rechtsgevolgen te beschouwen als een beschikking in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag, waartegen beroep tot nietigverklaring openstaat. In het kader van de administratieve procedure, zoals deze door de verordeningen nrs. 17 en 99/63 is geregeld, zijn het proceduremaatregelen ter voorbereiding van de beschikking waarmee de procedure werd afgesloten.

3. Een mededeling van punten van bezwaar brengt voor de betrokken onderneming niet de verplichting mee haar handelspraktijken te wijzigen of in heroverweging te nemen, en ontneemt haar ook niet de bescherming tegen boetes, die zij voordien genoot, zoals dit het geval is bij de mededeling bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, waarbij de Commissie een onderneming in kennis stelt van het resultaat van het voorlopig onderzoek van een door die onderneming aangemelde overeenkomst. Zo een mededeling van punten van bezwaar tot gevolg kan hebben dat het de onderneming duidelijk wordt dat zij een reëel risico loopt door de Commissie te worden beboet, dan is dit een eenvoudige feitelijke consequentie en niet een rechtsgevolg dat de mededeling van de punten van bezwaar beoogt teweeg te brengen.

In zaak 60/81,

INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES CORPORATION (IBM), te Armonk, New York 10504 (Verenigde Staten van Amerika), vertegenwoordigd door J. Lever, Q.C. bij de balie van Engeland en Wales, D. Edward, Q.C., advocaat bij de Schotse balie, J. Swift, Q.C. bij de balie van Engeland en Wales, C. Bellamy en N. Forwood, barristers bij de balie van Engeland en Wales, en A. Sundy, van het kantoor Ashurst, Morris, Crisp & Co., solicitor bij de Supreme Court van Engeland en Wales, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van International Business Machines of Belgium SA, Boulevard Royal 8,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur J. Temple Lang en E. Götz zur Hausen, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij O. Montalto, lid van de juridische dienst van de Commissie, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

en

MEMOREX NV, te Brussel, vertegenwoordigd door I. Van Bael en J.-F. Bellis, advocaten te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Elvinger en Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

interveniënte,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van een beschikking tot inleiding van een procedure in mededingingszaken en van de mededeling van de punten van bezwaar,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: J. Mertens de Wilmars, president, G. Bosco en A. Touffait, kamerpresidenten, Mackenzie Stuart, T. Koopmans, U. Everling en F. Grévisse, rechters,

advocaat-generaal: Sir Gordon Slynn
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten van de zaak, het procesverloop en de conclusies, middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — Samenvatting van de feiten

1. Naar aanleiding van klachten van concurrenten van verzoekster is de Commissie enkele jaren geleden begonnen met een onderzoek naar de verkooppraktijken van verzoekster en haar dochtermaatschappijen, teneinde te kunnen vaststellen of die praktijken misbruik vormen van een machtspositie op de markt in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag.

Bij brief van 19 december 1980, ondertekend door de directeur-generaal Mededinging, werd verzoekster ervan in kennis gesteld dat de Commissie een procedure jegens haar had ingeleid krachtens

artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, de eerste verordening tot toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204), en dat zij voornemens was een beschikking te geven ter zake van inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag. De brief ging vergezeld van een mededeling van de punten van bezwaar, als bedoeld in artikel 19 van verordening nr. 17. Verzoekster werd uitgenodigd schriftelijk te antwoorden; zij zou later gelegenheid krijgen haar standpunt op een hoorzitting mondeling toe te lichten.

Blijkens de mededeling van de punten van bezwaar is de Commissie van oordeel dat verzoekster een machtspositie bezit met betrekking tot de levering van centrale verwerkingseenheden voor computersystemen van het type IBM 360 en 370 en van de software voor bediening en onderhoud ervan, en dat zij van die machtspositie misbruik heeft gemaakt ten nadele van fabrikanten van „compatibele" produkten, speciaal ontworpen voor gebruik bij IBM-computersystemen. Dit machtsmisbruik kwam tot uiting in bepaalde verkooppraktijken, bestaande uit:

— levering van het ene produkt tezamen met een ander, zonder ze elk afzonderlijk te factureren, of levering van een fysiek met een ander verbonden produkt zonder afzonderlijke facturering („bundling"), met name hoofdgeheugens voor centrale verwerkingseenheden en bijpassende software;

— weigering, bij de aankondiging van nieuwe produkten, bijzonderheden omtrent veranderingen in de interface-apparatuur bekend te maken, of, zo deze bekendmaking al plaats vond, dit eerst te doen nadat het produkt aan de eerste afnemer was geleverd;

— weigering bepaalde waardevolle software te leveren aan gebruikers van IBM-computersystemen, tenzij die software gebruikt werd op een door IBM vervaardigde centrale verwerkingseenheid.

Deze praktijken, die door verzoekster overal ter wereld worden toegepast, waren — en zijn nog — onderwerp van gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten.

2. Bij brief van 28 januari 1981 vroeg verzoekster de Commissie om bijzonderheden omtrent de besluiten waarbij machtiging was verleend tot het inleiden van de procedure en het toezenden van de mededeling van de punten van bezwaar; verder verzocht zij om afschriften van de stukken waarin die besluiten waren vastgesteld.

In haar brief van 3 februari 1981, ondertekend door de directeur van Directoraat IV B, weigerde de Commissie de gevraagde bijzonderheden te verstrekken; zij verklaarde dat het om interne besluiten ging, die niet naar buiten worden bekendgemaakt.

Bij brief van 20 februari 1981 deelde verzoekster de Commissie mee, dat de administratieve procedure haars inziens op tal van punten gebreken vertoonde. Zij verzocht de Commissie dan ook, de mededeling van de punten van bezwaar terug te nemen en de procedure te beëindigen, ofwel, ter verduidelijking van haar standpunt, een aantal in de brief omschreven algemene en specifieke vragen te beantwoorden; verder verzocht zij de Commissie afstand te doen van het voorbehoud, dat zij later eventueel nog andere punten van bezwaar kon formuleren.

Deze verzoeken werden door de Commissie afgewezen bij brief van 13 april 1981, dus na de instelling van het onderhavige beroep; wel verstrekte de Commissie verzoekster bepaalde inlichtingen, terwijl zij bovendien de termijn waarbinnen schriftelijk op de punten van bezwaar moest worden geantwoord, herhaaldelijk heeft verlengd, laatstelijk tot 31 augustus 1981.

II — Conclusies van partijen en procesverloop

1. Op 18 maart 1981 heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld; zij concludeert tot:

1) nietigverklaring van

— de handeling of handelingen van de Commissie, waarbij

a) tegen IBM een procedure is ingeleid krachtens artikel 3 van verordening nr. 17;

b) een mededeling van punten van bezwaar tot IBM is gericht en/of aan haar is meegedeeld; en/of

— de mededeling van punten van bezwaar zelf, voor zover deze een handeling van de Commissie vormt;

2) verwijzing van de Commissie in de kosten.

Het beroep steunt op drie middelen, die kunnen worden samengevat als volgt:

— De Commissie heeft niet voldaan aan de minimumvereisten die aan een mededeling van punten van bezwaar moeten worden gesteld. De mededeling van de punten van bezwaar is onduidelijk en vertoont materiële gebreken; de Commissie mag zich niet het recht voorbehouden later nog andere bezwaren te formuleren; er is onvoldoende tijd gelaten voor antwoord. De mededeling van de punten van bezwaar is mitsdien in strijd met de grondbeginselen inzake de rechten van de verdediging.

— Het inleiden van de procedure door de Commissie levert onwettig gebruik van bevoegdheid op. De handelingen waartegen het beroep is gericht, zijn niet verricht door de voltallige Commissie, handelend als college, terwijl er ook geen delegatie van bevoegdheid is geweest en er rechtens in elk geval ook niet kon zijn zonder behoorlijke publikatie of mededeling.

— Aangezien de gewraakte gedragingen van verzoekster voornamelijk buiten de Gemeenschap plaatsvinden en onderwerp zijn van gerechtelijke procedures in de Verenigde Staten, had de Commissie al aanstonds rekening moeten houden met de terzake geldende volkenrechtelijke beginselen — inzonderheid de beginselen van internationale courtoisie en van niet-inmenging in de interne aangelegenheden van de Verenigde Staten —, die de uitoefening van een communautaire bevoegdheid beletten.

Bij afzonderlijke akte, ingeschreven ter griffie van het Hof op 10 april 1981, heeft de Commissie overeenkomstig artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen tegen het beroep. Zij concludeert dat het Hof

— het beroep niet ontvankelijk verklare, en

— verzoekster in de kosten verwijze.

Bij beschikking van het Hof van 13 mei 1981 is de onderneming Memorex NV, die in de administratieve procedure voor de Commissie als klaagster optreedt, toegelaten tot de interventie. In haar opmerkingen over de ontvankelijkheid van het beroep concludeert interveniënte dat het Hof

— het beroep niet ontvankelijk verklare, en

— verzoekster verwijze in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënte.

2. Tegelijk met het beroep ten principale heeft verzoekster bij afzonderlijke akte overeenkomstig artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering, het Hof verzocht een beschikking te geven waarbij

1) de Commissie zou worden gelast, bijzonderheden mee te delen omtrent haar handelingen houdende machtiging tot

— het inleiden van de procedure en

— het verzenden van de mededeling van de punten van bezwaar, en afschriften over te leggen van de notulen of andere relevante stukken betreffende die handelingen, en

2) de Commissie te veroordelen in de wegens of in verband met dit verzoek gemaakte kosten.

Tot staving van dit verzoek wees verzoekster op artikel 21 van 's Hofs Statuut-EEG en artikel 45, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering. Zij stelde dat zij, zo de Commissie de gevraagde bijzonderheden niet verstrekte, in feite niet in staat zou zijn relevante argumenten aan te voeren met betrekking tot de geldigheid van de betrokken handelingen, terwijl ook het Hof zijn controlerende functie krachtens artikel 173 EEG-Verdrag niet zou kunnen uitoefenen.

In antwoord hierop concludeerde de Commissie tot afwijzing van het verzoek om overlegging van stukken en tot verwijzing van verzoekster in de kosten.

Daarbij maakte de Commissie geldend, dat verzoekster buiten het geding ten principale niet de overlegging kon verlangen van stukken die betrekking hadden op onderwerpen waarom het in het geding ten principale ging, en dit nog wel voordat over de ontvankelijkheid hiervan was beslist; de door verzoekster ingeroepen bepalingen hadden betrekking op andere situaties en konden derhalve niet als grondslag van het verzoek dienen.

3. Op 3 mei 1980 diende verzoekster een verzoek in kort geding in als bedoeld in artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering, strekkende tot schorsing van de administratieve procedure voor de Commissie, respectievelijk tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de betwiste handelingen dan wel tot vaststelling van andere voorlopige maatregelen.

Bij beschikking van 7 juli 1981 heeft de president van het Hof, rechtsprekende in kort geding, dit verzoek afgewezen en de beslissing omtrent de kosten, die van de interventie daaronder begrepen, aangehouden.

4. De schriftelijke procedure met betrekking tot de exceptie van niet-ontvankelijkheid heeft een normaal verloop gehad.

Het Hof heeft, de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de

mondelinge behandeling van die exceptie over te gaan.

III — Argumenten van partijen met betrekking tot de ontvankelijkheid van het beroep

1. In het verzoekschrift stelt *verzoekster* dat de handelingen van de Commissie, waartegen het beroep is gericht, beschikkingen zijn in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag, aangezien het handelingen zijn die rechtsgevolgen in het leven roepen. Verzoekster verwijst te dezen naar 's Hofs arresten van 31 maart 1971 (zaak 22/70, AETR, Jurispr. 1971, blz. 263) en 15 maart 1967 (gevoegde zaken 8-11/66, Cimenteries, Jurispr. 1967, blz. 92).

In de mededeling van de punten van bezwaar wordt het standpunt van de Commissie tegenover de ondernemingen gekristalliseerd en vastgelegd; de Commissie is daarmee aan dit standpunt gebonden en kan er niet meer van afwijken. Voorts is de mededeling van de punten van bezwaar een *conditio sine qua non* voor de bevoegdheid van de Commissie om een boete of dwangsom op te leggen of om te gelasten dat een einde wordt gemaakt aan een inbreuk. De mededeling leidt tot een wijziging van de rechtspositie van de betrokken onderneming, in zoverre deze daardoor gedwongen wordt binnen een door de Commissie bepaalde termijn op de beschuldiging te antwoorden en zich te verdedigen. Voert de onderneming geen verweer, dan kan haar op grond van de mededeling van de punten van bezwaar rechtstreeks een boete of dwangsom worden opgelegd en kan haar worden gelast een einde te maken aan een inbreuk.

Een ander rechtsgevolg van het inleiden van een procedure en de mededeling van punten van bezwaar is, dat ingevolge artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17 de autoriteiten van de Lid-Staten niet langer bevoegd zijn de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag toe te passen. Ook wordt door de mededeling de verjaring gestuit: artikel 2 van verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319 van 1974, blz. 1).

Rechterlijke controle van de betwiste handelingen vóór het tot stand komen van de eindbeschikking is een waarborg voor de inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en van het recht te worden gehoord, en verkleint het risico dat de eindbeschikking wordt nietigverklaard wegens onregelmatigheden in de procedure.

2. Tot staving van de exceptie van niet-ontvankelijkheid stelt de *Commissie* dat de inleiding van een administratieve procedure en de mededeling van punten van bezwaar fasen van die procedure zijn, dat zij een voorbereidend en voorlopig karakter dragen en mitsdien niet vatbaar zijn voor beroep krachtens artikel 173 EEG-Verdrag.

Evenals de verschillende nationale procedures die de Commissie bekend zijn, maakt het communautaire mededingingsrecht onderscheid tussen handelingen de krachtens artikel 173 in rechte kunnen worden betwist, en maatregelen die een fase in de procedure markeren, doch zelf niet voor beroep vatbaar zijn. Als dergelijke maatregelen op onjuiste wijze worden genomen of uitgevoerd, kan de betrokken onderneming enkel opkomen tegen de beschikking die de Commissie

aan het einde van de procedure geeft. Verzoeksters opvatting maakt een normaal verloop van de procedure voor de Commissie onmogelijk, want het einde van zo'n procedure zou zoek zijn indien in iedere fase ervan beroep op de rechter mogelijk was. Het onderscheid van het gemeenschapsrecht tussen voor beroep vatbare beschikkingen enerzijds en proceduremaatregelen anderzijds werkt overigens ook in het voordeel van de ondernemingen, want bestond dat onderscheid niet, dan zouden zij iedere bezwarende proceduremaatregel waar zij zich niet bij neer wensen te leggen, terstond moeten betwisten en bijgevolg tijdens de administratieve procedure hoge kosten voor hun verdediging moeten maken. Bezien in het licht van dat onderscheid, zijn de in casu bestreden handelingen enkel maar fasen in de administratieve procedure, waarvoor de Commissie bevoegd is. Het Hof dient dergelijke handelingen niet te onderzoeken en te beoordelen alvorens de eindbeschikking is gegeven.

Verordening nr. 17 van de Raad en verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268), bevatten niets wat erop wijst dat de inleiding van een procedure en de mededeling van de punten van bezwaar voor beroep vatbare beschikkingen zouden zijn.

De bestreden maatregelen onderscheiden zich met name van de mededeling van het resultaat van het voorlopige kartelonderzoek, als bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17. Geen van de redenen waarom het Hof in voornoemd arrest van 15 maart 1967 (Cimenteries) een dergelijke mededeling als een beschikking beschouwde, doet zich hier voor. Inzonderheid is er geen sprake van, dat de onderneming door de inleiding van de procedure en de mededeling van de punten van bezwaar in een onbeschermde positie wordt gebracht of in een situatie waarin zij enkel nog de keuze heeft tussen een fundamentele verandering van haar gedrag en het risico te worden beboet. Genoemde maatregelen vormen niet de afsluiting van een bijzondere procedure en verlangen geen rechtswaarborgen voor de bescherming van de onderneming.

Het gevolg dat artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17 aan de inleiding van de procedure verbindt, betreft enkel de bevoegdheid van de nationale autoriteiten, maar niet de onderneming zelf. Deze heeft er juist voordeel bij, want zij loopt nu niet het risico in verscheidene procedures tegelijk te worden verwikkeld.

Wanneer de Commissie het antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar heeft ontvangen, moet zij steeds de zaak opnieuw onderzoeken en het staat haar dan vrij een tweede mededeling te zenden of de eerste te preciseren of aan te vullen. Dat de mededeling van de punten van bezwaar een „kristalliserend" effect heeft, is dus geen reden om aan te nemen dat zij meteen kan worden betwist. Het recht van de onderneming om zich tegen de mededeling van de punten van bezwaar te verweren, is beter en doeltreffender gediend met de mogelijkheid van beroep tegen de eindbeschikking, want eerst in dat stadium is het mogelijk de eventuele gebreken van de mededeling te beoordelen zonder zich te begeven in speculaties over het verdere verloop van de procedure.

De stuiting van de verjaring kan niet als een relevant rechtsgevolg worden beschouwd. Verzoeksters opvatting komt erop neer, dat iedere handeling waarmee een onderzoek naar een inbreuk wordt geopend, vatbaar zou zijn voor beroep.

Verzoeksters ontvankelijkheidstheorie, die geen enkele steun vindt in het mededingingsrecht van de Lid-Staten, zou onvermijdelijk ernstige en ongewenste consequenties hebben: in elke procedure krachtens verordening nr. 17 zou er een stroom van beroepen tegen procedurehandelingen op het Hof kunnen afkomen en het Hof zou dan reeds in dat stadium genoodzaakt zijn argumenten ten gronde te onderzoeken.

3. In haar opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid zet *verzoekster* haar stelling verder uiteen, dat de inleiding van een procedure en de mededeling van de punten van bezwaar naar hun aard voor beroep vatbare beschikkingen zijn in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag.

Volgens 's Hofs rechtspraak kan een handeling worden nietigverklaard wanneer zij voor de verzoeker gevolgen heeft — rechtens dan wel feitelijk — die in het belang van een goede rechtsbedeling aan rechterlijke toetsing moeten kunnen worden onderworpen. Dit nu geldt ook voor de onderhavige handelingen. Wegens hun rechtskarater vertonen de inleiding van een procedure en de mededeling van de punten van bezwaar alle kenmerken van een beschikking. De inleiding van een procedure berust op een formeel besluit, een gezagshandeling van de Commissie; de mededeling markeert door een gezagshandeling waarbij het standpunt van de Commissie wordt gefixeerd, de afsluiting van de interne administratieve fase van het vooronderzoek. Deze conclusie wordt bevestigd door de juridische en feitelijke gevolgen van de betrokken handelingen. Verzoekster gaat uitgebreid op deze gevolgen in, zulks tot staving van haar reeds in het verzoekschrift verdedigde stelling, dat de betrokken handelingen wegens hun rechtsgevolgen beschikkingen zijn in de zin van artikel 173.

Met name de mededeling van de punten van bezwaar voldoet aan alle voorwaarden van 's Hofs arrest in de zaak-Cimenteries. Zij komt aan het einde van een eerste fase van de procedure; zij heeft tot gevolg dat verzoekster, die tot de toezending van de mededeling geen reden had om te veronderstellen dat haar gedrag inbreuk maakte op artikel 86 EEG-Verdrag, niet meer kan zeggen te goeder trouw te zijn; en zij plaatst verzoekster voor de keuze ofwel haar handelspraktijken te wijzigen ofwel een vergroot risico te lopen dat zij wordt beboet.

Verzoekster wijst er voorts op, dat zij niet uit is op een principiële uitspraak omtrent de ontvankelijkheid van beroepen in het kader van administratieve procedures krachtens verordening nr. 17, doch dat het onderhavige beroep ontvankelijk is wegens de bijzondere en misschien zelfs unieke omstandigheden van de zaak.

Wegens die bijzonderheden kan over de ontvankelijkheid van het beroep niet worden beslist zonder tevens op de grond van de zaak in te gaan. Gelet op de aard van de aangevoerde middelen en hun implicaties voor de gehele internationale en communautaire rechtsorde, is het Hof reeds op dit moment ten volle bevoegd om de opgeworpen vragen te beantwoorden. Het kernpunt van het beroep ten gronde is, dat de administratieve procedure voor de Commissie vanaf

het begin gebreken heeft vertoond en dat voortzetting ervan hoe dan ook onwettig is. Het beroep strekt ertoe, te doen vaststellen dat de bestreden handelingen in strijd met het volkenrecht zijn verricht door personen die niet gemachtigd waren namens de Commissie op te treden, en voorts om bescherming te verkrijgen van het belang dat verzoekster erbij heeft om zich niet te moeten verdedigen in een volstrekt onwettige procedure. In deze omstandigheden zou een latere nietigverklaring van de eindbeschikking van de Commissie niet voldoende zijn om verzoekster doeltreffend te beschermen, en moet thans beroep openstaan teneinde rechterlijke toetsing in een vroeg stadium mogelijk te maken.

Om dit betoog te ondersteunen, verwijst verzoekster naar een juridisch advies van prof. Meessen, volgens hetwelk de regel van het internationale gewoonterecht inzake niet-inmenging, die in het gemeenschapsrecht rechtstreekse werking bezit en waarop de ondernemingen zich kunnen beroepen, zich ertegen verzet dat een staat maatregelen tot toepassing van zijn mededingingsregels neemt wanneer daardoor de belangen van een vreemde staat wezenlijk worden aangetast en deze belangen zwaarder wegen dan die van de staat die de maatregelen beoogt te nemen. Door haar administratieve procedure in te leiden en voort te zetten, heeft de Commissie, aldus dit advies, de niet-inmengingsregel geschonden. Het gemeenschapsrecht en het volkenrecht verlangen derhalve dat die handelingen in een vroeg stadium door de rechter worden getoetst, opdat komt vast te staan of zij inbreuk maken op de niet-inmengingsregel, die een bevoegdheidsregel is in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag. Het besluit om de punten van bezwaar aan de betrokken onderneming mee te delen, is daarenboven te beschouwen als een impliciete weigering de niet-inmengingsregel toe te passen, en vormt om die reden een beschikking waartegen krachtens artikel 173 beroep openstaat. Verzoekster beroept zich te dezen nog op een aantal adviezen en memories over het recht van de Lid-Staten: daaruit blijkt dat alle rechtsstelsels het beginsel kennen, dat een rechterlijke toetsing *in limine*, in een vroeg stadium, in verscheidene vormen mogelijk is in gevallen als het onderhavige, wanneer het belang van een goede rechtsbedeling dit vereist en inzonderheid wanneer vragen inzake bevoegdheid en rechtsmacht rijzen. Ook uit 's Hofs rechtspraak in ambtenarenzaken blijkt dat voorbereidende handelingen in bepaalde omstandigheden en om bepaalde redenen vatbaar kunnen zijn voor beroep, en dat in het gemeenschapsrecht het beginsel van een vroegtijdige rechterlijke toetsing wordt erkend.

4. *Interveniënte* merkt met betrekking tot de ontvankelijkheid op, dat het beroep kennelijk niet ontvankelijk is, aangezien het niet voldoet aan de door de rechtspraak gestelde voorwaarden voor toepassing van artikel 173 EEG-Verdrag: de bestreden handelingen roepen geen rechtsgevolgen in het leven, die de individuele belangen van verzoekster kunnen aantasten, en vormen niet de afsluiting van een bijzondere procedure voor de Commissie.

Een mededeling van de punten van bezwaar is evenmin een beschikking in de zin van artikel 173 als een met redenen

omkleed advies van de Commissie in het kader van een procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag.

Verzoeksters verwijzing naar 's Hofs rechtspraak in ambtenarenzaken is niet terzake, want er bestaat een groot verschil tussen de bepalingen inzake beroep van artikel 173 en die van het Ambtenarenstatuut. Al even weinig relevant zijn de rechtsgeleerde adviezen betreffende het recht van de Lid-Staten, die bovendien niet steeds even volledig zijn. Anderzijds verzuimt verzoekster het Hof te attenderen op de beslissing van de Supreme Court van de Verenigde Staten van 15 december 1980 in Federal Trade Commission t. Standard Oil Company of California, 101 S. Ct. 488, waarin werd beslist dat soortgelijke handelingen als die welke thans in geding zijn, in het kader van een mededingingsprocedure in de Verenigde Staten niet vatbaar zijn voor beroep in rechte.

Interveniënte komt tot de conclusie dat het beroep als kennelijk niet ontvankelijk moet worden verworpen bij een beschikking als bedoeld in artikel 92, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering. In casu gaat het hier om een vertragingstactiek zonder weerga en om een poging met behulp van het procesrecht de procedure voor de Commissie kort te sluiten en op te houden; dit zou de geloofwaardigheid en doeltreffendheid van het communautaire mededingingsrecht ondergraven en, wegens het uitblijven van een eindbeschikking in de procedure, interveniënte ernstige schade berokkenen.

IV — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 18 september 1981 zijn mondelinge opmerkingen over de exceptie van niet-ontvankelijkheid gemaakt door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur J. Temple Lang; verzoekster, vertegenwoordigd door J. Lever, Q.C. bij de balie van Engeland en Wales; en interveniënte, vertegenwoordigd door I. van Bael, advocaat te Brussel.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 30 september 1981 conclusie genomen.

In rechte

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 18 maart 1981, heeft de vennootschap International Business Machines Corporation (IBM), gevestigd te Armonk, New York (Verenigde Staten van Amerika), krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de bij brief van 19 december 1980 aan haar meegedeelde handeling of handelingen van de Commissie, waarbij tegen IBM een procedure is ingeleid krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 205), en een mededeling van punten van bezwaar is toegezonden, dan wel tot nietigverklaring van de mededeling van de punten van bezwaar zelf.

2 Genoemde brief was ondertekend door de directeur-generaal Mededinging van de Commissie en werd aan IBM gezonden na een onderzoek van verscheidene jaren, door de diensten van de Commissie ingesteld naar bepaalde handelspraktijken van IBM en haar dochtermaatschappijen in verband met de vraag of die praktijken al dan niet een misbruik van machtspositie op de betrokken markt vormden in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag. In die brief werd IBM ervan in kennis gesteld, dat de Commissie jegens haar een procedure had ingeleid krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad en voornemens was een beschikking te geven ter zake van inbreuken op artikel 86. Per zelfde post ontving IBM een mededeling van punten van bezwaar in de zin van artikel 2 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2269). De directeur-generaal Mededinging nodigde haar uit binnen een bepaalde termijn schriftelijk te antwoorden, daaraan toevoegende dat zij later gelegenheid zou krijgen haar standpunt op een hoorzitting mondeling toe te lichten.

3 Van mening dat de haar bij brief van 19 december 1980 meegedeelde handelingen verscheidene gebreken vertoonden, verzochte IBM de Commissie de mededeling van de punten van bezwaar terug te nemen en de procedure te beëindigen. Omdat de Commissie niet op dit verzoek inging, heeft IBM het onderhavige beroep ingesteld strekkende tot nietigverklaring van de betrokken handelingen.

4 Tot staving van haar beroep stelt IBM dat de bestreden handelingen niet voldoen aan de daaraan te stellen minimumeisen en dat de onvolledigheid van de mededeling van de punten van bezwaar, de te korte termijnstellingen en het door de Commissie gemaakte voorbehoud dat zij later eventueel nog andere punten van bezwaar zal formuleren, het haar onmogelijk hebben gemaakt verweer te voeren. Voorts stelt IBM dat de bestreden handelingen een onwettig gebruik van de bevoegdheden der Commissie opleveren, omdat zij niet tot stand zijn gekomen door een besluit van de voltallige Commissie, handelend als college, terwijl er geen delegatie van bevoegdheid is geweest en er rechtens ook niet kon zijn, tenminste niet zonder behoorlijke publikatie of mededeling. Ten slotte stelt IBM dat de betwiste handelingen inbreuk maken op de volkenrechtelijke beginselen van internationale courtoisie en niet-inmenging in interne aangelegenheden, welke beginselen de Commissie in aanmerking had dienen te nemen alvorens de betrokken handelingen te verrichten; het gewraakte gedrag van IBM zou zich immers hoofdzakelijk bui-

ten de Gemeenschap hebben voorgedaan, met name in de Verenigde Staten, waar het eveneens onderwerp van gerechtelijke procedures was.

5 De Commissie, ondersteund door Memorex NV als interveniërende partij, heeft tegen het beroep een exceptie van niet-ontvankelijkheid opgeworpen in de zin van artikel 91, paragraaf 1, van het Reglement voor de procesvoering. Het Hof heeft besloten op die exceptie uitspraak te doen zonder op de zaak ten gronde in te gaan.

6 Tot staving van die exceptie voeren de Commissie en interveniënte Memorex NV aan, dat de bestreden handelingen in werkelijkheid proceduremaatregelen zijn, waarbij een standpunt van de Commissie tot uitdrukking wordt gebracht dat later nog kan worden gewijzigd. Aangezien deze maatregelen enkel dienden ter voorbereiding van de definitieve, aan het einde van de procedure door de Commissie te geven beschikking, zouden zij niet vatbaar zijn voor beroep krachtens artikel 173 EEG-Verdrag.

7 Volgens IBM zijn de inleiding van een procedure en de mededeling van punten van bezwaar wegens hun rechtskarakter en de gevolgen die zij in het leven roepen, beschikkingen in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag. Zij zouden bijgevolg vatbaar zijn voor beroep.

8 Volgens artikel 173 van het Verdrag staat beroep tot nietigverklaring open tegen handelingen van de Raad en de Commissie, voor zover het geen aanbevelingen of adviezen betreft. Dit rechtsmiddel is bedoeld om, overeenkomstig artikel 164, de eerbiediging van het recht te verzekeren bij de uitlegging en toepassing van het Verdrag. Het zou met dit doel in strijd zijn de voorwaarden waaronder het beroep ontvankelijk is, restrictief uit te leggen door het enkel toelaatbaar te achten wanneer het gaat om een handeling behorende tot een der in artikel 189 genoemde categorieën.

9 Om vast te stellen of de bestreden maatregelen handelingen zijn als bedoeld in artikel 173, dient men derhalve te zien naar wat zij in wezen inhouden. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn als handelingen of besluiten die vatbaar zijn voor beroep tot nietigverklaring in de zin van artikel 173, te beschouwen maatregelen die bindende rechtsgevolgen in het leven roepen, welke de belangen van de verzoeker kunnen aantasten doordat zij diens rechtspositie aanmerkelijk wijzigen. Daarentegen is de vorm waarin de handelingen of besluiten zijn gegoten, in principe van geen belang voor de vraag of nietigverklaring ervan in rechte kan worden gevorderd.

10 Volgens diezelfde rechtspraak zijn handelingen of besluiten die in een uit verscheidene fasen bestaande procedure tot stand komen, en inzonderheid wanneer zij de afsluiting vormen van een interne procedure, in beginsel slechts vor beroep vatbare handelingen wanneer het maatregelen betreft die aan het einde van die procedure het standpunt van de Commissie of de Raad definitief vastleggen; hiertoe behoren dus niet voorlopige maatregelen ter voorbereiding van de eindbeschikking.

11 Het zou slechts anders zijn indien handelingen of besluiten die in de loop van de voorbereidende procedure tot stand zijn gekomen, niet enkel alle vorenbeschreven juridische kenmerken vertonen, doch zelf het einde markeren van een bijzondere procedure, onderscheiden van die welke de Commissie of de Raad in staat moet stellen ten gronde te beslissen.

12 Daarenboven zij opgemerkt dat ook al zijn zuiver voorbereidende maatregelen als zodanig niet vatbaar voor beroep tot nietigverklaring, de eventuele gebreken ervan kunnen worden aangevoerd tot staving van een beroep tegen de eindbeschikking ter voorbereiding waarvan zij zijn genomen.

13 De gevolgen en het rechtskarakter van de inleiding van een administratieve procedure krachtens de bepalingen van verordening nr. 17, en van een mededeling van punten van bezwaar als bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 99/63, moeten worden beoordeeld naar de functie van deze handelingen in het kader van de administratieve procedure voor de Commissie in mededingingszaken, waarvoor genoemde verordeningen gedetailleerde voorschriften bevatten.

14 Deze procedure dient om de betrokken onderneming de gelegenheid te bieden haar opvatting kenbaar te maken en de Commissie zo volledig mogelijke informaties te verstrekken alvorens deze een beschikking geeft die gevolgen heeft voor de belangen van de onderneming. Zij beoogt de onderneming processuele waarborgen te bieden en, gelijk uit de elfde overweging van verordening nr. 17 blijkt, haar recht om door de Commissie te worden gehoord, veilig te stellen.

15 Daarom dient overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en ter waarborging van de rechten van de verdediging, de betrokken onderneming het recht te worden verzekerd, bij het einde van het onderzoek opmerkingen te maken over alle bezwaren die de Commissie voornemens is in de jegens haar te geven beschikking op te werpen, en dienen bijgevolg deze bezwaren

te harer kennis te worden gebracht door middel van het in artikel 2 van verordening nr. 99/63 bedoelde document. Daarom ook wordt, teneinde eventuele twijfels over de processuele positie van de betrokken onderneming weg te nemen, de inleiding van een dergelijke procedure krachtens voornoemde bepalingen duidelijk gemarkeerd door een handeling waarin het voornemen om een beschikking te geven, tot uitdrukking wordt gebracht.

16 Tot staving van haar betoog dat het beroep ontvankelijk is, noemt IBM een aantal gevolgen van de inleiding van een procedure en van de mededeling van de punten van bezwaar.

17 Enkele daarvan zijn eenvoudig de normale gevolgen van iedere procedurehandeling en hebben geen invloed op de rechtspositie van de betrokken onderneming, afgezien dan van haar processuele situatie. Dit geldt met name voor de stuiting van de verjaring, die ingevolge verordening nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en van tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap (PB L 319 van 1974, blz. 1), zowel door de inleiding van een procedure als door de mededeling van de punten van bezwaar wordt teweeggebracht. Het geldt ook voor de omstandigheid dat die handelingen maatregelen zijn die de Commissie ingevolge de bepalingen van verordening nr. 17 verplicht is te nemen alvorens zij de betrokken onderneming een boete of dwangsom kan opleggen, en al evenzeer voor het feit dat die handelingen de betrokken onderneming nopen zich in een administratieve procedure te verweren.

18 Andere gevolgen waarop IBM zich beroept, houden geen aantasting in van de belangen van de betrokken onderneming. Dit is het geval met het gevolg dat door artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17 wordt verbonden aan de inleiding van een procedure, te weten dat er een einde komt aan de bevoegdheid van de autoriteiten der Lid-Staten — dit gevolg, dat zich in casu niet heeft kunnen voordoen omdat er nergens een nationale procedure aanhangig was, komt er in wezen trouwens op neer, dat de onderneming wordt beschermd tegen parallelle vervolging door de autoriteiten van de Lid-Staten. Hetzelfde geldt voor het aan de mededeling van de punten van bezwaar toegekende gevolg, dat het standpunt van de Commissie daardoor wordt „gekristalliseerd": dit betekent in wezen dat, overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 99/63, de Commissie, tenzij zij een nieuwe mededeling van punten van bezwaar doet uitgaan, in haar beschikking slechts die punten in aanmerking mag nemen waarover de onderneming in de gelegenheid is geweest haar standpunt kenbaar te maken, terwijl het anderzijds de Commissie

niet verhindert punten van bezwaar te laten vallen en daarmee haar standpunt in het voordeel van de onderneming te wijzigen.

19 Een mededeling van punten van bezwaar brengt voor de betrokken onderneming niet de verplichting mee haar handelspraktijken te wijzigen of in heroverweging te nemen, en ontneemt haar ook niet de bescherming tegen boetes, die zij voordien genoot, zoals dit het geval is bij de mededeling bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, waarbij de Commissie een onderneming in kennis stelt van het resultaat van het voorlopig onderzoek van een door de onderneming aangemelde overeenkomst. Zo een mededeling van punten van bezwaar tot gevolg kan hebben dat het de onderneming duidelijk wordt dat zij een reëel risico loopt door de Commissie te worden beboet, dan is dit een eenvoudige feitelijke consequentie en niet een rechtsgevolg dat de mededeling van punten van bezwaar beoogt teweeg te brengen.

20 Een beroep tot nietigverklaring, gericht tegen de inleiding van een procedure en tegen een mededeling van punten van bezwaar, zou het Hof kunnen nopen tot een beoordeling van vragen waarover de Commissie nog geen gelegenheid heeft gehad zich uit te spreken; daarmee zou worden vooruitgelopen op de discussie ten gronde en zouden de verschillende fasen van de administratieve en gerechtelijke procedure door elkaar gaan lopen. Een dergelijk beroep zou onverenigbaar zijn met het stelsel van bevoegdheidsverdeling tussen de Commissie en het Hof en het stelsel van rechtsmiddelen van het Verdrag, alsook met de vereisten van een goede procesgang en een regelmatig verloop van de administratieve procedure voor de Commissie.

21 Uit het voorgaande volgt dat noch de inleiding van een procedure noch de mededeling van punten van bezwaar naar haar aard en rechtsgevolgen is te beschouwen als een beschikking in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag, waartegen beroep tot nietigverklaring openstaat. In het kader van de administratieve procedure, zoals deze door de verordeningen nrs. 17 en 99/63 is geregeld, zijn het proceduremaatregelen ter voorbereiding van de beschikking waarmee de procedure wordt afgesloten.

22 Tot staving van haar betoog dat het beroep ontvankelijk is, wijst IBM nog op de bijzondere omstandigheden van de zaak en op de aard en implicaties van

de door haar ten gronde aangevoerde middelen; naar haar mening moet in casu een beroep in rechte in een vroeg stadium openstaan, zowel op grond van de volkenrechtelijke beginselen terzake als op grond van algemene, aan het recht der Lid-Staten ontleende beginselen. Het onderhavige beroep dient immers om aan te tonen, aldus IBM, dat de administratieve procedure volgens communautaire en volkenrechtelijke regels, met name betreffende de bevoegdheid om dergelijke procedures in te leiden, vanaf het begin volstrekt onwettig was. Voortzetting van deze procedure zou hoe dan ook onwettig zijn en de mogelijkheid later nietigverklaring van de eindbeschikking te verkrijgen, zou niet volstaan om IBM een doeltreffende rechtsbescherming te waarborgen.

23 In de onderhavige zaak behoeft niet te worden beslist op een beroep in rechte in een vroeg stadium, gelijk IBM meent, in bijzondere omstandigheden, waarin de betrokken maatregelen zelfs de schijn van wettigheid missen, kan worden geacht verenigbaar te zijn met het door het Verdrag ingevoerde stelsel van rechtsmiddelen; de omstandigheden die in casu door verzoeker zijn gesteld, kunnen immers de ontvankelijkheid van het beroep in geen geval rechtvaardigen.

24 Om IBM doeltreffende rechtsbescherming te verzekeren, is het bovendien in het onderhavige geval niet noodzakelijk reeds thans beroep tegen de bestreden handelingen toe te laten. Zo de Commissie aan het einde van de administratieve procedure en na onderzoek van de opmerkingen die IBM daarin zal kunnen maken, een beschikking zou geven die de belangen van IBM aantast, dan zal die beschikking krachtens artikel 173 EEG-Verdrag in rechte kunnen worden betwist, waarbij IBM alle passende middelen zal kunnen aanvoeren. Het Hof zal dan hebben te beoordelen of er in de loop van de administratieve procedure iets onwettigs is voorgevallen en of dat gevolgen heeft voor de wettigheid van de beschikking die de Commissie aan het einde van de administratieve procedure heeft gegeven.

25 Het beroep moet mitsdien niet ontvankelijk worden verklaard.

Kosten

26 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor

zover zulks is gevorderd. Aangezien IBM in het ongelijk is gesteld, moet zij worden verwezen in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënte Memorex NV. Behalve de kosten op de zaak ten principale gevallen, dienen bij deze kostenbeslissing mede te worden betrokken de kosten veroorzaakt door IBM's verzoek om voorlopige maatregelen, waaromtrent de beslissing bij 's Hofs beschikking van 7 juli 1981 is aangehouden, alsmede de kosten veroorzaakt door IBM's verzoek de mededeling te gelasten van bepaalde gegevens en documenten betreffende de inleiding van de procedure door de Commissie, welk verzoek door de verwerping van het beroep ten principale zijn belang heeft verloren.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verklaart het beroep niet ontvankelijk.**

2. **Verwijst verzoekster in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënte Memorex NV, en die welke zijn veroorzaakt door haar verzoeken om voorlopige maatregelen en om mededeling van bepaalde gegevens en documenten betreffende de inleiding van de procedure door de Commissie.**

Mertens de Wilmars Bosco Touffait

Mackenzie Stuart Koopmans Everling Grévisse

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 11 november 1981.

De griffier

A. Van Houtte

De president

J. Mertens de Wilmars