FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN FREMSAT DEN 30. SEPTEMBER 1981 [1]

Høje Domstol.

Ved skrivelse af 19. december 1980 meddelte Kommissionens generaldirektør for konkurrence International Business Machines Corporation, Armonk, New York, (herefter benævnt »IBM«), at Kommissionen den 10. december 1980 havde indledt en procedure mod selskabet i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81). I skrivelsen meddeltes det, at Kommissionen ud fra oplysninger fremkommet under dens egne undersøgelser og klager fra fem selskaber, herunder Memorex SA (herefter benævnt »Memorex«), på det foreliggende grundlag måtte konkludere, at IBM indtog en dominerende stilling med hensyn til visse produkter, der blev afsat på fællesmarkedet eller på en væsentlig del heraf, samt at dele af selskabets markedsføring udgjorde misbrug af denne dominerende stilling i den i EØF-traktatens artikel 86 anvendte betydning. Videre meddeltes det, at Kommissionen følgelig overvejede at vedtage en beslutning om, at der forelå en overtrædelse af artikel 86 og om, at overtrædelsen skulle bringes til ophør. Kommissionen ville endvidere overveje at pålægge IBM en bøde for de konstaterede overtrædelser samt tvangsbøder. Skrivelsen fortsatte derefter som følger:

»Kommissionen hører imidlertid gerne Deres bemærkninger til sagen, inden der træffes beslutning i denne. Under henvisning til artikel 19, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17/62 og bestemmelserne i Rådets forordning nr. 99/63 (EFT 1963-1964, s. 42) skal Kommissionen derfor herved opfordre Dem til skriftligt eller mundtligt at fremsætte Deres bemærkninger til de fremførte klagepunkter.« [2]

IBM fik af Kommissionen frist til den 30. april 1981 til at fremsætte en udtalelse. Med skrivelsen fulgte en meddelelse om klagepunkter som omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 99/63. Med bilag omfattede meddelelsen 1 150 sider.

Det er på sagens nuværende stadium næppe nødvendigt at gengive indholdet af Kommissionens klagepunkter i detaljer. Det må være tilstrækkeligt at nævne, at IBM er en betydningsfuld producent af edb-udstyr, herunder af centrale enheder til datamater og tilhørende programmel, og at Kommissionens klagepunkter går ud på, at IBM i fire henseender optræder på en måde, som findes at udgøre et misbrug af en dominerende stilling. De første to former for misbrug angives at bestå i, at IBM følger den praksis sammen med visse serier edb-systemer at levere programmel benævnt »Systems Control Programming« eller en fast centrallagerkapacitet, hvilket (ifølge Kommissionen) medfører, at konkurrenterne udelukkes fra en væsentlig del af

1 — Oversat fra engelsk.

2 — O.a.: Domstolens oversættelse.

markedet for IBM-kompatibelt programmel eller centrallagre. Den tredje form for misbrug angives at bestå i, at IBM følger den praksis ikke at give konkurrenterne oplysning om ændringer i de grænseflader (interfaces), der indgår i den eksisterende opbygning af IBM's edb-systemer før der sker levering af disse, hvilket skader producenter af IBM-kompatibelt udstyr. Den fjerde angives at bestå i, at IBM følger den praksis at nægte at yde en service, der er kendt som »Installation Productivity Option« til brugere af centrale enheder, der er kompatible med IBM-anlæg, men fremstillet af andre producenter.

Efter modtagelsen af denne skrivelse og meddelelsen om klagepunkter anmodede IBM om nærmere oplysninger vedrørende de retsakter, der gav bemyndigelse til indledningen af proceduren og fremsendelsen af meddelelsen om klagepunkter. IBM's advokater oplyste senere, at en af grundene til, at de begærede disse oplysninger, var, at det ønskedes oplyst, i hvilken udstrækning de, der havde udstedt retsakterne, havde taget hensyn til Kommissionens folkeretlige forpligtelser. I sit svar herpå anførte Kommissionen, at både indledningen af proceduren og bemyndigelsen til at fremsende en meddelelse om klagepunkter i sager vedrørende EØF-traktatens artikler 85 og 86 er interne beslutninger, som træffes af Kommissionen som kollegium eller af det kommissionsmedlem, der er ansvarlig for konkurrencepolitikken, i henhold til delegation fra Kommissionen. Videre anførtes det, at »skønt indledning af procedurer og godkendelse af meddelelser om klagepunkter kan være genstand for to interne beslutninger, som træffes på forskellige tidspunkter, betragtes de for forenklingens skyld i størst mulig udstrækning som en enhed. Interne Kommissionsbeslutninger er ikke 'beslutninger' i den i EØF-traktatens artikel 189 omhandlede forstand og meddeles ikke udenforstående«. [1]

I skrivelse af 20. februar 1981 til Kommissionen fra IBM's advokater henviste disse til, hvad de betegnede som »mangler« ved meddelelsen om klagepunkter — »så væsentlige, at meddelelsen om klagepunkter og indledningen af proceduren må betragtes som ugyldig«. [1] Navnlig gjorde de indsigelse mod en passus i meddelelsen om klagepunkter, hvori Kommissionen forbeholdt sig ret til at fremføre yderligere klagepunkter angående forhold, der beroede på de i dokumentet oplyste faktiske omstændigheder. De gjorde endvidere gældende, at affattelsen af meddelelsen om klagepunkter var så uklar og usammenhængende, at en yderst detaljeret uddybning var nødvendig, før man kunne kræve, at IBM skulle fremføre sit forsvar. De anmodede Kommissionen om at tilbagekalde meddelelsen om klagepunkterne og om at indstille, hvad de betegnede som »den foreliggende procedure«, subsidiært om at supplere og forbedre de i meddelelsen om klagepunkter indeholdte oplysninger som svar på en lang række generelle og specielle spørgsmål, der fyldte mere end 100 sider.

IBM havde endnu ikke modtaget svar på sin henvendelse, da selskabet anlagde denne sag. Den 13. april 1981 besvarede Kommissionen imidlertid skrivelsen af 20. februar 1981, idet den afslog at tilbagekalde meddelelsen om klagepunkter eller beslutningen om at indlede

1 — O.a.: Domstolens oversættelse.

en procedure mod IBM, og idet den besvarede de anmodninger om yderligere oplysninger, som Kommissionen anså for nødvendige for IBM's besvarelse af meddelelsen om klagepunkter. Kommissionen tilføjede følgende: »Såfremt nogen af Deres anmodninger om yderligere oplysninger eller uddybning ikke hermed er imødekommet, og De fortsat anser vedkommende oplysning eller uddybning for nødvendig for Deres klient, bedes De venligst skriftligt meddele, hvilken eller hvilke anmodninger de fortsat måtte ønske imødekommet, samt grundene til, at det anses for nødvendigt«. IBM's advokater benyttede sig af denne opfordring. De anmodede desuden om en betydelig forlængelse af fristen til at fremsætte bemærkninger til meddelelsen om klagepunkter. Kommissionen indrømmede flere fristforlængelser, som dog var kortere, end IBM havde anmodet om.

Under denne sag, som IBM den 18. marts 1981 har anlagt i medfør af EØF-traktatens artikel 173, har selskabet nedlagt påstand om annullation af den eller de retsakter fra Kommissionen, hvorved der indledtes en procedure mod IBM i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17/62, og hvorved en meddelelse om klagepunkter blev rettet til og/eller meddelt selskabet, samt annullation af selve meddelelsen om klagepunkter, for så vidt denne i sig selv udgør en af Kommissionen udstedt retsakt.

Disse påstande støttes på tre anbringender. For det første gøres det gældende, at Kommissionen ikke har opfyldt de for en meddelelse om klagepunkter gældende mindstekrav, navnlig ved ikke i fuld udstrækning at angive de klagepunkter, som den påtænker at behandle i sin beslutning, og ved ikke med tilstrækkelig klarhed at angive de vigtigste faktiske omstændigheder og retlige anbringender i forbindelse med den påtænkte beslutning, hvortil kommer, at den har fastsat en for kort frist for IBM's adgang til at fremsætte bemærkninger til meddelelsen. Det andet anbringende går ud på, at der foreligger en retsstridig udøvelse af Kommissionens beføjelser, i det omfang de omhandlede akter blev godkendt eller besluttet af andre end den samlede Kommission. Det tredje anbringende går ud på, at Kommissionen har undladt at tage tilbørligt hensyn til folkerettens regler om comitas gentium, som finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, navnlig derved at de af Kommissionen fremførte klagepunkter mod IBM hovedsagelig vedrører handlinger eller undladelser, der hævdes at være foretaget eller forekommet uden for Fællesskabet, specielt i USA, hvor IBM's virksomhed er blevet behandlet ved en række domstole, som — i de tilfælde, hvor sagen kom til afgørelse — i det store og hele har givet IBM medhold.

Som svar på sagsøgerens stævning har Kommissionen påstået sagen afvist under anbringende af, at de omtvistede akter ikke er »beslutninger« i EØF-traktatens artikel 173, stk. 2's forstand.

På det nuværende stadium angår sagen udelukkende spørgsmålet, om der er grundlag for Kommissionens afvisningspåstand. Den angår ikke holdbarheden af de anbringender, hvormed IBM har anfægtet de omstridte akter. Den angår heller ikke den begæring, som IBM samtidig med hovedsagens stævning har indgivet om, at det ved kendelse pålægges Kommissionen at oplyse nærmere enkeltheder om de omtvistede akter. Den berører heller ikke den parallelle sag, som er anlagt den 20. juni 1981 i medfør af EØF-traktatens artikler 173,

175, 178 og 215, og som er optaget i Domstolens register under nr. 190/81.

I medfør af procesreglementets artikel 93, stk. 3, har Memorex opnået Domstolens tilladelse til at indtræde i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved kendelse af 7. juli 1981 afslog Domstolens præsident at tage en den 28. maj 1981 indgivet begæring om foreløbige forholdsregler til følge.

Parternes argumentation i de skriftlige og mundlige indlæg har omfattet såvel generelle principper som den præcise ordlyd af traktaten og forordningerne. IBM har gjort gældende, at det ikke for alvor kan hævdes, at Domstolen skulle savne kompetence til straks at træffe afgørelse om retsakter, som er udstedt af Kommissionen eller dens embedsmænd, og som klart kan påvises at være retsstridige. Det er urimeligt at lade en mangelfuld retsakt eller procedure (»anskudt vildt«) halte afsted til den bitre ende, når dette alligevel er forgæves. Kommissionen har gjort gældende, at det på sin side ville være lige så uantageligt, hvis led i den administrative sagsbehandling straks kunne indbringes for Domstolen.

Ud fra en generel betragtning er der efter min mening meget, der taler for IBM's synspunkt, at Domstolen bør have mulighed for at øve kontrol med institutionerne og deres tjenestemænd på ethvert trin af sagsbehandlingen, når det klart dokumenteres, at retsakter eller handlinger har været retsstridige. Det tjener intet formål, at en retsstridig procedure fortsættes og påfører både Fællesskabet og de af proceduren berørte parter store omkostninger. I modsætning til Kommissionens opfattelse vil en sådan kontrolbeføjelse efter min mening ikke gribe ind i forvaltningen. Den er snarere en støtte og en garanti for korrekt forvaltning.

Den foreliggende sag drejer sig imidlertid om noget andet, nemlig udelukkende om, hvorvidt de af Kommissionen udstedte »retsakter«, hvorved proceduren mod sagsøgeren indledtes, og der rettedes en meddelelse om klagepunkter til denne, henholdsvis selve meddelelsen om klagepunkter, udgør en til IBM rettet »beslutning« i den i traktatens artikel 173 omhandlede forstand. Der skal således ikke tages stilling til andre artikler i traktaten eller andre spørgsmål om Domstolens kompetence.

Jeg kan ikke tilslutte mig Kommissionens generelle argumentation støttet på, at der ikke tidligere har været rejst sag af denne art, eller advarslen om, at der, hvis IBM får medhold i, at de anfægtede akter er »beslutninger«, er »åbnet for sluserne«, og enhver af Kommissionens administrative handlinger kan anfægtes for Domstolen. Uanset hvorledes begrebet »beslutning« i artikel 173 skal fortolkes, er der næppe tvivl om, at mange led og handlinger i procedurer i medfør af forordningerne nr. 17 og 99 overhovedet ikke kan betragtes som beslutninger. Jeg kan heller ikke tiltræde Memorex' anbringende om, at det foreliggende søgsmål mere eller mindre skulle udgøre en form for unødig trætte. På baggrund af forordningerne og hidtidig retspraksis er sagsøgeren i sin gode ret til — uanset sagens udfald — at rejse det forelagte spørgsmål.

EØF-traktatens artikel 173, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

»Domstolen prøver lovligheden af Rådets og Kommissionens retsakter, dog

ikke af henstillinger og udtalelser. I denne henseende har den kompetence til at udtale sig om klager, der af en Medlemsstat, af Rådet eller af Kommissionen indbringes under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af denne Traktat eller af retsregler vedrørende dens gennemførelse, samt af magtfordrejning.

Enhver fysisk eller juridisk person kan på samme grundlag indbringe klage over beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt.«

Domstolen har flere gange tidligere taget stilling til fortolkningen af ordet »beslutning« i andre forbindelser. Den har konsekvent undgået at tillægge ordet den vide betydning, det har i daglig tale. Den har altid lagt til grund, at handlingernes egentlige indhold, snarere end den anvendte betegnelse, er hovedsagen, samtidig med at den har angivet de faktorer, som kan være nødvendige eller tilstrækkelige til, at der er truffet en »beslutning« i traktatens forstand. Således udtalte Domstolen eksempelvis i de forenede sager 1 og 14/57, *Usines à Tubes de la Sarre* mod *Den Høje Myndighed,* Sml. 1954-1964, s. 51, at en retsakt fra Den Høje Myndighed er en beslutning, »når den opstiller en regel, som kan anvendes, dvs. når Den Høje Myndighed [gennem den nævnte akt] entydigt fastlægger den holdning, som den beslutter fremover at ville indtage i tilfælde, hvor visse betingelser er opfyldt«. [1]

I de forenede sager 23, 24 og 52/63 *Usines Henricot* mod *Den Høje Myndighed,* Sml. 1964-1964, s. 437, udtaltes det, at

»En beslutning skal fremstå som en kollegial retsakt fra Den Høje Myndighed, der skal fremkalde retsvirkninger, skal være afslutningen på Den Høje Myndigheds interne behandling, hvorved denne træffer endelig afgørelse, og skal fremstå i en form, som gør det muligt at identificere den pågældende retsakt som en beslutning.« [2]

I sag 54/65, *Forges de Châtillon* mod *Den Høje Myndighed,* Sml. 1965-1968, s. 197, [3] udtalte Domstolen, at en beslutning skal fremstå som en retsakt fra den kompetente myndighed, den skal have til formål at fremkalde retsvirkninger, og den skal være afslutningen på en sagsbehandling i den pågældende myndighed, hvorved denne træffer sin endelige afgørelse i en form, som viser retsaktens karakter.

I sag 22/70, *Kommissionen* mod *Rådet,* Sml. 1971, s. 41, udtaltes det, at en foranstaltning for at kunne udgøre en beslutning skal have retsvirkninger.

I disse, som i mange andre sager, hvor spørgsmålet har foreligget, skal ordvalget fortolkes i sammenhæng med den i sagen foreliggende foranstaltning. Den særlige formulering, der er anvendt i én sammenhæng, skal ikke nødvendigvis anvendes slavisk i en anden. Som generaladvokat Roemer rigtigt fremhævede i de forenede sager 8-11/66, *Cimenteries* mod *Kommissionen,* Sml. 1965-1968,

1 — O.a.: Her citeret fra sammendraget i Sml. 1954-1964, s. 52; org.ref. Recueil 1957, s. 222.

2 — O.a.: Her citeret fra sammendraget i Sml. 1954-1964, s. 438; org.ref. Recueil 1963, s. 455.

3 — O.a.: Jf. Sml. 1954-1964, s. 437; orf.ref. Recueil 1966, s. 280.

s. 337, er det ikke tilstrækkeligt blot at se på, om der foreligger retsvirkninger, idet

»man ... ikke lader enhver form for retsvirkning være tilstrækkelig ... men indskrænkende stiller som betingelse, at retsvirkningerne er egnede til at berøre væsentlige interesser« [s. 351].

Desuden bør der ikke lægges for stor vægt på, om det pågældende skridt var afslutningen på en administrativ procedure:

»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« (A.st. s. 352).

Idet de anførte faktorer således snarere skal betragtes som retningsgivende end som ufravigelige retsforskrifter, er det således det egentlige indhold af de pågældende handlinger, der er det afgørende.

Den første retsakt, som anfægtes under denne sag, er den akt, hvorved der indledtes en procedure i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17. Den anfægtede »meddelelse om klagepunkter« er en meddelelse, som omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 99.

Det anerkendes i præamblen til forordning nr. 17, *at* virksomhederne kan have interesse i at få at vide, om aftaler, som de deltager i, kan give Kommissionen anledning til indskriden i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86, *at* Kommissionen må have beføjelse til at kræve de oplysninger og foretage sådanne kontrolundersøgelser, som er nødvendige for at finde frem til forbudte aftaler, samordnet praksis og misbrug af en dominerende stilling, og *at* virksomhederne samtidig bør sikres ret til at fremsætte udtalelser over for Kommissionen.

Bestemmelserne angiver intet særligt skridt, der skal udgøre »indledningen af en procedure«. Artikel 9, stk. 3, udtaler blot, at

»Så længe Kommissionen ikke har indledt nogen procedure i medfør af artiklerne 2, 3 eller 6, forbliver medlemsstaternes myndigheder kompetente til ... at bringe bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 i anvendelse ...«.

I det foreliggende tilfælde henvises der i Kommissionens skrivelse af 19. december 1980 til, at Kommissionen den 10. december 1980 »indledte en procedure i medfør af artikel 3«. Artikel 3, stk. 1, bestemmer følgende:

»Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse ... kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder ... at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.«

Artikel 19 bestemmer imidlertid, at:

»Forinden der træffes beslutning i henhold til ... [artikel 3] ..., skal Kommissionen give de deltagende virksomheder ... lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter.«

Artikel 2 i forordning nr. 99/63 pålægger Kommissionen at give virksomhederne skriftlig meddelelse om de klagepunkter imod dem, som tages i betragtning. Meddelelsen skal angive en frist, inden for hvilken modtageren skal have lejlighed til at fremkomme med en udtalelse, og bøder kan kun pålægges, hvis meddelelse om klagepunkterne er blevet givet i den i artikel 2, stk. 1, foreskrevne form. Artikel 4 bestemmer følgende:

»Kommissionen kan i sine beslutninger mod virksomheder ... kun tage sådanne

klagepunkter i betragtning, om hvilke disse har haft lejlighed til at udtale sig.«

IBM har — samtidig med at selskabet har bestridt, at Domstolen skulle være bundet af de af Kommissionen opstillede betingelser (dvs. for det første, at en akt skal være definitiv og endelig, for det andet, at den skal udgøre afslutningen på en procedure eller et særskilt og klart defineret led i en sådan, samt for det tredje, at en akt skal have retsvirkninger for virksomhederne) — gjort gældende, at betingelserne ikke er opfyldt i den foreliggende sag.

Det er blevet anført, at indledningen af en procedure og/eller fremsendelsen af en meddelelse er afslutningen på sagens undersøgelsesstadium: disse akter udtrykker det endelige og definitive standpunkt, der indtages af Kommissionen, som i sin skrivelse angiver de »konklusioner« og hensigter, som undersøgelsen giver anledning til. Meddelelsen om klagepunkter kan først fremsendes ved afslutningen af en undersøgelse og udgør »den retsakt, hvormed Kommissionen fastlægger sit standpunkt« eller »l'acte fixant la position de la Commission« (sag 38/69, *I.C.I.* mod *Kommissionen,* Sml. 1972, s. 151, på s. 156, og Recueil 1972 på s. 652, samt sag 54/69, *Francolor* mod *Kommissionen,* Sml. 1972, s. 233 [sammendragets pkt. 1] og Recueil 1972 på s. 872). Endvidere danner meddelelsen skillelinje mellem den »interne« og den »eksterne« procedure.

På sin vis forekommer det mig kunstigt at sondre mellem procedurens »undersøgelses«-stadium og det såkaldte »formelle« stadium. Det hele udgør én procedure, der indledes med undersøgelser, efter at man har dannet sig en foreløbig opfattelse på grundlag af foreliggende oplysninger — senere udkrystalliseret i meddelelsen om klagepunkter, der på sin side igen fører til en endelig beslutning om, hvorvidt der er sket en overtrædelse. Under denne synsvinkel indledes proceduren i virkeligheden på et langt tidligere tidspunkt end beslutningen om at fremsende en meddelelse om klagepunkter, og den fører skridt for skridt frem til den endelige beslutning. Efter dette synspunkt foreligger der ikke en egentlig afslutning ved fremsendelsen af den formelle meddelelse.

I sag 48/72, *Brasserie de Haecht* mod *Wilkin-Janssen,* Sml. 1973, s. 77 (på s. 88), fortolkes artikel 9's henvisning til indledningen af en procedure som klart omfattende »en myndighedsakt fra Kommissionen, hvorved denne tilkendegiver sin vilje til at nå frem til en afgørelse i henhold til« bl.a. artikel 13 i forordning nr. 17. Hvis dette er rigtigt, så er den »konklusion«, at den i forordningen omhandlede procedure bør iværksættes, og at der bør fremsendes en meddelelse om klagepunkter, efter min opfattelse snarere at betragte som indledningen af et led i proceduren end afslutningen på et led.

Selv om jeg kan tiltræde, at indholdet af meddelelsen om klagepunkter indebærer visse begrænsninger for Kommissionen, mener jeg endvidere ikke, at den kan betragtes som »endelig« eller definitiv i den i de førnævnte domme anvendte betydning.

Det er rigtigt, at både skrivelsen af 19. december 1980 og meddelelsen om klagepunkter indeholder konklusioner vedrørende overtrædelsen, men formålet hermed er, at der »inden afgørelse

træffes, skal gives de implicerede lejlighed til at udtale sig om de klagepunkter ..., som Kommissionen mener at burde gøre gældende« (de forenede sager 56 og 58/64, *Consten og Grundig* mod *Kommissionen,* Sml. 1965-1968, s. 245, på s. 250).

Efter min opfattelse giver skrivelsen udtryk for den reelt foreliggende situation, når det hedder, at

»Kommissionen *overvejer* at træffe beslutning om, at der foreligger overtrædelse af artikel 86, og om, at overtrædelserne bringes til ophør. Kommissionen *vil endvidere overveje* at pålægge Deres virksomhed en bøde.« *»Inden der træffes beslutning,* modtager Kommissionen gerne de bemærkninger, som De måtte ønske at fremsætte i sagen«.

Det er indlysende, at der i beslutningen skal tages hensyn til de bemærkninger, der fremsættes, således at de i meddelelsen indeholdte »konklusioner« højst kan være foreløbige.

Tilbage står spørgsmålet, om der foreligger »retsvirkninger, [der er] egnede til at berøre [1] væsentlige interesser«. Det er oplagt, at både indledningen af proceduren og fremsendelsen af meddelelsen om klagepunkter afføder en række rent faktiske virkninger og på sin vis retsvirkninger. IBM har opregnet 13 sådanne virkninger i sit skriftlige indlæg vedrørende Kommissionens afvisningspåstand. I det omfang virkningerne vedrører de skridt, som IBM er tvunget til eller kan beslutte at tage i forbindelse med proceduren, såsom en nødvendig stillingtagen til klagepunkterne eller risikoen for en ugunstig beslutning, foreligger der — hvor bekostelig udfærdigelsen af udtalelsen end måtte være — efter min mening ikke retsvirkninger, der er egnede til at gøre indgreb i væsentlige interesser i den i de førnævnte domme anvendte betydning. Heller ikke det forhold, at meddelelsen om klagepunkterne sætter en grænse for Kommissionens senere beslutning, kan anses for at udgøre en sådan virkning. Det er korrekt, at meddelelsen om klagepunkter er et væsentligt forberedende skridt i forbindelse med pålæggelse af en bøde. I sig selv pålægger den imidlertid ikke bøden. Den eneste virkning, der nævnes i selve forordning nr. 17, er bortfaldet af medlemsstaternes beføjelse til at anvende traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86. Denne retsvirkning, der så vidt jeg kan se, skyldes ønsket om at undgå sideløbende sager hos henholdsvis Kommissionen og de nationale myndigheder, kan — i hvert fald under normale forhold — ikke betegnes som en virkning, der gør indgreb i virksomhedernes interesser, eftersom den, om end foreløbigt, fritager dem fra risikoen for én form for retsforfølgning. Der er ikke i sagen oplyst særlige omstændigheder, hvorefter der skulle foreligge bestemte indgreb på grund af bortfaldet af medlemsstaternes kompetence, hvilket IBM har fremført som en teoretisk mulighed. Jeg undervurderer ikke de af IBM omtalte praktiske virkninger for virksomhedens drift, som kan fremkomme ved fremsendelsen af en meddelelse om klagepunkter, navnlig i en situation, hvor der stadig verserer retssager i andre lande, men der er efter min opfattelse ikke tale om sådanne retsvirkninger, som Domstolen, så vidt jeg kan se, har haft i tankerne ved tidligere lejligheder.

Den afbrydelse af forældelsen, som indtræder ved indledningen af en procedure, jf. artikel 2, stk. 1, litra c), [»påbegyndelsen af en sag«] i Rådets forordning nr. 2988/74 af 26. november 1974 (EFT L 319, 1974, s. 1), må betegnes som en retsvirkning og uden tvivl som en væsentlig retsvirkning. Skønt jeg oprin-

1 — O.a.: Citatet lyder på engelsk: *»adversely* affecting«, egl. »ugunstigt at berøre ...«; i det følgende benyttes dog oversættelsen: »gøre indgreb i ...«.

delig har næret en vis tvivl, er jeg imidlertid overbevist om, at denne bestemmelse, som tydeligvis er blevet indført for at hindre, at en undersøgelse kuldkastes på grund af tidsfaktoren, må betragtes som et led i proceduren, der ikke kan anses for at høre til de relevante retsvirkninger, således som Domstolen hidtil har defineret disse.

IBM har navnlig påberåbt sig, at der foreligger analogi mellem artikel 6 i forordning nr. 99 og førnævnte forordnings artikel 2, og har særligt henvist til generaladvokat Capotorti's udtalelser i sag 125/78, *GEMA* mod *Kommissionen,* Sml. 1979, s. 3173, på s. 3200. Det bestemmes i artikel 6, at Kommissionen, hvis den er af den opfattelse, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at tage en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17, til følge,

»... underretter ... ansøgerne om begrundelsen herfor og fastsætter en frist, inden for hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger«.

Det er blevet gjort gældende, at generaladvokat Capotorti har givet udtryk for, at en meddelelse i henhold til artikel 6 inden for fristerne kan indbringes for Domstolen i medfør af traktatens artikel 173.

Her er det imidlertid vigtigt at pege på, at den pågældende sag blev anlagt i medfør af traktatens artikel 175, og at den angik spørgsmålet, om der forelå en undladelse af at udstede en retsakt, der ikke var en henstilling eller en udtalelse.

Det er rigtigt, at generaladvokat Capotorti i sin almindelige gennemgang af forholdet mellem artikel 173 og artikel 175 erklærede sig enig i, at en person, der direkte berøres af en af Kommissionen truffet beslutning, har mulighed for at anfægte denne ved hjælp af et søgsmål i henhold til artikel 173, selv om beslutningen ikke er rettet til ham. Capotorti betragtede Kommissionens skrivelse, der indeholdt begrundelsen i henhold til artikel 6, som »en stiltiende beslutning om henlæggelse af den ... indledte procedure« og anførte, at sagsøgeren kunne have påstået annullation af beslutningen i henhold til de retningslinjer, der er fastlagt i dommen i sag 26/76, *Metro* mod *Kommissionen,* Sml. 1977, s. 1875. På den anden side fremgår det også klart, at han ikke betragtede den i artikel 6 i forordning nr. 99 foreskrevne underretning som en »beslutning«, selv om den indirekte angav, at Kommissionen havde tilendebragt sin vurdering af de af klageren meddelte oplysninger og af de oplysninger, som var indsamlet under dens undersøgelse, og selv om fremsendelsen af en underretning kan være en af Kommissionen vedtaget retsakt, »der har retlig betydning for adressaterne« (jf. Sml. s. 3196). Dette standpunkt synes at være sammenfaldende med generaladvokat Roemers i den før omtalte sag: *Cimenteries* mod *Kommissionen.*

Generaladvokat Capotorti's udtalelser med hensyn til, hvad der kan anfægtes i henhold til artikel 173, skal derfor fortolkes ud fra Metro-dommen. I Metro-dommen blev det så vidt ses antaget, at der forelå en »beslutning« om at indstille proceduren. Sagen drejede sig om, hvorvidt sagsøgerne — hvis begæring om, at der i medfør af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 blev truffet afgørelse om, at Saba's distributionssystem var i strid med traktatens artikler 85 og 86, ikke blev taget til følge — kunne gøre gældende, at beslutningen om at indstille proceduren berørte Metro umiddelbart og individuelt.

Domstolen udtalte, at »af hensynet såvel til retssikkerheden som til en korrekt

anvendelse af artiklerne 85 og 86 følger, at de fysiske eller juridiske personer, som i medfør af artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 er beføjede til at fremsætte en begæring til Kommissionen om konstatering af en overtrædelse af de nævnte artikler 85 og 86, skal gives en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser, såfremt deres begæring helt eller delvis ikke tages til følge«. Følgelig måtte sagsøgeren anses for »umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede beslutning«.

I GEMA-dommens præmis 17 behandler Domstolen tilsyneladende underretningen i henhold til artikel 6 som en »meddelelse« og ikke som en beslutning. I det følgende forudsatte Domstolen — uden udtrykkeligt at tage stilling til spørgsmålet —, at underretningen var en beslutning, og den fastslog, at det ikke var berettiget at kræve, at Kommissionen traf »en endelig beslutning« om, hvorvidt der forelå en overtrædelse af artiklerne 85 og 86.

For så vidt angår afgivelsen af underretning i medfør af artiklerne 6 og 2, mener jeg, at generaladvokat Capotorti's opfattelse taler mod IBM's standpunkt, idet Capotorti klart behandler underretningen, som om der ikke er tale om en beslutning. For så vidt underretningen i medfør af artikel 6 måtte efterfølge, »indebære« eller være udtryk for en »beslutning«, finder jeg imidlertid ikke de to situationer analoge. Medmindre der fremsættes yderligere bemærkninger i medfør af artikel 6, eller medmindre Kommissionen genoptager undersøgelsen, enten på grundlag af sådanne bemærkninger eller af andre årsager, er sagen afsluttet. Der er ingen senere led eller beslutninger, som klageren kan anfægte. I denne forstand er beslutningen endelig. I artikel 2 følger derimod yderligere led: der skal træffes yderligere en beslutning i den ene eller den anden retning. Jeg mener derfor ikke, at generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse samt dommen i Metro-sagen afgør det spørgsmål, der her foreligger. Det samme kan siges om generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i de forenede sager 109 og 114/75, *N.C.C.* mod *Kommissionen,* Sml. 1977, s. 381, som IBM ligeledes har påberåbt sig.

Det samme gælder — med de fornødne tillempelser — bestemmelserne i artikel 11 i forordning nr. 17. Om end det ved første øjekast kan forekomme mærkværdigt, at en formel begæring om oplysninger udgør en beslutning, som kan anfægtes, når det samme ikke gælder en beslutning om at indlede proceduren og fremsende en meddelelse om klagepunkter, må sondringen formentlig skyldes den omstændighed, at der er hjemmel for umiddelbart at pålægge en bøde i medfør af artikel 15, stk. 1, litra b), eller artikel 16, hvis oplysningerne ikke afgives.

IBM har også påberåbt sig, hvad selskabet beskriver som en slående lighed mellem en meddelelse om klagepunkter i medfør af artikel 2 og en meddelelse i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, som ifølge dommen i den førnævnte sag *Cimenteries* mod *Kommissionen* er »en beslutning« i artikel 189's forstand, som kan anfægtes i henhold til artikel 173. Artikel 15, stk. 6, ophæver den fritagelse for det i artiklen hjemlede bødeansvar, som gælder for tiden efter anmeldelsen »af aftalen«, »så snart Kommissionen har meddelt de pågældende virksomheder, at den efter en

foreløbig undersøgelse er af den opfattelse, at betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, er til stede, og at der ikke findes grundlag for anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 3«. Det er blevet gjort gældende, at både en meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6, og en meddelelse i henhold til artikel 2 udsætter adressaten for at få en bøde, men ikke for mere, og at begge former for meddelelse gør indgreb i væsentlige interesser for modtageren og er lige bindende for denne. Forud for hver meddelelse er der foretaget en vurdering af Kommissionen, og meddelelsen skal indeholde en begrundelse for den konklusion, der er draget. Begge meddelelser er klare skillelinjer i proceduren og bevirker, at adressaten tvinges til at beslutte enten at ændre sin adfærd eller at risikere en bøde.

I sin dom lagde Domstolen til grund, at den pågældende forholdsregel »ved at udsætte [virksomhederne] for bøderisiko« fratog dem fordelen ved den retsstilling, artikel 15, stk. 5, knyttede til aftalens anmeldelse, og udsatte dem for en alvorlig økonomisk risiko. »Den nævnte forholdsregel har således gjort indgreb i virksomhedernes interesser ved på væsentlig måde at ændre deres retsstilling. Den anfægtede retsakt, hvormed Kommissionen utvetydigt har truffet en forholdsregel, hvis retsvirkninger gør indgreb i de berørte virksomheders interesser ... [er ... en beslutning;] ... uanset dens foreløbige karakter udgør Kommissionens her omhandlede retsakt afslutningen på en procedure, som er forskellig fra den procedure, hvormed der, under iagttagelse af bestemmelserne i artikel 19, træffes endelig afgørelse« (s. 340 og 341).

Generaladvokat Roemer nåede til samme resultat, jf. s. 351 f. Han udtalte således, at meddelelser i medfør af artikel 15, stk. 6, medfører, at der indtræder en ikke hidtil bestående mulighed for at pålægge bøder for anmeldte aftaler, hvorved der indføres et »nyt element i retsforholdet« mellem Kommissionen og virksomheden. Han mente ikke, at denne meddelelse kunne sammenlignes med andre led i sagsbehandlingen inden for konkurrenceretten, »da disse (som [f.eks.] indledningen af den i artikel 9 omhandlede procedure og meddelelsen om 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«.

Jeg er enig i, at der er lighedspunkter mellem meddelelsen i medfør af henholdsvis artikel 2 og artikel 15, stk. 6, som påvist af sagsøgeren. Der er imidlertid også en forskel, som efter min opfattelse er afgørende. En meddelelse i henhold til artikel 15, stk. 6, ophæver øjeblikkeligt fritagelsen og udsætter derved virksomheden for den procedure, hvorunder der kan pålægges en bøde. En meddelelse i henhold til artikel 2 ophæver ikke en sådan fritagelse, selv om den har de førnævnte virkninger. Det kan være en betingelse for beslutningen om at pålægge en bøde, at der er afgivet en sådan meddelelse. Der skal imidlertid stadig træffes en beslutning, og denne kan kun træffes, såfremt det på grundlag af den foreskrevne procedure fastslås, at der foreligger en overtrædelse, og at det bør pålægges virksomheden at bringe overtrædelsen til ophør. Følgelig mener jeg heller ikke her, at den af sagsøgeren påberåbte artikel — nemlig artikel 15,

stk. 6, i forordning nr. 17 — fuldstændigt kan sidestilles med artikel 2.

Jeg kan tilslutte mig, at man, som det er blevet foreslået, bør undersøge reglerne i medlemsstaterne, men jeg kan ikke deri finde stor hjælp for den foreliggende sag. Der er helt åbenlyse forskelle mellem omfanget af prøvelsesadgangen i common law-landene og de øvrige lande, og det fremgår af de fremlagte erklæringer, at for så vidt angår undersøgelse af konkurrencesager er stillingen forskellig i de sidstnævnte lande. For fællesskabsrettens vedkommende hjemler traktaten prøvelsesret, men rettens omfang beror på en fortolkning, in casu udelukkende af artikel 173.

De af IBM påberåbte tjenestemandssager kan efter min mening heller ikke yde vejledning ved bedømmelsen af et søgsmål i medfør af artikel 173.

Hvis der overhovedet ikke havde foreligget præjudikater om spørgsmålet, ville jeg personligt have været mere i tvivl med hensyn til, om ikke disse retsakter skulle anses for at være en »beslutning«, således at Domstolen i medfør af artikel 173 havde adgang til at tage stilling til en sag, hvor det var oplagt, at proceduren var ugyldig lige fra starten, som f.eks. hvis en person, som helt åbenbart ikke havde kompetence hertil, havde udsendt en meddelelse om klagepunkter.

På denne baggrund mener jeg imidlertid at Domstolens praksis er korrekt beskrevet af Dr. Korah i European Law Review 1981 (6), s. 14, på s. 32:

»Et annullationssøgsmål kan kun benyttes over for en endelig foranstaltning, der ændrer borgerens rettigheder, og ikke over for foranstaltninger, der træffes under den procedure, som munder ud i den endelige foranstaltning.«

På det foreliggende grundlag synes det således i dette forslag hverken nødvendigt eller korrekt at tage stilling til, *om* den af IBM fremførte kritik mod meddelelsen om klagepunkter til syvende og sidst kunne begrunde en efterprøvelse fra Domstolens side på sagens nuværende stadium, *om* det af professor Meesen beskrevne princip finder anvendelse på dette tidlige tidspunkt af proceduren — modsat senere, når Kommissionen efter en vurdering af alle sagens fakta og argumenter træffer sin endelige beslutning — *om* Kommissionen er afskåret fra at foretage delegation til sine medlemmer og fra at handle gennem sine tjenestemænd (i modsætning til udenforstående organer, som de påberåbte sager angik) i sin administration af artiklerne 85 og 86, eller *om* maksimen *omnia praesumuntur rite esse acta* [alt må formodes at være foretaget forskriftsmæssigt] ikke kan antages at finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

På grundlag af Domstolens hidtidige praksis mener jeg følgelig, at de anfægtede akter ikke er »beslutninger« i traktatens artikel 173's forstand, og at sagen således må afvises.