

Denne side er maskinoversat [\[Link\]](#). Maskinoversættelser kan indeholde fejl, der potentielt gør teksten mindre klar og nøjagtig. Ombudsmanden påtager sig intet ansvar for eventuelle afvigelser. For de mest pålidelige oplysninger og den største retssikkerhed henvises der til originalversionen på engelsk, som der er linket til ovenfor. Læs mere i vores [sprog- og oversættelsespolitik](#) [\[Link\]](#).

Afgørelse i sag 1935/2008/FOR - Proceduremæssige fejl i en konkurrencesag

Afgørelse

Sag 1935/2008/FOR - Indledt den 22/07/2008 - Afgørelse af 14/07/2009

Den 10. juli 2008 modtog Ombudsmanden en klage fra Intel. Klagen indeholdt påstand om proceduremæssige fejl, som Kommissionen skulle have begået under en antitrustundersøgelse af Intel, som den har foretaget i henhold til artikel 82 i EF-traktaten.

Ifølge klageren havde Kommissionen ikke udarbejdet et referat af et møde med Dell den 23. august 2006, selvom mødet havde direkte relation til Kommissionens undersøgelse af Intel.

I sin afgørelse af 14. juli 2009 fandt Ombudsmanden, at Kommissionen på mødet den 23. august 2006 reelt havde indhentet oplysninger vedrørende det spørgsmål, der er genstand for undersøgelsen. Han fandt endvidere, at Kommissionen ikke havde udarbejdet et behørigt referat af mødet, og at Kommissionens sagsregister ikke indeholdt en dagsorden for mødet. Ombudsmanden konkluderede, at dette udgjorde et tilfælde af fejl og forsømmelser. Ombudsmanden kunne dog ikke drage nogen konklusioner med hensyn til, om Kommissionen havde krænket Intels ret til at udtale sig.

Klageren påstod endvidere, at Kommissionen havde tilskyndet til, at Dell indgik en aftale om udveksling af oplysninger med AMD. Ifølge klageren var formålet med denne aftale at gøre det muligt for AMD at opnå adgang til fortrolige oplysninger om Intel, som Kommissionens sagsregister indeholdt. Klageren gjorde gældende, at Kommissionen på denne måde omgik de regler, som begrænser AMD's ret til aktindsigt i sagsregisteret.

Med hensyn til denne påstand mente Ombudsmanden, at det ikke var i overensstemmelse med principperne for god forvaltningsskik, hvis Kommissionen havde tilskyndet Dell til at indgå en aftale om udveksling af oplysninger med AMD. Han bemærkede dog, at Kommissionen ikke havde ansvaret for og navnlig ikke nogen bemyndigelse til at forhindre indgåelsen af en sådan aftale.



Ombudsmanden fandt, at den mulighed, at Dell kunne indgå aftalen om udveksling af oplysninger, først blev nævnt under en telefonsamtale den 30. august 2007 mellem ledelsesrepræsentanter for henholdsvis Dell og Kommissionen. Da Kommissionen imidlertid ikke havde nedskrevet indholdet af telefonsamtalen dengang, var de foreliggende beviser ikke tilstrækkelige til, at Ombudsmanden kunne afgøre, hvorvidt forslaget om at indgå aftalen var blevet rejst af Dell eller Kommissionen. Ombudsmanden kunne derfor ikke konstatere et tilfælde af fejl eller forsømmelser med hensyn til klagerens anden påstand. Ombudsmanden henstillede imidlertid til, at der fremover på behørig vis blev taget referat af møder og telefonsamtaler med tredje parter, når disse vedrørte vigtige proceduremæssige aspekter.

BAGGRUNDEN FOR KLAGEN

1. Klageren repræsenterer Intel Corporation (i det følgende benævnt "Intel"), en virksomhed, der producerer mikroprocessorer.
2. Da klagen blev indgivet til Ombudsmanden, undersøgte Europa-Kommissionen Intel som følge af en klage, som den havde modtaget fra AMD, en Intel-konkurrent. Kommissionens undersøgelse (sag COMP/37.990) havde til formål at efterprøve, om Intel havde overtrådt EF-traktatens artikel 82 [1] ved at anvende konkurrencebegrænsende praksis til at udelukke konkurrenter fra markedet for visse centralforarbejdningenheder. I løbet af sin undersøgelse indhentede Kommissionen omfattende oplysninger fra producenter af originalt udstyr (OEM'er), som købte centrale forarbejdningenheder hos Intel og/eller AMD. En af disse OEM'er var Dell.
3. Den 13. maj 2009, dvs. under Ombudsmandens undersøgelse, traf Kommissionen en afgørelse, hvori den fastslog, at Intel havde overtrådt artikel 82 EF.

UNDERSØGELSENS GENSTAND

4. Klagens genstand vedrører påståede procedurefejl begået af Kommissionen i forbindelse med dens undersøgelser i sag COMP/37.990. Ombudsmanden forstod klageren at hævde følgende:
 - i) Kommissionen undlod at tage referat af mødet med repræsentanter for Dell den 23. august 2006, selv om mødet var direkte berørt af genstanden for dens undersøgelse af Intel, således at Kommissionen ikke havde ført bevis for potentielt diskulperende beviser.
 - ii) Kommissionen opfordrede Dell og AMD til at indgå en informationsudvekslingsordning, som gjorde det muligt for AMD at omgå de regler, der begrænser AMD's ret til aktindsigt i Kommissionens sagsakter.
5. Ombudsmanden forstod, at klageren ikke søgte andre retsmidler eller retsmidler i forbindelse



med hans sag.

UNDERSØGELSEN

6. Klagen blev indgivet den 10. juli 2008. Den 22. juli 2008 indledte Ombudsmanden en undersøgelse vedrørende klagerens første påstand, nemlig at Kommissionen undlod at tage referat af mødet den 23. august 2006 med repræsentanter for Dell, selv om mødet var direkte berørt af genstanden for dens undersøgelse af Intel. Som følge heraf har Kommissionen ikke registreret potentielt diskulperende beviser fra dette møde. Ombudsmanden anmodede Kommissionen om at afgive en udtalelse senest den 30. november 2008.

7. For fuldt ud at afklare de spørgsmål, som klageren rejste i forbindelse med den første påstand og den tilhørende påstand, foreslog Ombudsmanden i sin skrivelse om indledning af undersøgelsen, at Kommissionen i sin udtalelse medtage sine synspunkter vedrørende følgende specifikke spørgsmål og spørgsmål:

" i) Ved udarbejdelsen af sin udtalelse bør Kommissionen navnlig tage hensyn til TACA's § 358 [2] I denne forbindelse bemærker Ombudsmanden, at bilag VII til klagen af 10. juli 2008 og bilag I til den supplerende skrivelse af 10. juli 2008 sammenholdt med bilag VI til klagen af 10. juli 2008 synes at angive, at mødet den 23. august 2006 kan have behandlet visse spørgsmål, som klageren anser for potentielt diskulperende.

II) Var Kommissionen forfatter til dokumentet med titlen "Indikativ liste over emner, der skal drøftes på Dells møde den 23. august 2006"? [3] Ombudsmanden forstår, at bilag VII til klagen synes at være en del af et svar fra Dell på Kommissionens opfølgende spørgsmål vedrørende spørgsmål, der blev drøftet på mødet den 23. august 2006. Er denne forståelse korrekt?

III) Udarbejdede de tjenestemænd fra Kommissionen, der var til stede på mødet, deres egne personlige notater fra mødet den 23. august 2006?

IV) For at notater fra et møde kan udgøre "erklæringer" i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003, skal de underskrives af den interviewede part. Anmodede Kommissionen Dell-repræsentanterne om at underskrive notater udarbejdet af sagsbehandlerne? Hvis ikke, kan Kommissionen, hvis det stadig er muligt, på grundlag af noterne fra de tjenestemænd i Kommissionen, der var til stede på mødet, bekræfte, at Dell skal underskrive referatet af mødet?"

8. Med hensyn til den anden påstand bemærkede Ombudsmanden i sin skrivelse om indledning af undersøgelsen, at klageren ikke havde fremlagt beviser til støtte for sin påstand om, at Kommissionen aktivt tilskyndede AMD og Dell til at indgå en aftale om udveksling af oplysninger. Ombudsmanden meddelte således i sin skrivelse af 22. juli 2008 om indledning af undersøgelsen klageren, at der ikke var tilstrækkelig grund til at indlede en undersøgelse af den anden påstand.

9. Den 19. september 2008 skrev klageren til Ombudsmanden. I sit brev medtog han en kopi af



et brev fra Dells eksterne advokat dateret den 18. september 2008, hvori Dells eksterne advokat anfører, at "*for at undgå en langvarig debat om anmodninger om fortrolig behandling foreslog Kommissionen Dell at indgå en aftale om ikke-offentliggørelse med AMD's rådgivere og økonomer om deling af Dell-dokumenter, der blev anvendt i [klagemeddelelsen]*". Skrivelsen indeholdt også kopier af korrespondancen mellem Kommissionen og Dells advokat. På baggrund af disse oplysninger anmodede klageren Ombudsmanden om at tage sin holdning til den anden påstand i hans klage af 10. juli 2008 op til fornyet overvejelse.

10. I lyset af klagerens yderligere korrespondance besluttede Ombudsmanden den 26. september 2008 at udvide sin undersøgelse til at omfatte klagerens anden påstand. I sin skrivelse, hvori han informerede Kommissionen om udvidelsen af undersøgelsens omfang, anmodede Ombudsmanden om, at Kommissionen i sin udtalelse til Ombudsmanden specifikt kommenterede Dells erklæring om, at Kommissionen foreslog Dell at indgå en aftale om udveksling af oplysninger med AMD. Han anmodede også Kommissionen om specifikt at fremsætte bemærkninger til et brev fra høringskonsulenten [4] til klageren af 18. oktober 2007, hvori det anføres, at den pågældende aftale under ingen omstændigheder var blevet "anmeldt" til sagsholdet.

11. Den 30. september 2008 skrev Kommissionen til Ombudsmanden og meddelte ham, at eftersom hans skrivelse af 26. september 2008 havde udvidet undersøgelsens omfang, krævede den en yderligere frist, nemlig indtil den 15. januar 2009, til at afgive udtalelse til Ombudsmanden. Den 15. oktober 2008 accepterede Ombudsmanden denne anmodning.

12. Den 13. oktober 2008 skrev klageren til Ombudsmanden for at informere ham om to anmodninger, som Intel havde indgivet til Retten i Første Instans den 10. oktober 2008. Den 5. november 2008 skrev Ombudsmanden til Kommissionen i forbindelse med denne korrespondance.

13. Klageren sendte korrespondance til Ombudsmanden den 30. december 2008, den 12. januar 2009 og den 26. januar 2009 vedrørende klagen. Ombudsmanden videresendte denne korrespondance til Kommissionen til orientering.

14. Ombudsmanden modtog Kommissionens udtalelse den 20. januar 2009 og videresendte den til klageren med henblik på hans bemærkninger. Klageren fremsendte sine bemærkninger den 3. februar 2009.

15. Den 16. februar 2009 anmodede Ombudsmanden Kommissionen om en yderligere udtalelse. Den 20. marts 2009 sendte Kommissionen sin supplerende udtalelse til Ombudsmanden, som blev sendt til klageren med henblik på bemærkninger. Klageren fremsendte yderligere bemærkninger den 14. april 2009 og den 16. april 2009.

16. I sine bemærkninger af 16. april 2009 fremsendte klageren nye beviser til Ombudsmanden. Som følge heraf anmodede Ombudsmanden den 23. april 2009 Kommissionen om senest den 31. maj 2009 at fremsende eventuelle bemærkninger til denne nye dokumentation eller relevante oplysninger i forbindelse hermed. Han anmodede også Kommissionen om at give sine



tjenestegrene mulighed for at inspicere Kommissionens interne dokumenter, som Ombudsmanden havde identificeret som relevante for denne undersøgelse.

17. Den 28. maj 2009, den 29. maj 2009 og den 10. juni 2009 foretog Ombudsmanden en kontrol af dokumenterne i Kommissionens lokaler. Et notat vedrørende denne inspektion blev sendt til klageren og Kommissionen til orientering den 6. juli 2009.

18. Den 10. juni 2009 sendte Kommissionen Ombudsmanden sit svar på hans skrivelse af 23. april 2009. Denne yderligere udtalelse blev videresendt til klageren, som fremsendte yderligere bemærkninger den 15. juni 2009. Ombudsmanden modtog et bilag til klagerens yderligere bemærkninger af 15. juni 2009 den 29. juni 2009.

OMBUDSMANDENS ANALYSE OG KONKLUSIONER

Indledende bemærkninger

Spørgsmålet om, hvorvidt klagen kan antages til realitetsbehandling

19. Den 13. oktober 2008 skrev klageren til Ombudsmanden for at oplyse ham om, at Intel den 10. oktober 2008 havde anlagt sag ved Retten med påstand om annullation af Kommissionens afgørelser: i) at fastsætte en frist til den 17. oktober 2008 for Intel til at besvare Kommissionens supplerende klagepunktsmeddelelse af 16. juli 2008 og ii) afslå Intels anmodning om, at Kommissionen indhenter yderligere dokumenter fra AMD, som Intel med rimelighed anså for diskulperende. Intel indgav også en anmodning til præsidenten for Retten i Første Instans om foreløbige forholdsregler med henblik på at udsætte Kommissionens procedure i sag COMP/37.990 i afventning af en afgørelse i hovedsagen [5]. I sit brev af 13. oktober 2008 meddelte klageren Ombudsmanden, at de to ansøgninger ikke havde nogen forbindelse med det spørgsmål, der var genstand for undersøgelsen i klage 1935/2008/FOR. Klageren vedlagde sit brev en kopi af to dokumenter, som begge havde overskriften "Summary of Application".

20. Den 5. november 2008 skrev Ombudsmanden til Kommissionen. Han bemærkede, at det i artikel 1, stk. 3, i statuttten for Den Europæiske Ombudsmand hedder, at Ombudsmanden ikke må gribe ind i sager ved domstolene eller sætte spørgsmålstejn ved rigtigheden af en domstols afgørelse. Endvidere fremgår det af artikel 2, stk. 7, at når en klage på grund af verserende eller afsluttede retssager vedrørende de påberåbte faktiske omstændigheder skal afvises eller bringe behandlingen af klagen til ophør, skal resultatet af de undersøgelser, han har foretaget indtil dette tidspunkt, indgives endeligt. Ombudsmanden bemærkede, at han omhyggeligt havde undersøgt klagerens skrivelse af 13. oktober 2008 med henblik på at vurdere, om genstanden for anmodningerne ved Retten i Første Instans var den samme som genstanden for påstandene i klage 1935/2008/FOR. Ombudsmanden bemærkede, at den første påstand i klage 1935/2008/FOR var, at Kommissionen ikke tog referat af et møde med Dell. Derimod vedrørte stævningen for Retten en beslutning, hvorved Kommissionen afslog at imødekomme en anmodning om fremskaffelse af yderligere dokumenter hos AMD. Ombudsmanden



konkluderede således, at den første påstand i klage 1935/2008/FOR på grundlag af de oplysninger, han havde fået forelagt, ikke vedrørte genstanden for stævningen til Retten i Første Instans. Med hensyn til den anden påstand konkluderede Ombudsmanden på grundlag af de oplysninger, der var blevet forelagt ham, at anmodningerne af 10. oktober 2008 ikke vedrørte de faktiske omstændigheder, som klageren havde fremført i klage 1935/2008/FOR. I lyset af ovenstående meddelte Ombudsmanden Kommissionen, at der ikke var grund til at afslutte sin undersøgelse i forbindelse med den første eller den anden påstand i klage 1935/2008/FOR.

21. I sin udtalelse, der blev fremsendt til Ombudsmanden den 20. januar 2009, gjorde Kommissionen gældende, at Intel sammenkædede begge sine anmodninger ved Retten i Første Instans med klagen til Ombudsmanden. Kommissionen påpegede, at Intel havde vedlagt klage 1935/2008/FOR og hele korrespondancen med Ombudsmanden som bilag til hovedansøgningen ved Retten i Første Instans. Intel anførte bl.a. i hovedapplikationen, at Kommissionens undersøgelse var "*diskriminerende og delvis*". For at underbygge denne påstand henviste Intel til eksempler på, hvad det anså for at være forskelsbehandling og partiskhed i Kommissionens undersøgelse. Disse eksempler omfattede en specifik henvisning til de to påståede tilfælde af påstået partiskhed, som Ombudsmanden har indledt sin undersøgelse af i klage 1935/2008/FOR. Intel inkluderede hele korrespondancen med Ombudsmanden som bevis. På dette grundlag gjorde Kommissionen gældende, at alle de faktiske omstændigheder, der blev fremført i klage 1935/2008/FOR, nu verserede i retssager ved Retten i Første Instans. Kommissionen anførte også, at da Intel den 13. oktober 2008 underrettede Ombudsmanden om anmodningerne til Retten i Første Instans, indgav Intel kun sammendrag af disse anmodninger. Kommissionen bemærkede, at sammendragene ikke henviste til nogen af Intels argumenter, som der henvises til i klage nr. 1935/2008/FOR. Kommissionen anmodede derfor Ombudsmanden om at genoverveje den vurdering, der blev foretaget i hans skrivelse af 5. november 2008, ved at basere sig på alle de faktiske omstændigheder, der er beskrevet i Kommissionens udtalelse af 20. januar 2009, og afvise klagen 1935/2008/FOR i sin helhed.

22. I sine bemærkninger af 3. februar 2009 anførte klageren, at han ikke accepterede Kommissionens argumenter. Han anførte, at genstanden for klage 1935/2008/FOR og genstanden for sagen for Retten i sagerne T-457/08 R og T-457/08 var helt forskellige. Han anførte, at Intel ganske vist henviste til klage nr. 1935/2008/FOR i sine skriftlige begæringer til Retten med henblik på at informere Retten om hele den processuelle tilblivelse af Kommissionens undersøgelse af Intel, og for også at give en vis baggrund for vurderingen af den beslutning, som Intels søgsmål vedrørte, men Intel appellerede ikke de to handlinger vedrørende fejl og forsømmelser, der er genstand for klage 1935/2008/FOR. Han anførte, at Intels henvisning i sine stævninger til a) Kommissionens manglende fuldstændige referat af et interview med højtstående Dell-repræsentanter og b) dens rolle med hensyn til at give AMD adgang til fortroligt Dell-materiale, der indgår i Kommissionens sagsakter, som eksempler på Kommissionens partiskhed og manglende objektivitet, ikke kan fortolkes således, at disse retsakter i sig selv var en del af genstanden for Intels appel og begæring om foreløbige forholdsregler. Han gjorde gældende, at hans synspunkt blev bekræftet af den omstændighed, at Domstolens præsident i sin kendelse af 27. januar 2009 om afvisning af Intels begæring om



foreløbige forholdsregler [6] udelukkende fokuserede sin analyse på de to afgørelser, der var genstand for appellen, og ingen steder henviste til de to fejl og forsømmelser, der er genstand for klage 1935/2008/FOR. Efter klagerens opfattelse var de to fejl eller forsømmelser, som er genstand for klage 1935/2008/FOR, således ikke genstand for appellen og anmodningen om foreløbige forholdsregler i sag T-457/08 og T-457/08 R.

23. Klageren hævdede også, at Kommissionens påstand om, at Intels påstand om fejl eller forsømmelser i øjeblikket verserede for Retten i Første Instans, nu blev overhalet af begivenheder og gjort grin. Klageren anførte faktisk, at Intel ikke havde til hensigt at appellere kendelsen af 27. januar 2009 afsagt af Rettens præsident. Den 3. februar 2009 trak Intel formelt sit hovedanbringende tilbage i sag T-457/08. Eftersom den sag for Retten, som Kommissionen har påberåbt sig som værende til hinder for Ombudsmandens undersøgelse af klage nr. 1935/2008/FOR, ikke længere verserede, var Kommissionens klagepunkter i denne henseende derfor ubegrundede.

24. Ombudsmanden bemærker, at Ombudsmanden i henhold til EF-traktatens artikel 195, stk. 1, andet afsnit, ikke foretager undersøgelser, når de påståede forhold er eller har været genstand for en retssag. I artikel 1, stk. 3, i statuten for Den Europæiske Ombudsmand hedder det også, at Ombudsmanden ikke kan gribe ind i sager ved domstolene eller sætte spørgsmålstejn ved, om en domstols afgørelse er velbegrundet. Endvidere fremgår det af artikel 2, stk. 7, i statuten for Den Europæiske Ombudsmand, at når Ombudsmanden på grund af en retssag, der verserer eller er afsluttet vedrørende de fremførte faktiske omstændigheder, skal erklære en klage for uantagelig eller afslutte behandlingen heraf, skal resultatet af de undersøgelser, han har foretaget indtil dette punkt, definitivt indgives.

25. Ombudsmanden understreger den betydning, han lægger på at sikre, at hans undersøgelser på ingen måde griber ind i domstolenes rolle. Hvis de faktiske omstændigheder er blevet fastslået eller fortolket i en dom afsagt af en domstol, vil Ombudsmanden ikke revurdere eksistensen eller fortolkningen af sådanne faktiske omstændigheder.

26. Ombudsmanden bemærker, at præsidenten for Retten i Første Instans den 27. januar 2009 udstedte en kendelse vedrørende sag T-457/08 R. [7] I sin kendelse konkluderede Rettens præsident, at begæringen om foreløbige forholdsregler i sag T-457/08 R skulle afvises. Efter en omhyggelig undersøgelse af kendelsen fra præsidenten for Retten i Første Instans bemærker Ombudsmanden, at kendelsen ikke fastslår, at der foreligger påståede faktiske omstændigheder, eller at der foretages en vurdering af de faktiske omstændigheder, der er genstand for denne undersøgelse. Ombudsmanden konkluderer derfor, at kendelsen fra Rettens præsident ikke rejser tvivl om, hvorvidt klagen 1935/2008/FOR kan antages til realitetsbehandling.

27. Endvidere trak Intel den 3. februar 2009 for Retten stilling til en hvilken som helst af de påståede faktiske omstændigheder eller faktiske omstændigheder, som den havde fået forelagt i forbindelse med denne stævning, tilbage i sag T-457/08. Det er således ikke nødvendigt, at ombudsmanden tager stilling til, om de påståede faktiske omstændigheder, som Retten har fået kendskab til i forbindelse med denne stævning, er de samme som de angivelige faktiske



omstændigheder, der er genstand for den foreliggende undersøgelse.

28. I lyset af ovenstående finder Ombudsmanden, at den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling [8] .

Påståede forsinkelser fra Kommissionens side

29. I sine bemærkninger af 3. februar 2009 anførte klageren, at han var bekymret for, at Kommissionen bevidst forsøgte at forsinke Ombudsmandens undersøgelse af klage 1935/2008/FOR. Sammenfattende gjorde han gældende, at det var vanskeligt at antage, at Kommissionen ikke var i stand til at fremlægge sin femsidede, ikke-faktiske udtalelse, som var baseret på et enkelt processuelt argument (at klagen ikke kunne antages til realitetsbehandling), inden for den oprindelige frist den 30. november 2008, eller i det mindste inden udløbet af den forlængede frist den 15. januar 2009. Han bemærkede, at sagerne T-457/08 R og T-457/08 blev indgivet den 10. oktober 2008 og meddelt Kommissionen den 14. oktober 2008 (for så vidt angår begæringen om foreløbige forholdsregler) og den 27. oktober 2008 (for hovedsagerne). I betragtning af den meget begrænsede karakter af Kommissionens indlæg af 20. januar 2009 burde Kommissionen have været i stand til at fremlægge sit indlæg kort efter, at den havde modtaget en kopi af Intels hovedansøgning i sag T-457/08 den 27. oktober 2008, men under alle omstændigheder inden for den oprindelige frist den 30. november 2008.

30. Ombudsmanden bemærker, at den oprindelige frist for at afgive udtalelse til Ombudsmanden var den 30. november 2008. Den 30. september 2008 skrev Kommissionen til Ombudsmanden og meddelte ham, at eftersom hans skrivelse af 26. september 2008 havde udvidet undersøgelsens omfang, krævede Kommissionen en yderligere frist, nemlig indtil den 15. januar 2009, til at afgive udtalelse til Ombudsmanden. I betragtning af kompleksiteten og følsomheden af påstandene i klage 1935/2008/FOR tilsluttede Ombudsmanden sig denne anmodning.

31. Ombudsmanden bemærker, at eftersom Kommissionens anmodning af 30. september 2008 blev fremsat forud for anmodningerne til Retten i Første Instans den 13. oktober 2008, må det have været Kommissionens hensigt, da den fremsatte anmodningen om forlængelse, at afgive en udtalelse om indholdet af påstandene i klage 1935/2008/FOR.

32. Ombudsmanden er af den opfattelse, at Kommissionen ville overholde sin forpligtelse til at samarbejde med Ombudsmanden i forbindelse med gennemførelsen af en undersøgelse, hvis den i tilfælde af, at en sådan forlængelse ikke var nødvendig for at svare Ombudsmanden, besluttede ikke at gøre brug af den forlængelse, der var indrømmet den.

33. Kommissionens udtalelse af 20. januar 2009 var alene baseret på det spørgsmål om formaliteten, der blev drøftet i præmis 19-28 ovenfor. Udtalelsen bestod faktisk kun af fem sider. Ombudsmanden kan imidlertid ikke udelukke, at Kommissionen ikke hurtigt nåede frem til de synspunkter, den gav udtryk for i sin udtalelse af 20. januar 2009. Alt i alt kan Ombudsmanden ikke udelukke, at Kommissionen ikke var sikker på, at dens argumenter vedrørende klagens



antagelse til realitetsbehandling i perioden mellem den 27. oktober 2008 og den 15. januar 2009 var velbegrundede, og overvejede derfor også at besvare sagens realitet inden den 15. januar 2009. Dette synspunkt bekræftes af, at da Ombudsmanden den 16. februar 2009 fastsatte en meget kort frist for Kommissionens afgivelse af en yderligere udtalelse om indholdet af påstandene, var Kommissionen i stand til at overholde denne meget korte frist [9] Kommissionens evne til at overholde denne frist ville tyde på, at Kommissionen (i det mindste delvist) havde anvendt perioden mellem den 27. oktober 2008 og den 15. januar 2009 til at overveje indholdet af de påstande, der blev fremsat i denne undersøgelse. Endvidere besvarede Kommissionen straks Ombudsmandens anmodning af 23. april 2009 om endnu en yderligere udtalelse. Endelig bemærker Ombudsmanden, at Kommissionen reagerede hurtigt og fleksibelt på Ombudsmandens anmodning om at foretage en inspektion af dokumenter.

34. Ombudsmanden er derfor ikke enig i klagerens erklæring om, at Kommissionen "med overlæg" søgte at forsinke Ombudsmandens undersøgelse af klage 1935/2008/FOR.

A. Beskyldningen og den dermed forbundne påstand om, at Kommissionen undlod at tage referat af mødet den 23. august 2006 med repræsentanter for Dell, selv om mødet var direkte berørt af genstanden for dens undersøgelse af Intel, og som følge heraf, at Kommissionen ikke havde ført bevis for potentielt diskulperende beviser

Argumenter fremført for Ombudsmanden

35. Klageren anfører, at Kommissionens sagsgruppe med ansvar for behandlingen af sag COMP/37.990 den 23. august 2006 mødtes med højtstående repræsentanter for Dell for at drøfte spørgsmål vedrørende sag COMP/37.990. Klageren hævder, at Kommissionen ikke har registreret og medtaget et detaljeret notat fra mødet i sagsakterne. Dette udgør efter klagerens opfattelse en meget alvorlig fejl eller forsømmelse.

36. I klagen gøres gældende, at A på mødet den 23. august 2006 skulle have underrettet Kommissionen om faktiske omstændigheder, som i forbindelse med sag COMP/37.990 ville være diskulperende for Intel. Til støtte for dette argument gav klageren Ombudsmanden en kopi af et dokument, som ifølge klageren er en dagsorden for mødet den 23. august 2006 (i det følgende benævnt "dagsordenen"). Klageren anfører, at dagsordenen blev udarbejdet af Kommissionens sagsgruppe. Ifølge klageren fremgår det af dagsordenen, at formålet med mødet den 23. august 2003 bl.a. var at dække følgende spørgsmål:

- Dells påståede *de facto* -eksklusivitet med Intel
- Forskelle i ydeevnen mellem Intel og AMD
- Intel-rabatsystemet, der blev indført ved udgangen af 2001, og eventuelle *modydelser* fra Dell
- A's vidneudsagn til den amerikanske Federal Trade Commission (i det følgende benævnt "FTC") om Dells interesse i at sikre Intels præstationsfordel i forhold til AMD
- Dells "single sourcing"-forretningsmodel, som førte til, at den udelukkende kom fra Intel;
- Intels "evne til at gengælde", hvis Dell skulle begynde at købe mikroprocessorer fra AMD;



- Dells usikkerhed om AMD's "køreplan";
- [**Intels rabatter til Dell siden april 2004**].

37. Efter klagerens opfattelse er det klart, at hvis dagsordenen blev fulgt [10] , fokuserede mødet den 23. august 2006 på de centrale områder i A's vidneudsagn fra FTC. Klageren anfører, at A's FTC-udsagn fritager Intel og modsiger påstandene i klagepunktsmeddelelsen [11] vedrørende Dells forhold til Intel. Alt i alt bestod A's vidneudsagn til FTC i 2003 [12] af oplysninger vedrørende de samme faktiske omstændigheder, som Kommissionen undersøgte i sag COMP/37.990. Klageren anfører, at Kommissionen havde kendskab til dette vidneudsagn senest den 18. juli 2006.

38. Efter klagerens opfattelse omfattede mødet den 23. august 2006 også noget nyt materiale, som ikke var omfattet af A's vidneudsagn om FTC, men som var lige så central som påstandene i klagepunktsmeddelelsen vedrørende Dell. F.eks. fremsatte klagepunktsmeddelelsen **[bemærkninger om grundene til, at Dell kun købte hos Intel]** . Det er efter klagerens opfattelse klart, at rigtigheden af denne påstand var et centralt emne i dagsordenen.

39. Efter klagerens opfattelse er det også rimeligt at antage, at hvis de beviser, som A havde fremlagt, havde beskyldt Intel og støttet Kommissionens påstande, ville det være blevet påberåbt af Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen. Da dette ikke var tilfældet, forekommer det også rimeligt at antage, at A's beviser enten var neutrale eller frikendte Intel.

40. Klageren hævder, at sagsbehandleren undlod at tage et detaljeret notat af sin samtale med et væsentligt vidne, som a) den vidste eller burde have kendskab til fra de dokumenter, den allerede var i besiddelse af, havde fremlagt diskulperende beviser, der modsiger mange af Kommissionens vigtigste antagelser, som senere blev indarbejdet i klagepunktsmeddelelsen, og b) med hvem den synes at have drøftet spørgsmål, der er centrale for Kommissionens sag.

41. På denne baggrund er det klart, at Kommissionens undladelse af at registrere og i sagsakterne at medtage et detaljeret notat om A's svar på sagsholdets spørgsmål udgør en meget alvorlig fejl eller forsømmelser og sætter spørgsmålstegn ved integriteten af hele Kommissionens undersøgelse.

42. Klageren anfører, at Kommissionen i sin korrespondance med klageren oprindeligt benægtede, at der var afholdt et møde. [13] Den anførte efterfølgende, at der havde fundet et møde sted, men at der ikke blev taget referat af dette møde [14] Endnu senere anførte den, at der var udarbejdet et notat til sagsakterne vedrørende dette møde, og at notatet nu ville blive optaget i de officielle sagsakter. Kommissionens høringskonsulent meddelte imidlertid Intel, at den ikke ville få adgang til dette notat, da der var tale om et " *internt dokument* " og ikke udgjorde et godkendt " *protokollat* " fra mødet [15] .

43. Klageren hævder, at udarbejdelsen af skriftlige mødereferater er god administrativ praksis, som respekterer princippet om gennemsigtighed i administrative procedurer. Det sikrer også upartiskhed i undersøgelsesprocessen. Efter klagerens opfattelse udgør Kommissionens



manglende registrering af mødet fejl eller forsømmelser.

44. Klageren henviste til artikel 24 i den europæiske kodeks for god forvaltningsskik, som pålægger Kommissionen at *føre fyldestgørende fortegnelser over deres indgående og udgående post, de dokumenter, de modtager, og de foranstaltninger, de træffer*. " Det følger heraf, at pligten til at føre fyldestgørende optegnelser efter klagerens opfattelse også skal gælde for afhøringen af et materielt diskulperende vidne. Det forhold, at sagsbehandleren undlader at gøre dette, er efter klagerens opfattelse også i strid med den gode administrative praksis, som påhviler en institution med de omfattende beføjelser, som Kommissionen har.

45. Klageren har i forbindelse med påstanden også gjort gældende, at Kommissionen ikke har overholdt princippet om gennemsigtighed i administrative procedurer. Han anfører, at sagsbehandlerens benægtelse af, at det afhørte et hovedvidne, og dets oprindelige benægtelse af, at et skriftligt notat fra mødet var blevet fremlagt — senere omdannet af høringskonsulenten til en erklæring om, at "*der ikke fandt nogen samtale sted i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003... og heller ikke blev taget nogen referater under eller efter det møde, der udgør en del af sagen*" — i strid med de faktiske omstændigheder som endeligt fastslået, og med behovet for at sikre gennemsigtighed i de administrative procedurer. Efter klagerens opfattelse udgør sagsbehandlerens adfærd en åbenbar overtrædelse af artikel 11 [16] og 12 [17] i den europæiske kodeks for god forvaltningsskik, som kræver, at Kommissionens tjenestemænd udviser en rimelig og korrekt adfærd og "*svarer så fuldstændigt og præcist som muligt på de stillede spørgsmål*".

46. I forbindelse med hans påstand hævder klageren endvidere, at Kommissionen ikke var upartisk under undersøgelsesprocessen. Han bemærker, at Kommissionen har brede og vidtrækkende beføjelser i henhold til forordning 1/2003, og hævder desuden, at Kommissionen i konkurrencesager fungerer som "*undersøgelseslederen, juryen og dommeren*" og først er underlagt domstolsprøvelse, efter at den har truffet en afgørelse. I modsætning til den ordning, der findes i visse medlemsstater, f.eks. Frankrig, hvor undersøgelses- og forvaltningsfunktionerne er fordelt mellem to agenturer, har Kommissionen navnlig beføjelse til både at foretage en undersøgelse af de faktiske omstændigheder og til at vedtage en afgørelse, der fastslår, at der foreligger en overtrædelse af konkurrencereglerne. Efter klagerens opfattelse kræver den omfattende karakter af Kommissionens beføjelser, at Kommissionen udviser særlig agtpågivenhed over for enhver tendens til partiskhed, manglende objektivitet eller overdreven retsforfølgelse, når den udfører sine undersøgelses- og pådømmende funktioner. I denne forbindelse har sagsbehandlerne efter klagerens opfattelse klart overtrådt artikel 7, 8 og 9 i den europæiske kodeks for god forvaltningsskik ved 1) at forsøge at dække over interviewet af 23. august 2006, 2) forsøg på at benægte, at der er udarbejdet en skriftlig note; 3) undlade at gøre indholdet af interviewet en del af referatet; og 4) ikke at udarbejde en detaljeret oversigt over A's spørgsmål og de svar, han har givet [18] .

47. I sin supplerende udtalelse til Ombudsmanden af 20. marts 2009 anfører Kommissionen, at medlemmer af det sagshold, der behandler undersøgelsen i sag COMP/37.990, havde et møde den 23. august 2006 med to af Dells ledende medarbejdere, A og B, samt to af Dells eksterne rådgivere. Ifølge Kommissionen var formålet med mødet at drøfte en række dokumenter, som



Dell for nylig havde forelagt Kommissionen [19] , og at forberede Kommissionens videre undersøgelse af sagen.

48. Kommissionen har anført, at Dells repræsentanter under mødet drøftede en række spørgsmål med Kommissionen. Ifølge Kommissionen besvarede Dell disse spørgsmål formelt ved brev af 22. september 2006.

49. Kommissionen har endvidere anført, at Dell mellem mødet den 23. august 2006 og fremsendelsen af den første klagepunktsmeddelelse til Intel den 26. juli 2007 indgav otte supplerende bemærkninger til Kommissionen vedrørende de centrale spørgsmål i forbindelse med undersøgelsen. Ifølge Kommissionen fik Intel fuld adgang til alle disse svar, da selskabet fik aktindsigt den 29. juli 2007, og Intel har således haft kendskab til, at mødet har fundet sted siden denne dato. Eksistensen af mødet blev yderligere bekræftet af sagsbehandlerne pr. e-mail af 21. februar 2008.

50. Hvad angår selve indholdet af mødet har Kommissionen anført, at der ikke findes andre notater eller optegnelser end notatet af 29. august 2006 i Kommissionens sagsakter. Ifølge Kommissionen sammenfatter notatet af 29. august 2006 indtryk fra en af de sagsbehandlere, der var til stede på mødet. Den indeholder oplysninger fra andre kilder, personlige synspunkter og sagsbehandlerens synspunkter om yderligere undersøgelsesstrategi. Notatet var derfor efter Kommissionens opfattelse ikke udarbejdet med det formål at blive kontraseret eller godkendt af andre mødedeltagere (og det blev heller aldrig kontraseret eller godkendt af andre mødedeltagere). Det var ikke meningen, at det på noget tidspunkt skulle blive en del af de faktiske omstændigheder (kulpatoriske eller diskulperende) som følge af undersøgelsen. Notatet af 29. august 2006 var snarere et *aide-memoire* for sagsbehandleren med henblik på at forberede yderligere efterforskningsforanstaltninger.

51. Desuden bemærkede Kommissionen, at formålet med mødet med Dell var at undersøge yderligere undersøgelsesforanstaltninger vedrørende Dell. Formålet var ikke at indsamle oplysninger i form af kontraseret protokol eller artikel 19-erklæringer.

52. Kommissionen har anført, at selv om den har gjort gældende, at der ikke var nogen forpligtelse til at fremsende notatet af 29. august 2006 til Intel, blev en ikke-fortrolig udgave af notatet, som udelukkede fortrolige oplysninger vedrørende Dell og Kommissionens strategiske overvejelser, sendt til Intel den 19. december 2008.

53. Kommissionen har anført, at selv om Intel som følge af sin aktindsigt [20] havde kendskab til mødet, underrettede Kommissionen ikke i første omgang Intel om eksistensen af notatet af 29. august 2006, da sagsholderen fandt, at det ikke var en del af de officielle sagsakter i sag COMP/37.990. Høringskonsulenten underkendte denne oprindelige holdning ved afgørelse af 7. maj 2008 og anmodede om, at notatet til sagsakterne af 29. august 2006 blev føjet til de officielle sagsakter i sag COMP/37.990. Samtidig afviste høringskonsulenten imidlertid Intels adgang til notatet af 29. august 2006 med den begrundelse, at notatet var et " *internt dokument* " og derfor ikke var tilgængeligt for Intel.



54. Med hensyn til det forhold, at Intel forelagde Ombudsmanden et dokument, der "*fremtræder*" [21] som en liste over emner, der skal drøftes på mødet, fandt Kommissionen, at det ikke er muligt ud fra selve dokumentet at afgøre, hvem dette dokument stammer fra. Kommissionen har anført, at den ikke har kunnet lokalisere dette dokument og derfor ikke med sikkerhed kan angive, hvor det stammer fra. Det pågældende dokument er sandsynligvis et personligt notat fra en sagsbehandler, som enten blev sendt til Dell pr. e-mail forud for mødet eller overgivet til Dell under mødet. Sådanne notater tjener normalt som forberedelse for både sagsholderen og de øvrige parter, der deltager i et møde, for at gøre sig bekendt med mulige emner, der kan drøftes på et møde. Under et møde afviger drøftelserne imidlertid ofte fra de emner, der er skitseret i sådanne notater, afhængigt af den begrænsede tid, der er til rådighed til sådanne møder, og de emner, der opstår i dem.

55. Kommissionen bemærkede, at Intel hævder, at Kommissionens håndtering af mødet den 23. august 2006 udgør en fejl eller forsømmelse. Kommissionen forstår, at Intels argument hviler på tre forskellige grunde. For det første hævder Intel, at de emner, der blev drøftet på dette møde, var diskulperende, og at Kommissionen derfor burde have registreret dem. For at underbygge sin påstand fremlægger Intel et dokument, hvori det anføres, at "*det synes at være en dagsorden, der er udarbejdet af sagsholderen til mødet*", og fastslår, at de emner, der er anført i dette dokument, rent faktisk blev drøftet på mødet. Intel henviser desuden til vidneudsagn fra A (en af deltagerne i mødet den 23. august 2006) for FTC den 26. marts 2003 og har gjort gældende, at 1) indholdet af dette vidneudsagn ville være diskulperende for Intel, og 2) at A måtte have afgivet lignende erklæringer som i sin FTC-deposition. For det andet har Intel gjort gældende, at Kommissionen skjulte den omstændighed, at der var blevet afholdt et møde med Dells repræsentanter, og at der var blevet udarbejdet et notat om dette møde. Endelig har Intel udledt, at Kommissionen med sin håndtering af mødet med Dell har anvendt sine beføjelser til formål, der ikke har noget retligt grundlag og ikke er begrundet i offentlige interesser, og at Kommissionen ikke har været upartisk og uafhængig ved at tage hensyn til alle relevante faktorer og tillægge hver af dem sin rette vægt.

56. Med hensyn til ovenstående har Kommissionen anført, at det i punkt 12 i meddelelsen om aktindsigt [22] hedder:

"Kommissionens tjenestegrene er ikke forpligtet til at udarbejde mødereferater med nogen person eller virksomhed. Hvis Kommissionen vælger at tage notater af sådanne møder, udgør sådanne dokumenter Kommissionens egen fortolkning af, hvad der blev sagt på møderne, hvorfor de klassificeres som interne dokumenter.

57. Kommissionen anfører, at den retspraksis, der ligger til grund for ovennævnte punkt i meddelelsen, fremgår af punkt 349-359 i TACA -dommen [23]. Den bemærker, at Retten i præmis 351 i TACA -dommen fastslår, at "*Kommissionen derimod ikke har nogen generel pligt til at udarbejde referater af de drøftelser eller telefonsamtaler med klagerne, der finder sted i forbindelse med anvendelsen af traktatens konkurrenceregler*". Kommissionen har endvidere anført, at Retten i Første Instans yderligere har bekræftet denne konklusion i *Group Danone-sagen* [24].



58. Kommissionen tilføjer endvidere, at Domstolen i præmis 358 i *TACA*, som Ombudsmanden har henvist til i sin skrivelse om indledning af undersøgelsen, og i punkt 67 i *Group Danone*, fastslog, at "*i henhold til retspraksis skal tilsidesættelsen af retten til forsvar undersøges i forhold til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag*". Retten har imidlertid i begge domme udtalt følgende:

" hvis Kommissionen i sin beslutning agter at anvende belastende beviser, der fremlægges mundtligt af en anden part, skal den stille dem til rådighed for den pågældende virksomhed, således at denne effektivt kan fremsætte bemærkninger til de konklusioner, som Kommissionen er nået frem til på grundlag af disse beviser. Den skal om nødvendigt oprette et skriftligt dokument, der skal anbringes i filen "

59. Hvad angår Intels påstande om, at der på det pågældende møde blev videregivet diskulperende oplysninger til Kommissionen, og at der foreligger en forpligtelse til at registrere sådanne oplysninger, har Kommissionen anført, at indholdet af mødet delvis vedrørte dokumenter, der allerede var indeholdt i Kommissionens sagsakter, og delvis tjente formålet med at formulere efterfølgende anmodninger om oplysninger, som Dell derefter besvarede ved skrivelse af 22. september 2006. Hvad angår Intels påstande om, at mødet skal have behandlet diskulperende oplysninger, som ikke er indeholdt i Kommissionens sagsakter, bemærker Kommissionen, at Intel for at underbygge sin påstand har henvist til A's vidneudsagn fra FTC mere end tre år forud for mødet den 23. august 2006 og til et dokument, der angiveligt viser de vejledende emner, der skal drøftes på mødet. Kommissionen har anført, at ingen af disse dokumenter indeholder beviser for, hvad der faktisk blev drøftet på mødet. Uanset om A's erklæringer til FTC tre år tidligere er diskulperende, kan den omstændighed, at A har afgivet sådanne erklæringer til FTC, ikke godtgøre, at A har fremlagt oplysninger, der kan være diskulperende for Kommissionen. Ifølge Kommissionen vedrører A's erklæring, der blev fremsat for FTC, i vid udstrækning en periode forud for den praksis, som Kommissionen gjorde indsigelse mod i sin klagepunktsmeddelelse af 26. juli 2007. [25] Dette bekræftes yderligere af de spørgsmål, der blev rejst under mødet, og som Dell har besvaret skriftligt, og som i vid udstrækning vedrørte et AMD-produkts (Hammer) ydeevne i løbet af 2002. Den vejledende liste over emner [26] betyder heller ikke, at disse emner rent faktisk blev behandlet (delvist eller fuldt ud) på mødet, og hvis de blev behandlet, med hvilket detaljeringsniveau. Kommissionens "*foreløbige vurdering*" er derfor, at mødet ikke omfattede diskulperende oplysninger [27]. Efter Kommissionens opfattelse fremlagde Intel ikke beviser, der kunne afkræfte denne foreløbige vurdering. Kommissionen bemærkede, at den endelige afgørelse af, hvilke oplysninger der ville være diskulperende eller belastende, først kan foretages, når Kommissionen har afsluttet procedurens undersøgelsesfase.

60. Endelig understregede Kommissionen, at den relevante retspraksis, som undtagelsesvis fastsætter en forpligtelse til at udarbejde et skriftligt dokument til sagsakterne med hensyn til belastende beviser, ikke finder anvendelse i denne sag, fordi mødet ikke vedrørte oplysninger, som Kommissionen "*har til hensigt at anvende i [eventuel] beslutning*". Den bemærkede, at ingen af de to klagepunktsmeddelelser, der blev fremsendt i denne sag, støttede sig på indholdet af mødet den 23. august 2006. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt mødet omfattede diskulperende oplysninger, kan dette først besvares endeligt i fremtiden, når



Kommissionen er i besiddelse af alle de oplysninger, der er nødvendige for at træffe en afgørelse i den foreliggende sag [28] .

61. Kommissionen bemærkede, at den omstændighed, at en sagsbehandler besluttede at udarbejde et notat til sagens akter, der *bl.a. sammenfatter hans* indtryk af mødet, ikke gør dette rent interne dokument til et tilgængeligt dokument, som Kommissionen var forpligtet til at give Intel. Dette blev også bekræftet af høringskonsulenten, og dokumentet blev derfor fremsendt til Intel den 19. december 2008 " *kun af høflighedshensyn* " .

62. Kommissionen behandlede derefter de spørgsmål, som Ombudsmanden havde rejst, da den indledte denne undersøgelse (jf. punkt 7 ovenfor). Hvad angår det første spørgsmål, som Ombudsmanden rejser, konkluderer Kommissionen, at den handlede i fuld overensstemmelse med meddelelsen om aktindsigt og Domstolens afgørelser i TACA- sagen [29] og *Groupe Danone* [30] , da den ikke tog referat af mødet med Dells repræsentanter den 23. august 2006, eftersom disse bestemmelser og domme ikke forpligtede den til at gøre dette i forbindelse med den foreliggende sag.

63. Med hensyn til det andet spørgsmål, som Ombudsmanden rejser, konkluderer Kommissionen, at det ikke kan fastslås, hvem ophavsmanden til dokumentet "*Indikativ liste over emner, der skal drøftes* " var, men at dette dokument sandsynligvis blev forelagt Dell af en sagsbehandler i Kommissionen forud for eller under mødet. Sådanne notater tjener typisk som en måde at tilrettelægge forberedelsen af møder på og følges ikke nødvendigvis nøje under mødet. Desuden bekræfter Kommissionen, at de spørgsmål, som Dell har besvaret skriftligt (i sin skriftlige opfølgning af mødet), "*med al sandsynlighed* " blev drøftet på mødet den 23. august 2006.

64. Med hensyn til det tredje spørgsmål, som Ombudsmanden rejser, konkluderer Kommissionen, at der ikke blev taget referat af mødet den 23. august 2006. Notatet af 29. august 2006 udgør ikke et "*referat* " , da det ikke er udarbejdet med henblik på at give et fuldstændigt resumé af mødets indhold, men med henblik på at forberede yderligere undersøgelsesforanstaltninger vedrørende Dell. Det er desuden ikke muligt at fastslå, hvilket indhold af notatet af 29. august 2006 der stammer fra mødet, og som stammer fra andre kilder. Notatet af 29. august 2006 var heller ikke beregnet til at blive kontrasigneret af Dell. De efterforskningsforanstaltninger, der fulgte efter dette notat, har udløst omfattende bemærkninger fra Dell, som blev gjort fuldt tilgængelige for Intel.

65. Med hensyn til det fjerde spørgsmål, som Ombudsmanden har rejst, konkluderer Kommissionen, at Dells repræsentanter ikke er blevet anmodet om at underskrive noget referat, da formålet med mødet den 23. august 2006 ikke var at fremlægge en erklæring i henhold til artikel 19. Desuden havde notatet til sagsakterne i de samme afsnit ovenfor ikke til formål at udarbejde referater af mødet og har ikke til formål præcist eller fuldt ud at afspejle indholdet af mødet. Det er derfor ikke muligt på nuværende tidspunkt at anmode Dell om at underskrive referatet af mødet, da der ikke findes et sådant referat.

66. Kommissionen gjorde gældende, at den ikke skjulte den omstændighed, at der fandt et



møde sted. Intel fik kendskab til et notat til sagsakterne vedrørende høringen i løbet af anden fase af den sædvanlige aktindsigtsprocedure, hvor afgørelser om aktindsigt først træffes af GD COMP og derefter kontrolleres af høringskonsulenten.

67. På grundlag af de ovenfor beskrevne faktiske omstændigheder gør Kommissionen gældende, at behandlingen af ovennævnte møde var i fuld overensstemmelse med de gældende retlige bestemmelser og på ingen måde rejser tvivl om objektiviteten og upartiskheden af Kommissionens undersøgelse. Selskabet har gjort gældende, at Intels redegørelse for begivenhederne er unøjagtig og ufuldstændig. Efter Kommissionens opfattelse er der elementer, der underbygger denne konklusion, nemlig selve notatet af 29. august 2006.

68. I sine bemærkninger af 14. april 2009 og 16. april 2009 som svar på Kommissionens udtalelse af 20. marts 2009 anførte klageren, at dagsordenen, som blev udarbejdet af Kommissionen forud for mødet den 23. august 2006, skitserede centrale emner. Han bemærkede, at mange af disse emner ville blive grundlaget for Kommissionens påstande i klagepunktsmeddelelsen af 26. juli 2007. Klageren anførte, at Kommissionen forud for mødet den 23. august 2006 gennemgik A's vidneudsagn fra 2003 for FTC. Som det fremgår af dagsordenen, vidste Kommissionen forud for mødet, at en stor del af A's tidligere vidneudsagn var tæt forbundet med emnerne på dagsordenen. Kommissionen var desuden fuldt ud klar over, at A var **[en ledende Dell-leder]**, og at han var **[den øverste ledelse af Dell]** ansvarlig for Dells forhold til Intel. Som følge heraf er det ganske enkelt ikke troværdigt, at Kommissionen ikke havde forudset, at A ville fremlægge vigtige beviser under mødet, og i betragtning af A's vidneudsagn fra 2003 for FTC, at disse beviser sandsynligvis ville være diskulperende for Intel.

69. Klageren anfører, at Kommissionen i sine bemærkninger forsøger at aflede den åbenlyse konklusion om, at interviewet med A fokuserede på Kommissionens vigtigste påstande vedrørende Dell. Kommissionen forsøger at fjerne pålideligheden af dagsordenen for mødet ved at anføre, at "*sådanne notater er en måde at tilrettelægge forberedelsen af møder på og ikke nødvendigvis følges nøje under mødet*". I sin udtalelse til Ombudsmanden medgiver Kommissionen imidlertid også, at "*de spørgsmål, som Dell har besvaret i bilag VII til Intels klage, efter al sandsynlighed blev drøftet på mødet den 23. august 2006*". Endvidere bekræfter notatet af 29. august 2006 utvetydigt, at mødet fulgte den foreslåede dagsorden nøje. Således hedder det f.eks. i notatet af 29. august 2006, at "*Q & A'en fokuserede på [A's] deposition til FTC og navnlig på "Dells produktstrategi", "[Dells beslutning om at hente fra Intel og dets forhold til Intels rabatprogram]" og "[Intels svar, hvis Dell ændrer sin tilgang]"*". Alle disse emner er identificeret i dagsordenen.

70. Klageren anfører, at notatet af 29. august 2006 og A's samstemmende vidneudsagn for FTC i 2003 og i AMD's civile sag mod Intel i **2009** utvetydigt viser, at A skulle have fremlagt beviser under mødet, som Kommissionen på daværende tidspunkt anerkendte som diskulperende for Intel. En af de ikke-redigerede dele af noten **[redigeret]** støtter klart et af Intels centrale forsvarsargumenter og er derfor klart diskulperende.

71. Klageren anfører, at Intel har godtgjort, at A i sit vidneudsagn fra 2003 for FTC har fremlagt meget diskulperende beviser vedrørende præcis de samme emner, der blev behandlet på



mødet den 23. august 2006. Kommissionens anbringende har til formål at afvise bevisværdien af A.'s vidneudsagn fra FTC, som både var stærkt diskulperende for Intel, og som ifølge Kommissionens egen opfattelse udgjorde "fokus" på mødet den 23. august 2006, idet den gjorde gældende, at "A's udtalelser, der blev afgivet for FTC, i vid udstrækning vedrører en periode, der går forud for den praksis, som Kommissionen har gjort indsigelse mod i [indsigelseserklæringen]". Med hensyn til Kommissionens forslag om, at A's svar på mødet den 23. august 2006 kunne have været forskellige fra hans vidneudsagn fra FTC, anfører klageren, at: i) A's vidneudsagn fra FTC blev afgivet under ed; og ii) **2009** afgav A på ny edsvoren vidneudsagn, der bekræftede, at de centrale punkter i FTC's vidneudsagn fra 2003 om, at Dell ikke havde et eksklusivt forhold til Intel, og at Intel ikke "truede" eller "straffede" Dell for at overveje en strategi med to kilder, fandt tilsvarende anvendelse i hele den påståede overtrædelsesperiode.

72. Klageren anfører, at det på denne baggrund ganske enkelt ikke er troværdigt, at A ville have vidnet én vej under ed i 2003 og 2009, men at han i modsætning hertil havde fremlagt beviser for Kommissionen vedrørende de samme spørgsmål i 2006. FTC's vidneudsagn fra 2003 efterlader navnlig ingen tvivl om, at de oplysninger, A gav Kommissionen under mødet den 23. august 2006, undergravede Kommissionens hovedanbringelser vedrørende Dell og derfor var stærkt diskulperende for Intel.

73. Klageren anfører, at eftersom dagsordenen og A's vidneudsagn om FTC var mødets fokus, ville Kommissionen på mødet have vidst, at de beviser, som A havde fremlagt for FTC, var diskulperende for Intel. Som følge heraf var Kommissionen forpligtet til enten at udarbejde en udskrift under mødet eller efterfølgende at udarbejde en fyldestgørende fortegnelse over de diskulperende beviser, der blev fremlagt. Klageren anfører imidlertid, at Kommissionen utvetydigt har erkendt, at den ikke har foretaget en tilstrækkelig registrering. Desuden er den omstændighed, at det er nødvendigt at indlede en drøftelse af, hvad der blev sagt på mødet den 23. august 2006, det direkte resultat af Kommissionens fejl eller forsømmelser. Hvis Kommissionen havde taget et fuldstændigt notat eller optaget en udskrift af mødet den 23. august 2006 som krævet i god administrativ praksis, ville der ikke være nogen usikkerhed med hensyn til præcist, hvad A sagde, og som følge heraf ingen debat om, hvorvidt A's erklæringer er relevante for Kommissionens påstande og/eller diskulperende for Intel.

74. Med hensyn til Kommissionens retlige argumenter anfører klageren, at Kommissionen søger at unddrage sig alvoren af dens manglende fuldstændige referat af mødet den 23. august 2006 ved at gøre gældende, at "hvis mødet ville have omfattet diskulperende oplysninger, kan han kun svare endeligt, når Kommissionen vil have alle de oplysninger, der kan træffes afgørelse i den foreliggende sag". Kommissionen synes med andre ord at hævde, at den alene har eneret til at beslutte: i) om beviserne faktisk er diskulperende og derfor bør gøres til genstand for en detaljeret skriftlig protokol og ii) hvornår den om nogensinde vil videregive sådanne diskulperende beviser til en tiltalt i forbindelse med en igangværende efterforskning. Dette kan umuligt være en korrekt formulering af en acceptabel administrativ procedure. Hvis det for det første kun er muligt at fastslå, om beviserne er diskulperende efter afslutningen af undersøgelsen, ville det aldrig være muligt for Kommissionen at vide, hvornår det var nødvendigt at udarbejde et fuldstændigt referat af et møde. For det andet kunne Kommissionen,



hvis Kommissionens tilgang blev accepteret, således som den har forsøgt at gøre i den foreliggende sag, skjule eksistensen af diskulperende beviser for sagsøgte. Efter klagerens opfattelse er det åbenbart, at en sådan fortolkning ville medføre en alvorlig krænkelse af sagsøgtes ret til forsvar. Klageren anfører, at det er fast retspraksis, at "*i en kontradiktorisk procedure, der er indført ved forordningerne om anvendelse af artikel 81 EF og 82 EF, kan det ikke alene tilkomme Kommissionen at afgøre, hvilke dokumenter der kan anvendes til at forsvare virksomheder i sager om overtrædelse af konkurrencereglerne.*" [31] Navnlig henset til det generelle princip om "våbenlighed" er det ikke acceptabelt, at Kommissionen alene kan afgøre, om den vil anvende dokumenter mod sagsøgeren eller ej, når sagsøgeren ikke har haft adgang til dem og derfor ikke er i stand til på samme måde at afgøre, om den vil anvende dem til sit forsvar eller ej.

75. Klageren anfører, at Kommissionen søger at skabe det indtryk, at den gjorde Intel opmærksom på, at der var et møde med A i de dokumenter, som selskabet fik udleveret i forbindelse med aktindsigten. Klageren anfører, at henvisningen til mødet med A dukkede op i et enkelt Dell-dokument, blandt de hundredtusindvis af sider med filmateriale, som Intel fik udleveret. Intel blev ikke klar over, at dette dokument indeholdt en henvisning til et møde med A før i midten af januar 2008, efter at Intel havde indgivet sit svar på klagepunktsmeddelelsen. Klageren anførte, at hvis der er behov for mere for at vurdere troværdigheden af Kommissionens synspunkt, er det tilstrækkeligt at minde om, at Kommissionen, da den blev spurgt om mødet, oprindeligt benægtede, at der havde været en samtale med A, og at der var udarbejdet et notat fra dette interview. Efter klagerens opfattelse fremgår det af disse begivenheder, at Kommissionen forsøgte at skjule og fjerne diskulperende beviser. Også efter klagerens opfattelse udgør denne forseelse (og den manglende fuldstændige notat fra mødet, som ville have elimineret enhver debat om, hvad A sagde) en alvorlig fejl eller forsømmelse.

76. Sammenfattende har klageren anført, at det i lyset af Fællesskabets retsinstansers retspraksis er klart, at Kommissionens argument om, at det alene tilkommer Kommissionen at afgøre "*definitivt*" om materiale er diskulperende, og om det skal udleveres til sagsøgte, er uholdbart og er blevet afvist af Fællesskabets retsinstanser.

77. Endelig anfører klageren, at Kommissionen hævder, at den retspraksis, der krævede, at Kommissionen udarbejdede et tilstrækkeligt referat, ikke fandt anvendelse på notatet af 29. august 2006, "*fordi mødet ikke vedrørte oplysninger, som Kommissionen har til hensigt at anvende i en eventuel beslutning*". Dette argument tjener kun til at afsløre Kommissionens grundlæggende misforståelse af de relevante spørgsmål. Kommissionens indrømmelse af, at den ikke agter at anvende oplysningerne fra mødet med A i en endelig afgørelse, understreger selve essensen af klagerens første påstand. Med andre ord er det netop fordi Kommissionen ikke har til hensigt at anvende diskulperende beviser for, at Intels ret til forsvar er blevet krænket. En sagsøgt skal have adgang til diskulperende beviser for at kunne anvende disse beviser i sit eget forsvar. Kommissionens holdning ville fuldstændig undergrave Intels ret til forsvar og ville reelt udelukke Intel og enhver anden sagsøgt i en konkurrencesag fra at anvende eksisterende diskulperende beviser, som Kommissionen var i besiddelse af. Dette resultat er hverken acceptabelt eller i overensstemmelse med fællesskabsretten. Sammenfattende fremgår det utvetydigt af retspraksis, at det med hensyn til diskulperende



beviser er tilstrækkeligt, at virksomheden godtgør, at den ville have kunnet anvende de diskulperende dokumenter i sit svarskrift i den forstand, at den, hvis den havde kunnet påberåbe sig dem under den administrative procedure, ville have været i stand til at fremlægge beviser, som ikke var i overensstemmelse med Kommissionens konstateringer på dette tidspunkt, og som derfor ville have haft en vis indflydelse på Kommissionens vurdering i enhver beslutning, som den vedtog. Rettens tilgang til diskulperende dokumenter afspejles også i retspraksis vedrørende Kommissionens forpligtelse til at oprette et fyldestgørende referat af møder, hvor der er givet diskulperende oplysninger.

78. Ifølge klageren bekræfter og støtter *TACA*-dommen (som Kommissionen ønsker at støtte sig på i sin udtalelse til Ombudsmanden) Intels påstand om, at Kommissionen var forpligtet til at fremlægge et fyldestgørende referat af mødet med A. I *TACA* blev de sagsøgte anbringende om Kommissionens manglende fremlæggelse af referater af et møde med klageren afvist på grundlag af de konkrete omstændigheder i sagen. Sammenfattende kunne de sagsøgte i *TACA*-dommen ikke angive, hvilke diskulperende beviser der var blevet anmodet om, eller fremføre det mindste tegn på, at der forelå sådanne beviser, og dermed deres relevans i den foreliggende sag. Desuden blev de sagsøgte andet anbringende i *TACA*-sagen om, at Kommissionen undlod at udarbejde et referat af et møde med en tredjepart, ligeledes forkastet, fordi de sagsøgte ikke kunne identificere de pågældende diskulperende beviser og ikke havde fremlagt noget bevis for, at de var til stede og dermed for, at de var anvendelige i denne sag. Klageren hævdede, at der ikke kan være nogen tvivl om, at Intel i modsætning til situationen i *TACA*-sagen i tilstrækkelig grad har specificeret de ønskede diskulperende beviser og også i tilstrækkelig grad har påvist, at der forelå sådanne beviser, og at de er relevante og nyttige for Kommissionens undersøgelse. Klageren gjorde derfor gældende, at *TACA*-dommen på ingen måde ændrer konklusionen om, at Kommissionen klart var forpligtet til i) at udarbejde et fyldestgørende referat af samtalen med A i betragtning af den tilsyneladende diskulperende karakter af de oplysninger, som A havde afgivet under mødet, og ii) stille dette referat til rådighed for Intel.

79. Kommissionen har i sin anden supplerende udtalelse, der blev forelagt Ombudsmanden den 10. juni 2009, gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt erklæringer, som A måtte have fremsat den 23. august 2006, kunne være diskulperende, som det blev understreget i Kommissionens udtalelse af 20. marts 2009, kun kunne afgøres med sikkerhed i lyset af Kommissionens endelige konklusioner om Intels praksis, som kommer til udtryk i en endelig afgørelse. Inden en sådan beslutning træffes, vurderer Kommissionen på grundlag af sin foreløbige vurdering af den sag, som den løbende udvikler, hvilke oplysninger der er relevante for sagen. På dette grundlag har Kommissionen til enhver tid en foreløbig vurdering af oplysningernes diskulperende eller belastende karakter. Det er imidlertid først på tidspunktet for den endelige afgørelse, at denne opfattelse bliver endelig. Det var derfor ikke før udkastet til endelig afgørelse, at Kommissionen endeligt vurderede, om eventuelle erklæringer, som A måtte have fremsat den 23. august 2006, kunne være diskulperende. Den endelige beslutning [32] omhandler faktisk i vid udstrækning A's bemærkninger i USA, for så vidt som de vedrører de betingelser, der var knyttet til de rabatter, Intel havde ydet Dell. Kommissionen konkluderer i det væsentlige, at A under sine vidneudsagn ikke ændrede sin holdning til det relevante spørgsmål om, hvorvidt Intels rabatter til Dell var betingede. Kommissionen konkluderer



endvidere, at ingen af A's udtalelser under nogen af hans vidneudsagn er i modstrid med Kommissionens konstateringer vedrørende Intels misbrug. På denne baggrund er det ikke plausibelt at antage, at A ville have tilføjet noget af relevans for sagen på mødet den 23. august 2006, som ikke allerede var i Kommissionens sagsakter. Der er intet, der tyder på, at A mellem marts 2003 og februar 2009 ville have haft grund til at ændre sin holdning og til at forsyne Kommissionen med en anden version af de faktiske omstændigheder end den, der blev fremlagt for FTC og Delaware Court. Der er intet grundlag for at antage, at Kommissionen har set bort fra yderligere faktiske omstændigheder, som er relevante for Intels forsvar, og som blev meddelt selskabet under dette møde.

80. Kommissionen fastholdt sin retsstilling, som er beskrevet i punkt 22-30 i sine bemærkninger til Ombudsmanden af 20. marts 2009, og som afspejles i betragtning 39-49 i afgørelsen af 13. maj 2009, hvorefter den ikke var forpligtet til at optage eller tage notater af samtalen med A. Dette spørgsmål er imidlertid uden relevans for den foreliggende sag, eftersom Intel ikke er i stand til at dokumentere, hvordan de faktiske omstændigheder, som A angiveligt fremlagde den 23. august 2006, ville have tilbagevist Kommissionens konklusioner i afgørelsen.

81. I sine bemærkninger af 15. juni 2009 vedrørende Kommissionens supplerende udtalelse af 10. juni 2009 anførte klageren, at Kommissionen i vid udstrækning gentog de argumenter, der var fremsat i Kommissionens tidligere indlæg af 20. marts 2009. Kommissionen gentog navnlig, at den har enekompetence til at beslutte: i) hvorvidt beviser er diskulperende og derfor bør gøres til genstand for en detaljeret skriftlig protokol og ii) hvornår den om nogensinde vil videregive sådanne diskulperende beviser til en tiltalt. Ifølge Kommissionen kunne den diskulperende karakter af de erklæringer, A fremsatte under samtalen den 23. august 2006, kun fastslås " *med sikkerhed i lyset af Kommissionens endelige konklusioner om Intels praksis, som udtrykt i en endelig beslutning*", således at " *det ikke var før udkastet til endelig beslutning, at Kommissionen endeligt vurderede, om eventuelle erklæringer, som A måtte have fremsat den 23. august 2006, kunne være diskulperende* ". Klageren anfører, at Kommissionens holdning, som forklaret nærmere i hans bemærkninger af 14. april 2009, er blevet afvist af Fællesskabets retsinstanser. [33] Klageren anførte igen Fællesskabets retsinstansers utvetydige konklusion om, at en sagsøgt skal kunne anvende og basere sig på diskulperende materiale " *under den administrative procedure* " for at behandle Kommissionens konklusioner " *på dette stadium* " og med henblik på " *at have en vis indflydelse på Kommissionens vurdering i den endelige beslutning* " direkte modsiger Kommissionens argument om, at den kan tilbageholde potentielt diskulperende materiale indtil den endelige beslutning. Klageren gentog sit argument om, at det ikke alene tilkommer Kommissionen at afgøre, hvilke beviser Intel kan bruge til sit forsvar. Han gentog sit argument om, at Intel kunne have påberåbt sig dette notat i sit svarskrift, hvis Kommissionen havde fremsat et (korrekt) notat fra mødet den 23. august 2006.

Ombudsmandens vurdering

82. Indledningsvis bemærker Ombudsmanden, at Kommissionens rolle som traktatens vogter og navnlig dens rolle med hensyn til at sikre overholdelsen af artikel 81 EF og 82 EF kræver, at den, når den beslutter at indlede en undersøgelse af en formodet overtrædelse af artikel 81 EF eller 82 EF, bestræber sig på at informere sig tilstrækkeligt om alle relevante faktiske



omstændigheder [34] . Kommissionen bør, når den søger at få kendskab til de relevante faktiske omstændigheder, ikke sondre mellem indicier, der kan tyde på, at en virksomhed har overtrådt artikel 81 EF eller 82 EF (andragende beviser), og beviser, der kan tyde på, at en virksomhed ikke har overtrådt artikel 81 EF eller 82 EF (eksklusive beviser). Sammenfattende har Kommissionen pligt til at forblive uafhængig, objektiv og upartisk [36] , når den indsamler relevante oplysninger i forbindelse med udøvelsen af sine undersøgelsesbeføjelser i henhold til artikel 81 EF og 82 EF.

83. Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i forhold til artikel 81 EF og 82 EF er fastsat i forordning 1/2003. [37] Ikrafttrædelsen den 1. maj 2004 [38] af forordning 1/2003 førte til/bevirkede en styrkelse af Kommissionens undersøgelsesbeføjelser i forhold til dem, der var fastsat i forgængerens til forordning 1/2003, dvs. forordning 17/62. [39] For så vidt angår afgivelse af erklæringer har 25. betragtning til forordning 1/2003 følgende ordlyd:

"Det bliver stadig vanskeligere at opdage overtrædelser af konkurrencereglerne, og for at beskytte konkurrencen effektivt er det nødvendigt at supplere Kommissionens undersøgelsesbeføjelser. Kommissionen bør navnlig have beføjelse til at afhøre enhver person, der er i besiddelse af nyttige oplysninger, og til at registrere de fremsatte erklæringer."

84. Artikel 19 i forordning 1/2003 (Beføjelse til at afgive erklæringer) udgør retsgrundlaget for Kommissionens beføjelse til at foretage samtaler med henblik på indsamling af oplysninger om genstanden for en undersøgelse. Artikel 19, stk. 1, har følgende ordlyd:

" Med henblik på at udføre de opgaver, der pålægges den ved denne forordning, kan Kommissionen afhøre enhver fysisk eller juridisk person, der giver sit samtykke til at blive interviewet med henblik på at indsamle oplysninger om genstanden for en undersøgelse. "

85. I sine udtalelser til Ombudsmanden [40] hævder Kommissionen, at den ikke er forpligtet til at udarbejde "protokoller " fra møder med nogen person eller virksomhed (understregning tilføjet af Ombudsmanden). Sagsøgeren har gjort gældende, at sådanne dokumenter i henhold til sin egen meddelelse om aktindsigt, såfremt Kommissionen *vælger* at udarbejde mødenotater, udgør dens egen fortolkning af, hvad der blev sagt på møderne, hvorfor de klassificeres som interne dokumenter [41] . Kommissionen har anført, at dens opfattelse er i overensstemmelse med Rettens afgørelser i *TACA-* sagen [42] og *Group Danone* . [43] Kommissionen har navnlig gjort gældende, at mødet den 23. august 2006 ikke var en "*samtale* " i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003.

86. Ombudsmanden bemærker, at analysen ved undersøgelsen af kvalificeringen af en retsakt ikke kan begrænses til at tage hensyn til retsaktens officielle titel, men skal baseres på objektive forhold, som gør det muligt at foretage en domstolskontrol. Disse forhold omfatter bl.a. retsaktens formål og indhold [44] . Da valget af form ikke kan ændre en retsakts karakter, skal det undersøges, om en retsakts indhold fuldt ud er i overensstemmelse med den form, som den pågældende institution har tillagt den [45] .

87. Ombudsmanden mener, at en samtale [46] kun vil falde ind under anvendelsesområdet for



artikel 19 i forordning 1/2003, hvis formålet er at indsamle oplysninger om genstanden for en undersøgelse. Et møde, der har til formål og indhold at afgøre, om oplysninger, der allerede er indsamlet, skal klassificeres som fortrolige forretningshemmeligheder, eller et møde, der har til formål og indhold at tilrettelægge et proceduremæssigt skridt i forbindelse med undersøgelsen, er således ikke "interview" i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003 (herefter "artikel 19-interviews"). Endvidere vil et møde, der har til formål og indhold at give tredjemand oplysninger om Kommissionens synspunkter, ikke være et "artikel 19-interview". Endvidere vil et møde, der har til formål og indhold at indsamle oplysninger, der ikke vedrører "genstanden for en undersøgelse" (f.eks. indsamling af oplysninger, der skal anvendes til evaluering af konkurrencepolitikken generelt [47]), ikke være et "artikel 19-interview" [48].

88. Ombudsmanden bemærker også, at Kommissionen har en rimelig skønsmargen med hensyn til, om den skal gennemføre et "artikel 19-interview". [49] Når Kommissionen udøver dette skøn og vælger at interviewe en tredjepart med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse, bør kvalificeringen af det deraf følgende interview imidlertid ikke være vilkårlig, men snarere være baseret på interviewets formål og indhold.

89. Ombudsmanden har nøje undersøgt beviserne i forbindelse med mødet den 23. august 2006 og har noteret sig følgende:

a. Det fremgår af dagsordenen for mødet den 23. august 2006, at de spørgsmål, der skulle drøftes på mødet, vedrørte genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990. Det er således klart, at Kommissionen ved at fastsætte denne dagsorden havde til formål at indsamle oplysninger på mødet den 23. august 2006.

B. I notatet af 29. august 2006 sammenfattes indtryk fra en af de sagsbehandlere, der var til stede på mødet den 23. august 2006. Selv om notatet er et resumé, indeholder det imidlertid omfattende faktuelle oplysninger fra A (leder i Dell) vedrørende mindst en række af de spørgsmål, der blev drøftet på mødet den 23. august 2006. Det fremgår af en gennemgang af notatet af 29. august 2006, at formålet med og indholdet af dette møde direkte vedrørte indsamlingen af oplysninger fra Dell, som vedrørte genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990. Nærmere bestemt henviser notatet af 29. august 2006 i mange tilfælde til spørgsmål stillet af Kommissionen til A og til A's svar. Det er således klart, at Kommissionen ved at stille spørgsmål til A havde til formål at indsamle oplysninger på mødet den 23. august 2006. Disse svar udgjorde oplysninger, der var direkte forbundet med genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990. Indholdet af mødet var således oplysninger, der direkte vedrørte genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990.

C. Det fremgår af en gennemgang af Dells skriftlige opfølgning af mødet den 23. august 2006, at formålet med og indholdet af det nævnte møde direkte vedrørte indsamlingen fra Dell af oplysninger om genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990. Dells svar hedder "møde med [Mr A] 23. august 2006 Opfølgning af mundtlige forespørgsler hævet af Europa-Kommissionen". Dell besvarer i sit svar otte spørgsmål fra Kommissionen. Det fremgår f.eks. klart af svaret på spørgsmål 4, første afsnit, at Kommissionen på mødet den 23. august 2006 stillede A spørgsmål, der direkte vedrørte genstanden for undersøgelsen, og at A på



samme møde den 23. august 2006 fremsendte oplysninger til Kommissionen som svar på disse spørgsmål. Der kan drages lignende konklusioner af en gennemgang af første afsnit i besvarelsen af det sjette spørgsmål. Det er således klart, at Kommissionen ved at stille spørgsmål til A havde til formål at indsamle oplysninger på mødet den 23. august 2006. Indholdet af mødet var oplysninger, der direkte vedrørte genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990.

90. Ombudsmanden konkluderer derfor, at Kommissionen på mødet den 23. august 2006 indhentede oplysninger fra A, som var direkte forbundet med genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990, at de spørgsmål, der faktisk blev drøftet på mødet den 23. august 2006, direkte vedrørte genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990, og at A gav Kommissionen konkrete oplysninger, som var direkte forbundet med genstanden for undersøgelsen i sag COMP/37.990. I lyset af ovenstående konkluderer Ombudsmanden, at mødet den 23. august 2006 i lyset af dets formål og indhold burde være blevet klassificeret som en "artikel 19-interview". Efter at have nået denne konklusion bemærker Ombudsmanden, at Fællesskabets retsinstanser endnu ikke har haft mulighed for at fortolke artikel 19 i forordning 1/2003. Det skal erindres, at Domstolen er den øverste myndighed med hensyn til betydningen og fortolkningen af fællesskabsretten [50] .

91. Forordning 773/2004 fastsætter særlige regler for Kommissionens indledning af procedurer samt behandling af klager og høring af de berørte parter. Artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 (Beføjelse til at afgive erklæringer) har følgende ordlyd:

" 1. Hvis Kommissionen afhører en person med dennes samtykke i overensstemmelse med artikel 19 i forordning (EF) nr. 1/2003, angiver den ved samtalebegyndelse retsgrundlaget for og formålet med samtalen og minder om dens frivillige karakter. Den underretter også den interviewede person om, at den har til hensigt at optage samtalen.

2. Samtalen kan gennemføres på en hvilken som helst måde, herunder telefonisk eller elektronisk.

3. Kommissionen kan optage udtalelserne fra de interviewede personer i enhver form. En kopi af enhver optagelse skal stilles til rådighed for den interviewede til godkendelse. Kommissionen fastsætter om nødvendigt en frist, inden for hvilken den interviewede person kan meddele den eventuelle rettelse af erklæringen. "

92. Artikel 3 i forordning 773/2004 indeholder således en række forpligtelser, som Kommissionen skal opfylde, når et møde på grund af sit formål og indhold skal kvalificeres som en "samtale" i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003. Denne fortolkning bekræftes af anvendelsen af det bydende nødvendige tilfælde ("skal") i forbindelse med hver af disse forpligtelser. Det skal understreges, at artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 ikke bør fortolkes således, at den fastsætter betingelser, der skal være opfyldt, for at en samtale kan kvalificeres som en "artikel 19-interview", men indeholder en række forpligtelser, som skal overholdes, når en samtale korrekt kvalificeres som en "artikel 19-interview". Som det fremgår af præmis 88 ovenfor, bør samtalen, når den afhører en tredjepart med henblik på indsamling af oplysninger



om genstanden for en undersøgelse, i betragtning af dens formål og indhold kvalificeres som en "artikel 19-interview". Faktisk betyder manglende overholdelse af en forpligtelse i henhold til artikel 3 i forordning 773/2004 ikke, at en samtale ophører med at være en "artikel 19-interview", men snarere, at Kommissionen har undladt at opfylde en forpligtelse i forbindelse med en "artikel 19-interview".

93. De forpligtelser, som Kommissionen skal opfylde, når et møde skal betegnes som et "artikel 19-interview", omfatter forpligtelsen til at angive retsgrundlaget og formålet med samtalen og forpligtelsen til at tilbagekalde samtalens frivillige karakter ved samtalens begyndelse. Den indeholder også en forpligtelse for Kommissionen til at underrette den interviewede person om, at den har til hensigt at registrere samtalen.

94. I artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 hedder det, at Kommissionen "kan optage udtalelser fra de interviewede personer under enhver form" (min fremhævelse). Artikel 3 i forordning 773/2004 giver således klart Kommissionen et skøn med hensyn til, *hvordan* den registrerer en samtale i henhold til artikel 19 [51]. Artikel 3 i forordning 773/2004 bestemmer også, at når en optagelse er foretaget, skal en kopi af en sådan optagelse stilles til rådighed for den interviewede person med henblik på godkendelse. Ordlyden af artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 er imidlertid ikke nødvendigvis så klar med hensyn til, om Kommissionen er retligt forpligtet til at registrere et interview i henhold til artikel 19 i forordning 773/2004. [52] Artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 fastsætter ikke specifikt, at der skal foretages en optagelse af et "artikel 19 interview". [53] Artikel 3, stk. 3, i forordning 773/2004 bestemmer endvidere, at "[en] kopi af enhver optagelse skal stilles til rådighed for den person, der interviewes med henblik på godkendelse." (fremhævelse tilføjet) Anvendelsen af ordet "eventuelt" i artikel 3, stk. 3, i forordning (EF) nr. 773/2004 kan forstås således, at Kommissionen juridisk set har et skøn med hensyn til, om der skal registreres et interview i artikel 19."

95. Selv om det blev accepteret, at artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 ikke pålægger en *retlig* forpligtelse til at registrere et "artikel 19-interview" [55], men snarere giver Kommissionen et skøn med hensyn til, om den registrerer en "artikel 19-interview" eller ej, bemærker Ombudsmanden, at selv om manglende overholdelse af retsreglerne er en form for fejl eller forsømmelser, er begrebet fejl og forsømmelser bredere end begrebet lovlighed. Navnlig skal administrationen, når den udøver en skønsmåling, altid have gode og legitime grunde til at vælge en fremgangsmåde frem for en anden [56].

96. Som anført i præmis 82 ovenfor kræver Kommissionens rolle i forbindelse med overholdelsen af artikel 81 EF og 82 EF, at den, når den indleder en undersøgelse af en formodet overtrædelse af artikel 81 EF eller 82 EF, fuldt ud informerer sig om alle relevante faktiske omstændigheder. Selv om det antages, at Kommissionen har en vis skønsmargen med hensyn til optagelsen af et "artikel 19-interview", og selv om det hævdes, at en samtale med en tredjepart, hvor der indsamles oplysninger om genstanden for en undersøgelse, ikke bør kvalificeres som en "artikel 19-interview", er Ombudsmanden af den opfattelse, at den ville overskride Kommissionens skønsmargen — og dermed tilsidesætte et princip om god forvaltningsskik, hvis Kommissionen anvender denne skønsmargen på en måde, der indebærer, at den ikke sikrer, at der i en eller anden form føres en egentlig registrering af alle de



"oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse", som den modtager i forbindelse med en undersøgelse, og at fortegnelsen efterfølgende optages i sagsakterne.

97. Hvis det antages, at Kommissionen råder over en vis skønsmargen med hensyn til optagelsen af en samtale med en tredjemand, hvor der indsamles oplysninger om genstanden for en undersøgelse, [57], kan det endvidere hævdes, at der undtagelsesvis kan være situationer, hvor principperne om god forvaltningsskik ikke kræver, at der udarbejdes en egentlig samtalenotat.

98. For det første er det, hvis de oplysninger, der er meddelt Kommissionen, allerede er indeholdt i Kommissionens sagsakter, fordi de er indhentet af Kommissionen fra en anden kilde, måske ikke nødvendigt i overensstemmelse med principperne om god forvaltningsskik at udarbejde et behørigt interviewnotat. (Hvis dette er tilfældet, bør Kommissionen dog i det mindste udarbejde et internt notat, hvoraf det fremgår, at de oplysninger, som de interviewede personer allerede har afgivet, allerede var indeholdt i sagsakterne. [58]) Det samme ræsonnement gælder imidlertid ikke for så vidt angår oplysninger, som Kommissionen kan indhente efter *den pågældende samtale*. Kommissionens mulighed for på et senere tidspunkt i sin undersøgelse at indsamle de præcise oplysninger, som den allerede har fået i den (ikke-indspillede) samtale, er nødvendigvis usikker. Som sådan ville det ikke udgøre en god forvaltningsskik, at Kommissionen risikerer at risikere, at den ikke har foretaget en egentlig registrering af en samtale, idet den ikke har medtaget "oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse", som den har fået forelagt i sagsakterne. Hvis de (ikke-registrerede) oplysninger udgjorde belastende beviser, ville Kommissionen risikere at miste muligheden for at gøre brug af dette belastende bevismateriale i sin endelige beslutning. Dette ville begrænse Kommissionens mulighed for at sikre, at artikel 81 EF og 82 EF overholdes. Hvis de (ikke-registrerede) oplysninger udgjorde diskulperende beviser, ville Kommissionen risikere at krænke den undersøgte parts ret til forsvar, hvis den vedtager en beslutning, der fastslår, at den undersøgte part har overtrådt artikel 81 EF eller 82 EF. Ombudsmanden er af den opfattelse, at det, uanset om de ovenfor beskrevne risici indtræffer eller ikke efterfølgende indtræffer [59], ikke udgør en god forvaltningsskik for Kommissionen at pådrage sig sådanne risici ved ikke at udarbejde et egentlig interviewnotat, når den indhenter mundtlige beviser, som ikke allerede findes i sagsakterne.

99. Hvis det efter en analyse af de oplysninger, der er indhentet fra de personer, der skal afhøres, viser sig, at de fremlagte oplysninger faktisk ikke er oplysninger om genstanden for en undersøgelse, er det desuden ikke nødvendigt at udarbejde et omfattende interviewnotat [60]. Hvis dette er tilfældet, bør Kommissionen dog i det mindste udarbejde et internt notat, hvoraf det fremgår, at de oplysninger, som de adspurgte personer har afgivet, ikke udgør "oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse".

100. Et forhold, som Kommissionen skal tage hensyn til, når den udøver sit skøn med hensyn til, om der skal optages en samtale eller ej, er identiteten af den eller de personer, der skal afhøres. Ombudsmanden bemærker, at betydningen af mødet den 23. august 2006 for sag COMP/37.990 forstærkes af, at A var **[en ledende Dell-leder]**. [61] Han var også **[den udøvende Dell-leder]** ansvarlig for Dells forhold til Intel. Han var således direkte vidne til de



omstændigheder, han beskrev. [62] Han var også ledsaget af sin øverste interne rådgiver og af højtstående ekstern rådgiver [63] Endelig vidste A, at Kommissionen var i besiddelse af dokumenter vedrørende hans vidneudsagn for FTC i 2003. Han havde derfor lejlighed til at reflektere over det svar, han ville give, såfremt Kommissionen stillede ham spørgsmål vedrørende disse spørgsmål. Det følger af alle disse omstændigheder, at A's erklæringer må anses for at være afgivet forsætligt og efter moden overvejelse, hvilket gør dem særligt troværdige. Disse faktorer ville have gjort det mere vigtigt at registrere sådanne erklæringer på passende vis [64] .

101. Ombudsmanden er også af den opfattelse, at en korrekt optagelse af en samtale bør indeholde en nøjagtig beskrivelse af alle de oplysninger vedrørende genstanden for undersøgelsen, som Kommissionen har modtaget i forbindelse med et sådant interview.

102. For at sikre, at dette er tilfældet for så vidt angår et "*artikel 19-interviewnotat*" pålægger artikel 3, stk. 3, i forordning (EF) nr. 773/2004 en retlig forpligtelse til at stille en kopi af enhver optagelse til rådighed for den interviewede til godkendelse. En "*artikel 19-samtalenote*" vil således blive en "*artikel 19-erklæring*", når den er blevet godkendt af den eller de interviewede personer. [65] Da formålet med en artikel 19-interview er at indsamle oplysninger fra tredjeparter, bør et "*artikel 19-interviewnotat*" kun indeholde oplysninger fra interviewet. [66] Et korrekt udarbejdet artikel 19-interviewnotat bør f.eks. ikke indeholde Kommissionens eller dens tjenestegrenes vurderinger og personlige synspunkter. "*Artikel 19-erklæringen*" bør, når den er udfyldt (dvs. når den er godkendt af den interviewede, eller når fristen for dens godkendelse er udløbet), medtages i sagsakterne.

103. *Selv om* det blev accepteret, at en samtale med en tredjepart, hvor der indsamles oplysninger om genstanden for en undersøgelse, ikke bør kvalificeres som en "*artikel 19-interview*", mener Ombudsmanden, at det er god administrativ praksis at sikre, at notater, der indeholder oplysninger om genstanden for en undersøgelse indsamlet fra tredjeparter, er korrekte. Dette er så meget desto vigtigere i den sammenhæng, hvor Kommissionen udøver sine undersøgelsesbeføjelser i henhold til artikel 81 EF og 82 EF, og hvor den har omfattende sanktionsbeføjelser. Hvis Kommissionen som sådan nærrede tvivl om rigtigheden af et notat fra et interview, hvor den indhentede oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse, ville det være i overensstemmelse med principperne om god forvaltningsskik, at den efterprøver sin forståelse af de faktiske omstændigheder hos den interviewede.

104. Det er klart, at hvis Kommissionen i løbet af en undersøgelse indsamler oplysninger om genstanden for en undersøgelse, bør den tilføje disse oplysninger til sagsakterne. Dette er tilfældet, uanset om oplysningerne er afspejlet i en "*artikel 19 interviewerklæring*" eller i et andet format.

105. Ombudsmanden er af den opfattelse, at hvis der er enighed om en dagsorden for en sådan samtale, bør dagsordenen vedlægges "*artikel 19-erklæringen*" eller enhver anden relevant note. Dette er tilfældet, hvis dagsordenen blev udarbejdet af den interviewede og sendt til Kommissionen eller udarbejdet af Kommissionen og sendt til den interviewede. Hvis Kommissionen i forbindelse med et interview modtager andre dokumenter fra den part, der



interviewes, bør den desuden vedlægge disse dokumenter til det relevante notat. Sådanne dokumenter bør også medtages i sagsakterne.

106. Ifølge Kommissionen var Agenda [67]-dokumentet "*sandsynligvis*" et personligt notat fra en sagsbehandler, som enten blev sendt til Dell pr. e-mail forud for mødet eller overgivet til Dell under mødet. For det første finder Ombudsmanden det overraskende, at Kommissionen ikke kategorisk kan identificere kilden til dagsordenen. Selv om det antages, at kilden til dagsordenen er Kommissionen, er det under alle omstændigheder ubestridt, at dagsordenen blev overført til Dells repræsentanter før eller under mødet. For det andet er Ombudsmanden ikke enig i, at et sådant dokument, som blev fremsendt til Dell i forbindelse med en administrativ procedure, fortsat kan klassificeres af Kommissionen som et "*internt dokument*" fra Kommissionen, når det er blevet overdraget til tredjemand af Kommissionens tjenestegrene.

107. Ifølge Kommissionen er notatet af 29. august 2006 "opsummeret" af en af de sagsbehandlere, der var til stede på mødet den 23. august 2006. [68] Det indeholder "*oplysninger fra andre kilder, personlige synspunkter og sagsbehandlerens synspunkter om yderligere undersøgelsesstrategi*." Ifølge Kommissionen blev notatet ikke udarbejdet med det formål at blive kontraseret eller godkendt af andre mødedeltagere (og det blev heller aldrig kontraseret eller godkendt af andre mødedeltagere). Ifølge Kommissionen var det ikke meningen, at det på noget tidspunkt skulle blive en del af de faktiske omstændigheder, der var resultatet af undersøgelsen. Efter Kommissionens opfattelse var notatet af 29. august 2006 snarere et *aide-memoire* for sagsbehandleren med henblik på at forberede yderligere undersøgelsesforanstaltninger. Som sådan konkluderer Ombudsmanden, at notatet af 29. august 2006 ikke kan klassificeres som "*artikel 19-interviewnotat*".

108. Ombudsmanden er således enig med Kommissionen i, at eftersom notatet af 29. august 2006 udgør Kommissionens egen fortolkning af, hvad der blev sagt på møderne, blev dette notat korrekt klassificeret som et "*internt dokument*".

109. Ombudsmanden er af den opfattelse, at eftersom notatet af 29. august 2006 blot er et resumé og indeholder oplysninger fra andre kilder samt synspunkterne fra den sagsbehandler, der skrev notatet, kunne notatet på grund af dets struktur og specifikke indhold ikke efterfølgende omdannes til et aftalt referat fra mødet til forelæggelse for de øvrige mødedeltagere til kontrastegnatur. Ombudsmanden bemærker, at Kommissionen deler dette synspunkt (jf. præmis 65 ovenfor).

110. Ifølge Kommissionen findes der ingen andre notater eller optegnelser end notatet af 29. august 2006 i Kommissionens sagsakter.

111. I punkt 96-98 ovenfor bemærkede Ombudsmanden, at selv om det blev antaget, at artikel 3 i forordning 773/2004 ikke skaber en retlig forpligtelse til at registrere en "*artikel 19-samtale*" under alle omstændigheder [69], og selv om det blev accepteret, at en samtale med en tredjepart, hvor der indsamles oplysninger om genstanden for en undersøgelse, ikke bør kvalificeres som en "*artikel 19-interview*", kræver princippet om god forvaltningsskik, at Kommissionen sikrer, at Kommissionen i en eller anden form og efterfølgende medtages i



sagsakterne over alle de "oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse", som Kommissionen har indsamlet i forbindelse med en undersøgelse. Han bemærkede endvidere, at det med forbehold af visse undtagelser i det mindste kan hævdes, at principperne om god forvaltningsskik ikke nødvendigvis kræver, at der altid skal udarbejdes en fortegnelse over de oplysninger, der meddeles Kommissionen, når disse oplysninger *allerede* er indeholdt i Kommissionens sagsakter. [70]

112. Ombudsmanden bemærker i denne forbindelse, at det kan udledes af Dells svar, jf. notatet af 29. august 2006, [71], at ikke alle de oplysninger, som Dell fremlagde på mødet den 23. august 2006, allerede fandtes i Kommissionens sagsakter før den 23. august 2006. [72] Det fremgår f.eks. af en gennemgang af notatet af 29. august 2006, at A på dette møde ajourførte Kommissionen med hensyn til Dells politik ved at give den oplysninger vedrørende **[2005, 2006 og 2007]**.

113. Desuden bekræfter en gennemgang af Dells skriftlige opfølgning af mødet den 23. august 2006, at de faktiske omstændigheder, der fandt *sted* efter A's vidneudsagn fra FTC i marts 2003, også blev drøftet på mødet den 23. august 2006. Den skriftlige opfølgning består af 1) Dells forståelse af de spørgsmål, som Kommissionen stillede under mødet den 23. august 2006 [73], og 2) Dells svar på disse spørgsmål. De fleste af Kommissionens spørgsmål, som fremgår af Dells skriftlige opfølgning, henviser til A's vidneudsagn fra FTC. Det fremgår af Dells skriftlige opfølgning, at Kommissionen på mødet den 23. august 2006 også anmodede om yderligere og ajourførte oplysninger (som Dell ville fremlægge i sin skriftlige opfølgning af mødet). Spørgsmål 1 henviser f.eks. til en anmodning fra Kommissionen til A om at "*bekræfte*", når en identificeret softwareudvikler påbegyndte et bestemt projekt. Det fremgår klart af denne ordlyd, at Kommissionen ønskede, at A "*bekræftede*" oplysninger, som *allerede* var blevet fremlagt, i hvert fald i detaljer, på mødet den 23. august 2006. Det fremgår også af en undersøgelse af Dell-opfølgningen, at de oplysninger, der blev "*bekræftet*", vedrører begivenheder, der fandt sted så sent som **[Redacted]** 2005. Selv om de spørgsmål, der blev drøftet på mødet den 23. august 2006, kan have været baseret på FTC's vidneudsagn, må deres anvendelsesområde således have udstrakt sig ud over, hvad A havde givet i sit vidneudsagn fra FTC. Der er mange andre eksempler i Dells skriftlige opfølgning, hvorfra lignende konklusioner kan drages. I den forbindelse konkluderer Ombudsmanden foreløbigt på baggrund af Dells opfølgning, at ikke alle de oplysninger, som Dell fremlagde på mødet den 23. august 2006, allerede fandtes i Kommissionens sagsakter før denne dato [74].

114. På mødet den 23. august 2006 *indhentede* Kommissionen således oplysninger vedrørende genstanden for sin undersøgelse, hvoraf nogle ikke fandtes i sagsakterne på det pågældende tidspunkt (jf. præmis 111 og 113 ovenfor). Kommissionen *har ikke* taget dette møde til efterretning, hverken som et "*artikel 19-interviewnotat*" eller på anden måde. Dagsordenen for mødet *var ikke* medtaget i sagen. Ombudsmanden konkluderer i den forbindelse, at Kommissionen ved at vælge ikke at udarbejde et behørigt notat fra mødet den 23. august 2006 begik et tilfælde af fejl og forsømmelser.

115. Der mindes om, at Kommissionen i sine udtalelser til Ombudsmanden [75] hævdede, at den ikke er forpligtet til at udarbejde "protokoller" fra møder med nogen person eller



virksomhed, og at sådanne dokumenter, hvis den *vælger* at tage notater fra sådanne møder, udgør dens egen fortolkning af, hvad der blev sagt på møderne. Derfor klassificeres de som interne dokumenter. Kommissionen anfører, at dens opfattelse er i overensstemmelse med Rettens afgørelser i *TACA-* sagen [76] og i *Group Danone-* sagen [77] .

116. Ombudsmanden har anført, at sagsøgerne i såvel *TACA* som *gruppe Danone* har *nedlagt påstand om annulation* af Kommissionens afgørelser med den begrundelse, at deres ret til forsvar var blevet tilsidesat som følge af Kommissionens manglende overholdelse af et væsentligt formkrav, nemlig sagsøgernes ret til aktindsigt [78] . For fuldt ud at vurdere relevansen af ovennævnte retspraksis er det nødvendigt, at Ombudsmandens undersøgelse for det første understreger, at ikke enhver procedurefejl er tilstrækkelig til at gøre en kommissionsbeslutning ugyldig. Det er et almindeligt fællesskabsretligt princip, at en sagsøger, der har nedlagt påstand om annulation af en administrativ afgørelse på grund af en procedurefejl, i det mindste skal godtgøre, at udfaldet af den administrative procedure ville have været et andet end den påståede procedurefejl [79] . Hvad nærmere bestemt angår retten til forsvar kan en uregelmæssighed kun medføre annulation af en afgørelse, hvis den faktisk kan påvirke sagsøgerens ret til forsvar. selv om en part, der er genstand for en undersøgelse , f.eks. ikke har haft mulighed for at fremsætte bemærkninger til visse belastende beviser, vil denne mangel kun medføre annulation af afgørelsen i denne henseende, hvis de pågældende påstande ikke kan underbygges tilstrækkeligt på grundlag af andre beviser i den afgørelse, som den berørte part fik lejlighed til at udtale sig om [81] . Ombudsmanden bemærker, at ovennævnte retspraksis skal forstås således, at den henviser til de processuelle krav, der, hvis de tilsidesættes, vil føre til *annulation* af afgørelsen. Det er klart, at det ikke er enhver undladelse af at udlevere dokumenter, der fører til annulation af hele eller en del af den pågældende kommissionsafgørelse [82] . Ombudsmanden bemærker imidlertid, at *enhver* procedurefejl kan udgøre et tilfælde af fejl eller forsømmelser, selv om denne procedurefejl i et bestemt tilfælde ikke i sidste ende kan begrunde annulation af en afgørelse. Som sådan kan konstateringen i præmis 114 ovenfor på ingen måde drages i tvivl af *TACA-* og *Groupe Danone-*dommen.

117. Klageren hævder, at Kommissionens manglende notering af indholdet af mødet krænker hans grundlæggende rettigheder, nemlig hans ret til forsvar. Selv om Ombudsmandens mandat er at identificere *eventuelle* tilfælde af fejl eller forsømmelser [83] , er det på nuværende tidspunkt nødvendigt at bemærke, at alvoren af et bestemt tilfælde af fejl eller forsømmelser faktisk vil blive forværret, hvis tilfælde af fejl eller forsømmelser omfatter en krænkelse af en grundlæggende rettighed, såsom retten til forsvar. Disse rettigheder er ikke blot grundlæggende principper i fællesskabsretten, men er også nedfældet i artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention.

118. Ombudsmanden bemærker, at sagsøgerne i *TACA* gjorde gældende, at deres ret til forsvar var blevet tilsidesat, fordi Kommissionen ikke i sagsakterne havde medtaget referater af drøftelser eller telefonopkald, som den havde haft med en relevant tredjepart. Retten udtalte i *TACA-* dommen, at:

" [...] retten til aktindsigt i konkurrencesager har til formål at sætte adressaterne for



klagepunktsmeddelelserne i stand til at gøre sig bekendt med beviserne i Kommissionens sagsakter. Der er derimod ingen generel pligt for Kommissionen til at udarbejde referater af de drøftelser eller telefonsamtaler med klagerne, der finder sted i forbindelse med anvendelsen af traktatens konkurrenceregler.

Ombudsmanden forstår ud fra ovenstående, at retten til aktindsigt og dermed retten til forsvar ikke *automatisk* vil blive krænket, hvis Kommissionen ikke udarbejder mødereferater eller telefonsamtaler, der fandt sted i forbindelse med anvendelsen af traktatens konkurrenceregler. Tilsidesættelse af retten til aktindsigt og dermed retten til forsvar ved manglende udarbejdelse af mødereferater eller telefonsamtaler skal undersøges i forhold til de *særlige omstændigheder* i hver enkelt sag.

119. Retten til forsvar for en part, der er genstand for en undersøgelse, vil helt sikkert blive tilsidesat, hvis Kommissionen undlader at udarbejde mødereferater eller telefonsamtaler og efterfølgende i sin beslutning påberåber sig belastende beviser, der er fremlagt mundtligt under sådanne møder eller telefonsamtaler [85] .

120. Det følger heraf, at retten til forsvar for en part, der er genstand for en undersøgelse, ikke vil blive tilsidesat, hvis Kommissionen undlader at udarbejde mødereferater eller telefonsamtaler, hvori der ikke gives *oplysninger* til Kommissionen. Dette kan være tilfældet, hvis formålet med møderne eller telefonsamtalerne er at drøfte rent procedurermæssige spørgsmål [86] .

121. Det følger ligeledes heraf, at selv om Kommissionen i forbindelse med et møde eller en telefonsamtale indhenter belastende beviser og undlader at udarbejde og optage et referat af et sådant møde eller telefonopkald i sagsakterne, tilsidesætter den ikke den undersøgte parts ret til forsvar, forudsat at den ikke i sin endelige beslutning gør brug af disse belastende beviser [87] .

122. Det følger endvidere heraf, at hvis Kommissionen i forbindelse med et møde eller en telefonsamtale indhenter belastende beviser, som *allerede* er indeholdt i sagsakterne (f.eks. fordi de allerede er indhentet fra den samme eller en anden kilde), vil Kommissionen ikke krænke den undersøgte parts ret til forsvar, hvis den undlader at udarbejde og optage en fortegnelse over et sådant møde eller telefonopkald i sagsakterne. Dette vil være tilfældet, selv om Kommissionen baserer sig på de belastende beviser i sin endelige beslutning.

123. Det kan også være, at Kommissionen undlader at optage belastende beviser, der er indhentet i forbindelse med et møde eller en telefonsamtale, men *efterfølgende* indhenter de samme belastende beviser (fra samme eller en anden kilde) og omfatter de (efterfølgende indhentede) belastende beviser i sagsakterne. Kommissionen vil ikke krænke den undersøgte parts ret til forsvar, selv om den påberåber sig de (efterfølgende) belastende beviser i en klagepunktsmeddelelse og i sin endelige beslutning [88] .

124. Hvad angår *diskulperende* beviser kan en sagsøger ikke med føje gøre gældende, at selskabets ret til forsvar er blevet tilsidesat, hvis sagsøgeren blot generelt henviser til



muligheden for, at sådanne diskulperende beviser er blevet fremlagt for Kommissionen af tredjeparter. Dette indebærer, at der i forbindelse med en retssag er en forpligtelse for en part, der hævder, at diskulperende beviser er blevet tilbageholdt, til i det mindste i sine skriftlige indlæg for Domstolen at fremlægge specifikke argumenter vedrørende eksistensen af diskulperende beviser og specifikke argumenter om, at diskulperende beviser blev fremlagt for Kommissionen (men ikke indeholdt i Kommissionens sagsakter).

125. Ombudsmanden bemærker også, at selv om der fremsættes specifikke argumenter vedrørende eksistensen af diskulperende beviser, og der fremføres specifikke argumenter for, at diskulperende beviser blev fremlagt for Kommissionen i forbindelse med et (ikke registreret) møde eller telefonopkald, vil den undersøgte parts ret til forsvar ikke være blevet tilsidesat, hvis dette diskulperende bevismateriale allerede var indeholdt i sagsakterne, da et møde eller en telefonsamtale fandt sted. Endvidere vil retten til forsvar for den part, der er genstand for undersøgelsen, ikke blive krænkede, hvis de pågældende diskulperende beviser efterfølgende indhentes fra en anden kilde og derefter føjes til sagsakterne.

126. Ombudsmanden minder om, at klagerens påstand er, at a) Kommissionen undlod at tage referat af mødet med Dells repræsentanter den 23. august 2006, på trods af at mødet var direkte berørt af genstanden for dens undersøgelse af Intel, og at (b) Kommissionen som følge heraf ikke registrerede potentielt diskulperende beviser (min fremhævelse).

127. Ombudsmanden har omhyggeligt undersøgt de beviser, han har fået stillet til rådighed i forbindelse med denne undersøgelse. Efter at have gennemgået dagsordenen, notatet af 29. august 2006 og den skriftlige Dell-opfølgning af mødet den 23. august 2006 konkluderer Ombudsmanden, at det ikke kan udelukkes, at mødet den 23. august 2006 i det mindste delvis vedrørte **[bevis]** [90] [91] af en karakter, der potentielt kunne diskulperende for Intel.

128. Ombudsmanden bemærker, at Kommissionen den 19. december 2008 gav Intel adgang til en redigeret udgave af notatet af 29. august 2006 og anmodede Intel om at fremsætte sine bemærkninger hertil.

129. Ombudsmanden bemærker, at notatet af 29. august 2006 blot sammenfatter indtryk fra en af de sagsbehandlere, der var til stede på mødet den 23. august 2006. Bortset fra Dells skriftlige opfølgning har Kommissionen meddelt Ombudsmanden, at der ikke er andre dokumenter i sagen vedrørende mødet den 23. august 2006. Ombudsmanden har ikke haft kendskab til og er ikke bekendt med noget andet dokument i sagsakterne, som indeholder yderligere oplysninger om det præcise indhold af mødet den 23. august 2006. [92]

130. Ombudsmanden har allerede anført, at en omhyggelig analyse af Dells skriftlige opfølgning på mødet den 23. august 2006 viser, at der rent faktisk var spørgsmål, der blev drøftet på mødet den 23. august 2006, og som ikke fremgår af notatet af 29. august 2006, i det mindste på den detaljeringsgrad, som den skriftlige Dell-opfølgning angiver, at de blev drøftet på mødet den 23. august 2006. [93] Efter en omhyggelig gennemgang af de dokumenter, han havde fået forelagt, bemærker Ombudsmanden navnlig, at Kommissionen stillede et spørgsmål i forbindelse med mødet den 23. august 2006 i forbindelse med en drøftelse af artikel 12 i FTC's



vidneudsagn fra A. [94] Exhibit 12 fra Dell [95] .

131. De oplysninger, der ikke er indeholdt i notatet af 29. august 2006 (i det mindste i detaljer), men som i den skriftlige Dell-opfølgning omtales som blevet drøftet på det nævnte møde den 23. august 2006, *er* sikkert oplysninger, der er indeholdt i sagen (de findes i Dells skriftlige opfølgning). Ombudsmanden bemærker imidlertid, at han ikke kan bekræfte, om A drøftede yderligere relevante spørgsmål på mødet den 23. august 2006. Ombudsmanden ønsker at understrege, at han ikke kan gøre det, netop fordi der ikke er en udtømmende redegørelse for mødet den 23. august 2006 . [96]

132. Ombudsmanden er enig med klageren i, at hvis Kommissionen havde foretaget et referat eller en udskrift af mødet den 23. august 2006, ville der ikke have været nogen usikkerhed med hensyn til præcis, hvad A sagde på mødet den 23. august 2006, og som følge heraf ingen debat om, hvorvidt A's erklæringer ville være relevante for Kommissionens påstande og/eller diskulperende for Intel. Ombudsmanden minder også om, at Fællesskabets retsinstanser har *fastslået, at "i en kontradiktorisk procedure, der er indført ved forordningerne om anvendelse af EF-traktatens artikel 81 og 82, kan det ikke alene tilkomme Kommissionen at afgøre, hvilke dokumenter der skal anvendes til at forsvare virksomheder i sager om overtrædelse af konkurrencereglerne "* [97] .

133. Ombudsmanden er imidlertid af den opfattelse, at en konstatering af, at retten til forsvar blev tilsidesat i en bestemt konkurrencesag, ville kræve en omhyggelig analyse af hele sagsakterne, som blev foretaget sammen med en omhyggelig analyse af klagepunktsmeddelelsen/indsigelserne og i sidste ende afgørelsen [98] . En sådan gennemgang af sagsakterne ville bl.a. søge at fastslå, *om* der forelå oplysninger andetsteds i sagsakterne, hvilket ville præcisere det præcise indhold af mødet den 23. august 2006. I forbindelse med denne undersøgelse har Ombudsmanden ikke gennemgået hele sagsakterne eller de fremsendte klagepunktsmeddelelser. [99] Han kan således ikke i forbindelse med denne undersøgelse udelukke, at der i forbindelse med denne undersøgelse kan findes andre dokumenter i Kommissionens sagsakter, som ville være relevante for analysen.

134. Som Ombudsmanden har anført i præmis 115 ovenfor, kan *enhver* proceduremæssig uregelmæssighed udgøre et tilfælde af fejl eller forsømmelser, selv om denne procedurefejl ikke inden for rammerne af denne undersøgelse viste sig at udgøre en tilsidesættelse af retten til forsvar. Ombudsmanden konkluderede ovenfor, at Kommissionen ikke tog et passende notat fra mødet den 23. august 2006. Ombudsmanden konkluderer som sådan og uden at drage nogen konklusion vedrørende Kommissionens eventuelle tilsidesættelse af Intels ret til forsvar [100] , at Kommissionen begik et tilfælde af fejl eller forsømmelser ved ikke at tage et behørigt notat fra mødet den 23. august 2006.

135. I artikel 3, stk. 5, i Ombudsmandens statut hedder det , at "*ombudsmanden søger så vidt muligt at finde en løsning sammen med den pågældende institution eller det pågældende organ med henblik på at afhjælpe tilfælde af fejl eller forsømmelser og imødekomme klagen.* " I sin skrivelse om indledning af denne undersøgelse spurgte Ombudsmanden Kommissionen, om det på grundlag af notater fra de tjenestemænd i Kommissionen, der var til stede på mødet,



stadig var muligt at anmode Dell om at underskrive referatet af mødet den 23. august 2006. I sin supplerende udtalelse svarede Kommissionen, at notatet af 29. august 2006, som er det eneste dokument, der redegør for, hvad der blev drøftet på mødet den 23. august 2006, "opsummerer indtryk fra *en af de sagsbehandlere, der var til stede på mødet*" (min fremhævelse). Den bemærkede endvidere, at notatet ikke var udarbejdet med det formål at blive kontraseret eller godkendt af andre deltagere i mødet. Det var ikke meningen, at det på noget tidspunkt skulle blive en del af de faktiske omstændigheder, der var resultatet af undersøgelsen. Notatet af 29. august 2006 var snarere blot et *aide-memoire* for sagsbehandleren. Ombudsmanden bemærker endvidere, at Kommissionen nu ved afgørelse af 13. maj 2009 har afsluttet sin undersøgelse af sag COMP/37.990. Som sådan kan den nu ikke rette op på disse mangler. I denne forbindelse mener Ombudsmanden ikke, at der er mulighed for en mindelig løsning i den foreliggende sag. Ombudsmanden vil derfor afslutte sin undersøgelse med en kritisk bemærkning nedenfor.

B. Beskyldningen og den dermed forbundne påstand om, at Kommissionen tilskyndede Dell og AMD til at indgå en informationsudvekslingsordning, der gjorde det muligt for AMD at omgå de regler, der begrænser AMD's ret til aktindsigt i Kommissionens sagsakter

Baggrund

136. AMD var klageren i sag COMP/37.990. En klager i forbindelse med en undersøgelse foretaget af Kommissionen med henblik på anvendelse af artikel 81 EF eller 82 EF har ingen ret til aktindsigt i sagsakterne under undersøgelsen. Klageren har kun adgang til en redigeret version af klagepunktsmeddelelsen (dvs. en version af klagepunktsmeddelelsen, hvorfra "fortrolige oplysninger", som f.eks. forretningshemmeligheder, er blevet fjernet) for at give klageren mulighed for at fremsætte sine synspunkter over for Kommissionen [101].

137. Under sin undersøgelse indhentede Kommissionen forskellige dokumenter fra Dell. Oplysninger fra nogle af disse dokumenter blev anvendt af Kommissionen i den klagepunktsmeddelelse, der blev sendt til Intel den 26. juli 2007. Intel og Kommissionen indledte straks processen med at fastlægge det nøjagtige indhold af den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen, som ville blive sendt til AMD. Intel hævdede, at visse af de oplysninger, der blev indhentet fra Dell, og som blev anvendt i klagepunktsmeddelelsen, burde klassificeres som Intels fortrolige forretningshemmeligheder. Intel var således imod medtagelsen af sådanne oplysninger i den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen.

138. Den 10. december 2007 traf høringskonsulenten sin endelige afgørelse om accepten af Intels foreslåede redigeringer. På grundlag af denne afgørelse blev den endelige ikke-fortrolige, redigerede udgave af klagepunktsmeddelelsen oprettet og videresendt til AMD den 21. december 2007 eller omkring den 21. december 2007.

Argumenter fremført for Ombudsmanden [102]



139. Klageren hævder, at Kommissionen har omgået de gældende regler om aktindsigt ved at bistå og/eller tilskynde Dell og AMD til at indgå en " *aftale om aktindsigt* ". Ifølge klageren var **[aftalen]** ulovlig og gav AMD adgang til " *fortrolige dokumenter* ", som Dell under Kommissionens undersøgelse havde fremsendt til Kommissionen. Klageren hævder, at Kommissionen i det mindste "tolererede" AMD/Dell **[aftalen]** ved at tillade AMD at anvende disse dokumenter på en mundtlig høring, der blev afholdt efter udstedelsen af klagepunktsmeddelelsen til Intel. [103]

140. Klageren hævdede, at AMD aldrig ville have fået adgang til visse vigtige materialer, som den anvendte under den mundtlige høring, men for Kommissionens indgriben med hensyn til at identificere klagepunktsmeddelelsen over for Dell ønskede Dell at kommunikere til AMD, og den **[aftale]** , som den opfordrede til. Efter klagerens opfattelse **[var]** brugen af dette materiale klart i strid med Intels ret til forsvar.

141. Som dokumentation for hans påstand henviste klageren til en skrivelse fra Dells eksterne advokat til Ombudsmanden af 18. september 2008, hvori Dells advokat anfører, at:

"[Dell] forstod, at Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen anvendte en række citater fra Dell-dokumenter, der blev fremsendt til Kommissionen... Dell blev anmodet af Kommissionen og godkendte anvendelsen af sådanne citater — hvoraf nogle indeholdt fortrolige forretningshemmeligheder — over for Intel på grundlag af en aftale om ikke-offentliggørelse af oplysninger med Intel. Dell gav også Kommissionen en redigeret og ikke-fortrolig udgave af disse citater for AMD og andre tredjeparter...[For at undgå en langvarig debat om anmodninger om fortrolig behandling foreslog Kommissionen Dell at indgå en aftale om ikke-offentliggørelse med AMD's rådgivere og økonomer om deling af Dell-dokumenter, der blev anvendt i [klageerklæringen] ".

142. Efter klagerens opfattelse opfordrede Kommissionen således Dell til at fremlægge uddrag af klagepunktsmeddelelsen til AMD i strid med artikel 8, stk. 1, i forordning 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat. Efter klagerens opfattelse undergraver denne forseelse Kommissionens påstand om, at Dell handlede på eget initiativ. Dette var så meget desto mere alvorligt, fordi Kommissionen vidste, at Intels anmodninger om fortrolig behandling på det tidspunkt, hvor den opfordrede Dell til at stille dette materiale til rådighed for AMD, stadig var under behandling.

143. Klageren tilsendte også Ombudsmanden en e-mail fra Dells eksterne advokat (C) af 3. september 2007, hvori C meddelte en kollega, at en tjenestemand fra Kommissionen (D) havde ringet til C for at spørge, om Dell " *vil overveje at anvende en [aftale om udveksling af oplysninger] med AMD svarende til den, som [Dell] indgik kontrakt med Intel om [klagemeddelelsen] "* . [104]

144. Klageren tilsendte også Ombudsmanden en skrivelse fra Dells eksterne rådgiver til Kommissionen af 14. august 2007. Ifølge klageren bekræfter brevet, at Kommissionen allerede den 9. august 2007 fremsendte en liste over citater fra den fortrolige udgave af



klagepunktsmeddelelsen til Dell. I brevet forklarede Dells advokat over for Kommissionen, at de oplysninger, som Dell anmodede om fortrolighed for, bl.a. vedrørte Dells "*fortrolige forretningsforbindelser og forhandlinger med Intel*." Med andre ord vedrørte de oplysninger, som Dell anmodede om fortrolig behandling for, ikke kun Dells fortrolige transaktioner og forhandlinger mellem Dell og Intel. Dette afspejlede en påstand, som Intel også fremsatte i sine drøftelser om redigeringen af klagepunktsmeddelelsen med både sagsholdet og høringskonsulenten. Ifølge klageren viste dette brev, at Kommissionen allerede var blevet underrettet af Dell om, at de udvalgte tilbud ikke kun indeholdt Dells forretningshemmeligheder, men også Intels forretningshemmeligheder og/eller andre fortrolige oplysninger (hvis videregivelse til AMD, Dell ikke var i stand til at godkende), da Kommissionen den 3. september 2007 foreslog Dell at indgå **[aftalen]** med AMD.

145. Klageren sendte også Ombudsmanden en intern e-mail fra C (en ekstern Dell-rådgiver) dateret den 23. august 2007. E-mailen vedrører en telefonsamtale mellem C og en tjenestemand i Kommissionen (D), hvori C forklarede, at "*de fleste citater stammede fra enten fortrolige forhandlinger med Intel eller [Dells] egen interne forsyningsstrategivurderinger*." Ifølge klageren bekræfter denne e-mail den konklusion, at Kommissionen på det tidspunkt, hvor Kommissionen foreslog, at Dell indgik **[aftalen]** med AMD og forsynede selskabet med udvalgte citater fra den fortrolige version af klagepunktsmeddelelsen, vidste, at de oplysninger, der skulle videregives til AMD i henhold til en sådan aftale, også ville indeholde Intels forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger.

146. Klageren fremsendte også e-mails mellem C og D af 25. og 26. september 2007 til Ombudsmanden. Ifølge klageren bekræfter denne e-mailudveksling, at Kommissionen opfordrede Dell til at indgå **[aftalen]** med AMD og fremsende fortroligt materiale fra klagepunktsmeddelelsen. I en e-mail af 26. september 2007 takkede D C "*for Deres konstruktive hjælp på dette område*." Efter klagerens opfattelse viser D's taknemmelighed for Dells "*konstruktive hjælp*" uomtvisteligt, at Kommissionen glædede sig over, at Dell var villig til at indgå **[aftalen]** med AMD, og at Kommissionen faktisk havde fremmet og tilskyndet til aftalen.

147. Ifølge klageren sendte Kommissionen den 16. oktober 2007 Intel et modforslag om en redigeret version af klagepunktsmeddelelsen. I samme brev forklarede Kommissionen Intel, at "*nogle af OEM'erne har besluttet*" at give AMD fortrolige oplysninger, som "*kan anføres i klagepunktsmeddelelsen og kan redigeres i den udgave af klagepunktsmeddelelsen, som Kommissionen vil fremsende til AMD*". Klageren anførte, at Kommissionen, selv om den allerede havde modtaget en kopi af AMD/Dell -aftalen, underrettede Intel om, at "*hvis Kommissionen underrettes om en sådan udveksling af oplysninger, vil den ikke længere betragte de pågældende oplysninger som fortrolige i forhold til AMD*." Intel sendte derefter en e-mail til Kommissionen og kontaktede høringskonsulenten vedrørende Kommissionens brev af 16. oktober 2007, og at en sådan tilgang ville have konsekvenser for fortrolighedsbestemmelserne for undersøgelsen [105] .

148. Ifølge klageren afviste sagsbehandleren imidlertid, da høringskonsulenten udspurgte sagsholdet om eksistensen af sådanne aftaler, at en sådan aftale var blevet meddelt den. Dette



var efter klagerens opfattelse i åbenlys tilsidesættelse af D's tidligere korrespondance med Dell. Høringskonsulenten meddelte Intel den 18. oktober 2007, næsten en måned efter Dells forelæggelse af det endelige udkast til D., at ingen sådanne **[aftaler]** var " *under nogen form blevet meddelt til sagsholdet, hvilket er blevet bekræftet over for mig.* " Ifølge klageren afviste høringskonsulenten derfor at undersøge yderligere, afviste Intels påstande som " *rent hypotetiske* " og anførte, at yderligere undersøgelse kunne være berettiget, hvis en sådan aftale nogensinde blev gennemført. Klageren anførte, at høringskonsulenten under alle omstændigheder foreslog Intel, at bilaterale aftaler mellem private parter om udveksling af visse oplysninger kunne ligge uden for den administrative procedure [106] .

149. Som bevis anførte klageren også, at AMD's eksterne advokat under den mundtlige høring den 12. marts 2008 anførte følgende:

" **[redigeret]** "

150. Ifølge klageren har Domstolen givet mandat til, at " *en tredjepart, der har indgivet en klage, under ingen omstændigheder må få adgang til dokumenter, der indeholder forretningshemmeligheder.* " [107] Ifølge klageren er det ubestrideligt, at AMD fik tilladelse til at anvende fortrolige Dell-dokumenter under den mundtlige høring **[redigeret]** .

151. Klageren hævdede, at Kommissionen ikke anvendte en sådan " *lempe* " til andre tredjepartsarrangementer, da den mente, at den passede sine interesser til ikke at gøre det. Kommissionen overvågede snarere meget nøje de aftaler om aktindsigt, der var indgået mellem Intel og OEM'er [108] .

152. Kommissionen gjorde ligeledes indsigelse mod, at Intel fremsendte en kopi af klagepunktsmeddelelsen til FTC som svar på uformelle og formelle anmodninger fra FTC om en kopi af klagepunktsmeddelelsen. I begge disse sager udøvede Kommissionen sine beføjelser som vogter af sagens akter og vogter af sagsakternes fortrolighed i skarp modsætning til den holdning, den indtog vedrørende AMD/Dell **[aftalen]** .

153. Klageren hævdede, at Kommissionens manglende beskyttelse af fortroligheden af dens sagsakter og overholdelse af reglerne om aktindsigt i EF-traktatens artikel 287, forordning 1/2003 og forordning (EF) nr. 773/2004 udgør en alvorlig og forsætlig tilsidesættelse af Kommissionens forpligtelse til at opretholde EF-traktaten. Efter klagerens opfattelse udgør denne tilsidesættelse af Kommissionens traktatmæssige forpligtelser også en overtrædelse af artikel 4 i den europæiske kodeks for god forvaltningsskik (som pålægger embedsmænd at handle i overensstemmelse med lovgivningen og anvende de regler og procedurer, der er fastsat i fællesskabslovgivningen), samt artikel 10 (legitime forventninger), artikel 8 (uvildighed og uafhængighed) og artikel 9 (objektivitet).

154. I sine udtalelser til Ombudsmanden af 20. marts 2009 og 10. juni 2009 bemærkede Kommissionen, at det var Dell selv, der udvekslede sine oplysninger med AMD bilateralt. Den anførte, at intet i det materiale, som Dell og Intel har fremlagt for Ombudsmanden, viser, at Kommissionen selv har videregivet oplysninger til AMD i strid med artikel 287 EF.



Kommissionen hævdede, at Intel ikke havde fremlagt noget bevis for, hvorfor Intel har nogen retlig interesse i en udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD. Et sådant bevis ville være nødvendigt, da Kommissionen ikke definitivt har accepteret Intels anmodninger om fortrolighed i forbindelse med disse oplysninger.

155. Kommissionen konkluderede, at Dell på eget initiativ havde besluttet at udveksle de oplysninger, som Dell anser for at være egne fortrolige oplysninger, med AMD. Det var uden betydning for vurderingen af fejl og forsømmelser, om Dell selv var inspireret hertil af tidligere drøftelser med Intel, hvor Kommissionen først var involveret, og som derefter blev gennemført af Dell på eget initiativ. Kommissionen hævdede, at Dell frit kunne fremlægge oplysningerne i en ikke-fortrolig version efter Kommissionens normale procedure. Den valgte dog at udveksle sine oplysninger bilateralt med AMD. Kommissionen anførte, at Dell ikke rådførte sig med Kommissionen, før den indgik aftalen med AMD. Efter Kommissionens opfattelse gav dette ikke mulighed for at tillægge Kommissionen denne udveksling, hvilket ville være relevant i henhold til EF-traktatens artikel 287.

156. Den 14. april 2009 og den 16. april 2009 fremsatte klageren bemærkninger til Kommissionens udtalelse af 20. marts 2009. Klageren henviste til, hvad der efter hans opfattelse var Kommissionens forsøg på at nægte dens rolle i forbindelse med AMD/Dell **[aftalen]**. Han anførte, at Kommissionen i sin udtalelse af 20. marts 2009 bestred beskrivelsen af begivenhederne i skrivelsen af 18. september 2009 fra Dells eksterne advokat. Den fremlagde imidlertid ingen beviser til støtte for sin påstand. I stedet erklærede Kommissionen blot, at den havde "*kontrolleret sine fortegnelser*" og "*ikke havde nogen tegn på, at der var foretaget et sådant forslag, eller at et sådant telefonopkald [som beskrevet fra den 3. september] [109] ville have fundet sted*". På dette grundlag "tilkendegav Kommissionen", at Dell indgik aftalen "*af egen vilje*". Denne konklusion, som ikke støttes, blev efter klagerens opfattelse modsagt af beskrivelsen af de begivenheder, som Dells eksterne rådgiver havde fremlagt, og af de e-mails, der blev udvekslet mellem Dells eksterne advokat og D den 25.-26. september 2007. Omvendt fremlagde Kommissionen efter klagerens opfattelse ingen beviser for, at den interviewede D eller andre medlemmer af sagsholdet vedrørende disse begivenheder. den beskriver ikke, hvilke optegnelser der er blevet kontrolleret, og om de omfatter telefonoptegnelser fra de relevante sagsbehandlere og det giver ingen dokumentation for sin "konklusion", at Dells advokat, uden tilsyneladende motiv, ville have opfundet eller misrepræsenteret de relevante fakta.

157. Klageren anførte også, at selv om Kommissionen i sin udtalelse af 20. marts 2009 oplyste, at den havde udarbejdet et notat om en "*højtstående telefonsamtale*" med Dell den 30. august 2007, forklarede Kommissionen ikke, hvordan detaljerne i en samtale, der fandt sted den 30. august 2007, kunne tilbagegive klare beviser, som den efterfølgende foreslog, modtog og gennemgik den **[gentagne]** AMD/Dell **[aftale]**.

158. Klageren anførte også, at Kommissionen i sin udtalelse af 20. marts 2009 indrømmer, at a) den har gennemgået AMD/Dell-aftalen (og derved modsiger dens påstand over for høringskonsulenten om, at der ikke er blevet "*anmeldt*" et sådant dokument", b) dokumentet tilsyneladende havde til formål at give AMD "*adgang til sagsakterne*", og c) Kommissionen



efterfølgende forsøgte at meddele Dell forslag vedrørende aftalen. På baggrund af disse kendsgerninger er Kommissionens "*konklusion*" om , at Dell ikke "*rådede med Kommissionen, før den indgik aftalen med AMD* ", ganske enkelt ikke troværdig.

159. Endelig bemærkede klageren, at Kommissionen i sin udtalelse af 20. marts 2009 anførte, at den "*ikke har nogen tegn på, at AMD har modtaget andre oplysninger end oplysninger, der svarer til AMD's ret, nemlig uddrag af Kommissionens klagepunktsmeddelelse af 26. juli 2007*". Ifølge klageren er Kommissionens påstand åbenbart usand, eftersom i) AMD ikke havde ret til at modtage nogen klagepunktsmeddelelse, inden den endelige redigering af klagepunktsmeddelelsen i december 2007, og ii) AMD fik, som Kommissionen ved, adgang til materiale, der rent faktisk blev redigeret i klagepunktsmeddelelsen. Ifølge klageren tjente Kommissionens handlinger derfor effektivt til at fjerne beskyttelsen af fortrolige oplysninger i Kommissionens procedurer og ophæve høringskonsulentens rolle som endelig dommer i modstridende krav om fortrolighed. Desuden forværrede Kommissionen sin forseelse ved at tillade AMD at anvende **[dette materiale under den mundtlige høring]** .

160. I sin anden supplerende udtalelse af 10. juni 2009 forklarede Kommissionen, at de retlige rammer for adressaternes aktindsigt i en klagepunktsmeddelelse fra Kommissionen er fastsat i artikel 27, stk. 2, i forordning 1/2003 og artikel 15, stk. 2, i forordning 773/2004. I overensstemmelse med disse bestemmelser havde Intel ret til at få adgang til alle oplysninger i Kommissionens sagsakter "*med undtagelse af interne dokumenter, forretningshemmeligheder for andre virksomheder eller andre fortrolige oplysninger*". Oprettelsen af de ikke-fortrolige udgaver, der er omhandlet i forordning 773/2004, er en kompleks øvelse, fordi fortroligheden af hver enkelt oplysning skal være berettiget og skal afvejes i forhold til den respektive ret til forsvar for adressaten for klagepunktsmeddelelsen. Øvelsen var særlig vanskelig og intensiv i den foreliggende sag, da sagsakterne indeholdt flere hundrede tusinde sider.

161. Kommissionen anførte, at den i Intel-sagen gennemførte ovennævnte bestemmelser ved at anvende en "*procedure med forhandling*". En sådan procedure blev først anvendt i forbindelse med Intels aktindsigt efter den første klagepunktsmeddelelse af 26. juli 2007 (det blev foreslået Kommissionen af en anden OEM, som havde fremsendt oplysninger til Kommissionen i løbet af sin undersøgelse [110]. Begrundelsen for en sådan fremgangsmåde var, at OEM ellers ville have været forpligtet til at afsætte betydelig tid og ressourcer til at redigere sit omfattende bidrag til Kommissionens sagsakter. Det vigtigste element i denne procedure var, at Intel i stedet for kun at få adgang til en redigeret version af de indlæg, som visse "oplysningsleverandører" stillede til rådighed for optagelse i Kommissionens sagsakter, indgik aftaler om at modtage hele eller hoveddelene af disse "*oplysningsleverandørers*" indlæg i ikke-redigeret format (dvs. inklusive fortrolige oplysninger i sin helhed). Til gengæld indvilligede Intel i at begrænse adgangen til disse oplysninger til en begrænset kreds af personer (nemlig Intels eksterne rådgivere og økonomiske rådgivere og i nogle tilfælde visse interne rådgivere). Alt i alt udelukkede den løsning, der var aftalt mellem Intel og "informationsleverandørerne" , Intels adgang til oplysningerne for medarbejdere, der beskæftiger sig med virksomhedens daglige forretning. Kommissionen har anført, at sådanne aftaler i vid udstrækning anvendes i amerikanske kartelsager, f.eks. i den, der i øjeblikket verserer mellem Intel og AMD ved District Court of Delaware. Kommissionen bemærkede, at der i Intel-sagen var forskellige grunde til



denne tilgang, bl.a. a) den omfangsrige sagsmappe, som ville have medført betydelige forsinkelser i proceduren og uforholdsmæssigt store omkostninger for informationsleverandørerne i forbindelse med udarbejdelsen af ikke-fortrolige versioner af de fremlagte dokumenter og b) undersøgelsesproceduren i AMD/Intel-sagen i USA, hvor stort set de samme oplysninger blev udvekslet rutinemæssigt på betingelser, der svarer til de aftaler, som Intel indgik i Kommissionens procedure [111] .

162. Kommissionen anførte, at flere parter havde indgået sådanne aftaler med Intel. Den aftale, der blev indgået mellem Intel og Dell, var imidlertid forskellig fra de øvrige, idet aftalen kun omfattede en begrænset del af Dells oplysninger. Kort efter bemærkede Kommissionen ud fra Intels indlæg, at Dell faktisk havde givet Intel mange flere oplysninger i ikke-redigeret form. Kommissionen spurgte Dell, hvorfor dette var tilfældet, og fik at vide, at Dell havde indgået en anden aftale med Intel.

163. I lyset af ovenstående bemærkede Kommissionen, at muligheden for at indgå aftaler om udveksling af oplysninger var en mulighed, som Dell havde drøftet og undersøgt længe før den 30. august 2007, hvor der ifølge Kommissionen fandt et telefonopkald på højt niveau med Dell sted. På dette tidspunkt eller kort efter foretog Dell på eget initiativ en sådan udveksling af oplysninger med AMD.

164. Kommissionen henviste derefter til, at Dells advokat i sin skrivelse af 18. september 2008 til Ombudsmanden anførte, at "*Kommissionen foreslog, at Dell også indgik en informationsudvekslingsaftale med AMD's rådgivere og økonomer*". Ifølge Kommissionen skal det først understreges, at Dell frit kunne vælge en sådan aftale. Kommissionen har ikke kendskab til Dells bevæggrunde for at indgå denne aftale. Et muligt incitament for en OEM til at indgå en sådan aftale var at undgå at begrunde og underbygge hver enkelt anmodning om fortrolighed *over for AMD over for* Kommissionen (det skal erindres, at AMD havde ret til at modtage en "*betydelig*" ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen). Ifølge Kommissionen er andre incitamenter tænkelige og kunne have spillet en rolle for Dell. Under alle omstændigheder har den ifølge Kommissionen, dvs. Kommissionen, ikke forpligtet Dell til at indgå en aftale med AMD. Som det var tilfældet med bilaterale aftaler mellem Intel og informationsudbydere, kunne Kommissionen imidlertid ikke blot se bort fra muligheden for sådanne aftaler.

165. Ifølge Kommissionen begyndte Kommissionen internt at drøfte muligheden for en aftale mellem Dell og AMD efter et telefonopkald på højt niveau med Dell den 30. august 2007. [112] B (Dells General Counsel) og Dells eksterne rådgivere (hvoraf den ene var den associerede part, som Kommissionen angiveligt havde indkaldt til to arbejdsdage senere) deltog i denne indkaldelse. Dagsordenen for denne telefonsamtale, som blev sendt til Dell forud for dette møde [113] , viser klart, at Kommissionen havde til hensigt at drøfte Dells anmodninger om fortrolighed i *forhold* til AMD i detaljer og på grundlag af Kommissionens standardprocedure i henhold til forordning 773/2004. Der blev ikke nævnt en anden mulighed på denne dagsorden. Ifølge Kommissionen blev forskellige muligheder drøftet under dette telefonopkald, herunder en informationsudvekslingsaftale, som Dell var bekendt med, på grundlag af selskabets allerede eksisterende og for nylig indgåede bilaterale aftaler med Intel. Det er sandsynligt, at enten B



eller Dells eksterne advokat i denne telefonsamtale først nævnte muligheden for en bilateral udveksling af oplysninger med AMD, fordi den dagsorden, som Kommissionen havde udarbejdet og sendt til Dell forud for telefonopkaldet, ikke nævnte dette punkt. Under alle omstændigheder er det sikkert, at idéen om en AMD-Dell-aftale om udveksling af oplysninger i forbindelse med dette telefonopkald blev fjernet. Som bekræftet af Kommissionens interne e-mails begyndte Kommissionen først efter denne telefonsamtale at drøfte de forskellige spørgsmål internt i forbindelse med en sådan AMD-Dell-udveksling. Dette omfattede bl.a. drøftelser med Kommissionens Juridiske Tjeneste. Intels beskrivelse af, hvordan idéen om en Dell-AMD-aftale opstod, og dets anvendelse af visse selektive oplysninger, som Dell har fremlagt på et forskudt grundlag, giver således urigtige oplysninger med henblik på at give indtryk af, at Kommissionen ville have foreslået en Dell-AMD-aftale. Virkeligheden er, at Kommissionen blev konfronteret med denne mulighed for første gang i telefonsamtalen med Dell den 30. august 2007 og først derefter begyndte at analysere den internt.

166. Ifølge Kommissionen fremsendte Dell den 25. september 2007 en underskrevet aftale til Kommissionen, dvs. inden Kommissionen havde afsluttet sin interne analyse. Dette var den eneste version af en aftale, som Kommissionen havde set frem til den 8. juni 2009. Denne aftale var imidlertid i vid udstrækning i modstrid med den mere begrænsede rækkevidde af en klagers ret til adgang til oplysninger i henhold til fællesskabsretten. Dette skyldtes navnlig, at AMD i aftalen henviste til "adgang til sagsakter". AMD havde imidlertid som klager ikke ret til aktindsigt i Kommissionens sagsakter, men kun en ret til at få en ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen. Selv om "*terminære erklæringer*" i en sådan aftale juridisk set ikke var umiddelbart berørt af Kommissionen, ville det have ført de kontraherende parter til aftaler, der *umiddelbart* var i strid med den administrative procedure. Dells eksterne rådgiver, som sendte den til D fra Kommissionens sagsgruppe, forklarede, at aftalen endnu ikke var blevet gennemført. Dette afspejles i den interne e-mail, som D sendte til sine overordnede efter modtagelsen af aftalen. Kommissionen meddelte Dell, at den modtagne aftale var i strid med dens holdning i flere telefonopkald, men der er ingen skriftlig registrering af disse meddelelser.

167. Ifølge Kommissionen meddelte AMD ved skrivelse af 13. november 2007 Kommissionen, at den havde indgået en aftale om udveksling af oplysninger med Dell uden at meddele Kommissionen den gennemførte aftale som sådan. Dette er i overensstemmelse med høringskonsulentens skrivelse af 18. oktober 2007 til Intel, hvori det hedder, at "*de nævnte aftaler [Intel] ikke er blevet gjort opmærksom på høringskonsulenten. De er heller ikke blevet anmeldt på nogen måde til sagsholdet, som det er blevet bekræftet over for mig, og høringskonsulentens skrivelse til Intel af 7. maj 2008, hvori det hedder, at "en sådan aftale, hvis tekst ikke er blevet meddelt mig, indgået af en part, der som sådan hverken har ret til forsvar eller ret til aktindsigt, er rent bilateral og hverken forpligter eller bemyndiger Kommissionen."*

168. For at præcisere kæden af begivenheder for Ombudsmanden anmodede Kommissionen derfor AMD om at fremsende den endelige kopi af den aftale, der i sidste ende blev gennemført mellem Dell og AMD, og i henhold til hvilken der blev udvekslet oplysninger mellem de to virksomheder [114]. Kommissionen anmodede også AMD om at beskrive de involverede skridt efter indgåelsen af det oprindelige udkast til aftale mellem AMD og Dell og forud for den efterfølgende undertegnelse og gennemførelse af den endelige aftale. Det har AMD gjort ved



brev af 8. juni 2009, som blev inspiceret af Ombudsmanden den 10. juni 2009. **[Redigeret]** . Af den gennemførte aftale, der var vedlagt AMD's skrivelse, fremgår det klart, at Dell og AMD derefter indgik og gennemførte en aftale, der var grundlæggende anderledes end den aftale, Dell havde sendt til Kommissionen tre uger tidligere. **[Redigeret]** [115]

169. Kommissionen gennemførte derefter AMD's adgang til en ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen efter den sædvanlige procedure. I forbindelse med denne procedure modtog AMD en ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen ved skrivelse af 21. december 2007.

170. Kommissionen bemærkede Intels argument om, at eftersom de oplysninger, som Dell gav AMD, udgør "*Intels forretningshemmeligheder*", har den en interesse i informationsudvekslingsaftalen mellem Dell og AMD. Kommissionen fremsatte først detaljerede argumenter over for Ombudsmanden om, hvorfor Intels argumenter om fortrolighed faktisk ikke er velbegrundede. Kommissionen mindede derefter om, at Dell frit kunne disponere over sine oplysninger, som den ønskede. Kommissionen bemærkede også, at den ikke forpligtede Dell til at stille sine oplysninger til rådighed for AMD.

171. Hvad angår Intels påstand om fejl og forsømmelser i sine bemærkninger af 10. juli 2008, 18. september 2008 og 14. april 2009 anførte Kommissionen, at Intel hævdede, at Kommissionen gav AMD "*adgang til sine sagsakter*" i strid med artikel 8, stk. 1, i forordning 773/2004, artikel 28 i forordning nr. 1/2003 og EF-traktatens artikel 287. I sine bemærkninger af 14. april 2009 hævder Intel imidlertid også, at Kommissionen opfordrede Dell til at fremlægge uddrag af klagepunktsmeddelelsen af 26. juli 2007 til AMD i strid med artikel 8, stk. 1, i forordning 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat.

172. Med hensyn til Kommissionens tilrettelæggelse af den mundtlige høring den 11.-12. marts 2008 bemærkede Kommissionen, at AMD ikke kunne deltage *i de møder* for lukkede døre, hvor de faktiske omstændigheder, som Dell havde fremlagt for Kommissionen, blev drøftet med Intel. **[Redigeret]** [116]

173. Kommissionen har dernæst gjort gældende, at de retlige bestemmelser, som Intel har henvist til til støtte for sin sag, indeholder en række regler og principper, som er bindende for Kommissionen, og at hver af disse regler og principper har betingelser og begrænsninger. EF-traktatens artikel 287 og relevante bestemmelser i forordning 1/2003 og forordning 773/2004 [117] pålægger EF-tjenestemænd en forpligtelse til ikke at videregive oplysninger, der er omfattet af tavshedspligt. Artikel 8, stk. 1, i forordning 773/2004, som ifølge Kommissionen synes at være Intels primære grundlag for en påstand om fejl eller forsømmelser, omhandler Kommissionens forpligtelser i tilfælde af afvisning af en klage. Den finder derfor ikke anvendelse i den foreliggende sag, fordi Kommissionens forpligtelse til at forsyne AMD med en ikke-fortrolig kopi af klagepunktsmeddelelsen følger af artikel 6 i forordning 773/2004. I artikel 16 i forordning (EF) nr. 773/2004 fastsættes de regler, på grundlag af hvilke Kommissionen skal identificere fortrolige oplysninger i sit dossier, som "*ikke må videregives eller gøres tilgængelige af Kommissionen*". Endelig fastsætter artikel 9 i høringskonsulentens mandat [118] den procedure, i henhold til hvilken Kommissionen videregiver oplysninger, hvis den finder, at



sådanne oplysninger ikke er beskyttet som en forretningshemmelighed, eller hvis den finder, at der er en mere tungtvejende interesse, der kan begrunde videregivelsen, på trods af deres fortrolige karakter, dvs. gennem en procedure, der som et første skridt kræver en begrundet beslutning, der meddeles den pågældende virksomhed.

174. Intel har ikke bestridt, at det i den foreliggende sag var Dell og ikke Kommissionen, der videregav oplysninger til AMD, og at udvekslingen af oplysninger således fandt sted *mellem parterne*. Alle ovennævnte forpligtelser gælder klart kun i en situation, hvor Kommissionen selv videregiver oplysninger. *Udveksling af* oplysninger mellem parterne finder regelmæssigt sted parallelt med kartel- og monopolsager. I den foreliggende sag har Kommissionen haft kendskab til sådanne potentielle udvekslinger og har givet udtryk for sin holdning til deres hensigtsmæssighed **[redigeret]**. Dette kan imidlertid ikke betragtes som en handling, på grundlag af hvilken den *faktiske udveksling mellem parterne* kan tilregnes Kommissionen.

175. Når Intel bebrejder Kommissionen, at "AMD fik adgang til fortrolige oplysninger, som den ikke havde ret til at få adgang til", eller at "AMD ikke havde ret til at modtage noget materiale om klagepunkter", forvirrer Intel derfor efter Kommissionens opfattelse to spørgsmål, nemlig handlinger uden for den administrative procedure på den ene side og rettigheder og forpligtelser i forbindelse med denne procedure og Kommissionens rolle på den anden side. Ud fra den omstændighed, at Kommissionen som følge af, at visse oplysninger udveksles bilateralt mellem Dell og AMD, har handlet ulovligt, er det urigtigt og vildledende. Den fortrolige karakter af alle oplysninger findes nemlig udelukkende inden for rammerne af Kommissionens administrative procedure. Ud over proceduren er der ingen abstrakt "ret", hvad enten det er positivt eller negativt, til "oplysninger", som Intels argument forudsætter. Den omstændighed, at AMD, inden høringskonsulenten traf en endelig afgørelse, muligvis ikke havde ret til at modtage oplysninger inden for rammerne af den administrative procedure og dermed kunne have modtaget oplysninger fra Dell i henhold til Dell-AMD-aftalen om udveksling af oplysninger, som selskabet ikke ville have modtaget fra Kommissionen, vedrører ikke Kommissionen, eftersom hverken rettigheder eller forpligtelser for Kommissionen følger af Dell-AMD-aftalen. Med hensyn til Kommissionens rolle og den administrative procedure er det eneste spørgsmål, ifølge Kommissionen, om Kommissionen på nogen måde har videregivet oplysninger, som den er i besiddelse af. Som det fremgår af ovenstående, har Kommissionen på intet tidspunkt direkte eller indirekte videregivet fortrolige oplysninger under den administrative procedure. Kommissionen har i øvrigt ikke nogen beføjelse, for slet ikke at tale om nogen forpligtelse, til at forhindre tredjemand i at videregive oplysninger, som de har fremsendt til Kommissionen, men som de allerede var i besiddelse af, inden Kommissionen indledte sin undersøgelse. Kommissionens eneste måde at afgøre gyldigheden af en anmodning om fortrolig behandling på er ved at beslutte enten at give adgang til oplysningerne og dermed afvise anmodningen om fortrolig behandling eller at nægte en sådan adgang. I tilfælde af en sådan *udveksling af* oplysninger mellem parterne er der ikke noget retsgrundlag for, at Kommissionen griber ind i informationsudbyderens beslutning om at dele de oplysninger, den er i besiddelse af, med andre virksomheder.

176. Endelig anfører Kommissionen, at Intels henvisning til artikel 9 i høringskonsulentens mandat ikke underbygger nogen påstand om fejl eller forsømmelser. Artikel 9 i



høringskonsulentens mandat udgør ikke nogen forpligtelse for Kommissionen, men giver blot høringskonsulenten beføjelse til at afvise anmodninger om fortrolig behandling ved en begrundet afgørelse. Som det fremgår af høringskonsulentens skrivelse af 10. december 2007, udgør denne skrivelse ikke en afgørelse på grundlag af artikel 9 i høringskonsulentens mandat. Selv om Intels påstand om, at Kommissionen ud over at føre interne drøftelser om gennemførligheden af en sådan fremgangsmåde havde indledt eller tilskyndet Dells udveksling af oplysninger med AMD, hvilket *ikke var tilfældet*, ville dette således ikke have været i strid med nogen af de normer, som Intel har henvist til til støtte for påstanden om fejl eller forsømmelser. Dell kunne til enhver tid frit beslutte, om selskabet ønskede at indgå en bilateral aftale med AMD, og det var fortsat Dells eneansvar at respektere eventuelle fortrolighedsaftaler med Intel i forbindelse hermed. Kommissionen kan ikke identificere andre regler eller principper, som endog teoretisk kunne støtte Intels påståede påstand.

177. Kommissionen understregede også, som forklaret ovenfor, at selv om aftaler mellem private parter ikke er direkte forbundet med den administrative procedure, og at Kommissionen ikke aktivt deltog i indgåelsen af Dell/AMD-aftalen, tog den ikke desto mindre aktive skridt til at modvirke en aftale mellem Dell og AMD, hvis terminologi henviste til en "*adgang til sagsakter*" og artikel 15 i forordning (EF) nr. 773/2004. I den forbindelse bemærkede Kommissionen, at AMD, en klager, ikke havde ret *til aktindsigt* i henhold til fællesskabsretten. Desuden afskrækkede Kommissionen Dell fra at indgå en aftale, hvorigennem Kommissionens høringskonsulent ville blive inddraget som voldgiftsmand, og som henviste til Dells mulighed for at give afkald på sine rettigheder til aktindsigt. I denne forbindelse understregede Kommissionen, at den ikke var retligt forpligtet til at træffe sådanne foranstaltninger for at afholde Dell fra at indgå en sådan aftale, og at Dell og AMD ikke desto mindre ville have haft ret til at deltage i den påtænkte udveksling af oplysninger, og at Kommissionen ikke havde mulighed for at forhindre, at dette fandt sted. I lyset af ovenstående gør Kommissionen gældende, at Intels påstande vedrørende enhver påstået "*adgang til aktindsigt*", som Kommissionen har givet i forbindelse med Dell/AMD-aftalen om udveksling af oplysninger, er åbenbart ubegrundede.

178. Med hensyn til spørgsmålet om aftalen om udveksling af oplysninger fra Dell-AMD fandt Kommissionen, at den, uanset de forberedende interne drøftelser med henblik herpå, på intet tidspunkt "*opfordrede*" Dell og AMD til at indgå en aftale om udveksling af oplysninger for at lette sine egne procedurer. Kommissionen har navnlig ikke forpligtet Dell til at indgå en aftale med AMD. Tværtimod tog Kommissionen aktivt skridt til at modvirke gennemførelsen af **[et første udkast til] aftale** mellem Dell og AMD **[ændret]**. Samtidig har Kommissionen ikke været forpligtet til at gribe ind i *inter partes* -udvekslingen af oplysninger mellem Dell og AMD, selv når den fik kendskab til selskabernes hensigt om at indgå aftaler herom. Det var Dells ansvar at tage hensyn til eventuelle fortrolighedsforpligtelser *over for* Intel, når det videregav oplysninger til AMD. Kommissionen har forelagt AMD en version af klagepunktsmeddelelsen, hvori alle Dell-oplysninger blev redigeret. På baggrund af ovenstående fastholdt Kommissionen, at klagerens påstande om fejl og forsømmelser er ubegrundede.

179. I sine yderligere bemærkninger af 15. juni 2009 og fremlagt som svar på Kommissionens supplerende udtalelse af 10. juni 2009 henviste klageren til tre argumenter, som Kommissionen



havde fremført i sin supplerende udtalelse. Det var følgende:

i) den **[gentagne]** aftale udelukkende var en "bilateral" aftale mellem Dell og AMD, og Kommissionen var derfor ikke forpligtet til at træffe foranstaltninger.

II) Kommissionen var ikke forpligtet til at træffe foranstaltninger, fordi aftalen ikke var en "aftale om aktindsigt", og

III) Intel havde ingen fortrolighedsinteresse i det materiale, der blev leveret til AMD, og blev derfor ikke skadet.

Efter hans opfattelse er Kommissionens fortolkning af disse spørgsmål ikke i overensstemmelse med de faktiske omstændigheder og er derfor ikke i stand til at undskylde dens alvorlige tilsidesættelser af fællesskabsretten.

180. Efter hans opfattelse kan Kommissionen ikke undskylde, at den ikke har sikret overholdelsen af de procedurer, der er fastsat i artikel 6 og 16 i forordning 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat, ved at gøre gældende, at aftalen, hvis indgåelse den havde tilskyndet til, og som den havde fuldt kendskab til, kun var "*bilateral*". Han hævdede, at Kommissionen er "*værge*" af sagsakterne. Som sådan er den forpligtet til at sikre, at reglerne om aktindsigt i sagsakter overholdes fuldt ud, og at oplysningerne i sagsakterne bevares fortroligt. Disse regler omfatter Intels rettigheder i henhold til artikel 6 og 16 i forordning 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat. Formålet med disse bestemmelser er at sikre, at oplysninger, som Intel hævder at *være fortrolige, ikke videregives eller gøres tilgængelige af Kommissionen, for så vidt som de indeholder forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger fra andre personer*, før høringskonsulenten "*har konstateret, at oplysningerne ikke er beskyttet og derfor kan videregives*", og denne konstatering er blevet meddelt sagsøgte. På det relevante tidspunkt var Kommissionen opmærksom på, at Intel havde påberåbt sig proceduren i ovennævnte lovgivning med hensyn til de materialer, som Kommissionen ønskede, at Dell skulle levere til AMD. Dells skrivelse af 14. august 2007 gjorde Kommissionen opmærksom på, at de omtvistede citater indeholdt fortrolige oplysninger fra Intel, og Kommissionen havde som følge af sine drøftelser med Intel faktisk meddelelse om, at Intel havde fremsat krav om fortrolig behandling af dette materiale. På trods af denne viden opfordrede Kommissionen ikke desto mindre og tillod derefter AMD at få adgang til dette materiale, før høringskonsulenten kunne beslutte, om det var fortroligt. Kommissionen har ved at handle i strid med artikel 6 og 16 i forordning 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat.

181. Kommissionen kan efter klagerens opfattelse ikke undskylde sin manglende beskyttelse af Intels rettigheder ved at hævde, at aftalen var bilateral, eller at drøftelserne mellem AMD, Dell og Kommissionen udelukkende vedrører retsstillingen med hensyn til AMD's ret i henhold til artikel 6 i forordning 773/2004. I lyset af dens indledning af og direkte deltagelse i indkøb af AMD/Dell-aftalen kan Kommissionen ikke hævde, at aftalen blot var "*bilateral*". Det er efter klagerens opfattelse ubestridt, at i) Kommissionen gav Dell et udvalg af citater fra den fortrolige klagepunktsmeddelelse og ii) foreslog eller anmodede Dell om at fremsende disse citater til



AMD i ikke-redigeret form. I sin udtalelse til Ombudsmanden benægter Kommissionen ikke, at den foreslog, at Dell skulle "overveje at anvende en [aftale om udveksling af oplysninger] med AMD svarende til den aftale [Dell], der blev indgået med Intel om [klagemeddelelsen] citater" [119]. Han anfører endvidere, at Kommissionen nu indrømmer, at Dell, da den fremlagde et endeligt, underskrevet udkast til en sådan aftale med henblik på sin revision, foreslog, at aftalen skulle omstruktureres. På baggrund af disse kendsgerninger anfører han, at Kommissionen er "ubetydelig", når den hævder, at "Kommissionen ikke deltog aktivt i indgåelsen af Dell/AMD [aftalen om udveksling af oplysninger]". Han har navnlig gjort gældende, at Kommissionens påstand om, at "enhver inddragelse af Kommissionen eller henvisning til denne i forbindelse med den bilaterale udveksling er blevet fjernet i den nye version af aftalen, der i sidste ende blev gennemført bilateralt mellem Dell og AMD", hverken ændrer ved den omstændighed, at Kommissionen tilskyndede og spillede en aktiv rolle i indgåelsen af den **[gentagne]** aftale, eller fritager Kommissionen for dens frihedsberøvende forpligtelser som vogter af sagsakterne.

182. Klageren hævder, at Kommissionens påstand om, at den **[vedtagne]** aftale udelukkende berører artikel 6 i forordning (EF) nr. 773/2004, ser bort fra, at det netop er den procedure, der er fastsat i artikel 6 (samt i henhold til artikel 16 i forordning 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat), der blev omgået ved Kommissionens tilskyndelse og aktive deltagelse i indgåelsen af AMD/Dell-aftalen om udveksling af oplysninger.

183. Efter klagerens opfattelse har Kommissionens påstand om, at den "ikke har nogen beføjelser, endsiige nogen forpligtelse til at forhindre tredjeparter i at videregive oplysninger, som de har fremsendt til Kommissionen", ingen forbindelse med, hvad der rent faktisk skete, fordi den ser bort fra Kommissionens "direkte og aktive rolle" i indgåelsen af AMD/Dell-aftalen. Efter klagerens opfattelse er spørgsmålet for Ombudsmanden ikke lovligheden af en uafhængig *inter partes* -aftale, der gennemføres af tredjeparter uden Kommissionens vidende. Spørgsmålet er snarere, om Kommissionen med viden om, at Intels anmodninger om fortrolig behandling af materialet endnu ikke var blevet løst, og at det pågældende materiale "kan blive redigeret i den version af klagepunktsmeddelelsen, som Kommissionen fremsender til AMD", har handlet uretmæssigt ved aktivt at tilskynde til og deltage i indgåelsen af en aftale, der giver AMD utilladelig adgang til sagsakterne, hvorved Intels processuelle rettigheder til at få sine krav om fortrolighed afklaret af høringskonsulenten. Som vogter af sagsakterne var Kommissionen forpligtet til at forhindre indgåelse og gennemførelse af en sådan aftale, navnlig når den havde fået forelagt et udkast til aftalen og havde konkluderet, at den *umiddelbart var i strid med den administrative procedure*.

184. Efter klagerens opfattelse var Kommissionen også forpligtet til at forhindre AMD i at anvende de oplysninger, den **[ændrede]** havde indhentet under den mundtlige høring. Dette er især tilfældet, eftersom høringskonsulentens endelige afgørelser om fortrolighed viste, at oplysningerne faktisk var fortrolige, og at AMD ikke ville have fået adgang til det pågældende materiale under en behørigt overvåget procedure. Ikke desto mindre tillod Kommissionen AMD at indføre dette "redigerede materiale" **[redigeret]**, selv efter at AMD i begyndelsen af den mundtlige høring underrettede Kommissionen og høringskonsulenten om, at den agtede at anvende det pågældende fortrolige materiale.



185. Af lignende grunde kan Kommissionen ikke undskylde sin påstand om, at den greb ind for at ændre den meddelte aftale fra en " *aftale om aktindsigt* " til en aftale " *der gennemføres bilateralt mellem Dell og AMD* ". For det første bekræfter Kommissionens deltagelse i tilvejebringelsen af materialet og antydningen af, at det deles med AMD i uændret form, samt dens indrømmelse af, at det blev intimt involveret i omstruktureringen af aftalen, kun, at Kommissionen spillede en aktiv rolle med hensyn til at indgå en aftale, der havde til formål at omgå artikel 6 og 16 i forordning (EF) nr. 773/2004 og artikel 9 i høringskonsulentens mandat. For det andet ændrer tilstedeværelsen eller fraværet i aftalen af henvisninger til " *frafald af Dells eller AMD's respektive rettigheder i henhold til forordning 773/2004* " eller bestemmelsen " *om inddragelse af høringskonsulenten som dommer i tilfælde af dokumenter* " ikke formålet med eller virkningen af den oprindelige aftale **[redigeret]** den mindsker heller ikke Kommissionens direkte deltagelse i indgåelsen af aftalen og tilsidesættelsen af disse procedurer. For det tredje er opfattelsen af, at kvalificeringen af aftalen som en " *bilateral udveksling* " snarere end en " *aftale om aktindsigt* " kunne fritage Kommissionen for at underrette Intel eller høringskonsulenten om aftalens eksistens, alt for formalistisk: Kommissionen ser bort fra, at den aftale, som Dell fremsendte til Kommissionen den 25. september 2007, og den aftale, som AMD meddelte Kommissionen den 13. november 2007, havde samme formål og virkning.

186. Klageren bemærkede også, at selv om Kommissionen anfører, at den gjorde Intel " *bevidst* " om AMD's anmeldelse af aftalen den 13. november 2007, undlod den at nævne, at den ventede indtil den 23. juli 2008 med at tilstille Intel en kopi af dette brev, som den indeholdt som en del af Intels aktindsigt i sagsakterne i forbindelse med den supplerende klagepunktsmeddelelse. Dette var ca. otte måneder efter meddelelsen af 13. november og fire måneder efter AMD's brug af det fortrolige materiale under den mundtlige høring.

187. Ud over Intels interesse i at beskytte sine processuelle rettigheder havde Intel endelig også påviselige fortrolighedsrettigheder i forbindelse med de faktiske citater, som AMD anvendte **[redigeret]** under den mundtlige høring. Selv om indførslen og rigtigheden af materialet i de pågældende dokumenter ikke kunne fastslås på det tidspunkt, hvor redigeringen fandt sted, bekræfter undersøgelsen af de faktiske uddrag, at de — som høringskonsulenten fastslog — burde behandles fortroligt, idet de angiveligt vedrørte Intels kommercielle forhandlinger med Dell, et emne, der klart er egnet til beskyttelse i forhold til Intels primære konkurrent. Dette tilbageviser på afgørende måde Kommissionens påstand om, at de pågældende citater ikke indeholdt Intels forretningshemmeligheder.

Ombudsmandens vurdering

188. Klagerens anden påstand er, at Kommissionen "opfordrede" Dell og AMD til at indgå en informationsudvekslingsordning, som gjorde det muligt for AMD at omgå de regler, der begrænser AMD's ret til aktindsigt i Kommissionens sagsakter.

189. Som et første indledende punkt og for klart at definere arten af påstanden mod Kommissionen finder Ombudsmanden det nødvendigt først at behandle klagerens argument om, at Intels "ret til forsvar" blev *krænket af AMD's brug i den mundtlige høring af, hvad Intel hævdede at være Intels "fortrolige oplysninger"*.



190. En klager i en konkurrencesag har begrænset ret til at indhente oplysninger fra Kommissionen i Kommissionens sagsakter. Den har ikke ret til "*adgang til sagsakterne*" under Kommissionens undersøgelse. Den har kun adgang til en ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen. (Ombudsmanden bemærker i denne forbindelse, at Kommissionen er forpligtet til at sende en ikke-fortrolig udgave af klagepunktsmeddelelsen til klageren med henblik på at give klageren mulighed for at indgive skriftlige og mundtlige indlæg til Kommissionen i forbindelse hermed). [120] Formålet med at redigere en ikke-fortrolig udgave af klagepunktsmeddelelsen er at sikre, at klageren i konkurrencesagen ikke gennem sin ret til at få en version af klagepunktsmeddelelsen får kendskab til fortrolige oplysninger vedrørende tredjeparter. [121] Hvis Kommissionen (på grund af en fejl) skulle medtage en version af klagepunktsmeddelelsen til en klager i henhold til artikel 28, stk. 2, i forordning [22], ville den potentielt være klassificeret som værende i strid med artikel 28, stk. 22, i forordning (EF) nr. [123] som værende i strid med artikel 28, stk. 22, i forordning (EF) nr. [123]. Selv om en sådan fejlagtig fremsendelse af fortrolige oplysninger fra Kommissionens side kan påvirke tredjemands legitime forretningsinteresser [125], vil (fejlagtig) videregivelse af sådanne oplysninger imidlertid ikke *som sådan* [26] påvirke den undersøgte parts "*ret til forsvar*". [127] En klager kan have større kendskab til indholdet af en klagepunktsmeddelelse, der er sendt til den undersøgte part som følge af modtagelsen af fortrolige oplysninger vedrørende en tredjepart. Denne omstændighed alene indebærer imidlertid ikke, at den undersøgte parts evne til at forsvare sig mod påstandene i klagepunktsmeddelelsen påvirkes.

191. Hvis Kommissionen ikke kan krænke "*retten til forsvar*" for en part, der er genstand for en undersøgelse, selv om den (på grund af en fejl) skulle videregive fortrolige oplysninger, der er indeholdt i klagepunktsmeddelelsen, til en klager, følger det heraf, at den ikke kunne krænke en af de undersøgte parter "*ret til forsvar*", hvis det nogensinde blev konstateret, at den foreslog eller endog tilskyndede en tredjepart til at videregive fortrolige oplysninger til en klager [128] Ombudsmanden er principielt ikke enig i klagerens argument om, at retten til forsvar for en part, der er genstand for undersøgelsen, ville blive krænket, hvis klageren i konkurrencesagen blev forsynet med eller på anden måde indhentet oplysninger, som klageren kunne bruge til at formulere argumenter, der skal meddeles Kommissionen i forbindelse med en undersøgelse foretaget af Kommissionen [129].

192. Ombudsmanden er for det andet af den opfattelse, at den omstændighed, at en tredjemand (såsom Dell) giver Kommissionen oplysninger i forbindelse med Kommissionens undersøgelse af en overtrædelse i henhold til artikel 81 EF eller 82 EF, ikke giver Kommissionen nogen beføjelse til at forhindre denne tredjemand i alene at beslutte at gøre brug af disse oplysninger på en måde, som denne part finder passende [130]. I mangel af muligheden for, at en udveksling af oplysninger mellem virksomheder i sig selv udgør en overtrædelse i henhold til artikel 81 EF, giver den omstændighed, at en part (såsom Dell) giver Kommissionen oplysninger i forbindelse med Kommissionens undersøgelse af en overtrædelse i henhold til artikel 81 EF eller 82 EF, ikke Kommissionen nogen beføjelse til at forhindre denne tredjemand i at udveksle de samme oplysninger med en tredjepart.

193. Princippet om, at Kommissionen ikke *alene er beføjet til at forhindre denne tredjemand i at*



anvende de samme oplysninger til andre formål, finder anvendelse, selv om de oplysninger, der er meddelt Kommissionen, kvalificeres som "*fortrolige oplysninger*" med henblik på Kommissionens undersøgelse på grundlag af en anmodning om fortrolig behandling indgivet af den part, der er genstand for undersøgelsen. Under sådanne omstændigheder kan det ikke være op til Kommissionen at beskytte de interesser, som den undersøgte part måtte have i forhold til disse oplysninger.

194. Som et tredje indledende punkt bemærker Ombudsmanden, at Kommissionen, når den opfylder sin forpligtelse til at give en klager en redigeret version af klagepunktsmeddelelsen, ikke overtræder nogen gældende regel eller princip, *medmindre* den medtager "*fortrolige oplysninger*" i den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen. Det er nemlig ubestridt i forbindelse med denne undersøgelse, at Kommissionen ikke direkte har fremsendt fortrolige oplysninger vedrørende Intel til AMD. Hvis Kommissionen beslutter, f.eks. fordi den er blevet underrettet om en aftale om udveksling af oplysninger mellem klageren og en tredjepart, *at den afstår* fra at medtage visse oplysninger i den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen, vil denne fremgangsmåde ikke udgøre et brud på fortroligheden fra Kommissionens side.

195. Ombudsmanden er for det fjerde af den opfattelse, at afgørelsen i *sagen AKZO Chemie BV mod Kommissionen* [131], hvorefter en tredjemand, der har indgivet en klage, "under ingen omstændigheder må gives aktindsigt i *dokumenter, der indeholder forretningshemmeligheder*" (min fremhævelse), skal fortolkes således, at reglerne om aktindsigt *under alle omstændigheder forhindrer Kommissionen i* at give klageren adgang til fortrolige oplysninger. Dette kan forstås således, at Kommissionen anmoder, tilskynder eller letter en tredjepart til at give en klager adgang til disse oplysninger. *AKZO*-dommen indebærer imidlertid ikke, at Kommissionen er forpligtet *til at forhindre tredjemand i at* give oplysninger, som de *uafhængigt af Kommissionen er i* besiddelse af, til en klager.

196. Ombudsmanden er også af den opfattelse, at hvis en klager gennem en informationsudvekslingsaftale med en tredjepart indhenter oplysninger, som Kommissionen kan have klassificeret som "*fortrolige oplysninger*" i forbindelse med sin undersøgelsesakt, har Kommissionen ikke beføjelse til at forhindre denne tredjepart i at henvise til eller på anden måde gøre brug af disse oplysninger, når den fremsætter skriftlige eller mundtlige indlæg til Kommissionen [132]. Ombudsmanden bemærker, at en klager, der fremsætter skriftlige eller mundtlige indlæg til Kommissionen i forbindelse med en klagepunktsmeddelelse, kan basere sig på kendsgerninger og argumenter, der er fremlagt i den ikke-fortrolige udgave af klagepunktsmeddelelsen. Han bemærker også, at en klager også kan påberåbe sig alle andre kendsgerninger eller argumenter, som den har modtaget fra andre kilder, og som den anser for relevante for formuleringen af sine bemærkninger i forbindelse med klagepunktsmeddelelsen. Forudsat at klageren ikke har modtaget sådanne oplysninger fra Kommissionen (jf. præmis 189, 190 og 191 ovenfor og 198 nedenfor), tilkommer det ikke Kommissionen at stille spørgsmålstejn ved, hvordan klageren kan have indhentet sådanne kendsgerninger eller argumenter.

197. Ombudsmanden er for det femte af den opfattelse, at Kommissionen har ret til at udtale sig over for tredjemand vedrørende de procedurermæssige spørgsmål, der kan opstå i forbindelse



med den korrekte behandling af dens procedurer, hvis en tredjepart, der har givet oplysninger til Kommissionen, meddeler denne, at den agter at indgå eller har indgået en informationsudvekslingsaftale med en klager. Hvis Kommissionen underrettes om et udkast til informationsudvekslingsaftale eller endog om en endelig informationsudvekslingsaftale, der har til formål at give en klager, "*adgang til sagsakterne*", har Kommissionen som sådan ret til at underrette tredjemand om, at klagerne ikke har nogen ret til "*adgang til sagsakterne*" i en kommissionsprocedure i henhold til artikel 81 EF eller 82 EF [133]. Endvidere ville Kommissionen under sådanne omstændigheder have ret til at tage hensyn til sådanne aftaler, når den udarbejder ikke-fortrolige versioner af klagepunktsmeddelelser.

198. Uanset ovenstående er Ombudsmanden af den opfattelse, at selv om konsekvensen af Kommissionens *fejlagtige* fremsendelse af oplysninger til en klager i forbindelse med en undersøgelse kun kan være, at Fællesskabet kan blive erstatningspligtigt uden for kontraktforhold for skader, der er lidt, kan det samme ikke nødvendigvis konkluderes for så vidt angår Kommissionens *forsætlige* overførsel af fortrolige oplysninger til en klager. Ombudsmanden er af den opfattelse, at enhver *forsættlig* overførsel af fortrolige oplysninger fra Kommissionen til en klager også potentielt kan rejse tvivl om Kommissionens generelle upartiskhed i forbindelse med dens undersøgelse i strid med principperne om god forvaltningsskik [134]. Dette ville navnlig være tilfældet, hvis Kommissionens udtrykkelige hensigt ved overførslen af fortrolige oplysninger til en klager var at styrke en parts stilling i den administrative procedure, som Kommissionen havde ansvaret for.

199. I overensstemmelse med dette ræsonnement er Ombudsmanden også af den opfattelse, at det ikke vil være i overensstemmelse med principperne om god forvaltningsskik, at Kommissionen anmoder om, tilskynder til eller letter en aftale om udveksling af oplysninger mellem tredjeparter, navnlig hvis Kommissionen var bekendt med en risiko for, at aftalen ville indebære overførsel af fortrolige oplysninger fra en anden tredjepart. Selv om Ombudsmanden ikke tager stilling til gyldigheden af Intels anmodninger om fortrolig behandling i forbindelse med sag COMP/37.990, bemærker han, at Kommissionen ikke udelukkede, at visse af disse anmodninger om fortrolig behandling kunne have været gyldige. Under sådanne omstændigheder ville det ikke have været i overensstemmelse med principperne om god forvaltningsskik, at Kommissionen som offentlig myndighed havde anmodet, tilskyndet eller hjulpet en tredjepart til at træffe foranstaltninger, der (også potentielt) ville have krænket en anden tredjemands ret til at beskytte sine fortrolige oplysninger [135].

200. Hvis Kommissionen anmoder en tredjepart om at videregive fortrolige oplysninger til en klager i en konkurrencesag, som klageren ellers ikke ville have adgang til i forbindelse med anvendelsen af artikel 6 i forordning (EF) nr. 773/2004, kan dette desuden rejse tvivl om Kommissionens overordnede upartiskhed i forbindelse med undersøgelsen [136].

201. Klageren i denne undersøgelse hævder, at Kommissionen tilskyndede til informationsudvekslingsaftalen mellem Dell og AMD ved allerede den 9. august 2007 at give Dell en liste over citater fra den fortrolige udgave af klagepunktsmeddelelsen. Ombudsmanden forstår ud fra skrivelsen af 14. august 2007, at formålet med skrivelsen af 9. august 2007 var at informere Dell om de forskellige citater i klagepunktsmeddelelsen, som kunne have indeholdt



oplysninger om eller vedrørende Dell. Fremlæggelsen af denne liste over citater fra klagepunktsmeddelelsen til Dell vil gøre det muligt for Dell at identificere, hvad den anser for at være fortrolige oplysninger, som ikke bør videregives til AMD i forbindelse med leveringen til AMD af den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen. Formålet med Dells svar af 14. august 2009 var at overbevise Kommissionen om, at den ikke i den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen, der skulle sendes til AMD, skulle medtage oplysninger, som Dell anså for fortrolige. Denne forståelse bekræftes af Ombudsmandens undersøgelse af en e-mail af 23. august 2007 fra en ekstern Dell-rådgiver (C) til en kollega, hvori C anfører, at en tjenestemand fra Kommissionen (D) med ham drøftede redigeringen af klagepunktsmeddelelsen af citater, som Dell anså for fortrolige.

202. Kommissionens brev og Dells svar var således en del af den "*normale procedure*", hvor Kommissionen søger at fastslå, hvilke oplysninger der skal redigeres i den fortrolige version af klagepunktsmeddelelsen med henblik på at oprette en ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen. Ombudsmanden mener derfor ikke, at skrivelsen af 14. august 2007 udgør bevis for, at Kommissionen anmodede om, tilskyndede til eller littede en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD.

203. Klageren i denne undersøgelse hævder også, at e-mailen af 3. september 2007, hvor en ekstern Dell-rådgiver (C) informerer en højtstående kollega om, at en tjenestemand fra Kommissionen (D) havde ringet til C for at spørge, om Dell "*vil overveje at anvende en aftale om udveksling af oplysninger med AMD svarende til den aftale, som [Dell] indgik med Intel om [klagemeddelelsen]*" udgør bevis for, at Kommissionen anmodede Dell om at indgå en aftale om udveksling af oplysninger med AMD med henblik på at give AMD oplysninger, som AMD ikke ville have adgang til i den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen. Klageren henviser også til et brev af 18. september 2008 fra Dells advokat til Ombudsmanden, hvor Dells eksterne rådgiver anfører, at "*Kommissionen foreslog Dell at indgå en aftale om ikke-offentliggørelse med AMD's rådgivere og økonomer om deling af Dell-dokumenter, der anvendes i klagepunktsmeddelelsen*".

204. Ombudsmanden bemærker, at Kommissionen ikke er enig i, at den foreslog Dell at indgå en informationsudvekslingsaftale med AMD. Kommissionen har anført, at den først begyndte internt at drøfte muligheden for en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD efter et telefonopkald på højt niveau med Dell den 30. august 2007, hvor en sådan informationsudvekslingsaftale blev drøftet. Kommissionen har gjort gældende, at eftersom den dagsorden, som Kommissionen har udarbejdet og sendt til Dell forud for telefonopkaldet, ikke nævner en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD [137], er det "*sandsynligt, at enten B. [138] eller Dells eksterne rådgiver i denne telefonsamtale først nævnte muligheden for en bilateral informationsudveksling også med AMD.*"

205. Kommissionen bekræfter kategorisk, at en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD faktisk blev drøftet under dette telefonopkald.

206. På grundlag af denne dagsorden for telefonsamtalen [139] er Ombudsmanden enig i, at Kommissionens hensigt ved begyndelsen af telefonopkaldet den 30. august 2007 var at drøfte



redigeringen af Dell-citater fra klagepunktsmeddelelsen. Ombudsmanden kan imidlertid ikke drage nogen konklusion alene af den omstændighed, at dagsordenen ikke nævner en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD, om det var Kommissionen eller Dell, der rejste spørgsmålet.

207. Ombudsmanden bemærker, at Kommissionen ikke kategorisk anfører, at det var Dell, der rejste muligheden for en aftale om udveksling af oplysninger, og den anfører heller ikke kategorisk, at det ikke var Kommissionen, der rejste muligheden for en aftale om udveksling af oplysninger. Selskabet har snarere gjort gældende, at det var "*plausibelt*", at spørgsmålet først blev nævnt af Dell.

208. Ombudsmanden erkender, at det *ab initio* er "*sandsynligt*", at enten Kommissionen eller Dell ville rejse spørgsmålet om en informationsudvekslingsaftale i et sådant telefonopkald.

Ombudsmanden forstår, at sådanne aftaler kan indebære fordele for en part, som af Kommissionen er forpligtet til at forsyne sidstnævnte med redigerede versioner af beviser, der tidligere er forelagt Kommissionen [140]. Ombudsmanden har i forbindelse med sin kontrol af Kommissionens sagsakter set korrespondance mellem Kommissionen og en anden OEM [141], hvori denne anden OEM gør Kommissionen opmærksom på a) den byrde, der er forbundet med at forsyne Kommissionen med redigerede versioner af de (tallige) dokumenter fra denne OEM, der er indeholdt i Kommissionens sagsakter, og b) fordelene (for denne OEM) ved at undgå sådanne omkostninger ved at indgå en aftale om udveksling af oplysninger (med Intel). Det ville ikke være usædvanligt, at en part, som af Kommissionen anmodes om under et "*højt*" telefonopkald med sidstnævnte at drøfte detaljerne i redigeringen af de oplysninger, der blev fremsendt til Kommissionen, at foreslå Kommissionen et alternativ, som ville være mindre byrdefuldt for denne part. Ombudsmanden forstår, at Kommissionen også kan se "*fordele*" i sådanne informationsudvekslingsaftaler, der finder sted. Eksistensen af en aftale om udveksling af oplysninger mellem en part, der har afgivet oplysninger til Kommissionen og en klager, kan gøre det unødvendigt for Kommissionen, når den forsøger at udarbejde en "*betydelig*" ikke-fortrolig version af klagepunktsmeddelelsen, at kontrollere og tage stilling til anmodninger om fortrolig behandling fra den undersøgte part vedrørende disse oplysninger.

Ombudsmandens forståelse bekræftes efter hans opfattelse af Kommissionens efterfølgende handlinger. Selv om Kommissionen ikke var overbevist om gyldigheden af Intels anmodninger om fortrolig behandling, fjernede den i klagepunktsmeddelelsen Dell-tilbuddene, som Intel hævdede også indeholdt fortrolige oplysninger vedrørende Intel. Ombudsmanden forstår, at Kommissionen ikke fortsatte spørgsmålet om, hvorvidt sådanne påstande var eller ikke var gyldige, fordi Kommissionen var klar over, at den redigerede version af klagepunktsmeddelelsen for AMD gav mening, eftersom AMD gennem informationsudvekslingsaftalen havde adgang til de anfægtede Dell-citater.

209. Når Ombudsmanden fremlægger to forskellige faktiske omstændigheder, som begge er *plausible*, vil han søge at efterprøve, om der foreligger beviser, der giver større troværdighed til den ene redegørelse for de faktiske omstændigheder i forhold til den anden.

210. Ombudsmanden bemærker først, at e-mailen af 3. september 2007 afspejler C's [142] forståelse af en samtale med D (en tjenestemand i Kommissionen). Som sådan kan det ikke



være sikkert, at e-mailen *præcist* afspejler de ord, som D brugte i denne samtale. Det kan imidlertid forstås, at e-mailen afspejler C's ærlige forståelse, navnlig i lyset af, at e-mailen blev udarbejdet *i tempore non suspecto*, dvs. uden at have overvejet, om den efterfølgende ville være nyttig som bevismateriale [143]. Som sådan konkluderer Ombudsmanden, at det er tilstrækkeligt bevist, at spørgsmålet om en aftale om udveksling af oplysninger blev nævnt i telefonsamtalen den 3. september 2007. [144]

211. I lyset af ovenstående mener Ombudsmanden, at det forhold, at C og D drøftede en informationsudvekslingsaftale i telefonsamtalen den 3. september 2007, ikke betyder, at dette var første gang, at dette spørgsmål blev drøftet mellem Kommissionen og Dell [145]. Ombudsmanden bemærker, at D er et (relativt) juniormedlem [146] af sagsholdet. Ombudsmanden finder det usandsynligt, at hvis Kommissionen ønskede at meddele Dells eksterne rådgiver en vigtig udvikling i sin procedure med Dell, ville den have efterladt en sådan indledende drøftelse til et yngre medlem af sagsteamet. Ombudsmanden finder det snarere mere sandsynligt, at spørgsmålet tidligere blev drøftet i forbindelse med, hvad Kommissionen kalder et "*højt*" telefonopkald den 30. august 2007, hvor Dells øverste interne rådgiver, Dells øverste eksterne rådgiver og de ledende medlemmer af Kommissionens sagsgruppe deltog.

212. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt det i forbindelse med telefonopkaldet *på højt niveau* af 30. august 2007 var Kommissionen eller Dell (eller Dells eksterne rådgiver), der først rejste spørgsmålet om informationsudvekslingsaftalen, bemærker Ombudsmanden, at Kommissionen henviser til en "*intern note*" om den "*højtstående*" telefonsamtale af 30. august 2007. Ombudsmanden har gennemgået dette notat i forbindelse med sin undersøgelse. Notatet indeholder indtryk af de tjenestemænd fra Kommissionen, der var til stede på mødet den 30. august 2007. Det pågældende notat synes imidlertid ikke at være en samtidig redegørelse for det pågældende telefonopkald *på højt niveau*. I notatet anføres det, at det er sikkert, at idéen om en aftale om udveksling af oplysninger *blev* "flettet" på mødet. Den angiver ikke præcist, hvem der "*flød*" denne idé (det kunne højst tyde på, at det var "*plausibelt*", at Dell eller Dells eksterne rådgiver foreslog, at Dell brugte en informationsudvekslingsaftale).

213. Klageren henviste også til e-mails mellem C og D af 25. og 26. september 2007. Han hævdede, at denne e-mailudveksling bekræfter, at Kommissionen opfordrede Dell til at indgå **[aftalen]** med AMD og fremsende fortroligt materiale fra klagepunktsmeddelelsen. Ombudsmanden bemærker, at D i en e-mail af 26. september 2007 takkede C "*for Deres konstruktive hjælp på dette område*". Efter klagerens opfattelse viste D's taknemmelighed for Dells "*konstruktive hjælp*" uomtvisteligt, at Kommissionen hilste det velkommen, at Dell var villig til at indgå **[en aftale]** med AMD, og at Kommissionen faktisk havde fremmet og tilskyndet til aftalen.

214. Ombudsmanden har i forbindelse med sin undersøgelse af sagsakterne set interne e-mails, som Kommissionen har fremsendt til ham, hvoraf det fremgår, at A's henvisninger til "*konstruktiv hjælp på dette område*" ikke blev foretaget i forbindelse med "*opmuntring*" til en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD, men snarere til Dells samarbejdsvilje med hensyn til ændringen af et udkast til informationsudvekslingsaftale, som Dell sendte til Kommissionen. De ændringer, som Kommissionen fandt nødvendige (for at overholde reglerne



om aktindsigt), vedrørte fjernelsen af henvisninger til AMD's ret til " *adgang til sagsakterne* " [147] Interne e-mails tyder faktisk på, at Kommissionen i hele september 2007 aktivt fulgte den traditionelle procedure med at redigere klagepunktsmeddelelsen.

215. I lyset af ovenstående mener Ombudsmanden ikke, at e-mails mellem C og D af 25. og 26. september 2007 udgør afgørende beviser for, at Kommissionen tilskyndede Dell til at indgå en aftale om udveksling af oplysninger.

216. Ombudsmanden er af den opfattelse, at hvis Kommissionen i overensstemmelse med principperne om god forvaltningsskik på det relevante tidspunkt havde udarbejdet et internt notat om de væsentlige elementer i telefonsamtalen af 30. august 2007, ville den have været i stand til at fremlægge vigtige beviser for, hvem der først foreslog en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD [148] Ombudsmanden beklager, at den manglende udarbejdelse af et internt notat fra telefonsamtalen på det relevante tidspunkt giver anledning til usikkerhed om dets præcise indhold. Ombudsmanden mener også, at hvis Kommissionen havde udarbejdet et sådant internt notat på daværende tidspunkt, ville den også have været i stand til at behandle beskyldningerne om, at dens tjenestemænd uretmæssigt først rejste spørgsmålet om en aftale om udveksling af oplysninger.

217. Da klageren ikke fremsatte nogen påstande eller argumenter vedrørende den manglende udarbejdelse af et internt notat om telefonsamtalen af 30. august 2007, vil Ombudsmanden derfor ikke forfølge spørgsmålet i denne undersøgelse, men vil i stedet fremsætte en yderligere bemærkning.

218. Ombudsmanden finder det sandsynligt, at muligheden for en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD først blev taget op i telefonopkaldet den 30. august 2007. Eftersom der ikke foreligger samtidige dokumentation for indholdet af denne telefonsamtale, og henset til Ombudsmandens konstateringer vedrørende de beviser, der er fremlagt for ham (jf. præmis 201-215 ovenfor), finder Ombudsmanden, at de foreliggende beviser ikke er tilstrækkelige til, at han kan tage stilling til, om det var Kommissionen, der først foreslog Dell, at sidstnævnte indgik en aftale om udveksling af oplysninger med AMD. Da Ombudsmanden ikke mener, at hans undersøgelser ville afdække yderligere beviser, der kunne præcisere det præcise indhold af telefonsamtalen af 30. august 2007, afslutter han derfor sin undersøgelse med en konklusion om, at der ikke er grundlag for yderligere undersøgelser fra Ombudsmandens side i forbindelse med denne påstand.

C. Konklusioner

På grundlag af sin undersøgelse af den første påstand afslutter Ombudsmanden sin undersøgelse med følgende kritiske bemærkning:

Kommissionen har tilsidesat princippet om god forvaltningsskik ved ikke at udarbejde et



tilstrækkeligt skriftligt notat fra mødet den 23. august 2006 med henblik på at udarbejde et godkendt referat af dette møde.

På grundlag af sin undersøgelse af den anden påstand finder Ombudsmanden, at der ikke er grundlag for yderligere undersøgelser fra Ombudsmandens side. Han afslutter derfor sin undersøgelse.

Klageren og Europa-Kommissionen vil blive underrettet om denne afgørelse.

YDERLIGERE BEMÆRKNINGER

Det ville være af hensyn til god forvaltningsskik, hvis Kommissionen pålægger sine ansatte at sikre, at der udarbejdes et egentligt internt notat, som skal indgå i sagsakterne, om indholdet af møderne eller telefonsamtaler med tredjemand om vigtige proceduremæssige spørgsmål.

P. Nikiforos DIAMANDOUROS

Udfærdiget i Strasbourg, den 14. juli 2009

[1] Artikel 82 EF forbyder misbrug af dominerende stilling.

[2] Se forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 3275 (også kendt som *TACA*).

[3] Klageren har fremsendt en kopi af dette dokument til Ombudsmanden.

[4] Høringskonsulenten er en tjenestemand i Kommissionen, der har til opgave at øge Kommissionens konkurrenceprocedurers upartiskhed og objektivitet. Høringskonsulentens mandat er fastsat i Kommissionens afgørelse 2001/462 af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområde i forbindelse med visse konkurrencesager (EFT L 162 af 19.6.2001, s. 21-24).

[5] Se sag T-457/08 R *Intel mod Kommissionen* (endnu ikke offentliggjort) og sag T-457/08 *Intel mod Kommissionen* (endnu ikke offentliggjort).

[6] Se kendelse afsagt af Rettens præsident den 27. januar 2009 i sag T-457/08 R, *Intel Corp mod Kommissionen* (endnu ikke offentliggjort).

[7] Se fodnote 6 ovenfor.



[8] I sin udtalelse af 20. marts 2009 fandt Kommissionen, at det ikke er sikkert, at den omstændighed, at Intel trak sin stævning i sag T-457/08, automatisk medfører, at Intels klage til Ombudsmanden igen kan antages til realitetsbehandling. Med forbehold af dens holdning i fremtidige sager anførte Kommissionen imidlertid, at den i det konkrete tilfælde ikke vil forfølge spørgsmålet om klagens eventuelle afvisning.

[9] I sin skrivelse af 16. februar 2009 til Kommissionen anførte Ombudsmanden, at den meget korte frist var berettiget, da Kommissionen havde haft kendskab til påstandene siden den 22. juli 2008 og til alle beviserne siden den 26. september 2008.

[10] Klageren anfører, at den skriftlige opfølgning efter mødet, som Dell sendte til Kommissionen, tyder på, at dagsordenen rent faktisk blev fulgt.

[11] En klagepunktsmeddelelse er et formelt skridt i Kommissionens konkurrenceretlige undersøgelser, hvor Kommissionen skriftligt underretter de berørte parter om de klagepunkter, der er rejst mod dem. Adressaten for en klagepunktsmeddelelse kan (skriftligt) besvare klagepunktsmeddelelsen med angivelse af alle de faktiske omstændigheder, som den har kendskab til, og som er relevante for dens forsvar mod Kommissionens klagepunkter. Adressaten kan også anmode om en mundtlig høring for at fremsætte sine bemærkninger til sagen. Kommissionen kan derefter træffe afgørelse om, hvorvidt den adfærd, der er omhandlet i klagepunktsmeddelelsen, er forenelig med EF-traktatens konkurrenceregler (EF-traktatens artikel 81 og 82). Fremsendelse af en klagepunktsmeddelelse foregriber ikke det endelige resultat af proceduren. Kommissionen kan også vælge at sende en eller flere supplerende klagepunktsmeddelelser.

[12] En fuldstændig kopi af dette vidneudsagn blev fremsendt til Ombudsmanden af klageren.

[13] Klageren anfører, at Intel den 22. januar 2008 skrev til Kommissionens høringskonsulent vedrørende en række anmodninger om aktindsigt. Disse anmodninger omfattede en anmodning om en kopi af interviewet med A. Den 19. februar 2008 svarede høringskonsulenten, at "*jeg ikke har kendskab til interviewet med [A] af 23. august 2006 og har anmodet sagsbehandleren om at reagere på denne anmodning.*"

[14] Klageren anfører, at sagsbehandleren den 21. februar 2008 sendte en e-mail, hvori det blev bekræftet, at A faktisk havde deltaget i et møde med *Kommissionen den 23. august 2006, men at "Kommissionen ikke interviewede [A] under dette møde, og at der ikke blev taget referater af mødet.*" Den 10. marts 2008 svarede høringskonsulenten, at ifølge de oplysninger, hun havde modtaget fra sagsholdet, "*fandt der ingen samtale sted i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003, og der blev heller ikke taget referater under eller efter mødet, som udgør en del af sagen.*"

[15] Klageren anfører, at Intel igen skrev til høringskonsulenten den 14. april 2008, hvori han forklarede betydningen af sagsholdets tilgang til interviewet med A og gav udtryk for sin bekymring over, at sagsholdet ikke havde foretaget en detaljeret redegørelse for et så vigtigt møde. Ved skrivelse af 7. maj 2008 anerkendte høringskonsulenten, at en sagsbehandler



havde fremlagt et " *notat til sagsakterne* " vedrørende mødet den 23. august 2006. Høringskonsulenten anførte, at det pågældende notat burde have været opført i sagsakterne. Hun fastslog imidlertid også, at Intel ikke havde ret til indsigt, fordi notatet var en " *intern note* " og " *tilsyneladende* " ikke var blevet påberåbt i klagepunktsmeddelelsen rettet til Intel.

[16] I artikel 11 (Retfærdighed) hedder det, at " *tjenestemanden handler upartisk, retfærdigt og rimeligt.* "

[17] Artikel 12 (retspleje) har følgende ordlyd:

" 1. *Tjenestemanden skal være serviceminded, korrekt, høflig og tilgængelig i forhold til offentligheden. Når tjenestemanden besvarer korrespondance, telefonsamtaler og e-mails, forsøger han at være så nyttig som muligt og svarer så fuldstændigt og præcist som muligt på de stillede spørgsmål.*

2. *Hvis tjenestemanden ikke er ansvarlig for den pågældende sag, henviser han borgeren til den relevante tjenestemand.*

3. *Hvis der opstår en fejl, der påvirker en borgers rettigheder eller interesser negativt, undskylder tjenestemanden den og bestræber sig på at rette op på de negative virkninger af fejlen på den mest hensigtsmæssige måde og informere offentligheden om eventuelle klagemuligheder i overensstemmelse med kodeksens artikel 19.* "

[18] I henhold til artikel 7, 8 og 9 i den europæiske kodeks for god forvaltningsskik skal en europæisk institution eller et EU-organ " *undgå at anvende sine beføjelser til formål, der ikke har hjemmel i lovgivningen, eller som ikke er begrundet i offentlige interesser, " være " uvildig og uafhængig og afholde sig fra vilkårlige handlinger, der er til skade for offentligheden " og "skal tage hensyn til de relevante faktorer og give hver af dem sin rette vægt i afgørelsen.* "

[19] Ombudsmanden forstår, at disse dokumenter vedrørte A's vidneudsagn for FTC i 2003.

[20] Adgang til sagsakterne er et vigtigt proceduremæssigt skridt i konkurrence- og fusionssager. Den gør det muligt for adressaten for en klagepunktsmeddelelse (jf. fodnote 11 ovenfor) at se alle beviserne i Kommissionens sagsakter, uanset om de er belastende eller diskriminerende. En part kan derefter forstå de faktiske omstændigheder, der førte til, at Kommissionen sendte en klagepunktsmeddelelse, og henlede Kommissionens opmærksomhed på elementer i sagsakterne, som efter partens opfattelse ikke har fået tilstrækkelig vægt. Dette er en grundlæggende proceduremæssig garanti, der sikrer virksomhedernes ret til forsvar. Kommissionen har offentliggjort en meddelelse om reglerne for aktindsigt i Kommissionens sagsakter (EUT C 325 af 22.12.2005, s. 7-15).

[21] Kommissionens fremhævelse.

[22] Nævnt ovenfor i fodnote 20.



[23] Nævnt ovenfor i fodnote 2.

Jf. sag T-38/02, *Groupe Danone mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 4407.

[25] Kommissionen bemærkede, at den undersøgelsesperiode, der var omfattet af klagepunktsmeddelelsen af 26. juli 2007, vedrører perioden fra december 2002, mens A's vidneudsagn for FTC fra marts 2003 hovedsagelig vedrører perioden fra december 2002.

[26] Ombudsmanden forstår, at Kommissionen henviser til dagsordenen (jf. punkt 36 ovenfor).

[27] I lyset af de klagepunktsmeddelelser, som Kommissionen fremsendte til Intel den 27. juli 2007 og den 17. juli 2008, er Kommissionen af den opfattelse, at A's vidneudsagn for FTC i 2003, som Intel har påberåbt sig, og som Intel anser for diskulperende, ikke støtter Intels påstand om, at rabatterne til Dell ikke var betinget af eksklusivitet.

[28] Ombudsmanden minder om, at Kommissionens udtalelse blev forelagt i marts 2009. Det vedtog en afgørelse i maj 2009.

[29] Nævnt ovenfor i fodnote 2.

[30] Nævnt ovenfor i fodnote 24.

Jf. sag T-30/91, *Solvay mod Kommissionen*, Sml. 1995 II, s. 1775, præmis 81.

[32] Se beslutning i sag COMP/37.990 af 13. maj 2009 (endnu ikke offentliggjort).

[33] I denne forbindelse henviste klageren til sag T-314/01, *Avebe mod Kommissionen*, Sml. 2006. II-3085, præmis 66; Sag T 30/91, *Solvay mod Kommissionen*, Sml. 1995 II, s. 1775, præmis 81 ff. Forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S m.fl. mod Kommissionen*, Sml. 2004 I, s. 123, præmis 75.

[34] Fællesskabets retsinstanser har fastslået, at "de garantier, som Fællesskabets retsorden giver i den administrative procedure, omfatter bl.a. princippet om god forvaltningsskik, som indebærer, at den kompetente institution omhyggeligt og upartisk skal undersøge alle relevante aspekter af den enkelte sag". Se sag T-339/04, *France Télécom mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 511, præmis 94. Jf. også *TACA-*dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 404. Før Kommissionen beslutter at indlede en undersøgelse, er den derimod kun forpligtet til at tage hensyn til de faktiske og retlige forhold, som klageren har gjort sig opmærksom på (med henblik på at afgøre, om der er en tilstrækkelig fællesskabsinteresse til at indlede en undersøgelse). Jf. dommen i sagen *Automec Srl mod Kommissionen (Automec II)*, Sml. 1992 II, s. 2223, præmis 86. Se også sag 210/81, *Oswald Schmidt, handel som Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen*, Sml. 1983, s. 3045, præmis 19. Sag C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) m.fl. mod Kommissionen*, Sml. 1999 I, s. 1341, præmis 86.

Se forenede sager 43/82 og 63/82, *VBVB og VBBB mod Kommissionen*, Sml. 1984, s. 19,



præmis 18.

Jf. sag T-201/04, *Microsoft mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 3601, præmis 1275.

[37] Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, EFT L 1 af 4.1.2003, s. 1-25.

[38] Ombudsmanden bemærker, at forordning 1/2003 trådte i kraft efter de afgørelser, der gav anledning til Rettens afgørelser i TACA- og *Groupe Danone* -sagen (jf. henholdsvis fodnote 2 og 24 ovenfor).

[39] Rådets forordning nr. 17/62 (1962) EFT 204.

[40] Jf. præmis 56-60 ovenfor.

[41] Det fremgår af meddelelsens punkt 12, at:

" *Kommissionens tjenestegrene er ikke forpligtet til at udarbejde mødereferater med nogen person eller virksomhed. Hvis Kommissionen vælger at tage notater af sådanne møder, udgør sådanne dokumenter Kommissionens egen fortolkning af, hvad der blev sagt på møderne, hvorfor de klassificeres som interne dokumenter.*

[42] Nævnt ovenfor i fodnote 2.

[43] Nævnt ovenfor i fodnote 24.

[44] Jf. forenede sager 16/62 og 17/62 *Confédération nationale des producteurs de fruit et légumes m.fl. mod Rådet* (den engelske specialudgave, s. 471); Sag 45/86, *Kommissionen mod Rådet*, Sml. 1987, s. 1493; Sag C-300/89, *Kommissionen mod Rådet*, Sml. 1991 I, s. 2867, præmis 10; og sag C-295/90, *Parlamentet mod Rådet*, Sml. 1992 I, s. 4193, præmis 13.

Sag C-322/88, *Salvatore Grimaldi*, Sml. 1989, s. 4407, præmis 14.

[46] Interviews kan antage mange former, f.eks. møder, telefonopkald eller videokonferencer (jf. artikel 3, stk. 2, i forordning 773/2004).

[47] F.eks. møder, der finder sted i forbindelse med vurderingen af gruppefritagelsesforordninger eller møder, der finder sted i forbindelse med vurderingen af politiske " *retningslinjer* ".

[48] Selvfølgelig er et interview, der gennemføres forud for den formelle indledning af en undersøgelse (f.eks. et interview med en klager), ikke et " *interview* " i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003. Det kan stadig være en god administrativ praksis at udarbejde et passende referat af sådanne møder.



[49] Denne regel er afledt af selve ordlyden af artikel 19 i forordning 1/2003, hvori det hedder, at "*Kommissionen kan udspørge enhver fysisk eller juridisk person, der giver samtykke til at blive interviewet*", og retspraksis (jf. Domstolens dom af 13.7.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, *VBVB og VBBB mod Kommissionen*, Sml. 1984, s. 19, præmis 18, hvori det hedder, at "*Kommissionen har en rimelig skønsmargen til at afgøre, hvor hensigtsmæssigt det kan være at høre personer, hvis beviser kan være relevante for undersøgelsen*").

[50] Jf. f.eks. Den Europæiske Ombudsmands afgørelse om klage 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH mod Rådet i punkt 3.5.

[51] Kommissionen kunne optage interviewet i artikel 19 ved at udarbejde et notat eller gennem en lydoptagelse eller en videooptagelse. Ombudsmanden er af den opfattelse, at Kommissionen bør anvende de mest hensigtsmæssige midler til at registrere interviewet i artikel 19 i betragtning af en samtales specifikke genstand, indhold og kontekst. Hvis interviewet således vedrører et meget komplekst sæt kendsgerninger, som ville være vanskeligt at foretage en nøjagtig transskription *på stedet*, bør Kommissionen vælge at foretage en lyd- eller videooptagelse af interviewet.

[52] I modsætning hertil pålægger artikel 14, stk. 8, i forordning (EF) nr. 773/2004 (forelæggelse af mundtlige høringer) klart en forpligtelse for Kommissionen til at sikre, at de erklæringer, som hver person afgiver under de mundtlige høringer, registreres. Heri hedder det, at "*de udtalelser, som hver enkelt afhørte har afgivet, skal registreres.*" (Emphasis tilføjet)

[53] Selv om det på grundlag af *ordlyden* af artikel 3 kan hævdes, at det er uklart, om der foreligger en retlig forpligtelse til at optage en "*artikel 19-interview*", kan det også hævdes, at en teleologisk fortolkning af artikel 3 i forordning 773/200 fører til den konklusion, at den skal fortolkes således, at den kræver, at der i en eller anden form skal foretages et referat af en artikel 19-samtale. Sammenfattende er formålet med artikel 19 at gøre det muligt for Kommissionen at indsamle oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse. Formålet med artikel 19 ville formentlig blive bragt i fare, hvis Kommissionen ikke registrerede de oplysninger, den indsamler. Det kan også hævdes, at en kontekstuel fortolkning af artikel 19 i forordning 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004, ville føre til den konklusion, at der faktisk er en forpligtelse til at optage et interview i henhold til artikel 19. Ordlyden af artikel 19 i forordning 1/2003 svarer til ordlyden af artikel 18 og 20, for så vidt som artikel 18 og 20 også giver Kommissionen beføjelse til, men ikke pligt til (henholdsvis) at fremsætte anmodninger om oplysninger og foretage kontrolundersøgelser. Det kan ikke bestrides, at når Kommissionen *vælger* at udøve de beføjelser, der er fastsat i artikel 18 og 20, *skal* resultaterne af udøvelsen af disse beføjelser (svaret fra den part, over for hvem der anmodes om artikel 18, og de dokumenter, der er indhentet i forbindelse med en kontrolundersøgelse sammen med de "forklaringer", der er fremsat i forbindelse hermed), indsættes i sagsakterne. Et yderligere kontekstuel argument for at fortolke artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004 til at omfatte en forpligtelse til at optage et "*artikel 19-interview*" kan udledes af selve artikel 3. I henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning (EF) nr. 773/2004 skal Kommissionen "*underrette den interviewede person, at den har til hensigt at optage samtalen*". Kommissionen skal således i det mindste have til hensigt at optage et interview i henhold til artikel 19, når



samtalen påbegyndes. Det forekommer usammenhængende, at artikel 3, stk. 3, fortolkes således, at den uden gyldig grund giver Kommissionen mulighed for derefter at afstå fra at registrere " *artikel 19-interviewet* ".

[54] Selvfølgelig kan anvendelsen af ordet " *eventuelt* " også forstås således, at selv om Kommissionen skal have til hensigt at registrere enhver erklæring vedrørende undersøgelsens genstand og *skal* følge op med denne hensigt, hvis der rent faktisk afgives en udtalelse om undersøgelsens genstand, er der ikke umiddelbart sikkerhed for, *at* den part, der er genstand for undersøgelsen, som svar på de spørgsmål, som Kommissionen har stillet, faktisk vil svare på oplysninger vedrørende undersøgelsens genstand. Hvis der ikke blev givet oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse, ville det ikke være muligt at registrere dem i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003.

[55] Ombudsmanden bemærker, at Fællesskabets retsinstanser endnu ikke har haft lejlighed til at udtale sig om den korrekte betydning af artikel 19 i forordning 1/2003 eller artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004. Det skal bemærkes, at den øverste myndighed med hensyn til betydningen og fortolkningen af fællesskabsretten er Domstolen (jf. f.eks. Den Europæiske Ombudsmands afgørelse om klage 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH mod Rådet, punkt 3.5).

[56] Jf. punkt 1.7 i Ombudsmandens afgørelse om klage 995/98/OV og punkt 2.8 i Ombudsmandens afgørelse om klage 1999/2007/FOR (tilgængelig på Den Europæiske Ombudsmands websted).

[57] Ombudsmanden understreger, at han ikke nødvendigvis er enig i denne antagelse. Han bemærker også, at Fællesskabets retsinstanser endnu ikke har haft mulighed for at give en "autentisk" fortolkning af dette aspekt af artikel 3 i forordning 773/2004. Se fodnote 90 ovenfor.

[58] I et sådant notat bør Kommissionen i tilstrækkelig grad identificere de oplysninger, der allerede findes i sagsakterne. Den bør også vurdere, om det vil være nødvendigt at udarbejde en " *artikel 19-note* " og den efterfølgende omdannelse af denne note til en " *artikel 19-erklæring* " for at bekræfte eller kontrollere oplysninger, der allerede findes i sagsakterne.

[59] Om disse risici indtræffer, afhænger af, om de oplysninger, der blev givet i artikel 19-interviewet, efterfølgende blev medtaget i sagsakterne i så god *tid* , at den part, der var genstand for undersøgelsen, kunne udøve sin ret til forsvar under den administrative procedure.

[60] Det kan ikke udelukkes, at selv om de personer, der skal afhøres, har givet deres samtykke til at blive afhørt i forbindelse med " *undersøgelsens genstand* ", kan de under samtalen ikke give " *oplysninger om genstanden for en undersøgelse* ".

Dom af 11.7.2004 , forenede sager T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, *JFE Engineering Corp. mod Kommissionen* , Sml. II, s. 2501, præmis 206 (analogt).

[62] *Idem* , præmis 207. Ombudsmanden bemærker, at *bl.a.* A 's vidneudsagn fra FTC og de



dertil knyttede udstillinger bekræfter, at A var et " *direkte vidne* " til de begivenheder, han beskrev.

[63] *Idem* , præmis 208 (analog).

[64] *Idem* , præmis 209 og 210.

[65] Godkendelsen kan være eksplicit eller implicit. I artikel 3, stk. 3, hedder det, at en kopi af samtalenotatet "skal *stilles til rådighed for den interviewede til godkendelse*. " Det hedder videre , at "om nødvendigt fastsætter Kommissionen en frist, inden for hvilken den adspurgte kan meddele den eventuelle rettelse af erklæringen. " Ombudsmanden forstår derfor denne bestemmelse således, at hvis en part ikke meddeler Kommissionen rettelser inden for den fastsatte frist, er Kommissionen bemyndiget til at vurdere, at den registrering, den har foretaget, er korrekt.

[66] Der er intet til hinder for, at Kommissionens tjenestegrene samtidig og ud over et " *artikel 19-interviewnotat* " udarbejder særskilte interne notater, som indeholder Kommissionens tjenestegrenes vurderinger og personlige synspunkter i forbindelse med samtalen. Afhængigt af karakteren af artikel 19-interviewet kan det være hensigtsmæssigt, at Kommissionens tjenestegrene også udarbejder sådanne interne notater.

[67] Jf. punkt 36 ovenfor.

[68] En omhyggelig analyse af Dells skriftlige opfølgning på mødet den 23. august 2006 viser, at der rent faktisk var spørgsmål, der blev drøftet på mødet den 23. august 2006, og som ikke fremgår af notatet af 29. august 2006, i det mindste på den detaljeringsgrad, som Dells skriftlige opfølgning viser, at de blev drøftet på mødet den 23. august 2006. Som svar på spørgsmål 4 anfører Dell f.eks. følgende:

" *Kommissionen stillede dette spørgsmål i forbindelse med en drøftelse af vidneudsagn nr. 9, som omfatter en e-mail fra [A] til [F] fra Intel i april 2002, hvor [et AMD-produkts] ydeevne drøftes. [A's] synspunkt, baseret på en præstationsanalyse foretaget af hans team på det tidspunkt, var, at [AMD-produktet] ville overgå [et Intel-produkt]. Kommissionen søger de benchmarks, der blev anvendt til at foretage denne analyse.* "

Ombudsmanden bemærker, at selv om dette uddrag af Dells skriftlige opfølgning specifikt henviser til en drøftelse, der fandt sted på mødet den 23. august 2006, indeholder notatet af 29. august 2006 ikke sådanne detaljerede henvisninger. En lignende konklusion kan udledes af en analyse af Dells besvarelse af spørgsmål 6.

[69] Jf. fodnote 57 ovenfor.

[70] Hvis artikel 3, stk. 3, i forordning (EF) nr. 773/2004 blev fortolket således, at den pålægger en retlig forpligtelse til at registrere *alle* samtaler, hvor der blev givet oplysninger om genstanden for en undersøgelse til Kommissionen, ville dette indebære, at principperne om god



forvaltningsskik også ville pålægge et sådant krav. Princippet om god forvaltningsskik kan således ikke pålægge en standard, der er *lavere* end den retlige standard.

[71] Ombudsmanden henviser her til den ikke-fortrolige udgave af det notat, som klageren har fremsendt til Ombudsmanden.

[72] Ombudsmanden har ikke undersøgt hele Kommissionens sagsmappe, som han forstår, består af flere hundrede tusinde sider. Han har imidlertid undersøgt A's vidneudsagn fra 2003 fra FTC.

[73] Det forhold, at Kommissionen har stillet Dell disse spørgsmål mundtligt, bekræftes af, at Dells opfølgning ikke er resultatet af et svar på et " *artikel 18-brev* " (artikel 18 i forordning 1/2003 giver Kommissionen beføjelse til at stille skriftlige spørgsmål til tredjeparter).

[74] Jf. fodnote 72.

[75] Jf. præmis 56-60 ovenfor.

[76] Nævnt ovenfor i fodnote 2.

[77] Nævnt ovenfor i fodnote 24.

Ombudsmanden har anført, at aktindsigt ikke er et mål i sig selv, men snarere har til formål at beskytte retten til forsvar (Domstolens dom af 14.9.1999, sag C-51/92 P, *Hercules Chemicals mod Kommissionen*, Sml. I, s. 4235, præmis 76). Formålet med aktindsigten er navnlig at gøre det muligt for adressaten for en klagepunktsmeddelelse at gøre sig bekendt med beviserne i Kommissionens sagsakter, således at den på grundlag af disse oplysninger effektivt kan udtale sig om Kommissionens konklusioner i klagepunktsmeddelelsen. Det følger heraf, at Kommissionen med undtagelse af fortrolige dokumenter har pligt til at stille alle dokumenter, som den har indhentet i løbet af undersøgelsen, til rådighed for de virksomheder, som en klagepunktsmeddelelse er rettet til (jf. de forenede sager T-45/98 og T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless og Acciai speciali Terni mod Kommissionen*, Sml. II, s. 3757, præmis 45 og 46). Ombudsmanden bemærker i denne forbindelse, at en part, der er genstand for en undersøgelse, i henhold til artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 har ret til aktindsigt i Kommissionens sagsakter med forbehold af virksomhedernes legitime interesse i at beskytte deres forretningshemmeligheder.

Jf. sag 90/74, *Deboeck mod Kommissionen*, Sml. 1975, s. 1123, sag 30/78, *Distillers Company mod Kommissionen*, Sml. s. 2229, præmis 26, og sag T-50/91, *De Persio mod Kommissionen*, Sml. 1992 II, s. 2365, præmis 24.

[80] Jf. f.eks. dom af 9.9.2008, sag T-75/06, *Bayer Crop Science m.fl. mod Kommissionen*, præmis 131 (endnu ikke offentliggjort). En beslutning kan ikke annulleres helt eller delvist på grund af manglende forskriftsmæssig aktindsigt, medmindre det fastslås, at denne manglende aktindsigt i undersøgelsesdokumenterne har forhindret virksomhederne i under den



administrative procedure at anvende dokumenter, der kunne have været nyttige for deres forsvar (jf. dom af 29.4.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, *Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen*, Sml. I, s. 123, præmis 101).

Se forenede sager T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 og T-136/02, *Bolloré m.fl. mod Kommissionen*, Sml. 2007 II, s. 947, præmis 80-81. Jf. også TACA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 196. Jf. også sag T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*, Sml. 2002 II, s. 1011, præmis 447.

Jf. sag T-25/95, *Cimenteries CBR mod Kommissionen*, Sml. 2000 II, s. 491, præmis 156.

[83] Jf. artikel 195 EF.

Jf. TACA- dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 351.

[85] Jf. TACA- dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 352.

[86] I TACA- dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, gjorde sagsøgeren gældende, at Kommissionen tilsidesatte sin ret til forsvar ved ikke at registrere indholdet af en telefonsamtale mellem klagerens advokater og Kommissionen med henblik på optagelse i sagsakterne. Retten bemærkede, at formålet med den særlige telefonsamtale mellem klagerens advokater og Kommissionen var at drøfte, om oplysningerne i klagepunktsmeddelelsen skulle kvalificeres som "fortrolige oplysninger". Retten bemærkede, at en sådan telefonsamtale, henset til dens formål, åbenbart ikke tilsidesætter sagsøgerens ret til forsvar. (TACA 355) Ombudsmanden forstår faktisk, at de oplysninger, der blev drøftet i denne telefonsamtale, nødvendigvis allerede fandtes i sagsakterne. Det eneste formål med indkaldelsen var at *kategorisere* disse oplysninger som enten "fortrolige" eller "ikke-fortrolige". Under disse særlige omstændigheder kunne den manglende fremlæggelse og optagelse i sagsakterne af en optagelse af denne telefonsamtale som sådan ikke have medført, at sagsøgerens oplysninger, som ville være relevante for sagsøgerens forsvar, blev afvist. Som anført i punkt 87 ovenfor udgør et møde, der har til formål og indholder tilrettelæggelsen af et proceduremæssigt skridt i forbindelse med undersøgelsen, ikke en "samtale" i henhold til artikel 19 i forordning 1/2003.

[87] Sagsøgeren i TACA har ligeledes gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat sin ret til forsvar ved ikke at fremlægge referat af mødet, hvor det medlem af Kommissionen, der er ansvarligt for konkurrencespørgsmål, og en tredjepart var til stede. Retten bemærkede imidlertid, at retten til kontradiktion ikke kan tilsidesættes, hvis Kommissionen ikke i sin beslutning påberåber sig belastende forhold, der er fremlagt under mødet (jf. TACA- dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 387).

[88] Selvfølgelig skulle der gives adgang til nye belastende beviser, før en part var forpligtet til at besvare en klagepunktsmeddelelse (jf. T-67/01, *JCB Service mod Kommissionen*, Sml. 2004 II, s. 49, præmis 50-52).



[89] Sagsøgerne i *TACA* gjorde end ikke gældende, at visse beviser vedrørende det pågældende møde kunne have været anvendt af dem som diskulperende beviser.

[90] **[redigeret]**

[91] **[redigeret]**

[92] I sine bemærkninger fremførte klageren argumentet om, at Kommissionens manglende registrering af mødet den 23. august 2006 var et bevis på manglende upartiskhed. Ombudsmanden er af den opfattelse, at *hvis* Kommissionen modtog diskulperende oplysninger i løbet af en undersøgelse og undlod at registrere disse diskulperende oplysninger *et sted* i sagsakterne, ville denne undladelse, selv om den ikke var forsætlig fra Kommissionens tjenestegrenes side, udgøre en objektiv omstændighed, der kunne rejse tvivl om en undersøgelses upartiskhed. Som anført i punkt 133 nedenfor når Ombudsmanden i forbindelse med denne undersøgelse ikke frem til nogen konklusion om, hvorvidt der faktisk findes andre dokumenter i Kommissionens sagsakter, som ville give yderligere oplysninger om det præcise indhold af mødet den 23. august 2006.

[93] Se fodnote 68 ovenfor.

[94] Se spørgsmål 6 i Dells skriftlige opfølgning.

[95] **[Redacted]**

Jf. analogt Rettens dom af 11.7.2007, sag T-264/04, *WWF European Policy Programme mod Rådet*, Sml. II, s. 911, *præmis 61 ff.*

[97] Jf. sag T-30/91, *Solvay mod Kommissionen*, Sml. 1995, II, s. 1775, præmis 81. Kommissionen har anført, at den er af den opfattelse, at A's vidneudsagn før FTC i 2003, som Intel har påberåbt sig som diskulperende, ikke støtter Intels påstand om, at rabatterne til Dell ikke var betinget af eksklusivitet. Selv om dette måtte være tilfældet, ville dette i sig selv ikke i sig selv begrunde, at Intel fratages *muligheden for* i sit forsvar at overveje at påberåbe sig beviser, der til fordel for Intel *kan* have påvirket sagens forløb og indholdet af den endelige beslutning (jf. dommen i sagen *Aalborg Portland A/S m.fl. mod Kommissionen*, nævnt ovenfor i fodnote 33, præmis 74. Jf. ligeledes dommen i sagen *Solvay mod Kommissionen*, præmis 89.

[98] Indledningsvis kunne det ikke udelukkes, at beskyldninger/bebyrdende beviser i en klagepunktsmeddelelse ikke ville blive medtaget i den endelige beslutning, *før* der blev vedtaget en beslutning. Hvis det var tilfældet, at påstande/bebyrdende beviser, der var anført i en klagepunktsmeddelelse, ikke var medtaget i en eventuel afgørelse, ville en eventuel mangel vedrørende aktindsigt i sagsakterne vedrørende disse påstande/bedragende beviser ikke påvirke den berørte parts ret til forsvar. Som sådan kan en konstatering fra Ombudsmandens side, der blev foretaget forud for Kommissionens vedtagelse af en afgørelse, højst udgøre en konstatering af, at fejlen skaber et *potentiale* for en tilsidesættelse af retten til forsvar. En sådan konstatering ville naturligvis give Kommissionen mulighed for at afhjælpe denne tilsidesættelse,



hvis dette stadig var muligt, inden den vedtog en afgørelse. Ombudsmanden understreger, at det henhører under hans mandat at undersøge påstande om procedurefejl, der skaber en risiko eller en potentiel krænkelse af retten til forsvar (hvis de ikke afhjælpes, inden der træffes en endelig afgørelse).

[99] Kommissionen har gjort gældende, at de undersøgelsesforanstaltninger, der fulgte efter notatet af 29. august 2006, udløste omfattende bemærkninger fra Dell, som efter dens opfattelse blev stillet fuldt ud til rådighed for Intel. Kommissionen har nærmere bestemt anført, at Dell mellem mødet den 23. august 2006 og fremsendelsen af den første klagepunktsmeddelelse til Intel den 26. juli 2007 indgav otte supplerende bemærkninger til Kommissionen vedrørende de centrale spørgsmål i forbindelse med undersøgelsen. Disse dokumenter blev ikke fremsendt til Ombudsmanden af klageren og blev ikke undersøgt af Ombudsmanden i forbindelse med hans inspektion.

[100] Ombudsmanden bemærker også i denne forbindelse, at der ikke kan påberåbes nogen undskyldning baseret på tekniske og juridiske vanskeligheder for den manglende fremlæggelse af en udtømmende redegørelse for et møde, som *kunne* have resulteret i, at en tredjepart gav Kommissionen diskulperende oplysninger. Som Retten fastslog i *Solvay* -dommen (jf. sag T-30/91, *Solvay mod Kommissionen*, Sml. 1995, II, s. 1775, præmis 102), *bør "overholdelsen af retten til forsvar ikke være i strid med tekniske og juridiske vanskeligheder, som en effektiv forvaltning kan og skal overvinde."* Principper for god forvaltningsskik kræver således også, at Kommissionen træffer passende foranstaltninger til på behørig vis at registrere ethvert møde, hvor sådanne oplysninger *kan* meddeles den.

[101] Artikel 6 i forordning 773/2004.

[102] Klageren i denne undersøgelse gav Ombudsmanden nye beviser i forbindelse med den anden påstand i løbet af undersøgelsen. Dette krævede, at ombudsmanden foretog yderligere undersøgelser for at indhente Kommissionens synspunkter om de nye beviser. For klarhedens skyld vil Ombudsmanden her konsolidere klagerens og Kommissionens forskellige kendsgerninger og argumenter.

[103] Klageren anførte, at AMD havde tilladelse til at gøre brug af tre af disse dokumenter under den mundtlige høring, som Kommissionen afholdt den 12. marts 2008.

[104] Denne e-mail blev sendt til Ombudsmanden i klagerens yderligere bemærkninger af 16. april 2009. Da Kommissionen ikke havde adgang til disse beviser, da sidstnævnte afgav sin udtalelse til Ombudsmanden den 20. marts 2009, gav Ombudsmanden Kommissionen lejlighed til at fremsætte bemærkninger til dette nye bevismateriale, hvilket den gjorde i sin udtalelse af 10. juni 2009.

[105] Klageren anførte, at Intel i alt havde tilsendt Kommissionen den 16., 18., 19. og 25. oktober 2007 og høringskonsulenten den 17. oktober 2007 og den 28. november 2007 og den 14. april 2008 for at indhente oplysninger om Dell/AMD **[aftalen]**. **[Redigeret]**



[106] I sin skrivelse af 7. maj 2008 indtog høringskonsulenten den holdning, at **[aftalen]** " *af en part, der som sådan hverken har ret til forsvar eller aktindsigt, er rent bilateral og hverken bemyndiger eller forpligter Kommissionen*".

[107] , jf. sag 53/85, *AKZO Chemie BV mod Kommissionen* , Sml. 1986, s. 1965, præmis 28.

[108] Ifølge klageren ønskede disse OEM'er at stille ikke-redigerede fildokumenter til rådighed for Intels eksterne rådgiver for at undgå de udgifter og den tid, der ville have været involveret i udarbejdelsen af redigerede versioner.

[109] klagerens omskrivning.

[110] Den pågældende OEM blev **[redigeret]** .

[111] Under kontrolbesøget den 28. maj, 29. maj og 10. juni 2009 havde Ombudsmandens tjenestegrene set en skrivelse af 11. januar 2007 fra **[redigeret]** .

[112] Dette bekræftes af de e-mails, som Ombudsmanden inspicerede den 28. og 29. maj 2009 og den 10. juni 2009.

[113] Dagsordenen for indkaldelsen blev kontrolleret af Ombudsmanden den 28.-29. maj 2009 og den 10. juni 2009.

[114] Kommissionens skrivelse til AMD af 2. juni 2009, kontrolleret af Ombudsmanden den 10. juni 2009.

[115] **[redigeret]**

[116] Kommissionen henviste til høringsudskriften fra Intel som bilag 10 til sin klage til Ombudsmanden af 10. juli 2008.

[117] Artikel 28 i forordning (EF) nr. 1/2003 bestemmer:

" Med forbehold af den udveksling og anvendelse af oplysninger, der er omhandlet i artikel 11, 12, 14, 15 og 27, må Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, deres tjenestemænd, ansatte og andre personer, der arbejder under tilsyn af disse myndigheder, samt tjenestemænd og tjenestemænd fra andre af medlemsstaternes myndigheder ikke videregive oplysninger, som de har indhentet eller udvekslet i henhold til denne forordning, og som ifølge deres natur er omfattet af tavshedspligt. "

[118] Kommissionens beslutning 2001/462 af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområde i forbindelse med visse konkurrencesager EFT L 162 af 19.6.2001, s. 21.

[119] Ombudsmanden bemærker, at dette citat stammer fra C's e-mail af 3. september 2007.



[120] Artikel 6 i forordning (EF) nr. 773/2004 (klagernes deltagelse i proceduren) har følgende ordlyd:

" 1. Hvis Kommissionen udsteder en klagepunktsmeddelelse vedrørende et forhold, som den har modtaget en klage over, sender den klageren en kopi af den ikke-fortrolige version af klagepunktsmeddelelsen og fastsætter en frist, inden for hvilken klageren kan fremsætte sine synspunkter skriftligt.

2. Kommissionen kan, hvis det er relevant, give klagere mulighed for at fremsætte deres synspunkter under den mundtlige høring af de parter, der har modtaget en klagepunktsmeddelelse, hvis klagerne anmoder herom i deres skriftlige bemærkninger. Denne forpligtelse gælder også for alle repræsentanter og eksperter fra medlemsstaterne, der deltager i møder i det rådgivende udvalg i henhold til artikel 14 .

[121] Disse parter omfatter den part, der er genstand for undersøgelsen, og enhver anden tredjepart, der har en gyldig påstand om, at Kommissionens sagsakter indeholder fortrolige oplysninger vedrørende den.

[122] Artikel 287 EF har følgende ordlyd:

" Medlemmerne af Fællesskabets institutioner, medlemmerne af udvalgene samt Fællesskabets tjenestemænd og øvrige ansatte er, selv efter at deres hverv er ophørt, forpligtet til ikke at videregive oplysninger, der er omfattet af tavshedspligt, navnlig oplysninger om virksomheder, deres forretningsforbindelser eller omkostningselementer. "

[123] Artikel 28 i forordning 1/2003 (erhvervsmæssig tavshedspligt) har følgende ordlyd:

" 1. Med forbehold af artikel 12 og 15 må oplysninger, der indsamles i henhold til artikel 17-22, kun anvendes til det formål, hvortil de er indhentet.

2. Uden at dette berører udvekslingen og anvendelsen af de oplysninger, der er omhandlet i artikel 11, 12, 14, 15 og 27, må Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder, deres tjenestemænd, ansatte og andre personer, der arbejder under tilsyn af disse myndigheder, samt tjenestemænd og tjenestemænd fra andre af medlemsstaternes myndigheder ikke videregive oplysninger, som de har indhentet eller udvekslet i henhold til denne forordning, og som ifølge deres natur er omfattet af tavshedspligt. "

[124] Artikel 16 i forordning 773/2004 indeholder detaljerede regler for Kommissionens behandling af fortrolige oplysninger.

[125] En part, der har ret til at kræve, at oplysninger klassificeres som fortrolige, kan være den part, der er genstand for undersøgelsen, eller enhver anden part (f.eks. en part, der har givet Kommissionen oplysninger som svar på en anmodning om oplysninger indgivet i henhold til artikel 18 i forordning 1/2003). En part kan også anmode om fortrolig behandling af oplysninger, som en anden part giver Kommissionen (jf. sag 53/85, *AKZO Chemie BV mod Kommissionen* ,



Sml. s. 1965, præmis 28, hvor Domstolen fastslår, at Kommissionen "skal tage hensyn til virksomhedernes legitime interesse i at beskytte deres forretningshemmeligheder. Forretningshemmeligheder gives således en meget særlig beskyttelse. [De gældende regler om aktindsigt for klagere] må betragtes som udtryk for et generelt princip, der finder anvendelse under den administrative procedure. Det følger heraf, at en tredjemand, der har indgivet en klage, under ingen omstændigheder kan få adgang til dokumenter, der indeholder forretningshemmeligheder. ") Det er også værd at bemærke, at de potentielle negative virkninger af en sådan fejlagtig fremsendelse ikke afhænger af anvendelsen af disse oplysninger i Kommissionens procedure, f.eks. når en klager fremsætter skriftlige bemærkninger eller et indlæg under den mundtlige høring. Den negative virkning af en sådan videregivelse af fortrolige oplysninger begynder snarere umiddelbart efter tredjemandens modtagelse af disse oplysninger. Ombudsmanden er i den forbindelse af den opfattelse, at hvis Kommissionen fejlagtigt sender fortrolige oplysninger til en klager, bør den, så snart den får kendskab til sin fejl, underrette klageren om fejlen og anmode klageren om at returnere den pågældende version af klagepunktsmeddelelsen.

[126] Det kan dog hævdes, at den undersøgte part bør gøres opmærksom på de oplysninger, som Kommissionen har givet en klager, således at den undersøgte part kan formulere sine argumenter korrekt under den administrative procedure, herunder under den mundtlige høring. Den part, der er genstand for undersøgelsen, bør derfor have mulighed for efter anmodning at få en kopi af den redigerede udgave af klagepunktsmeddelelsen.

[127] Som sådan kan en fejlagtig fremsendelse af fortrolige oplysninger til en klager højst, hvis det blev påvist, at Kommissionen var ansvarlig for denne fremsendelse, udgøre en relevant faktor i et erstatningssøgsmål mod Kommissionen.

[128] I modsætning hertil ville Ombudsmanden ikke udelukke muligheden for, at en af undersøgelsens parter ret til forsvar kunne krænkes, hvis Kommissionen forsøgte at forhindre den undersøgte part i at indhente oplysninger fra andre kilder, f.eks. gennem aftaler om udveksling af oplysninger med tredje parter, som den undersøgte part ville anvende til sit forsvar.

[129] F.eks. når klageren fremsætter skriftlige bemærkninger til klagepunktsmeddelelsen eller fremsætter en redegørelse under den mundtlige høring.

[130] Kommissionen kan dog beslutte, at en part, der giver Kommissionen oplysninger i forbindelse med en anmodning om bødenedsættelse, kan miste eller mindske sin ret til bødefritagelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen (jf. artikel 12 i Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, EFT C 298 af 8.12.2006, s. 17-22), hvis den oplyser, at dens anmodning om bødefritagelse eller bødenedsættelse, inden Kommissionen har fremsat en klagepunktsmeddelelse i sagen, eller noget af indholdet heraf, er blevet offentliggjort. Se også verserende sag anlagt den 19. januar 2006, *Deltafina mod Kommissionen* (sag T-12/06).

[131] Nævnt ovenfor i fodnote 125.



[132] Hvis det antages, at sådanne *oplysninger oprindeligt blev klassificeret som "fortrolige oplysninger"*, vil sådanne oplysninger, hvis de (igen) er medtaget i sagsakterne som følge af klagerens erklæringer i dennes skriftlige eller mundtlige indlæg til Kommissionen, fortsat klassificeres som "*fortrolige oplysninger*".

[133] Jf. præmis 136 ovenfor.

[134] Jf. artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (retten til god forvaltning), hvori det hedder, at "*[e]nhver har ret til at få sin sag behandlet upartisk...*" Se også artikel 8 og 11 i den europæiske kodeks for god forvaltningsskik.

[135] Som anført ovenfor i præmis 191 ville sådanne handlinger ikke krænke retten til forsvar for en af undersøgelsens parter. Uanset dette bør Kommissionen imidlertid ikke aktivt forsøge at undergrave de interesser, som en part, der er omfattet af undersøgelsen, måtte have i beskyttelsen af sine fortrolige oplysninger.

[136] Jf. præmis 198 og fodnote 134 ovenfor. Dette kan være tilfældet, hvis Kommissionen havde til hensigt at styrke en parts stilling i den administrative procedure, som Kommissionen var ansvarlig for.

[137] Dagsordenen nævnte kun spørgsmål vedrørende redigeringen af klagepunktsmeddelelsen.

B var en ledende in-house rådgiver for Dell.

[139] Ombudsmandens tjenestegrene inspicerede dagsordenen under kontrolbesøget, der fandt sted den 28. maj 2009, 29. maj 2009 og 10. juni 2009.

[140] Jf. artikel 16, stk. 3, i forordning 773/2004.

[141] Den pågældende OEM blev **[redigeret]** .

[142] For at minde om, at C, en ekstern rådgiver fra Dell, i sin e-mail informerer en kollega om, at en tjenestemand fra Kommissionen (D) havde ringet til C for at spørge, om Dell "*vil overveje at anvende en aftale om udveksling af oplysninger med AMD svarende til den aftale [Dell], der blev indgået med Intel om [indsigelsesmeddelelsen] citerer*".

[143] , jf. sag T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. mod Kommissionen* , Sml. 2006 II, s. 3627, præmis 275-277 og 290. Se også sag T-151/94, *British Steel plc mod Kommissionen* , Sml. 1999 II, s. 629, præmis 429.

[144] Ombudsmanden bemærker også, at skrivelsen fra Dells eksterne rådgiver af 18. september 2008 afspejler Dells forståelse af betydningen af samtalen mellem C og D.



[145] Det forhold, at klageren fremfører argumenter vedrørende relevansen af drøftelserne mellem Kommissionen og Dell i august 2007 (jf. præmis 201 ovenfor), synes at tyde på, at klageren var af den opfattelse, at Kommissionen havde til hensigt at tilskynde til en aftale om udveksling af oplysninger mellem Dell og AMD allerede den 9. august 2007.

[146] Det bemærkes i sagens akter, at D er sagsbehandler.

[147] Ombudsmanden bemærker, at en drøftelse af spørgsmålet om ændring af udkastet til informationsudvekslingsaftale, der har til formål at fjerne henvisninger til AMD's ret til at få "adgang til sagen", også er indeholdt i Kommissionens udtalelse til Ombudsmanden.

[148] Hvis udarbejdet på det tidspunkt, ville den interne note, ud over at være mere præcis, have draget fordel af princippet om *i tempore non suspecto*.