FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GIUSEPPE TESAURO

fremsat den 26. november 1996 *

1. Ved dom af 27. juni 1995 i sag T-186/94 [1] (herefter »dommen«) traf Retten i Første Instans afgørelse om den af det franske selskab Guérin automobiles (herefter »appellanten« eller »den klagende part«) anlagte sag, hvorunder der var nedlagt påstand om konstatering af Kommissionens passivitet, subsidiært annullation af Kommissionens to tidligere skrivelser, for så vidt som det måtte antages, at de var udtryk for en beslutning om ikke at behandle appellantens klage. I denne dom fastslog Retten for det første, at det var ufornødent at træffe afgørelse om passivitetssøgsmålet, for så vidt som dettes oprindelige genstand i mellemtiden var bortfaldet, og for det andet, at annullationspåstanden skulle afvises, for så vidt som de pågældende skrivelser ikke udgjorde retsakter, der kunne gøres til genstand for et søgsmål i medfør af traktatens artikel 173. Henset til sagens særlige omstændigheder har Retten imidlertid pålagt Kommissionen at betale sagens omkostninger.

Ved den foreliggende appel anmoder appellanten Domstolen om at ophæve dommen bortset fra den del, der vedrører sagens omkostninger, og om at give den medhold i den oprindelige påstand. Den samme dom er ligeledes genstand for Kommissionens kontraappel, hvori Rettens dom påstås ophævet, for så vidt som Kommissionen herved pålægges samtlige sagens omkostninger.

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

2. Ved skrivelse af 3. august 1992 indgav appellanten i medfør af artikel 3, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 [2] en klage til Kommissionen med henblik på at få fastslået, at Volvo Frankrig havde overtrådt traktatens artikel 85, eftersom dette selskab ifølge appellanten retsstridigt havde opsagt den forhandleraftale, som parterne den 10. september 1987 havde indgået på ubestemt tid. I samme skrivelse påstod appellanten i øvrigt, at adskillige bestemmelser i Volvo Frankrig's selektive og eksklusive forhandleraftaler ikke var omfattet af Kommissionens forordning (EØF) nr. 123/85 af 12. december 1984 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer [3] (herefter »gruppefritagelsesforordningen«). Ved skrivelse af 29. oktober 1992 meddelte Kommissionens tjenestegrene appellanten, at bl. a. under hensyntagen til den omstændighed, at problemet vedrørende kontraktophævelsen var indbragt for Cour d'appel de Paris, var det vanskeligt at se nogen mulighed for at antage, at en sådan sag frembød en interesse for Fællesskabet, der var tilstrækkelig til at begrunde, at den blev behandlet. Sagen ville følgelig

* Originalsprog: italiensk.

1 — Guérin automobiles mod Kommissionen (Sml. II, s. 1753).

2 — Forordning af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81).

3 — EFT 1985 L 15, s. 16.

blive henlagt, medmindre appellanten inden for en frist på fire uger fremkom med nye oplysninger.

Ved skrivelse af 11. december 1992 gjorde appellanten opmærksom på, at Cour d'appel de Paris udelukkende havde udtalt sig om gyldigheden af opsigelsen af forhandlerkontrakten, og at den klage, som appellanten havde indgivet til Kommissionen, vedrørte hele forhandlerkontraktens gyldighed i forhold til gruppefritagelsesforordningen. Som følge af appellantens præcisering bemærkede Kommissionens tjenestegrene i skrivelse af 21. januar 1993, at »klagen ikke vedrører de faktiske omstændigheder ved Volvo Frankrig's opsigelse af den pågældende kontrakt, men at den i realiteten vedrører det forhold, at Volvo Frankrig nægter for fremtiden at sælge til Guérin automobiles alene med den begrundelse, at Volvo Frankrig har et net af selektive og eksklusive forhandleraftaler, som ifølge Guérin uden videre er ugyldige, idet de væsentligt går ud over rammerne for fritagelse i forordning (EØF) nr. 123/85 og heller ikke er omfattet af en individuel fritagelse«. Kommissionen tilføjede: »Jeg skal hertil oplyse, at det problem, som De har forelagt, og som der i øvrigt er indbragt klage over fra anden side, for tiden behandles af Kommissionen, og at De vil få meddelelse om resultatet heraf, når sagsbehandlingen er afsluttet.«

3. Næsten et år senere, den 6. januar 1994, anmodede appellanten Kommissionen om at meddele resultatet af den sagsbehandling, der blev omtalt i skrivelsen af 21. januar 1993. Da denne skrivelse forblev ubesvaret, fremsendte appellanten den 24. januar under henvisning til traktatens artikel 175 en åbningsskrivelse til Kommissionen. Ved skrivelse af 4. februar 1994 begrænsede Kommissionens tjenestegrene sig til at bekræfte over for appellanten, at undersøgelsen af den anden sag stadig pågik, og at den »eventuelt ville danne præcedens for problemer som dem, De har påpeget. Som svar på Deres åbningsskrivelse kan jeg igen forsikre Dem om, at De straks vil få meddelelse, når undersøgelsen har nået et afgørende stadium«.

Den 5. maj 1994 indleverede appellanten i medfør af traktatens artikel 175 en stævning til Retten i Første Instans med påstand om, at det fastslås, at Kommissionen har udvist passivitet, subsidiært om annullation af skrivelserne af 21. januar 1993 og 4. februar 1994, såfremt de er udtryk for en beslutning om at forkaste appellantens klage.

4. Den 13. juni 1994 tilsendte Kommissionens tjenestegrene under henvisning til artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 [4] appellanten en meddelelse. Skrivelsen har følgende ordlyd:

4 — EFT 1963-1964, s. 42.

»Hr. advokat

Herved bekræftes modtagelsen af Deres skrivelse af 24. januar 1994 vedrørende Deres klient Guérin automobiles' situation efter dennes klage af 11. december 1992 over Volvo Frankrig's standardforhandleraftale, hvori De gør gældende, at der er sket væsentlige overskridelser i forhold til de rammer for fritagelse, der er fastlagt i forordningen, og modtagelsen af Deres anmodning i henhold til traktatens artikel 175 om, at Kommissionen tager stilling til sagen inden for to måneder. Denne skrivelse giver mig anledning til at fremsætte nedenstående bemærkninger.

I Deres klage rejses det konkurrenceretlige spørgsmål, om en aftale om eksklusiv og selektiv forhandling af automobiler som den af Volvo Frankrig anvendte er forenelig med forordning (EØF) nr. 123/85. Hertil, og idet jeg henholder mig til min skrivelse af 21. januar 1993, hvortil De ligeledes har henvist, kan jeg bekræfte, at et tilfælde heraf for tiden undersøges af Kommissionen, for så vidt angår spørgsmålet, om standardkontrakten om forhandling af automobiler fra en anden fabrikant er forenelig med forordningen.

Den pågældende sag vedrører en række klausuler og former for praksis, som omhandles af Deres klage. Som det vil være Dem bekendt, har Kommissionen på grund af de begrænsede midler, der står til dens rådighed, ikke et frit valg i prioriteringen. Det er derfor i Fællesskabets interesse at vælge de mest repræsentative tilfælde ud, når der forelægges Kommissionen flere sammenlignelige sager. Af denne grund må jeg under henvisning til artikel 6 i forordning (EØF) nr. 99/63 bekræfte, at under de foreliggende omstændigheder kan Deres klage ikke for nærværende gøres til genstand for individuel sagsbehandling.

Endvidere er forordning nr. 123/85 umiddelbart anvendelig ved de nationale retsinstanser. Deres klient kan derfor indbringe sagen samt spørgsmålet om denne forordnings anvendelighed på den pågældende kontrakt direkte for disse retsinstanser.

De har ret til at fremsætte bemærkninger til nærværende skrivelse. Såfremt De ønsker at benytte Dem af denne mulighed, skal de være mig i hænde inden for to måneder.«

Den 20. juni 1994 fremsatte appellanten bemærkninger til skrivelsen af 13. juni 1994 over for Kommissionen, hvori den anmodede om yderligere oplysninger vedrørende den anden sag og ønskede oplyst, hvorvidt den havde til hensigt at forene de to sager med henblik på overholdelse af retten til kontradiktion. Da appellanten hverken fik svar på denne skrivelse eller på skrivelserne af 13. og 24. juli, hvori den gentog disse anmodninger, fremsendte den i medfør af traktatens artikel 175 den 11. august 1994 en ny åbningsskrivelse til Kommissionen.

5. Appellanten har for Retten i replikken for det første gjort gældende, at Kommissionens skrivelse af 13. juni 1994 ikke har bragt passiviteten til ophør. Det begrundes således: a) en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 udgør ikke en stillingtagen i henhold til traktatens artikel 175, stk. 2; b) skrivelsens indhold bekræfter, at der ikke er tale om en afvisning af klagen; c) skrivelsen er ikke tilstrækkeligt begrundet.

For det andet har appellanten gjort gældende, at Kommissionens vage svar skyldes en strategi, der har til formål at afskære appellanten fra muligheden for domstolsprøvelse. Ved på den ene side at betegne skrivelserne af 21. januar 1993 og af 4. februar 1994 som blotte henholdende skrivelser undgår Kommissionen et annullationssøgsmål; og ved på den anden side at hævde, at skrivelsen af 13. juni 1993 indeholder en egentlig stillingtagen, undgår Kommissionen et passivitetssøgsmål.

Rettens dom

6. Retten har i sin dom konstateret, at »ved sagens anlæggelse kunne påstanden vedrørende passivitet antages til realitetsbehandling« (præmis 22). Dernæst har den gjort opmærksom på, at en retsakt, »der ikke selv kan anfægtes under et annullationssøgsmål, under visse omstændigheder alligevel kan udgøre en stillingtagen, der bringer passiviteten til ophør, hvis den er et nødvendigt forberedende led i en procedure, der skal udmunde i en retsakt, der kan anfægtes under et annullationssøgsmål« (præmis 25), og at det netop er tilfældet med en skrivelse fremsendt af Kommissionen til den klagende part i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63. Efter fast retspraksis udgør en meddelelse i henhold til artikel 6 »en stillingtagen i den i traktatens artikel 175 forudsatte betydning, selv om den ikke kan anfægtes under et annullationssøgsmål« (præmis 26).

Ved at klassificere skrivelsen af 13. juni 1994 har Retten følgelig fundet, at selv om det i denne skrivelse ikke udtrykkeligt anføres, at klagen afslås, »fremgår det klart af de to henvisninger til artikel 6 i forordning nr. 99/63, af overholdelsen af denne bestemmelses formelle krav, af indholdet af skrivelsen og af den sammenhæng, den optræder i, at Kommissionen på det tidspunkt, hvor den tilsendte sagsøgeren den pågældende meddelelse, var af den opfattelse, at de tilvejebragte oplysninger ikke gav grundlag for at tage sagsøgerens klage til følge« (præmis 29). Retten fastslog ligeledes, at selv om det måtte antages, at den pågældende skrivelse ikke var tilstrækkeligt begrundet, og at den var udfærdiget efter en procedure i strid med forskrifterne, er sådanne klagepunkter, »selv om de eventuelt kan være relevante under en sag anlagt i medfør af traktatens artikel 173, ganske uden relevans for spørgsmålet, om Kommissionen har taget stilling i den i traktatens artikel 175 anvendte betydning« (præmis 33).

Retten har ligeledes afvist appellantens argument om, at såfremt passivitetens ophør

anerkendes, vil det svare til at give Kommissionen mulighed for at unddrage sig enhver domstolskontrol. I denne henseende har Retten fremhævet, at appellanten som følge af de bemærkninger til den meddelelse, der var tilsendt denne i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, »har krav på at modtage en beslutning fra Kommissionen, hvori den endeligt træffer afgørelse om klagen. En sådan beslutning kan, hvis sagsøgeren mener, at der er grundlag derfor, indbringes for Retten under et annullationssøgsmål« (præmis 34).

7. Appellantens subsidiære bemærkninger med henblik på at opnå en annullation af skrivelserne af 21. januar 1993 og 4. februar 1994, såfremt de er udtryk for en beslutning om ikke at fremme appellantens klage, blev ikke antaget til realitetsbehandling. Retten fastslog, at der blot er tale om henholdende skrivelser, som derfor ikke er »retsakter, der fremkalder bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser, men er forberedende retsakter, der som sådanne ikke kan anfægtes under et søgsmål« (præmis 40).

8. For så vidt angår sagens omkostninger har Retten først fastslået, at Kommissionen ikke inden for den i traktatens artikel 175 fastsatte frist har besvaret appellantens åbningsskrivelse af 24. januar 1994, på trods af, at den havde været behørigt informeret om klagens indhold siden december 1992. Efter således at have fastslået, at Kommissionen først meddelte appellanten en stillingtagen vedrørende dennes klage efter sagens anlæg (præmis 45), besluttede Retten, at Kommissionen skulle bære sine egne og betale appellantens omkostninger (præmis 46).

Appellen

9. Appellanten anfægter ved Domstolen dommens rigtighed, idet det gøres gældende, at Rettens opfattelse, hvorefter skrivelsen af 13. juni 1994, selv om den udgør en stillingtagen i henhold til traktatens artikel 175 og derfor kan bringe passiviteten til ophør, ikke samtidig er en retsakt, der kan gøres til genstand for søgsmål i medfør af traktatens artikel 173, er behæftet med en retlig mangel. Appellanten gør til støtte for dette synspunkt gældende:

a) Retten har undladt at tage den korrespondance i betragtning, der lå efter Kommissionens skrivelse af 13. juni 1994, hvilket ville have gjort det muligt at foretage en korrekt vurdering af faktum og følgelig fastslå, at der stadig forelå passivitet;

b) Retten har i flere henseender anlagt en urigtig retlig vurdering af skrivelsen af 13. juni 1994, som beskrives nærmere i det følgende, med henblik på at dokumentere, at denne skrivelse ikke udgør en beslutning om afvisning og følgelig ikke bringer passiviteten til ophør;

c) Retten fandt, at denne skrivelse ikke havde nogen retlig virkning over for adressaten, hvilket er i strid med det forhold, at skrivelsen fastslog, at sagens genstand var bortfaldet. Dette medførte en tilsidesættelse af adgangen til domstolsprøvelse, som netop skyldtes den omstændighed, at den pågældende person således blev afskåret fra retten til en tilstrækkelig retsbeskyttelse.

Sammenfattende gør appellanten således gældende, at passiviteten ikke er bragt til ophør (første og andet anbringende) og, at såfremt det fastslås, at passiviteten ophører, samtidig med at der ikke foreligger nogen retsakt, der kan anfægtes under et søgsmål, medfører det under alle omstændigheder en tilsidesættelse af adgangen til domstolsprøvelse (tredje anbringende). Den foreliggende appel giver følgelig Domstolen mulighed for at uddybe og tydeliggøre klagerens rettigheder på konkurrenceområdet, navnlig hvad angår den retlige beskyttelse [5]. Før de i denne sag påberåbte anbringender undersøges, er det således hensigtsmæssigt først at nævne, skønt det kun bliver summarisk, de retlige rammer samt den retspraksis, som er relevant for den foreliggende tvist.

5 — Jf. bl. a. Idot: »La situation des victimes de pratiques anticoncurrentielles après les arrêts Asia Motor et Automec II«, i *Europe*, 1992, s. 1 ff.; Gilliams og Maselis: »Le statut du plaignant en droit communautaire«, i *Journal des Tribunaux*, 1996, s. 25 ff.; Amadeo: »La posizione del singolo controinteressato dinanzi alla Commissione nell'applicazione delle regole di concorrenza«, i *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, s. 405 ff.

Den klagende parts rettigheder i henhold til retspraksis

10. Jeg skal først henlede opmærksomheden på, at i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 er fysiske eller juridiske personer, som kan godtgøre en berettiget interesse, berettiget til at fremsætte en begæring til Kommissionen med henblik på at få fastslået en (påstået) overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86. Denne mulighed er imidlertid ikke forbundet med væsentlige rettigheder. Det fremgår tydeligt af retspraksis på området, at klageren ikke kan kræve, at Kommissionen udsteder en beslutning, hvorved der tages stilling til, om der foreligger den påståede overtrædelse eller ej [6], og at Kommissionen ligeledes ikke er forpligtet til at gennemføre en undersøgelse, da en sådan »kun kan have til formål at eftersøge beviser for eksistensen eller den manglende eksistens af en overtrædelse, som den ikke er forpligtet til at konstatere« [7].

6 — Dom af 18.10.1979, sag 125/78, Gema mod Kommissionen, Sml. s. 3173, præmis 17 og 18; samt den nylige dom af 18.9.1996, sag T-387/94, Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 961, præmis 46, herefter »Asia Motor III-dommen«. Som Retten har fastslået i dom af 18.9.1992, sag T-24/90, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 2223, præmis 75, herefter »Automec II-dommen«, kan der kun være tale om en anden løsning, såfremt genstanden for klagen henhører under Kommissionens enekompetence.

7 — Automec II-dommen, nævnt i foregående fodnote, præmis 76; dom af 24.1.1995, sag T-114/92, BEMIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 147, præmis 81. Jf. i øvrigt dom af 24.1.1995, sag T-5/93, Tremblay m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 185, præmis 61, hvori Retten udtrykkeligt fastslog, at sagsøgeren ikke havde krav på, at Kommissionen traf en beslutning om den anmeldte overtrædelse, heller ikke selv om Kommissionen måtte have været »overbevist om, at den omhandlede praksis udgjorde en overtrædelse af traktatens artikel 86«. Sidstnævnte udtalelse, som begrundes med, at Kommissionen, »når den først har fastslået en overtrædelse, er forpligtet til at træffe en beslutning, der pålægger de berørte virksomheder at bringe den til ophør, er i modstrid med selve teksten i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorefter Kommissionen *kan* vedtage en sådan beslutning« (dom af 18.11.1992, sag T-16/91, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2417, præmis 98), giver i realiteten anledning til nogen tvivl.

Dette indebærer imidlertid ikke, at den klagende part er afskåret fra enhver beskyttelse. I artikel 6 i forordning nr. 99/63 indrømmes han visse proceduremæssige garantier, idet det bestemmes, at »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 ansøgerne om begrundelsen herfor og fastsætter en frist, inden for hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger«. Kommissionen har følgelig mulighed for at afvise begæringen, enten efter at have undersøgt begæringens faktiske og retlige elementer eller efter at have foretaget en undersøgelse eller indledt en overtrædelsesprocedure. I hvert af disse tilfælde er Kommissionen imidlertid forpligtet til at underrette sagsøgeren om de grunde, der har ført til afvisningen af begæringen og at fastsætte en frist, inden for hvilken der skriftligt kan fremsættes eventuelle bemærkninger [8]. Det er netop formålet med den meddelelse, der er fastsat i artikel 6.

11. Domstolen har i øvrigt i Gema-dommen fastslået, at »formålet med den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning er altså, som det fremgår af ordene 'underretter ... ansøgerne om begrundelsen herfor', blot at sikre, at en ansøger efter artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62 underrettes om grundene til, at Kommissionen er nået til det resultat, at de under undersøgelsen tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at tage den fremsatte begæring til følge. Denne underretning *indebærer, at sagen henlægges*, uden at Kommissionen derfor er afskåret fra at genoptage den, såfremt den finder det hensigtsmæssigt, navnlig såfremt ansøgeren inden for den frist, der er indrømmet ham i henhold til artikel 6, fremkommer med nye oplysninger af retlig eller faktisk art« [9].

Efter at have gjort rede for en underretnings kendetegn og berettigelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, fremhævede Domstolen, at en sådan underretning udgør en stillingtagen i henhold til traktatens artikel 175, og at den derfor kan bringe passiviteten til ophør [10]. Domstolen afstod imidlertid i samme dom fra at besvare det under retsforhandlingerne meget omdiskuterede spørgsmål om muligheden for at anlægge sag i henhold til traktatens artikel 173 [11] til prøvelse af en sådan underretning, samt, mere

8 — Dette betyder, at Kommissionen, skønt den hverken er forpligtet til at vedtage en beslutning om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne, eller foretage en undersøgelse af en klage, forelagt i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, ikke desto mindre er forpligtet til »grundigt at undersøge de faktiske og retlige anbringender, der er rejst af klageren, for at bringe på det rene, om der foreligger en konkurrencestridig adfærd. Såfremt sagen henlægges uden videre, har Kommissionen tillige pligt til at begrunde sin beslutning for at sætte Retten i stand til at afgøre, om Kommissionen har begået faktiske eller retlige fejl eller gjort sig skyldig i magtfordrejning« (dom af 19.10.1995, sag C-19/93 P, Rendo m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 3319, præmis 27).

9 — Den i fodnote 6 nævnte dom, præmis 17, min fremhævelse.

10 — A.st., præmis 19 og 20.

11 — Jf. imidlertid om dette punkt generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i denne sag. Efter at være nået til den konklusion, at en manglende vedtagelse af en skrivelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 udgør en ulovlig undladelse fra Kommissionens side, og at den derfor kan blive genstand for et passivitetssøgsmål i henhold til traktatens artikel 175, fastslog sidstnævnte derefter, at den pågældende retsakt »har kunnet anfægtes ved et rettidigt annullationssøgsmål, idet de retsakter, der er genstand for Domstolens kontrol efter artikel 173, stk. 1, er beskrevet i tilsvarende vendinger som i artikel 175, stk. 3« (Sml. 1979, s. 3193 og navnlig s. 3200).

generelt, spørgsmålet om, hvorvidt den klagende part kunne anfægte skrivelsen, hvori klagen afvistes, under et annullationssøgsmål.

12. I denne henseende skal det ikke desto mindre bemærkes, at Domstolen allerede i Metro-dommen har bekræftet, at en eventuel beslutning om at afvise klagen skal kunne anfægtes under et annullationssøgsmål, idet den bl.a fremhævede, at »af hensynet såvel til retssikkerheden som til en korrekt anvendelse af artikel 85 og 86 følger, at de fysiske eller juridiske personer, som i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 er beføjede til at fremsætte en begæring til Kommissionen om konstatering af en overtrædelse af nævnte artikel 85 og 86, skal gives en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser, såfremt deres begæring helt eller delvis ikke tages til følge« [12]. I den omtalte sag er det korrekt, at den klagende part Metro's sagsanlæg var rettet imod Kommissionens beslutning om at undtage et distributionssystem i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. De generelle vendinger, som anvendtes i det netop anførte, gav imidlertid anledning til at antage, at de samme betragtninger ligeledes må være gyldige for så vidt angår en (endelig) beslutning om at henlægge klagen.

Senere retspraksis på området bekræfter dette synspunkt, eftersom Domstolen — adskillige gange — har tilladt, at en endelig henlæggelse kan anfægtes under et søgsmål i henhold til traktatens artikel 173 [13]. Ikke desto mindre står to spørgsmål ubesvarede: a) om meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 ligeledes kan anfægtes under et søgsmål i henhold til traktatens artikel 173, eller om denne mulighed er forbeholdt beslutningen om en henlæggelse, som er truffet på baggrund af eventuelle bemærkninger fra den klagende part under anvendelse af samme artikel 6; b) om Kommissionen er forpligtet til, og ikke blot har mulighed for, at træffe en endelig beslutning om henlæggelse af klagen [14].

13. Retten har i sin praksis taget stilling til disse to spørgsmål. I Automec I-dommen [15] har Retten givet en teoretisk forklaring på de forskellige typer retsakter, som Kommissionen kan vedtage under en procedure i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, idet

12 — Dom af 25.10.1977, sag 26/76, Sml. s. 1875, præmis 13.

13 — Jf. dom af 11.10.1983, sag 210/81, Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen, Sml. s. 3045, præmis 14, hvori den klagende parts ret til at anfægte beslutningen om at henlægge klagen begrundes på samme måde som i Metro-dommen (gengivelse af teksten). Jf. i øvrigt dom af 28.3.1985, sag 298/83, CICCE mod Kommissionen, Sml. s. 1105, præmis 18, hvori Domstolen fastslog, at den, i lyset af de faktiske og retlige elementer, som sagsøgeren havde fremlagt, var kompetent til at undersøge, hvorvidt den af Kommissionen trufne beslutning om at henlægge klagen var lovlig; samt dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds, Sml. s. 4487, præmis 12, hvori Domstolen bemærkede, at med henblik på realitetsbehandlingen af et annullationssøgsmål mod en skrivelse om afvisning af en klage er det tilstrækkeligt, at denne skrivelse har »indhold og virkning som en beslutning i det omfang, hvor (den) afslutter en undersøgelse, rummer en vurdering af de pågældende aftaler og afskærer sagsøgerne fra at begære en genoptagelse af undersøgelsen, medmindre de påviser nye omstændigheder«.

14 — Kommissionens holdning i denne henseende har længe været, at den ikke har nogen som helst forpligtelse til at vedtage en formel beslutning om afvisning, og at den derimod kan udvælge de tilfælde, hvor den finder det hensigtsmæssigt at træffe en sådan beslutning. Jf. ligeledes Den Ellevte Beretning om Konkurrencepolitikken, 1981, punkt 118, og Den Femtende Beretning om Konkurrencepolitikken, 1985, punkt 1, hvori Kommissionen bekræfter, at det udelukkende er »i tilfælde af behov«, at Kommissionen vedtager en endelig afvisningsbeslutning, som kan anfægtes i et søgsmål ved Domstolen.

15 — Dom af 10.7.1990, sag T-64/89, Automec mod Kommissionen, Sml. II, s. 367, præmis 45, 46 og 47, herefter »Automec I-dommen«.

den har defineret de formelle betingelser, hvorunder disse retsakter kan anfægtes under et søgsmål. Helt præcist har Retten i forbindelse med proceduren i henhold til artikel 6 defineret tre på hinanden følgende faser: en første fase, som er karakteriseret ved en udveksling af oplysninger og indledende bemærkninger mellem klageren og Kommissionen; en anden fase, som vedrører den i artikel 6 indeholdte meddelelse; en tredje fase, hvor Kommissionen får kendskab til klagerens bemærkninger og i givet fald træffer en endelig beslutning. Udelukkende denne sidste beslutning, som Kommissionen imidlertid ikke synes forpligtet til at vedtage, kan ifølge Retten gøres til genstand for et annullationssøgsmål.

Det er vigtigt at fremhæve, at den pågældende dom, hvori meddelelsen i henhold til artikel 6 blev defineret som en udelukkende forberedende retsakt, fjernede enhver tvivl angående muligheden for at anfægte denne meddelelse i henhold til traktatens artikel 173. Retten har begrundet denne konklusion ved navnlig at bekræfte, at »et annullationssøgsmål vedrørende en sådan meddelelse kunne — på samme måde som et annullationssøgsmål vedrørende en meddelelse om klagepunkterne — tvinge Domstolen og Retten til at foretage en vurdering af spørgsmål, som Kommissionen endnu ikke har haft lejlighed til at udtale sig om«; hvilket bl. a. ikke er foreneligt »med retsplejehensyn og hensyn til den rette gennemførelse af Kommissionens administrative procedure« [16].

14. På baggrund af Automec I-dommen har Kommissionen bemærket, at: »Skrivelser, hvori Kommissionen fremfører sine indledende bemærkninger, skal med andre ord affattes på en sådan måde, at det for adressaterne klart fremgår, at der kun er tale om en første reaktion fra Kommissionens side på grundlag af de oplysninger, den ligger inde med. Adressater skal under alle omstændigheder altid opfordres til at fremkomme med eventuelle supplerende bemærkninger til Kommissionen inden for en rimelig frist, der udtrykkeligt er fastsat i skrivelsen. Reageres der ikke, anses sagen for henlagt« [17].

Kommissionens senere praksis giver imidlertid ikke anledning til at antage, at disse kriterier er blevet anvendt i snæver forstand; det kan derfor ikke udelukkes, at det på dette område væsentlige omtvistede om navnlig det retlige klassificeringsspørgsmål af de *retsakter*, der er vedtaget i forbindelse med proceduren efter artikel 6 i forordning nr. 99/63, netop delvis skyldes tvetydigheden i de skrivelser, som Kommissionen har fremsendt til de klagende parter.

15. Domstolens præciseringer i SFEI m.fl.-dommen [18], som direkte angår klassificeringen af den beslutning, hvorved proceduren i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 bringes til ophør, fremstår som værende særlig anvendelig i nærværende sammenhæng. Efter at have bemærket, at »en institution, som er tillagt beføjelser til at fastslå, om der

16 — A.st. præmis 46.

17 — *Tyvende Beretning om Konkurrencepolitikken*, 1990, punkt 165, s. 131.

18 — Dom af 16.6.1994, sag C-39/93 P, Sml. I, s. 2681.

er begået en overtrædelse, og fastsætte sanktioner herfor, og som private kan klage til, som det er tilfældet med Kommissionen inden for konkurrenceretten, indstiller en undersøgelse, som den har iværksat på foranledning af klagen, udsteder den i sagens natur dermed en retsakt, som har retsvirkninger« (præmis 27), har Domstolen bekræftet, at »en skrivelse om, at en sag henlægges, kan derfor ikke betragtes som en foreløbig stillingtagen eller en forberedende foranstaltning, medmindre Kommissionen klart har tilkendegivet, at sagen henlægges under forbehold af, at parterne ikke fremsætter supplerende bemærkninger, hvilket ikke skete i den foreliggende sag« (præmis 30).

Ifølge Domstolen udgør en skrivelse, som indeholder og begrunder Kommissionens hensigt om at henlægge klagen derfor til stadighed, og under alle omstændigheder, en beslutning, som kan gøres til genstand for søgsmål, medmindre den udtrykkeligt henviser til den klagende parts senere bemærkninger. Som Domstolen forklarer, skyldes dette, at »i modsætning til en meddelelse, hvis formål er at give de pågældende virksomheder mulighed for at gøre deres synspunkter gældende vedrørende de af Kommissionen fremsatte klagepunkter, og som ikke endeligt fastlægger Kommissionens standpunkt ... udgør en beslutning om henlæggelse af en klage det sidste stadium af proceduren og følges ikke op af yderligere en foranstaltning, som kan give anledning til at indgive annullationssøgsmål« (præmis 28).

16. Den appellerede dom har endelig bibragt den pågældende retspraksis et nyt element ved udtrykkeligt at bekræfte, at den klagende part, efter at have fremsat bemærkninger i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, har krav på at modtage en endelig beslutning, som kan anfægtes under et søgsmål i henhold til traktatens artikel 173 (præmis 34). En sådan konklusion, som imidlertid allerede kunne udledes af tidligere retspraksis [19], synes nødvendig: den klagende part er afskåret fra enhver domstolsbeskyttelse, såfremt Kommissionen ikke, ud over den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 indeholdte meddelelse (som anses for en retsakt, der ikke kan anfægtes under et søgsmål), i det mindste var forpligtet til at vedtage en endelig beslutning om at afvise klagen.

Afslutningsvis indebærer den nævnte retspraksis, at den klagende part indrømmes en ret til fra Kommissionen at få, eventuelt ved hjælp af et passivitetssøgsmål, på den ene side en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, en retsakt af forberedende karakter, som ikke kan anfægtes ved et søgsmål, men som udgør et nødvendigt element med henblik på at vedtage den endelige retsakt, og på den anden side en endelig beslutning om at henlægge klagen, en beslutning som kan anfægtes under et annullationssøgsmål.

17. Den foreliggende sag understreger de problemer, som den klagende part har i det tilfælde, hvor han først har modtaget en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 efter at have anlagt et passivitetssøgsmål, og hvor han stadig venter på en

19 — Jf. f.eks. Automec-II-dommen (nævnt i fodnote 6), præmis 85; samt dom af 24.1.1995, sag T-74/92, Ladbroke mod Kommissionen, Sml. II, s. 115, præmis 60.

endelig beslutning, som kan anfægtes under et søgsmål.

Herefter vil jeg undersøge appellantens anbringender mod den indankede dom.

Passivitetens fortsættelse (første og andet anbringende)

18. Det bemærkes, at appellanten med de første to anbringender gør gældende, at Retten fejlagtigt har fundet, at Kommissionen har bragt passiviteten til ophør. I denne henseende gør appellanten for det første gældende, at Retten burde have taget den korrespondance, der ligger forud for den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede skrivelse, i betragtning, hvilket ville have gjort det muligt at foretage en korrekt retlig vurdering af de faktiske forhold og ligeledes at fastslå, at passiviteten fortsat bestod (første anbringende).

Appellanten gør endvidere gældende, ikke helt entydigt, at Rettens vurdering af skrivelsen af 13. juni 1994 er behæftet med fejl og mangler (andet anbringende). Appellanten gør gældende: a) at selve indholdet af skrivelsen viser, at det kun drejer sig om en henholdende skrivelse; b) at Retten, for at nå en sådan konklusion, ikke burde have baseret sig på forhold, som Kommissionen påstår at have indsamlet, og som kunne begrunde beslutningen om at henlægge klagen, når disse forhold ikke fremgår af sagsakterne; c) og afslutningsvis, at det i denne kontekst ikke burde have været muligt for Retten ikke at konstatere en overtrædelse af kontradiktionsprincippet, eftersom (den påståede) afvisning var baseret på en anden klage, om hvilken appellanten aldrig har fået oplysninger. Ifølge appellanten bekræftede undersøgelsen af disse klagepunkter, at den omtvistede skrivelse ikke kunne anses for en beslutning om afvisning, en konstatering, som ligeledes skulle bekræfte, at passiviteten bestod.

19. Jeg finder det hensigtsmæssigt først at undersøge dette anbringende, eftersom undersøgelsen af, om den af Retten foretagne vurdering af karakteren af den pågældende skrivelse var korrekt kun — logisk set — må gå forud for enhver anden undersøgelse. I denne henseende er det ikke overflødigt at understrege, at appellanten ved det nævnte anbringende ikke anfægter Rettens konklusion, det vil sige, at den pågældende skrivelse udgør »en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63« (præmis 30). Appellanten har på dette punkt begrænset sig til at hævde, at under visse omstændigheder kan den i artikel 6 indeholdte skrivelse ikke betragtes som værende egnet til at bringe passiviteten til ophør, og at det tværtimod er vigtigt konkret at undersøge indholdet med henblik på at afgøre, om den indeholder en henlæggelse af klagen.

Det bemærkes i denne henseende, at det er korrekt, som det fremgår af den nævnte SFEI m.fl.-dom [20], at skrivelsens karakter skal vurderes ud fra dens formål og ikke udelukkende på grundlag af formelle kriterier. Af samme dom fremgår imidlertid tydeligt, at »en skrivelse om, at en sag henlægges, derfor ikke [kan] betragtes som en foreløbig stillingtagen eller en forberedende foranstaltning« [21], medmindre Kommissionen på den ene side har tilkendegivet, hvorfor den finder, at klagen skal henlægges, og på den anden side har fastsat en frist, inden for hvilken de klagende parter kan fremsætte supplerende bemærkninger.

20. I den foreliggende sag er det imidlertid ubestridt, at Kommissionen har fastsat en frist på to måneder, inden for hvilken appellanten kunne fremsætte eventuelle supplerende bemærkninger. Det står ligeledes fast, at Kommissionen har tilkendegivet, hvorfor den er nået til den konklusion, at appellantens klage »ikke for nærværende gøres til genstand for individuel sagsbehandling«, nemlig at der foreligger en anden klage — vedrørende lignende omstændigheder — som er mere repræsentativ, samt muligheden, henset til karakteren af den overtrædelse, der er genstand for klagen, for direkte at anlægge sag ved de nationale retter.

Skrivelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, som anfægtes i den foreliggende sag, bør følgelig, i overensstemmelse med den i SFEI m.fl.-dommen anvendte terminologi, betragtes som en »foreløbig stillingtagen eller en forberedende foranstaltning«. En nærmere undersøgelse viser, at Retten ikke har afvist en sådan konklusion, som i det mindste delvis er identisk med den af appellanten anførte, eftersom Retten i den omtvistede dom har bekræftet, »at en skrivelse i henhold til artikel 6 ikke endeligt fastlægger Kommissionens standpunkt« (præmis 31).

21. Under disse omstændigheder må det erkendes, at appellantens kritik, hvorefter Retten har foretaget en urigtig retsanvendelse ved bedømmelsen af karakteren af skrivelsen af 13. juni 1994, er åbenbart grundløs, i det mindste for så vidt som den anfægter den endelige karakter af beslutningen om at afvise klagen.

Appellantens påstand om, at Retten, hvilket skulle fremgå af dommens præmis 29, da den kom til den konklusion, at den omtvistede skrivelse indeholder en beslutning om afvisning, fejlagtigt har baseret sig på de af Kommissionen tilvejebragte oplysninger — som ikke fremgår af sagsakterne — og som ifølge Kommissionen begrunder beslutningen om ikke at behandle klagen, er ligeledes åbenbart grundløs. Retten har i dommens præmis 29 udelukkende begrænset sig til at bemærke, at de nødvendige betingelser for at anse den pågældende skrivelse for en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 foreligger.

20 — Nævnt i fodnote 18, præmis 28-31.
21 — A.st., præmis 30.

22. Appellantens påstand, hvorefter Kommissionen ved at basere sit afslag på eksistensen af en lignende og mere repræsentativ klage skulle have erkendt, at den ikke havde truffet nogen foranstaltninger og ikke havde til hensigt at gøre det, hvilket skulle udelukke enhver tvivl med hensyn til fortsættelsen af passiviteten, kan heller ikke tages til følge. Eftersom Kommissionen ikke er forpligtet til at foretage en undersøgelse af en klage [22], er det klart, at appellanten når den gør dette argument gældende langt fra bestrider Rettens vurdering af karakteren af skrivelsen af 13. juni 1994, men derimod Kommissionens begrundelser for dens hensigt om ikke at behandle klagen. I så henseende er det imidlertid tilstrækkeligt at bemærke, at et klagepunkt af denne karakter, som uden tvivl er relevant i forbindelse med et eventuelt annullationssøgsmål, ikke er det med henblik på at fastslå passivitet.

Den samme konklusion gælder påstanden om, at Retten skulle have undladt at sanktionere Kommissionens tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet, eftersom afvisningen af klagen var baseret på, at der forelå en anden klage vedrørende en lignende sag, om hvilken appellanten ikke havde kunnet få oplysninger, end ikke under retsforhandlingerne ved Retten. En eventuel tilsidesættelse af retten til kontradiktion, som skulle følge af en sådan adfærd, er ikke relevant med henblik på at fastslå, om der foreligger passivitet.

22 — Jf. ovenfor, punkt 10.

23. De foregående bemærkninger viser tydeligt, at Retten har vurderet skrivelsen af 13. juni 1994 korrekt, hvorfor det pågældende anbringende bør afvises. Men eftersom det netop undersøgte klagepunkt skulle fastslå, at den omtvistede skrivelse ikke udgjorde en beslutning om afvisning, og at passiviteten derfor ikke var bragt til ophør, skal det efter min mening undersøges, om denne skrivelse, som Retten har defineret som en stillingtagen af ikke-endelig karakter, kan anses for at have medført, at den oprindelige genstand for appellantens passivitetssøgsmål er bortfaldet.

En sådan undersøgelse er under alle omstændigheder nødvendig for at fastslå, om Retten fejlagtigt har undladt at tage den korrespondance i betragtning, der lå efter skrivelsen af 13. juni 1994 (første anbringende). Det er givet, at Rettens forpligtelse til at undersøge denne korrespondance kun har betydning i det omfang, hvor det allerede er fastslået, at den omtvistede skrivelse, og mere generelt en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63, ikke i sig selv kan bringe passiviteten til ophør, eller under alle omstændigheder kan bevirke, at genstanden for passivitetssøgsmålet bortfalder.

24. Efter således at have ridset problemet op skal det afgøres, om en skrivelse der ifølge Retten selv udgør en stillingtagen, som ikke er endelig, kan anses for at kunne bringe en passivitet til ophør og samtidig fjerne sagens genstand. Er det med andre ord korrekt at antage, at en sådan stillingtagen — uanset om

den er indledende eller forberedende — desuagtet kan bringe passiviteten til ophør?

Ifølge appellanten ville et bekræftende svar på et sådant spørgsmål være endnu mindre acceptabelt, hvis man finder, at der ikke, da Retten afsagde sin dom, havde været — og, hvad der er særdeles væsentligt på nuværende tidspunkt, endnu ikke foreligger — en endelig beslutning. Det er netop på denne baggrund, at appellanten, som allerede nævnt, gør gældende, at Retten burde have undersøgt den korrespondance, der lå efter skrivelsen af 13. juni 1994.

25. Det skal indledningsvis bemærkes, at i den omtvistede dom har Retten, selv om den ikke har foretaget en undersøgelse af den korrespondance, der lå efter skrivelsen af 13. juni 1994, dog fastslået, at »på tidspunktet for sagens afgørelse fremgår det ikke af sagens akter, at Kommissionen skulle have vedtaget en beslutning i den i traktatens artikel 189 anvendte betydning i anledning af sagsøgerens klage«. Ifølge appellanten er dette »imidlertid ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger passivitet fra Kommissionens side, idet en retsakt, der ikke selv kan anfægtes under et annullationssøgsmål, under visse omstændigheder alligevel kan udgøre en stillingtagen, der bringer passiviteten til ophør, hvis den er et nødvendigt forberedende led i en procedure, der skal udmunde i en retsakt, der kan anfægtes under et annullationssøgsmål under de i traktatens artikel 173 fastsatte betingelser« (præmis 25).

Med udgangspunkt i denne forudsætning er Retten således nået til den konklusion, at en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 udgør en stillingtagen i henhold til traktatens artikel 175 — og at den følgelig kan berøve passivitetssøgsmålet dets genstand — selv når det tydeligt fremgår, at der foreligger handlingsundladelse, og at det netop skyldes, at der er tale om en forberedende retsakt, som udgør en nødvendig betingelse for at vedtage den endelige beslutning. Følgelig, og stadig ifølge Retten, har de forhold, der ligger efter skrivelsen i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63, ingen relevans med henblik på at fastslå, hvorvidt der foreligger passivitet.

26. En sådan stillingtagen forudsætter naturligvis for det første, at meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 altid er en forberedende retsakt, for det andet, at en retsakt, som er forberedende, på trods af dens karakter alligevel kan bringe passiviteten til ophør. Disse to postulater, som i øvrigt ikke er tilstrækkeligt begrundede, medfører en vis tvivl og usikkerhed.

For så vidt angår det førstnævnte aspekt skal jeg erindre, primært mig selv, om, at i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63 er Kommissionen, ud over forpligtelsen til at meddele de klagende parter begrundelserne for at afslå deres anmodning, forpligtet til at fastsætte »en frist, inden for hvilken de klagende

parter kan fremsætte *eventuelle* bemærkninger« [23]. Denne bestemmelse har således — udtrykkeligt — til hensigt at sikre den klagende part mulighed for at fremsætte bemærkninger om de til denne af Kommissionen fremsendte begrundelser for afvisningen af klagen.

27. Såfremt det er korrekt, kan jeg ikke se, at man ikke kun kan nå frem til følgende konklusion: Når den klagende part ikke gør brug af den nævnte mulighed — enten fordi han finder det unødvendigt, henset til meddelelsens indhold, eller fordi han ikke kan fremkomme med nye faktiske eller retlige elementer, som kan få Kommissionen til at ændre holdning — kan meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 ikke anses for en forberedende retsakt, men derimod en endelig retsakt. SFEI-dommen, hvor Domstolen betragtede den pågældende meddelelse som en endelig stillingtagen [24], selv om den klagende part i den pågældende sag ikke havde haft den efter artikel 6 i forordning nr. 99/63 indeholdte mulighed for at fremsætte sine bemærkninger til begrundelsen for at afvise dennes klage, bekræfter i øvrigt dette. Det indebærer efter min mening, at såfremt der ikke foreligger supplerende bemærkninger, hvad enten det skyldes Kommissionen eller den klagende part, medfører det i alle tilfælde, at klagen henlægges endeligt, og at der således er mulighed for at anfægte den pågældende retsakt.

I denne henseende skal det ligeledes nævnes, at Kommissionen i sagen Gema mod Kommissionen forfægtede et lignende synspunkt. I denne sag bemærkede sagsøgte, at: »Den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 omhandlede underretning kan betragtes som en beslutning, idet den medfører retsvirkninger for ansøgeren. Når Kommissionen angiver grundene til, at den ikke kan tage begæringen til følge, må det sædvanligvis antages, at der er tale om en endelig stillingtagen. Den omstændighed, at der i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 skal gives ansøgeren en frist for fremsættelse af eventuelle skriftlige bemærkninger, fratager ikke underretningen dens karakter af beslutning. Bestemmelsen stiller ansøgeren frit med hensyn til, om han vil besvare denne underretning. Hans passivitet er ensbetydende med, at han anerkender, at underretningen er endelig« [25].

28. Som allerede vist er det netop denne løsning, der efter min mening svarer bedst til ordlyden af og formålet med artikel 6 i forordning nr. 99/63. I modsat fald ville den klagende part, der beslutter ikke at gøre brug af muligheden for at fremsætte yderligere bemærkninger, altid og under alle omstændigheder være afskåret fra muligheden for at anfægte begrundelserne om at henlægge klagen (endeligt) ved Fællesskabets retsinstanser, med den følge, at den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 indeholdte mulighed ville blive til en forpligtelse, i det mindste for de, der ikke ønskede at give afkald på en domstolsprøvelse.

23 — Min fremhævelse.

24 — Nævnt i fodnote 18.

25 — Nævnt i fodnote 6, under afsnittet »Sagsfremstilling«, navnlig s. 3182.

Jeg mener i øvrigt ikke, at denne løsning er i strid med Automec I-dommen [26], og at den begrænser sig til at præcisere den på visse punkter. Såfremt det er korrekt, at Retten i denne dom har klassificeret meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 som en forberedende retsakt, som ikke kan anfægtes under et søgsmål, og som antages at henhøre under den såkaldte »anden fase«, er det i øvrigt korrekt, at Retten end ikke har overvejet det tilfælde, at denne meddelelse kan udgøre den *sidste* retsakt i proceduren. Under alle omstændigheder kan den omstændighed, at der ikke er nogen såkaldt »tredje fase«, som nævnt i Automec I-dommen, hverken medføre, at den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 fastsatte procedure slutter med en forberedende retsakt, eller at den pågældende retsakt, skønt den ikke er af forberedende karakter, ikke kan anfægtes under et søgsmål.

29. Det foregående viser klart, at fasen efter fremsendelsen af den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 fastsatte skrivelse kan blive afgørende allerede med hensyn til klassificeringen af den pågældende retsakt, hvilket kan få alvorlige følger for den klagende part, i det mindste hvad angår domstolsbeskyttelsen. Her vil det være hensigtsmæssigt at stille spørgsmålstegn ved, om resten af den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 fastsatte procedure skal tages i betragtning, og i hvilket omfang, når den klagende part, som appellanten i den foreliggende sag, gør brug af muligheden for at fremsætte supplerende bemærkninger. Det mest logiske svar er, at i et sådant tilfælde kan den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 indeholdte meddelelse, under alle omstændigheder på grund af dens karakter, ikke betegnes som en endelig retsakt, hvilket bevirker, at det ligeledes må udelukkes, at det drejer sig om en retsakt, der kan anfægtes i henhold til traktatens artikel 173.

Man kommer således tilbage til udgangspunktet, i og med at det skal fastslås, om meddelelsen som forberedende retsakt alligevel kan betragtes som værende i stand til at bringe passiviteten til ophør. Det skal bemærkes, at Retten besvarede dette spørgsmål bekræftende, netop fordi denne retsakt udgjorde den nødvendige forudsætning for vedtagelsen af den endelige retsakt [27]. Hvis man imidlertid antager, at den klagende part anmoder om vedtagelsen af *beslutningen* og ikke om vedtagelsen af en forberedende retsakt, er det så muligt at antage, at en meddelelse i henhold til artikel 6

26 — Nævnt i fodnote 15.

27 — Retten har til støtte for dette synspunkt citeret domme af 12.7.1988, sag 377/87, Parlamentet mod Rådet, Sml. s. 4017, præmis 7 og 10, og af 27.9.1988, sag 302/87, Parlamentet mod Rådet, Sml. s. 5615, præmis 16. I denne henseende skal det imidlertid bemærkes, at i den første afgørelse har Domstolen — ved udtrykkeligt at afstå fra at tage stilling til påstanden om afvisning af passivitetssøgsmålet, i det omfang det var rettet mod budgetforslaget og følgelig mod en forberedende retsakt — begrænset sig til at fastslå, at der ikke var grund til at udtale sig herom, i det omfang den pågældende retsakt i mellemtiden var vedtaget. For så vidt angår den anden sag, hvor Parlamentets søgsmålskompetence efter traktatens artikel 173 blev anfægtet, er det korrekt, at Domstolen fastslog, at: »Europa-Parlamentet [kan], så længe Rådet ikke har forelagt et budgetforslag, opnå dom for, at Rådet har udvist passivitet, medens det udkast, der er en forberedende akt, ikke kan anfægtes i henhold til traktatens artikel 173«, men ordlyden er mindre klar og er under alle omstændigheder ikke afgørende for denne sag. Selv om jeg er enig i, at forberedende retsakter under visse omstændigheder kan have definitive retsvirkninger i forhold til modtageren, således at manglende vedtagelse heraf kan føre til et passivitetssøgsmål (hvilket er tilfældet, hvis Rådet ikke vedtager budgetforslaget, og ligeledes hvis Kommissionen ikke vedtager et direktivforslag; i disse tilfælde kan en manglende vedtagelse af disse retsakter medføre, at henholdsvis Parlamentet og Rådet hindres i at udøve deres kompetence), kan jeg ikke i denne henseende undlade at bemærke, at situationen er en helt anden, eller i det mindste burde være det, når det drejer sig om en retsakt som en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63. I dette sidste tilfælde kan en eventuel vedtagelse af den pågældende retsakt, langt fra at besvare appellantens anmodning (fraset en i for denne negativ henseende) udgøre en forberedende stillingtagen, der *muliggør*, at passiviteten består. De følgende bemærkninger vedrører i hovedsagen dette synspunkt.

i forordning nr. 99/63 udgør en stillingtagen, som er gyldig i henhold til traktatens artikel 175, og som samtidigt reelt fjerner genstanden for søgsmålet?

30. Det skal i denne henseende først bemærkes, at som Retten i øvrigt har fremhævet i den pågældende dom, har Domstolen allerede besvaret dette spørgsmål i Gema-dommen. I denne dom har Domstolen efter at have fastslået, at en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 »indebærer, at sagen henlægges« [28], udtrykkeligt fastslået, at den udgør »en stillingtagen i den i traktatens artikel 175, stk. 2, forudsatte betydning« [29].

Denne antagelse skal imidlertid ses i lyset af den pågældende sags særlige omstændigheder:

a) meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 var fremsendt forud for sagsanlægget, hvilket bevirkede, at sagen ikke kunne realitetsbehandles;

b) den klagende part havde ikke gjort brug af muligheden for at fremsætte supplerende bemærkninger, hvorfor spørgsmålet om, hvorvidt en eventuel passivitet bestod, derfor ikke blev rejst;

c) det forhold, at den pågældende skrivelse i den nævnte dom er blevet defineret som en retsakt, der medførte, »at sagen henlægges«, og at den ikke var af »foreløbig karakter«, får mig under alle omstændigheder til at udelukke, at denne skrivelse er en forberedende retsakt, skønt Domstolen ikke har behandlet spørgsmålet om, hvorvidt den kan anfægtes under et annullationssøgsmål [30].

Under disse omstændigheder er det klart, at Gema-dommen på ingen måde er afgørende for den foreliggende sag, snarere tværtimod.

31. Det spørgsmål, som skal besvares — med udgangspunkt i den opfattelse, at skrivelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 ikke udgør en endelig retsakt, når den klagende part gør brug af sin ret til at fremkomme med supplerende bemærkninger — er, om genstanden for et passivitetssøgsmål forsvinder, så snart institutionen tager stilling, også selv om det sker ved en »forberedende« retsakt, eller om dette udelukkende er tilfældet, når undladelsen af at tage stilling bringes til ophør ved vedtagelsen af en endelig retsakt.

Dette spørgsmål blev udtrykkeligt undersøgt i generaladvokatens forslag til afgørelse i Automec II- og Asia Motor I-sagerne [31],

28 — Nævnt i fodnote 6, præmis 17.

29 — A.st., præmis 21.

30 — Det bemærkes, at Domstolen i Gema-sagen ikke havde lejlighed til at udtale sig om, hvorvidt den pågældende skrivelse i medfør af artikel 6 kunne anfægtes under et søgsmål, eftersom de argumenter, som skulle medføre en annullation, åbenbart ikke kunne antages til realitetsbehandling. Derimod besvarede generaladvokat Capotorti dette spørgsmål, som var genstand for megen debat under retsforhandlingerne (jf. ovenfor, punkt 11). I øvrigt havde Kommissionen ved at undersøge tre mulige løsninger ikke udelukket muligheden af, at en meddelelse i henhold til artikel 6 altid og under alle omstændigheder er en retsakt, som kan anfægtes af de pågældende i overensstemmelse med traktatens artikel 173.

31 — Forslag til afgørelse af den udpegede generaladvokat, dommer Edward, fremsat den 10.3.1992 (Sml. II, s. 2226, punkt 90-97), i Automec II-dommen, nævnt i fodnote 6, og Asia Motor France m.fl. mod Kommissionen (dom af 18.9.1992, sag T-28/90, Sml. II, s. 2285, herefter »Asia Motor-I-dommen«).

hvori såvel grunden til som følgerne af de to nævnte alternativer blev analyseret.

32. Antagelsen af, at en forberedende retsakt under ingen omstændigheder kan bringe passiviteten til ophør, netop på grund af den nævnte klassifikation, medfører, at »et søgsmål, der verserer for Retten, når det én gang er antaget til realitetsbehandling i henhold til artikel 175, ikke [vil] være udtømt, medmindre og indtil den sagsøgte institution har truffet en formel 'afgørelse'« [32], hvilket bevirker, at søgsmålet bevarer sin genstand, indtil Kommissionen træffer en endelig beslutning [33]. I dette perspektiv medfører skrivelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 en slags *udsættelse* i passiviteten, men bringer den ikke til ophør. Denne løsning har den fordel, »at det forhold, at der fortsat verserede en sag for Retten, der kunne genoplives på ethvert tidspunkt, ville anspore Kommissionen til at forblive aktiv. Ulempen ville være, at en muligt unødvendig sag ville forblive på Rettens sagsliste, hvilket ville betyde, at parterne frem for Retten havde rådighed over, hvad der skulle ske med sagen« [34].

I samme forslag til afgørelse betegnes derimod antagelsen af, at allerede den forberedende retsakt afskærer passivitetssøgsmålet fra sin genstand, som »teoretisk mindre tilfredsstillende, da den forudsætter, at en passivitet — i den forstand, at der foreligger en undladelse af at udstede en anfægtelig retsakt — kan bringes til ophør ved en handling, der ikke er en anfægtelig retsakt. Mens den løsning ville indebære den fordel at tømme Rettens sagsliste hurtigt, ville den have den *tilsvarende ulempe, at klageren måtte rejse en række søgsmål* for at opnå resultater, hvis Kommissionen fortsat viste efterladenhed i behandlingen af sagen« [35]. Det er næppe nødvendigt at nævne, at det er denne ulempe, der er årsag til den foreliggende sag.

33. Retten synes på ingen måde at have udelukket, at fortsættelsen af den i artikel 6 i forordning nr. 99/63 indeholdte procedure, sådan som den forløb, efter at skrivelsen i medfør af samme artikel var afsendt, var relevant med henblik på at fastslå en eventuel fortsat passivitet. I Asia Motor-sagen [36], hvori sagsøgerne bl. a. havde gjort gældende, at skrivelsen i henhold til artikel 6 ikke kunne anses for at fjerne søgsmålets genstand, fastslog Retten udtrykkeligt, at Kommissionen ikke blot havde opfyldt de proceduremæssige krav, som ifølge artikel 6 i forordning nr. 99/63 er pålagt den (selv om den først gjorde det efter sagsanlægget), men ligeledes, i mellemtiden og skønt med væsentlig forsinkelse, havde vedtaget en endelig beslutning om at afvise de af sagsøgerne indgivne klager. Den fastslog, at »søgs-

32 — A.st., punkt 94.

33 — I denne forbindelse skal der henvises til den bekræftelse, hvorefter »en afvisning af at handle, den være sig nok så udtrykkelig, [kan] indbringes for Domstolen i henhold til artikel 175, såfremt passiviteten ikke med afvisningen bringes til ophør« (dom af 27.9.1988, Parlamentet mod Rådet, nævnt i fodnote 27, præmis 17). Under hensyntagen til denne udtalelses særlige kontekst samt til senere retspraksis, mener jeg imidlertid ikke, at den kan påberåbes til støtte for det her anførte anbringende.

34 — Forslag til afgørelse af 10.3.1992 (nævnt i fodnote 31), punkt 95.

35 — A.st., punkt 96, min fremhævelse.

36 — Nævnt i fodnote 31, præmis 34-37.

målet er blevet uden genstand, i hvert fald efter beslutningen af 5. december 1991, og at der herefter ikke længere er grund til at træffe afgørelse i så henseende« [37]. Udtalelsen i samme dom om, at »undladelsen af at udstede en akt, der er blevet udstedt efter sagsanlægget, men før domsafsigelsen«, har en særlig betydning, der medfører, at »i det foreliggende tilfælde kan Kommissionen, som endeligt har forkastet sagsøgernes klage efter at have afsendt meddelelsen efter artikel 6 i forordning nr. 99/63, ikke anses for at have nægtet at handle« [38].

De nævnte betragtninger, som imidlertid ikke gør det muligt at give et klart og entydigt svar på det i denne sag foreliggende problem [39], fører mig ikke desto mindre til at antage, at Retten havde til hensigt ligeledes at tage de begivenheder, der lå efter afsendelsen af skrivelsen i medfør af artikel 6, i betragtning med henblik på at fastslå, hvorvidt der forelå passivitet. Retten, som netop i den appellerede dom skulle udtale sig om dette punkt, afgav derimod udtrykkeligt det modsatte svar.

Den valgte løsning kan imidlertid ikke anses for tilfredsstillende dels, fordi den indebærer, at passivitetens ophør, og dermed søgsmålets genstand, beror på en retsakt, som udelukkende er forberedende i forhold til vedtagelsen af den (endelige) retsakt, som den klagende part har anmodet om, dels, fordi den kan tvinge denne til at anlægge et nyt passivitetssøgsmål for at opnå et *hensigtsmæssigt* resultat. Man må således rejse spørgsmålet om, hvilke løsninger der skal foreslås med henblik på af afhjælpe disse ulemper, under hensyntagen til det retlige indhold i — og i særdeleshed — formålet med artikel 6 i forordning nr. 99/63.

34. En første mulighed kunne være den, som er foreslået i det nævnte forslag til afgørelse, det vil sige, at sagen ikke berøves sin genstand, så længe der ikke er truffet en endelig beslutning. Selv om denne mulighed har den fordel, at den fjerner de ulemper, som følger af, at passiviteten anses for at være bragt til ophør, og at sagen derfor er berøvet sin genstand, er denne løsning imidlertid ikke immun for kritik. Den forhindrer således ikke, at Kommissionen fortsætter med at udvise efterladenhed, selv i længere perioder, idet klageren i denne situation på ingen måde kan *tvinge* Kommissionen til at handle.

En anden mulighed, som i øvrigt er den, jeg foreslår, består derimod i at pålægge Kommissionen, som hverken kan eller må udskyde vedtagelsen af den endelige retsakt på ubestemt tid, at besvare de af den klagende part fremsatte bemærkninger inden

37 — A.st., præmis 35.

38 — A.st., præmis 37.

39 — Det er ikke overflødigt at påpege, at selv i den senere Ladbroke-dom har Retten ikke fjernet tvivlen i denne henseende. Efter at have konstateret, at der var gået lang tid mellem indgivelsen af klagen og datoen for modtagelsen af den til Kommissionen rettede åbningsskrivelse, fastslog Retten, at »sagsøgeren imidlertid ... [kunne] gøre krav på, at Kommissionen *i alt fald* tilstillede selskabet en foreløbig meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 ... eller en sådan beslutning«, det vil sige den endelige beslutning (dom nævnt i fodnote 19, præmis 61, min fremhævelse).

for en rimelig frist, hvorefter, såfremt den ikke har truffet en beslutning, de nødvendige betingelser for, at Retten kan fastslå, at der foreligger passivitet, er opfyldt. Jeg skal tilføje, at det efter min opfattelse er nødvendigt at fastsætte en rimelig frist — i løbet af hvilken Kommissionen er forpligtet til at bekræfte, hvad den allerede har meddelt i skrivelsen i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63, eller at genåbne sagen, såfremt den finder det hensigtsmæssigt som følge af klagerens yderligere bemærkninger — for at sikre retssikkerheden og en tilstrækkelig retsbeskyttelse. Den »rimelige« frist, som »med rimelighed« kunne fastsættes til mellem tre og seks måneder, svarer i øvrigt til kravet om en god retspleje, et krav som er yderst nødvendigt inden for områder som de pågældende, hvor kun en indgriben inden for en given frist kan gøre det muligt at nå målet med en klage i medfør af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17. Det er næppe nødvendigt at fremhæve, at fastsættelsen af en rimelig frist, som skal sikre de nævnte krav og principper, ikke udgør noget nyt element i Domstolens retspraksis [40].

35. Sluttelig, og for at sammenfatte de indtil nu anførte argumenter, indeholder meddelelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 i sig selv en henlæggelse af klagen — og den udgør derfor en endelig retsakt — hver gang klageren ikke benytter sig af muligheden for på et senere tidspunkt at fremsætte supplerende bemærkninger. I dette tilfælde fjerner meddelelsen følgelig sagens genstand og udgør samtidig en retsakt, som kan anfægtes i medfør af traktatens artikel 173. Når derimod klageren gør brug af muligheden for at fremsætte sine bemærkninger, berøves passivitetssøgsmålet kun sin genstand, såfremt Kommissionen inden for den af Domstolen fastsatte rimelige frist vedtager den endelige beslutning om at afvise klagen. Såfremt en sådan beslutning ikke vedtages inden for denne frist, medfører dette derimod, når betingelserne herfor er opfyldt, at Domstolen fastslår, at der foreligger passivitet.

Det er næppe nødvendigt at fremhæve, at de berørtes adfærd i begge tilfælde, efter at skrivelsen i medfør af artikel 6 er sendt til dem, følgelig er afgørende med henblik på at fastslå, om passiviteten stadig består eller er ophørt, og om sagen er berøvet sin genstand eller ej.

36. Heraf følger, for så vidt angår den foreliggende sag, at klagerens første anbringende skal lægges til grund, eftersom Retten fandt, at den omstændighed, at der ved domsafsi-

40 — Jf. f.eks. dom af 11.12.1973, sag 120/73, Lorenz, Sml. s. 1471, præmis 4, hvori Domstolen fastslog, at en frist på to måneder udgør en rimelig frist, i løbet af hvilken Kommissionen er forpligtet til at udtale sig om forenelighed af de nyprojekterede og forskriftsmæssigt anmeldte støtteforanstaltninger. Jf. ligeledes, netop vedrørende et passivitetssøgsmål, dom af 6.7.1971, sag 59/70, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. s. 157, præmis 15, 16, 22 og 23; org.ref.: Rec. s. 639, hvori Domstolen har fastslået nødvendigheden af en rimelig frist ud fra »krav til retssikkerheden og til kontinuiteten i Fællesskabets virksomhed«. Selv om det er korrekt, at disse krav er fastsat for at sikre, at »retten til at indbringe sagen for Kommissionen ikke kan udskydes på ubestemt tid«, følgelig er til fordel for den indklagede institution, er det ligeledes korrekt, at det er mindst lige så uretfærdigt at antage, at disse krav ikke finder anvendelse i det modsatte tilfælde, nemlig når det er institutionen, som på ubestemt tid forsinker vedtagelsen af den begærede retsakt.

gelsen endnu ikke forelå en endelig beslutning om at afvise klagen, var uden relevans.

Retsvirkningerne af skrivelsen i medfør af artikel 6 i forordning nr. 99/63 og tilsidesættelsen af retten til effektiv domstolsprøvelse (tredje anbringende)

37. Med det tredje anbringende gør appellanten gældende, at selv det forhold at antage, at skrivelsen af 13. juni 1994 kan berøve passivitetssøgsmålet dets oprindelige genstand, men at den ikke udgør en retsakt, som kan anfægtes under et søgsmål, udgør en tilsidesættelse af retten til effektiv domstolsprøvelse.

Henset til, at denne ret udgør et af fællesskabsrettens grundlæggende principper [41], gør appellanten gældende, at Retten — ved at antage, at den pågældende skrivelse ikke havde nogen bindende retsvirkninger for denne, men samtidigt kunne bringe passiviteten til ophør — har skabt et gråt område, inden for hvilket klageren ikke får nogen retlig beskyttelse: han afskæres fra muligheden for på den ene side at få fastslået den ulovlige undladelse af at vedtage den begærede retsakt, og på den anden side for at anlægge et annullationssøgsmål.

38. I virkeligheden må det konstateres, at den af Retten vedtagne løsning ikke afskærer appellanten fra enhver beskyttelse. Men ved at pålægge klageren, i forbindelse med Kommissionens fortsatte passivitet, at anlægge et andet passivitetssøgsmål med det ene formål at opnå den (endelige) beslutning, der er anmodet om (i det første passivitetssøgsmål), og eventuelt anmode om annullation af denne retsakt i henhold til traktatens artikel 173 [42], gør en sådan løsning det i det mindste sværere at få adgang til domstolsprøvelse.

Under disse omstændigheder er det vanskeligt ikke at tilslutte sig den opfattelse, hvorefter »fordoblingen af sagsanlæg bevirker, at Fællesskabets domstolskontrol ændres til en sand kamp, hvor udholdenhed og modstand bliver sande dyder!« [43], hvilket får mig til at tvivle på, at den domstolsbeskyttelse, som klageren således får, er tilstrækkelig.

Imidlertid finder jeg det, ligeledes i lyset af resultatet af behandlingen af det første

41 — Jf. bl. a. dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18, og dom af 19.3.1991, sag C-249/88, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1275, præmis 25.

42 — Dette fremgår af en korrekt gennemgang af præmis 34 i den appellerede dom.

43 — Bolze: »Note sur l'arrêt Guérin«, i *Revue trimestrielle de droit européen*, 1996, s. 393.

anbringende, unødvendigt at behandle det pågældende anbringende nærmere.

39. Det siger sig selv, at løsningen ville være helt anderledes, hvis Domstolen skulle fastslå, at de af appellanten påberåbte anbringender med henblik på at godtgøre, at passiviteten består, er uden grundlag. I dette tilfælde ville det være vanskeligt at godtgøre, at appellanten ikke har begrundet sin påstand, hvorefter selve det forhold, at en meddelelse i henhold til artikel 6 i sig selv kan berøve passivitetssøgsmålet dets oprindelige genstand — nødvendigvis — bevirker, at der er tale om en retsakt, som får retsvirkninger for modtageren, og derfor er en retsakt, der kan anfægtes under et søgsmål [44]. Heraf følger, at Retten ved at have anset meddelelsen i henhold til artikel 6 for en retsakt, der ikke kan anfægtes under et søgsmål, har tilsidesat appellantens ret til en effektiv domstolsprøvelse.

Jeg skal tilføje, at det efter min mening ville være hensigtsmæssigt at anerkende, at skrivelsen i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 altid og under alle omstændigheder udgør en retsakt, som kan anfægtes under et søgsmål [45], frem for at anerkende en situation, hvor klageren, med henblik på at opnå en endelig beslutning og i givet fald underkaste den Domstolens kontrol, tvinges til at anlægge to passivitetssøgsmål [46]. I modsat fald ville det nemlig være umuligt ikke at fastslå, at domstolsbeskyttelse af den person, som har indgivet en anmodning efter artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17, er utilstrækkelig i henseende til effektivitet og hurtighed. Domstolen bør efter min mening ikke tillade dette.

40. På baggrund af det anførte bør dommen af 27. juni 1995 ophæves, for så vidt som den

44 — Denne konklusion bekræftes i øvrigt af den udtalelse, hvorefter »begrebet retsakt, som kan give anledning til søgsmål, er identisk i artikel 173 og 175, idet de to bestemmelser henviser til et og samme retsmiddel« (dom af 18.11.1970, sag 15/70, Chevalley mod Kommissionen, Rec. s. 975, præmis 6). En sådan udtalelse medfører naturligvis, at det ikke er muligt i medfør af artikel 175 at få vedtaget en retsakt, der ikke kan søges annulleret i medfør af artikel 173.

45 — I denne henseende bemærkes det, at jeg ikke kan dele Rettens opfattelse i Automec I-dommen, hvorefter et søgsmål, hvor hensigten er at få annulleret en meddelelse i henhold til artikel 6 »kunne — på samme måde som et annullationssøgsmål vedrørende en meddelelse af klagepunkterne — tvinge Domstolen og Retten til at foretage en vurdering af spørgsmål, som Kommissionen endnu ikke har haft lejlighed til at udtale sig om«, hvilket bl. a. vil være uforeneligt med »retsplejehensyn og hensyn til den rette gennemførelse af Kommissionens administrative procedure« (dom nævnt i fodnote 15, præmis 46). Det er her tilstrækkeligt at konstatere, for det første, at ligheden mellem meddelelsen af klagepunkterne og meddelelsen i henhold til artikel 6, i betragtning af de væsentlige forskelle, som kendetegner de pågældende to retsakter, mildest talt er påtaget, og for det andet, at det synspunkt, som jeg netop har foreslået, bør overvejes seriøst, i det tilfælde hvor man når til den konklusion, at skrivelsen i henhold til artikel 6 berøver passivitetssøgsmålet dets genstand. I øvrigt mener jeg ikke, at denne løsning kan give anledning til større indvendinger, eftersom: a) begrundelsen for at afvise klagen netop fremgår af denne skrivelse; b) den endelige beslutning, som følger senere, i de fleste tilfælde kun er en bekræftelse af skrivelsen i medfør af artikel 6; c) det, i det tilfælde hvor Kommissionen, som følge af de for den senere fremsatte bemærkninger, beslutter at indlede en undersøgelse eller en overtrædelsesprocedure, er tilstrækkeligt at fastslå, at det drejer sig om en ny procedure i henhold til artikel 6. Endelig skal jeg tilføje, at den eneste ulempe ved denne løsning er, at klageren er forpligtet til samtidigt at formulere sine bemærkninger til såvel skrivelsen i henhold til artikel 6 som til annullationssøgsmålet.

46 — På dette punkt opstår spontant dette spørgsmål: Hvor mange passivitetssøgsmål skal klageren anlægge i de tilfælde, hvor vedtagelsen af den beslutning, han anmoder om, forudsætter vedtagelsen af flere retsakter og ikke kun en?

forkaster de anbringender, som jeg netop har undersøgt.

Kommissionens kontraappel

41. Kontraappellen vedrører den del af dommen, hvori Retten, henset til sagens særlige omstændigheder, tilpligtede Kommissionen at betale såvel sine egne som sagsøgerens omkostninger (præmis 44, 45 og 46).

Kommissionen gør til støtte for sin appel gældende, at Retten har forvekslet spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling med selve undersøgelsen af sagens realitet. Ifølge Kommissionen er en tilpligtelse af sagsomkostningerne kun berettiget, såfremt Retten rent faktisk havde fastslået, at der forelå passivitet eller i det mindste havde foretaget en undersøgelse af realiteten, hvilket ikke skete i den foreliggende sag.

42. Kommissionen er i øvrigt selv fuldt vidende om, at artikel 51, stk. 2, i statutten for Domstolen, hvorefter »appel (ikke) kan ... iværksættes alene til forandring af afgørelser om sagsomkostninger eller om disses størrelse«, kan udgøre en hindring for antageligheden af den appel, som den har iværksat. Kommissionen når imidlertid til den konklusion, at denne bestemmelse ikke kan finde anvendelse i den foreliggende sag, primært med den begrundelse, at eftersom den har til hensigt at undgå — ligeledes af procesøkonomiske grunde — at Domstolen kun skal undersøge en sag med henblik på sagsomkostningerne, har denne bestemmelse ingen relevans i forbindelse med en kontraappel. I dette tilfælde bør Domstolen under alle omstændigheder behandle den pågældende sag i relation til de i appellen anførte anbringender.

Det skal imidlertid indledningsvis bemærkes, at Domstolen har fortolket artikel 51 således, at den ligeledes finder anvendelse, når alle øvrige anbringender er blevet afvist — selv om anbringendet om omkostningerne ikke er det eneste anbringende i appellen [47]. Det indebærer naturligvis, at formålet med en sådan bestemmelse ikke, i modsætning til Kommissionens påstand, består i at undgå, at Domstolen skal *behandle* en sag udelukkende for at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Det må fastslås, ligeledes med hensyn til den nævnte retspraksis, at formålet med den pågældende bestemmelse snarere er at hindre, at en af Retten afsagt dom udelukkende anfægtes med hensyn til omkostningerne, uden at det i det pågældende tilfælde er relevant, om anfægtelsen sker i appellen eller kontraappellen. På den anden side kan

47 — I sådanne situationer har Domstolen fastslået, at »da samtlige appellantens øvrige anbringender er blevet forkastet, må anbringendet vedrørende sagsomkostningerne afvises i medfør af denne bestemmelse [artikel 51]« (dom af 14.9.1995, sag C-396/93 P, Henrichs mod Kommissionen, Sml. I, s. 2611, præmis 66). Jf. i denne henseende ligeledes kendelser af 13.1.1995, sag C-253/94 P, Roujansky mod Rådet, Sml. I, s. 7, præmis 14, og sag C-264/94 P, Bonnamy mod Rådet, Sml. I, s. 15, præmis 14. Det er næppe nødvendigt at fremhæve, at denne løsning, for så vidt angår det anbringende vedrørende omkostningerne, som er gjort gældende i en kontraappel, ligeledes finder anvendelse i det tilfælde, hvor Domstolen afviser samtlige i appellen anførte anbringender. En sådan situation vil være helt analog med den, hvor samtlige øvrige appelanbringender afvises.

bestemmelsens generelle formulering kun føre til den konklusion, at den finder anvendelse i begge situationer.

43. For det tilfælde at Domstolen skulle nå til en anden konklusion, skal jeg indledningsvis bemærke, at Retten ved at afgøre sagen på den kritiserede måde begrænser sig til at anvende Domstolens faste praksis, hvorefter den institution, som er anmodet om at tage stilling, pålægges sagens omkostninger, selv om sagens genstand er bortfaldet, fordi denne institution først efter sagsanlægget har taget stilling [48]. Formålet med en sådan retspraksis er helt tydelig: Det ville mildest talt være uretfærdigt at idømme sagsøgeren sagens omkostninger, når et sådant søgsmål netop blev anlagt på grund af passivitet fra den institution, som var blevet anmodet om at udtale sig.

I modsætning til hvad Kommissionen gør gældende, betyder dette ikke, at spørgsmålet om antagelse til realitetsbehandling forveksles med behandlingen af realiteten, men derimod at der tages hensyn til, at sagen berøves sin genstand på grund af en adfærd, udvist af den institution, der skal udtale sig. Jeg skal tilføje, at det i den foreliggende sag — ikke kun umiddelbart — vanskeligt kan antages, at passivitetssøgsmålet ikke er begrundet, selv om det ikke har nogen relevans for fordelingen af omkostningerne. I denne henseende skal det bemærkes, at Retten for det første har fastslået, at Kommissionen ikke har viderebehandlet åbningsskrivelsen, som den modtog fra appellanten den 24. januar 1994, »skønt den var bekendt med indholdet af klagen siden slutningen af december 1992«, og for det andet, at det nu er ubestrideligt, at den person, som i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 indgiver en klage, under alle omstændigheder har krav på en beslutning. Under disse betingelser finder jeg, at Kommissionens påstand er åbenbar og nærmest grundløs fremstår som chikanøs.

Den ved Retten anlagte sag

44. Det følger af statuttens artikel 54, stk. 1, at når Domstolen ophæver Rettens afgørelse, kan den selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse. Eftersom behandlingen af den af appellanten anlagte sag i dens nuværende form ikke forudsætter nogen undersøgelse af faktum, finder jeg, at Domstolen kan afgøre denne tvist endeligt.

45. Med det første anbringende gør appellanten gældende for Retten, at Kommissionens skrivelse af 13. juni 1994 ikke kan anses for at have bragt passiviteten til ophør, og navnlig at en meddelelse i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 ikke udgør en stillingtagen i henhold til traktatens artikel 175, stk. 2.

48 — Jf. f.eks. dom af 24.11.1992, forenede sager C-15/91 og C-108/91, Buckl m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 6061, præmis 33.

Jeg har allerede, ved behandlingen af første anbringende, påvist, at i et tilfælde som det foreliggende, hvor den klagende part har anvendt muligheden for at fremlægge supplerende oplysninger, kan denne skrivelse ikke anses for at kunne berøve passivitetssøgsmålet dets genstand, medmindre Kommissionen vedtager en endelig beslutning inden for en rimelig frist. Eftersom det står fast, at denne beslutning ikke forelå, da Retten afsagde sin dom, og at den rimelige frist, som under ingen omstændigheder må overskride seks måneder, i høj grad var overskredet, skal det blot undersøges, om Kommissionen ved ikke at tage stilling på sagsøgerens anmodning rent faktisk har tilsidesat en handlingsforpligtelse.

46. Svaret kan imidlertid kun blive bekræftende. Selv om det er korrekt, at Kommissionen hverken er forpligtet til at vedtage en beslutning, som fastslår, at der er tale om en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, eller til at behandle en klage indgivet i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, er den dog, ved en henlæggelse af sagen, forpligtet til at »begrunde sin beslutning for at sætte Retten i stand til at afgøre, om Kommissionen har begået faktiske eller retlige fejl eller gjort sig skyldig i magtfordrejning« [49].

Under disse omstændigheder er Kommissionens henvisning til en udtalelse fra Retten, hvorefter »den omstændighed, at Kommissionen prioriterer de sager, der verserer for den på konkurrenceområdet, forskelligt, er derfor forenelig med dens forpligtelser i henhold til fællesskabsretten« [50], helt uden relevans med henblik på at godtgøre, at den ikke har overtrådt nogen handlingsforpligtelse. Denne udtalelse medfører, at Kommissionen har fuld ret til at afvise en anmodning med hensyn til den prioritering, som Kommissionen selv har givet den, men den kan bestemt ikke gøre det på en sådan måde, at den undgår domstolskontrol.

47. Kommissionens skønsbeføjelse i forbindelse med, om de klager, der er indgivet til den, skal behandles, kan bestemt ikke anfægte den ubestridelige ret, som den person, der har indgivet en klage i overensstemmelse med artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17, har til at få en beslutning.

Det skal afslutningsvis tilføjes, at Kommissionens påstand om, at der ikke har været en rimelig frist mellem tidspunktet for indgivelsen af klagen og tidspunktet for modtagelsen af åbningsskrivelsen, er ubegrundet. I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen ikke har behandlet sagsøgerens åbningsskrivelse af 24. januar 1994, skønt den siden december 1992 var bekendt med indholdet af klagen.

49 — Dom af 19.10.1995, Rendo m.fl. mod Kommissionen (nævnt i fodnote 8), præmis 27.

50 — Automec II-dommen (nævnt i fodnote 6), præmis 77.

Forslag til afgørelse

48. På grundlag af det foregående foreslår jeg Domstolen:

— at ophæve Rettens dom af 27. juni 1995 i sag T-186/94, Guérin automobiles mod Kommissionen

— at afvise Kommissionens kontraappel

— at fastslå, at Kommissionen, i strid med artikel 3, stk. 2, litra b), i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86, og med artikel 6 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17, har undladt at vedtage en endelig beslutning i forhold til appellanten

— at tilpligte Kommissionen at betale samtlige sagens omkostninger.