Beslutningen af 14. december 1965, der blev meddelt de sagsøgende virksomheder ved skrivelse af 3. januar 1966, annulleres;

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 15. marts 1967.

A. Van Houtte
Justitssekretær

For præsidenten
A. Trabucchi

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT KARL ROEMER FREMSAT DEN 15. FEBRUAR 1967

Høje Ret.

Genstanden for den retssag, jeg i dag skal tage stilling til, er en kartelretlig meddelelse i medfør af artikel 15, stk. 6 i Rådets forordning nr. 17, som EØF-Kommissionen har rettet til sagsøgerne. Denne meddelelse har følgende baggrund.

Den 6. juli 1956 indgik 28 belgiske, 2 nederlandske og 44 tyske cementfabrikker (de sidstnævnte sammensluttet i »Nederlandsche Cementhandelmaatschappij NV«) en aftale, »Noordwijks Cement Accoord«, med det formål at fortsætte og forny en flere årtier gammel regulering af det nederlandske cementmarked (som de nederlandske producenter åbenbart ikke fuldt ud kan forsyne). Med hensyn til forsyningen af det nederlandske marked med cement og cementklinker indeholder aftalen blandt andet bestemmelser om en kvotemæssig fordeling, oprettelse af nye cementfabrikker, ensartet fastsættelse af priser og salgsbetingelser, enerettigheder for levering og afsætning samt eksportforbud. De sidstnævnte punkter, som i den foreliggende sag ikke er af større interesse, er også genstand for en aftale mellem »Accoord«'ens udøvende organ, »Stinchting Cement-Centrale voor Nederland«, og den nederlandske »Vereeniging van Cementhandelaren«, ligesom de indgår i de af »Vereeniging« fastsatte handelsbetingelser.

I overensstemmelse med Rådets forordning nr. 17 blev Noordwijks Cement Accoord anmeldt til EØF-Kommissionen af aftaleparterne (31. oktober 1962). Hermed indledtes den konkurrenceretlige procedure med en særlig undersøgelse af aftalen fra januar 1964. I forbindelse hermed modtog de deltagende nederlandske virksomheder, de belgiske virksomheders branche-organisation (»Cimbel«) samt den hollandske salgsorganisation, i hvilken de tyske virksomheder er sammensluttet, den 8. april 1965 en skrivelse fra hr. von der Groeben, medlem af Kommissionen, i hvilken det blandt andet anførtes, at den anmeldte aftale formentlig faldt ind under artikel 85, stk. 1, og at den ikke syntes at kunne fritages efter artikel 85, stk. 3. Det var følgelig ønskeligt, om en række bestemte klausuler blev ophævet. Til dette spørgsmål blev virksomhederne anmodet om skriftligt eller — efter aftale — mundtligt at fremkomme med deres bemærkninger. Det blev udtrykkeligt fremhævet, at den pågældende skrivelse ikke var nogen meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17.

På virksomhedernes anmodning blev der i tiden herefter afholdt flere møder mellem virksomhedernes repræsentanter og Kommissionens embedsmænd samt brevvekslet om sagen.

Der fandt således nogle forhandlinger sted i Bruxelles den 11. juli 1965, hvis forløb parterne imidlertid har givet forskellige fremstillinger af. Efter Kommissionens forklaringer blev opfordringen til at ophæve de i skrivelsen af 8. april 1965 anførte klausuler gentaget, medens sagsøgerne (navnlig under henvisning til et brev af 23. juni 1965 fra »Cimbel« til hr. von der Groeben, hvori forhandlinger-

nes forløb sammenfattes) gør gældende, at man i første række drøftede fremgangsmåden ved fremtidige forhandlinger med henblik på en mindelig ordning, idet aftalens indhold kun blev berørt lejlighedsvis og på en sådan måde, at det syntes muligt at nå til enighed om en ændring af bestemte klausuler. Åbenbart blev der også foretaget visse ændringer i enkelte bestemmelser. — Men på de nederlandske cementfabrikkers foranledning blev der i september 1965 afholdt et møde mellem de belgiske og nederlandske virksomheders repræsentanter og Kommissionens embedsmænd, hvis resultat der blev gjort rede for i virksomhedernes skrivelse af 8. oktober 1965 til generaldirektoratet for konkurrence. Heri er der på ny tale om ændringer af visse klausuler i aftalen mellem »Stichting« og den nederlandske forhandlersammenslutning, altså af de nederlandske forhandleres salgsbetingelser, og om at man var rede til at overveje yderligere ændringer.

Endelig skal en forespørgsel af 1. december 1965 fra generaldirektoratet for konkurrence til »Stichting« omtales. Heri anmodes der om en redegørelse for visse angivelige modsigelser mellem klausuler i aftalen mellem »Stichting« og forhandlersammenslutningen og sammenslutningens salgsbetingelser, en redegørelse der blev givet af repræsentanten for de nederlandske virksomheder i en skrivelse af 17. december 1965.

Medens sagsøgerne således regnede med, at forhandlingerne ville fortsætte, idet man antog, at Kommissionens ønsker i det væsentlige var blevet imødekommet eller kunne imødekommes, anså Kommissionen de foretagne og de i udsigt stillede ændringer for utilstrækkelige, fordi de ikke ændrede selve aftalens kerne.

Af denne grund traf Kommissionen den 14. december 1965 under en skriftlig sagsbehandling beslutning om at rette en meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17 til de i »Accoord«' en deltagende virksomheder. Til dette formål bemyndigede den et af sine medlemmer, formanden for konkurrencegruppen, hr. von der Groeben, til at lade generaldirektøren for konkurrence underskrive og afsende en sådan meddelelse. Bemyndigelsen blev givet i skrivelse af 15. december 1965 fra formanden for konkurrencegruppen og udnyttet ved skrivelser af 3. januar 1966, som var underskrevet af generaldirektøren for konkurrence.

Skrivelserne var således affattet:

»DET EUROPÆISKE ØKONOMISKE FÆLLESSKAB
Kommissionen
Generaldirektoratet for Konkurrence

Vedrørende: sag IV/A-00581 (Noordwijks-Cement-Accoord med videre)

Deres selskab er part i den ovenfor nævnte aftale. Denne aftale blev anmeldt den 31. oktober 1962 med henblik på at opnå en erklæring om anvendelse af artikel 85, stk. 3 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab.

Den anmeldte aftale indebærer:

— fastsættelse af leveringskvoter for cement (artikel 4—13) og cementklinker (artikel 26);

— forbud mod oprettelse af cementfabrikker i de andre aftaleparters lande (artikel 2);

— fælles fastsættelse af cementprisen (artikel 20 og »Prijslijst en verdere voorwaarden voor de verkoop en de levering van cement in Nederland, vastgesteld door de Stichting Cement-Centrale voor Nederland«);

— fælles fastsættelse af klinkeprisen (artikel 28);

— fælles gensidig eneretsaftale for levering og køb af klinker (artikel 24 og 25);

— fælles anvendelse af salgsbetingelser (artikel 20), der navnlig indeholder:

forpligtelse for forhandlerne til at overholde videresalgspriserne og -betingelserne (IV, b) i »Aanvullende voorwaarden voor de verkoop en de levering van cement in Nederland aan handelaren, ingaande 1 januari 1964 vastgesteld door de Stichting Cement-Centrale voor Nederland«);

eneret på levering til medlemmerne af »Vereeniging van Cementhandelaren« under de ovenfor nævnte forhandlerbetingelser (I, d) i »Aanvullende voorwaarden voor de verkoop en de levering van cement in Nederland aan handelaren ingaande 1 januari 1964, vastgesteld door de Stichting Cement-Centrale voor Nederland«);

eneret på levering til de af »Betonvereniging« i Haag anerkendte betonmørtelfabrikker under disse salgsbetingelser »Aanvullende voorwaarden voor de verkoop . . . aan betonmortelbedrijven . . .« (I, d);

fastsættelse af mængde-, forhandler- og andre rabatter, af emballagepriser, af nedsættelser samt af pristillæg (der indeholdes i samtlige de salgsbetingelser, der er meddelt generaldirektoratet for konkurrence som bilag til skrivelse af 8. oktober 1965).

Aftalen har været genstand for Kommissionens foreløbige undersøgelse. Kommissionen er nået til den opfattelse, at betingelserne for at anvende traktatens artikel 85, stk. 1 er opfyldt, og at der ikke findes grundlag for anvendelse af artikel 85, stk. 3 på den nævnte aftale i den form, hvori den er anmeldt.

Kommissionen meddeler Dem hermed udfaldet af denne foreløbige undersøgelse i medfør af artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17 (første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 af 6. februar 1962, JO 1962, nr. 13, s. 204 ff).

Kommissionen skal samtidig hermed gøre Dem opmærksom på, at bestemmelsen i artikel 15, stk. 5 i den førnævnte forordning nr. 17, hvorefter den anmeldte aftale indtil videre er undtaget fra bødebestemmelsen i artikel 15, stk. 2 a i den nævnte forord-

ning, ikke længere finder anvendelse fra tidspunktet for modtagelsen af denne meddelelse.

Man skal anmode Dem om inden for en frist på seks uger (regnet fra modtagelsen af nærværende skrivelse) at meddele, hvorvidt den pågældende aftale er bragt til ophør.

P. Verloren van Themaat
Generaldirektør for konkurrence.«

De belgiske cementfabrikker svarede herpå i en skrivelse af 25. januar 1966, hvori det anføres, at man efter de gennemførte drøftelser står uforstående over for Kommissionens afbrydelse af forhandlingerne med henblik på at nå en mindelig ordning i betragtning af de allerede gennemførte ændringer og den erklærede vilje til at foretage yderligere ændringer i aftalerne, altså på baggrund af den foreliggende »kvasi enighed«. Den 7. februar 1966 modtog virksomhederne en skrivelse fra generaldirektøren for konkurrence, der blot bekræftede indholdet af skrivelsen af 3. januar 1966 og henviste til, at der forelå en stillingtagen fra Kommissionen selv. Endvidere blev virksomhederne anmodet om at foreslå en dato for et møde til drøftelse af spørgsmålet om accoord'ens ophævelse.

Herefter besluttede virksomhederne sig til at anlægge sag, hvilket skete den 2. og 9. marts 1966.

Sagsøgerne nedlægger følgende påstande:

1. Annullation af meddelelsen af 3. januar 1966 (i sagerne 8, 9, 10 og 11/66);
2. subsidiært: artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17 erklæres ugyldig, og meddelelsen af 3. januar 1966 annulleres som følge heraf (i sagerne 9 og 10/66).

Heroverfor har Kommissionen nedlagt påstand om sagens afvisning, idet der ikke foreligger nogen retsakt, der kan være genstand for søgsmål. Subsidiært påstår Kommissionen sig frifundet.

Alle disse sager er blevet forenet ved Domstolens beslutning af 4. maj 1966, således at jeg i dag skal tage stilling til samtlige de af parterne fremførte argumenter.

Retlig bedømmelse

I — Formaliteten

Ved den retlige vurdering af sagen står spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling i forgrunden. Da vi har med annullationssøgsmål i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2 at gøre, og da de umiddelbart anfægtede retsakter åbenbart ikke er forordninger, er det afgørende spørgsmål, om de pågældende meddelelser kan betragtes som beslutninger i artikel 173's forstand. Dette spørgsmål kan opdeles i to underspørgsmål, hvoraf det første angår den abstrakte bestemmelse af den retlige karakter af en på korrekt måde afgivet meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17, medens det andet, der forudsætter, at meddelelsen principielt har beslutningskarakter, går ud på, om der i denne sag foreligger så alvorlige formmangler, at de anfægtede retsakter af den grund savner beslutningskarakter.

1. Er meddelelser i henhold til artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17 efter en abstrakt bedømmelse beslutninger?

Som bekendt, er Kommissionen af den opfattelse, at meddelelser efter artikel 15, stk. 6 ikke er beslutninger. Efter Kommissionens opfattelse drejer det sig om foranstaltninger af rent processuel karakter, dvs. uforbindende udtalelser i betydningen af traktatens artikel 189. Som begrundelse for dette standpunkt henviser Kommissionen blandt andet til Domstolens praksis vedrørende EKSF-traktaten, og til den omstændighed, at meddelelser efter artikel 15, stk. 6 ikke afslutter proceduren, men at de derimod skal følges op af yderligere retsakter, og Kommissionen gør

gældende, at de pågældende virksomheder ikke ved disse meddelelser er forpligtet til nogen handling eller undladelse. Herimod har sagsøgerne med en lang række argumenter gjort gældende, at meddelelsen har karakter af en beslutning. Afgørende er efter sagsøgernes opfattelse de retsvirkninger, meddelelsen medfører, samt kravene til retssikkerheden og en rimelig retsbeskyttelse.

I undersøgelsen af disse spørgsmål synes det forlods ubestrideligt, og det anerkendes også af begge parter, at beslutningsbegrebet i artikel 173 er sammenfaldende med begrebet i artikel 189. Endvidere er det rigtigt, at artikel 189 udtømmende opregner de kategorier af retsakter, som Fællesskabets organer principielt er bundet af ved udøvelsen af deres kompetencer (jf. traktatens artikler 4 og 155). Dette gælder også for Rådet ved udstedelsen af gennemførelsesforordninger, hvorfor sådanne forordninger nødvendigvis skal fortolkes i overensstemmelse med traktaten. Man må faktisk gå ud fra, som sagsøgerne har fremhævet det, at traktatens system er sammenhængende, hvad angår på den ene side retsbeskyttelsesmulighederne i artikel 173 og på den anden side definitionerne og formkravene i artiklerne 189 og 190. Ved siden af dette forhold, der må haves for øje ved ethvert fortolkningsforsøg, må man, på trods af mange traktatbegrebers uomtvistelige egenart, ikke glemme nytten for traktatfortolkningen af sammenligningen med *national ret.*

Ser man herefter på parternes enkelte argumenter, må det fremhæves, at de kun er af ringe værdi, for så vidt de har en *terminologisk* karakter. Som jeg har fremhævet det ved flere lejligheder, kan sådanne fortolkningsmetoder kun med forsigtighed anvendes på fællesskabstraktaterne, da traktaterne ikke er affattet med samme præcision — det viser talrige eksempler — som tilsvarende national lovgivning. Dette gælder i lige måde for Rådets forordninger, der har hjemmel i traktaten, og for Kommissionens forordninger, der udstedes efter bemyndigelse. Vi bør derfor ikke opholde os ved de belgiske sagsøgeres henvisning til udtrykket »estimer« i den franske udgave af artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17, som de vil give samme betydning som udtrykket »juger« (dvs. »beslutte«), eller sagsøgernes henvisning til artikel 9 i forordning nr. 17 og det deri omhandlede beslutningsbegreb, som skulle vise, at der altid er tale om en beslutning fra Kommissionen, når der gives meddelelse om, at artikel 85, stk. 3 ikke finder anvendelse, idet sagsøgerne åbenbart overser, at den nævnte artikel 9 kun indeholder en kompetenceregel i forhold til medlemsstaternes myndigheder. — Det samme gælder for Kommissionens forsøg på ud fra den forskellige opfattelse af bestemmelserne i forordning nr. 17 og i Kommissionens forordning nr. 99 at drage slutninger til støtte for sit standpunkt. Hvad navnlig angår forordning nr. 99, må det bemærkes, at Kommissionen selv har valgt betegnelserne i dennes artikel 2, 6 og 10 på den ene side og artikel 4 på den anden side, og at disse betegnelser følgelig ikke kan bevise, at de anvendte begreber er i overensstemmelse med traktaten. Herudover kan det bemærkes, at de *meddelelser,* der omhandles i forordning nr. 99, øjensynlig ikke i alle tilfælde har den samme retlige betydning (sammenlign artikel 2 og artikel 6), hvilket især gør det problematisk at forsøge at sidestille meddelelser efter artikel 6, der ikke er forbundet med nogen retsvirkning, og meddelelser efter artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17. Hvad angår Rådets forordning nr. 17 kan det ikke nægtes, at betegnelsen »beslutning« anvendes i enkelte af dennes bestemmelser (for eksempel i artikel 15 og 16 om fastsættelsen af bøder og tvangsbøder), og at andre artikler udtrykkeligt sondrer mellem uforbindende oplysningsbegæringer og undersøgelsesfuldmagter på den ene side og bindende beslutninger med tilsvarende indhold på den anden side (artiklerne 11 og 14). Men det er også klart, at forordning nr. 17, som andre bestemmelser viser det, i sin terminologi ikke konsekvent holder sig til retstekniske udtryk, og at det følgelig vil være fejlagtigt kun at anse sådanne retsakter for beslutninger, som betegnes således. Jeg tænker f. eks. på negativattesterne i artikel 2 (hvor der tales om at *»fastslå«),* på retsakter, der *forbyder* visse handlinger (jf. artikel 8), på *erklæringer* efter artikel 85, stk. 3 samt på *tilbagekaldelser* og *ændringer* af fritagelser (artiklerne 6 og 8), altså på retsakter, som først den indirekte definition i artikel 19 bringer klarhed over. Men også sagsøgerne påberåber sig denne artikel 19, idet de

gør gældende, at den med henblik på artikel 15 blot taler om beslutninger, uden nogen sondring mellem de enkelte stykker, hvilket skulle bevise, at også meddelelser efter artikel 15, stk. 6 skal anses for beslutninger. Endelig kan man lige så lidt som af terminologien i forordning nr. 17, der ikke er udslaggivende over for de væsentlige kriterier i traktaten, udlede noget afgørende med hensyn til karakteren af den anfægtede retsakt af den omstændighed, at artikel 15 i forordning nr. 17 kun kræver høring af det rådgivende udvalg i de tilfælde, der omfattes af stk. 1 og stk. 2. En sådan høring er nemlig efter forordning nr. 17 heller ikke foreskrevet, inden der fremsættes oplysningsbegæring og udstedes fuldmagt til kontrolundersøgelse, altså før udstedelsen af retsakter, hvis karakter af beslutninger efter den udtrykkelige definition i forordning nr. 17 ikke kan drages i tvivl.

Snarere end at opholde os længere ved disse fortolkningsforsøg bør vi vende blikket mod de anfægtede retsakters *indhold* og *retsvirkninger* og ved hjælp heraf søge at løse spørgsmålet, om de har karakter af beslutninger.

Efter artikel 189 er belutninger retsakter, der er bindende i alle enkeltheder for dem, de angiver at være rettet til. Med denne definition afgrænses begrebet fra retsakter, der kun delvis er bindende (f. eks. hvad angår det tilsigtede mål), og retsakter, der ikke er bindende. Disse afgrænsningskriterier er ganske vist ikke særlig indholdsrige, men de kan dog bidrage til løsningen af vort problem, fordi de svarer til de væsentlige elementer i beslutningsbegrebet i EKSF-traktatens artikel 14, som Domstolen ved flere lejligheder har taget stilling til. Faktisk påberåber begge parter sig denne praksis, skønt med forskellig betoning. Før vi i enkeltheder følger dem på denne vej, må vi dog holde os for øje, at Domstolen i de forudgående år hver gang har udtalt sig om bestemte enkelttilfælde, og at Domstolens definitionsbestræbelser skal vurderes ud fra disse enkelttilfælde. Denne erkendelse, som navnlig sagsøgerne har fremhævet, vil forhindre os i at rive generelt lydende karakteristikker ud af deres sammenhæng og deraf drage retsdogmatiske slutninger, som Domstolen efter sin opgaves karakter ikke kan have tilstræbt.

Denne bemærkning gælder navnlig for de domme, hvori det bekræftes, at en anfægtet retsakt har karakter af beslutning, da det i disse tilfælde har været tilstrækkeligt at påvise *visse* beslutningskendetegn uden udtømmende at angive, hvilke andre kriterier som under afvigende omstændigheder måtte føre til at antage, at der forelå en beslutning. På denne måde er det forståeligt, at det i sag 8/55 blev antaget, at en skrivelse, der truede den belgiske regering med at indstille betalingen af udligningsbeløb, såfremt bestemte foranstaltninger ikke blev iværksat, udgjorde en beslutning, og at dette skete med følgende ord: »Den Høje Myndighed har . . . på utvetydig måde tilkendegivet, hvilken holdning denne vil indtage, såfremt visse . . . angivne betingelser skulle blive opfyldt. Med andre ord har Den Høje Myndighed opstillet en regel, der i givet fald vil kunne anvendes«.[1] Deraf kan man naturligvis ikke udlede, at der kun under disse betingelser foreligger en beslutning, hvilket også fremgår af senere domme, som anser et afslag på fritagelse for skrotudligningsbidrag, altså en retsakt af blot konstaterende karakter, for en beslutning, idet »sagsøgte havde til hensigt at afgøre et retsspørgsmål og har udtrykkeligt bekræftet, at en bestemt forpligtelse består for sagsøgeren«[2], og som på samme måde bedømmer et afslag på en anmodning om fritagelse for almindelige afgifter (dvs. en fastholden af en eksisterende retsstilling[3]), hhv. en fritagelse for skrotudligningsbidrag[4].

Men de pådømte enkelttilfældes særegenheder bør heller ikke glemmes i de domme, der med bestemte formuleringer *afviser,* at der foreligger en beslutning. Således er grundlaget for dommen i sagerne 1 og 14/57[5], der benægter den anfægtede retsakts karakter af beslutning med den begrundelse, at den ikke indeholder nogen »regel«, der kan anvendes, altså ikke indebærer nogen retlig forpligtelse

1 — Recueil, II, s. 225; Sml. 1954—64, s. 27.
2 — Sag 14/59, Recueil, V, s. 467; Sml. 1954—64, s. 153.
3 — Forenede sager 41 og 50/59, Sml. 1954—64, s. 201; Recueil, VI, s. 1013.
4 — Sag 14/51, Sml. 1954—64, s. 327; Recueil, VIII, s. 520.
5 — Sml. 1954—64, s. 51; Recueil, III, s. 221.

for adressaten, en ikke-bindende udtalelse om investeringsprogrammer, der ikke har nogen retsvirkninger. Lige så fuldkomment uforbindende og uden enhver retsvirkning var visse afsnit i en anfægtet beslutning om forlængelse af en karteltilladelse (sagerne 16—18/59[1]), der ikke ansås for at have beslutningskarakter med den begrundelse, at Den Høje Myndighed udtrykkeligt havde forbeholdt sig senere at fastsætte bindende bestemmelser og i den pågældende retsakt kun havde givet en uforbindende oplysning, hhv. (hvad angår administrationens kontrolundersøgelser af virksomhederne) udelukkende havde fastsat en intern regel. Holder man sig dette for øje, kan man nemlig forstå udtalelsen om, at der ikke er tale om en beslutning, når der ikke foreligger »regler, som udløser retsvirkninger af normativ eller individuel karakter«. Hvad angår dommen i sagen 42/59, der antog, at en retsakt ikke havde karakter af beslutning, med den begrundelse, at den »hverken opstiller en almindelig regel« eller er udtryk for »et endeligt indgreb i individuelle interesser«[2], må man være opmærksom på, at sagen drejede sig om en tjenestegren under Den Høje Myndighed, som ikke var beføjet til at træffe afgørelse, men som efter at have undersøgt virkningerne af en anden dom aldeles uforbindende havde udtalt, at efter dens opfattelse kunne er erstatningskrav ikke anerkendes. Endelig må det til de enslydende domme i sagerne 23, 24, 52/63[3], 28/63 og 53 og 54/63 bemærkes, at den anfægtede retsakt, der ikke blev anset for en beslutning, idet den ikke var bestemt til i forhold til adressaterne »at indrømme rettigheder og pålægge pligter«, ikke udgjorde afslutningen af Den Høje Myndigheds interne sagsbehandling og ikke var udtryk for en endelig afgørelse, ligeledes hidrørte fra en af Den Høje Myndigheds tjenestegrene og af den grund ikke kunne medføre retsvirkninger, hvilket forklarer præmissernes udtalelse om, at der kun foreligger en beslutning, når den pågældende retsakt fremstår »som en . . . retsakt . . . der skal fremkalde retsvirkninger«.

Forsøger man imidlertid, navnlig på grundlag af de sidstnævnte domme, at finde holdepunkter for løsningen af vort problem, står vi over for to spørgsmål, som parterne er uenige om:

1. Hvad betyder kravet om en *endelig* afgørelse?

2. Skal udtrykket *»fremkalde retsvirkninger«* faktisk kun forstås således, at der ved retsakten skal *indrømmes rettigheder* eller *pålægges pligter?*

Hvad først angår det andet spørgsmål kan der for mig ikke være nogen tvivl om, at det ikke bør besvares på restriktiv måde. I denne forbindelse henviser jeg til den sidste af Domstolens domme om dette spørgsmål (sag 54/65), hvori det om beslutningsbegrebet alene hedder, at det kræver, at retsakten er bestemt til »at fremkalde retsvirkninger«, hvor der altså ikke længere tales om at hjemle rettigheder og pålægge pligter. Endvidere synes det uden videre klart, at vi ikke fra beslutningsbegrebet kan udelukke — hvad der vil være tilfældet ved en restriktiv fortolkning — *konstaterende* retsakter (som negativattester i medfør af artikel 2 i forordning nr. 17) — et standpunkt, hvis rigtighed i øvrigt bekræftes af dommene i sagerne 14/59 og 14/61 — og retsakter, der *fratager rettigheder* eller *fritager for forpligtelser* og som sådanne kan medføre betydelige indgreb i individuelle interesser. Ikke mindst når henses til Domstolens hidtidige praksis skal kriteriet »bindende«, der opstilles i såvel EKSF-traktatens artikel 14 som EØF-traktatens artikel 189, følgelig ikke forstås på den måde, at der skal være indrømmet rettigheder eller pålagt pligter, men beslutningsbegrebet beror i første række på, om en retsakt er bestemt til at fremkalde *retsvirkninger.* Hvilke begrænsninger, som måske må gøres herudover, vil vi senere se på.

Hvad angår spørgsmålet, hvorledes det i dommene anførte krav om en *endelig* afgørelse skal forstås, må det ikke glemmes, at dette blev opstillet ved bedømmelsen af retsakter, der hidrørte fra ikke-kompetente tjenestegrene under Den Høje Myndighed i for-

1 — Sml. 1954—64. s. 163; Recueil. VI. s. 63.
2 — Recueil. VII. s. 142; Sml. 1954—64. s. 247.
3 — Recueil. IX. s. 455; Sml. 1954—64. s. 437.

bindelse med en forberedende sagsbehandling, altså retsakter, der endnu ikke indeholdt det beslutningsberettigede kollegiums afgørelse. Allerede denne omstændighed bør afholde os fra at slutte, at »endelige afgørelser« efter Domstolens opfattelse alene er sådanne, som *endeligt* afslutter en *procedure*. At dette ikke kan være tilfældet følger også af ordningen i forordning nr. 17, der udtrykkeligt betegner oplysningsbegæringer og undersøgelsesfuldmagter som beslutninger, der kan anfægtes, altså retsakter, der fortsætter eller fremmer en procedure, hvis afslutning efter omstændighederne kan være fjerntliggende. Det synes altså rigtigt, som sagsøgerne antager det, at kravet om afgørelsens »endelighed« skal vurderes under hensyn til de *konkrete retsvirkninger*, som en bestemt retsakt medfører. Er der ikke taget forbehold om retsaktens foreløbige karakter, kan de fremkaldte retsvirkninger altså kun ophæves ved en tilbagekaldelse af den udløsende retsakt efter almindelige regler, så kan det ikke bestrides, at der foreligger en endelig afgørelse.

Nu vil vi se på, hvorledes den til pådømmelse foreliggende retsakt fremtræder efter dette første definitionsforsøg på grundlag af den hidtidige retspraksis.

Med hensyn til spørgsmålet om de fremkaldte retsvirkninger må det bemærkes, at denne betingelse sikkert er opfyldt på relevant måde, selv om man, som Kommissionen med henvisning til visse udtrykkelige definitioner i traktaten med rette forlanger, ikke lader enhver form for retsvirkning være tilstrækkelig (dvs. stempler alle *retsakter med en hvilken som helst retlig betydning* som beslutninger), men indskrænkende stiller som betingelse, at retsvirkningerne er egnede til at *berøre væsentlige interesser* (i tilknytning til visse formuleringer i Domstolens tidligere domme[1]). Ganske vist kan således relevante retsvirkninger ikke anerkendes i det foreliggende tilfælde med en begrundelse, at meddelelser efter artikel 15, stk. 6 griber ind i civilretlige forhold, idet ældre aftaler, der rettidigt er anmeldt til Kommissionen, efter ordningen i forordning nr. 17, heller ikke har *fuld* men kun *foreløbig* civilretlig gyldighed, således at de i hvert fald fra ikrafttrædelsen af forordning nr. 17 indebærer en civilretlig risiko, der ikke ændres ved meddelelser efter artikel 15. Afgørende er det derimod, at meddelelserne medfører en ændring af de pågældende virksomheders *offentligretlige* stilling, idet den indtil deres modtagelse udelukkende strafbarhed af anmeldte aftaler indtræder fra dette tidspunkt, hvormed der — som det hedder i en af Domstolens domme (sagerne 41 og 50/59) — indføres et »nyt element i retsforholdet« mellem Kommissionen og virksomheden. Dette er uden tvivl en retsvirkning af væsentlig og afgørende art, således at meddelelsen ikke er en retsakt, der, som Kommissionen tror det, kan sidestilles med andre forholdsregler vedrørende sagsbehandlingen eller visse henstillinger. De eksempler, Kommissionen har anført i denne forbindelse, er nemlig retsakter, der angår forholdet til medlemsstaterne, og som enten er uden enhver retlig betydning (som udtalelser efter artikel 170) eller dog er uden bindende karakter (som udtalelser efter traktatens artikel 169), idet først en eventuel senere afsagt dom er bindende for den pågældende medlemsstat. — *Meddelelsen* efter artikel 15, stk. 6 kan heller ikke sammenlignes med andre foranstaltninger inden for konkurrenceretten, da disse (som indledningen af den i artikel 9 omhandlede procedure og meddelelsen af klagepunkter efter artikel 4 i forordning nr. 99) kun har som retsvirkning at regulere kompetencen i forhold til medlemsstaternes myndigheder eller på uforbindende måde at afgrænse en konkurrencesags genstand, hvorimod de ikke har nogen som helst indflydelse på de deltagende virksomheders eller tredjemands materielle retsstilling. På samme måde er der — hvad angår retsvirkningerne — intet grundlag for at sammenligne med de til medlemsstater rettede henstillinger efter traktatens artikel 102 (som kan afgives i forbindelse med udstedelsen af lovgivningsmæssige foranstaltninger med en konkurrencefordrejende virkning), fordi der heller ikke i dette tilfælde øves nogen væsentlig indflydelse på den pågældende medlemsstats handlemåde, idet staten tværtimod beholder en egentlig valgmulighed hvad angår spørgsmålet om at følge henstillingen eller at regne med, at en ændring af andre

1 — Forenede sager 16—18/59, Sml. 1954—64, s. 163; Recueil, VI. 1965—42/59, Sml. 1954—64, s. 247; Recueil, VII, 154.

medlemsstaters lovgivning ikke vil kunne forlanges. Helt anderledes vigtig er påvirkningen af adressaternes forhold ved de meddelelser, der interesserer os her. Vi må jo ikke glemme, at Kommissionen under den skriftlige forhandling udtrykkeligt har anført, at den kun med forsigtighed, i sjældne tilfælde og ved åbenbare og alvorlige overtrædelser af artikel 85, stk. 1 gør brug af sin beføjelse til at afgive disse meddelelser, for at de skal »blive taget alvorligt«. Hermed får foranstaltningen en særlig vægt, og risikoen for de pågældende virksomheder bliver så stor, at meddelelsen med hensyn til formål og virkning kan sidestilles med et foreløbigt pålæg (som kendes i de nationale monopollovgivninger[1]), dvs. — hvad der efter meddelelsens ordlyd også er nærliggende — en forpligtende foranstaltning af midlertidig karakter. Sagsøgerne har med rette henvist til, at Kommissionen jo, såfremt en mindre alvorlig forholdsregel forekom den tilstrækkelig, kunne have afgivet en henstilling uden retsvirkninger efter artikel 3 i forordning nr. 17. — Den anfægtede meddelelses karakter af beslutning kan vi herefter ikke afvise med den begrundelse, at den mangler relevante retsvirkninger.

Hvad angår spørgsmålet, om den anfægtede meddelelse indeholder en *endelig afgørelse*, altså om den — for at bruge en formulering fra dommen 41 og 50/59 — er holdt i sådanne vendinger, at den må anses for endelig, er det ikke muligt at give et bekræftende svar med hensyn til bedømmelsen efter artikel 85, stk. 1 og stk. 3 eller med hensyn til strafværdigheden af sagsøgernes aftale, med andre ord: kartelproceduren afsluttes ikke fuldstændigt ved meddelelsen. Imidlertid er dette efter en rigtig opfattelse heller ikke påkrævet, idet det må anses for tilstrækkeligt, at en særlig *del* af proceduren afsluttes, som det f. eks. er tilfældet i sager om foreløbige forholdsregler eller ved stillingsopslag, som efter retspraksis kan være genstand for søgsmål[1]. I alle disse tilfælde kommer det ikke an på de foretagne overvejelsers foreløbige eller endelige karakter men på, om de med retsakten tilsigtede konkrete retsfølger er foreløbige. Dette er, til forskel fra skrivelsen af 8. april 1965, sikkert ikke tilfældet med meddelelsen af 3. januar 1966, hvorfor jeg er af den opfattelse, at spørgsmålet, om der foreligger en beslutning, der kan være genstand for søgsmål, må besvares bekræftende på samme måde som i tilfældet med oplysningsbegæringer og undersøgelsesfuldmagter, der heller ikke afslutter nogen sagsbehandling, og som efter en objektiv bedømmelse i modsætning til Kommissionens opfattelse ikke kan tillægges større betydning for de pågældende virksomheder (f. eks. med henblik på kravet om hemmeligholdelse) end meddelelser, der åbner mulighed for strafferetlige følger af betragteligt omfang.

Mod dette resultat — som jeg ikke vil nægte er påvirket af Humblet-dommen[3] (altså grundsætningen om, at en bestemmelse, der skaber retlige garantier, i tvivlstilfælde ikke skal fortolkes snævert til skade for den retsundergivne) og tendensen i den nationale forvaltningsret[4], som jeg opfatter den, til en udvidende fortolkning af begrebet »forvaltningsakt« forstået som grundbegreb inden for retsbeskyttelsen[5] — kan visse af Kommissionens betragtninger (som sagsøgerne betegner som »retspolitiske«) i sidste ende ikke have nogen vægt.

Således anfører Kommissionen, at det i virkeligheden ikke er nødvendigt for de berørte virksomheder at foranledige en umiddelbar domstolsprøvelse af meddelelser efter artikel 15, stk. 6, fordi en eventuel senere domstolsprøvelse af retsakter, der ubestridt kan være genstand for søgsmål, yder en tilstrækkelig beskyttelse af deres retsstilling og interesser. — Inden for andre nationale eller fællesskabsretlige ordninger med lignende virkninger som artikel 15, stk. 6 gives der heller ikke nogen søgsmålsmulighed. Endelig vil proceduren, såfremt den advarende meddelelse kvalificeres, som sagsøgerne anser det for nødvendigt, i betragtning af de krævede

1 — Jf. § 56 i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger.
2 — Jf. sag 15/63, Sml. 1954—64, s. 459; Recueil, X, s. 63.
3 — Sag 6/60, Sml. 1954—64, s. 207; Recueil, VI, s. 1130.
4 — Jf. Bundesverwaltungsgerichts dom af 9. februar 1966, Verwaltungsarchiv 67, s. 76.
5 — Jf. Bundesgerichtshof's dom af 10. 3. 1958, bind 72, s. 209; Bundesverwaltungsgerichts dom af 3. maj 1956, Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts bind 3, s. 258.

formaliteter blive så langvarig, at det med meddelelsen tilsigtede formål ikke længere kan nås. Det er også vanskeligt at sige, hvilken kontrol Domstolen, såfremt den antager søgsmålsmuligheden, vil kunne udøve med hensyn til meddelelser efter artikel 15 uden at foregribe den af Kommissionen endnu ikke afsluttede undersøgelse vedrørende spørgsmålet om anvendelse af artikel 85, stk. 1.

Hvad først angår bemærkningerne vedrørende virksomhedernes retsbeskyttelse, er disse med sikkerhed uden betydning, for så vidt der henvises til visse nationale ordninger (som den tyske monopolret, hvorefter bøder i medfør af § 38 i loven om konkurrencebegrænsninger kan pålægges uden forudgående advarsel, og hollandsk ret, hvorefter aftaler kan opløses ved en ministeriel bekendtgørelse, der ikke kan anfægtes), eller for så vidt Kommissionen forsøger at angive andre udformninger af forordning nr. 17, hvorefter søgsmålsmuligheden ville mangle i en tilsvarende situation. Bortset fra, at der også i den tyske monopolret gælder en særlig ordning for (lovens § 106) de såkaldte »Überläuferkartelle« (aftaler svarende til dem, der bestod ved ikrafttrædelsen af forordning nr. 17), og bortset fra, at den omtalte opløsning af aftaler efter hollandsk monopolret er begrænset til et tidsrum af tre måneder (inden hvis udløb det alligevel ikke kan påregnes, at der vil kunne afsiges dom i et annullationssøgsmål), indvendinger, der vedrører de nationale eksempler, er det for fællesskabsløsningen afgørende, at ordningen i forordning nr. 17 som integrerende bestanddel indeholder en *retsakt,* nemlig meddelelsen efter artikel 15, der ændrer de berørte virksomheders retsstilling. Endvidere forekommer det mig ikke bevist, at det i den afvigende ordning, som Kommissionen har beskrevet til brug for sin argumentation (og hvorefter virksomhederne, før Kommissionen havde tildelt dem en *advarsel,* kunne påberåbe sig, at de ikke havde handlet forsætligt eller uagtsomt), under ingen omstændigheder kunne antages, at den omtalte advarsel kunne anfægtes.

Hvad videre angår spørgsmålet om retsbeskyttelsen er det ubestrideligt, at vægtige grunde taler for indrømmelsen af en søgsmålsmulighed med hensyn til den advarende meddelelse. Dels kan man efter Kommissionens hidtidige praksis på ingen måde påregne, at kartelproceduren i reglen vil være tilendebragt før afslutningen af en retssag vedrørende anfægtede meddelelser, ganske bortset fra, at Domstolens præsident under retssagen kan træffe foreløbige forholdsregler, som efter omstændighederne kan træde i stedet for den manglende opsættende virkning af søgsmål. Såfremt en søgsmålsadgang antages, har virksomhederne vel herefter en udsigt til før afslutningen af kartelproceduren at skaffe sig vished om gyldigheden af en meddelelse efter artikel 15, stk. 6. — Dels vil virksomhederne, såfremt en søgsmålsadgang ikke antages, kun opnå en prøvelse af de afgivne meddelelser i tilfælde af en senere negativ afgørelse og efter et bødepålæg, dvs. ved at løbe en betragtelig risiko og ved at forholde sig på en måde, der netop ikke er ønsket af Kommissionen. Tager virksomhederne derimod advarslen til følge, dvs. afstår de fra anvendelsen af deres aftale, hvad der i betragtning af den uoverskuelige bøderisiko må anses for reglen og ofte — navnlig ved en længerevarende udsættelse — er ensbetydende med en uigenkaldelig ophævelse af en aftale, vil virksomhederne i tilfælde af en senere positiv beslutning ikke alene have vanskeligheder ved at genskabe den afviklede markedsorganisation, men de vil navnlig for så vidt angår erstatningen for det tab, de har lidt, være henvist til at anlægge sag om erstatning for tjenestefejl (i medfør af traktatens artikel 215), hvilket — f. eks. med hensyn til bevisbyrden — er overordentlig besværligt og tilmed ofte ikke sikrer en fuldstændig erstatning for de lidte tab.

Hvad yderligere angår visse angivelige processuelle ulemper ved sagsøgernes opfattelse, som i stort omfang skulle fratage meddelelsen dens effektivitet, forekommer Kommissionens redegørelse mig ikke overbevisende i denne henseende (navnlig i betragtning af Kommissionens hidtidige praksis). I denne sammenhæng — vi vender senere tilbage til det her antydede spørgsmål — skal jeg indskrænke mig til den bemærkning, at de særlige egenskaber ved meddelelsen efter artikel 15, stk. 6, dvs. dens formål, at træde i stedet for et foreløbigt pålæg, gør det muligt at fortolke forordning nr. 17 og andre gennemførelsesforordninger inden for konkurrenceretten på en måde, der indebærer visse afvigelser fra

den sædvanlige procedure. Således kan man f. eks. på dette stadium af proceduren undlade at høre berørte tredjemænd, lige som det synes forsvarligt ikke at indblande det rådgivende udvalg eller de nationale monopolmyndigheder. Men hvad angår høringen af de berørte virksomheder selv, levner procedureforskrifterne i deres nuværende skikkelse (fastsættelsen af en kort frist, afkald på mundtlige forhandlinger) et så vidt spillerum for Kommissionens skøn, at der ikke er risiko for nogen væsentlig forhaling af proceduren. I øvrigt bliver sagens fortsatte behandling naturligvis hverken standset eller påvirket af Domstolens prøvelse af de foreløbige forholdsregler, idet afgørelsen af sagens hovedspørgsmål lige så lidt foregribes ved en dom angående anfægtede meddelelsers lovlighed, som en procedure om foreløbige forholdsregler normalt foregriber løsningen af hovedsagen.

Herefter må det i lyset af den foretagne abstrakte bedømmelse af Fællesskabets monopolret fastholdes, at den i artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17 hjemlede meddelelse efter sit retlige indhold har karakter af en beslutning i den i traktatens artikel 189 omhandlede forstand, og at den ikke er unddraget private søgsmål.

2. Udelukkes beslutningskarakteren i det foreliggende tilfælde af overtrædelser af væsentlige form- og kompetenceforskrifter?

Efter disse principielle bemærkninger skal vi undersøge spørgsmålet, om de i det foreliggende tilfælde afgivne meddelelser lider af så alvorlige formmangler, at der ikke kan tales om beslutninger, og at søgsmålet af den grund ikke kan admitteres. En sådan problemstilling er ikke alene kendt i den nationale forvaltningsret; den har allerede flere gange været behandlet i Domstolens praksis. Spørgsmålet er i det foreliggende tilfælde nærliggende, fordi Kommissionen ihærdigt har forsikret, at den ikke har villet træffe nogen beslutning og af den grund har undladt at iagttage de sædvanlige beslutnings- og udstedelsesformaliteter.

Kunne der for de sagsøgere, der ikke modtog skrivelsen af 7. februar 1966 fra generaldirektoratet for konkurrence, fra første færd være tvivl om, hvorvidt der overhovedet forelå en beslutningstagen fra Kommissionens side eller kun en udtalelse fra generaldirektoratet for konkurrence (når henses til den omstændighed, at de anfægtede meddelelser var underskrevet af lederen af generaldirektoratet for konkurrence), er det under retsforhandlingerne ved hjælp af forhandlingsprotokollen for Kommissionens 343. møde blevet bevist, at Kommissionen selv på et forslag fra formanden for konkurrencegruppen (indeholdt i en note af 9. december 1965 fra eksekutivsekretæren) — omend under en skriftlig sagsbehandling — traf en beslutning, der samtidig indeholdt bemyndigelse for formanden for konkurrencegruppen til at lade chefen for generaldirektoratet for konkurrence underskrive og afsende en meddelelse efter artikel 15, stk. 6. Herefter kan der kun være spørgsmål om, hvorvidt denne beslutning er blevet til på lovlig måde, og hvorvidt den er blevet meddelt i den foreskrevne form.

Herved skal vi dog ikke opholde os længere ved spørgsmålet, om ordlyden af Kommissionens beslutninger skal vedtages af kollegiet selv i de officielle sprog, eller om beslutningernes affattelse i enkeltheder kan overlades til Kommissionens tjenestegrene, altså om der kan ske en delegation. Selv om der er gode grunde, der taler for, at Kommissionen selv i enkeltheder skal fastsætte indholdet af sine beslutninger (fordi disses retsvirkninger kan afhænge af nuancer i formuleringen), er det dog et spørgsmål, om der ved den manglende iagttagelse af denne grundsætning (som vor retspraksis kræver det, jfr. sagerne 23, 24, 52/63) kan tales om en *væsentlig* formel mangel, der medfører retsaktens *nullitet* (ikke-eksistens). Vi vil heller ikke nærmere undersøge, om en bemyndigelse til at affatte og udstede en kommissionsbeslutning er tilladelig efter artikel 27 i Kommissionens forretningsorden af 9. januar 1963, hvori det hedder: »Kommissionen kan . . . bemyndige sine tjenestemænd . . . til helt eller delvist at fastsætte de forholdsregler, der er nødvendige for gennemførelsen af Kommissionens beslutninger«, eller om denne bestemmelse — hvad der er nærliggende — kun vedrører de interne forholdsregler, der følger af en i alle enkeltheder fastsat kommissionsbeslutning. Vi har nemlig i retspraksis, som ganske vist angår EKSF-traktaten, fastlagt kriterier for

det her relevante problem, der kan betragtes som almindelige grundsætninger, der i lige måde er anvendelige for ordningen i EØF-traktaten, og som gør løsningen af det rejste spørgsmål forholdsvis let. Herved tænker jeg ikke på den under retsforhandlingerne gentagne gange anførte dom i sagerne 1 og 14/57, i hvilke der blev sluttet fra den *manglende begrundelse* til en afgørelses nullitet, idet denne dom — som senere retspraksis angående begrundelsespligten viser — kun angår det særlige tilfælde med en *udtalelse efter artikel 54* i EKSF-traktaten. Jeg tænker snarere på de domme, i hvilke det understreges, at »en retsakts karakter skal fremgå af dens ydre form«, at retsakten selv med tydelighed skal fremstå som drøftet og vedtaget af det kompetente kollegium (hvorved betegnelsen »beslutning« naturligvis er uvæsentlig), og at det navnlig er påkrævet, at retsakten (hvad også artikel 12 i Kommissionens forretningsorden foreskriver) er bekræftet ved en underskrift fra et af det kompetente kollegiums medlemmer (sagerne 23, 24, 52/63, 54/65[1]). Opfylder en retsakt ikke disse krav (i sagen 42/59[2] hedder det, at retsakten i det mindste må være underskrevet *efter bemyndigelse* fra det kompetente kollegium og i dettes *navn*), foreligger der ingen beslutning, der kan være genstand for søgsmål. Det forholder sig netop på denne måde i det foreliggende tilfælde. Ganske vist anføres det i den anfægtede meddelelse: »Aftalen har været genstand for Kommissionens foreløbige undersøgelse«. *Kommissionen* er nået til den opfattelse . . . *Kommissionen* meddeler Dem hermed . . . i medfør af artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17. *Kommissionen* skal . . . gøre Dem opmærksom på . . .« (hvori man kunne se en henvisning til den tilgrundliggende kommissionsbeslutning); de anførte udtalelser er imidlertid kun underskrevet af generaldirektøren for konkurrence, som ikke henviser til, at han handler efter bemyndigelse fra Kommissionen og i dennes navn; den nødvendige bekræftelse gennem et kommissions*medlems underskrift mangler* således. Denne mangel tvinger efter hidtidig retspraksis til den antagelse, at der ikke foreligger nogen beslutning, selv om en sådan formalisme kunne synes streng. Ved anvendelse af almindelige retsgrundsætninger (og ikke bestemmelserne i Kommissionens forretningsorden) når vi således til det resultat, der tilfredsstiller virksomhedernes interesse i retssikkerhed, nemlig at søgsmålene på grund af mangel på retsakter, der kan være genstand for søgsmål, må afvises.

II — Realiteten

I betragtning af dette klare resultat forekommer det mig forsvarligt kun ganske kort og subsidiært at gå ind på sagens realitet. Herved vil jeg ikke tage stilling til den grundlæggende kritik af ordningen i forordning nr. 17, til spørgsmålet, om den anmeldte aftale faktisk, hvad Kommissionen efter en foreløbig undersøgelse antager, klart overtræder de monopolretlige bestemmelser, til det anbringende, at sagsøgerne ved de advarende meddelelser udsættes for diskrimination, eller til spørgsmålet, om Kommissionen har gjort sig skyldig i magtfordrejning ved at afbryde de forhandlinger, der i flere måneder havde stået på med sagsøgerne, og ved at udstede en ensidig kartelretlig retsakt. Vi vil kun kortfattet beskæftige os med de form- og tilblivelsesmangler, der er gjort gældende mod Kommissionen.

Herved tænker jeg ikke på spørgsmålet, om der på korrekt måde blev givet sagsøgerne lejlighed til at udtale sig, fordi vi herved støder på vanskeligheder ved bestemmelsen af, hvad der faktisk var genstand for de forskellige forhandlinger. Jeg tænker snarere på de retlige spørgsmål, om det stod Kommissionen frit at gennemføre en skriftlig sagsbehandling (efter artikel 11 i Kommissionens forretningsorden), om Kommissionen burde have hørt det rådgivende udvalg, samt navnlig om Kommissionen har opfyldt begrundelsespligten.

Til de to første spørgsmål skal kort anføres:

Efter min opfattelse kan man i betragtning af forretningsordenes bestemmelser (fordeling af et udførligt forhandlingsoplæg og mulighed for indsigelse mod den skriftlige sagsbehandling) ikke sige, at den skriftlige beslutningsprocedure bør begrænses til rene rutineanliggender; i hvert fald synes der ikke at foreligge magtfordrejning, fordi den anvendes ved den

1 — Recueil, IX, s. 484.
2 — Recueil, VII, s. 154; Sml. 1954—64, s. 247.

foreløbige kartelretlige undersøgelse forud for afgivelsen af en meddelelse efter artikel 15, stk. 6. — Desuden har jeg allerede i en tidligere sammenhæng fremhævet, at den forudgående høring af det rådgivende udvalg ikke i betragtning af varselsmeddelelsens særlige natur og formål kan anses for uundværlig, fordi en sådan høring under hensyn til de gældende formaliteter og frister (forordning nr. 17 og forordning nr. 99) kunne medføre en urimelig forhaling af sagen. Dette er også de belgiske sagsøgeres opfattelse. Denne opfattelse er i øvrigt i overensstemmelse med en fornuftig fortolkning af artikel 10 i forordning nr. 17.

Hvad imidlertid angår Kommissionens pligt til at begrunde sine afgørelser, forekommer sagsøgernes kritik i betragtning af vor hidtidige retspraksis åbenbart berettiget, og dette selv om man under hensyn til den hastende karakter af meddelelserne efter artikel 15, stk. 6 stiller ringe krav til deres begrundelse. Som vi ved, indeholder de anfægtede meddelelser kun en gengivelse af visse bestemmelser i den undersøgte aftale samt en udtalelse om, at artikel 85, stk. 1 er anvendelig, og at en fritagelse efter artikel 85, stk. 3 ikke kommer i betragtning. Derimod finder vi ingen betragtninger vedrørende de enkelte betingelser i artikel 85, stk. 1, ingen henvisninger til faktiske kendsgerninger (der ganske vist efter vor retspraksis efter omstændighederne kan undlades i hvert fald hvad angår artikel 85, stk. 1), ingen forklaringer angående artikel 85, stk. 3 (der åbenbart undlades på grund af den urigtige opfattelse, at fritagelser altid skal nægtes ved særlig alvorlige overtrædelser af artikel 85, stk. 1) og endelig ingen bemærkninger vedrørende nødvendigheden af en hastende forholdsregel. — Disse undladelser kan hverken afhjælpes af udtalelser under forhandlingerne med sagsøgerne, af en i januar 1966 offentliggjort pressemeddelelse eller af den til de belgiske virksomheder rettede skrivelse af 7. februar 1966 (der i øvrigt ikke gav nogen yderligere forklaring), og de kan ikke undskyldes med den tidnød, der er forbundet med udstedelsen af en hastende forholdsregel efter artikel 15, stk. 6. Det sidste navnlig ikke, fordi Kommissionen i hvert fald før afsendelsen af en meddelelse må have dannet sig en begrundet mening, og den *skriftlige affattelse heraf* alene — som jeg allerede i tidligere sager har anført — ikke væsentligt kan forhale retsaktens udstedelse.

Ved en anerkendelse af de anfægtede meddelelsers karakter af beslutninger og ved et bekræftende svar på spørgsmålet om søgsmålets antagelse til realitetsbehandling måtte meddelelserne herefter i det mindste annulleres på grund af krænkelse af begrundelsespligten.

I øvrigt vil jeg gerne på dette sted bemærke, at der efter en rigtig opfattelse også måtte kræves en mere udførlig begrundelse end den, der blev givet, selv om meddelelserne ikke udgjorde beslutninger, der kan anfægtes, men kun forberedende forholdsregler under sagsbehandlingen, forstået som forvarsler til virksomhederne. Selv i så fald kunne meddelelsernes formål, at fjerne grundlaget for virksomhedernes gode tro, kun opfyldes, såfremt de var udstyret med en vis overbevisende kraft. At meddelelserne hidrører fra Kommissionens høje embedsmænd eller Kommissionen selv er ikke tilstrækkeligt i denne henseende, derimod må de begrundes ved hjælp af en indgående monopolretlig argumentation. Blev disse meddelelser, forudsat de ikke antages at have karakter af beslutninger, forelagt Domstolen under en senere bødesag, er der for mig ingen tvivl om, at de måtte lades ude af betragtning på grund af manglende retlig betydning, fordi de som følge af den manglende begrundelse savner enhver overbevisende kraft.

III — Forslag til afgørelse

Herefter lyder mit forslag til afgørelse som følger:

Det bør statueres, at de anfægtede retsakter på grund af væsentlige formmangler ikke udgør beslutninger, og at søgsmålene af den grund må afvises.