij zij een concentratie van postondernemingen aan bepaalde voorwaarden had onderworpen. Uit het bestaan van die beschikking (de

beschikking GD Net) en de naleving van de daarin vervatte voorwaarden leidt de Commissie bepaalde consequenties af voor de gegrondheid van de klacht van Ufex c. s. Derhalve wettigt niets de conclusie, dat de Commissie in de motivering van haar beschikking een rechtsdwaling zou hebben begaan, die het Gerecht had behoren af te straffen.

schapsbesluiten die door het Europees Parlement en de Raad tezamen of door de Raad of door de Commissie worden genomen, met redenen te omkleeden. Het ziet derhalve niet op beslissingen van rechterlijke instanties zoals het Gerecht van eerste aanleg.⁴ Met een dergelijk middel in hogere voorziening is het niet mogelijk op te komen tegen beweerde interne gebreken van een arrest en de grief aan te voeren, dat het tegenstrijdige argumenten bevat en bepaalde conclusies van verzoekers niet beantwoordt.

22. Een geheel andere vraag is, of de beschikking GD Net en de ervaringen bij de tenuitvoerlegging ervan de afwijzing van de klacht genoegzaam rechtvaardigen. Deze vraag betreft echter niet de formele motivering, maar het onderzoek ten gronde van de beschikking, dat wil zeggen de toetsing van de beoordeling van het communautair belang dat aan de beschikking ten grondslag lag.

Het derde middel in hogere voorziening

23. Het derde middel in hogere voorziening is ontleend aan „schending van artikel 190 van het Verdrag”. Het omvat twee onderdelen: rekwiranten menen enerzijds, dat het arrest tegenstrijdige argumenten bevat, en anderzijds, dat het op een wezenlijk punt niet op hun conclusies ingaat.

24. Artikel 190 van het Verdrag betreft uitsluitend de verplichting bepaalde gemeen-

25. De verwijzing in hogere voorziening naar artikel 190 van het Verdrag is wellicht daaraan te wijten, dat een argument dat reeds in het beroep tot nietigverklaring voor het Gerecht van eerste aanleg voorkwam, ongelukkigerwijs in tweede aanleg is overgenomen. Met het aanvoeren van dit verdragsartikel worden de verschillen tussen de procedure in hogere voorziening en de procedure in eerste aanleg miskend. Immers, voor het Gerecht van eerste aanleg was het rekwiranten wel mogelijk op te komen tegen een bestuursrechtelijke handeling die was verricht in strijd met de regels van dat artikel, maar nadat het Gerecht dit middel had afgewezen, konden zij tegen het arrest van het Gerecht niet wederom hetzelfde argument aanvoeren, dat zij specifiek tegen de in eerste instantie betwiste bestuurshandeling hadden gebezigd.

4 — Het lijdt geen twijfel, dat juist zoals de beslissingen van iedere andere rechterlijke instantie ook de arresten van het Gerecht gemotiveerd moeten zijn. Het Gerecht is hiertoe ook gehouden ingevolge artikel 81 van zijn Reglement voor de procesvoering, doch niet ingevolge artikel 190 van het Verdrag. De functie van rechter (de *jurisdictio*) is niet slechts onverbrekelijk verbonden met diens verplichting de redengeving van zijn beslissing uiteen te zetten, maar vindt hierin zelfs haar legitimatie. Het is niet altijd zo geweest: in absolutistische stelsels gaven de rechters niet alleen geen motivering van hun beslissingen, maar dit was hun zelfs verboden.

26. Het is evenwel duidelijk, dat eventuele tegenstrijdigheden in de redengeving van een arrest en de volstreekte onvolledigheid van die redengeving⁵ juridische gebreken of feilen zijn, die in bepaalde gevallen de vernietiging of herziening van het arrest in eerste aanleg kunnen meebrengen, zodra zij ongerechtvaardigde rechtsdwalingen opleveren, die, indien van beslissende invloed op de oplossing van het geding, het arrest in zijn totaliteit aantasten. Ik meen dan ook, dat het Hof het derde middel nader in ogenschouw kan nemen.

27. Wat het eerste onderdeel van het middel betreft, argumenteert het Gerecht in zijn arrest volstrekt niet tegenstrijdig wanneer het enerzijds verklaart, dat de Commissie „de uit hoofde van artikel 86 aan de orde gestelde praktijken niet heeft gekwalificeerd”, en anderzijds in aanmerking neemt, dat aanstonds na uitgifte van de beschikking GD Net de gewraakte praktijken waren beëindigd.

28. Het arrest bevat geen enkele tegenstrijdigheid, daar het Gerecht zich beperkt tot de vaststelling, dat de Commissie de klacht had verworpen wegens onvoldoende belang; bij een dergelijke vaststelling is zij niet verplicht de betrokken praktijken te kwalificeren aan de hand van artikel 86 van het Verdrag. De

bedoeling achter de vermelding van de beschikking GD Net is, dat zelfs al zouden de gewraakte praktijken in het verleden inderdaad hebben plaatsgevonden, zij met de komst van die beschikking onmiddellijk waren opgehouden, waarmee tegelijkertijd elk communautair belang om deze inbreuk eventueel te gaan vervolgen, was weggefallen. Dit wil echter niet zeggen, dat de Commissie in haar beschikking GD Net die praktijken zou hebben gekwalificeerd.

29. Ook het tweede onderdeel van het derde middel kan niet worden aanvaard: het Gerecht heeft wel degelijk geantwoord op het argument van rekwiranten, dat de eerste afwijzing van de klacht (aan hen betekend bij brief van 10 maart 1992) en de definitieve afwijzing (onderwerp van de bestreden beschikking) op verschillende grond steunden. Het Gerecht heeft dit argument weergegeven in punt 22 van zijn arrest, waar het ook melding maakt van de brief van 10 maart, en heeft het met name in punt 35 van het arrest afgewezen.

Het vierde middel in hogere voorziening

30. Het vierde middel, „ontbreken van wettelijke grondslag”, gaat ervan uit, dat het Gerecht niet de nodige onderzoeken heeft verricht; alleen hieruit had kunnen blijken, of de Commissie mocht aannemen dat de subsidies van La Poste aan haar dochteronderneming economisch in geen enkel opzicht gerechtvaardigd waren.

5 — De volstreekte onvolledigheid van motivering (die het arrest zou aantasten) mag niet worden verward met het ontbreken van een afzonderlijk antwoord op elk argument in een verzoekschrift. Het Gerecht is niet altijd gehouden in zijn arrest punt voor punt van antwoord te dienen; het kan eventueel met een algemeen antwoord verschillende argumenten van de ene of de andere partij tegelijk afwijzen.

31. Het door rekwiranten te dezen ingenomen standpunt (uiteengezet in punt 56 van het verzoekschrift) is niet bepaald een toonbeeld van duidelijkheid en ook de formulering maakt de tekst niet begrijpelijker. Volgens hen „heeft het Gerecht niet de nodige onderzoeken verricht om te kunnen vaststellen i) dat rekwiranten ten onrechte staande hielden dat La Poste de kruissubsidiëring kon blijven voortzetten bij gebreke van aanvragen van derden bij haar net, en ii) dat het derhalve rechtmatig al dan niet kon steunen op artikel 86 EG-Verdrag of op het communautair belang”.

32. In antwoord op het door de Commissie opgeworpen bezwaar aangaande de vaagheid van het begrip „ontbreken van wettelijke grondslag”, dat niets zegt over de inhoud van de beweerdelijk geschonden rechtsregel, merken rekwiranten in repliek ⁶ op, dat de in het Franse procesrecht gangbare term „wettelijke grondslag” betrekking heeft op „de uiteenzettingen die het dictum van een beschikking moeten dragen (en niet op een wettelijke bepaling als zodanig)”. Het ontbreken van een wettelijke grondslag bestaat derhalve daarin, dat in de tekst van het arrest de feiten niet voldoende duidelijk zijn weergegeven om het Hof in hogere voorziening in staat te stellen na te gaan, of de wet juist op die feiten is toegepast.

33. Aldus gezien, moet het middel worden afgewezen: in het arrest wordt duidelijk gezegd, als ging het om een feitelijk element,

dat de postadministraties geen economisch belang hadden bij het subsidiëren van hun gemeenschappelijke dochteronderneming. Het ontbreken van een dergelijk belang blijkt uit de door de Commissie verschaft toelichting (zie punt 62 van het arrest).

34. Het betreft hier een feitelijke beoordeling, waartoe het Gerecht is gekomen na bestudering van de voorgelegde bewijzen en die als zodanig in hogere voorziening niet kan worden getoetst, tenzij wordt aangetoond, hetgeen niet is gedaan, dat aan de bewijzen een volstrekt onjuiste of tendentieuze uitleg is gegeven.

35. Te oordelen naar de gebezigde formulering, lijkt het in het vierde middel aangevoerde argument niet zozeer in te houden, dat bepaalde feiten onvoldoende zijn weergegeven (zoals gezegd, heeft het Gerecht die feiten duidelijk uiteengezet), maar dat het Gerecht niet genoeg onderzoeken heeft gedaan en niet de nodige bewijzen heeft achterhaald om die feiten nauwgezet te bepalen.

36. Het middel is, zo gezien, minder gericht tegen het arrest zelf dan tegen de door het Gerecht verrichte instructie: het zou in de loop van de procedure niet voldoende bewijsmaatregelen hebben genomen om een van de

⁶ — Noot 11 van de memorie van repliek.

feiten na te gaan waarop het debat betrekking had (namelijk het al dan niet verlenen van kruissubsidies).

37. De verwijzing dat La Poste geen economisch belang zou hebben bij kruissubsidiëring van de gemeenschappelijke dochteronderneming, is in punt 72 van het arrest vermeld als extra argument bij het vierde van de vijf argumenten, waaruit het Gerecht afleidt, dat de Commissie terecht kon verklaren, dat de in de klacht gewraakte praktijken waren beëindigd na de beschikking GD Net.

38. Gezien de samenloop van deze twee elementen en het feit dat met het vijfde middel in hogere voorziening tegen deze laatste gevolgtrekking van het Gerecht rechtsdwaling wordt aangevoerd, lijkt het aangewezen dit „deel” van het vierde middel tezamen met het vijfde middel te behandelen.

Het vijfde middel in hogere voorziening

39. Met het vijfde middel in hogere voorziening wordt eveneens geklaagd over rechtsdwaling, waar rekwiranten menen, dat het Gerecht uit de stukken van het dossier niet wettig kon afleiden, dat de Commissie met recht de beëindiging van de inbreuken kon vaststellen.

40. Het is duidelijk, dat rekwiranten via dit middel zich rechtstreeks teweer stellen tegen de wijze waarop het Gerecht de feiten heeft beoordeeld.

41. Evenals in mijn conclusie in de zaak John Deere Ltd/Commissie⁷ zal ik ook hier in het kort de ontwikkeling weergeven van 's Hof's rechtspraak met betrekking tot de betwisting van feitelijke beoordelingen in arresten die in eerste aanleg zijn gewezen. Naar het Hof voor recht heeft verklaard, kan een hogere voorziening niet op andere middelen steunen dan schending van rechtsregels, zulks met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling. Het heeft diensgevolge verklaard, dat de beoordeling door het Gerecht van aldaar aangevoerde bewijselementen geen rechtsvraag is die in hogere voorziening aan het Hof ter toetsing kan worden voorgelegd, tenzij zou blijken dat van die elementen een verkeerde voorstelling is gegeven, of wanneer uit de processtukken blijkt, dat de vaststellingen van het Gerecht materieel onjuist zijn. Het Hof is niet bevoegd de bewijzen te onderzoeken waarvan het Gerecht is uitgegaan voor de vaststelling van de feiten, voor zover die regelmatig zijn verkregen en de algemene rechtsregels en-beginselen inzake de bewijslast en de beoordeling van het bewijs in acht zijn genomen. Het Hof vermag daarentegen wel

⁷ — C-7/95 P (Jurispr. 1998, blz. I-3111), conclusie punt 24.

de juridische kwalificatie van de feiten en de door het Gerecht daaraan verbonden rechtsgevolgen toetsen.⁸

zich niet op deze, nog niet verbindende verplichtingen kon baseren om te concluderen, dat de gewraakte praktijken waren beëindigd.

42. Ter afronding van hun kritiek trachten rekwiranten dit middel nu juist te doen steunen op een van de „kieren”, dankzij welke het mogelijk zou zijn de feitelijke beoordelingen van het Gerecht te betwisten, namelijk de materiële onjuistheid die uit de processtukken kan blijken.

43. De grief richt zich in de eerste plaats tegen punt 68 van het arrest, waarin het Gerecht verklaart, dat „aangaande de zekerheid van de Commissie dat de praktijken waren beëindigd, moet worden opgemerkt dat, aangezien La Poste is gebonden aan de aangemelde overeenkomsten en de aangegane verplichtingen, de Commissie ervan uit mocht gaan, dat toen de concentratie eenmaal een feit was, dat wil zeggen, gezien de aan het Gerecht verstrekte informatie, op 18 maart 1992, die regels bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel werden geëerbiedigd”.

44. Volgens rekwiranten wordt deze stelling ontzenuwd door de bewoordingen van de beschikking GD Net zelf, waarvan de verplichtingen niet van kracht waren vóór 18 maart 1995, zodat de Commissie in 1994

45. Een dergelijke bewering gaat echter veel verder dan de enkele vaststelling van een feitelijke vergissing of onjuistheid die uit een processtuk blijkt. In wezen begeeft men zich hiermee op het gebied van de voor discussie vatbare juridische interpretatiemogelijkheden met betrekking tot de betekenis en inhoud van een bepaalde administratieve handeling. Met andere woorden: rekwiranten sturen aan op heropening van het debat in eerste aanleg over de beoordeling van de bewijzen en de vaststelling van de daarmee aangetoonde feiten.

46. Dit komt ook duidelijk naar voren in de discussie die in de memorie van antwoord werd geopend en in de memories van repliek en dupliek werd voortgezet over de strekking van de verplichtingen in de beschikking GD Net en over de werking hiervan in de tijd.

47. In de tweede plaats komen rekwiranten nog op tegen de stelling in punt 71 van het arrest, waar het Gerecht verklaart „dat aan deze conclusie [te weten, dat de Commissie niet heeft gedwaald door ervan uit te gaan, dat verzoekers onvoldoende gegevens hadden verstrekt om een onderzoek te rechtvaardigen] niet wordt afgedaan door het door verzoekers ter terechtzitting aangevoerde feit, dat de Commissie in juli 1996 heeft besloten

8 — Arresten van 2 maart 1994, Hilti/Commissie (C-53/92 P, Jurispr. blz. I-667, punt 42), en 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 67), en beschikking van 17 september 1996, San Marco/Commissie (C-19/95 P, Jurispr. blz. I-4435, punten 39 en 40).

een procedure uit hoofde van artikel 93, lid 2, van het Verdrag in te leiden met betrekking tot de steun die Frankrijk zou hebben verleend aan de vennootschap SFMI-Chronopost (PB 1996, C 206, blz. 3). De inleiding van deze procedure betekent immers niet, dat de Commissie op de datum van vaststelling van de beschikking over voldoende gegevens beschikte om te rechtvaardigen, dat een onderzoek uit hoofde van artikel 86 van het Verdrag werd ingesteld voor de periode na de vaststelling van de beschikking GD Net.”

vatte verplichtingen al dan niet waren nagekomen: er wordt alleen gezegd, dat de Commissie niet over voldoende gegevens beschikte om een onderzoek over de periode na de vaststelling van de beschikking GD Net te verrichten, omdat de hiertoe door de verzoevende ondernemingen verstrekte aanwijzingen ontoereikend waren.

Het zesde middel in hogere voorziening

48. Rekwiranten betogen, dat door het feit van deze nieuwe beschikking van 1996 onweerlegbaar is aangetoond, dat de Commissie zelfs ook voor de periode na de beschikking GD Net niet wist, of de daarin vervatte verplichtingen waren nagekomen of niet.

51. Met het zesde middel in hogere voorziening wordt erover geklaagd, dat het Gerecht „de rechtsregels betreffende de beoordeling van het communautair belang” zou hebben miskend.

49. Rekwiranten werpen hier wederom een probleem op dat niet betrekking heeft op de „feitelijke onjuistheid”, maar op de juridische interpretatie die voortvloeit uit een bepaald document, hetgeen de grond ontnemt aan het door hen daaraan ontleende middel, aangezien zij eigenlijk willen bewerkstelligen dat het Hof zich voor de beoordeling van de feiten in de plaats stelt van het Gerecht.

52. De klacht van rekwiranten is in concreto gericht tegen de verklaring van het Gerecht in punt 46 van het arrest, luidende: „Het Gerecht heeft weliswaar een opsomming gegeven van de gegevens die de Commissie in het bijzonder tegen elkaar moet afwegen bij de beoordeling van het communautair belang, doch dit neemt niet weg, dat de Commissie bij die beoordeling andere relevante gegevens in de beschouwing mag betrekken. De beoordeling van het communautair belang berust immers noodzakelijkerwijs op een onderzoek van de omstandigheden van het specifieke geval, dat wordt uitgevoerd onder toezicht van het Gerecht (arrest Automec, reeds aangehaald, punt 86).”

50. Bovendien is de door rekwiranten voorgestelde uitlegging niet werkelijk in strijd met het gestelde in punt 71 van het arrest in eerste aanleg, aangezien het Gerecht aldaar in de laatste zin niet betwist, dat de Commissie niet wist, of de in de beschikking GD Net ver-

53. Volgens rekwiranten maakt deze vaststelling in tweërlei opzicht inbreuk op het gemeenschapsrecht: in de eerste plaats mist kent zij de rechtsregels waarnaar het communautair belang moet worden beoordeeld, en in de tweede plaats schendt zij het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

54. Rekwiranten stellen, dat het begrip communautair belang en de desbetreffende juridische toepassingsregels, beide van autonoom rechterlijke oorsprong, zijn vastgelegd in het arrest *Automec* van het Gerecht, dat deze rechtspraak in latere arresten steeds heeft bevestigd. Het kan zich dan ook niet onttrekken aan de toepassing van de drie door hem zelf ontwikkelde criteria voor de beoordeling van het communautair belang (namelijk de ernst van de beweerde inbreuk, de waarschijnlijkheid om het bestaan ervan aan te tonen, en de omvang van de daartoe noodzakelijke maatregelen van instructie), zonder de in het vorige punt genoemde rechtsregels en-beginselen geweld aan te doen.

55. Naar mijn mening is dit middel, zoals het is geformuleerd, niet aanvaardbaar, en wel om twee redenen.

56. In de eerste plaats, en dit is een principieel punt, valt het te betwisten, of de door het Gerecht in een bepaald geval omschreven criteria voor de beoordeling van het communautair belang zonder meer zijn te beschouwen als „rechtsregels” die het Hof in

acht moet nemen. Het Gerecht is zelf niet in absolute zin gebonden aan zijn rechtspraak, waarvan het, voor zover gerechtvaardigd, kan afwijken.

57. Overigens is er geen enkele reden om aan te nemen, dat het bij de door het Gerecht in het arrest *Automec/Commissie* opgesomde criteria voor de beoordeling van het communautair belang gaat om een uitputtende lijst: het Gerecht wijst er opzettelijk op, dat het hier vooral aankomt op de beoordeling van de omstandigheden van het specifieke geval en op de redenen die de Commissie aanvoert voor elk van haar beslissingen om een klacht af te wijzen. In een sector als de onderhavige, waarin de juridische omstandigheden sterk kunnen verschillen, kunnen nieuwe criteria opkomen, die tevoren niet waren voorzien en over de geldigheid waarvan het Gerecht zich zal moeten uitspreken.

58. Dit is hetgeen zich in casu heeft voorgedaan: ter rechtvaardiging van de afwijzing van de haar voorgelegde klacht verklaart de Commissie, dat vooral als gevolg van haar eigen optreden een einde was gemaakt aan de gewraakte praktijken, zodat het geen zin had een nader onderzoek in te stellen. Hier is dus sprake van een nieuw element dat in aanmerking moet worden genomen naast de drie die in het arrest *Automec/Commissie* waren genoemd. Het Gerecht verwerpt dit door de Commissie gehanteerde nieuwe element derhalve niet al op de enkele grond dat het niet behoort tot de reeds in het arrest *Automec/Commissie* aangegeven criteria, doch is bereid dit aan het recht te toetsen en handelt dusdoende alleszins redelijk.

59. De aanvaarding van de argumenten dien-aangaande van rekwiranten zou neerkomen op een „verstarring” van de rechtspraak, die zich dan niet alleen maar geenszins verder zou kunnen ontwikkelen, maar ook niet meer zou kunnen worden verfijnd. Niets belet immers dat het Gerecht, ingeval het zich moet uitspreken over een beslissing van de Commissie, een nieuw criterium voor de beoordeling van het communautair belang mag aannemen ter aanvulling van de in het arrest *Automec/Commissie* neergelegde criteria en ter rechtvaardiging van de afwijzing van ingediende klachten over bepaalde mededingingsbeperkende praktijken.

Het zevende middel in hogere voorziening

60. Het zevende middel is in wezen het kernstuk van de hogere voorziening. Om redenen die ik aanstonds uiteen zal zetten, verdient dit middel mijns inziens een ander lot dan de voorgaande. Ik zal dan ook in overweging geven dit middel te aanvaarden en, bijgevolg, het in eerste aanleg gewezen arrest te vernietigen.

61. Dit zevende middel is ontleend aan „schending van artikel 86 junctis artikel 3, sub g, en de artikelen 89 en 155 EG-Verdrag”. De kritiek is hier gericht tegen de redenering van het Gerecht in de punten 57 tot en met 59 van zijn arrest en tegen de daaruit getrokken conclusies, die tot verwerping van het beroep tot nietigverklaring hebben geleid.

62. Die redenering kan worden samengevat in twee overwegingen van algemene aard en een derde houdende toepassing van de twee eerste op het onderhavige geval.

63. Vóór deze drie overwegingen had het Gerecht in de punten 54 tot en met 56 van zijn arrest drie, door niemand betwiste, premissen gesteld:

- a) De omvang van de verplichtingen van de Commissie op het gebied van het mededingingsrecht moet worden onderzocht met inachtneming van artikel 89, lid 1, van het Verdrag, dat op dit gebied de specifieke uitdrukking vormt van de bij artikel 155 van het Verdrag aan de Commissie opgedragen algemene toezichthoudende taak.
- b) Artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag⁹, geeft de indiener van een in die bepaling bedoeld verzoek geen recht op een beschikking van de Commissie in de zin van artikel 189 van het Verdrag over het al dan niet bestaan van een inbreuk op artikel 85 en/of artikel 86 van het Verdrag. De Commissie kan dus een uiteenlopende prioriteit toekennen aan het onderzoek van bij haar ingediende klachten en kan het communautair belang

⁹ — PB 1962, blz. 204.

van een zaak hanteren als prioriteitscriterium.

omdat alleen rekening moet worden gehouden met het effect van die beschikking.

c) Artikel 86 van het Verdrag geeft uitdrukking aan de algemene doelstelling die artikel 3, sub g, van het Verdrag aan de activiteit van de Gemeenschap verbindt, te weten invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst.

— In een dergelijk geval zouden het onderzoek van de zaak en de vaststelling van vroegere inbreuken niet meer dienen om een niet-vervalste mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te verzekeren en dus niet in overeenstemming zijn met de bij het Verdrag aan de Commissie opgedragen taak. Een dergelijke procedure zou tot hoofddoel hebben, het voor de klagers gemakkelijker te maken om voor de nationale rechterlijke instanties een onrechtmatig handelen te bewijzen ter verkrijging van schadevergoeding.

64. Uitgaande van deze premissen volgt het arrest met betrekking tot de klachten over de eerdere inbreuken een redenering die, bij toepassing op het onderhavige geval, het optreden van de Commissie rechtvaardigt.

65. Deze redenering, uiteengezet in de punten 57 en 58 van het arrest, luidt als volgt:

— In het licht van deze algemene doelstelling en van de aan de Commissie opgedragen taak is het Gerecht van oordeel dat, onder voorbehoud dat een dergelijke beschikking wordt gemotiveerd, de Commissie rechtsgeldig kan beslissen, dat het niet opportuun is gevolg te geven aan een klacht waarin praktijken aan de orde worden gesteld die nadien zijn beëindigd. Dit geldt te meer, wanneer deze beëindiging, gelijk in casu, het resultaat is van het optreden van de Commissie. In dit verband doet het er weinig toe, wat de rechtsgrondslag is van een beschikking die aan de gewraakte praktijken een einde maakt,

66. Met toepassing van deze redenering op het onderhavige geval spreekt het Gerecht zich uit ten gunste van de bestreden beschikking door in punt 59 van het arrest te verklaren: „De Commissie kon er in casu daarom terecht van uitgaan, dat nu zij door vaststelling van een andere beschikking een einde aan de gewraakte praktijken had gemaakt en zij haar toezicht op de juiste toepassing van het Verdrag dus had uitgeoefend, voortzetting van de procedure met het enkele doel, feiten uit het verleden te kwalificeren ten opzichte van artikel 86 van het Verdrag, geen juist gebruik van haar beperkte middelen zou vormen, te meer wanneer zij zich voor het overige inspande om een rechtskader vast te stellen in de betrokken sector. Deze conclusie van de Commissie was te meer gerechtvaardigd, daar er een eindbeschikking van de Commissie bestaat om het onderzoek van een klacht inzake schending van artikel 86 van het Verdrag niet voort te zetten, en de nationale rechterlijke instanties bij wie verzoekers de zaak eventueel aanhangig maken, derhalve bevoegd zijn zich over de gestelde inbreuk uit te spreken.”

67. Ik meen dat de grief van rekwiranten betreffende dit onderdeel van het arrest gegrond is en op zichzelf reeds het welslagen van de hogere voorziening rechtvaardigt.

69. Naar mijn mening begaat het Gerecht een rechtsdwaling, waar het verklaart dat in dergelijke gevallen de vaststelling van inbreuken in het verleden niet meer van belang is voor de Commissie, maar enkel het subjectief belang van klagers dient. Dezelfde onjuiste zienswijze leidt tot de verklaring, dat een dergelijke procedure tot „hoofddoel” zou hebben, het voor de klagers gemakkelijker te maken om voor de nationale rechterlijke instanties een onrechtmatig handelen te bewijzen ter verkrijging van schadevergoeding.

68. Immers, klachten over — met artikel 86 van het Verdrag strijdig — misbruik van machtspositie betreffen haast onvermijdelijk feiten uit het verleden.¹⁰ Wanneer een onderneming zich in een bepaalde sector aan dergelijke praktijken schuldig heeft gemaakt en haar machtspositie op de betrokken markt heeft misbruikt en de mededinging aldus onrechtmatig heeft vervalst, kan het enkele feit dat de betrokken praktijken op een gegeven moment zijn beëindigd — voor zover zich geen andere omstandigheden voordoen, waarop ik nog terugkom —, niet vergoelijken dat de Commissie werkeloos blijft, indien bij haar klachten worden aangebracht door concurrerende ondernemingen van de onderneming met een machtspositie.

70. De mededinging die de Commissie in stand dient te houden, is niet meer gewaarborgd wanneer een onderneming de praktijken waarmee zij haar machtspositie trachtte uit te buiten, slechts heeft beëindigd omdat die praktijken succes hadden. De praktijken mogen zijn beëindigd, maar de gevolgen ervan zijn gebleven.

71. Zo men zou vasthouden aan de in deze punten van het arrest verkondigde stelling, zou dit het paradoxaal resultaat hebben (vooral in de onlangs voor concurrentie geopende markten, zoals de markt voor snelpostdiensten), dat een „premie” wordt gegeven aan de onderneming die door het misbruik van een machtspositie, waaraan zij zich de eerste tijd schuldig heeft gemaakt, de algemene marktsituatie duurzaam kon vervalsen. De beëindiging van de aanvankelijke praktijken wil in dat geval niet zeggen, dat de situatie van vervalste mededinging is opgeheven, maar dat de schuldige onderneming tot de gevolgtrekking is gekomen, dat zij met die praktijken haar doel heeft bereikt en dat die dus niet meer nodig zijn.

10 — Ter terechtzitting heeft de gemachtigde van de Commissie een uiteenzetting gegeven van de stelling van de Commissie op dit punt, namelijk dat, in tegenstelling tot procedures op grond van artikel 92 van het Verdrag betreffende steunmaatregelen van de staten, die altijd op het verleden zijn gericht, de procedures op grond van artikel 86 van het Verdrag „op de toekomst zijn gericht”, omdat hiermee wordt beoogd de gewraakte inbreuk te doen beëindigen. Deze redenering is alleszins opmerkelijk, daar zij in tegenspraak is met vroegere standpunten van de Commissie voor het Hof. Zo heeft zij in de zaak Frankrijk e. a./Commissie (C-68/94 en C-30/95) juist het omgekeerde betoogd om het verschil te verklaren tussen de procedure van artikel 86 van het Verdrag en de procedure van toezicht op concentraties van ondernemingen [verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989, betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PB 1990, L 257, blz. 14)]. De Commissie verklaarde daar, dat ter zake van misbruik van een machtspositie „het onderzoek betrekking heeft op misbruiken in het verleden”, terwijl de analyse integendeel op de toekomst moet zijn gericht, indien het gaat om de toepassing van genoemde verordening. Zie, in deze zin, arrest Hof van 31 maart 1998 in die zaak, punten 179 en 180 (Jurispr. blz. I-1375).

72. De Commissie mag een dergelijke situatie niet gedogen. Zij is integendeel verplicht de werking van de vrije mededinging in de betrokken sector te herstellen, zodra de andere elementen van het communautair belang van haar optreden aanwezig zijn. Hiertoe dient zij allereerst na te gaan, of de betrokken onderneming al dan niet misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie, en daartoe moet zij het onderzoekmechanisme in werking stellen waarop klagers nu juist ook aandringen.

73. Het is trouwens volkomen redelijk, dat een onderneming of een groep ondernemingen die, met gebruikmaking van de hun in de reeds genoemde verordening nr. 17 geboden mogelijkheid, een klacht indienen, zich daarbij laten leiden zowel door de wens het verbroken concurrentie-evenwicht te herstellen als door de verdediging van hun eigen ondernemingsbelangen.

74. Immers, ondernemingen die concurrentievervalsende praktijken aan de kaak stellen, verrichten een activerende, in zekere zin katalyserende, functie, doordat zij de stoot geven tot het optreden van de Commissie. Hun initiatief dient twee volstrekt verschillende belangen: enerzijds hun eigen belang om hun voortbestaan te behoeden voor schade die zij zouden lijden door onrechtmatige gedragingen van hun concurrenten, en anderzijds het algemeen belang dat de markt heeft bij inachtneming van de mededingingsregels en dat ook door het gemeenschapsrecht wordt gewaarborgd en door de Commissie moet worden beschermd.

75. Wanneer het om dit algemene belang gaat (omdat de betrokken sector een gewichtige communautaire omvang heeft en de aangeelde inbreuk betrekkelijk gemakkelijk kan worden vastgesteld zonder buitensporige onderzoekmaatregelen), is het ontoelaatbaar te stellen, dat het optreden van de Commissie slechts dient voor het vergaren van bewijs om voor de nationale rechterlijke instanties een schadevergoedingsactie te kunnen instellen.

76. Het stilzitten van de Commissie is evenmin te rechtvaardigen door het feit dat de beëindiging van de uitbuiting van de overheersende positie te danken is aan een eenzijdige beslissing van de onderneming die misbruik van haar machtspositie heeft gemaakt, of aan een nevenhandeling van de Commissie, die een ander oogmerk had, maar indirect hetzelfde resultaat heeft gehad. Hoe het ook zij, voor de beslissing over de rechtmatigheid van de beschikking is het van belang vast te stellen, dat met de beëindiging van het aangeelde misbruik niet tevens de concurrentievervalsende gevolgen ervan zijn opgeheven.

77. Wederom wil ik erop wijzen, dat het Hof zich in het kader van het beroep van artikel 168 A van het Verdrag moet beperken tot de rechtsvragen en derhalve is gebonden aan de door het Gerecht vastgestelde feiten.¹¹ Het Hof dient dan ook uit te gaan van de vaststelling, dat met de beschikking GD Net de praktijken waarmee La Poste misschien

11 — Uiteraard tenzij die feiten weer in twijfel worden getrokken binnen de grenzen die ik hierboven heb vermeld in punt 41.

misbruik had gemaakt van haar machtspositie in de sector posten¹², waren beëindigd. De grenzen van het toezicht dat het Hof in hogere voorziening kan uitoefenen, laten niet toe anders te handelen, al moet ik toegeven dat dit standpunt hier een smalle basis heeft, daar het uitgaat van de enkele, onbevestigde, veronderstelling, dat de in de beschikking GD Net opgelegde verbintenissen waren nagekomen.

dienst, bestonden nog steeds en hadden haar ertoe moeten brengen, ook ambtshalve de ontwikkeling in die sector in het oog te blijven houden.

78. Toch hadden zowel de Commissie bij de vaststelling van haar beschikking als het Gerecht bij de toetsing hiervan moeten bedenken dat, zelfs al zou aan het door rekwiranten aangemelde misbruik van La Poste een einde zijn gemaakt, het niettemin in de lijn had gelegen een onderzoek in te stellen, om zich ervan te vergewissen, dat de gevolgen van de vroegere praktijken de mededinging op de Franse markt van de internationale snelpostdienst niet voortdurend bleven vervalsen.

80. In beschikking nr. 000978 betreffende een procedure tot toepassing van artikel 86 van het Verdrag, die de Commissie op 10 maart 1992 aan SFEI had toegezonden met de mededeling, dat diens klacht was afgewezen (welke beschikking de Commissie zelf heeft ingetrokken na vernietiging door het Hof van de beschikking waarbij het Gerecht het beroep tot nietigverklaring van genoemde beschikking niet-ontvankelijk had verklaard)¹³, had de Commissie verklaard: „Onder deze omstandigheden, ook al zijn wij niet voornemens ons onderzoek uit hoofde van artikel 86 voort te zetten, kan ik u verzekeren, dat wij de ontwikkeling van deze markt nauwlettend zullen blijven volgen.”

79. De houding van de Commissie op dit punt geeft blijk van een haast onbegrijpelijke passiviteit, gezien het belang en de onmiskenbaar communautaire dimensie van de betrokken markt. De redenen die in 1991 voor haar aanleiding waren geweest tot vaststelling van de beschikking betreffende de concentratie van postbedrijven in de sector expres-

81. Niemand heeft bevredigend kunnen uitleggen, waarom de Commissie, na deze uitspraken in 1992, dat wil zeggen na de beschikking GD Net, niet alleen naderhand niets heeft gedaan om de markt in het oog te houden, maar ook de daartoe strekkende verzoeken van de klagende ondernemingen heeft afgewezen. Dit is al hetgeen de ondernemingen van haar gedaan wilden krijgen met hun verzoek een onderzoek in te stellen op grond van artikel 86 van het Verdrag.

12 — In werkelijkheid is het standpunt dat het Gerecht ten aanzien van dit feitelijk element heeft ingenomen, niet zo duidelijk en beslist als het lijkt: op sommige plaatsen lijkt het arrest het te doen voorkomen, dat de beëindiging van de gewraakte praktijken vaststaat (zie punten 57, 58 en 59), terwijl het Gerecht op andere plaatsen enkel verklaart, dat de Commissie bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel ervan uit mocht gaan, dat de praktijken waren beëindigd (zie punt 68).

13 — Zie punt 9 van het bestreden arrest.

82. De Commissie heeft nadien toegegeven, niets te hebben ondernomen om na te gaan, of de in de beschikking GD Net gestelde voorwaarden ter waarborging van de vrije mededinging in de sector internationale snel-postdienst inderdaad werden nagekomen: in de beschikking C 3/96 (die het Gerecht heeft onderzocht en waarnaar het verwijst in punt 71 van het bestreden arrest)¹⁴ verklaarde zij, dat zij geen enkele inlichting had over de toepassing van verschillende van die voorwaarden. In diezelfde beschikking gaf zij toe, evenmin inlichtingen te hebben over het gevolg dat La Poste had gegeven aan de tot haar gerichte aanbeveling om in haar boekhouding te laten uitkomen, dat voor de buiten de openbare dienstverlening vallende activiteiten geen enkele subsidie werd verleend, dat wil zeggen dat zij de werkzaamheden die zij voor de concurrentie verrichtte, niet subsidieerde, zoals zij wel deed voor haar eigen snel-postdienst.

83. Samenvattend zag het Gerecht zich voor de volgende feitelijke situatie gesteld:

- a) In 1990 hadden de betrokken ondernemingen bij de Commissie een klacht ingediend waarin zij de redenen uiteenzetten voor hun verdenking, dat La Poste in een onlangs voor de concurrentie opengestelde sector met een overduidelijke belangrijke communautaire dimensie concurrentievervalsend optrad ten gunste van haar doch-

terondernemingen, door misbruik te maken van haar bijzondere positie in een gesloten markt.

- b) De Commissie, die in 1991 een beschikking (de beschikking GD Net) had vastgesteld met betrekking tot de concentratie waarbij La Poste en andere postbedrijven een gemeenschappelijke onderneming hadden opgericht, die daarbij bepaalde voorwaarden kreeg opgelegd, bekommert zich niet om de naleving van die voorwaarden en om de algehele situatie op de betrokken markt, ondanks de door concurrerende ondernemingen bij haar ingediende klacht, en weigert hiernaar een onderzoek in te stellen vier jaar na indiening van de klacht.

84. In een dergelijke situatie betogen dat de aangemelde feiten tot het verleden behoren en dat de Commissie dienaangaande reeds tussenbeide is gekomen, is geen geldig argument om een klacht af te wijzen die nooit is ingetrokken en nog is aangevuld met een reeks aangiften in de loop van de vier jaar na de oorspronkelijke indiening, waaruit blijkt van de nog steeds werkende gevolgen van een vroeger misbruik van machtspositie op een markt die de kenmerken van de betrokken markt vertoont. Waar het Gerecht dit argument van de Commissie, dat overigens ook in de bestreden beschikking is vermeld, voor het wezenlijke heeft aanvaard, dwaalt het ten aanzien van de omvang van de in artikel 89 van het Verdrag aan deze instelling opgelegde taak, te waken voor de naleving van artikel 86 van het Verdrag.

¹⁴ — Zie punt 47 supra.

Het achtste middel in hogere voorziening

het Gerecht het onjuist heeft toegepast. Aldus kan dit onderdeel van het middel niet meer niet-ontvankelijk worden verklaard, al meen ik, naar ik aanstonds uiteen zal zetten, dat het in ieder geval moet worden afgewezen.

85. Met het achtste middel in hogere voorziening, „schending van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht”, klagen rekwiranten erover, dat het Gerecht in zijn arrest het beginsel van goed bestuur, het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, alsook het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel heeft geschonden.

88. Het Gerecht gaat in zijn redenering op dit punt uit van de gedachte, dat waar de Commissie zich niet heeft gestoord aan een deskundigenverslag betreffende een periode vóór de vaststelling van de beschikking GD Net, toen de gewraakte praktijken waren afgelopen of op het punt stonden af te lopen (een kernpunt in de bestreden beschikking), haar handelwijze paste in de logica van de gehele beschikking. Dat het deskundigenverslag geen belang meer had, volgt dus uit de logische opzet van de beschikking, zodat het instellen van een onderzoek niet van communautair belang was vanaf een datum na de indiening van dit verslag.

86. Wat het beginsel van goed bestuur betreft, is de grief van rekwiranten gericht tegen punt 100 van het arrest, volgens hetwelk de Commissie rechtsgeldig op de klacht kon beslissen zonder een deskundigenverslag van 6 december 1990 in aanmerking te nemen, daar dit verslag betrekking had op een periode vóór de vaststelling van de beschikking GD Net.

89. De uiteenzettingen van rekwiranten in de punten 146 en volgende van hun verzoekschrift in hogere voorziening lijken aan de redenering van het Gerecht geen afbreuk te kunnen doen. Zij hebben niet voldoende argumenten verschaft om aannemelijk te maken, dat het Gerecht in dit deel van het arrest een rechtsdwaling heeft begaan.

87. De Commissie betoogt, dat dit onderdeel van het achtste middel niet-ontvankelijk is, daar rekwiranten hierin slechts de stellingen herhalen die zij reeds in hun aanvankelijke verzoekschrift naar voren hadden gebracht. Opgemerkt zij evenwel, dat zij, zoals uitdrukkelijk te kennen gegeven in punt 115 van hun repliek, niet meer erover klagen, dat de Commissie dit beginsel heeft geschonden, maar dat

90. Wat de gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel betreft, betogen rekwiranten enerzijds, dat het

Gerecht „een abnormaal beperkende uitlegging aan het begrip ‚soortgelijke situaties‘ geeft”, en anderzijds, dat „het de rechtsregels betreffende de beoordeling van het communautair belang niet zo uitlegt als het altijd heeft gedaan”.

91. Voor deze beide grieven is geen steun te vinden. Het Gerecht heeft slechts vastgesteld (in punt 102 van het arrest), dat rekwiranten geen enkele soortgelijke feitelijke situatie als aangegeven in hun klacht hebben aangevoerd; dit lijkt geen twijfel. Aan de mate van overeenkomst tussen „soortgelijke situaties” kunnen min of meer strenge eisen worden gesteld, maar wanneer de Commissie wordt verweten onrechtmatig te hebben gehandeld door een klacht af te wijzen die bij andere gelegenheden was aanvaard, is het in ieder geval redelijk te eisen, dat de aangevoerde soortgelijke situatie een werkelijke gelijkenis vertoont met de aangemelde situatie. In casu zijn rekwiranten er niet in geslaagd, een soortgelijke situatie aan te tonen, waarop zij hun beschuldiging van discriminatie met de nodige kracht zouden hebben kunnen doen steunen.

92. Met betrekking tot de grief, dat het Gerecht een andere uitlegging heeft gegeven aan de rechtsregels die de beoordeling van het communautair belang beheersen, herhaal ik hetgeen ik reeds heb opgemerkt bij het zesde middel.

93. Ik volsta met een verwijzing naar mijn opmerkingen over het zesde middel voor mijn conclusie, dat het derde onderdeel van het achtste middel moet worden verworpen. Met dit derde onderdeel verwijten rekwiranten het Gerecht, inbreuk te hebben gemaakt op het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel door af te wijken van zijn eigen rechtspraak (zoals die bleek uit het arrest *Automec/Commissie*) en door te aanvaarden dat de Commissie het communautair belang toetst aan andere criteria dan die in dat arrest waren omschreven.

94. Zoals ik in mijn analyse van het zesde middel heb opgemerkt, is de beoordeling van het communautair belang een oordeel dat rechtstreeks verband houdt met de feitelijke omstandigheden van elk geval, en zijn de in het arrest *Automec/Commissie* ontwikkelde criteria niets anders dan elementen of factoren die onder andere in aanmerking kunnen of moeten worden genomen. Er kan dus geen sprake zijn van discriminatie in de toepassing van de wet noch van schending van het rechtszekerheidsbeginsel (en nog veel minder van schending van het vertrouwensbeginsel) waar de Commissie in een concreet geval, en gezien de bijzondere omstandigheden van dat geval, niet de in de rechtspraak geijkte criteria heeft toegepast, maar andere, die volgens haar doorslaggevend waren om een klacht te kunnen aanvaarden of afwijzen. In ieder geval is de volledige rechterlijke controle die het Gerecht op dergelijke oordelen uitoefent, een waarborg dat die beantwoorden aan de rechtsregels.

Het negende middel in hogere voorziening

95. Rekwiranten voeren in hun negende middel aan, dat het Gerecht bij de toepassing van het begrip misbruik van bevoegdheid heeft gedwaald ten aanzien van het recht. Het middel bevat twee onderdelen: enerzijds zou het Gerecht zich over het middel inzake misbruik van bevoegdheid hebben uitgesproken zonder alle door rekwiranten aangevoerde stukken te hebben onderzocht, en anderzijds zou het de aard van de feiten die een aanwijzing kunnen vormen voor misbruik van bevoegdheid, verkeerd hebben ingeschat.

96. Het eerste onderdeel van het middel gaat met name over een brief die Sir Leon Brittan op 1 juni 1995 aan de voorzitter van de Commissie had gericht met afschrift aan enige andere commissieleden. Volgens rekwiranten blijkt uit deze brief, dat de Commissie welbewust had besloten de aangemelde inbreuken in de posterijsector niet te vervolgen, maar het probleem in „politieke” zin op te lossen. In hun bij het Gerecht ingediende memorie van repliek hadden rekwiranten het Gerecht verzocht de overlegging te gelasten van dit document en van enige andere stukken die zij als bewijsmiddelen aanmerkten.¹⁵

15 — Weliswaar is het in de repliek gedane voorstel van schriftelijk bewijs vrij vaag geformuleerd, daar het Gerecht werd verzocht de overlegging te gelasten van stukken ten bewijze dat de Commissie formeel had geweigerd de inbreuken te vervolgen, en eerder de voorkeur had gegeven aan een algemene politieke oplossing van de liberalisatie van de posterijsector. Het is echter evenzeer zo, dat dit verzoek om overlegging van bewijzen moet worden gezien in samenhang met de rest van de repliek en het verzoekschrift, alwaar de brief van Sir Leon Brittan herhaaldelijk uitdrukkelijk wordt genoemd.

97. In punt 117 van het arrest verklaarde het Gerecht, dat „de gissingen over het doel van de gestelde ommezwaai van de Commissie en de opmerkingen die verzoekers ontlenu aan een brief van Brittan aan de voorzitter van de Commissie, welke brief niet in het dossier is opgenomen en waarvan zelfs het bestaan op geen enkele wijze kan worden bevestigd, enkel berusten op niet-gestaafde beweringen, op grond waarvan derhalve niet kan worden geconcludeerd dat er misbruik van bevoegdheid heeft plaatsgevonden”.¹⁶

98. Ik meen, dat wanneer het Gerecht zonder redelijke verklaring weigert als bewijs een document te aanvaarden dat in beginsel afdoend lijkt voor de oplossing van het geding en dat verzoekers hebben gevraagd op te nemen in het dossier, het Gerecht een rechtsdwaling begaat (en wel in casu een schending van de procesbepalingen betreffende de rechten van de verdediging, welke inbreuk verzoekers' belangen schaaft). Als het Gerecht twijfelde aan het bestaan van die brief, had het zijn twijfel gemakkelijk kunnen wegnemen door de Commissie te verzoeken die brief over te leggen. Het Gerecht kan evenwel niet én het bestaan van het document in twijfel trekken én (in één en hetzelfde arrest) niet ingaan op het verzoek van rekwiranten de overlegging van dat document te gelasten. Het Gerecht kan, met andere woorden, beweringen niet weerleggen wegens onvoldoende bewijs, terwijl het zelf weigert de verschaffing van het aangeboden bewijs te gelasten.

16 — Cursivering van mij.

99. Door bovendien pas tot het arrest te wachten met de oplossing van procedurekwesties betreffende de aanvaarding of weigering van bewijsaanbiedingen, waarover het zich in een eerder stadium had behoren uit te spreken, aangezien het verzoek hiertoe reeds was gedaan in de loop van de schriftelijke procedure, heeft het Gerecht een processuele onregelmatigheid begaan.

100. Artikel 66 van het Reglement voor de procesvoering bepaalt immers, dat het Gerecht de nodig geachte maatregelen vaststelt bij wege van beschikking waarin de te bewijzen feiten zijn omschreven, en dat de beschikking aan partijen wordt betekend. Het ligt dan in dezelfde lijn — zulks te meer waar de verwerping van een bewijsaanbod de rechten van de verdediging kan schaden —, dat de beslissing waarbij het Gerecht de door partijen in de schriftelijke procedure gedane bewijsaanbiedingen verwerpt, eveneens bij beschikking wordt genomen en dat die beschikking eveneens aan partijen wordt betekend. Op die manier kunnen partijen dan tijdens de terechtzitting optreden met een beter inzicht in hun reële verweermogelijkheden en wordt tevens hun recht op „nadere bewijsaanbiedingen” (artikel 66, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering) gewaarborgd, indien de bewijzen die zij hadden aangeboden, niet in het dossier waren toegelaten.

101. Indien daarentegen de beslissing om een tijdens de schriftelijke procedure gevraagde bewijslevering niet toe te laten, pas bij het arrest wordt genomen, zoals in het onderhavige geval, is het de partijen die dit bewijs hebben gevraagd of voorgesteld, onmogelijk het Gerecht tijdens de terechtzitting te ver-

zoeken zijn beslissing te herzien, en tevens om tijdens diezelfde terechtzitting nieuwe bewijzen aan te dragen of voor te stellen in de plaats van de eerder voorgestelde, doch niet aanvaarde bewijzen.

102. Hoe ook, het is niet zozeer wegens de processuele onregelmatigheid dat ik voorstel het laatste middel in hogere voorziening te aanvaarden, als wel wegens het feit dat de bewijslevering niet is toegelaten. Om begrijpelijke redenen is de grief van misbruik van bevoegdheid jegens een instelling doorgaans niet gegrond op geloofwaardige bewijzen, maar op aan het Hof of het Gerecht voorgelegde min of meer serieuze aanwijzingen. Particulieren zijn normaal niet in staat iets anders te doen dan aanwijzingen door te geven en de productie van ondersteunende documenten of getuigenissen te verzoeken, indien dergelijke bewijselementen zich in handen van de beschuldigde instellingen bevinden. Indien de verstrekte aanwijzingen niet onaannemelijk zijn, is de ongerechtvaardigde afwijzing van dergelijke bewijzen dan ook des te laakbaarder, omdat rekwiranten door een dergelijke afwijzing meestal in hun handelingsmogelijkheden worden beknot.

103. Denkbaar is, dat het Gerecht in casu wellicht om materiële redenen niet heeft willen gelasten de brief van Sir Leon Brittan over te leggen, namelijk omdat het van mening was, dat gezien de door rekwiranten verstrekte inlichtingen, de inhoud van die brief niets toevoegde aan de andere gegevens waarover

het reeds beschikte. Over deze redenering (die door de Commissie inderdaad wordt verdedigd) ware te twisten, maar zij zou althans een standpunt weergeven over het belang of het onbelang van dit document.

delen, omdat het bij afwezigheid van een der eventueel beslissende bewijselementen voor de vaststelling van een misbruik van bevoegdheid niet mogelijk is met de nodige waarborgen een oordeel op dit punt te vellen.

104. Het is echter niet de uitlegging die het Gerecht in het boven aangehaalde punt 117 van het arrest geeft, waarom het de Commissie niet had gelast het verlangde document over te leggen: in feite heeft het geen enkele bevredigende verklaring gegeven, daar het enkel maar het hele bestaan van de brief in twijfel trekt en vaststelt dat het stuk niet in het dossier is opgenomen. Rekwiranten hadden het Gerecht echter nu juist gevraagd de overlegging te gelasten om het bestaan en de inhoud ervan vast te leggen.

107. Bijgevolg ben ik van mening, dat twee van de door rekwiranten aangevoerde middelen moeten worden aanvaard en dat derhalve aan de hogere voorziening recht behoort te worden gedaan.

De verwijzing van de zaak naar het Gerecht

105. Samenvattend ben ik van oordeel, dat er geen enkele reden was de bewijsaanvraag van rekwiranten af te wijzen, maar dat er integendeel goede redenen waren die in te willigen. Bovendien meen ik, dat waar het om een document gaat dat rekwiranten als een sleutелеlement beschouwen en dat zij niet zelf konden overleggen, omdat het zich bij een gemeenschapsinstelling bevond, het Gerecht de opmerking ervan in het dossier had moeten gelasten.

108. Aanvaarding ten gronde van het zevende middel in hogere voorziening houdt niet alleen vernietiging in van het arrest in eerste aanleg, maar stelt het Hof tevens in staat gebruik te maken van de hem in dat geval in artikel 54 van zijn Statuut-EG geboden mogelijkheid de zaak zelf af te doen. De oplossing zou dan eenvoudig zijn, de bestreden beschikking wegens onwettigheid nietig te verklaren.

106. Met deze conclusie is het overbodig het tweede onderdeel van het middel te behan-

109. Zou het Hof alleen het negende middel in hogere voorziening aanvaarden, dan kan het de zaak niet zelf afdoen. Immers, het zou zich volgens mij dan uitdrukkelijk moeten uitspreken over het al dan niet bestaan van

misbruik van bevoegdheid bij de Commissie, hetgeen wederom niet mogelijk is zonder dat de documenten waarvan de indiening is gevraagd, als bewijsmiddelen worden geleverd. Daar de bewijslevering duidelijk de grenzen van de procedure in hogere voorziening te buiten gaat, dient de zaak dus naar het Gerecht te worden verwezen.

110. Overeenkomstig artikel 122 van 's Hofs Reglement voor de procesvoering dient, aangezien de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak kan afdoen, verweerster in de kosten te worden verwezen. Over dit laatste behoeft geen uitspraak te worden gedaan, indien bij gegrondheid van het beroep het Hof de zaak niet zelf zou afdoen.

Conclusie

111. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

- 1) het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 15 januari 1997, SFEI e. a./Commissie (T-77/95), te vernietigen;
- 2) de beschikking van de Commissie, waarop dit arrest betrekking had, nietig te verklaren, en
- 3) de Commissie te verwijzen in de kosten.