CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 30 SEPTEMBER 1981 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Op 19 december 1980 berichtte de directeur-generaal Mededinging aan International Business Machines Corporation, te Armonk, New York (hierna „IBM"), dat de Commissie op 20 december 1980 een procedure tegen IBM had ingeleid krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204). Volgens die brief was de Commissie op grond van door eigen onderzoek en uit klachten van vijf ondernemingen, waaronder Memorex SA, verkregen inlichtingen tot de conclusie gekomen dat IBM een machtspositie bezat met betrekking tot bepaalde produkten die binnen de gemeenschappelijke markt of binnen een wezenlijk deel daarvan werden geleverd, en dat sommige van haar praktijken misbruik van die machtspositie opleverden in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag. De Commissie overwoog derhalve, aldus de brief, een beschikking te geven inhoudende dat inbreuk was gemaakt op artikel 86 en dat aan deze inbreuk een einde moest worden gemaakt. Voorts overwoog de Commissie IBM een boete alsmede dwangsommen op te leggen. De brief vervolgde:

„Alvorens een beschikking te geven, wenst de Commissie alle opmerkingen in aanmerking te nemen, die u zou willen maken. Bijgevolg, en in overeenstemming met artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 van de Raad en met de bepalingen van verordening nr. 99/63 van de Raad (PB 1963, blz. 2268), nodigt de Commissie u uit, uw standpunt ter zake van de punten van bezwaar schriftelijk en mondeling kenbaar te maken."

De Commissie gaf IBM tot 30 april 1981 de tijd om opmerkingen in te dienen. Bij de brief was een mededeling van de punten van bezwaar gevoegd, als bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 99/63. Inclusief de bijlagen omvatte deze 1150 bladzijden.

Een gedetailleerde uiteenzetting van de punten van bezwaar van de Commissie is in dit stadium niet nodig. Wij kunnen volstaan met te zeggen dat IBM een belangrijk fabrikant is van apparatuur voor elektronische dataverwerking, met inbegrip van centrale verwerkingseenheden voor computers en de bijpassende software; en dat de Commissie IBM beschuldigt van praktijken die in viererlei opzicht misbruik van machtspositie zouden opleveren. De eerste twee misbruiken zouden hierin bestaan, dat IBM computersystemen in bepaalde reeksen enkel levert tezamen met haar eigen software (genaamd Systems Control Programming) of met een vaste omvang van het hoofdgeheugen, waardoor — aldus de Commissie — concurrenten op een belangrijk deel van de markt geen kans krijgen met hun — met IBM-apparatuur

1 — Vertaald uit het Engels.

uitwisselbare — software of hoofdgeheugens. Het derde misbruik zou hierin bestaan, dat IBM weigert de concurrentie tevoren op de hoogte te stellen van veranderingen aan de interface-apparatuur, die deel uitmaakt van de bestaande architectuur van de IBM-produktiereeksen, waardoor fabrikanten van compatibele apparatuur in een nadelige positie worden gebracht. Het vierde misbruik zou bestaan in de weigering van IBM om een dienst, aangeduid als Installation Productivity Option, te verlenen aan gebruikers van met IBM-systemen compatibele, doch door andere fabrikanten vervaardigde centrale verwerkingseenheden.

Na de ontvangst van deze brief en de punten van bezwaar verzocht IBM om bijzonderheden omtrent de besluiten waarbij machtiging was verleend tot het inleiden van de procedure en het toezenden van de punten van bezwaar. IBM's vertegenwoordigers verklaarden later, dat een van de redenen van dat verzoek om informatie was, dat zij wilden nagaan in hoeverre degenen die die besluiten hadden genomen, rekening hadden gehouden met de plicht van de Commissie om het volkenrecht te eerbiedigen. In haar antwoord verklaarde de Commissie, dat in gevallen als bedoeld in de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, zowel het inleiden van de procedure als het toezenden van de mededeling van punten van bezwaar geschiedde krachtens interne besluiten van de Commissie, handelend als college, of van het met het mededingingsbeleid belaste lid der Commissie, handelend krachtens delegatie door de Commissie. „Ofschoon het inleiden van de procedure en de goedkeuring van de mededeling van de punten van bezwaar het onderwerp kunnen zijn van twee interne besluiten, die op verschillende tijdstippen worden genomen, worden zij om de gang van zaken te vereenvoudigen, zoveel mogelijk gecombineerd. Interne besluiten van de Commissie zijn geen beschikkingen in de zin van artikel 189-EEG-Verdrag en worden niet naar buiten bekendgemaakt."

Bij brief van 20 februari 1981 vestigden IBM's vertegenwoordigers de aandacht van de Commissie op wat zij noemden „gebreken" in de mededeling van de punten van bezwaar — „zo ernstig, dat zij de wettigheid van de mededeling van de punten van bezwaar en van de procedure aantasten". Inzonderheid beklaagden zij zich over een passage in de mededeling, waarin de Commissie zich het recht voorbehield verdere punten van bezwaar op te werpen met betrekking tot onderwerpen die naar aanleiding van in dat stuk genoemde feiten aan de orde mochten komen; en zij verklaarden dat de mededeling zo duister en onsamenhangend was, dat de meest gedetailleerde verduidelijking nodig was, wilde IBM in staat zijn verweer te voeren. Zij drongen erop aan, dat de Commissie de mededeling van de punten van bezwaar zou terugnemen en „de onderhavige procedure" zou beëindigen, ofwel nadere toelichtingen op de mededeling zou verstrekken, in de vorm van antwoorden op een reeks algemene en specifieke vragen die meer dan honderd bladzijden besloegen.

Deze brief werd eerst beantwoord nadat IBM het onderhavige beroep had ingesteld. Op 13 april 1981 antwoordde de Commissie op de brief van 20 februari; zij deelde mee de mededeling van de punten van bezwaar niet te zullen intrek-

ken, en verstrekte de gevraagde toelichtingen voor zover zij meende dat die nodig waren om IBM in staat te stellen op de punten van bezwaar te reageren. Zij besloot met: „Indien aan een van uw verzoeken om informatie of verduidelijking niet zou zijn voldaan en u bij nader inzien meent dat dat werkelijk noodzakelijk is voor uw cliënt, gelieve u schriftelijk te specificeren welke vraag u beantwoord wilt zien en waarom u dat noodzakelijk acht."

IBM's vertegenwoordigers maakten dankbaar gebruik van dit aanbod en verzochten bovendien om een aanzienlijke verlenging van de termijn waarbinnen de opmerkingen moesten worden ingediend. De Commissie stond enkele malen verlenging toe, zij het voor kortere perioden dan was gevraagd.

Het onderhavige beroep op het Hof is door IBM op 18 maart 1981 ingesteld krachtens artikel 173 EEG-Verdrag. IBM concludeert tot nietigverklaring van de handeling of handelingen van de Commissie, waarbij tegen IBM een procedure is ingeleid krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad en een mededeling van punten van bezwaar tot IBM is gericht en/of haar is meegedeeld, alsmede tot nietigverklaring van de mededeling van de punten van bezwaar zelf, voor zover deze een handeling van de Commissie vormt.

Dit beroep steunt op drie middelen. In de eerste plaats zou de Commissie met betrekking tot de mededeling van de punten van bezwaar mininale wettelijke vereisten niet in acht hebben genomen, inzonderheid door niet alle bezwaren te vermelden die zij voornemens is in haar beschikking te behandelen, door niet voldoende duidelijk te maken op welke wezenlijke feiten en rechtsoverwegingen zij haar beschikking zal doen steunen, en door IBM onvoldoende tijd te laten om op de mededeling van de punten van bezwaar te antwoorden. In de tweede plaats zou de Commissie een onwettig gebruik van haar bevoegdheid hebben gemaakt, in zoverre machtiging voor de betrokken handelingen was verleend aan dan wel deze waren verricht door een andere persoon dan de Commissie zelf, handelend als college. In de derde plaats zou de Commissie hebben gehandeld in strijd met de beginselen van de internationale courtoisie, die in casu met name hierom van toepassing waren, omdat de bezwaren van de Commissie voornamelijk betrekking hadden op een handelen of nalaten van IBM buiten de Gemeenschap en in het bijzonder in de Verenigde Staten van Amerika, waar IBM's activiteiten herhaaldelijk aan het oordeel van de rechter onderworpen waren geweest en waar in de gevallen waarin het tot een uitspraak was gekomen, ten gunste van IBM was beslist.

De Commissie reageerde op het beroep met een exceptie van niet-ontvankelijkheid: de bestreden maatregelen zouden geen „beschikkingen" zijn in de zin van artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag.

Het geding betreft in het huidige stadium uitsluitend de vraag of die exceptie gegrond is. Het gaat niet om de gegrondheid van de middelen die IBM tegen de bestreden handelingen aanvoert; noch om IBM's verzoek, tegelijk met het beroep in de hoofdzaak ingediend, om de Commissie te gelasten bijzonderheden betreffende de bestreden handelingen mee te delen; noch om een parallel beroep krachtens de artikelen 173, 175, 178 en 215 EEG-Verdrag, ingesteld op

20 juni 1981 en ingeschreven onder nr. 190/81.

Bij een beschikking krachtens artikel 93, paragraaf 3, van het Reglement voor de procesvoering heeft het Hof de firma Memorex toegelaten tot de interventie aan de zijde van de Commissie. Een verzoek in kort geding om voorlopige maatregelen, door IBM gedaan op 28 mei 1981, werd op 7 juli 1981 door de president van het Hof afgewezen.

De schriftelijke en mondelinge opmerkingen van partijen hebben zowel betrekking op de algemene beginselen als op de concrete bewoordingen van het Verdrag en de verordeningen. IBM heeft betoogd dat het onmogelijk juist kan zijn dat het Hof zich niet terstond zou kunnen uitspreken over handelingen van de Commissie of van haar ambtenaren, die kennelijk onwettig zijn. Het zou geen zin hebben een gebrekkige handeling of procedure („a wounded beast") maar te laten voorthinken naar een doelloos besluit. De Commissie antwoordt hierop, dat het al even onaanvaardbaar zou zijn wanneer haar administratieve procedures, terwijl zij nog gaande zijn, aan rechterlijke toetsing onderworpen zouden zijn.

In het algemeen gesproken lijkt er mij wel wat te zeggen voor de stelling van IBM, dat het Hof in elke fase toezicht moet kunnen uitoefenen op de instellingen en ambtenaren van de Gemeenschappen, indien duidelijk is dat hun handelingen onwettig zijn. Er valt weinig zin te ontdekken in de voortzetting van onwettige procedures, die de Gemeenschap en de andere betrokkenen alleen maar veel geld kosten. Anders dan de Commissie meent, verstoort een dergelijke toetsing een goede bestuurlijke gang van zaken niet: zij ondersteunt en waarborgt deze juist.

Doch hierom gaat het niet bij dit beroep. Het Hof heeft zich enkel bezig te houden met de vraag of de „handelingen" van de Commissie, bestaande in het inleiden van een procedure tegen IBM en in de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar dan wel deze mededeling zelf, tot IBM gerichte „beschikkingen" zijn in de zin van artikel 173 van het Verdrag. Het behoeft zich niet te buigen over andere artikelen van het Verdrag of andere bevoegdheden van het Hof.

Onaanvaardbaar zijn voor mij de algemene argumenten van de Commissie, inhoudende dat de in deze zaak aangevoerde bezwaren geheel nieuw zijn, alsook het — wel als afschrikking bedoelde — argument dat, zo IBM zou weten waar te maken dat de bestreden handelingen „beschikkingen" zijn, het hek van de dam is en elke administratieve handeling van de Commissie voor het Hof zou kunnen worden betwist. Wat de term „beschikking" in het verband van artikel 173 ook moge betekenen, ontegenzeglijk komen er in de procedures van de verordeningen nrs. 17 en 99/63 tal van stappen en handelingen voor die omnogelijk beschikkingen kunnen zijn. Al evenzeer verwerp ik het betoog van Memorex, dat het onderhavige beroep in zekere zin misbruik van procesrecht is. Wanneer men ziet naar de bepalingen van de verordeningen en naar 's Hofs rechtspraak, dan had IBM het volste recht de zaak aanhangig te maken, wat ook de uitslag ervan zal zijn.

Artikel 173 EEG-Verdrag begint als volgt:

„Het Hof van Justitie gaat de wettigheid na van de handelingen van de Raad en van de Commissie, voor zover het geen

aanbevelingen of adviezen betreft. Te dien einde is het bevoegd uitspraak te doen inzake elk door een Lid-Staat, de Raad of de Commissie ingesteld beroep wegens onbevoegdheid, schending van dit Verdrag of van enige uitvoeringsregeling daarvan, dan wel wegens misbruik van bevoegdheid.

Iedere natuurlijke of rechtspersoon kan onder dezelfde voorwaarden beroep instellen tegen de tot hem gerichte beschikkingen, alsmede tegen beschikkingen die, hoewel genomen in de vorm van een verordening, of van een beschikking gericht tot een andere persoon, hem rechtstreeks en individueel raken."

Het Hof heeft zich in ander verband herhaaldelijk verdiept in de betekenis van de term „beschikking", en daarbij steeds vermeden er de alledaagse, ruime betekenis van „besluit" aan te geven. Zich steeds op het standpunt stellende dat het veeleer aankomt op het wezen van de zaak dan op de naam die men eraan geeft, heeft het de factoren omschreven die noodzakelijk of voldoende zijn om iets een „beschikking" in de zin van het Verdrag te doen zijn. Zo overwoog het bij voorbeeld in de gevoegde zaken 1 en 14/57 (Usines à Tubes de la Sarre, Jurispr. 1957, blz. 221, op blz. 236):

„dat een handeling van de Hoge Autoriteit een beschikking vormt, wanneer daarbij een voor toepassing vatbare regel wordt gesteld, met andere woorden, wanneer de Hoge Autoriteit door middel van deze handeling op ondubbelzinnige wijze te kennen geeft welke houding zij heeft besloten aan te zullen nemen ingeval bepaalde voorwaarden vervuld zouden zijn."

In de gevoegde zaken 23, 24 en 52/63 (Usines Henricot, Jurispr. 1963, blz. 465, op blz. 476) overwoog het

„dat een beschikking zich moet aandienen als een besluit van het college van de Hoge Autoriteit, bestemd om rechtsgevolgen in het leven te roepen, genomen ter afsluiting van een behandeling in dit college en waardoor dit zich definitief uitspreekt in een vorm die de aard der handeling duidelijk doet uitkomen."

In zaak 54/65 (Forges de Châtillon, Jurispr. 1966, blz. 230, op blz. 244):

„dat een beschikking zich moet aandienen als een handeling van het bevoegde orgaan, bestemd om rechtsgevolgen in het leven te roepen en genomen ter afsluiting van de interne behandeling door dit orgaan, waarmede dit zich definitief uitspreekt in een vorm die de handeling duidelijk als beschikking kwalificeert."

In zaak 22/70 (Commissie t. Raad, Jurispr. 1971, blz. 264, op blz. 277) werd een beschikking omschreven als een bepaling die beoogt rechtsgevolg teweeg te brengen.

In deze en tal van andere zaken waarin het probleem aan de orde was, moeten de gebezigde woorden worden gelezen in het verband van de betrokken bepaling. Woorden die in een bepaald verband worden gebruikt, behoeven in een ander verband niet per se precies dezelfde betekenis te hebben. Gelijk advocaat-generaal Roemer opmerkte in de gevoegde zaken 8-11/66 (Cimenteries, Jurispr. 1967, blz. 92, op blz. 128), kan men niet eenvoudig volstaan met de

vraag of er rechtsgevolgen zijn. Niet ieder rechtens relevant gevolg is daarvoor voldoende: men moet zich nader afvragen „of door die rechtsgevolgen gewichtige belangen kunnen worden geschaad". Bovendien moet men niet al te strikt willen zijn bij de vraag of een bepaalde handeling de afsluiting van een administratieve procedure markeert:

„Het komt immers niet aan op het voorlopige of definitieve karakter van het gehouden onderzoek, doch alleen op de vraag of ten aanzien van de met de handeling beoogde concrete rechtsgevolgen het voorbehoud van voorlopigheid geldt" (ibid., blz. 130).

Aan de hand van deze factoren, die veeleer zijn op te vatten als richtsnoer dan als strikte wettelijke normen, zullen wij de wezenlijke aard van de bestreden handelingen moeten onderzoeken.

De eerste daarvan is het besluit om een procedure krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 in te leiden. De bestreden „Mededeling van de punten van bezwaar" is een mededeling krachtens artikel 2 van verordening nr. 99/63.

De considerans van verordening nr. 17 erkent dat de ondernemingen er belang bij kunnen hebben te weten of bepaalde overeenkomsten de Commissie aanleiding kunnen geven op te treden krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86; dat de Commissie op het gehele gebied van de gemeenschappelijke markt de bevoegdheid moet bezitten om inlichtingen in te winnen en verificaties te verrichten, voor zover zulks noodzakelijk is teneinde verboden overeenkomsten en gedragingen of misbruik van machtspositie op te sporen; en dat tegelijkertijd de ondernemingen het recht moeten hebben door de Commissie te worden gehoord.

Er is geen speciale handeling voorgeschreven die als „inleiding van een procedure" is te beschouwen. Artikel 9 bepaalt enkel:

„Zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid krachtens de artikelen 2, 3 of 6, blijven de autoriteiten van de Lid-Staten ... bevoegd artikel 85, lid 1, en artikel 86 toe te passen ..."

In casu werd in de brief van 19 december 1980 van de Commissie meegedeeld dat deze op 10 december 1980 „een procedure krachtens artikel 3 heeft ingeleid". Dit artikel bepaalt:

„Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve, een inbreuk ... vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen ... bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken."

Artikel 19 schrijft evenwel voor:

„Alvorens beschikkingen te geven op grond van artikel ... 3 ..., stelt de Commissie de betrokken onderneming ... in de gelegenheid haar standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen."

Ingevolge artikel 2 van verordening nr. 99/63 is de Commissie verplicht de ondernemingen schriftelijk op de hoogte te stellen van de punten van bezwaar. De mededeling moet een termijn bepalen waarbinnen de ondernemingen hun opmerkingen kunnen indienen, en geldboeten kunnen slechts worden opgelegd indien de punten van bezwaar op de in artikel 2, lid 2, voorgeschreven wijze zijn meegedeeld. Artikel 4 ten slotte bepaalt:

„De Commissie neemt in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking, waarover de onderneming-

gen ... in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken."

Ofschoon IBM niet wenst te aanvaarden dat het Hof slechts kan worden geadieerd onder de door de Commissie genoemde voorwaarden (te weten, *a)* dat de handeling definitief is, *b)* dat zij het einde van een procedure of van een afzonderlijke en duidelijk omschreven fase van een procedure markeert, en *c)* dat zij rechtsgevolg voor de ondernemingen heeft), betoogt zij wel dat in casu aan deze voorwaarden is voldaan.

Volgens IBM vormt de inleiding van een procedure en/of de verzending van een mededeling de afsluiting van de onderzoekfase: daarin komt het uiteindelijke en definitieve standpunt van de Commissie tot uitdrukking, die in haar brief haar op dat onderzoek gebaseerde „conclusies" en voornemens uiteenzet. De mededeling van de punten van bezwaar kan enkel worden verzonden wanneer het onderzoek is afgesloten; zij is „de handeling waarbij de Commissie haar standpunt vastlegt" ofwel „l'acte fixant la position de la Commission" (zaak 48/69, ICI Jurispr. 1972, blz. 621, op blz. 653; zaak 54/69, Francolor, Jurispr. 1972, blz. 853, op blz. 872). Zij markeert bovendien de overgang van de „interne" naar de „externe" procedure.

In zeker opzicht lijkt het mij kunstmatig, onderscheid te maken tussen de „onderzoekfase" van de procedure en de zogenoemde „formele" fase. De procedure vormt één geheel; zij begint met een onderzoek, waaruit op basis van de verkregen inlichtingen voorlopige conclusies worden getrokken, die dan hun definitieve vorm krijgen in de mededeling van de punten van bezwaar, die ten slotte weer leidt tot de eindbeslissing over de vraag of er al dan niet een inbreuk is geweest. Als dit juist is, dan wordt de procedure veel eerder ingeleid — in de ware betekenis van het woord — dan op het moment waarop tot verzending van een mededeling van punten van bezwaar wordt besloten, en leidt zij stap voor stap tot de eindbeslissing. In zoverre is er geen echte afsluiting op het moment waarop de formele mededeling tot de betrokken onderneming wordt gericht.

In zaak 48/72 evenwel (Brasserie de Haecht II, Jurispr. 1973, blz. 78, op blz. 88) werd overwogen, dat wanneer in artikel 9 sprake is van het inleiden van een procedure, daarmee kennelijk wordt gedoeld „op een gezagshandeling van de Commissie, waaruit haar wil blijkt om een beschikking te treffen krachtens" onder meer artikel 13 van verordening nr . 17. Als dit juist is, dan komt het mij voor dat de „conclusie" om de in de verordening bedoelde procedure in te leiden en een mededeling van punten van bezwaar tot de betrokken onderneming te richten, eerder als het begin dan als de afsluiting van een fase van de procedure is aan te merken.

En ofschoon de inhoud van de mededeling van de punten van bezwaar stellig bepaalde grenzen stelt aan de bewegingsvrijheid van de Commissie, geloof ik ook niet dat die mededeling deswege is te beschouwen als „definitief" in de in de aangehaalde rechtspraak bedoelde zin.

Het is waar dat zowel de brief van 19 december 1980 als de mededeling van de punten van bezwaar de conclusie bevat dat er een inbreuk is geweest, maar het doel daarvan is de betrokken onderne-

ming vooraf in de gelegenheid te stellen zich uit te spreken over de bezwaren welke de Commissie te haren opzichte meent te moeten maken (zie gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 454, op blz. 510).

In de brief komt mijns inziens duidelijk tot uitdrukking, hoe de situatie in werkelijkheid is:

„De Commissie *overweegt* een beschikking te geven, inhoudende dat inbreuk is gemaakt op artikel 86 en dat aan deze inbreuk een einde moet worden gemaakt. Voorts *overweegt* de Commissie uw onderneming een boete op te leggen."

„*Alvorens een beschikking te geven,* wenst de Commissie alle opmerkingen in aanmerking te nemen, die u zou willen maken."

Uiteraard is het juist dat een beschikking eventuele opmerkingen in aanmerking moet nemen, zodat de in de brief vermelde „conclusies" hoogstens voorlopig kunnen zijn.

Blijft de vraag of er rechtsgevolgen zijn „waardoor gewichtige belangen kunnen worden geschaad". Het is duidelijk dat het inleiden van de procedure en het toezenden van de mededeling van de punten van bezwaar tal van gevolgen hebben, feitelijk en in zekere zin ook rechtens. In haar antwoord op de exceptie van niet-ontvankelijkheid noemt IBM er dertien. Voor zover deze betrekking hebben op de stappen de IBM in de procedure moet of zou kunnen nemen — zoals de noodzaak om op de punten van bezwaar te antwoorden indien zij niet een bezwarende beschikking wil riskeren —, kunnen zij, hoe kostbaar de voorbereiding van het antwoord ook moge zijn, mijns inziens niet worden beschouwd als rechtsgevolgen waardoor, in de zin van de aangehaalde rechtspraak, gewichtige belangen worden geschaad. Ook het feit dat de mededeling van de punten van bezwaar mede de inhoud van de latere beschikking van de Commissie bepaalt, is niet zo'n rechtsgevolg. Ook al is de mededeling een noodzakelijk preliminair voor het opleggen van een boete, deze boete wordt niet door de mededeling zelf opgelegd. Het enige gevolg dat verordening nr. 17 zelf noemt, is dat de bevoegdheid van de Lid-Staten om de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag toe te passen, wordt geschorst. De bedoeling hiervan is, als ik het goed zie, te voorkomen dat tegelijkertijd twee procedures lopen, een voor de Commissie en een voor de nationale instanties, en dit kan, althans in normale omstandigheden, toch niet als een de onderneming bezwarend gevolg worden beschouwd, want tenminste voorlopig loopt zij nu niet het gevaar in een nationale procedure te worden verwikkeld. In casu lijken er zich geen bijzondere omstandigheden voor te doen waardoor de schorsing van nationale bevoegdheden voor IBM nadelig zou kunnen uitwerken, ofschoon IBM dit wel als theoretische mogelijkheid noemt. De praktische gevolgen voor de zakelijke activiteiten van een onderneming, die IBM noemt als uitvloeisel van de mededeling van de punten van bezwaar, in het bijzonder wanneer nog in andere landen procedures aanhangig zijn, onderschat ik niet, maar mijns inziens kunnen die niet worden beschouwd als rechtsgevolgen van het soort waarop het Hof bij eerdere gelegenheden het oog lijkt te hebben gehad.

De stuiting van de verjaring, die krachtens artikel 2, lid 1, sub c, van verordening nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 (PB L 319 van 1974, blz. 1) het gevolg is van de inleiding van de procedure, is een — uiteraard belangrijk — rechtsgevolg. Ondanks aanvankelijke

aarzeling meen ik evenwel dat deze bepaling, kennelijk bedoeld om te voorkomen dat een onderzoek door het verstrijken van de tijd in het zand verloopt, een integrerend deel van de procedure is en niet valt onder de categorie gevolgen, die het Hof tot nu toe heeft omschreven.

IBM meent een sterk argument te kunnen ontlenen aan — wat zij noemt — bepaalde overeenkomsten tussen de artikelen 2 en 6 van verordening nr. 99/63, en inzonderheid aan de conclusie van advocaat-generaal Capotorti in zaak 125/78 (GEMA, Jurispr. 1979, blz. 3174, 3193). Volgens artikel 6 moet de Commissie, wanneer zij meent dat de door haar verkregen gegevens het niet rechtvaardigen aan een overeenkomstig artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 ingediend verzoek gevolg te geven, „de verzoekers de redenen daarvan meedelen en hun een termijn geven waarbinnen zij desgewenst schriftelijke opmerkingen kunnen inzenden". Gezegd wordt nu dat advocaat-generaal Capotorti van oordeel was dat een mededeling als bedoeld in artikel 6, binnen de daartoe gestelde termijn voor het Hof kan worden aangevochten krachtens artikel 173 van het Verdrag.

Het lijkt mij van belang in het oog te houden dat genoemde zaak aanhangig was gemaakt krachtens artikel 175 van het Verdrag en dat de vraag waar het om ging, was of de Commissie had nagelaten een handeling — niet zijnde een aanbeveling of een advies — te verrichten.

Bij zijn algemene analyse van het verband tussen de artikelen 173 en 175 ging advocaat-generaal Capotorti er inderdaad van uit, dat wanneer de Commissie een beschikking geeft, een rechtstreeks geraakt persoon, ook al is deze niet de adressaat van de beschikking, daartegen kan opkomen met een beroep krachtens artikel 173. De brief van de Commissie, welke overeenkomstig artikel 6 haar redenen uiteenzette, beschouwende als een „impliciete beschikking tot beëindiging van de procedure", meende hij dat GEMA de nietigverklaring van die beschikking had kunnen vorderen op basis van 's Hofs rechtspraak in zaak 26/76 (Metro, Jurispr. 1977, blz. 1877). Anderzijds is het ook duidelijk, dat hij de door artikel 6 van verordening nr. 99/63 voorgeschreven mededeling van redenen niet als een „beschikking" beschouwde, ook al lag daarin besloten dat de Commissie haar beoordeling van de door verzoekster verstrekte en door haarzelf in de loop van haar onderzoek verkregen gegevens had afgesloten, en ook al zou de verzending van een mededeling een van die maatregelen van de Commissie kunnen zijn, die „niettemin ingrijpen in de rechtssfeer van degene tot wie zij zijn gericht" (blz. 3196). Dit lijkt ook de opvatting te zijn van advocaat-generaal Roemer in de zaak-Cimenteries (zie boven).

De conclusie van advocaat-generaal Capotorti over het mogelijke object van een beroep krachtens artikel 173 moet derhalve worden gelezen in de context van de uitspraak in de zaak-Metro, waarin men wél lijkt te hebben aangenomen dat er een „beschikking" was tot beëindiging van de procedure. In deze zaak ging het om de vraag of Metro, die vergeefs had geprobeerd van de Commissie een beschikking krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17 te verkrijgen tegen Saba's verkoopstelsel wegens inbreuk op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, kon stellen dat zij door de beschikking tot beëindiging van de procedure rechtstreeks en individueel was geraakt.

Het Hof overwoog „dat het zowel in het belang van een goede rechtsbedeling als

van een juiste toepassing van de artikelen 85 en 86 is, dat natuurlijke of rechtspersonen die op grond van artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 gerechtigd zijn de Commissie te verzoeken een inbreuk op genoemde artikelen 85 en 86 vast te stellen, wanneer hun verzoek geheel of gedeeltelijk wordt afgewezen, over een beroepsmogelijkheid kunnen beschikken ter bescherming van hun wettige belangen". Derhalve moest „worden aangenomen dat verzoekster" door de bestreden beschikking „rechtstreeks en individueel wordt geraakt".

In rechtsoverweging 17 van zijn arrest in de zaak-GEMA lijkt het Hof de mededeling van artikel 6 inderdaad slechts als een „mededeling" en niet als een beschikking te behandelen. Vervolgens overwoog het dat men, ook in de veronderstelling dat die mededeling als een beschikking ware te beschouwen, de Commissie niet zou kunnen dwingen tot een „definitieve beschikking" over het al of niet bestaan van een inbreuk op artikel 85 en 86.

Het komt mij voor dat, voor zover het mededelingen krachtens de artikelen 2 en 6 betreft, IBM's stelling geen steun vindt in de conclusie van advocaat-generaal Capotorti, daar deze een mededeling duidelijk niet als een beschikking beschouwt. Voor zover de mededeling van artikel 6 volgt op een „beschikking", deze „impliceert" of doet blijken van het bestaan ervan, kan men, dunkt mij, niet zeggen dat de situatie dezelfde is. Tenzij verdere opmerkingen worden gemaakt als bedoeld in artikel 6, of de Commissie het onderzoek heropent — hetzij na zulke opmerkingen, hetzij om andere redenen —, is het verzoek daarmee afgedaan. Er zal geen volgende stap of een voor beroep vatbare beschikking meer komen. In die zin is de beschikking definitief. In het geval van artikel 2 moeten verdere stappen worden gedaan: er moet nog een beschikking komen, in de ene of de andere zin. Ik ben dan ook van mening dat de conclusie van advocaat-generaal Capotorti en het arrest in de zaak-Metro geen oplossing bieden voor het probleem in de onderhavige zaak. Hetzelfde geldt voor de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de gevoegde zaken 109 en 147/75 (NCC, Jurispr. 1977, blz. 381), waarop IBM zich te dezen eveneens beroept.

Met betrekking tot artikel 11 van verordening nr. 17 kan, mutatis mutandis, hetzelfde worden gezegd. Op het eerste gezicht kan het vreemd lijken dat een formeel verzoek om inlichtingen een voor beroep vatbare beschikking kan zijn, terwijl een besluit tot inleiding van de procedure en tot mededeling van punten van bezwaar dat niet is. Het verschil lijkt echter hierin te bestaan, dat wanneer de inlichtingen niet worden verstrekt, er onmiddellijk een boete kan worden opgelegd krachtens artikel 15, lid 1, sub b, of artikel 16.

IBM beroept zich voorts op een haars inziens opvallende overeenkomst tussen een mededeling van punten van bezwaar krachtens artikel 2, en een mededeling als bedoeld in artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, waaruit volgens het arrest-Cimenteries (zie boven) blijkt van een „beschikking" in de zin van artikel 189, welke vatbaar is voor beroep krachtens artikel 173. Terwijl geen boetes kunnen worden opgelegd wanneer een overeenkomst is aangemeld, maakt artikel 15, lid 6, een uitzondering op deze regel voor het geval de Commissie de betrokken ondernemingen heeft meege-

deeld dat zij, na een voorlopig onderzoek, van oordeel is dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag toepasselijk is en dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is. IBM betoogt nu, dat zowel na een mededeling overeenkomstig artikel 15, lid 6, als na een mededeling overeenkomstig artikel 2 de mogelijkheid bestaat de adressaat een geldboete op te leggen, maar niet meer; dat beide mededelingen gewichtige belangen van de adressaat kunnen schaden en hem gelijkelijk binden. Elk van beide mededelingen volgt op een beoordeling door de Commissie en moet de redenen van de erin vervatte conclusies vermelden. Elk van beide markeert een fase van de procedure en stelt de adressaat voor de noodzaak te beslissen of hij zijn gedrag zal veranderen dan wel een geldboete zal riskeren.

Het Hof baseerde zijn arrest op de overweging dat de handeling van de Commissie, waardoor het opleggen van een geldboete mogelijk werd, de ondernemingen beroofde „van de gunstige rechtspositie welke artikel 15, lid 5, aan aanmelding van de overeenkomst verbindt, en hen blootstelt aan een mogelijk ernstig geldelijk nadeel; dat deze maatregel, door hun rechtspositie aanmerkelijk te wijzigen, derhalve de belangen der ondernemingen heeft aangetast." De rechtshandeling is dan ook „ongetwijfeld een maatregel ... met rechtsgevolg ...". „Ondanks haar voorlopig karakter vormt de in deze materie door de Commissie getroffen voorziening de afsluiting van een bijzondere rechtsgang, welke zich onderscheidt van die welke, onder toepassing van artikel 19, tot een beslissing in de hoofdzaak kan leiden" (blz. 114, 116).

In zijn conclusie kwam advocaat-generaal Roemer tot hetzelfde resultaat (zie blz. 128): een mededeling ingevolge artikel 15, lid 6, „doet de mogelijkheid van strafoplegging aan de aangemelde kartels ontstaan [en] ... introduceert daarmee een ‚nieuw element in de rechtsbetrekkingen' tussen de Commissie en de ondernemingen." Zijns inziens kon dit niet op één lijn worden gesteld met andere processuele maatregelen inzake kartels, „aangezien deze (bij voorbeeld het inleiden van een procedure ingevolge artikel 9; de mededeling van punten van bezwaar op grond van artikel 4 van verordening nr. 99) slechts de afbakening van de bevoegdheden der Commissie ten opzichte van de autoriteiten der betrokken Lid-Staten betreffen onderscheidenlijk een niet-verbindende definitie geven van het voorwerp ener kartelprocedure, doch op de gedragingen der betrokken ondernemingen [of van derden] in materieel-rechtelijke zin van geen enkele invloed zijn."

Ik ontken niet dat er, gelijk IBM heeft aangevoerd, bepaalde overeenkomsten bestaan tussen de mededeling van artikel 2 en die van artikel 15, lid 6, maar mijns inziens is er ook een wezenlijk verschil. De mededeling van artikel 15, lid 6, maakt terstond een einde aan de toepasselijkheid van de uitzonderingsbepaling van lid 5 en stelt de onderneming bloot aan de procedure waarbij een boete kan worden opgelegd. De mededeling van artikel 2 heeft hetzelfde gevolg, maar zonder dat een uitzonderingsregel buiten toepassing wordt gesteld. De mededeling is wellicht een preliminaire voorwaarde voor een boetebeschikking, maar deze laatste moet dan nog worden gegeven en kan enkel worden gegeven nadat onder toepassing van de voorgeschreven procedure is vastgesteld dat er sprake is van een inbreuk en dat van de onderneming moet worden verlangd dat zij daaraan een einde maakt. Ook hier geloof ik derhalve niet dat het artikel waarop IBM zich beroept — artikel 15, lid 6, van ver-

ordening nr. 17 —, volledig overeenkomt met artikel 2.

Ofschoon het, gelijk IBM zegt, goed kan zijn om rekening te houden met het recht van de Lid-Staten, geloof ik niet dat dat ons in casu veel verder zou brengen. Er zijn duidelijke verschillen tussen de omvang van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid in common-law-landen en elders, en uit hetgeen hieromtrent is voorgedragen, blijkt dat de landen met een Romeinsrechtelijk stelsel er in mededingingszaken geenszins dezelfde opvattingen op na houden. In casu vormt het Verdrag de grondslag voor de toetsingsbevoegdheid, en de omvang hiervan is een zaak van uitlegging, in het onderhavige geval uitsluitend op basis van artikel 173.

's Hofs uitspraken in ambtenarenzaken, waarnaar IBM verwijst, lijken mij evenmin relevant te zijn voor een beroep krachtens artikel 173.

Had er op dit gebied nog geen rechtspraak bestaan, dan zou ikzelf veel meer aarzeling hebben ondervonden bij de vraag of de bestreden handelingen niet als „beschikkingen" waren te beschouwen, zodat het Hof krachtens artikel 173 kennis zou kunnen nemen van een zaak waarin de procedure vanaf het begin kennelijke gebreken vertoonde, bij voorbeeld doordat de mededeling van de punten van bezwaar was verzonden door iemand die daartoe in geen geval gemachtigd kon zijn.

In de gegeven omstandigheden evenwel meen ik dat 's Hofs rechtspraak door Korah correct wordt samengevat waar hij schrijft (European Law Review, vol. 6, 1981, nr. 14, blz. 32):

„Het beroep tot nietigverklaring staat enkel open tegen definitieve handelingen, die wijziging brengen in de rechtspositie van de burger, en niet tegen processuele handelingen die tot de definitieve handeling leiden."

Zo gezien lijkt het niet noodzakelijk of juist, in deze conclusie in te gaan op de vraag of in elk geval de kritiek van IBM op de mededeling van de punten van bezwaar een ingrijpen van het Hof in dit stadium kan rechtvaardigen; of het door prof. Meessen omschreven beginsel in deze fase van de procedure van toepassing is dan wel eerst nadat de Commissie, na onderzoek van alle feiten en argumenten, een definitieve beschikking heeft gegeven; of de Commissie bij haar optreden krachtens de artikelen 85 en 86 geen bevoegdheid aan haar leden kan delegeren en niet kan handelen door tussenkomst van haar ambtenaren (zulks in tegenstelling tot externe organen, waarom het in de aangehaalde zaken ging); en of het adagium *omnia praesumuntur rite esse acta* in deze situatie niet geldt.

Gelet op de rechtspraak van het Hof, kom ik derhalve tot de conclusie dat de bestreden handelingen niet zijn „beschikkingen" in de zin van artikel 173 van het Verdrag, en dat het beroep mitsdien niet ontvankelijk is.