

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GIUSEPPE TESAURO

föredraget den 11 juli 1995 *

1. Genom det förevarande överklagandet vill Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV och Regionaal Energiebedrijf Salland NV (nedan kallade "klagandena"), bolag bildade enligt nederländsk rätt, att domstolen skall upphäva förstainstansrättens dom av den 18 november 1992 i mål T-16/91 (nedan kallad "domen")¹ i vilken förstainstansrätten har delvis avvisat och delvis ogillat deras talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 91/50/EEG av den 16 januari 1991 (nedan kallad "beslutet")².

Bakgrund och tillämplig nationell lagstiftning

2. I Nederländerna är eldistributionen organiserad i tre nivåer. Fyra producenter levererar till regionala distributörer, vilka i sin tur levererar till lokala distributörer som slutligen säljer elenergin till de slutliga förbrukarna.

Det aktuella överklagandet hänför sig till en utdragen och komplicerad avtalsrättslig domstolsprocess som inleddes för mer än sex år sedan och i vilken ett stort antal parter är inblandade. Tvisten avser frågan huruvida vissa i Nederländerna rådande restriktioner av import och export av elenergi är förenliga med konkurrensreglerna i fördraget.

Producenterna bildade den 3 juni 1949 en företagssammanslutning kallad NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (nedan kallad "SEP")³, till vilken de anförtrorde förvaltningen av högspänningsnätet och handhavandet av kontakterna med utländska elföretag i fråga om import och export av elektricitet.

3. Den 22 maj 1986 ingick SEP och dess aktieägare ett avtal ("Overeenkomst van

* Originalspråk: italienska.

1 — Rendo m. fl. mot kommissionen (Rec. s. II-2417).

2 — Beslut av kommissionen i ett förfarande angående tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/32.732—Ijsselcentrale m. fl., EGT nr L 28, s. 32).

3 — Intervenant till stöd för kommissionen i det förevarande förfarandet.

Samenwerking”, nedan kallat ”OVS-avtalet”) vilket inte anmäldes till kommissionen. Enligt artikel 21 i detta avtal är det endast SEP som får importera och exportera elektricitet. Vidare har dess aktieägare åtagit sig att ålägga ett uttryckligt förbud för sina avtalskontrahenter, dvs. regionala och lokala distributörer, att importera och exportera elektricitet⁴.

dena år 1988 en ansökan till kommissionen enligt artikel 3 i rådets förordning nr 17⁵ (nedan kallad ”förordning nr 17”). Ansökan avsåg frågan om följande omständigheter var förenliga med gemenskapens konkurrensregler: a) det uttryckliga importförbudet i såväl OVS-avtalet som i den föregående allmänna SEP-överenskommelsen från 1971⁶, b) den exklusiva inköpsförpliktelsen, vilken även innebar ett importförbud, c) IJC: s befogenhet att ensidigt bestämma priser och att ta ut ett tilläggsbelopp.

Klagandena är lokala eldistributionsbolag som köper elektricitet från det regionala distributionsbolaget IJsselcentrale (vilket år 1988 bytte namn till IJsselmij, nedan kallat ”IJC”). Det senare hade sedan år 1985 ålagt klagandena — utöver en exklusiv inköpsförpliktelse, vilken förstärkte importförbudet i OVS-avtalet — att betala ett tilläggsbelopp (kallat ”utjämningsavgift”) som var avsett att täcka de högre kostnader som IJC hade för distribution av elektricitet på landsbygden, vilken inte utfördes av de lokala eller de andra regionala distributörerna.

5. Enligt den nederländska lagstiftning som var i kraft fram till den 8 december 1989⁷, och som således gällde när OVS-avtalet ingicks, fick alla som hade fått tillstånd till det importera elektricitet. Från och med den 1 juli 1990 var däremot, enligt artikel 34 i den nya lagen om elektricitet (”Elektriciteitswet” från 1989, nedan kallad ”ETW”), rätten att importera elenergi som var avsedd för den offentliga sektorn uteslutande förbehållen SEP⁸ i egenskap av ”utsett bolag” i enlighet med ett ministerbeslut enligt artikel 8 i ETW. I samma lag avreglerades dessutom import avsedd för privat konsumtion, medan föreskrifter avseende export saknades.

4. Till följd av en tvist om huruvida detta tilläggsbelopp var rättsenligt inlämnade klagan-

4 — Från detta förbud undantas enligt punkt 3 i artikel 21 i OVS-avtalet leveranser avseende en maximieffekt om 5 000 kW med en spänningsstyrka på 15 kV.

5 — Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av EEG-fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr 13, s. 204).

6 — I det allmänna SEP-avtalet från 1971, vilket i sin helhet har ersatts av OVS-avtalet, fanns klausuler med liknande innehåll.

7 — Det datum då flertalet av bestämmelserna i den nya lagen om elektricitet trädde i kraft. Se beträffande denna lag den omedelbart följande texten.

8 — Med undantag för elektricitet med en spänningsstyrka som är mindre än 500 volt.

Kommissionens beslut

6. Den 16 januari 1991 fattade kommissionen det omtvistade beslutet, i vilket angavs att det enbart avsåg de import- och exportrestriktioner i fråga om elenergi som följde av avtalet och att någon bedömning av tilläggsavgiften (som ansågs sakna inverkan på handeln mellan medlemsstater) inte hade gjorts. I beslutet fastställdes följande:

— Artikel 21 i OVS-avtalet innebar en konkurrensbegränsning enligt artikel 85.1 i fördraget och fortsatte att innebära en sådan även under det system som hade införts genom ETW⁹.

— Medan det enligt konkurrensreglerna inte var förbjudet för SEP att på ett korrekt sätt utföra den tjänst av allmänt intresse som det hade anförtrotts, innebar dock de omtvistade restriktionerna, såvitt avser den *privata* konsumtionen, att handeln äventyrades i en med gemenskapens intressen oförenlig omfattning, varför förutsättningar att tillämpa artikel 90.2 i fördraget saknades¹⁰.

— I och med att importförbudet avseende elenergi avsedd för den *offentliga* konsumtionen hade stadfäst i artikel 34 i ETW måste bedömningen av detta förbuds tillåtlighet föregås av en prövning av den nationella lagens förenlighet med gemenskapsrätten, vilken måste ske i ett härför lämpligt förfarande¹¹.

7. I beslutet fastställs således i klara ordalag — det framgår av själva beslutsmeningen — att artikel 21 i OVS-avtalet är oförenlig med fördraget, eftersom den utgör ett hinder för import och export av elektricitet avsedd för *privat* konsumtion. Vidare hänvisas det i beslutet, såvitt avser prövningen av restriktioner som införts *efter* antagandet av ETW på sektorn för den *offentliga* konsumtionen, till utgången av en talan om fördragsbrott, medan någon sådan hänvisning inte görs beträffande de restriktioner som påstås ha förelegat under tiden *dessförinnan*.

8. Genom en skrivelse av den 20 november 1991 underrättade kommissionen klagandena om att den avsåg att väcka en talan om fördragsbrott angående de omständigheter som hade anmälts. Den tog även tillfället i akt att precisera det antagna beslutets räckvidd och bekräftade att tilläggsbeloppet saknade

9 — Punkt 21—38 i beslutet.

10 — Punkt 39—48 i beslutet.

11 — Punkt 50 i beslutet.

gemenskapsrättslig betydelse. Den betecknade själva beslutet som ett delvist avslag på ansökan till den del det avsåg restriktioner för elimport avsedd för offentlig konsumtion under tiden *innan* ETW trädde i kraft ¹².

Den 13 juni 1994 väckte kommissionen talan enligt artikel 169 i fördraget och yrkade att domstolen skulle fastställa att Konungariket Nederländerna hade åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 30 och 37 i fördraget genom att bevilja en ensamrätt för import av elektricitet som var avsedd för offentlig konsumtion. Detta mål pågår fortfarande ¹³.

Förstainstansrättens dom

9. Klagandena yrkade i ansökan, som inkom den 14 mars 1991, att förstainstansrätten bland annat skulle ogiltigförklara beslutet till den del kommissionen inte hade uttalat sig om tillämpningen av artikel 21 i OVS-avtalet på eldistributionsföretagens import och export av elektricitet för *offentlig* konsumtion.

12 — Klagandena väckte talan även angående denna skrivelse vid förstainstansrätten. Genom beslut av den 29 mars 1993 (Rendo m. fl. mot kommissionen, T-2/92, ej publicerad i Recueil) avvisades talan på grund av att den avsåg en rättsakt som saknade beslutsinnehåll och som därför inte kunde ha rättsverkan.

13 — Mål C-157/94, kommissionen mot Nederländerna.

10. Förstainstansrätten avvisade i den nu överklagade domen talan i vissa delar och ogillade den i övrigt.

Förstainstansrätten, som konstaterade att kommissionen överhuvudtaget inte hade uttalat sig om förbudet att importera elektricitet för *offentlig* konsumtion under tiden *innan* ETW trädde i kraft, ansåg närmare bestämt att beslutet inte utgjorde en sådan rättsakt varom talan kan väckas enligt artikel 173 och avvisade därför talan i denna del ¹⁴.

Förstainstansrätten konstaterade att den del av beslutet där kommissionen förklarar sig avstå från att ta ställning till tiden *efter* att ETW trädde i kraft, kan ha rättsverkan och kan inverka på klagandenas rätt till försvar. Den förklarade följaktligen att talan kunde prövas i sak i denna del ¹⁵.

11. Förstainstansrätten ansåg i denna del att talan huvudsakligen vilade på följande tre olika grunder: a) åsidosättande av gemenskapens konkurrensregler och vissa allmänna

14 — Punkt 58—62.

15 — Punkt 44—57.

rättsprinciper, b) åsidosättande av skyldigheten att motivera avgöranden, c) åsidosättande av väsentliga förmånsföreskrifter, i synnerhet den skyldighet som kommissionen har att bereda sökanden tillfälle att inom viss tid inkomma med skriftliga synpunkter i de fall som kommissionen avser att avslå ansökan¹⁶.

Beträffande den första grunden, i synnerhet i fråga om underlåtenheten att uttala sig om huruvida importrestriktionerna var tillåtna enligt artikel 90.2 i fördraget, erinrade förstainstansrätten framför allt om att kommissionen inte är *skyldig* att fatta beslut om att företag skall upphöra med överträdelse som konstateras, utan har *rätt* att göra detta. Inte heller innebär artikel 3.2 i förordning nr 17 att sökanden har rätt att erhålla ett beslut i vilket det fastställs att den konstaterade överträdelsen föreligger¹⁷.

12. Enligt förstainstansrätten skulle en sådan skyldighet föreligga enbart om föremålet för ansökan låg inom ramen för kommissionens exklusiva behörighet. Det ankommer tvärtom enligt domstolens rättspraxis på senare

tid¹⁸ även på den nationella domstolen att bedöma om konkurrensbegränsande handlingar av ett företag som har anförtratts att tillhandahålla en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse kan vara motiverade enligt artikel 90.2 i fördraget.

13. Efter att ha erinrat om det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har när det gäller ansökningar från enskilda enligt artikel 3 i förordning nr 17, bedömde förstainstansrätten om kommissionen hade gjort en felaktig rättstillämpning, en uppenbart felaktig bedömning eller begått något faktiskt fel.

Förstainstansrätten anmärkte i samband därmed att de importförbud som angavs i artikel 21 i OVS-avtalet och i artikel 34 i ETW kunde, om det än fanns vissa smärre skillnader mellan dem, ge upphov till samma verkningar. Enligt förstainstansrätten följer härav att kommissionen med rätta kunde anse att det först måste prövas om den nationella lagen är förenlig med gemenskapsrätten innan en motsvarande prövning kan göras beträffande OVS-avtalet. Kommissionen saknar nämligen befogenhet att ålägga företag att handla i strid med en nationell lag, utan att det har avgjorts om den sistnämnda är

16 — Artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT nr L 127, s. 2268).

17 — Punkt 98, i vilken det hänvisas till domstolens dom av den 18 oktober 1979, GEMA mot kommissionen (125/78, Rec. s. 3189).

18 — Se domen av den 18 juni 1991, ERT (C-260/89, Rec. s. I-2925), och domen av den 11 april 1989, Ahmed Saeed m. fl. (66/86, Rec. s. 803), till vilka förstainstansrätten har hänvisat.

förenlig med gemenskapsrätten. Dessutom kan kommissionen för att nå ett sådant avgörande inleda ett lämpligare förfarande, nämligen det som anges i artikel 169 i fördraget¹⁹.

något faktiskt fel genom att underlåta att uttala sig om huruvida restriktionerna i fråga var förenliga med artikel 90.2 i fördraget, ogillade förstainstansrätten därför talan i den del som inte hade avvisats.

14. En sådan slutsats utgör enligt förstainstansrätten inte någon inskränkning av det rättsliga skyddet för enskilda som har gjort en ansökan enligt förordning nr 17. Ansökan, vilken inte har avslagits utan fortfarande är anhängig vid kommissionen, kan nämligen aktualiseras på nytt av sökandena om förfarandet enligt artikel 169 inte leder till resultat som dessa anser vara tillfredsställande.

Förstainstansrätten konstaterade visserligen att detta skulle innebära en betydande förseening i utövandet av sökandenas rätt till svar, men ansåg att en sådan verkan var oundviklig i det förevarande målet eftersom förfarandet enligt artikel 169 i fördraget av ovan angivna skäl måste föregå ett förfarande enligt artikel 3 i förordning nr 17²⁰.

15. Efter att ha slagit fast att kommissionen inte hade gjort en felaktig rättstillämpning, en uppenbart felaktig bedömning eller begått

Domens i målet Gemeente Almelo

16. I samma tvist begärde en nederländsk domstol, till vilken klagandena hade överklagat en skiljedom i vilken anspråk liknande de som nu är aktuella hade lämnats utan avseende, att domstolen skulle meddela ett förhandsavgörande av frågan om det var förenligt med artiklarna 37, 85, 86 och 90 i EEG-fördraget att ha ett sådant förbud mot import av elenergi *avsedd för offentlig konsumtion* som hade angetts i de allmänna avtalsvillkoren för ett regionalt eldistributionsföretag mellan år 1985 och år 1989, eventuellt i förening med ett importförbud i en överenskommelse mellan inhemska producenter.

Som bekant fastställde domstolen i sin dom av den 27 april 1994²¹ att a) det strider mot artikel 85 i fördraget att ha en avtalsklausul som innebär att den lokala distributören inte

19 — Punkt 102—107.

20 — Punkt 111.

21 — Gemeente Almelo (C-393/92, Rec. s. I-1477).

får importera elenergi som är avsedd för offentlig distribution, b) det strider mot artikel 86 i fördraget att en regional eldistributör som tillhör en grupp företag som tillsammans har en kollektivt dominerande ställning tillämpar en exklusiv inköpsklausul i förening med ett importförbud, c) det ankommer på den nationella domstolen att pröva om förutsättningarna för att tillämpa artikel 90.2 i fördraget är uppfyllda.

Överklagandet av domen

17. Klaganden har genom en skrivelse, som inkom den 21 januari 1993, överklagat domen till domstolen och yrkat att den sistnämnda skall a) upphäva domen, b) delvis ogiltigförklara beslutet i enlighet med den ursprungliga talan i förstainstansrätten, eller i andra hand återförvisa målet till förstainstansrätten för att denna skall avgöra frågan om beslutet delvis skall ogiltigförklaras, c) förplikta kommissionen och/eller intervenienten att ersätta rättegångskostnaderna i förstainstansrätten, samt kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i domstolen ²².

22 — Målet har på klagandenas begäran varit vilandeförklarat i avvaktan på att dom skulle avkunnas i det ovan nämnda målet Gemeente Almelo och har, likaså på klagandenas begäran, återupptagits först i januari 1995.

Klagandenas berättigade intresse av att få saken prövad

18. Kommissionen har, utan att framställa någon formell invändning därom, uttryckt vissa tvivel om huruvida klagandena har något berättigat intresse av att få saken prövad. Enligt kommissionen skulle nämligen klagandenas önskemål helt och fullt ha uppfyllts genom domen i målet Gemeente Almelo eftersom det i denna har slagits fast att de omtvistade restriktionerna — även i fråga om sektorn för *offentlig* konsumtion som inte hade bedömts i beslutet — var oförenliga med fördraget.

Kommissionen har även gjort gällande att restriktionerna i fråga i vilket fall som helst hittills inte har vållat klagandena någon skada, och inte heller riskerar att göra det i framtiden eftersom klagandena aldrig har varit verksamma inom elimportbranschen och inte heller kan tänkas bli det med hänsyn till att de nederländska taxorna ligger på en lägre nivå än de som tillämpas i grannländerna.

19. Det skall genast anmärkas att domstolen, utan att någon uttrycklig invändning har framställts, på eget initiativ kan förklara att det inte finns något berättigat intresse av att få saken prövad och avvisa överklagandet ²³.

23 — Se i detta avseende beslutet av den 24 september 1987, Vlachou (134/87, Rec. s. 3633).

För att kunna konstatera att en part saknar berättigat intresse av att överklaga en dom av förstainstansrätten i vilken parten inte har vunnit bifall till sin talan i den mening som avses i artikel 49 andra stycket i domstolens stadga, krävs att det föreligger en ny omständighet som har sådana rättsliga verkningar att en dom av domstolen inte skulle få någon ändamålsenlig verkan.

20. Jag anser inte att domen i målet Gemeente Almelo kan ges en sådan innebörd. Den domen avsåg nämligen uttryckligen enbart de restriktioner som härrörde från OVS-avtalet och som kunde hänföras till en viss bestämd tidsperiod, och inte de restriktioner som numera återfinns i ETW och som är föremål för ett förfarande avseende fördragsbrott som alltså pågår.

Dessutom meddelades den domen i ett förfarande avseende en begäran om förhandsavgörande av en tolkningsfråga. Domen gäller därför formellt sett enbart i det enskilda målet vid den nationella domstolen. Att tillerkänna domen en sådan giltighet som kommissionen har hävdade skulle vara det samma som att även tillerkänna den en lagakraftverkan beträffande saken som inte är föreskriven i fördraget.

alternativ till det beslut enligt artikel 3 i förordning nr 17 som klagandena har begärt och som meddelas i ett annat och fristående förfarande.

21. Vad därefter gäller det förhållandet att klagandena inte skulle ha lidit någon skada av restriktionerna i fråga eftersom de aldrig skulle ha bedrivit någon importverksamhet, förefaller det mig som om det inte i detta skede av förfarandet kan innebära att klagandena skulle sakna intresse av att överklaga domen.

Det rör sig nämligen om ett förhållande som förelegat före omständigheterna i målet, vilket förstainstansrätten möjligen borde ha beaktat vid bedömningen av klagandenas berättigade intresse av att få saken prövad. Domstolen kan därför inte anse att detta förhållande utgör en ny omständighet som kan omkullkasta den presumtion för att det finns ett berättigat intresse av att få talan prövad som gäller för en part i en rättegång beträffande en dom genom vilken partens talan har ogillats.

Saken

22. Klagandena har åberopat tre grunder för överklagandet vilka innebär att förstainstansrätten skulle ha brutit mot gemenskapsrätten, särskilt artiklarna 85.1, 90.2 och 190 i fördraget.

Härav följer att domen i målet Gemeente Almelo, trots att saken genom den har klarlagts i vissa avseenden, inte kan utgöra ett

De har i första hand ifrågasatt den rättsliga kvalifikation som förstainstansrätten har gjort av beslutet i den del detta inte innehåller någon hänvisning till restriktioner av elimport under tiden före ikraftträdandet av ETW inom sektorn för offentlig konsumtion. Genom att avvisa talan i denna del, med den motiveringen att det inte förelåg någon överklagbar rättsakt i den mening som avses i artikel 173 i fördraget, har förstainstansrätten enligt klagandena gjort en felaktig kvalifikation av beslutet.

Klagandena har till stöd för detta påstående åberopat den tolkning som kommissionen själv har gjort av beslutet. Såsom även förstainstansrätten har anmärkt avsåg kommissionen att den genom att underlåta att uttala sig i frågan, meddelade ett underförstått avslag på ansökan i denna del.

23. Jag anser att denna grund skall godtas.

Inledningsvis bör påpekas att, såsom kommissionen har hävdat i det förevarande målet (vilket för övrigt innebär ett frångående av den tolkning av beslutet som den hävdar vid förstainstansrätten) den rättsliga kvalifikation av en rättsakt som den som har antagit den gör, inte är undantagen domstolsprövning i två instanser av gemenskapernas domstolar.

Genom att förklara att beslutet, i den del det inte hänvisar till en av de tre grunderna för den ansökan som klagandena inlämnat enligt förordning nr 17, inte är en rättsakt som kan överklagas enligt artikel 173 i fördraget, och genom att på denna grund avvisa klagandenas talan i denna del, har förstainstansrätten inte iakttagit principen om skydd för sökandes rättigheter såsom denna har tolkats av domstolen och förstainstansrätten.

24. I exempelvis domen i målet *Automec II*²⁴ har förstainstansrätten, genom att utveckla principer som redan fastställts i domstolens rättspraxis, slagit fast att kommissionen, även om den inte är skyldig att vare sig fatta ett beslut i vilket förekomsten av en överträdelse av konkurrensreglerna fastställs eller företa en undersökning till följd av ansökan, likväl är skyldig att noggrant undersöka de faktiska och rättsliga omständigheter som sökanden har åberopat, för att kontrollera om det föreligger någon konkurrensbegränsande åtgärd. Dessutom är kommissionen — om den lägger ned ett ärende — skyldig att motivera beslutet så att förstainstansrätten kan kontrollera om kommissionen har gjort sig skyldig till något faktiskt fel, en felaktig rättstillämpning eller maktmissbruk.

För att möjliggöra ett specifikt skydd för sökandens rättigheter har förstainstansrätten

²⁴ — Domen av den 18 september 1992, *Automec* mot kommissionen (I-24/90, Rec. s. II-2223).

sålades förbehållit sig rätten att göra en domstolsprövning av motiveringen av kommissionens beslut att lägga ned ärenden, i syfte att kontrollera om beslutet uppfyller de krav som avses i artikel 190 i fördraget. Det finns desto större anledning att så kan ske när det helt och hållet saknas motivering.

hänskjuta det till ett annat senare förfarande, såsom den gjort i fråga om de restriktioner som avsåg tiden *efter* att ETW hade trätt i kraft, vilka den nöjt sig med att pröva inom ramen för en talan om fördragsbrott. I själva verket skulle ett sådant hänskjutande inte vara motiverat.

25. Det är visserligen sant att sökanden har möjlighet att väcka en passivitetstalan när kommissionen helt och hållet underlåter att uttala sig om ansökan. En sådan talan syftar dock till att kommissionen skall åläggas att inta en slutgiltig ståndpunkt, och avser därmed en situation som helt och hållet skiljer sig från den nu aktuella.

I avsaknad av andra uppgifter måste underlåtenheten att pröva en grund för ansökan därför tolkas som ett *delvist* och *underförstått* avslag av ansökan.

27. Den utväg som i ett sådant fall står sökanden till buds är att väcka talan enligt artikel 173 för att få prövat om rättsakten är rättsenlig.

I det föreliggande fallet finns nämligen en rättsakt som otvivelaktigt innehåller ett beslut av slutgiltig karaktär, vilket även framgår av att förstainstansrätten har ansett att de övriga delarna av sökandenas ogiltighetstalan kunde tas upp till prövning i sak. Det rör sig därför helt enkelt om en rättsakt i vilken en av de tre anmärkningar som sökandena grundat sin ansökan på inte behandlas.

Däremot anser jag att en passivitetstalan som enbart avser den fråga som kommissionen har underlåtit att pröva är utesluten som lösning. Som ovan angivits syftar nämligen en passivitetstalan till att framkalla ett beslut av kommissionen, medan kommissionen i det förevarande fallet redan har slutgiltigt tagit ställning i frågan.

26. Inte heller anser jag att kommissionen, vilket denna numera tycks göra gällande, har haft för avsikt att genom sin underlåtenhet skjuta upp sitt avgörande i denna del eller att

28. En sådan lösning skulle dessutom i fall som det förevarande få till följd att sökan-

dena var tvungna att inleda två olika förfaranden, det ena avseende talan om ogiltigförklaring och det andra avseende passivitetstalan, i vilka föremålet för talan skulle vara detsamma i båda, dvs. ett klagomål avseende att kommissionen inte har bifallit en sådan ansökan som avses i förordning nr 17 på det sätt som ansökan har utformats. Detta skulle innebära att sökandens rättigheter inte var säkerställda i tillräcklig grad och skulle vara oförenligt med processekonomiska hänsyn.

Det förefaller mig således som om ett godtagande av den rättsliga kvalifikation av kommissionens beslut som förstainstansrätten har gjort — av vilken följer att beslutet utgör en *icke-handling* i den mån det däri inte görs något uttalande avseende en anmärkning i ansökan — skulle medföra att sökandena åtminstone delvis skulle berövas de rättigheter som de åtnjuter enligt förordning nr 17, eller att det i vart fall skulle bli orimligt svårt för dem att utöva dessa rättigheter.

29. De överväganden som nu har redovisats finner stöd i förstainstansrättens rättspraxis från senare tid. Jag avser därmed särskilt domen i målet BEMIM²⁵, i vilken förstainstansrätten, efter att ha prövat omständigheter som liknar de som är aktuella i det förevarande målet, drog slutsatser som strider mot de som den har dragit i den nu överklagade domen. I det fallet hade sökanden

inlämnat en ansökan enligt förordning nr 17 som var baserad på tre anmärkningar, av vilka dock en inte prövades av kommissionen.

30. Till följd av klagandens talan om ogiltigförklaring, som bland annat grundades på en bristande motivering av beslutet, granskade förstainstansrätten — utan att visa minsta tvekan om huruvida talan kunde tas upp till prövning i sak — beslutet i det avseendet och konstaterade att detta faktiskt inte uppfyllde de krav som ställs i artikel 190 i fördraget. Den biföll följaktligen talan och ogiltigförklarade rättsakten i vissa delar.

Förstainstansrättens rättspraxis avseende den fråga som nu är uppe till prövning är således på intet sätt entydig.

31. Den princip som förstainstansrätten har fastställt i domen i målet BEMIM, och särskilt de följder som tillämpningen av den kan få, framstår ur ändamålssynpunkt inte som helt övertygande.

Enligt min mening finns det nämligen en risk att en mindre strikt tillämpning av domen i målet BEMIM kan komma att strida mot en princip som flera gånger har bekräftats av domstolen och som förstainstansrätten själv har tillämpat, dvs. principen att kommissionen

25 — Dom av den 24 januari 1995 (T-114/92, REG s. II-147).

nen, med hänsyn till syftet med förordning nr 17, ”när den motiverar beslut som antas för att säkerställa att konkurrensreglerna iakttas inte är skyldig att ta ställning till alla argument som de berörda parterna åberopar till stöd för sin ansökan, utan det är tillräckligt att den anger de faktiska omständigheter och rättsliga överväganden som har varit av väsentlig betydelse för antagandet av beslutet”²⁶.

32. Det finns dessutom en risk att andemeningen i just den rättspraxis som är baserad på domen i målet Automec frångås. I den rättspraxisen har, trots att den avser ett systematiskt fastställande av sökandes rättigheter enligt förordning nr 17, inte gjorts något ifrågasättande av den av domstolen fastställda och numera etablerade principen om att en sökandes befogenheter alltid är av mindre omfattning än de som det företag som är föremål för förfarandet har²⁷.

Jag anser i detta avseende att domstolen i klara ordalag bör slå fast vilka roller som kommissionen (enligt artiklarna 89 och 155 i fördraget) respektive sökandena (enligt förordning nr 17 och förordning nr 99/63) har vid tillämpningen av konkurrensreglerna.

Sökandena skall redovisa *de faktiska omständigheterna* och får föreslå vilken rättslig betydelse dessa skall anses ha. Den rättsliga kvalifikationen av dessa omständigheter faller dock inom kommissionens behörighetsområde och kan bli föremål för domstolsprövning vid gemenskapens domstolar om den bestrids.

33. Slutligen anser jag att kommissionens underlåtenhet att i det förevarande fallet uttala sig om en av de tre anmärkningarna i ansökan skall anses som ett underförstått och delvist avslag som sökandena hade rätt att få prövat av förstainstansrätten. Talan om ogiltigförklaring av detta avslag borde således ha tagits upp till prövning i sak. Härav följer att den första grunden för överklagandet skall godtas.

34. Det föreligger vidare enligt min mening förutsättningar för domstolen att, sedan den ogiltigförklarat domen i denna del, avgöra målet i sak utan att återförvisa målet till förstainstansrätten.

26 — Domstolens domar av den 14 juli 1972, Casella mot kommissionen (55/69, Rec. s. 887) och Hoechst (56/69, Rec. s. 927), samt förstainstansrättens domar av den 24 januari 1992, La Cinq mot kommissionen (T-44/90, Rec. s. I-1), och den 29 juni 1993, Asia Motors m. fl. (T-7/92, Rec. s. II-669). I den ovan nämnda domen i målet BEMIM nämns principen som en förutsättning.

27 — Dom av den 17 november 1987, British American Tobacco Company och R. J. Reynolds Industries mot kommissionen (förenade målen 142/84 och 156/84, Rec. s. 4487).

Handlingarna i målet gör det nämligen möjligt för domstolen att själv pröva den av klagandena vid förstainstansrätten åberopade förstahandsgrunden, och därvid förklara att denna inte kan godtas.

35. Denna grund avser förfaranden som har förekommit innan ETW trädde i kraft och som kommissionen har underlåtit att ta ställning till. Den konkurrensbegränsande beskaffenhet som dessa förfaranden påstås ha saknade dock betydelse vid tiden för beslutet, framför allt på grund av att sökandena — vilket är ostridigt — inte hade lidit någon som helst ersättningsgill skada ²⁸.

Kommissionen får dessutom ge olika prioritet åt ärenden på grundval av bland annat det gemenskapsintresse som ärendena har ²⁹. Den har i det förevarande fallet ansett sig böra koncentrera sin undersökning och beslutet till den konkurrensbegränsande verkan som OVS-avtalet kunde ge upphov till under den period som ETW var i kraft, medan den har lämnat sökandenas påstående om sådan verkan av tidigare och inte längre aktuella förfaranden åt sidan. Den grund som avser att beslut inte har fattats beträffande dessa förfaranden kan således inte godtas.

36. Sammanfattningsvis anser jag att domstolen bör godta den första grunden för

överklagandet och således upphäva förstainstansrättens dom i den del den avser avvísning av klagandenas i första hand åberopade grund för ogiltigförklaring av beslutet, och samtidigt därmed förklara att talan inte kan vinna bifall på den ursprungliga grunden.

37. Jag skall nu övergå till att i all korthet behandla de övriga två grunder som klagandena har åberopat.

Klagandena har som andra grund gjort gällande att förstainstansrätten inte har uppfyllt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 190 i fördraget. Förstainstansrätten har enligt dem inte tagit hänsyn till artikel 90.2 *andra meningen* i fördraget eller till räckvidden av denna bestämmelse, eftersom den har förklarat att de som har lämnat in en ansökan enligt förordning nr 17 skulle ha rätt att erhålla ett slutgiltigt beslut av kommissionen i vilket förekomsten av överträdelsen fastställs enbart när föremålet för ansökan faller inom kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa artikel 90.2 *första meningen*.

28 — Den enda skada som klagandena har gjort gällande att de har lidit under perioden före det att ETW trädde i kraft avser betalning av tilläggsbeloppet, vilket kommissionen dock har ansett sakna påtaglig inverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

29 — Se till exempel den ovan nämnda domen i målet *Automec II*.

Det förefaller således som om klagandena anser att kommissionen har exklusiv behö-

righet att tillämpa artikel 90.2 andra meningen och att de på grund därav har rätt att erhålla ett beslut då de förutsättningar som förstainstansrätten har angett är uppfyllda. Den omständigheten att den sistnämnda inte har gjort en fördjupad prövning av denna fråga utgör därför enligt klagandena en brist i domsmotiveringen.

denna princip har den aldrig gjort någon skillnad mellan den första och den andra meningen i artikel 90.2.

Jag anser därför att den omständigheten att det enbart har hänvisats till den första meningen i artikel 90.2 utgör en formuleringsfråga snarare än underlåtenhet att göra en fördjupad prövning av en fråga som skulle ha kunnat leda till att förstainstansrätten skulle dra en annan slutsats.

38. Denna grund kan enligt min uppfattning inte godtas eftersom den är baserad på en missuppfattning av domens innehåll. Det är visserligen riktigt att det i domen enbart hänvisas till första meningen i artikel 90.2 i fördraget. Det saknas emellertid skäl för att anse att förstainstansrätten genom att inte hänvisa till den andra meningen i nämnda artikel skulle ha haft för avsikt att avvika från den allmänt vedertagna tolkningen av artikel 90.2 i dess helhet.

39. Klagandena har som sista grund för överklagandet gjort gällande att förstainstansrätten inte har tillräckligt motiverat domen i den del den avser ett godtagande av att kommissionen har gett företrädare åt förbandet enligt artikel 169 i fördraget framför förbandet enligt artikel 3 i förordning nr 17, trots att det i domen medges att detta skulle innebära att sökanden skulle drabbas av en försening i utövandet av sina rättigheter.

Domstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att de nationella domstolarna är behöriga att bedöma om konkurrensbegränsande förfaranden av ett företag som har anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse är motiverade med hänsyn till de särskilda uppgifter som detta företag har anförtratts³⁰. När domstolen har tillämpat

Inte heller denna sista grund kan godtas. Förstainstansrätten har nämligen inte alls fastställt någon allmän princip om en inbördes rangordning mellan förfaranden, utan har enbart konstaterat att den konkurrensbegränsande situation som klagandena har anmält i det förevarande fallet kunde prövas bättre inom ramen för en talan om fördragsbrott enligt artikel 169 eftersom de påstådda begränsningarna hade sin grund i lagstiftning.

30 — Se utöver de domar som förstainstansrätten har nämnt (ovannämnda ERT och Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro) exempelvis just domen Gemeente Almelo.

40. Förstainstansrätten har dessutom, som ovan redovisats, uttryckligen och detaljerat angett skälen för sitt val, närmare bestämt a) att det inte är möjligt att ålägga de företag som är föremål för förfarandet att upphöra med den överträdelse som eventuellt konstateras, när denna överträdelse är följden av en nationell lag vars förenlighet med gemenskapsrätten ännu inte har prövats, b) att det är nödvändigt att ge den berörda medlemsstaten möjlighet att framföra sina synpunkter när den nämnda lagens rättsenlighet ifrågasätts, c) att domstolen har en grundläggande och exklusiv behörighet i fråga om förfaranden avseende fördragsbrott som förs mot en medlemsstat.

Härav följer med all tydlighet att förstainstansrätten tillräckligt har motiverat domen i denna del i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 190 i fördraget.

41. Vad slutligen gäller rättegångskostnaderna kan konstateras att klagandenas ställning inte nämnvärt förändras av att deras första grund för överklagandet kan godtas. Klagandena förblir i slutänden tappande vid förstainstansrätten och framstår som tappande även vid domstolen. Jag anser därför att dessa skall förpliktas att ersätta samtliga rättegångskostnader i målet, inklusive de som är hänförliga till överklagandet.

42. Mot bakgrund av vad som ovan har anförts föreslår jag att domstolen med anledning av det överklagande som klagandena har gjort skall döma på följande sätt:

- 1) Förklara att den första grunden för överklagandet kan godtas och till följd därav a) upphäva förstainstansrättens dom såvitt klagandenas första anmärkning mot kommissionens beslut 91/50/EEG av den 16 januari 1991 därigenom har avvisats, och b) förklara att den ursprungliga grunden för talan i denna fråga inte kan godtas.
- 2) Ogilla överklagandet i övrigt.
- 3) Förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna i målet, inklusive de kostnader som är hänförliga till förfarandet i domstolen.