

ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

19 oktober 1995 \*

In zaak C-19/93 P,

**Rendo NV**, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Hoogeveen,

**Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV**, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Almelo,

**Regionaal Energiebedrijf Salland NV**, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Deventer,

vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger, advocaat te Rotterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van S. Oostvogels, Rue Aldringen 13,

requiranten,

betreffende hogere voorziening tegen het op 18 november 1992 door het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Eerste kamer) in zaak T-16/91 gewezen arrest (Rendo e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-2417), en strekkende tot vernietiging van dat arrest,

\* Proceestaal: Nederlands.

andere partij bij de procedure:

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij C. Gómez de la Cruz, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

ondersteund door

**Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven NV**, vennootschap naar Nederlands recht, gevestigd te Arnhem, vertegenwoordigd door M. van Empel en O. W. Brouwer, advocaten te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van M. Loesch, advocaat aldaar, Rue Zithe 8,

interveniënte,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: C. N. Kakouris, kamerpresident, F. A. Schockweiler (rapporteur), P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray en H. Ragnemalm, rechters,

advocaat-generaal: G. Tesauro  
griffier: L. Hewlett, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 1 juni 1995,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 juli 1995,

het navolgende

### Arrest

- 1 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 21 januari 1993, hebben Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV en Regionaal Energiebedrijf Salland NV (hierna: „Rendo e. a.”) krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EG hogere voorziening ingesteld tegen het arrest van 18 november 1992 (zaak T-16/91, Rendo e. a./Commissie, Jurispr. 1992, blz. II-2417; hierna: „bestreden arrest”). Bij dit arrest verwierp het Gerecht van eerste aanleg hun beroep tot nietigverklaring van beschikking 91/50/EEG van de Commissie van 16 januari 1991 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.732 — IJsselcentrale e. a.) (PB 1991, L 28, blz. 32; hierna: „bestreden beschikking”).
- 2 In het bestreden arrest heeft het Gerecht het volgende vastgesteld (r. o. 2-23):

„1) *De betrokken ondernemingen*

— Verzoeksters zijn lokale elektriciteitsdistributiebedrijven in Nederland. Zij betrekken hun elektriciteit van een regionaal distributiebedrijf, de IJsselcentrale (ook wel „IJsselmij”; hierna: „IJC”).

- In mei 1988 dienden verzoeksters (of hun rechtsvoorgangsters) uit hoofde van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: 'verordening nr. 17') bij de Commissie een klacht in tegen IJC en de NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (hierna: 'SEP'). Zij stelden dat SEP en de elektriciteitsproductiebedrijven in Nederland verschillende inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag hadden gepleegd.
  
- SEP is een vennootschap die in 1949 door de elektriciteitsproductiebedrijven in Nederland is opgericht met als doel hun samenwerking gestalte te geven. Tot haar statutaire taken behoren: het beheer van het hoogspanningsnet, alsmede het sluiten van overeenkomsten met buitenlandse elektriciteitsbedrijven met betrekking tot de in- en uitvoer van elektriciteit en het gebruik van de internationale koppelnetverbindingen.
  
- Na verzoeksters' klacht gaf de Commissie de bestreden beschikking betreffende een Overeenkomst van Samenwerking (hierna: 'OVS'), gesloten tussen de elektriciteitsproductiebedrijven enerzijds en SEP anderzijds.

## 2) *De Overeenkomst van Samenwerking*

- De OVS is op 22 mei 1986 gesloten tussen SEP en haar aandeelhouders (de rechtsvoorgangers van de huidige vier elektriciteitsproductiebedrijven in Nederland). De overeenkomst is niet aangemeld bij de Commissie.
  
- Ingevolge artikel 21 van de OVS is SEP bij uitsluiting bevoegd elektriciteit in te voeren, en uit te voeren en zijn de deelnemers gehouden, in leveringsover-

eenkomsten met elektriciteitsdistributiebedrijven te stipuleren dat deze laatste geen elektriciteit zullen invoeren of uitvoeren. De bestreden beschikking en onderhavig geding betreffen deze bepaling.

### 3) *De nationale wettelijke regeling*

- In de overwegingen van de bestreden beschikking merkt de Commissie op, dat de ten tijde van de OVS van kracht zijnde Nederlandse wetgeving andere dan elektriciteitsbedrijven niet verbood om zelfstandig elektriciteit te importeren, doch dat voor invoer wel een vergunning nodig was, waarvoor in beginsel iedere geïnteresseerde in aanmerking kwam. In de bestreden beschikking wordt niets gezegd over een eventuele regeling van de export van elektriciteit.
  
- Op 8 december 1989 trad het merendeel van de bepalingen van een nieuwe wet, de Elektriciteitswet 1989, in werking. Volgens artikel 2 van deze wet hebben de vergunninghouders (dat wil zeggen de vier elektriciteitsproduktiebedrijven) en de ‚aangewezen vennootschap‘ (dat wil zeggen een vennootschap die door de minister van Economische zaken overeenkomstig artikel 8 van de wet wordt aangewezen om bepaalde door de wet toegekende functies te vervullen) tot taak gezamenlijk zorg te dragen voor het betrouwbaar en doelmatig functioneren van de landelijke openbare elektriciteitsvoorziening. Bij ministerieel besluit van 20 maart 1990 is SEP als zodanig aangewezen.
  
- In artikel 34 van de Elektriciteitswet, dat op 1 juli 1990 in werking is getreden, wordt bepaald dat het invoeren van elektriciteit bestemd voor de openbare voorziening, slechts is toegestaan aan de ‚aangewezen vennootschap‘ (tenzij het gaat om elektriciteit met een spanning van minder dan 500 V). Het is de distributiebedrijven derhalve bij de wet verboden, elektriciteit voor de openbare

elektriciteitsvoorziening te importeren. Blijkens de bestreden beschikking volgt daarentegen uit artikel 34, dat bepaalde eindverbruikers elektriciteit voor eigen gebruik mogen invoeren en daarvoor geen vergunning meer nodig hebben. Ingevolge artikel 47 moeten bedrijven die elektriciteitsleidingen in werking hebben, deze voor het transport van de aldus ingevoerde elektriciteit ter beschikking stellen aan een ieder die daarom verzoekt.

- De export van elektriciteit wordt niet geregeld in de Elektriciteitswet 1989. Overeenkomstig door de Nederlandse regering verstrekte inlichtingen leidt de Commissie hieruit af, dat zowel de distributiebedrijven als de eindverbruikers vrij mogen exporteren. In tegenstelling tot hetgeen is bepaald met betrekking tot de invoer, voorziet de wet evenwel geen transportverplichting ten behoeve van de uitvoer.

#### 4) *De administratieve procedure*

- Verzoeksters' klacht van mei 1988 vindt haar oorsprong in civiele procedures die zijn aangespannen wegens de toepassing door IJC van een invoer- en uitvoerverbod, gecombineerd met een exclusieve afnameplicht, alsmede wegens de oplegging van een egalisatiekostentoeslag. De klacht was gericht tegen de navolgende drie onderdelen:

- 1) het zowel in de Algemene SEP-Overeenkomst van 1971 (artikel 2) als in de OVS van 1986 (artikel 21) uitdrukkelijk opgenomen invoerverbod;
- 2) de uit de overeenkomsten van klagsters met IJC voortvloeiende exclusieve afnameplicht, die volgens klagsters mede een uitvloeisel is van het ter zake in de OVS bepaalde;

3) de bevoegdheid van IJC tot eenzijdige prijsbepaling en de aan klaagsters eenzijdig opgelegde egalisatietoeslag.

— Bij brief van 14 juni 1989, ondertekend door een afdelingshoofd van het directoraat-generaal Concurrentie (hierna: „DG IV”), deelde de Commissie verzoeksters mee, dat zij per 8 juni 1989 de punten van bezwaar had verzonden aan SEP en de andere partijen bij de OVS. In de brief werd verklaard dat de egalisatietoeslag geen voorwerp van deze procedure vormde, omdat daarvan geen merkbare beïnvloeding van de handel tussen Lid-Statens uitging.

5) *De bestreden beschikking*

— Het voorwerp van de bestreden beschikking is artikel 21 van de OVS, voor zover het betrekking heeft, respectievelijk door SEP wordt toegepast, op invoer door privéverbruikers en deze bepaling, in combinatie met de controle van SEP over de koppelnetten, de werking heeft invoer en uitvoer door deze verbruikers en uitvoer door distributiebedrijven te belemmeren (overweging 20, laatste alinea). Zij heeft dus betrekking op de eerste twee onderdelen van verzoeksters' klacht. Daarentegen heeft de beschikking geen betrekking op het derde onderdeel van de klacht: de door IJC opgelegde egalisatietoeslag (overweging 1, voorlaatste alinea).

— In de bestreden beschikking stelt de Commissie in de eerste plaats vast, dat de OVS een overeenkomst tussen ondernemingen als bedoeld in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag is, en dat het verbod tot invoer en uitvoer van elektrische energie door andere ondernemingen dan SEP een mededingingsbeperking vormt.

- In de tweede plaats merkt de Commissie met betrekking tot het gevolg van de Elektriciteitswet 1989 voor de OVS op, dat SEP zich op het standpunt stelt, dat de nieuwe wet niets aan de strekking van artikel 21 van de OVS heeft gewijzigd. Met betrekking tot de invoer van elektriciteit merkt zij op, dat de wet deze door anderen dan SEP verbiedt wanneer zij bestemd is voor de openbare voorziening, terwijl de invoer door eindverbruikers voor eigen verbruik is vrijgelaten. Zij leidt daaruit af, dat artikel 21 van de OVS op dit punt wordt toegepast op een wijze die verder gaat dan de wet. Met betrekking tot de uitvoer merkt de Commissie op, dat de Nederlandse regering haar heeft laten weten dat de uitvoer helemaal vrij is zowel voor de distributiemaatschappijen als voor particuliere verbruikers en dat deze regeling zowel geldt voor van het openbare net afgenomen als voor door de verbruikers opgewekte elektriciteit. Anders dan de regeling die geldt voor invoer — binnen de limiet waarin deze is toegestaan —, bevat de Elektriciteitswet 1989 geen transportverplichting ten behoeve van de uitvoer. Een potentiële exporteur zal zich dus, aldus de Commissie, met SEP moeten verstaan om het hoogspanningsnet hiervoor te kunnen gebruiken, en de rol die de SEP hierbij vervult, hangt af van de wijze waarop zij artikel 21 van de OVS toepast. De Commissie verbindt hieraan de slotsom, dat de handhaving van artikel 21 van de OVS in samenhang met het regime van de nieuwe wet nog steeds een inbreuk op artikel 85 vormt.
  
- In de derde plaats onderzoekt de Commissie, of artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag zich in casu tegen toepassing van artikel 85, lid 1, verzet.
  
- Ter zake stelt zij vast, dat zowel SEP als de in haar deelnemende productiebedrijven ondernemingen zijn, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang. Met betrekking tot de in- en uitvoer door particuliere eindverbruikers is zij evenwel van mening, dat de vervulling van de aan deze ondernemingen toevertrouwde taken niet door de toepassing van artikel 85 op de OVS wordt verhinderd. De absolute controle op de in- en uitvoer waarover SEP krachtens artikel 21 van de OVS beschikt, is niet onontbeerlijk voor de vervulling van haar algemene taak.



— Daarentegen stelt de Commissie met betrekking tot de invoer voor de openbare voorziening vast, dat het verbod voor produktie- en distributiebedrijven om buiten SEP om in te voeren, thans in artikel 34 van de Elektriciteitswet 1989 is vervat.

— Voor haar heeft dit de navolgende consequentie:

„De Commissie zal zich in het kader van de onderhavige procedure krachtens verordening nr. 17 van een oordeel onthouden of een dergelijke invoerbeperking in de zin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag gerechtvaardigd is. Zij zou anders namelijk vooruitlopen op de vraag of de nieuwe wet als zodanig met het EEG-Verdrag verenigbaar is, hetgeen niet het voorwerp van de onderhavige zaak vormt” (overweging 50 van de beschikking).

— De Commissie verklaart dat om dezelfde reden geen oordeel kan worden uitgesproken over het verbod voor produktiebedrijven om in het kader van de openbare voorziening uit te voeren. Een dergelijk verbod kan volgens haar worden afgeleid uit de leveringsplicht die artikel 11 van de Elektriciteitswet 1989 hun oplegt, waardoor zij worden verplicht hun elektriciteit alleen aan SEP te leveren en de hun door SEP geleverde elektriciteit uitsluitend aan distributiebedrijven te leveren (overweging 51, eerste alinea, van de beschikking).

— Ten slotte druipt het in artikel 21 van de OVS voorziene verbod voor distributiebedrijven om uit te voeren, ook buiten het kader van de openbare voorziening, volgens de Commissie in tegen het systeem van de nieuwe wet, waarin

deze uitvoer juist is vrijgelaten. Zij acht het dus twijfelachtig, of de partijen bij de OVS dit verbod kunnen handhaven en toepassen. Ervan uitgaande dat dit verbod niettemin in stand is gebleven, meent de Commissie, dat het niet door artikel 90, lid 2, kan worden gerechtvaardigd (overweging 51, tweede en derde alinea, en overweging 52 van de beschikking).

- Na te hebben vastgesteld dat niet aan de voorwaarden voor een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, is voldaan, heeft de Commissie de bestreden beschikking vastgesteld, waarvan het dispositief onder meer bepaalt:

### *„Artikel 1*

Artikel 21 van de op 22 mei 1986 tussen de rechtsvoorgangers van de huidige vier elektriciteitsproduktiebedrijven enerzijds en de NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven anderzijds gesloten Overeenkomst van Samenwerking, zoals toegepast in samenhang met de feitelijke controle over en de feitelijke invloed op internationale leveringen van elektriciteit, vormt een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voor zover genoemd artikel tot doel of gevolg heeft de invoer door particuliere en industriële verbruikers en de uitvoer van de elektriciteitsproduktie buiten het kader van de openbare voorziening door distributiebedrijven en particuliere industriële verbruikers, waaronder zelfopwekkers, te belemmeren.

### *Artikel 2*

De in artikel 3 genoemde vennootschappen moeten alle dienstige stappen ondernemen om aan de in artikel 1 bedoelde inbreuk een einde te maken.

Daartoe dienen zij binnen drie maanden na kennisgeving van de beschikking aan de Commissie voorstellen voor te leggen die erop gericht moeten zijn aan de inbreuk een einde te maken.'

Volgens artikel 3 van de beschikking is zij gericht tot SEP en de vier in Nederland gevestigde elektriciteitsproducenten. Bovendien is de beschikking ter kennis gebracht van verzoeksters."

- 3 Blijkens het bestreden arrest (r. o. 30) concludeerden Rendo e. a. dat het het Gerecht behage:

„— nietig te verklaren de beschikking van de Commissie van 16 januari 1991, doch slechts voor zover daarbij geen oordeel is gegeven over de toepassing van artikel 21 van de OVS op de invoer en uitvoer door distributiebedrijven, waaronder verzoeksters, in het kader van de openbare voorziening;

— de Commissie te gelasten, alsnog bij beschikking overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 te bepalen dat artikel 21 van de in artikel 1 van de beschikking a quo bedoelde overeenkomst, zoals toegepast in samenhang met de feitelijke controle over en de feitelijke invloed op internationale leveringen van elektriciteit, ook een inbreuk vormt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voor zover genoemd artikel tot doel of gevolg heeft de invoer en uitvoer in het kader van de openbare voorziening door distributiebedrijven te belemmeren, alsmede de in artikel 3 van de beschikking a quo genoemde vennootschappen te gelasten, aan de vastgestelde inbreuken een einde te maken;

— althans zodanige beslissing te geven als het Gerecht in goede justitie zal vermenen te behoren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten”.

4 De Commissie concludeerde tot verwerping van het beroep en hoofdelijke verwijzing van de verzoeksters in de kosten.

5 Het Gerecht heeft achtereenvolgens de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het eerste onderdeel van het beroep onderzocht, en daarbij een onderscheid gemaakt tussen de periode vóór en de periode na de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet.

6 Wat de ontvankelijkheid betreft, overwoog het Gerecht in het bestreden arrest (r. o. 57-62):

— „Het beroep is dus ontvankelijk voor zover het strekt tot nietigverklaring van de beslissing van de Commissie om zich voor de periode na de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet van een oordeel te onthouden over de invoerbeperkingen die voor de distributiebedrijven uit artikel 21 van de OVS voortvloeien.

— Met betrekking tot de periode vóór de inwerkingtreding van de wet wordt in de bestreden beschikking op geen enkele wijze aangegeven, welk gevolg de

Commissie denkt te geven aan de klacht, voor zover deze betrekking heeft op de invoerbepkeringen die enkel uit artikel 21 van de OVS voortvloeien. Zij spreekt zich niet uit over een definitieve afwijzing van de daarop betrekking hebbende grieven, noch over een verwijzing van het onderzoek van deze bepkeringen naar een andere procedure.

- Overigens is de bestreden beschikking weliswaar vastgesteld naar aanleiding van verzoeksters' klacht, doch heeft zij slechts gedeeltelijk hetzelfde voorwerp als de klacht. Enerzijds heeft de Commissie namelijk bezwaren in aanmerking genomen, die niet door verzoeksters waren aangevoerd, en anderzijds heeft zij slechts een gedeelte van de wel aangevoerde bezwaren behandeld. Zo zijn de egalisatietoeslag en de verweten inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag in de beschikking niet rechtens onderzocht.
  - Zo gezien kan de bestreden beschikking niet worden uitgelegd als een antwoord op onderdelen van de klacht die niet worden genoemd in de overwegingen en evenmin in het dispositief van de beschikking, zoals deze door het college van de Commissie zijn goedgekeurd.
  - Bijgevolg stelt het Gerecht vast, dat in de bestreden beschikking geen oordeel wordt gegeven over de gedurende de periode vóór de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet geldende invoerbepkeringen. Te dien aanzien heeft zij dus geen rechtsgevolgen teweeggebracht en op dat punt is er dus ook geen beschikking van de Commissie.
  - Bijgevolg moet het beroep niet-ontvankelijk worden verklaard, voor zover het strekt tot nietigverklaring van een beweerde beslissing van de Commissie om zich van een oordeel te onthouden over de gedurende die periode geldende invoerbepkeringen.”
- 7 Wat de gegrondheid betreft van de weigering van de Commissie om een oordeel uit te spreken over het invoerverbod voor elektriciteit tijdens de periode na de

inwerkingtreding van de Elektriciteitswet, oordeelde het Gerecht (r. o. 98, 99, 102, 105, 106, 107, 111 en 112 van het bestreden arrest):

- „In de eerste plaats is de stelling dat de Commissie, zodra zij een inbreuk heeft vastgesteld, verplicht is een beschikking te geven waarbij de betrokken ondernemingen wordt gelast daaraan een einde te maken, in strijd met de bewoordingen van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, volgens welke de Commissie een dergelijke beschikking *kan* vaststellen. Evenmin verleent artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 degene die krachtens dit artikel een verzoek heeft ingediend, recht op een definitieve beschikking van de Commissie betreffende het bestaan van de beweerde inbreuk (zie het arrest van het Hof van 18 oktober 1979, zaak 125/78, GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3173, inz. blz. 3189)” (r. o. 98).
  
- „Dit zou slechts anders kunnen zijn, indien het voorwerp van de klacht tot de exclusieve bevoegdheden van de Commissie behoorde. Met betrekking tot de toepassing van artikel 90, lid 2, heeft het Hof in zijn arrest van 18 juni 1991 (zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925, inz. blz. I-2962) overwogen dat de nationale rechter dient te beoordelen of de met artikel 86 strijdige gedragingen van een onderneming, belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, kunnen worden gerechtvaardigd door hetgeen de vervulling van de bijzondere taak waarmee deze onderneming eventueel is belast, vereist. Uit deze rechtspraak blijkt dat de Commissie niet bij uitsluiting bevoegd is om toepassing te geven aan artikel 90, lid 2, eerste zinsnede, EEG-Verdrag (zie eveneens het arrest van het Hof van 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed, Jurispr. 1989, blz. 803, inz. blz. 853). Bijgevolg is in casu de Nederlandse rechter eveneens bevoegd de in verzoeksters' klacht opgeworpen vraag te onderzoeken” (r. o. 99).
  
- „Ter zake stelt het Gerecht vast, dat artikel 21 van de OVS en artikel 34 van de Elektriciteitswet 1989 beide beperkingen voor de invoer van elektriciteit door distributiebedrijven bevatten. Artikel 21 van de OVS dient door middel van leveringsovereenkomsten tussen de deelnemers aan de OVS en distributiebedrijven te verzekeren dat deze laatste geen elektriciteit invoeren, eventueel enkele leveringen van minder belang in de grensgebieden uitgezonderd. Bij

artikel 34 van de Elektriciteitswet, waarin de invoer van elektriciteit, bestemd voor de openbare voorziening, wordt voorbehouden aan SEP, wordt de distributeurs deze invoer verboden, met uitzondering van de invoer van elektriciteit met een spanning van minder dan 500 V. De strekking van het verbod in de OVS verschilt dus licht van die van het verbod in de Elektriciteitswet” (r. o. 102).

- „In die omstandigheden had het onderzoek van de verenigbaarheid van de nationale wet met het gemeenschapsrecht voorrang boven het onderzoek van de OVS. Zolang namelijk de onverenigbaarheid van deze wet met het EEG-Verdrag niet vaststaat, kan de vaststelling dat de OVS een inbreuk oplevert, slechts praktische gevolgen hebben, voor zover de daarin voorziene beperkingen verder gaan dan die welke uit de wet voortvloeien” (r. o. 105).
  
- „Dit is inzonderheid een uitvloeisel van het feit dat de Commissie ondernemingen niet kan verplichten zich in strijd met een nationale wet te gedragen, zulks om een einde te maken aan een inbreuk op artikel 85, zonder deze wet aan het gemeenschapsrecht te toetsen” (r. o. 106).
  
- „De vraag van de verenigbaarheid van artikel 34 van de Elektriciteitswet met het Verdrag kan het onderwerp uitmaken van een gedachtenwisseling op politiek of institutioneel vlak. De geschikte procedure welke de Commissie kan gebruiken om vragen te behandelen waarbij belangen van nationale openbare orde op het spel staan, is de procedure van artikel 169 EEG-Verdrag, waarbij de Lid-Staten rechtstreeks worden betrokken en waarin het Hof in voorkomend geval dient vast te stellen dat een nationale wet een schending van het Verdrag oplevert” (r. o. 107).
  
- „Hieruit volgt dat de onderhavige beschikking van de Commissie gerechtvaardigd is. Overigens schaadt dit resultaat niet de rechtsbescherming, die particu-

lieren toekomt die bij de Commissie een klacht in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 hebben ingediend. Weliswaar is het mogelijk dat de procedure krachtens artikel 169 EEG-Verdrag resultaten oplevert die degenen die een klacht hebben ingediend, ontoereikend zullen achten. Verzoeksters' klacht is evenwel niet afgewezen, doch is nog bij de Commissie in behandeling. In voorkomend geval zullen verzoeksters dus om voortzetting van de procedure krachtens de verordeningen nr. 17 en nr. 99/36 kunnen verzoeken, waarin zij hun procedurele rechten ten volle zullen kunnen doen gelden. Het Gerecht loochent niet dat de uitoefening van deze procedurele rechten in dat geval een aanzienlijke vertraging lijdt, doch deze is onvermijdelijk, aangezien de procedure krachtens artikel 169 EEG-Verdrag in casu voorrang heeft boven de procedure krachtens artikel 3 van verordening nr. 17" (r. o. 111).

— „Bij onderzoek van onderhavige beschikking is het Gerecht niet gebleken dat de Commissie heeft gedwaald ten aanzien van het recht of de feiten of een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt, door zich te onthouden van een oordeel over de vraag of de onderhavige invoerbepalingen gerechtvaardigd waren uit hoofde van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag. Het middel ontleend aan schending van het communautaire mededingingsrecht en van enkele algemene rechtsbeginselen is dus niet gegrond" (r. o. 112).

8 Op verzoek van requiranten is de procedure opgeschort tot januari 1995, om te onderzoeken welke gevolgen moeten worden verbonden aan het arrest van 27 april 1994 (zaak C-393/92, Almelo, Jurispr. 1994, blz. I-1477).

9 In het arrest Almelo heeft het Hof, uitspraak doende op door het Gerechtshof te Arnhem gestelde vragen, onder meer voor recht verklaard:

a) Artikel 85 van het Verdrag verzet zich tegen de toepassing, door een regionaal distributiebedrijf van elektrische energie, van een in de algemene verkoopvoor-



waarden opgenomen exclusieve afnameclausule, die een lokale distributeur verbiedt om voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit in te voeren en die, gelet op haar economische en juridische context, de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt.

b) Artikel 86 van het Verdrag verzet zich tegen de toepassing, door een regionaal distributiebedrijf van elektrische energie, van een in de algemene verkoopvoorwaarden opgenomen exclusieve afnameclausule, die een lokale distributeur verbiedt om voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit in te voeren en die, gelet op haar economische en juridische context, de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt, voor zover dat distributiebedrijf deel uitmaakt van een groep van ondernemingen die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt een collectieve machtspositie innemen.

c) Artikel 90, lid 2, van het Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat de toepassing, door een regionaal distributiebedrijf van elektrische energie, van een dergelijke exclusieve afnameclausule niet onder de verbodsbepalingen van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag valt, voor zover die beperking van de mededinging noodzakelijk is om het distributiebedrijf in staat te stellen, zijn taak van algemeen belang te vervullen. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan, of aan deze voorwaarde is voldaan.

10 Requiranten voeren drie middelen aan, ontleend aan onjuiste motivering van het arrest, ontbreken van motivering van de voorrang die is gegeven aan de procedure van artikel 169 van het Verdrag, en rechtsdwaling door het Gerecht.

11 De Commissie trekt de ontvankelijkheid van de hogere voorziening in twijfel en betwist de gegrondheid van de middelen.

## De ontvankelijkheid van de hogere voorziening

- 12 Ter terechtzitting van het Hof van 1 juni 1995 heeft de Commissie, zonder formeel een exceptie van niet-ontvankelijkheid op te werpen, zich afgevraagd, of requiranten belang hebben bij de voortzetting van de hogere voorziening. De Commissie stelt, dat zij, nadat de hogere voorziening was ingesteld, tegen het Koninkrijk der Nederlanden de procedure van artikel 169 van het Verdrag heeft ingeleid, betreffende het door de Elektriciteitswet opgelegde invoerverbod. Bovendien heeft het Hof in het arrest Almelo verklaard, dat artikel 90, lid 2, van het Verdrag door de nationale rechter kan worden toegepast, zodat Rendo e. a. voor de nationale rechter tegen de exclusieve afnameclausule kunnen opkomen.
- 13 Het Hof kan ambtshalve het ontbreken van procesbelang van een partij bij het instellen of voortzetten van een hogere voorziening opwerpen wanneer zich na het arrest van het Gerecht een feit heeft voorgedaan waardoor dit arrest niet langer nadelig is voor de requirant, en op die grond de hogere voorziening niet-ontvankelijk of zonder voorwerp verklaren. Het bestaan van procesbelang onderstelt immers, dat de uitslag van de hogere voorziening in het voordeel van de requirant kan zijn.
- 14 Wat het belang van requiranten betreft bij de voortzetting van de hogere voorziening, zij erop gewezen, dat het Hof zich nog niet heeft uitgesproken over het door de Commissie tegen het Koninkrijk der Nederlanden ingestelde beroep wegens niet-nakoming.
- 15 Wat het tweede onderdeel van de opgeworpen exceptie betreft, zij eraan herinnerd, dat het Hof in het arrest Almelo de onverenigbaarheid met het Verdrag heeft vastgesteld van de toepassing, door een regionaal distributiebedrijf van elektrische

energie, van een in de algemene verkoopvoorwaarden opgenomen exclusieve afnameclausule, die een lokale distributeur verbiedt om voor de openbare voorziening bestemde elektriciteit in te voeren. Ingevolge dat arrest is de verwijzende rechter dus verplicht de nietigheid vast te stellen van de betrokken clausule in de contractuele betrekkingen tussen de partijen in het hoofdgeding.

- 16 Genoemd arrest is gewezen in een procedure die ten minste voor een deel een ander voorwerp heeft. Het kan dus geen gevolgen hebben voor het belang van requiranten bij een vordering tot vernietiging van het arrest waarbij hun beroep tegen een beschikking van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag, is verworpen.

#### Het middel ontleend aan onjuiste motivering van het arrest

- 17 Volgens requiranten is het bestreden arrest gebrekkig wegens onjuiste motivering. Het Gerecht zou immers hebben geoordeeld dat, indien het voorwerp van de klacht tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie had behoord, de klagsters recht zouden hebben gehad op een definitieve beschikking van de Commissie betreffende het bestaan van de beweerde inbreuk wat de periode na de inwerking-treding van de Elektriciteitswet betreft. Het Gerecht zou echter de exclusieve bevoegdheid van de Commissie om artikel 90, lid 2, eerste volzin, toe te passen, hand hebben ontkend zonder de tweede volzin van deze bepaling in de beschouwing te betrekken.
- 18 Beschouwd in de context van de redenering van het Gerecht, kan de verwijzing naar artikel 90, lid 2, eerste volzin, van het Verdrag niet aldus worden uitgelegd, dat het Gerecht een onderscheid heeft willen maken tussen deze twee volzinnen, en heeft willen vaststellen dat de Commissie bij uitsluiting bevoegd is ter zake van de toepassing van de tweede volzin.

19 Zoals de Commissie terecht stelt, is dit middel van de hogere voorziening gebaseerd op een onjuiste lezing van rechtsoverweging 99 van het arrest van het Gerecht, waar de vraag van de toepassing van de tweede volzin van artikel 90, lid 2, van het Verdrag bovendien niet aan de orde is geweest.

20 Uit een en ander volgt, dat dit middel moet worden afgewezen.

**Het middel ontleend aan ontbreken van motivering van de voorrang van artikel 169 van het Verdrag**

21 Requiranten stellen, dat het Gerecht niet heeft uiteengezet, waarom de Commissie de voorrang mocht geven aan de procedure van artikel 169 van het Verdrag boven die van artikel 3 van verordening nr. 17.

22 Dienaangaande zij erop gewezen, dat het Gerecht in de rechtsoverwegingen 105-107 van het bestreden arrest enkel heeft gezegd, dat de vaststelling van de onverenigbaarheid van de OVS met het Verdrag geen praktische gevolgen kon hebben, zolang de onverenigbaarheid van de Elektriciteitswet met het Verdrag niet was vastgesteld, en dat de geschikte procedure om de strijdigheid van deze wet met het Verdrag vast te stellen, die van artikel 169 van het Verdrag is.

- 23 Uit een en ander volgt, dat het Gerecht niet de bedoeling had een rangorde te bepalen tussen de procedure van verordening nr. 17 en de niet-nakomingsprocedure, die overigens verschillende personen en handelingen betreffen, maar heeft geoordeeld, dat de Commissie op goede gronden kon menen, dat de meest geschikte procedure voor het onderzoek van de verenigbaarheid van de Elektriciteitswet met het Verdrag, die van het beroep wegens niet-nakoming was.
- 24 Hieruit volgt, dat ook dit middel moet worden afgewezen.

#### **Het middel ontleend aan rechtsdwaling in het arrest**

- 25 Requiranten stellen, dat het Gerecht de bestreden beschikking onjuist heeft gekwalificeerd, waar het oordeelde dat daarin geen uitspraak is gedaan over de gedurende de periode vóór de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet geldende invoerbeperkingen, nu de Commissie blijkens rechtsoverweging 34 van het bestreden arrest zelf heeft erkend, „dat in de bestreden beschikking verzoeksters' klacht gedeeltelijk en impliciet wordt afgewezen”. Het Gerecht zou het beroep op dit punt dus ten onrechte niet-ontvankelijk hebben verklaard.
- 26 Dienaangaande zij erop gewezen, dat de juridische kwalificatie door het Gerecht van een handeling, inzonderheid de vaststelling dat deze handeling geen rechtsgevolgen teweegbrengt, een rechtsvraag is die in het kader van een hogere voorziening aan de orde kan worden gesteld.

- 27 Met het oog op een uitspraak over de gegrondheid van dit middel, zij eraan herinnerd, dat het Hof heeft geoordeeld dat de Commissie, wanneer bij haar een verzoek krachtens verordening nr. 17 is ingediend, weliswaar niet verplicht is bij beschikking het bestaan vast te stellen van een inbreuk op de mededingingsregels dan wel over te gaan tot een onderzoek van de klacht, maar wel gehouden is de door de klager aangevoerde middelen feitelijk en rechtens nauwgezet te onderzoeken, teneinde uit te maken of er sprake is van een mededingingsbeperkende gedraging. Wanneer bovendien wordt besloten de zaak zonder gevolg te laten, is de Commissie gehouden haar besluit met redenen te omkleeden, zodat het Gerecht in staat is te onderzoeken of het gebrekkig is wegens dwaling ten aanzien van de feiten of het recht, of wegens misbruik van bevoegdheid.
- 28 Een instelling die bevoegd is inbreuken vast te stellen en daarvoor een sanctie op te leggen, en bij wie particulieren een klacht kunnen indienen — zoals de Commissie in het kader van het mededingingsrecht —, verricht dus noodzakelijkerwijs een handeling met rechtsgevolgen wanneer zij die klacht geheel dan wel gedeeltelijk seponeert (arrest van 16 juni 1994, zaak C-39/93 P, SFEI e. a., Jurispr. 1994, blz. I-2681, r. o. 27, en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 29 Uit een en ander volgt, dat het Gerecht heeft gedwaald ten aanzien van het recht, door te oordelen, dat de bestreden beschikking, wat de gedurende de periode vóór de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet geldende invoerbeperkingen betreft, geen rechtsgevolgen had teweeggebracht, en dat het beroep op dat punt niet-ontvankelijk moest worden verklaard.
- 30 Het middel is derhalve gegrond, zodat het arrest op dit punt moet worden vernietigd.

## Verwijzing naar het Gerecht

31 Artikel 54, eerste alinea, van 's Hof's Statuut-EG bepaalt:

„In geval van gegrondheid van de hogere voorziening vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht. Het kan dan zelf de zaak afdoen wanneer deze in staat van wijzen is, dan wel haar voor afdoening verwijzen naar het Gerecht.”

32 Aangezien de zaak niet in staat van wijzen is, moet zij naar het Gerecht worden verwezen.

## Kosten

33 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Nu requiranten wat twee van de drie middelen in hogere voorziening betreft, in het ongelijk zijn gesteld en met het derde middel de gedeeltelijke vernietiging van het arrest van het Gerecht hebben verkregen, dient elk der partijen in de eigen kosten van deze instantie te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

- 1) Vernietigt het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 18 november 1992 in zaak T-16/91, voor zover daarin is geoordeeld, dat beschikking 91/50/EEG van de Commissie van 16 januari 1991 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/32.732 — IJsselcentrale e. a.), wat de gedurende de periode vóór de inwerkingtreding van de Elektriciteitswet geldende invoerbepkeringen betreft, geen rechtsgevolgen had teweeggebracht en dat het beroep op dat punt niet-ontvankelijk moest worden verklaard.
- 2) Wijst de hogere voorziening voor het overige af.
- 3) Verwijst de zaak naar het Gerecht van eerste aanleg.
- 4) Verstaat dat elk der partijen de eigen kosten van deze instantie zal dragen.

Kakouris

Schockweiler

Kapteyn

Murray

Ragnemalm



Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 oktober 1995.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

C. N. Kakouris