FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 10. februar 1994 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

A — Indledning

1. I den foreliggende sag er der indgivet appel mod kendelsen afsagt den 30. november 1992 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (herefter benævnt »Retten«) i sag T-36/92 [1]. De faktiske omstændigheder i sagen er følgende.

2. Syndicat français de l'Express international (herefter benævnt »SFEI«) er en sammenslutning af virksomheder, der opererer i Frankrig inden for ilpostsektoren. Den 21. december 1990 indgav SFEI en klage til Kommissionen, hvori den gjorde indsigelse mod den logistiske og økonomiske bistand, som det franske postvæsen (La Poste française) havde ydet Société française de messagerie internationale (herefter benævnt »SFMI«). SFMI er ifølge Rettens konstateringer et aktieselskab efter fransk ret, hvori det franske postvæsen indirekte ejer 66% af aktiekapitalen. Den bistand til SFMI, som SFEI anfægtede, bestod bl.a. i, at det franske postvæsen havde stillet samtlige postkontorer til rådighed, anvendt en privilegeret toldprocedure, ydet særlige gunstige finansbetingelser og iværksat foranstaltninger til fremme af reklame.

3. Dagen før, dvs. den 20. december 1990, havde SFEI indgivet en klage til de franske konkurrencemyndigheder, hvori det gjorde gældende, at det franske postvæsen og SFMI havde overtrådt de franske konkurrenceregler.

4. SFEI's klage til Kommissionen bestod af tre dele, for det første en følgeskrivelse til generaldirektøren for Generaldirektorat IV (herefter benævnt »GD IV«), et kort resumé af klagen og selve klagen, som var vedføjet en indholdsfortegnelse. Endvidere var klagen vedlagt en kopi af den klage, som SFEI dagen før havde indgivet til de franske konkurrencemyndigheder.

I følgeskrivelsen anførte SFEI, at klagen var baseret på EF-traktatens artikel 92 ff. og var rettet mod den franske stat. Ifølge SFEI påvirkede klagen ikke mulighederne for i

* Originalsprog: tysk.

1 — SFEI m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1992 II, s. 2479.

givet fald at iværksætte foranstaltninger på grundlag af EF-traktatens artikel 85 og 86. SFEI tilføjede, at »også« klagen til de franske konkurrencemyndigheder »var relevant«, såvel efter EF-traktatens artikel 85 og 86 som efter traktatens artikel 5 og 90.

5. Den 18. marts 1991 blev der afholdt et møde mellem GD IV og klagerens repræsentanter, hvorunder man bl.a. drøftede muligheden for at anvende EF-traktatens artikel 86. GD IV lovede at undersøge de oplysninger, det rådede over, på grundlag af denne traktatbestemmelse.

6. Den 15. november 1991 sendte klagerens advokat en skrivelse til generaldirektøren for GD IV, hvori han udbad sig oplysninger om, hvorvidt Kommissionen agtede at indlede en procedure på foranledning af de omstændigheder, som var anført i klagen, og i bekræftende fald da på hvilket retsgrundlag (artikel 85, 86 og 90 og/eller artikel 92 ff.).

7. Den 9. januar 1992 besvarede generaldirektøren for GD IV skrivelsen af 15. november 1991. I dette brev, som var affattet på engelsk, hedder det:

»Mine medarbejdere henviste under mødet med Dem den 18. marts 1991 til, at der næppe var grundlag for at fastslå ved en beslutning, at der forelå en overtrædelse af traktatens bestemmelser om statsstøtte. Undersøgelsen af dette spørgsmål er siden blevet videreført. Under mødet afgav Kommissionen endvidere tilsagn om at undersøge de oplysninger, som den er i besiddelse af, for at kunne tage principiel stilling vedrørende anvendelsen af artikel 86.

Mens undersøgelsen har stået på, er der indgået et joint venture mellem TNT, det franske postvæsen og fire andre nationale posttjenester, som vil påvirke tjenesten for international ilpost i det franske postvæsen. Kommissionen har i medfør af forordningen om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser iværksat en undersøgelse af aftalerne i forbindelse hermed, og Kommissionens beslutning herom af 2. december er for nylig blevet offentliggjort. Resultatet af denne undersøgelse vil naturligvis påvirke Kommissionens undersøgelse af SFEI's klage.

De vil inden længe modtage en skrivelse med mere fyldige oplysninger og med de konklusioner, som Kommissionen når frem til.«

8. Det joint venture, som omtales i denne skrivelse, er et joint venture mellem en australsk virksomhed (TNT, Ltd) samt det tyske, canadiske, franske, nederlandske og svenske postvæsen. Det blev anmeldt til Kommissionen den 28. oktober 1991. Den 2. december 1991 traf Kommissionen beslutning om, at det var foreneligt med det fælles marked, i den betydning, der anvendes i Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21. december 1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1). I forbindelse med denne procedure havde de fire europæiske postvæsener afgivet visse til-

sagn, som er nærmere præciseret i et bilag til den nævnte af Kommissionen trufne beslutning.

9. Den 10. marts 1992 tilsendte Kommissionen sagsøgerne to skrivelser. Ved den første af disse skrivelser (nr. 06873) meddelte Kommissionen klageren, at dens kompetente tjenestegren havde truffet beslutning om [»décision«] at afslutte proceduren vedrørende en eventuel overtrædelse af EF-traktatens artikel 92 ff.

I den anden skrivelse, som var affattet på engelsk (nr. 000978), henviste koncipisten — en direktør ved GD IV — til skrivelsen af 9. januar 1992. Han henledte opmærksomheden på den undersøgelse, der var foretaget af det førnævnte joint venture-selskabs forenelighed med fusionsforordningen og den herom af Kommissionen trufne beslutning af 2. december 1991, og anførte, at denne undersøgelse i sagens natur omfattede alle de vigtigste af de punkter, som SFEI havde rejst vedrørende overtrædelsen af artikel 86. Han henviste herved navnlig til de forskellige tværgående støtteforanstaltninger, som muligvis var ydet, og de fordele, som joint venture-selskabet kunne drage af adgangen til det franske postvæsens infrastruktur og dettes forrettigheder. Endvidere anførte han, at Kommissionen ud fra en bedømmelse af markedssituationen og de tilsagn, som deltagerne havde afgivet, var nået til den konklusion i sin beslutning, at der ikke kunne siges at være etableret eller forstærket en dominerende stilling, som i væsentlig grad kunne begrænse den effektive konkurrence.

Skrivelsen slutter således:

»Jeg ved, at De havde håbet, at Kommissionen ville iværksætte en procedure i henhold til artikel 86, som indebar en fuldstændig undersøgelse. Denne procedure ville i så fald udelukkende have vedrørt situationen for så vidt angår Frankrig. Den undersøgelse, som blev foretaget i henhold til fusionsforordningen, vedrørte derimod vigtigere ændringer på det større marked, som EF omfatter. De konkurrencevilkår, som Kommissionens tidligere afgørelser vedrørende international ilpostvirksomhed har medvirket til at lette, har nu bredt sig til et større marked. Jeg er overbevist om, at disse resultater udgør de bedst mulige rammer for, hvad der på nuværende tidspunkt kunne opnås for at sikre, at medlemmerne af SFEI og andre erhvervsdrivende alle har fri adgang til at konkurrere.

Selv om vi ikke, af de anførte grunde, agter at fortsætte undersøgelsen i henhold til artikel 86, kan jeg forsikre Dem om, at Kommissionen vil fortsætte med at overvåge udviklingen på dette marked nøje. Ved separat skrivelse modtager De underretning om resultatet af Kommissionens behandling af sagen om statsstøtte, som står i forbindelse med den foreliggende sag.« (Oversat fra engelsk).

[I am aware that you have hoped that the Commission would follow the full procedure of an Article 86 investigation. This procedure would have only dealt with the situation regarding France. However, this investigation under the Merger Regulation has dealt with significant changes in the wider Community market. The competitive conditions facilitated by previous Commission decisions on the international express have now been effectively extended. I am satisfied that the result is the best framework that could be obtained at this time in order

to ensure that SFEI members and other operators all have a full opportunity to compete.

While we do not propose to pursue enquiries under Article 86 in these circumstances, I can assure you that we shall maintain a close watch on developments in this market. In a separate letter we are informing you of the outcome of our consideration of the linked presented under the State aid rules].

10. Den 16. maj 1992 rejste SFEI og tre virksomheder, som tilhører denne sammenslutning — nemlig DHL International, Service Crie og May Courier — et annullationssøgsmål vedrørende den beslutning, som efter deres opfattelse var indeholdt i skrivelsen af 10. marts 1992 (skrivelse nr. 000978). Sagsøgerne gjorde under sagen gældende, at Kommissionen med denne skrivelse endeligt havde afvist den i henhold til artikel 86 indgivne klage. I stævningen foreholdt sagsøgerne bl.a. Kommissionen at have tilsidesat væsentlige formforskrifter (navnlig en overtrædelse af pligten i artikel 190 til at begrunde retsakter), at have tilsidesat artikel 86 samt at have gjort sig skyldig i magtfordrejning.

Samtidig anlagde sagsøgerne sag vedrørende den beslutning fra Kommissionen, som var indeholdt i skrivelse nr. 06873, og hvorved undersøgelsen af klagen i henhold til artikel 92 ff. var blevet indstillet. Denne sag blev uden genstand, efter at Kommissionen den 9. juli 1992 havde meddelt sagsøgeren, at den tilbagekaldte beslutningen.

11. Kommissionen påstod sagen vedrørende skrivelse nr. 000978 afvist af flere grunde. Den gjorde herved navnlig gældende, at skrivelsen ikke var nogen anfægtelig retsakt, da den ikke havde karakter af en beslutning.

Til støtte herfor anførte Kommissionen, at skrivelsen blot var udtryk for en første reaktion fra dens tjenestegrene og dermed hørte til den første fase i proceduren for undersøgelse af en klage, som denne er nærmere beskrevet i Rettens dom i Automec I-sagen [2]. Ifølge Kommissionen udgjorde nævnte skrivelse blot en forklaring på dens beslutning af 2. december 1991 og dens betydning for behandlingen af SFEI's klage. Dette foreløbige standpunkt fra Kommissionens side blev meddelt SFEI ved skrivelse af 9. januar 1992.

I den forbindelse gjorde Kommissionen gældende, at den klage, som var indgivet den 21. december 1990, oprindeligt kun vedrørte en eventuel overtrædelse af artikel 92 ff. Først under mødet den 18. marts 1991 blev de omstændigheder, som var omhandlet i klagen, undersøgt i forhold til artikel 86. Sagsøgerne bestred imidlertid den af Kommissionen anlagte fortolkning og fastholdt, at klagepunktet om den mulige overtrædelse af artikel 86 allerede var fremført i klagen af 21. december 1990.

2 — Dom af 10.7.1990, sag T-64/89, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 367.

12. Retten besluttede først at undersøge den af Kommissionen fremførte formalitetsindsigelse. Den fandt herved at måtte undersøge, for det første om klagen af 21. december 1990 også var baseret på artikel 86, og for det andet, om den anfægtede skrivelse indeholdt en beslutning og kunne have retsvirkninger [3].

13. Hvad angår det første spørgsmål nåede Retten efter en udførlig prøvelse frem til den konklusion (se kendelsens grund 32-37), at klagen af 21. december 1990 udelukkende var baseret på artikel 92 [4].

14. Hvad angår det andet spørgsmål, sondrer Retten i kendelsen mellem to forskellige situationer. Såfremt den anfægtede skrivelse var blevet udsendt i forbindelse med en procedure i henhold til forordning nr. 17 [5], kunne dette i den foreliggende sag kun være sket på foranledning af en yderligere begæring herom, som SFEI havde fremsat under mødet den 18. marts 1991, således som sagsøgerne selv havde påstået og Kommissionen havde indrømmet [6]. Som bekendt kan ifølge artikel 3 i forordning nr. 17 fysiske eller juridiske personer, som godtgør at have en berettiget interesse heri, anmode Kommissionen om at fastslå, at der foreligger en overtrædelse af EF-traktatens artikel 85 eller 86. I så fald kunne den omhandlede skrivelse imidlertid ikke efter Rettens opfattelse have karakter af en beslutning, da den var »udsendt under et stadium, som lå forud for undersøgelsesprocedurens afsluttende fase« [7]. Skrivelsen indeholdt ingen kvalifikation efter artikel 86 af de af klagerne anførte omstændigheder [8] og havde derfor ikke som sådan »på dette stadium« af proceduren medført, at den undersøgelse, der var foretaget af Kommissionen, var bragt til afslutning [9]. Henset til skrivelsens indhold var der efter Rettens opfattelse snarere grund til at anse skrivelsen for en »foranstaltning på et forberedende stadium af undersøgelsen, som blot udgør en første reaktion fra Kommissionens tjenestegrene, og som ikke har nogen retsvirkning« [10].

Såfremt skrivelsen derimod ikke var affattet som led i en procedure i henhold til forordning nr. 17, kunne den ikke gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til EF-traktatens artikel 173 [11], da den ikke havde nogen retsvirkning.

15. SFEI og virksomhederne DHL International, Service Crie og May Courier (herefter benævnt »appellanterne«) har derpå appelleret Rettens kendelse til Domstolen. Under appelsagen har de i det væsentlige fremført tre anbringender, som kan sammenfattes på følgende måde: for det første, at Retten har fejlfortolket begrebet »begæring« i artikel 3 i forordning nr. 17, idet klagen af 21. december 1990 efter appellanternes opfattelse tillige omfattede artikel 86 i modsætning til det af Retten antagne. For det andet, at Retten har fejlfortolket begrebet »anfægtelig retsakt«, idet den af appellanterne anfægtede skrivelse

3 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 31.

4 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 37.

5 — Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

6 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 40.

7 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 41.

8 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 42 og 43).

9 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 43.

10 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 43.

11 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 48.

af 10. marts 1992 efter deres opfattelse udgør en endelig beslutning, som kan gøres til genstand for et søgsmål i henhold til EF-traktatens artikel 173. For det tredje anfører de, at Retten har tilsidesat princippet om berettiget formodning og retssikkerhedsprincippet, idet den ikke har taget behørigt hensyn til en erklæring fra Kommissionen, som denne offentliggjorde i den *XX Beretning om Konkurrencepolitikken.*

16. Appellanterne har som følge af det anførte nedlagt påstand om, at Domstolen ophæver Rettens kendelse af 30. november 1992 i sag T-36/92, SFEI m.fl. mod Kommissionen, og drager alle de nødvendige retsfølger af dommens ophævelse, herunder navnlig at sagen hjemvises til fornyet behandling ved Retten, samt at afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.

17. Kommissionen har nedlagt påstand om frifindelse og om, at appellanterne tilpligtes at betale appelsagens omkostninger in solidum.

B — Gennemgang

Formaliteten

18. Før jeg gennemgår appellanternes anbringender, anser jeg det for nødvendigt først at behandle et argument, som Kommissionen har fremført under den mundtlige forhandling. Kommissionens repræsentant gjorde ved den lejlighed gældende, at appellanterne misbrugte deres rettigheder ved at rejse krav om ophævelse af Rettens kendelse. Denne opfattelse synes at være baseret på den forudsætning, at den anfægtede kendelse netop førte til det resultat, som de tidligere sagsøgere og nuværende appellanter søgte at opnå, nemlig at Kommissionen fortsætter den undersøgelse, som den indledte på foranledning af deres klage.

19. Man må nemlig konstatere, at følgen af Rettens kendelse af 30. november 1992 var, at Kommissionens undersøgelse af klagen endnu ikke kunne betragtes som afsluttet. Appellanterne kunne derfor have ladet denne kendelse opnå retskraft og derefter opfordre Kommissionen til at tage endelig stilling til, om der forelå den overtrædelse af artikel 86, som appellanterne havde gjort gældende. Hvis man derimod lægger til grund, at det er rigtigt, som antaget af appellanterne i de to sagsled, at Kommissionens procedure blev afsluttet med skrivelsen af 10. marts 1992 og dermed udgjorde en anfægtelig retsakt, kan dette højst føre til, at Domstolen ophæver Rettens kendelse, og at Retten derefter — i det for appellanterne gunstigste fald, og forudsat, at Retten i øvrigt tager sagen under realitetsbehandling og finder, at den har fornødent grundlag — annullerer den nævnte beslutning fra Kommissionen. Også dette resultat vil altså medføre, at Kommissionens undersøgelse af SFEI's klage ikke kan betragtes som afsluttet, og at Kommissionen derfor vil kunne opfordres til at tage endeligt stilling til klagen.

Ud fra dette synspunkt kan man godt spørge, om appellanterne har misbrugt deres

rettigheder ved at indbringe sagen for Domstolen. Der er måske en vis støtte for dette synspunkt i en bemærkning, som appellanternes advokat fremsatte under en mundtlig forhandling, hvorunder han gav udtryk for, at appellanterne allerede i flere år havde påtænkt at indbringe sagen for Domstolen, da de havde mistet tilliden til Kommissionen.

20. Efter min opfattelse er det dog ikke nødvendigt at kommentere dette synspunkt yderligere. Hvis appellanterne nemlig skulle få medhold i sagen, er det ikke udelukket, at Retten ved en fornyet prøvelse heraf også behandler sagens realitet. Det siger sig selv, at såfremt Retten ved en dom skulle annullere Kommissionens beslutning — som man i så fald måtte gå ud fra også reelt har karakter af en beslutning — f.eks. på grund af en overtrædelse af artikel 86 eller på grund af magtfordrejning [12], ville det ændre appellanternes retsstilling afgørende. Det kan derfor ikke betragtes som et retligt misbrug, at Rettens kendelse er blevet appelleret.

21. Kommissionen har gjort gældende, at visse af de klagepunkter, som er rejst af appellanterne, må afvises fra realitetsbehandling, da de vedrører faktiske omstændigheder og ikke retsspørgsmål. Som bekendt er en appelsag efter EF-traktatens artikel 168 a, stk. 1, og artikel 51, stk. 1, i statutten for De Europæiske Fællesskabers Domstol begrænset til retsspørgsmål. Af hensyn til overskueligheden skal jeg dog gennemgå dette spørgsmål i forbindelse med hvert af de anbringender, for hvilke denne indsigelse er gjort gældende.

Gennemgang af de enkelte anbringender

Første anbringende: *fejlagtig fortolkning af begrebet »begæring«*

22. Retten har anført i sin kendelse, at klagen af 21. december 1990 ikke i sig selv indeholdt nogen henvisning til EF-traktatens artikel 86. Efter Rettens opfattelse udgør den omstændighed, at sagsøgerne i et »andet aktstykke end selve klagen«, nemlig i følgeskrivelsen til generaldirektøren for GD IV, udtrykkeligt forbeholdt sig muligheden for at anmode Kommissionen om at undersøge sagen på grundlag af artikel 85 og 86, og at der i dette aktstykke var henvist til den klage, som var forelagt de franske konkurrencemyndigheder, blot yderligere en bekræftelse af, at klagen til Kommissionen oprindeligt alene var støttet på traktatens artikel 92 [13].

23. Appellanterne anfører, at de krav, som Retten har stillet til begrebet »begæring« i artikel 3 i forordning nr. 17, er ubegrundet

12 — Jf. forslagets punkt 10 hvad angår de i stævningen fremførte klagepunkter.

13 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 37.

formalistiske. De anfører herved, at SFEI's klage til Kommissionen den 21. december 1990 også omfattede en følgeskrivelse og i bilaget endvidere den klage, som de havde indgivet til de franske konkurrencemyndigheder. Efter appellanternes opfattelse har Retten klart fejlfortolket de dokumenter, klagen bestod af. Retten kan ikke på grundlag af disse dokumenter være nået frem til den konklusion, at klagen af 21. december 1990 ikke var støttet på artikel 86. Endelig er Rettens begrundelse selvmodsigende, da den først har anset følgeskrivelsen for at udgøre en del af klagen, men senere ændret denne opfattelse (jf. henholdsvis grund 32 og 37).

24. Heroverfor anfører Kommissionen, at anbringendet ikke vedrører retsspørgsmål, men Rettens bedømmelse af faktiske omstændigheder. Jeg er enig i dette synspunkt. Der ville ganske vist foreligge et retsspørgsmål, som vil kunne prøves under en appelsag, såfremt Retten havde fejlfortolket *begrebet* »begæring« (efter artikel 3 i forordning nr. 17). Dette er imidlertid efter min opfattelse ikke tilfældet.

Man må ganske vist give appellanterne ret i, at Rettens valg af terminologi kunne føre til den misforståelse, at Retten har foretaget en strikte sondring mellem, på den ene side, selve klagen og, på den anden side, de øvrige dokumenter i sagen, og at den ikke har tillagt de sidste dokumenter nogen betydning for bestemmelsen af klagens indhold. Efter min opfattelse ses det dog uden videre af sammenhængen, at denne fortolkning ikke er den mest nærliggende og mest plausible. Retten har snarere undersøgt de enkelte dokumenter og er herved nået til den overbevisning, at det ikke fremgår af nogen af dem, at klagen af 21. december 1990 også var baseret på artikel 86. Dette er en vurdering af de faktiske omstændigheder, der ikke som sådan kan gøres til genstand for en prøvelse under appelsagen.

Det er ikke nødvendigt at undersøge, om dette resultat også må lægges til grund, såfremt Retten ved den omhandlede bedømmelse af de faktiske omstændigheder havde begået en åbenbar fejl. Det fremgår nemlig ikke, som hævdet af appellanterne, at der er begået en sådan åbenbar fejl. Selv ud fra en fuldstændig uvildig bedømmelse af følgeskrivelsens ordlyd kan næppe udledes andet end, at klagen af 21. december 1990 udelukkende var baseret på artikel 92.

25. Det er under alle omstændigheder unødvendigt at gå videre ind på dette spørgsmål, da det er helt ubestridt mellem parterne, at man under mødet den 18. marts 1991 mellem SFEI's repræsentanter og Kommissionen drøftede anvendeligheden af artikel 86, og at klagen derfor senest at regne fra dette tidspunkt måtte forstås sådan, at den vedrørte såvel artikel 92 som artikel 86 (og også blev opfattet af Kommissionen på den måde). Det var derfor kun nødvendigt at undersøge klagens nøjagtige indhold, således som klagen fremtrådte den 21. december 1990, såfremt det tidsrum, der forløb mellem denne dato og den 18. marts 1991, havde nogen betydning for bedømmelsen af de foreliggende spørgsmål. Dette fremgår klart ikke at være tilfældet. Rettens betragtninger i kendelsens grunde 32-37 er derfor

overflødige, som Kommissionen med rette har gjort gældende.

26. Det er ikke til at forstå, hvad der overhovedet har fået Retten til at gå nærmere ind på dette spørgsmål, som er uden betydning for sagens afgørelse. Det er endnu mere mærkværdigt, at den så udførligt har behandlet spørgsmålet. Samtidig må det dog fastslås, at det anførte ikke kan betyde, at kendelsen må ophæves, da Rettens resultat ikke er baseret på disse betragtninger.

Appellanterne har dog med føje henvist til, at Retten selv gav udtryk for (i grund 31), at den anså de anførte betragtninger for at være relevante for begrundelsen af dens afgørelse. Jeg skal senere komme tilbage till dette spørgsmål i en anden forbindelse.

Andet anbringende: *fejlfortolkning af begrebet »anfægtelig retsakt«*

27. Appellanternes andet anbringende er, at Retten har fejlfortolket begrebet »anfægtelig retsakt«. De anfører herved, at den anfægtede skrivelse i betragtning dels af de omstændigheder, hvorunder den var affattet, dels dens indhold, er en afvisning, som kan anfægtes under et annullationssøgsmål.

Hvad angår baggrunden for den anfægtede skrivelse henviser appellanterne navnlig til skrivelsen af 9. januar 1992, hvori Kommissionen bebudede, at den ville fremsende sine »konklusioner«. Dette udtryk tydede på, at Kommissionen påtænkte at tage endelig stilling til spørgsmålet, hvilket så skete i den anfægtede skrivelse af 10. marts 1992. De anfører, at Retten overhovedet ikke har taget hensyn til skrivelsen af 9. januar 1992 og desuden ikke har taget stilling til det anbringende, som støttes på betydningen af denne skrivelse, hvorfor Rettens kendelse i samme omfang må anses for utilstrækkeligt begrundet. Desuden anfører de, at der er stor lighed mellem den anfægtede skrivelse og Kommissionens anden skrivelse af 10. marts 1992, hvilken sidste skrivelse efter appellanternes opfattelse ubestrideligt udgør en beslutning.

Vedrørende selve den anfægtede skrivelse anfører appellanterne, at en beslutning, hvorved Kommissionen afviser en klage, er kendetegnet ved tre forhold, nemlig for det første, at den afslutter den iværksatte undersøgelse, for det andet, at den indeholder en bedømmelse af de omtvistede aftaler, og for det tredje, at den forhindrer klageren i at kræve undersøgelsen genoptaget, medmindre han fremlægger nye beviser. Efter appellanternes opfattelse udviser den anfægtede skrivelse alle disse tre kendetegn, som det fremgår såvel af dens ordlyd som dens sammenhæng. De bemærker herved, at Retten i sin kendelse har støttet sig på førnævnte dom i Automec I-sagen, men ikke anvendt den korrekt.

28. Over for dette anbringende har Kommissionen indvendt, at det vedrører faktiske omstændigheder og derfor må afvises fra realitetsbehandling. Vedrørende fortolkningen af den anfægtede skrivelse har Kommissio-

nen fastholdt samme opfattelse som under sagen ved Retten i Første Instans, nemlig at skrivelsen alene udtrykte en foreløbig stillingtagen fra Kommissionens side.

29. Jeg skal først undersøge anbringendet om, at Rettens *fortolkning af den anfægtede skrivelse* var fejlagtig. Dette er efter min opfattelse en vurdering af *faktiske omstændigheder*, der ikke som sådan kan prøves under appelsagen. Det må dog erkendes, at grænsen mellem faktiske og retlige spørgsmål er meget svær at drage. Man kan her meget vel forfægte det standpunkt, at fortolkningen af den anfægtede skrivelse skal gøre det muligt at fastslå, om den virkelig udgør en beslutning, som kan anfægtes under et søgsmål, så der i sidste ende her er tale om en kvalifikation af en retlig omstændighed og dermed om et retsspørgsmål.

Dette vil dog ikke efter min opfattelse være en korrekt fortolkning. Den vil nemlig medføre, at begrebet »retsspørgsmål« fortolkes meget vidt og dermed også kommer til at omfatte Rettens bedømmelse af faktiske omstændigheder. Dette vil være i strid med det formål, som blev tilstræbt med oprettelsen af en Ret i Første Instans. Formålet med at oprette to retsinstanser var nemlig at forbedre retsbeskyttelsen inden for Fællesskabet, således at Domstolen fik mulighed for, navnlig i sager, der kræver en indgående undersøgelse af komplicerede sagsforhold, at »koncentrere sig om sin hovedopgave, som er at sikre en ensartet fortolkning af fællesskabsretten« [14].

Man ville forfejle det tilstræbte mål, som er at aflaste Domstolen, såfremt begrebet »retsspørgsmål« blev fortolket så vidt, at det også omfattede konstateringen af et dokumentindhold. I modsat fald måtte Domstolen selv i den foreliggende sag efterprøve, om den anfægtede skrivelse af 10. marts 1992 udgjorde en endelig beslutning og dermed sætte sit eget skøn i stedet for Rettens. Hermed ville Domstolen ikke længere være nogen »Rechtsmittelgericht« med henblik på »revision« i traktatens forstand, men derimod en »Berufungsgericht«, altså en ankeinstans med fuld prøvelsesret.

30. Den opfattelse, at der bør anlægges en indskrænkende fortolkning af begrebet »retsspørgsmål«, har endvidere støtte i Domstolens praksis. Jeg skal her navnlig henvise til dommen af 1. oktober 1991 i sagen Vidrányi mod Kommissionen [15], hvori Domstolen fastslog, at en appel »kun kan støttes på, at Retten har overtrådt visse retsregler, idet *enhver bedømmelse af faktisk karakter er udelukket*«. En appel kan derfor kun antages til realitetsbehandling, »for så vidt som appelskriftet støttes på, at retten har truffet en afgørelse, som strider mod de retsregler, den skal sikre overholdelsen af« [16].

14 — Jf. den tredje og fjerde betragtning til Rådets afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom af 24.10.1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (EFT L 319, s. 1) samt den første betragtning til Rådets afgørelse 93/350/Euratom, EKSF, EØF af 8.6.1993 om ændring af afgørelse 88/591/EKSF, EØF, Euratom (EFT L 144, s. 21).

15 — Sag C-283/90 P, Sml. I, s. 4339, præmis 12 (min fremhævelse).

16 — Jf. dommen i fodnote 15, præmis 13.

31. Den opfattelse, som jeg går ind for her, er dog ikke nødvendigvis ensbetydende med, at Retten kan foretage en fuldstændig fri bedømmelse af de faktiske omstændigheder, og at denne bedømmelse ikke kan efterprøves, medmindre der foreligger en overtrædelse af retsregler. Efter min opfattelse er der absolut mulighed for (og det må anses for rimeligt) at tage anbringendet under påkendelse, når Retten har begået en *åbenbar* fejl ved bedømmelsen af de faktiske omstændigheder, f.eks. når den har handlet i strid med almindelig logik.

32. Jeg behøver dog ikke gå nærmere ind på muligheden herfor, da der under ingen omstændigheder foreligger en sådan åbenbar fejl. Den fortolkning, som Retten har anlagt af den anfægtede skrivelse af 10. marts 1992, må betragtes som forsvarlig.

33. Ganske vist henviser appellanterne med rette til, at skrivelsens ordlyd flere steder tyder på, at Kommissionen allerede har indstillet den undersøgelse, som den iværksatte vedrørende SFEI's klage. Det gælder navnlig de to første sætninger af den passage, som jeg tidligere har citeret [17], hvor ordet »would« anvendes to gange. I samme forbindelse kan nævnes den formulering, som anvendes i skrivelsens sidste afsnit, hvor det hedder: »We do not propose to pursue enquiries under Article 86«. Denne sidste formulering er dog ikke så klar, at den udelukker andre fortolkninger, selv om jeg naturligvis ikke vil gøre krav på at have den fornødne autoritet til at fortolke et udtryk på et fremmedsprog.

Det bør i den forbindelse også bemærkes, at intet i skrivelsen tyder på, at der blot er tale om en foreløbig stillingtagen fra Kommissionens side. Skrivelsens adressat bliver heller i skrivelsen gjort opmærksom på muligheden for at fremføre nye argumenter. Dette punkt har yderligere betydning derved, at Kommissionen selv i sin *XX Beretning om Konkurrencepolitikken*, som jeg senere skal vende tilbage til, gjorde opmærksom på, at dens tjenestegrene i fremtiden vil være påpasselige med ikke at »formulere [skrivelser] så tvetydigt, at klageren dermed kan få det indtryk, at hans klage er definitivt afvist« [18]. Der er næppe støtte i skrivelsen for den opfattelse, som Kommissionens repræsentant gjorde gældende under den mundtlige forhandling, at skrivelsen indeholder en »stiltiende« opfordring til adressaten om at meddele Kommissionen, om han er enig i dens synspunkt.

34. Det må dog tages i betragtning, at den anfægtede skrivelse ikke indeholder nogen udtrykkelig bedømmelse efter artikel 86 af de faktiske omstændigheder, som SFEI forelagde Kommissionen. Som Retten med føje har anført, indeholder skrivelsen blot en forklaring på den beslutning, som blev truffet den 2. december 1991 i henhold til fusionsforordningen, og de forbindelser, som efter Kommissionens opfattelse bestod mellem denne beslutning og SFEI's klage [19]. Kommissionen henviser i den anfægtede skrivelse til, at den i sin beslutning af 2. december 1991 var nået til den konklusion, at der ikke ved oprettelsen af det omhandlede joint venture mellem det franske postvæsen og de øvrige deltagere var skabt eller forstærket en dominerende stilling, som i væsentlig grad kunne forhindre en effektiv konkurrence.

17 — Jf. ovenfor punkt 9.

18 — Jf. *XX Beretning om Konkurrencepolitikken (1990), Bruxelles/Luxembourg, 1991, punkt 165.*

19 — Jf. den appellerede kendelse (fodnote 1), grund 42.

Ved prøvelsen af joint venture-selskabets retmæssighed efter fusionsforordningen blev også situationen på det franske marked omtalt [20]. Det er derfor nærliggende at antage, at det allerede ved de konstateringer, som var indeholdt i beslutningen af 2. december 1991, var afgjort, om der, som hævdet af SFEI i sagen, forelå et misbrug af en dominerende stilling på markedet. Kommissionen synes at være gået ud herfra i sin skrivelse af 10. marts 1992. Den indeholder dog ikke nogen udtrykkelig konstatering af, at der forelå et sådant misbrug af en dominerende stilling. Navnlig når man læser de to passager af den anfægtede skrivelse, som jeg har citeret, kan man ikke lade være med at få det indtryk, at der siges mange ord om følgerne af beslutningen af 2. december 1991 for behandlingen af SFEI's klage, men uden at man bliver klogere om indholdet. Denne mangel — og mangel på klarhed — er beklagelig. Den kan imidlertid ikke ændre ved den omstændighed, at Rettens fortolkning af skrivelsens udredninger på dette punkt er plausibel.

Endelig skal jeg behandle appellanternes argument om, at de måtte opfatte den anfægtede skrivelse som en beslutning, da den blev fremsendt samme dag som skrivelsen vedrørende artikel 92 og lignede den meget. Dette argument har Kommissionens repræsentant tilbagevist på meget overbevisende måde under den mundtlige forhandling ved at citere skrivelsens ordlyd. Den nævnte skrivelse, som er nummereret som nr. 06873, taler utvetydigt om Kommissionens »beslutning« om at indstille undersøgelsen af klagen i henhold til artikel 92 [21]. Den foreliggende skrivelse indeholder ikke en så klar formulering.

35. Det fremgår af denne — yderligere — undersøgelse af den anfægtede skrivelse af 10. marts 1992, at den indeholder elementer, som giver grund til at tro, at klagen var blevet endeligt afvist. På den anden side kan der også anføres væsentlige forhold til støtte for Kommissionens påstand om, at skrivelsen blot var udtryk for en foreløbig stillingtagen. Efter min opfattelse må de sidstnævnte forhold tillægges størst vægt, hvorfor der ikke er grundlag for at anfægte Rettens bedømmelse.

Kommissionen må imidlertid finde sig i den kritik, at den med sin formulering af skrivelsen selv har været med til at fremkalde den usikkerhed og tvivl om dens rette forståelse, som Retten allerede tidligere har kritiseret i førnævnte dom i Automec I-sagen, og som Kommissionen selv i sin *XX Beretning om Konkurrencepolitikken* lovede at ville gøre en ende på. Disse mangler kan dog ikke efter min opfattelse i sig selv — under henvisning til den doktrin om dokumenters ydre juridiske form, som appellanternes anbringende lægger op til, at man skal følge — gøre det berettiget at anse skrivelsen for en anfægtelig beslutning. Fortolkningen af begrebet »anfægtelig retsakt« (som jeg skal komme tilbage til) må baseres på et objektivt grundlag. Princippet om, at den part, som afgiver erklæringen, selv er ansvarlig for tvetydigheder i denne, kan også i tilstrækkelig grad tilgodeses ved, at der i afgørelsen om fordelin-

20 — Jf. punkt 33 og 42 ff. i beslutningen af 2.12.1991. Den fuldstændige ordlyd af denne beslutning er mig bekendt endnu ikke blevet offentliggjort nogetsteds. Den kan dog fås ved henvendelse til Kommissionen (bortset fra de oplysninger, som vedrører forretningshemmeligheder).

21 — Det sidste afsnit af denne skrivelse (som blev fremlagt for Retten) lyder således: »Jeg beklager derfor at måtte meddele Dem, at Kommissionens kompetente tjenestegrene i betragtning af de førnævnte omstændigheder har truffet beslutning om at afslutte behandlingen af den undersøgelse, som blev iværksat på foranledning af Deres begæring af 21.12.1990.«

gen af sagens omkostninger tages hensyn dertil.

36. Jeg skal herefter behandle anbringendet om, at Retten ikke har taget behørigt hensyn til *skrivelsen af 9. januar 1992*. Dette synes også ved første øjekast at være et faktisk spørgsmål, som ikke kan efterprøves under appelsagen. Dette er dog efter min mening en fejlagtig opfattelse. Ganske vist skal efterprøvelsen af Rettens bedømmelse af de faktiske omstændigheder, som jeg tidligere har anført, holdes inden for meget snævre grænser [22], men såfremt Retten i sin afgørelse slet ikke har taget stilling til et anbringende, som er fremført af den pågældende part, foreligger der slet ingen bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Der er i så fald, som fastslået af Domstolen i førnævnte Vidrányi-sag, snarere tale om en »mangel i form af manglende begrundelse«, dvs. om »en tilsidesættelse af det generelle princip om, at enhver domsmyndighed har pligt til at begrunde sine afgørelser, navnlig ved at anføre grundene til, at den ikke har taget et klagepunkt, som formelt er påberåbt for den, til følge« [23].

37. Der må imidlertid tages hensyn til, at Vidrányi-dommen vedrørte tilsidesættelsen af en *retsregel*, som sagsøgerne mente, at Retten overhovedet ikke havde behandlet. Den foreliggende sag vedrører derimod et *dokument*, som Retten efter appellanternes opfattelse ikke har tillagt den fornødne betydning. Hertil er imidlertid at bemærke, at man ikke kan forlange, at Retten i sin afgørelse behandler alle de faktiske omstændigheder, som parterne har fremført under sagens gang. Det kan derfor kun antages, at der foreligger en retsvildfarelse, som appelretten kan tage stilling til, såfremt der er tale om en *væsentlig* omstændighed, der ville have kunnet ændre Rettens afgørelse, såfremt der var taget hensyn dertil.

38. Det er dog formentlig ikke nødvendigt at gå ind på dette spørgsmål allerede som følge af den for nyligt afsagte dom i Pincherle-sagen [24]. Her havde appellanten bl.a. gjort gældende, at Retten ikke i den appellerede dom havde taget hensyn til tre dokumenter, som appellanten havde påberåbt sig. Dette anbringende tilbageviste Domstolen med den begrundelse, at det ikke var bevist, at Retten havde undladt at behandle de pågældende dokumenter [25].

Jeg hælder her til den opfattelse, at Domstolens udtalelse i denne sag var begrundet i dens særlige omstændigheder. Man må derfor sikkert vogte sig for at opstille en generel regel på grundlag af udtalelsen. I modsat fald ville en appellant, såfremt Retten i sin afgørelse havde overset væsentlige omstændigheder, næppe have nogen mulighed for at gøre dette gældende, da han vanskeligt kan bevise, at Retten har begået en sådan fejl. Det eneste bevisgrundlag på dette punkt er jo Rettens egen dom, som netop ikke indeholder nogen betragtninger om de pågældende faktiske omstændigheder.

22 — Jf. ovenfor punkt 31.

23 — Jf. Vidrányi-dommens præmis 29 (se fodnote 15).

24 — Dom af 22.12.1993, sag C-244/91 P, Pincherle mod Kommissionen, Sml. I, s. 6965.

25 — Jf. samme dom (se fodnote 24), præmis 33.

39. Spørgsmålet er altså, om Retten har taget hensyn til skrivelsen af 9. januar 1992, og om der, såfremt det ikke er tilfældet, er grund til at tillægge denne skrivelse væsentlig betydning for den foreliggende sag. Ganske vist har Kommissionen gjort gældende, at de nærmere omstændigheder i forbindelse med den anfægtede skrivelse ikke kan være afgørende, såfremt skrivelsens betydning klart og entydigt fremgår af dens indhold. Dette er imidlertid ikke tilfældet. Også Kommissionens egen repræsentant har under den mundtlige forhandling måttet indrømme, at den anfægtede skrivelse på visse punkter var tvetydig.

Det første spørgsmål kan efter min opfattelse relativt let besvares. Retten har ganske vist i sin kendelse omtalt skrivelsen af 9. januar 1992 flere forskellige steder (i grund 17, 24 og 25), hvor den gengiver parternes argumenter. Skrivelsen er derimod overhovedet ikke nævnt i Rettens bemærkninger. Det er højst den henvisning til grund 25, som findes i kendelsens grund 46, der vil kunne betragtes som en henvisning til dette dokument. Det nærmere indhold af kendelsens grund 46 taler imidlertid herimod. Heri anfører Retten nemlig, at SFEI's skrivelse til Kommissionen af 15. november 1991 ikke kan betragtes som en åbningsskrivelse i EF-traktatens artikel 175's forstand. Jeg behøver ikke i den forbindelse at tage stilling til, om disse betragtninger var nødvendige for afgørelsen. For mig at se er der i al fald næppe tvivl om, at Retten hverken på dette eller noget andet sted i sin kendelse har omtalt den betydning, som skrivelsen af 9. januar 1992 kunne have for fortolkningen af den her i sagen *anfægtede skrivelse*.

40. Efter min opfattelse behøver man dog under alle omstændigheder heller ikke gå nærmere ind på dette spørgsmål, da skrivelsen af 9. januar 1992 intet væsentligt bidrager til fortolkningen af den anfægtede skrivelse. I skrivelsen af 9. januar 1992 henviser generaldirektøren for GD IV til beslutningen af 2. december 1991 og dens mulige konsekvenser for behandlingen af SFEI's klage samt meddeler i skrivelsen, at Kommissionen snarest vil tage stilling til dette spørgsmål. Det er her helt plausibelt at antage, at der var tale om en *foreløbig* stillingtagen, som så udmøntede sig i den her i sagen anfægtede skrivelse.

Appellanterne har tillagt det særlig betydning, at man i skrivelsen af 9. januar 1992 på dette punkt taler om »konklusioner« (»conclusions«). Man kan godt anlægge den fortolkning, som appellanterne har gjort, med henvisning til, at der i skrivelsen blev anvendt ordet »konklusioner«, men jeg finder alligevel ikke denne fortolkning overbevisende (eller endog tvingende). Anvendelsen af dette ord kan nemlig udmærket forenes med den antagelse, at den anfægtede skrivelse udgør en foreløbig stillingtagen. Skrivelsen af 9. januar 1992 må da, som anført af Kommissionen, blot betragtes som en forhåndsmeddelelse om, at den senere ville tilkendegive sin foreløbige stillingtagen.

41. Efter det hidtil anførte må den fortolkning, som Retten har anlagt af den anfægtede skrivelse, derfor betragtes som helt plausibel og forsvarlig. Som jeg tidligere har anført, findes der dog visse grunde til støtte for den fortolkning, som appellanterne har anlagt. Da Rettens fortolkning imidlertid ikke er behæftet med en åbenbar mangel, bør den ikke påtales alene af disse grunde.

42. Jeg skal herefter behandle spørgsmålet om, hvorvidt Retten har foretaget en korrekt fortolkning af *begrebet* anfægtelig retsakt i artikel 173's forstand. Spørgsmålet om fortolkningen af et retligt begreb er også et retsspørgsmål, som kan gøres til genstand for appel, således som det fremgår af Domstolens hidtidige praksis [26].

43. Retten har i sin kendelse åbenbart støttet sig på sin dom i førnævnte sag Automec I [27]. I denne dom havde Retten udtalt, at der bør sondres mellem tre forskellige faser i den procedure, som Kommissionen følger ved undersøgelsen af en klage i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17 og artikel 6 i forordning nr. 99/63/EØF [28]. Det hedder herom i dommen:

»I første fase, der følger efter indgivelsen af klagen, tilvejebringer Kommissionen i overensstemmelse med artikel 6 i forordning nr. 99/63 de oplysninger, der er nødvendige for at tage stilling til klagen. I denne fase kan der blandt andet ske en uformel udveksling af synspunkter og oplysninger mellem Kommissionen og klageren for nærmere at fastlægge de faktiske og retlige omstændigheder, som ligger til grund for klagen, og for at give klageren mulighed for at uddybe sine synspunkter, eventuelt på grundlag af en første reaktion fra Kommissionen. De foreløbige bemærkninger, som Kommissionen fremsætter under den uformelle kontakt, kan ikke betragtes som retsakter, der kan efterprøves.

Dernæst følger i anden fase den meddelelse, der er omhandlet i artikel 6 i forordning nr. 99/63, og hvormed Kommissionen over for klageren tilkendegiver, hvorfor den ikke mener at kunne tage klagerens begæring til følge, samt fastsætter en frist, inden for hvilken klageren kan fremsætte sine eventuelle bemærkninger. [Denne] meddelelse ... [er] ikke ... [nogen] beslutning.

Kommissionen får i procedurens tredje fase kendskab til klagerens bemærkninger. Denne fase kan afsluttes med en endelig beslutning, selv om artikel 6 i forordning nr. 99/63 ikke udtrykkeligt giver mulighed herfor ...« [29].

44. Jeg finder, at denne fremstilling, som Retten har givet af proceduren, er til stor hjælp til anskueliggørelse af forløbet ved undersøgelsen af en klage. Jeg behøver ikke nu at gennemgå de spørgsmål, som denne

26 — Jf. dom af 28.11.1991, sag C-132/92 P, Schwedler mod Parlamentet, Sml. I, s. 5745, præmis 13, og af 17.1.1992, sag C-107/90 P, Hochbaum mod Kommissionen, Sml. I, s. 157, præmis 16.

27 — Se fodnote 2.

28 — Kommissionens forordning af 25.7.1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, og Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42). Ifølge artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 skal Kommissionen, før den træffer en beslutning i henhold til artikel 3, give de pågældende lejlighed til at udtale sig. Artikel 6 i forordning nr. 99/63 bestemmer således: »Hvis Kommissionen er af den opfattelse, at de tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at tage en i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 fremsat begæring til følge, underretter den ansøgeren om en begrundelse herfor og fastsætter en frist, indenfor hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger.«

29 — Jf. Automec I-dommen (se fodnote 2), præmis 45, 46 og 47.

opfattelse rejser i enkelthederne [30]. Såfremt der ved undersøgelsen af en foranstaltning opstår det spørgsmål, om foranstaltningen må antages at have karakter af en beslutning eller ej, giver det anførte skema mulighed for at placere den pågældende foranstaltning på det stadium af proceduren, hvor den hører hjemme.

45. Den af Retten afsagte kendelse, som anfægtes under nærværende appelsag, giver imidlertid på flere steder indtryk af, at Retten har vendt denne logik på hovedet, nemlig med det ræsonnement, at en foranstaltning ikke *kan* udgøre en anfægtelig retsakt, *fordi* den henhører under den første (eller den anden) af de førnævnte faser i proceduren. Jeg kan herom henvise til grund 41, 42 og 43 i den anfægtede kendelse. En sådan betragtning kan naturligvis ikke betegnes som andet end et ræsonnement »petitio principii«. Det samme må i øvrigt siges om det argument fra Kommissionen, fordi den anfægtede skrivelse ikke kan være en beslutning, da Kommissionen ikke forud herfor havde tilsendt klageren nogen skrivelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 (hvori den havde opfordret klageren til at fremsende sine bemærkninger inden for en nærmere angivet frist) [31].

Såfremt det anførte rent faktisk skulle have været Rettens opfattelse, må den naturligvis modsiges på dette punkt. Efter Domstolens faste praksis er det afgørende for, om der foreligger en anfægtelig retsakt efter artikel 173, hvorvidt den pågældende foranstaltning er bestemt til at have retsvirkninger, hvorved retsaktens form er uden betydning [32]. Når der er tale om retsakter, som vedtages under en procedure i flere faser, kan kun de foranstaltninger, hvorved Kommissionen fastlægger sit endelige standpunkt, principielt betragtes som anfægtelige retsakter, og ikke forberedende foranstaltninger [33]. Man må her altid se på den pågældende foranstaltnings *indhold*.

46. Domstolen har i Philip Morris-sagen opstillet en række kriterier, som kan anvendes ved bedømmelsen af, om en skrivelse fra Kommissionen bør betragtes som en endelig afvisning af en klage. Heri fastslog Domstolen, *at* de i sagen omhandlede skrivelser indebar, at undersøgelsen blev bragt til afslutning, *at* de indeholdt en vurdering af de anfægtede aftaler, og *at* de afskar klagerne fra at begære undersøgelsen genoptaget, medmindre de fremlagde nye beviser [34].

47. Den her i sagen appellerede kendelse viser, at Retten var bekendt med denne domspraksis. Retten anfører nemlig i kendelsens grund 42 og 43, at den anfægtede skrivelse ikke indeholdt nogen kvalifikation af de faktiske omstændigheder, som var gjort gældende af klageren, og at den ikke bragte proceduren til afslutning.

30 — Det sidst citerede afsnit af dommen efterlader navnlig tvivl om, hvorvidt Kommissionen, når den ikke agter at tage en klage til følge, *skal* (og ikke blot *kan*) afvise klagen ved en formel beslutning, såfremt klageren rejser krav herom, som klageren da kan anfægte i medfør af EØF-traktatens artikel 173. Dette har en klager efter min opfattelse krav på. Der er derfor grund til at bifalde Rettens dom i Automec II-sagen (dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223), som går i denne retning (jf. dommens præmis 85).

31 — Dette ræsonnement anvendte Retten i øvrigt også i førnævnte Automec I-sag (se fodnote 2) i dommens præmis 56.

32 — Jf. dom af 31.3.1971, sag 22/70, Kommissionen mod Rådet, Sml. 1971, s. 41, præmis 42; se senest dom af 16.6.1993, sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, præmis 9.

33 — Jf. dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9 ff.

34 — Dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 12.

48. Jeg er derfor af den opfattelse, at de steder i kendelsen, hvor Retten synes at lade skrivelsens retlige karakter afhænge af, hvilken fase af proceduren den efter Rettens opfattelse tilhører, blot må anses for en udtryksmåde, som kan give anledning til misforståelser. Efter de førnævnte konstateringer [35] må man gå ud fra, at Retten var fortrolig med og har anvendt gældende ret. Den omstændighed alene, at formuleringen af den appellerede kendelse kunne give anledning til visse tvivlsspørgsmål, gør det ikke i sig selv berettiget at ophæve kendelsen. Appelinstansen har alene til opgave at efterprøve, om Retten har handlet i strid med gældende *retsforskrifter*. Der kan imidlertid ikke med sikkerhed fastslås at være begået en sådan fejl. I den foreliggende sag må der endvidere tages hensyn til, at Rettens fortolkning af den anfægtede skrivelse som sådan må betragtes som fuldt ud forsvarlig. Det kan derfor vanskeligt forenes med procesøkonomiske overvejelser at anse kendelsen for at være behæftet med en retsvildfarelse, alene fordi den indeholder visse formuleringer, der kan give anledning til misforståelser, og som følge heraf foreslå kendelsen ophævet.

49. Det bør dog bemærkes, at kendelsen indeholder udførlige betragtninger vedrørende et spørgsmål (fortolkningen af ordlyden af klagen af 21.12.1990), som er klart overflødige [36]. Dette gør det nødvendigt at foretage en særlig kritisk efterprøvelse af Rettens øvrige betragtninger. Da Rettens kendelse imidlertid ikke, hvad angår slutresultatet, er baseret på de pågældende betragtninger, kan heller ikke denne omstændighed gøre det berettiget at ophæve den anfægtede kendelse.

Tredje anbringende: *tilsidesættelse af princippet om berettiget formodning og retssikkerhedsprincippet*

50. Appellanternes sidste anbringende er i det væsentlige, at Retten har anlagt en fejlagtig fortolkning af en erklæring, Kommissionen har afgivet i sin *XX Beretning om Konkurrencepolitikken*. Heri anførte Kommissionen, at den i fremtiden ville affatte de skrivelser, hvorved den fremsender sine indledende bemærkninger i en klagesag, på en sådan måde, at det for adressaterne klart fremgår, at der kun er tale om en første reaktion fra Kommissionens side. Kommissionen tilføjede i beretningen, at den i hvert enkelt tilfælde ville opfordre adressaten til at fremsætte supplerende bemærkninger over for Kommissionen inden for en i skrivelsen fastsat frist, og at den i modsat fald ville »anse klagen for henlagt« [37].

Appellanterne har opfattet denne passage således, at en skrivelse fra Kommissionen, hvori der ikke gives dem nogen frist til at fremsætte deres bemærkninger (således som det er tilfældet her), må anses for en afvisning af deres klage.

51. Jeg behøver ikke her gå videre ind på spørgsmålet, om dette er et faktisk eller et retligt spørgsmål, og om de erklæringer, som Kommissionen afgiver i sine beretninger om konkurrencepolitikken, kan tillægges nogen

35 — Se punkt 47.

36 — Se punkt 26.

37 — Jf. beretningens punkt 165 (se fodnote 18).

juridisk værdi, da appellanternes opfattelse klart er ubegrundet.

Hvis den citerede passage skal give nogen mening, kan kun fortolkes *på én måde*, nemlig at den indeholder et tilsagn fra Kommissionen om, at den *altid* giver klageren en frist til at fremsætte supplerende bemærkninger, og at en klage derfor skal »anses for henlagt«, *når klagerne ikke har udnyttet denne mulighed*. Det fremgår da også klart f.eks. af den tyske og italienske version af beretningen, at det er denne måde, beretningen må fortolkes på [38]. Den begæring, som appellanternes repræsentant fremsatte under den mundtlige forhandling om, at der indhentes en sagkyndig erklæring vedrørende betydningen af kommaet i den franske version, er det derfor ikke nødvendigt at gå ind på.

Sammenfatning

52. Sammenfattende er jeg derfor af den opfattelse, at appellen bør forkastes. Det bør dog efter min opfattelse bemærkes, at denne sag overhovedet ikke var opstået, såfremt Kommissionen havde udvist den fornødne omhu ved affattelsen af den anfægtede skrivelse. På dette punkt kunne man da også forvente, at Kommissionen havde gjort sig de fornødne anstrengelser under hensyn til, at Retten allerede i førnævnte dom i Automec I-sagen klart havde givet udtryk for, at Kommissionens hidtidige praksis på dette område lod tilbage at ønske. Kommissionen anerkendte selv udtrykkeligt i den *XX Beretning om Konkurrencepolitikken*, at det var nødvendigt, at den affattede sine skrivelser i klageproceduren på en sådan måde, at der ikke opstod misforståelser vedrørende skrivelsernes retlige karakter. Det må derfor undre, at man ikke tog sig i agt på dette punkt ved affattelsen af den anfægtede skrivelse. Da det er den uklare formulering af skrivelsen og de heraf opståede vanskeligheder vedrørende bedømmelsen af skrivelsens retlige karakter, som har givet anledning til appelsagen, finder jeg det rimeligt, at Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger i henhold til artikel 122, stk. 1, og artikel 118, sammenholdt med artikel 69, stk. 3, første afsnit, i Domstolens procesreglement.

C — Forslag til afgørelse

53. Jeg skal som følge af det anførte foreslå Domstolen, at appellen forkastes, og at Kommissionen pålægges at betale sagens omkostninger.

38 — I den tyske version tales der om en frist »bei deren Nichteinhaltung der Antrag als zu den Akten gelegt angesehen werde«, mens det i den italienske version hedder: »...qualora tali osservazioni non vengano trasmesse, la denuncia verrà considerata archiviata«.