anses som beslutninger i EØF-traktatens artikel 173's forstand, som kan forelægges for Domstolen under et annullationssøgsmål. I den administrative procedure, således som denne er fastlagt i forordning nr. 17 og i forordning nr. 99/63, er disse akter led i sagsbehandlingen og forberedende i forhold til den beslutning, som danner afslutningen på proceduren.

3. En meddelelse om klagepunkter pålægger ikke virksomheden en forpligtelse til at ændre eller på ny overveje sin markedsføring, og den bevirker ikke, at virksomheden fratages en hidtil eksisterende beskyttelse mod bøder, således som det er tilfældet med den meddelelse, hvorved Kommissionen i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 underretter en virksomhed om resultatet af den foreløbige undersøgelse af en af virksomheden anmeldt aftale. Selv om en meddelelse om klagepunkter kan betyde, at det gøres klart for virksomheden, at den løber en reel risiko for at blive pålagt en bøde af Kommissionen, er dette en rent faktisk følge og ikke en af meddelelsen om klagepunkter tilsigtet retsvirkning.

I sag 60/81

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION, Armonk, New York 10504, Amerikas Forenede Stater, ved advokaterne Jeremy Lever, Q.C. (England og Wales), David Edward, Q.C. (Skotland), John Swift, Q.C. (England og Wales), Christopher Bellamy og Nicholas Forwood, barristers (England og Wales), samt Andrew Soundy fra Ashurst, Morris, Crisp & Co. (Solicitor of the Supreme Court of England and Wales), og med valgt adresse i Luxembourg hos International Business Machines of Belgium SA, 8, boulevard Royal,

sagsøger,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, ved juridisk konsulent John Temple Lang og Götz zur Hausen, Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Oreste Montalto, Kommissionens juridiske tjeneste, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgt,

og

MEMOREX SA, Chaussée de la Hulpe, 178, 1170 Bruxelles, ved advokaterne Ivo Van Bael og Jean-François Bellis, Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Elvinger og Hoss, 15, Côte d'Eich,

intervenient,

om annullation af beslutning om at indlede en procedure vedrørende konkurrenceforhold samt af meddelelse om klagepunkter,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten J. Mertens de Wilmars, afdelingsformændene G. Bosco og A. Touffait, dommerne Mackenzie Stuart, T. Koopmans, U. Everling og F. Grévisse,

generaladvokat: Sir Gordon Slynn
justitssekretær: A. Van Houtte

afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb samt parternes påstande, anbringender og argumenter kan sammenfattes således:

I — Faktiske omstændigheder

1. Efter at have modtaget klager fra nogle af IBM's konkurrenter har Kommissionen igennem en årrække foretaget en undersøgelse af selskabets og dets datterselskabers markedsføring for at få konstateret, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling på markedet i EØF-traktatens artikel 86's forstand.

Ved skrivelse af 19. december 1980, underskrevet af generaldirektøren for konkurrence, meddeltes det sagsøgeren, at Kommissionen havde indledt en procedure mod denne i medfør af arti-

kel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, »Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86« (EFT 1959-1962, s. 81), og at den påtænkte at træffe en beslutning vedrørende overtrædelser af EØF-traktatens artikel 86. Med skrivelsen fulgte en meddelelse om klagepunkter som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 17. Sagsøgeren blev samtidig opfordret til at afgive en skriftlig udtalelse og fik endvidere meddelt, at selskabet på et senere tidspunkt ville få lejlighed til at afgive mundtlig forklaring under en høring.

Det fremgår af meddelelsen om klagepunkter, at sagsøgeren ifølge Kommissionens opfattelse indtager en dominerende stilling med hensyn til levering af centrale enheder og basisprogrammel til edb-systemerne af typerne IBM 360 og 370 og således kontrollerer de nævnte systemers drift og vedligeholdelse, samt at sagsøgeren har misbrugt denne stilling til skade for »stik-kompatible« producenter, der tilbyder produkter fremstillet specielt til at være kompatible med de nævnte edb-systemer, ved som led i sin markedsføring

— at levere et produkt sammen med et andet uden særskilt beregning, eller levere et produkt, der rent fysisk er forbundet med et andet, uden særskilt beregning (pakkesalg (»bundling«)), nemlig basisprogrammel og den centrale hukommelse eller det centrale lager til sagsøgerens centrale databehandlingsenheder,

— ved lancering af nye produkter at afslå at oplyse enkeltheder om interface-ændringer, eller — hvis sådanne oplyses — først at gøre det efter første levering til en kunde, og

— at nægte at levere visse former for vigtigt programmel til brugere af IBM-systemer, medmindre programmellet benyttes i en central enhed af IBM-fabrikat.

Disse former for markedsføring, som sagsøgeren benytter over hele verden, har været — og er til dels stadig — genstand for en retssag i USA.

2. Ved skrivelse af 28. januar 1981 anmodede sagsøgeren Kommissionen om at give nærmere oplysninger om de kommissionsakter, hvorved der var givet bemyndigelse til at indlede proceduren og til at fremsende meddelelsen om klagepunkter, og om at fremsende kopier af relevante dokumenter, hvori disse akter fandtes.

Ved skrivelse af 3. februar 1981, underskrevet af direktøren for direktorat IV B, afslog Kommissionen at give de nævnte oplysninger, idet den erklærede, at der var tale om interne beslutninger, som ikke blev gjort tilgængelige for udenforstående.

Ved skrivelse af 20. februar 1981 meddelte sagsøgeren Kommissionen, at selskabet anså den administrative procedure for at være behæftet med en række mangler. Det anmodede derfor Kommissionen om at trække meddelelsen om klagepunkter tilbage og indstille proceduren, subsidiært om at besvare en række generelle og specielle spørgsmål, der indeholdtes i skrivelsen, for at tydeliggøre Kommissionens standpunkt og for at få den til at give afkald på at gøre brug af den ret, den havde forbeholdt sig til at rejse yderligere klagepunkter.

Ved skrivelse af 13. april 1981 — dvs. efter nærværende sags anlæg — besvarede Kommissionen sidstnævnte skrivelse, idet den afslog at imødekomme sagsøgerens anmodning, men dog samtidig meddelte selskabet visse oplysninger. Desuden forlængede Kommissionen flere gange fristen for fremsættelse af skriftlige bemærkninger til meddelelsen om klagepunkter, senest til den 31. august 1981.

II — Påstande og skriftveksling

1. Under denne den 18. marts 1981 anlagte sag har sagsøgeren nedlagt påstand om

1) annullation
   i) af den eller de retsakter fra Kommissionen,
      a) hvorved der indledtes en procedure mod IBM i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17, og
      b) hvorved en meddelelse om klagepunkter blev rettet til og/eller meddelt sagsøgeren, og/eller
   ii) af selve meddelelsen om klagepunkter, for så vidt denne i sig selv udgør en af Kommissionen udstedt retsakt, samt at

2) Kommissionen betaler sagens omkostninger.

Påstandene støttes på tre anbringender, der kort kan gengives som følger:

— Kommissionen har ikke opfyldt de for en meddelelse om klagepunkter gældende mindstekrav. Meddelelsen om klagepunkter er hverken klar eller fuldstændig, og fristen til at fremsætte bemærkninger har været for kort. Meddelelsen om klagepunkter strider mod grundsætningerne om retten til at fremføre sit forsvar.

— Indledningen af den administrative procedure udgør en retsstridig udøvelse af Kommissionens beføjelser. Der foreligger ikke delegation af kompetence til at træffe en beslutning, hvilket heller ikke lovligt kan ske, og de af sagen omhandlede akter er ikke indeholdt i en kollegial beslutning truffet af alle Kommissionens medlemmer.

— Da den adfærd, sagsøgeren kritiseres for, i det væsentlige udvises uden for Fællesskabet og er genstand for en retssag i USA, var Kommissionen forpligtet til at tage hensyn til de relevante folkeretlige principper — om comitas gentium og om ikkeindblanding i USA's interne anliggender — som er til hinder for udøvelse af Fællesskabets kompetence.

Ved særskilt processkrift registreret på Domstolens justitskontor den 10. april 1981 har Kommissionen i medfør af procesreglementets artikel 91, stk. 1, rejst indsigelse mod, at sagen antages til realitetsbehandling, og nedlagt pastand om

— at sagen afvises,

og

— at sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Ved kendelse af 13. maj 1981 meddelte Domstolen firmaet Memorex SA, der er klager i Kommissionens administrative procedure, tilladelse til at intervenere i sagen. Intervenienten har i sit indlæg vedrørende sagens formalitet nedlagt påstand om

— at sagen afvises,

og

— at sagsøgeren betaler sagens omkostninger, herunder omkostningerne ved interventionen.

2. Samtidig med anlæggelsen af hovedsagen har sagsøgeren ved særskilt processkrift i medfør af procesreglementets artikel 91, stk. 1, begæret afsagt kendelse om,

1) at det pålægges Kommissionen at afgive oplysninger om de akter, hvorved den har meddelt bemyndigelse til
   i) at indlede den administrative procedure, og
   ii) at fremsende meddelelsen om klagepunkter, samt at afgive kopier af referater eller andre relevante dokumenter, hvori disse akter findes, og

2) at det pålægges Kommissionen at betale omkostningerne ved eller i forbindelse med begæringen.

Sagsøgeren har til støtte for sin begæring påberåbt sig artikel 21 i statutten for Det europæiske økonomiske Fællesskabs Domstol samt procesreglementets artikel 45, stk. 2, idet selskabet har gjort gældende, at medmindre Kommissionen giver oplysninger om de krævede enkeltheder, er sagsøgeren ude af stand til på effektiv måde at fremsætte relevante udtalelser om de pågældende akters gyldighed, ligesom Domstolen vil være ude af stand til at udøve sine kontrolbeføjelser i medfør af EØF-traktatens artikel 173.

Kommissionen har heroverfor nedlagt påstand om

— at begæringen om fremlæggelse af dokumenter ikke tages til følge,

og

— at sagsøgeren pålægges at betale sagens omkostninger.

Kommissionen har til støtte for sin påstand gjort gældende, dels at sagsøgeren ikke kan kræve fremlæggelse af dokumenter vedrørende hovedsagens realitet i anden sammenhæng end i hovedsagen, og endog før det er konstateret, om hovedsagen kan realitetsbehandles, dels at de af sagsøgeren påberåbte bestemmelser omhandler andre situationer og ikke hjemler en sådan fremgangsmåde.

3. Den 29. maj 1980 har sagsøgeren i henhold til procesreglementets artikel 83 begæret afsagt kendelse om foreløbige forholdsregler i form af suspension af Kommissionens administrative procedure, henholdsvis suspension af de anfægtede akters gennemførelse, eller andre foreløbige forholdsregler, som måtte findes påkrævede.

Den 7. juli 1981 har Domstolens præsident i en kendelse om foreløbige forholdsregler afslået at tage begæringen til følge og udsat spørgsmålet om sagens omkostninger, herunder omkostningerne ved interventionen.

4. Skriftvekslingen vedrørende formalitetsindsigelsen er forløbet forskriftsmæssigt.

Domstolen har, efter at have hørt generaladvokaten, besluttet at indlede den

mundtlige forhandling om formaliteten uden forudgående bevisførelse.

III — Parternes argumenter vedrørende formaliteten

1. *Sagsøgeren* har i stævningen anført, at de af sagen omfattede kommissionsakter er beslutninger i EØF-traktatens artikel 173's forstand, da der er tale om retsakter, som er udstedt af Kommissionen, og som har retsvirkninger. Sagsøgeren har til støtte herfor påberåbt sig Domstolens domme af henholdsvis 31. marts 1971 i sag 22/70 *(AETR,* Sml. 1971, s. 41) og 15. marts 1967 i de forenede sager 8-11/66 *(Cimenteries* mod *Kommissionen,* Sml. 1965-1968, s. 337).

Meddelelsen om klagepunkter udkrystalliserer og fastlægger Kommissionens stilling over for virksomhederne og holder den fast på et standpunkt, som den ikke lovligt kan fravige. Endvidere er fremsendelsen af en meddelelse om klagepunkter en ufravigelig betingelse for Kommissionens anvendelse af beføjelsen til at pålægge en bøde eller tvangsbøde eller til at påbyde, at en overtrædelse bringes til ophør. Den medfører en ændring i den pågældende virksomheds retsstilling derved, at virksomheden nu er forpligtet til at tage stilling til en anklage og føre et forsvar samt til at overholde en af Kommissionen fastsat frist. På grundlag af meddelelsen om klagepunkter kan virksomheden umiddelbart pålægges en bøde eller en tvangsbøde eller få påbud om at bringe en overtrædelse til ophør, hvis den intet foretager for at forsvare sig.

I medfør af artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17 har endvidere indledningen af en procedure og fremsendelsen af meddelelsen om klagepunkter den retsvirkning, at medlemsstaternes myndigheder ikke længere har kompetence til at anvende EØF-traktatens artikel 85 og 86 og til at afbryde proceduren i medfør af artikel 2 i Rådets forordning nr. 2988/74 af 26. november 1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det europæiske økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319, s. 1).

En domstolskontrol med de omtvistede akter, inden der træffes en endelig beslutning, sikrer, at principperne om god forvaltning og retten til at udtale sig i sagen overholdes, og nedsætter risikoen for annullation af den endelige beslutning på grund af mangler ved sagsbehandlingen.

2. *Kommissionen* har til støtte for sin afvisningspåstand gjort gældende, at indledningen af en administrativ procedure og meddelelsen om klagepunkter er forberedende og foreløbige led i proceduren og følgelig ikke kan gøres til genstand for søgsmål i medfør af EØF-traktatens artikel 173.

I Fællesskabets konkurrenceret sondres der, på samme måde som i national ret — i de tilfælde, der er Kommissionen bekendt — mellem sådanne beslutninger, som kan anfægtes i medfør af artikel 173, og led i sagsbehandlingen, som i sig selv ikke kan anfægtes. Hvis sådanne skridt besluttes eller gennemføres retsstridigt, kan den pågældende virksomhed kun anfægte gyldigheden af den beslut-

ning, som Kommissionen træffer ved procedurens afslutning. Sagsøgerens synspunkt ville hindre en normal gennemførelse af Kommissionens procedure, eftersom en administrativ procedure ikke kan gennemføres, hvis den konstant gøres til genstand for begæringer om domstolsprøvelse af de enkelte skridt. Fællesskabsrettens sondring mellem henholdsvis belsutninger, der kan anfægtes i medfør af artikel 173, og de enkelte led i proceduren er i øvrigt til fordel for virksomhederne, da disse uden sondringen ville være nødt til at anfægte ethvert for dem ugunstigt led i proceduren eller til at akkviescere ved dem og ville blive påført betydelige omkostninger i forbindelse med varetagelsen af deres interesser under en administrativ procedure. Ud fra denne sondring er de i sagen anfægtede akter blot skridt i den administrative procedure, som henhører under Kommissionens forvaltningskompetence, og som Domstolen ikke bør efterprøve eller gribe ind i, før der er truffet en endelig beslutning.

Rådets forordning nr. 17 og Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42), indeholder intet til støtte for, at iværksættelsen af en procedure og meddelelsen om klagepunkter skal betragtes som beslutninger, der kan gøres til genstand for søgsmål.

Endvidere må de anfægtede retsakter navnlig holdes adskilt fra meddelelsen om resultatet af en foreløbig undersøgelse af en aftale, jf. artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17. Ingen af de omstændigheder, som i den før omtalte *Cimenteries*-dom af 15. marts 1967 fik Domstolen til at betragte en sådan meddelelse som en beslutning, foreligger her. Specielt berøver hverken indledningen af en procedure eller meddelelsen om klagepunkter den pågældende virksomhed beskyttelse eller sætter den i en situation, hvor den tvinges til at vælge mellem en væsentlig ændring i adfærd eller at udsætte sig for risikoen for en bøde. Disse akter er ikke slutstenen på en særlig procedure og kræver ikke retlige garantier til beskyttelse af virksomheden.

Den i artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17 omhandlede indledning af en procedure har indvirkning på de nationale myndigheders beføjelser, men ingen virkning for selve virksomheden, som i øvrigt drager fordel af bestemmelsen, da den derved beskyttes mod risikoen for sideløbende procedurer.

Når Kommissionen har modtaget bemærkningerne til meddelelsen om klagepunkter, skal den altid på ny tage stilling til sagen, og det står den frit for at afgive en ny meddelelse om klagepunkter eller at uddybe eller supplere den oprindelige. Den »udkrystalliserende« virkning af meddelelsen om klagepunkter kan derfor ikke indebære, at meddelelsen kan anfægtes umiddelbart. Virksomhedens ret til at rejse indsigelse mod meddelelsen om klagepunkter beskyttes bedre og mere effektivt gennem adgangen til at anfægte den endelige beslutning, da eventuelle mangler ved meddelelsen om klagepunkter først på dette tidspunkt kan bedømmes, uden at man indlader sig på spekulationer over procedurens videre forløb.

Forældelsesfristens afbrydelse må anses for irrelevant. Sagsøgerens synspunkt ville indebære, at ethvert skridt som led i undersøgelsen af en overtrædelse kunne gøres til genstand for et søgsmål.

Sagsøgerens standpunkt med hensyn til spørgsmålet om sagens antagelse til realitetsbehandling har ikke støtte i nogen medlemsstats konkurrenceret og ville nødvendigvis have alvorlige og uønskede følger, idet der i forbindelse med hver enkelt procedure efter forordning nr. 17 kunne anlægges en lang række sager vedrørende de enkelte led i proceduren, hvorefter Domstolen allerede på dette tidlige tidspunkt måtte tage stilling til argumenter vedrørende en sådan sags realitet.

3. *Sagsøgeren* har i sit indlæg vedrørende afvisningspåstanden videre anført, at indledningen af en procedure og en meddelelse om klagepunkter har sådanne karakteristika, at de udgør beslutninger, som kan gøres til genstand for søgsmål i medfør af EØF-traktatens artikel 173.

Ifølge Domstolens praksis kan en retsakt annulleres, når den for sagsøgeren har retlige eller faktiske virkninger, som af hensyn til retshåndhævelsen kræver, at den underkastes en kontrol. Dette er tilfældet med de i denne sag omhandlede akter. Indledningen af en procedure og meddelelsen om klagepunkter kan retligt set sidestilles med en beslutning. Indledningen af en procedure beror på en formel kommissionsbeslutning og er en myndighedshandling fra Kommissionens side, og meddelelsen om klagepunkter markerer afslutningen — i form af en myndighedshandling, der fastlægger Kommissionens standpunkt — på den interne, administrative fase af den foreløbige undersøgelse. Dette bekræftes i øvrigt af de pågældende akters retlige og faktiske følger. Sagsøgeren har i en nærmere undersøgelse gennemgået disse følger til støtte for det allerede i stævningen fremførte standpunkt, hvorefter de pågældende akter på grund af deres retsvirkninger må anses for beslutninger i artikel 173's forstand.

Meddelelsen om klagepunkter opfylder navnlig alle de krav, som Domstolen opstillede i den nævnte dom i *Cimenteries*-sagen. Den er afslutningen på procedurens første afsnit, den bevirker, at der ikke længere foreligger god tro hos sagsøgeren — som indtil fremsendelsen af meddelelsen om klagepunkter ikke havde nogen anledning til at tro, at den påklagede adfærd kunne indebære en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86 — og den sætter sagsøgeren i det dilemma enten at måtte ændre sin markedsføring eller løbe en øget risiko for en bøde.

Sagsøgeren har endvidere fremhævet, at søgsmålet ikke har til formål at opnå en principiel afgørelse om søgsmålsadgangen under en administrativ procedure i medfør af forordning nr. 17, men at den foreliggende sag kan realitetsbehandles på grund af dens særlige, og måske enestående, omstændigheder.

På grund af sagens særlige karakter kan der ikke tages stilling til afvisningsspørgsmålet uden en vurdering af sagens realitet. Efter arten af de påberåbte anbringender og deres virkninger for både folkeretten og fællesskabsretten hører de rejste spørgsmål fuldt ud under Domstolens umiddelbare kompetence og bør afgøres på indeværende tidspunkt. Kernen i hovedsagen er, at Kommissionens administrative procedure fra begyn-

delsen har været behæftet med en fejl, og at enhver videreførelse af proceduren er retsstridig. Sagen har til formål dels at få fastslået, at de anfægtede akter er udstedt i strid med folkeretten af personer, som ikke var bemyndiget til at handle på Kommissionens vegne, dels at beskytte sagsøgerens interesse i ikke at være tvunget til at varetage sine interesser under en fuldkommen ulovlig procedure. Under disse omstændigheder er en efterfølgende annullation af Kommissionens endelige beslutning ikke tilstrækkelig til at yde effektiv beskyttelse af sagsøgeren, der bør have adgang til at opnå en domstolskontrol på et tidligt tidspunkt.

Sagsøgeren har til støtte for sit standpunkt påberåbt sig et af professor Meessen udfærdiget responsum, hvorefter folkerettens sædvaneretlige regel om ikke-indblanding, som må anses for at have direkte virkning i fællesskabsretten, og som kan påberåbes af virksomhederne, forbyder en stat at træffe foranstaltninger i medfør af statens egne konkurrenceregler, når foranstaltningerne berører en anden stats interesser i væsentligt omfang, og når disse interesser må tillægges større vægt end den førstnævnte stats interesser. Ifølge det nævnte responsum er Kommissionens indledning og fortsættelse af den administrative procedure i strid med reglen om ikke-indblanding. Fællesskabsretten og folkerettens regler må således anses for at kræve, at de pågældende akter fra først af undergives domstolskontrol, således at det kan fastslås, om de er i strid med reglen om ikke-indblanding, der må anses for at være en kompetencenorm i EØF-traktatens artikel 173's forstand. Beslutningen om at fremsende meddelelsen om klagepunkter må endvidere betragtes som et stiltiende afslag på at anvende reglen om ikke-indblanding og er af denne grund en beslutning, som kan gøres til genstand for søgsmål i medfør af artikel 173.

Sagsøgeren har endvidere til støtte for sit standpunkt påberåbt sig en række responsa og notater om medlemsstaternes retsordener, hvoraf det fremgår, at alle retssystemerne indeholder et fælles princip om, at der under omstændigheder som i denne sag på et tidligt stadium, men i forskellig form, er adgang til domstolsprøvelse fra procedurens begyndelse, når hensynet til retshåndhævelsen kræver det, og navnlig når der opstår spørgsmål om kompetence eller jurisdiktion. En gennemgang af Domstolens praksis inden for tjenestemandssagernes område viser ligeledes, at forberedende akter under visse betingelser og af visse grunde kan gøres til genstand for et søgsmål, og at princippet om domstolsprøvelse på et tidligt tidspunkt er anerkendt i fællesskabsretten.

4. *Intervenienten* har i sit indlæg vedrørende formaliteten gjort gældende, at sagen klart må afvises, da den ikke opfylder de i retspraksis opstillede betingelser for, at EØF-traktatens artikel 173 kan finde anvendelse; de anfægtede akter har nemlig ikke retsvirkninger, som kan gøre indgreb i sagsøgerens individuelle interesser og er ikke den endelige afslutning på en særlig procedure, som Kommissionen har gennemført.

Meddelelsen om klagepunkter har lige så lidt som den begrundede udtalelse, som Kommissionen afgiver under en proce-

dure i henhold til EØF-raktatens artikel 69, karakter af en beslutning i EØF-traktatens artikel 173's forstand.

Den af sagsøgeren påberåbte praksis i tjenestemandssager kan efter intervenientens opfattelse ikke tillægges vægt, da de relevante bestemmelser i henholdsvis traktatens artikel 179 og tjenestemandsvedtægten er forskellige. Ligeledes kan de om medlemsstaternes lovgivning fremlagte responsa, der i øvrigt ikke er objektive, ikke betragtes som dækkende. Tværtimod har sagsøgeren undladt at omtale USA's Højesteret's afgørelse af 15. december 1980 i sagen Federal Trade Commission mod Standard Oil Company of California, 101 S.Ct. 488, hvorefter akter svarende til de i denne sag foreliggende ikke er underkastet domstolsprøvelse under en amerikansk konkurrencesag.

Intervenienten har afsluttende anført, at sagen må afvises ved kendelse i medfør af procesreglementets artikel 92, stk. 1, som en sag, Domstolen åbenbart ikke har kompetence til at behandle. IBM's søgsmål er udtryk for en forhalingstaktik, der er uden fortilfælde, og et forsøg på at udnytte processuelle regler til at blokere og forhale Kommissionens procedure, hvilket betyder, at fællesskabsrettens troværdighed og effektivitet på konkurrenceområdet drages i tvivl, og at intervenienten påføres alvorlig skade på grund af procedurens forsinkelse.

IV — Mundtlig forhandling

I retsmødet den 16. september 1981 har Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent John Temple Lang, IBM ved Jeremy Lever, Q.C. (England og Wales), og intervenienten ved advokat Ivo van Bael, Bruxelles, afgivet mundtlige indlæg vedrørende afvisningsspørgsmålet.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 30. september 1981.

Præmisser

1 Ved stævning indleveret til Domstolens justitskontor den 18. marts 1981 har International Business Machines Corporation (herefter benævnt IBM), hvis hjemsted er Armonk, New York, Amerikas Forenede Stater, i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om annullation af den eller de retsakter fra Kommissionen, som meddeltes IBM ved skrivelse af 19. december 1980, og hvorved der indledtes en procedure mod IBM i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, »Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86« (EFT 1959-1962, s. 81), samt tilstilledes selskabet en meddelelse om klagepunkter; subsidiært har IBM påstået selve meddelelsen om klagepunkter annulleret.

2 Den pågældende skrivelse, der var underskrevet af Kommissionens generaldirektør for konkurrence, blev fremsendt til IBM, efter at Kommissionen havde foretaget en flerårig undersøgelse vedrørende visse former for markedsføring, der anvendtes af IBM og dets datterselskaber, for at få fastslået, om disse former for markedsføring udgjorde et misbrug af en dominerende stilling på det relevante marked, jf. EØF-traktatens artikel 86. I skrivelsen meddeltes det IBM, at Kommissionen havde indledt en procedure mod selskabet i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17, og at den overvejede at træffe beslutning om, at der forelå overtrædelser af artikel 86. Med samme skrivelse modtog IBM en meddelelse om klagepunkter, jf. artikel 2 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42). Generaldirektøren for konkurrence opfordrede selskabet til at tage skriftlig stilling hertil inden for en nærmere angiven frist og oplyste tillige, at selskabet senere ville få lejlighed til at afgive forklaring under en høring.

3 IBM fandt imidlertid, at de ved skrivelsen af 19. december 1980 meddelte akter var behæftet med flere mangler, hvorfor selskabet opfordrede Kommissionen til at tilbagekalde meddelelsen om klagepunkter og indstille proceduren. Da Kommissionen ikke fulgte denne opfordring, har IBM anlagt nærværende sag, hvorunder selskabet har nedlagt påstand om annullation af de pågældende akter.

4 Til støtte for sin annullationspåstand har IBM gjort gældende, at de anfægtede akter ikke opfylder de for sådanne akter gældende mindstekrav, samt at IBM på grund af mangler ved indholdet af meddelelsen om klagepunkter, for korte frister samt Kommissionens forbehold om senere at rejse yderligere klagepunkter ikke har haft mulighed for at forsvare sig. Endvidere har IBM anført, at de anfægtede akter er behæftet med en kompetencemangel, idet de ikke er udstedt ved en beslutning truffet af den samlede Kommission, selv om der ikke er foretaget en delegation af kompetence, hvilket i øvrigt ikke lovligt kunne ske, i hvert fald ikke uden behørig bekendtgørelse eller meddelelse. Endelig har IBM gjort gældende, at de anfægtede akter strider mod folkerettens regler om comitas gentium og om ikke-indblanding, som Kommissionen skulle have taget hensyn til inden udfærdigelsen af de pågældende akter, idet den påklagede adfærd fra IBM's side hovedsagelig udvises

uden for Fællesskabet, navnlig i Amerikas Forenede Stater, hvor den ligeledes er genstand for en retssag.

5 Kommissionen har — støttet af intervenienten Memorex SA — påstået sagen afvist i medfør af procesreglementets artikel 91, stk. 1. Domstolen har besluttet at påkende afvisningspåstanden, inden sagen realitetsbehandles.

6 Kommissionen og intervenienten Memorex SA har til støtte for afvisningspåstanden gjort gældende, at de anfægtede akter er led i en sagsbehandling; de udtrykker dels Kommissionens opfattelse — en opfattelse den senere kan ændre — dels forbereder de den endelige beslutning, som Kommissionen skal træffe ved procedurens afslutning, og der er således ikke tale om beslutninger, som kan indbringes for Domstolen i medfør af EØF-taktatens artikel 173.

7 IBM har gjort gældende, at indledningen af en procedure og meddelelsen om klagepunkter på grund af disse akters retlige karakter og virkninger er beslutninger i EØF-traktatens artikel 173's forstand og således kan indbringes for Domstolen.

8 Ifølge traktatens artikel 173 kan der anlægges annullationssøgsmål vedrørende Rådets og Kommissionens retsakter, dog ikke vedrørende henstillinger og udtalelser. Et sådant søgsmål skal — jf. reglen i artikel 164 — sikre, at der værnes om lov og ret ved fortolkningen og anvendelsen af traktaten, og det ville stride herimod at fortolke betingelserne for adgangen til at rejse et sådant søgsmål indskrænkende og begrænse anvendelsesområdet til kun at omfatte de i artikel 189 nævnte retsakter.

9 Ved afgørelsen af, om de anfægtede foranstaltninger er retsakter i artikel 173's forstand, skal vægten følgelig lægges på deres indhold. Ifølge Domstolens faste praksis foreligger der retsakter eller beslutninger, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i medfør af artikel 173, når foranstaltningerne har retligt bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling. Derimod er akternes eller beslutningernes form principielt uden betydning for adgangen til at indbringe dem for Domstolen i form af et annullationssøgsmål.

10 Ifølge samme praksis kan retsakter eller beslutninger, hvis tilblivelse omfatter flere stadier, navnlig sådanne som afslutter en intern procedure, principielt kun anfægtes, hvis det drejer sig om foranstaltninger, som definitivt fastlægger Kommissionens eller Rådets standpunkt som afslutning på denne procedure, modsat foreløbige foranstaltninger, der har til formål at forberede den endelige beslutning.

11 Kun hvis akterne eller beslutningerne under den forberedende sagsbehandling ikke alene opfylder de nævnte retlige betingelser, men selv danner afslutningen på en særlig procedure, der adskiller sig fra den, som skal sætte Kommissionen eller Rådet i stand til at træffe den egentlige afgørelse i sagen, kan der anlægges en anden bedømmelse.

12 Det bemærkes endvidere, at selv om der ikke kan anlægges annullationssøgsmål vedrørende foranstaltninger af rent forberedende art som sådanne, kan de mangler, som foranstaltningerne måtte være behæftet med, gøres gældende under en sag vedrørende den endelige retsakt, som foranstaltningerne er et led i forberedelsen af.

13 Retsvirkningerne og den retlige karakter af indledningen af en administrativ procedure i henhold til reglerne i forordning nr. 17 og af en meddelelse om klagepunkter, som omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 99/63, skal bedømmes ud fra disse akters rolle under Kommissionens administrative procedure i konkurrencesager, som nærmere reguleret i de nævnte forordninger.

14 Kommissionens administrative procedure er udformet med henblik på at give de pågældende virksomheder mulighed for at gøre deres synspunkter gældende og at forsyne Kommissionen med så fyldige oplysninger som muligt, inden den træffer en beslutning, der berører virksomhedernes interesser. Den skal yde virksomhederne visse processuelle garantier og skal, som det fremgår af 11. betragtning i præamblen til forordning nr. 17, sikre deres ret til at udtale sig over for Kommissionen.

15 Af denne grund skal der i medfør af artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 — også for at sikre retten til at varetage sit forsvar — gives den pågældende virksomhed ret til ved afslutningen af undersøgelsen at udtale sig om alle de klagepunkter, Kommissionen påtænker at opretholde mod virksomheden i sin beslutning, og følgelig skal virksomheden underrettes om sådanne klage-

punkter i det i artikel 2 i forordning nr. 99/63 omhandlede dokument. Dette er endvidere grunden til, at indledningen af en procedure i medfør af de nævnte bestemmelser — for at bortvejre en eventuel tvivl angående den pågældende virksomheds stilling under sagen — tydeligt markeres ved en akt, som udtrykker, at det påtænkes at træffe en beslutning.

16 IBM har til støtte for, at sagen kan påkendes i realiteten, påberåbt sig en række virkninger af indledningen af en procedure og af meddelelsen om klagepunkter.

17 Nogle af disse virkninger er ikke mere vidtrækkende end normale virkninger af en akt, der er et led i en sagsbehandling, og griber — bortset fra stillingen under sagen — ikke ind i den pågældende virksomheds retsstilling. Dette gælder bl.a. den afbrydelse af forældelsen, som indtræder med indledningen af en procedure og med meddelelsen om klagepunkter, jf. Rådets forordning nr. 2988/74 af 26. november 1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det europæiske økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319, s. 1). Tilsvarende gælder for det forhold, at de pågældende akter er nødvendige skridt, som Kommissionen skal foretage i henhold til reglerne i forordning nr. 17, inden den har ret til at pålægge virksomheden en bøde eller en tvangsbøde, samt det forhold, at akterne for vedkommende virksomhed medfører, at den skal forsvare sig under en administrativ procedure.

18 Andre af de virkninger, som IBM har påberåbt sig, griber ikke ind i virksomhedens interesser. Herunder falder den virkning, at indledningen af en procedure i medfør af artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17, afskærer de nationale myndigheders kompetence, en virkning som i øvrigt ikke har kunnet indtræde i den foreliggende sag, da der ikke føres en sag på nationalt plan, men som hovedsagelig består i at sikre virksomheden mod en parallel sag rejst af de nationale myndigheder. Det samme gælder den virkning, som meddelelsen om klagepunkter antages at have som en udkrystallisering af Kommissionens stilling, en virkning som hovedsagelig består i, at Kommissionen i medfør af artikel 4 i forordning nr. 99/63, medmindre den fremsender en ny meddelelse om klagepunkter, i sin beslutning er forhindret i at tage andre klagepunkter i betragtning end dem, virksomheden har haft

lejlighed til at udtale sig om, hvorved Kommissionen dog ikke er forhindret i at frafalde klagepunkter og således ændre sit standpunkt i virksomhedens favør.

19 En meddelelse om klagepunkter pålægger ikke virksomheden en forpligtelse til at ændre eller på ny overveje sin markedsføring, og den bevirker ikke, at virksomheden fratages en hidtil eksisterende beskyttelse mod bøder, således som det er tilfældet med den meddelelse, hvorved Kommissionen i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 underretter en virksomhed om resultatet af den foreløbige undersøgelse af en af virksomheden anmeldt aftale. Selv om en meddelelse om klagepunkter kan betyde, at det gøres klart for virksomheden, at den løber en reel risiko for at blive pålagt en bøde af Kommissionen, er dette en rent faktisk følge og ikke en med meddelelsen om klagepunkter tilsigtet retsvirkning.

20 Et annullationssøgsmål vedrørende indledningen af en procedure og fremsendelsen af en meddelelse om klagepunkter kunne tvinge Domstolen til at foretage en vurdering af spørgsmål, som Kommissionen endnu ikke har haft lejlighed til at udtale sig om, hvilket ville foregribe behandlingen af realitetsspørgsmålene og medføre en sammenblanding af forskellige faser af den administrative og den judicielle sagsbehandling. Dette ville således være uforeneligt med kompetencefordelingen mellem Kommissionen og Domstolen, med de i traktaten fastlagte retsmidler, samt med retsplejehensyn og hensynet til den rette gennemførelse af Kommissionens administrative procedure.

21 Heraf følger, at hverken indledningen af en procedure eller meddelelsen om klagepunkter efter disse akters karakter og retsvirkninger kan anses som beslutninger i EØF-traktatens artikel 173's forstand, som kan forelægges for Domstolen under et annullationssøgsmål. I den administrative procedure, således som denne er fastlagt i forordning nr. 17 og i forordning nr. 99/63, er disse akter led i sagsbehandlingen og forberedende i forhold til den beslutning, som danner afslutningen på proceduren.

22 Til støtte for, at sagen kan antages til realitetsbehandling, har IBM endelig påberåbt sig særlige omstændigheder i den foreliggende sag samt arten og

konsekvenserne af de anbringender, selskabet har påberåbt sig vedrørende realiteten, idet selskabet har gjort gældende, at der bør være adgang til at anlægge sag på et tidligt tidspunkt i det foreliggende tilfælde, dels som følge af folkeretlige regler, der finder anvendelse i sagen, dels i medfør af almindelige retsgrundsætninger, der følger af medlemsstaternes retsordener. Med den foreliggende sag ønskes det i virkeligheden fastslået, at den administrative procedure fra begyndelsen har været fuldstændig ulovlig både i henhold til fællesskabsrettens og folkerettens regler, navnlig reglerne om kompetencen til at indlede sådanne procedurer. Enhver fortsættelse af den administrative procedure ville efter IBM's opfattelse være ulovlig, og muligheden for senere at opnå annullation af den endelige beslutning ville ikke være tilstrækkeligt til at yde IBM effektiv retsbeskyttelse.

23 Den foreliggende sag giver imidlertid ikke anledning til at tage stilling til, om et søgsmål på et tidligt stadium under særlige omstændigheder, når der er tale om foranstaltninger, som end ikke fremtræder som lovlige, som hævdet af IBM, kan betragtes som foreneligt med traktatens system af retsmidler, idet de forhold, som selskabet har påberåbt sig under sagen, overhovedet ikke kan begrunde en adgang til at rejse et sådant søgsmål.

24 Heller ikke for at sikre IBM effektiv retsbeskyttelse, er det i den foreliggende sag nødvendigt, at der straks kan anlægges sag vedrørende de anfægtede akter. Hvis Kommissionen ved afslutningen af den administrative procedure og efter at have gennemgået de bemærkninger, som IBM måtte fremsætte under proceduren, skulle træffe en beslutning, som berører IBM's interesser, vil der i medfør af EØF-traktatens artikel 173 kunne anlægges retssag vedrørende denne beslutning, og IBM vil da have adgang til at fremføre alle fornødne anbringender. Domstolen vil da skulle tage stilling til, om der er sket tilsidesættelse af reglerne under den administrative procedure, og om tilsidesættelserne er af en sådan art, at de har betydning for lovligheden af den beslutning, som Kommissionen har truffet ved afslutningen af den administrative procedure.

25 Sagen vil herefter være at afvise.

Sagens omkostninger

26 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den tabende part til at afholde sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da

IBM har tabt sagen, bør selskabet pålægges at betale sagens omkostninger, herunder intervenienten Memorex SA's omkostninger. De omkostninger, det således bør pålægges IBM at betale, omfatter foruden omkostningerne ved hovedsagens behandling de omkostninger, som er foranlediget af IBM's begæring om foreløbige forholdsregler, idet spørgsmålet herom i den af Domstolens præsident den 7. juli 1981 afsagte kendelse udsattes, samt de omkostninger der er foranlediget af IBM's begæring om, at Kommissionen tilpligtes at meddele visse nærmere oplysninger og fremlægge nærmere bestemte dokumenter vedrørende Kommissionens indledning af proceduren, hvilken begæring må anses for bortfaldet med hovedsagens afvisning.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. **Sagen afvises.**

2. **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger, herunder intervenienten Memorex SA's omkostninger, samt de omkostninger, der er foranlediget af IBM's begæring om iværksættelse af foreløbige forholdsregler og om meddelelse af vissse nærmere oplysninger og fremlæggelse af nærmere bestemte dokumenter vedrørende Kommissionens indledning af proceduren.**

Mertens de Wilmars Bosco Touffait

Mackenzie Stuart Koopmans Everling Grévisse

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. november 1981.

A. Van Houtte
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident