

*De vertaling van deze pagina is automatisch geproduceerd met behulp van machinevertaling [\[Link\]](#). Machinevertalingen kunnen fouten bevatten die de duidelijkheid en nauwkeurigheid van de informatie kunnen schaden; de Ombudsman kan niet aansprakelijk worden gehouden voor eventuele afwijkingen. Voor de grootste mate van betrouwbaarheid en rechtszekerheid wordt verwezen naar de bronversie in het Engels (klik op de link hierboven). Meer informatie vindt u in ons [taal- en vertaalbeleid \[Link\]](#).*

## **Besluit van de Europese Ombudsman tot afsluiting van zijn onderzoek naar klacht 1935/2008/FOR tegen de Europese Commissie**

Besluiten

**Zaak 1935/2008/FOR - Geopend op 22/07/2008 - Besluit over 14/07/2009**

Op 10 juli 2008 ontving de Ombudsman een klacht van Intel. De klacht beweerde procedurele fouten door de Commissie tijdens een antitrustonderzoek van Intel op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag.

Volgens klager heeft de Commissie geen notulen gemaakt van een bijeenkomst met Dell die zij op 23 augustus 2006 heeft gehouden, ondanks het feit dat de bijeenkomst rechtstreeks betrekking had op het onderwerp van het onderzoek van de Commissie naar Intel.

In zijn besluit van 14 juli 2009 heeft de Ombudsman vastgesteld dat de Commissie tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 informatie heeft verzameld over het voorwerp van haar onderzoek. Hij stelde ook vast dat de Commissie van deze vergadering geen goede nota heeft genomen en dat het onderzoeksdossier van de Commissie niet de agenda van de vergadering bevat. De Ombudsman concludeerde dat de Commissie een geval van wanbeheer had gepleegd. De Ombudsman heeft echter niet vastgesteld of de Commissie de rechten van verdediging van Intel had geschonden.

Bovendien beweerde de klager dat de Commissie Dell aanmoedigde een regeling voor informatie-uitwisseling met AMD aan te gaan. Volgens de klager had deze regeling tot gevolg dat AMD vertrouwelijke informatie over Intel kon verkrijgen die in het onderzoeksdossier van de Commissie was opgenomen. De klager voerde aan dat de Commissie op deze manier de regels heeft ontdoken die het recht van AMD op toegang tot het onderzoeksdossier beperkten.

Wat deze tweede bewering betreft, was de Ombudsman van oordeel dat het niet in overeenstemming met de beginselen van behoorlijk bestuur zou zijn geweest indien de



Commissie Dell had aangemoedigd om een dergelijke overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met AMD te sluiten. Hij merkte echter op dat de Commissie niet verantwoordelijk en zelfs niet bevoegd is om een dergelijke regeling te voorkomen.

De Ombudsman stelde vast dat de mogelijkheid van Dell om de overeenkomst inzake informatie-uitwisseling te sluiten voor het eerst werd aangekaart in een telefoongesprek van 30 augustus 2007 tussen hoge vertegenwoordigers van Dell en hoge vertegenwoordigers van de Commissie. Aangezien de Commissie echter geen contemporaine nota's van de inhoud van dat telefoongesprek had gemaakt, was het beschikbare bewijsmateriaal niet voldoende voor de Ombudsman om een standpunt in te nemen over de vraag of Dell, dan wel de Commissie, eerst de overeenkomst had voorgesteld. De Ombudsman heeft derhalve geen enkele vaststelling gedaan van wanbeheer met betrekking tot de tweede bewering van klager. De Ombudsman heeft echter aanbevolen om in de toekomst goede interne nota's te maken van de inhoud van vergaderingen of telefoongesprekken met derden over belangrijke procedurele kwesties.

## **DE ACHTERGROND VAN DE KLACHT**

1. De klager vertegenwoordigt Intel Corporation (hierna „Intel”), een onderneming die microprocessors produceert.
2. Op het moment dat de klacht bij de Ombudsman werd ingediend, onderzocht de Europese Commissie Intel naar aanleiding van een klacht die zij had ontvangen van AMD, een concurrent van Intel. Het onderzoek van de Commissie (zaak COMP/37.990) had tot doel na te gaan of Intel artikel 82 EG [1] had geschonden door concurrentiebeperkende praktijken te gebruiken om concurrenten van de markt voor bepaalde centrale verwerkingseenheden uit te sluiten. In de loop van haar onderzoek heeft de Commissie uitgebreide informatie verkregen van producenten van originele apparatuur (OEM's) die centrale verwerkingseenheden van Intel en/of AMD hebben gekocht. Een van deze OEM's was Dell.
3. Op 13 mei 2009 heeft de Commissie in de loop van het onderzoek van de Ombudsman een besluit genomen waarin zij heeft vastgesteld dat Intel inbreuk had gemaakt op artikel 82 EG.

## **ONDERWERP VAN HET ONDERZOEK**

4. Het voorwerp van de klacht betreft vermeende procedurele fouten die de Commissie heeft begaan tijdens haar onderzoeken in zaak COMP/37.990. De Ombudsman begreep klager dat hij het volgende beweerde:

(I) De Commissie heeft op 23 augustus 2006 geen notulen van de bijeenkomst met vertegenwoordigers van Dell opgemaakt, ondanks het feit dat de bijeenkomst rechtstreeks betrekking had op het voorwerp van haar onderzoek naar Intel, zodat de Commissie geen gegevens over mogelijk ontlastende bewijzen heeft overgelegd.



II) De Commissie moedigde Dell en AMD aan om een regeling inzake informatie-uitwisseling aan te gaan die tot gevolg had dat AMD de regels kon omzeilen die het recht van AMD op toegang tot het onderzoeksdossier van de Commissie beperken.

5. De Ombudsman heeft begrepen dat klager in het kader van zijn procedures geen ander rechtsmiddel of beroep heeft ingesteld.

## HET ONDERZOEK

6. De klacht is ingediend op 10 juli 2008. Op 22 juli 2008 heeft de Ombudsman een onderzoek geopend naar de eerste bewering van klager, dat wil zeggen dat de Commissie geen notulen heeft gemaakt van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 met vertegenwoordigers van Dell, ondanks het feit dat de bijeenkomst rechtstreeks betrekking had op het onderwerp van haar onderzoek naar Intel. Als gevolg daarvan heeft de Commissie geen verslag gemaakt van mogelijk ontlastend bewijsmateriaal dat uit deze bijeenkomst is voortgekomen. De Ombudsman heeft de Commissie verzocht uiterlijk op 30 november 2008 een advies in te dienen.

7. Om de door klager aan de orde gestelde kwesties met betrekking tot de eerste bewering en de daarmee verband houdende bewering volledig te verduidelijken, heeft de Ombudsman in zijn brief tot inleiding van het onderzoek voorgesteld dat de Commissie in haar advies haar standpunten over de volgende specifieke kwesties en vragen opneemt:

*„I ) Bij het opstellen van haar advies dient de Commissie in het bijzonder rekening te houden met punt 358 van TACA. [2] In dit verband merkt de Ombudsman op dat bijlage VII van de klacht van 10 juli 2008 en bijlage I bij de aanvullende brief van 10 juli 2008, in samenhang met bijlage VI bij de klacht van 10 juli 2008, erop lijkt te wijzen dat de vergadering van 23 augustus 2006 mogelijk bepaalde kwesties heeft behandeld die de klager als potentieel ontlastend beschouwt.*

*II) Was de Commissie de auteur van het document „Indicatieve lijst van onderwerpen die met de vergadering van Dell van 23 augustus 2006 moeten worden besproken”? [3] De Ombudsman begrijpt dat bijlage VII bij de klacht deel lijkt uit te maken van een antwoord van Dell op vervolgvragen van de Commissie met betrekking tot kwesties die tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken. Is dit begrip juist?*

*III) Hebben de ambtenaren van de Commissie die tijdens de vergadering aanwezig waren, hun eigen persoonlijke nota's van de vergadering van 23 augustus 2006 opgesteld?*

*(IV) Opdat nota's van een vergadering overeenkomstig artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 als „verklaringen” kunnen worden aangemerkt, moeten zij door de geïnterviewde partij worden ondertekend. Heeft de Commissie de vertegenwoordigers van Dell verzocht alle door de leden van het caseteam opgestelde nota's te ondertekenen? Zo niet, kan de Commissie dan bevestigen, indien het op basis van de nota's van de op de vergadering aanwezige ambtenaren van de Commissie nog steeds mogelijk is Dell te verzoeken de notulen van de vergadering te*



ondertekenen?

8. Wat de tweede grief betreft, merkte de Ombudsman in zijn brief tot inleiding van het onderzoek op dat klager geen bewijsmateriaal had verstrekt ter ondersteuning van zijn bewering dat de Commissie AMD en Dell actief heeft aangemoedigd een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling te sluiten. Zo deelde de Ombudsman in zijn brief van 22 juli 2008 tot inleiding van het onderzoek klager mee dat er onvoldoende gronden waren om een onderzoek in te stellen naar de tweede bewering.

9. Op 19 september 2008 schreef klager een brief aan de Ombudsman. Hij heeft in zijn brief een kopie opgenomen van een brief van Dell's externe raadsman van 18 september 2008, waarin de externe raadsman van Dell verklaart dat „om een langdurig debat over vertrouwelijkheidsclaims te voorkomen, de Commissie Dell heeft voorgesteld om een niet-openbaarmakingsovereenkomst aan te gaan met de adviseurs en economen van AMD voor het delen van Dell-documenten die in de [mededeling van punten van bezwaar] worden gebruikt ”. De brief bevatte ook kopieën van correspondentie tussen de Commissie en de raadsman van Dell. In het licht van deze informatie heeft klager de Ombudsman verzocht zijn standpunt met betrekking tot de tweede bewering in zijn klacht van 10 juli 2008 te herzien.

10. In het licht van de verdere correspondentie van klager heeft de Ombudsman op 26 september 2008 besloten zijn onderzoek uit te breiden tot de tweede bewering van klager. In zijn brief waarin de Commissie in kennis werd gesteld van de uitbreiding van de reikwijdte van het onderzoek, verzocht de Ombudsman de Commissie in zijn advies aan de Ombudsman specifiek te reageren op de verklaring van de raadsman van Dell dat de Commissie Dell voorstelde een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met AMD te sluiten. Hij verzocht de Commissie ook om specifiek commentaar te geven op een brief van de raadadviseur-auditeur [4] aan klager van 18 oktober 2007, waarin wordt verklaard dat de overeenkomst in kwestie niet, in welke vorm dan ook, aan het caseteam werd meegedeeld.

11. Op 30 september 2008 heeft de Commissie de Ombudsman schriftelijk laten weten dat zij, aangezien zijn brief van 26 september 2008 de reikwijdte van het onderzoek had uitgebreid, een extra termijn vereiste, namelijk tot 15 januari 2009, om een advies in te dienen bij de Ombudsman. Op 15 oktober 2008 heeft de Ombudsman ingestemd met dit verzoek.

12. Op 13 oktober 2008 heeft klager de Ombudsman schriftelijk verzocht hem in kennis te stellen van twee aanvragen die Intel op 10 oktober 2008 bij het Europees Gerecht van eerste aanleg had ingediend. Op 5 november 2008 heeft de Ombudsman de Commissie in verband met deze correspondentie een brief gestuurd.

13. Klager heeft de Ombudsman op 30 december 2008, 12 januari 2009 en 26 januari 2009 in verband met de klacht correspondentie gestuurd. De Ombudsman heeft deze correspondentie ter informatie doorgestuurd naar de Commissie.

14. De Ombudsman heeft het advies van de Commissie op 20 januari 2009 ontvangen en voor zijn opmerkingen aan klager toegezonden. Klager heeft zijn opmerkingen op 3 februari 2009



ingediend.

15. Op 16 februari 2009 heeft de Ombudsman de Commissie om een aanvullend advies verzocht. Op 20 maart 2009 zond de Commissie haar aanvullend advies aan de Ombudsman, die voor opmerkingen aan klager werd toegezonden. Klager heeft op 14 april 2009 en 16 april 2009 verdere opmerkingen ingediend.

16. In zijn opmerkingen van 16 april 2009 heeft klager de Ombudsman nieuw bewijsmateriaal verstrekt. Bijgevolg heeft de Ombudsman op 23 april 2009 de Commissie verzocht hem uiterlijk op 31 mei 2009 eventuele opmerkingen over dit nieuwe bewijsmateriaal of relevante informatie in verband daarmee te verstrekken. Hij verzocht de Commissie ook zijn diensten toe te staan interne documenten van de Commissie te inspecteren die de Ombudsman als relevant voor dit onderzoek had aangemerkt.

17. Op 28 mei 2009, 29 mei 2009 en 10 juni 2009 heeft de Ombudsman documenten in de gebouwen van de Commissie geïnspecteerd. Op 6 juli 2009 is ter informatie een nota over deze inspectie aan klager en de Commissie toegezonden.

18. Op 10 juni 2009 heeft de Commissie de Ombudsman haar antwoord op zijn brief van 23 april 2009 toegezonden. Dit verdere advies werd doorgestuurd naar klager, die op 15 juni 2009 verdere opmerkingen heeft ingediend. De Ombudsman heeft op 29 juni 2009 een bijlage bij de verdere opmerkingen van klager van 15 juni 2009 ontvangen.

## **ANALYSE EN CONCLUSIES VAN DE OMBUDSMAN**

### **Inleidende opmerkingen**

#### *Ontvankelijkheid van de klacht*

19. Op 13 oktober 2008 heeft klager de Ombudsman schriftelijk meegedeeld dat Intel op 10 oktober 2008 bij het Gerecht van eerste aanleg een verzoek tot nietigverklaring van de besluiten van de Commissie had ingediend: i) het vaststellen van een termijn van 17 oktober 2008 voor Intel om te reageren op de aanvullende mededeling van punten van bezwaar van de Commissie van 16 juli 2008; en ii) het verzoek van Intel om de Commissie aanvullende documenten van AMD te vragen, waarvan Intel redelijkerwijs geloofde dat ze ontlastend waren, afwijzend. Intel heeft ook een verzoek ingediend bij de president van het Gerecht van eerste aanleg om voorlopige maatregelen om de procedure van de Commissie in zaak COMP/37.990 op te schorten in afwachting van een uitspraak over het hoofdverzoek [5]. In zijn brief van 13 oktober 2008 deelde klager de Ombudsman mee dat de twee verzoeken geen verband hielden met de onderzochte zaak in klacht 1935/2008/FOR. Klager heeft bij zijn brief een kopie gevoegd van twee documenten, beide getiteld „Samenvatting van de aanvraag”.

20. Op 5 november 2008 schreef de Ombudsman een brief aan de Commissie. Hij merkte op



dat artikel 1, lid 3, van het Statuut van de Europese Ombudsman bepaalt dat de Ombudsman niet mag interveniëren in zaken voor rechtbanken of de deugdelijkheid van de uitspraak van een rechtbank in twijfel mag trekken. Voorts bepaalt artikel 2, lid 7, dat wanneer een klacht wegens lopende of afgesloten gerechtelijke procedures betreffende de aangevoerde feiten niet-ontvankelijk moet worden verklaard of de behandeling van een dergelijke klacht moet worden beëindigd, de uitkomst van elk onderzoek dat hij tot dat moment heeft verricht, definitief wordt ingediend. De Ombudsman merkte op dat hij de brief van klager van 13 oktober 2008 zorgvuldig had onderzocht om te beoordelen of het voorwerp van de verzoekschriften bij het Gerecht van eerste aanleg hetzelfde was als het onderwerp van de beweringen in klacht 1935/2008/FOR. De Ombudsman merkte op dat de eerste bewering in klacht 1935/2008/FOR was dat de Commissie geen notulen van een vergadering met Dell had genomen. Het beroep bij het Gerecht betrof daarentegen een beschikking waarbij de Commissie weigerde in te stemmen met een verzoek om aanvullende documenten van AMD te verkrijgen. De Ombudsman concludeerde derhalve dat de eerste grief in klacht 1935/2008/FOR op basis van de hem overgelegde informatie niet betrekking had op het voorwerp van het verzoekschrift bij het Gerecht. Wat de tweede grief betreft, heeft de Ombudsman op basis van de hem voorgelegde informatie geconcludeerd dat de verzoeken van 10 oktober 2008 geen betrekking hadden op de feiten die klager in klacht 1935/2008/FOR heeft aangevoerd. In het licht van het bovenstaande heeft de Ombudsman de Commissie meegedeeld dat er geen redenen waren om zijn onderzoek met betrekking tot de eerste of de tweede bewering in klacht 1935/2008/FOR af te sluiten.

21. In haar advies dat op 20 januari 2009 aan de Ombudsman is toegezonden, heeft de Commissie aangevoerd dat Intel beide aanvragen voor het Gerecht heeft gekoppeld aan de klacht bij de Ombudsman. De Commissie heeft erop gewezen dat Intel klacht 1935/2008/FOR en de volledige correspondentie met de Ombudsman als bijlagen bij het verzoekschrift voor het Gerecht had gevoegd. Intel verklaarde in het hoofdverzoek onder meer dat het onderzoek van de Commissie „*discriminerend en gedeeltelijk*” was. Ter onderbouwing van dit argument verwees Intel naar voorbeelden van wat zij in het onderzoek van de Commissie als discriminatie en partijdigheid beschouwde. Deze voorbeelden omvatten een specifieke verwijzing naar de twee vermeende gevallen van vermeende vooroordelen waarover de Ombudsman zijn onderzoek in klacht 1935/2008/FOR heeft geopend. Intel heeft de volledige correspondentie met de Ombudsman als bewijsmateriaal opgenomen. Op basis hiervan voerde de Commissie aan dat alle in klacht 1935/2008/FOR aangevoerde feiten thans aanhangig waren in een gerechtelijke procedure voor het Gerecht van eerste aanleg. De Commissie verklaarde ook dat Intel, toen Intel op 13 oktober 2008 de Ombudsman in kennis stelde van de verzoeken bij het Gerecht van eerste aanleg, slechts samenvattingen van deze aanvragen indiende. De Commissie merkte op dat in de samenvattingen geen enkele van de in klacht 1935/2008/FOR genoemde argumenten van Intel werd vermeld. De Commissie heeft de Ombudsman derhalve verzocht de beoordeling in zijn brief van 5 november 2008 te heroverwegen door zich te baseren op de volledige feiten die in het advies van de Commissie van 20 januari 2009 zijn uiteengezet, en klacht 1935/2008/FOR in zijn geheel niet-ontvankelijk te verklaren.

22. In zijn opmerkingen van 3 februari 2009 verklaarde klager dat hij de argumenten van de Commissie niet aanvaardde. Hij verklaarde dat het voorwerp van klacht 1935/2008/FOR en het





voorwerp van de procedure voor het Gerecht in de zaken T-457/08 R en T-457/08 duidelijk van elkaar verschillen. Hij verklaarde dat Intel weliswaar verwees naar klacht 1935/2008/FOR in haar schriftelijke indieningen bij het Gerecht om het Gerecht op de hoogte te brengen van de volledige procedurele geschiedenis van het onderzoek van Intel door de Commissie, en ook om een aantal achtergronden te verschaffen aan de hand waarvan de beschikking waarop het verzoek van Intel betrekking heeft, zou kunnen worden beoordeeld, maar dat Intel geen beroep heeft ingesteld tegen de twee handelingen van wanbeheer waarop klacht 1935/2008/FOR betrekking heeft. Hij verklaarde dat Intel in haar verzoekschriften heeft aangevoerd dat a) het verzuim van de Commissie om een volledig onderhoud met hoge vertegenwoordigers van Dell te maken, en b) haar rol bij het verlenen van toegang aan AMD tot vertrouwelijke Dell-materialen die deel uitmaken van het dossier van de Commissie, als voorbeelden van de vooringenomenheid en het gebrek aan objectiviteit van de Commissie, niet aldus kan worden uitgelegd dat deze handelingen zelf deel uitmaakten van het voorwerp van het beroep en het verzoek om voorlopige maatregelen van Intel. Hij betoogde dat zijn standpunt werd bevestigd door het feit dat de president van het Hof in zijn beschikking van 27 januari 2009 houdende afwijzing van het verzoek om voorlopige maatregelen van Intel [6] zijn analyse uitsluitend richtte op de twee beslissingen waarop de hogere voorziening betrekking had en nergens naar de twee handelingen van wanbeheer die het voorwerp zijn van klacht 1935/2008/FOR heeft verwezen. Volgens klager waren de twee handelingen van wanbeheer, waarop klacht 1935/2008/FOR betrekking heeft, dus niet het voorwerp van het beroep en het verzoek om voorlopige maatregelen in de zaken T-457/08 en T-457/08 R.

23. De klager voerde ook aan dat het argument van de Commissie dat de bewering van Intel over wanbeheer op dit moment aanhangig was bij het Gerecht van eerste aanleg, thans door gebeurtenissen werd achterhaald en beroerd werd. In feite verklaarde klager dat Intel niet voornemens was beroep in te stellen tegen de beschikking van 27 januari 2009 van de president van het Gerecht van eerste aanleg. Voorts heeft Intel op 3 februari 2009 haar hoofdverzoek in zaak T-457/08 formeel ingetrokken. Aangezien de door de Commissie aangevoerde procedure voor het Gerecht, die volgens haar in de weg stond aan het onderzoek van klacht 1935/2008/FOR door de Ombudsman, niet langer aanhangig was, waren de bezwaren van de Commissie in dit verband dus ongegrond.

24. De Ombudsman merkt op dat de Ombudsman overeenkomstig artikel 195, lid 1, tweede alinea, van het EG-Verdrag geen onderzoek mag instellen wanneer de vermeende feiten het voorwerp van een gerechtelijke procedure zijn of zijn geweest. Artikel 1, lid 3, van het Statuut van de Europese Ombudsman bepaalt ook dat de Ombudsman niet mag interveniëren in zaken voor rechtbanken of de deugdelijkheid van de uitspraak van een rechterlijke instantie mag betwisten. Voorts bepaalt artikel 2, lid 7, van het Statuut van de Europese Ombudsman dat wanneer de Ombudsman wegens lopende of afgesloten gerechtelijke procedures over de aangevoerde feiten een klacht niet-ontvankelijk moet verklaren of de behandeling ervan moet beëindigen, de uitkomst van eventuele onderzoeken die hij tot dat moment heeft uitgevoerd, definitief wordt ingediend.

25. De Ombudsman benadrukt het belang dat hij hecht aan het waarborgen dat zijn onderzoeken op geen enkele wijze afbreuk doen aan de rol van de rechtbanken. Indien feiten



zijn vastgesteld of geïnterpreteerd in een uitspraak van een rechtbank, zal de Ombudsman het bestaan of de interpretatie van dergelijke feiten niet opnieuw beoordelen.

26. De Ombudsman merkt op dat de president van het Gerecht op 27 januari 2009 een beschikking heeft gegeven met betrekking tot zaak T-457/08 R. [7] In zijn beschikking heeft de president van het Gerecht van eerste aanleg geconcludeerd dat het verzoek in kort geding in zaak T-457/08 R niet-ontvankelijk moest worden verklaard. Na een zorgvuldig onderzoek van de beschikking van de president van het Gerecht merkt de Ombudsman op dat de beschikking het bestaan van vermeende feiten niet aantoon, noch de feiten beoordeelt waarop dit onderzoek betrekking heeft. Als zodanig concludeert de Ombudsman dat de beschikking van de president van het Gerecht geen afbreuk doet aan de ontvankelijkheid van klacht 1935/2008/FOR.

27. Voorts heeft Intel op 3 februari 2009 haar beroep in zaak T-457/08 voor het Gerecht ingetrokken. Als zodanig hoeft de Ombudsman zich thans niet uit te spreken over de vraag of vermeende feiten die het Gerecht in het kader van dit verzoekschrift ter kennis zijn gebracht, dezelfde zijn als de gestelde feiten waarop het onderhavige onderzoek betrekking heeft.

28. In het licht van het bovenstaande is de Ombudsman van oordeel dat de onderhavige zaak ontvankelijk is. [8]

#### *Vermeende vertragingen door de Commissie*

29. In zijn opmerkingen van 3 februari 2009 verklaarde klager dat hij bezorgd was dat de Commissie opzettelijk probeerde het onderzoek van de Ombudsman naar klacht 1935/2008/FOR uit te stellen. Samenvattend voerde hij aan dat het moeilijk was te geloven dat de Commissie niet in staat was om binnen de oorspronkelijke termijn van 30 november 2008, of althans vóór het verstrijken van de verlengde termijn van 15 januari 2009, binnen de oorspronkelijke termijn van 30 november 2008 haar advies van vijf bladzijden in te dienen, dat gebaseerd was op één enkel procedureel argument (dat de klacht niet-ontvankelijk was). Hij merkte op dat de zaken T-457/08 R en T-457/08 op 10 oktober 2008 zijn ingediend en op 14 oktober 2008 (voor het verzoek in kort geding) en 27 oktober 2008 (voor het hoofdverzoek) aan de Commissie zijn meegedeeld. Gezien het zeer beperkte karakter van haar opmerkingen van 20 januari 2009 had de Commissie haar opmerkingen kort nadat zij op 27 oktober 2008 in zaak T-457/08 een afschrift van het hoofdverzoek van Intel in zaak T-457/08 had ontvangen, maar in ieder geval binnen de oorspronkelijke termijn van 30 november 2008 moeten kunnen indienen.

30. De Ombudsman merkt op dat de oorspronkelijke termijn voor het uitbrengen van een advies aan de Ombudsman 30 november 2008 was. Op 30 september 2008 heeft de Commissie de Ombudsman schriftelijk laten weten dat de Commissie, aangezien zijn brief van 26 september 2008 de reikwijdte van het onderzoek had uitgebreid, een extra termijn vereiste, namelijk tot 15 januari 2009, om een advies in te dienen bij de Ombudsman. Gezien de complexiteit en gevoeligheid van de aantijgingen in klacht 1935/2008/FOR, stemde de Ombudsman in met dit verzoek.





31. De Ombudsman merkt op dat, aangezien het verzoek van de Commissie van 30 september 2008 vóór de verzoekschriften bij het Gerecht van eerste aanleg op 13 oktober 2008 werd ingediend, de Commissie bij de indiening van het verzoek om verlenging de Ombudsman een advies moet geven over de inhoud van de beweringen in klacht 1935/2008/FOR.

32. De Ombudsman is van mening dat de Commissie zou voldoen aan haar verplichting om met de Ombudsman samen te werken bij het uitvoeren van een onderzoek, indien zij, in het geval dat een dergelijke verlenging niet noodzakelijk was om de Ombudsman te antwoorden, heeft besloten geen gebruik te maken van de hem toegekende verlenging.

33. Het advies van de Commissie van 20 januari 2009 was uitsluitend gebaseerd op de in de punten 19 tot en met 28 hierboven besproken ontvankelijkheidskwestie. Het advies bestond inderdaad uit slechts vijf bladzijden. De Ombudsman kan echter niet uitsluiten dat de Commissie niet snel tot de standpunten van haar advies van 20 januari 2009 is gekomen. Kortom, de Ombudsman kan niet uitsluiten dat de Commissie niet zeker was van de gegrondheid van haar argumenten met betrekking tot de ontvankelijkheid van de klacht in de periode tussen 27 oktober 2008 en 15 januari 2009, en heeft derhalve ook overwogen om vóór 15 januari 2009 op de zaak ten gronde te antwoorden. Dit standpunt zou worden bevestigd door het feit dat de Commissie, toen zij op 16 februari 2009 een zeer korte termijn vaststelde voor de indiening van een aanvullend advies van de Commissie over de aantijgingen, deze zeer korte termijn kon halen. [9] Het vermogen van de Commissie om aan deze termijn te voldoen zou erop wijzen dat de Commissie de periode tussen 27 oktober 2008 en 15 januari 2009 inderdaad (ten minste gedeeltelijk) had gebruikt om de inhoud van de beweringen in dit onderzoek te onderzoeken. Voorts heeft de Commissie onmiddellijk gereageerd op het verzoek van de Ombudsman van 23 april 2009 om een tweede aanvullend advies. Tot slot merkt de Ombudsman op dat de Commissie snel en flexibel heeft gereageerd op het verzoek van de Ombudsman om een inspectie van documenten uit te voeren.

34. De Ombudsman is het daarom niet eens met de verklaring van klager dat de Commissie „bewust” probeerde het onderzoek van de Ombudsman naar klacht 1935/2008/FOR uit te stellen.

**A. Het verwijt en de daarmee verband houdende stelling dat de Commissie geen notulen heeft opgesteld van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 met vertegenwoordigers van Dell, ondanks het feit dat de bijeenkomst rechtstreeks betrekking had op het voorwerp van haar onderzoek naar Intel, en dat de Commissie bijgevolg geen verslag heeft gemaakt van mogelijk ontlastende bewijzen**

*Aan de Ombudsman voorgelegde argumenten*

35. Klager verklaart dat het procesteam van de Commissie dat verantwoordelijk is voor de behandeling van zaak COMP/37.990 op 23 augustus 2006 een ontmoeting heeft gehad met



hoge vertegenwoordigers van Dell om kwesties in verband met zaak COMP/37.990 te bespreken. Klager voert aan dat de Commissie geen gedetailleerde nota van de vergadering heeft opgenomen en in het dossier niet heeft opgenomen. Dit is volgens klager een zeer ernstige handeling van wanbeheer.

36. Volgens de grief moet A (hoogste leidinggevende bij Dell) tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 de Commissie in kennis hebben gesteld van feiten die in het kader van zaak COMP/37.990 Intel ontlasten. Ter ondersteuning van dit argument heeft klager de Ombudsman een kopie van een document verstrekt, dat volgens klager een agenda is voor de vergadering van 23 augustus 2006 (hierna „de agenda” genoemd). Klager verklaart dat de agenda is opgesteld door het caseteam van de Commissie. Volgens klager maakt de agenda duidelijk dat het doel van de bijeenkomst van 23 augustus 2003 was om onder meer de volgende kwesties te behandelen:

- Dell's vermeende *de facto* exclusiviteit met Intel;
- Prestatieverschillen tussen Intel en AMD;
- Het Intel-kortingssysteem dat eind 2001 werd ingevoerd en de eventuele *tegenprestatie* van Dell;
- De getuigenis van de heer A aan de Amerikaanse Federal Trade Commission (hierna de „FTC” genoemd) over het belang van Dell bij het waarborgen van het prestatievoordeel van Intel ten opzichte van AMD;
- Dell's „single sourcing” bedrijfsmodel, dat ertoe leidde dat het uitsluitend van Intel afkomstig was;
- Intel's „vermogen om wraak te nemen” als Dell zou moeten beginnen met het betrekken van microprocessors van AMD;
- Dell's onzekerheden over AMD's „roadmap”;
- [De **kortingen van Intel aan Dell sinds april 2004** ].

37. Volgens klager is het duidelijk dat, indien de agenda zou worden gevolgd [10] de bijeenkomst van 23 augustus 2006 gericht was op de belangrijkste gebieden van de FTC-verklaring van de heer A. Klager verklaart dat de FTC-verklaring van A Intel vrijspreekt en in tegenspraak is met de beweringen in de mededeling van punten van bezwaar [11] betreffende de relatie van Dell met Intel. Kortom, de verklaring van A bij de FTC in 2003 [12] bestond uit informatie over dezelfde feiten die door de Commissie in zaak COMP/37.990 werden onderzocht. Klager verklaart dat de Commissie op de hoogte was van dit getuigenis sinds uiterlijk 18 juli 2006.

38. Volgens klager had de vergadering van 23 augustus 2006 ook betrekking op een aantal nieuw materiaal dat niet in de FTC-verklaring van A aan bod kwam, maar dat evenzeer centraal stond in de beweringen in de mededeling van punten van bezwaar betreffende Dell. Zo heeft de mededeling van punten van bezwaar **[verweerd over de redenen waarom Dell alleen bij Intel heeft gekocht]** . Het is duidelijk, volgens klager, dat de juistheid van deze bewering een centraal onderwerp van de agenda was.

39. Naar het oordeel van klager is het ook redelijk om aan te nemen dat, indien het bewijsmateriaal van de heer A Intel had aangevoerd en de beweringen van de Commissie had



ondersteund, de Commissie dit in de mededeling van punten van bezwaar zou hebben aangevoerd. Aangezien dit niet het geval was, lijkt het ook redelijk om aan te nemen dat het bewijs van A neutraal was of Intel vrijgesproken.

40. De klager voert aan dat het onderzoeksteam geen gedetailleerde nota heeft gemaakt van zijn onderhoud met een materiële getuige die a) hij wist of had moeten weten uit de reeds in zijn bezit zijnde documenten, ontlastend bewijsmateriaal had verstrekt dat in tegenspraak was met veel van de belangrijkste aannames van de Commissie, die later in de mededeling van punten van bezwaar waren opgenomen, en b) met wie het lijkt te hebben gesproken over kwesties die centraal staan in de zaak van de Commissie.

41. Tegen deze achtergrond stelt klager dat het verzuim van de Commissie om een gedetailleerde nota van de antwoorden van de heer A op de vragen van het onderzoeksteam vast te leggen en in het dossier op te nemen, een zeer ernstige handeling van wanbeheer vormt en de integriteit van het gehele onderzoek van de Commissie in twijfel trekt.

42. Klager verklaart dat de Commissie in haar correspondentie met klager in eerste instantie het bestaan van de vergadering ontkende. [13] Daarna verklaarde zij dat er een vergadering had plaatsgevonden, maar dat er geen notulen van die vergadering waren opgenomen. [14] Op een nog latere datum verklaarde zij dat een nota voor het dossier betreffende die vergadering was opgesteld en dat de nota nu in het officiële dossier zou worden opgenomen. De raadadviseur-auditeur van de Commissie heeft Intel vervolgens meegedeeld dat het geen toegang tot die nota zou hebben, aangezien dit een „intern document” was en geen overeengekomen „notulen” van de vergadering vormde.

43. Klager voert aan dat het opstellen van schriftelijke notulen van vergaderingen een goede administratieve praktijk is, die het beginsel van transparantie in administratieve procedures eerbiedigt. Het zorgt ook voor onpartijdigheid in het onderzoeksproces. Volgens klager vormt het verzuim van de Commissie om de vergadering vast te leggen een wanbeheer.

44. Klager verwees naar artikel 24 van de Europese Code van Goed Administratief Gedrag, op grond waarvan de Commissie „een *adequate administratie moet bijhouden van hun inkomende en uitgaande post, van de documenten die zij ontvangen en van de maatregelen die zij nemen*.”. Hieruit volgt dat de verplichting om een adequate administratie bij te houden, naar het oordeel van klager ook van toepassing moet zijn op het onderhoud van een materiële, ontlastende getuige. Het verzuim van het caseteam om dit te doen is volgens klager ook niet in overeenstemming met de goede administratieve praktijk van een instelling met de ruime bevoegdheden waarover de Commissie beschikt.

45. Met betrekking tot de bewering voert klager ook aan dat de Commissie het transparantiebeginsel in administratieve procedures niet heeft geëerbiedigd. Hij stelt dat de weigering van het onderzoeksteam dat het een sleutelgetuige heeft gehoord, en de eerste ontkenning ervan dat een schriftelijke nota van de vergadering was opgesteld — later door de raadadviseur-auditeur omgevormd tot de verklaring dat „*geen onderhoud overeenkomstig artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 heeft plaatsgevonden [...] noch tijdens of na de*



*vergadering die deel uitmaakte van het dossier ” — in strijd is met de uiteindelijk vastgestelde feiten en met de noodzaak om transparantie in administratieve procedures te waarborgen. Volgens klager vormt het gedrag van het caseteam een kennelijke schending van de artikelen 11 [16] en 12 [17] van de Europese Code van goed administratief gedrag, op grond waarvan ambtenaren van de Commissie verplichten eerlijk en correct gedrag te vertonen en „zo volledig en nauwkeurig mogelijk te antwoorden op vragen die worden gesteld“.*

46. Ook met betrekking tot zijn bewering voert klager verder aan dat de Commissie tijdens het onderzoeksproces niet onpartijdig was. Hij merkt op dat de Commissie ruime en verstrekkende bevoegdheden heeft op grond van Verordening (EG) nr. 1/2003 en stelt bovendien dat de Commissie in mededingingszaken optreedt als „de onderzoeker, de jury en de rechter ” en pas aan rechterlijke toetsing wordt onderworpen nadat zij een besluit heeft genomen. In het bijzonder, en in tegenstelling tot het systeem in sommige lidstaten, zoals Frankrijk, waar de onderzoeks- en beslechtingstaken over twee agentschappen worden verdeeld, is de Commissie bevoegd om zowel de feiten te onderzoeken als een beschikking vast te stellen waaruit blijkt dat zich een inbreuk op de mededingingsregels heeft voorgedaan. Klager is van mening dat de ruime aard van de bevoegdheden van de Commissie vereist dat de Commissie bij de uitoefening van haar onderzoeks- en beoordelingstaken bijzondere waakzaamheid uitoefent tegen elke tendens tot vooringenomenheid, gebrek aan objectiviteit of overijverige vervolging. In dit verband heeft het onderzoeksteam naar het oordeel van klager duidelijk inbreuk gemaakt op de artikelen 7, 8 en 9 van de Europese Code van Goed Administratief Gedrag door 1) te proberen het interview van 23 augustus 2006 te verdoezelen; 2) proberen te ontkennen dat een schriftelijke nota is opgesteld; 3) het niet maken van de inhoud van dat interview deel van het verslag; en 4) geen uitvoerig verslag over te leggen van de vragen van de heer A en de antwoorden die hij heeft gegeven. [18]

47. In haar aanvullend advies aan de Ombudsman van 20 maart 2009 stelt de Commissie dat de leden van het onderzoeksteam dat het onderzoek in zaak COMP/37.990 behandelt, op 23 augustus 2006 een vergadering hebben gehad met twee senior executives van Dell, de heer A en de heer B, en met twee externe raadslieden van Dell. Volgens de Commissie had de bijeenkomst tot doel een aantal documenten te bespreken die Dell onlangs bij de Commissie had ingediend [19] en het verdere onderzoek van de Commissie van de zaak voor te bereiden.

48. De Commissie merkt op dat de vertegenwoordigers van Dell tijdens de bijeenkomst een aantal vragen met de Commissie hebben besproken. Volgens de Commissie heeft Dell deze vragen vervolgens formeel beantwoord bij brief van 22 september 2006.

49. De Commissie merkt tevens op dat Dell tussen de bijeenkomst van 23 augustus 2006 en de toezending van de eerste mededeling van punten van bezwaar aan Intel op 26 juli 2007 acht aanvullende opmerkingen bij de Commissie heeft ingediend met betrekking tot de kernpunten van het onderzoek. Volgens de Commissie heeft Intel op 29 juli 2007 volledige toegang tot al deze antwoorden gekregen en is zij dus sinds die datum op de hoogte van het bestaan van de bijeenkomst. Het bestaan van de vergadering werd verder bevestigd door het caseteam bij e-mail van 21 februari 2008.



50. Wat de inhoud van de vergadering betreft, merkt de Commissie op dat er in het dossier van de Commissie geen andere aantekeningen of verslagen dan de nota van 29 augustus 2006 zijn opgenomen. Volgens de Commissie geeft de nota van 29 augustus 2006 een samenvatting van de indrukken van een van de procesbehandelaars die op de vergadering aanwezig waren. Het bevat informatie uit andere bronnen, persoonlijke standpunten en de standpunten van de zaakbehandelaar over verdere onderzoeksstrategie. De nota is volgens de Commissie dus niet opgesteld om te worden medeondertekend of goedgekeurd door andere deelnemers aan de vergadering (en de nota is nooit medeondertekend of goedgekeurd door andere deelnemers van de vergadering). Het was niet de bedoeling om op enig moment deel uit te maken van de uit het onderzoek voortvloeiende feiten (lasterend of ontlastend). De nota van 29 augustus 2006 was veeleer een *memoire* voor de zaakbehandelaar voor de voorbereiding van verdere onderzoeksmaatregelen.

51. Bovendien heeft de Commissie opgemerkt dat het doel van de bijeenkomst met Dell was om verdere onderzoeksmaatregelen met betrekking tot Dell te onderzoeken. Het doel was niet om informatie te verzamelen in de vorm van medeondertekende notulen of artikel 19-verklaringen.

52. De Commissie merkt op dat, hoewel zij stelt dat er geen verplichting bestond om de nota van 29 augustus 2006 aan Intel toe te zenden, een niet-vertrouwelijke versie van die nota, die vertrouwelijke informatie over Dell en de strategieoverwegingen van de Commissie uitsluit, op 19 december 2008 aan Intel is toegezonden.

53. De Commissie merkt op dat, hoewel Intel dankzij haar toegang tot het dossier [20] op de hoogte was van de bijeenkomst, de Commissie Intel aanvankelijk niet in kennis heeft gesteld van het bestaan van de nota van 29 augustus 2006, aangezien het onderzoeksteam van oordeel was dat zij geen deel uitmaakte van het officiële dossier in zaak COMP/37.990. De raadadviseur-auditeur heeft dit oorspronkelijke standpunt bij besluit van 7 mei 2008 verworpen en verzocht de nota bij het dossier van 29 augustus 2006 in het officiële dossier in zaak COMP/37.990 te plaatsen. Tegelijkertijd heeft de raadadviseur-auditeur Intel echter de toegang tot de nota van 29 augustus 2006 ontzegd op grond van het feit dat de nota een „*intern document*” was en dus niet toegankelijk was voor Intel.

54. Met betrekking tot het feit dat Intel een document bij de Ombudsman heeft ingediend dat „ [21] een lijst is van onderwerpen die tijdens de vergadering moeten worden besproken, is de Commissie van mening dat uit het document zelf niet kan worden bepaald van wie dit document afkomstig is. De Commissie verklaart dat zij dit document niet heeft kunnen lokaliseren en kan dus niet met zekerheid aangeven waar het vandaan komt. Het document in kwestie is hoogstwaarschijnlijk een persoonlijke nota van een zaakbehandelaar die voorafgaand aan de vergadering per e-mail naar Dell is verzonden of tijdens de vergadering aan Dell is overhandigd. Dergelijke nota's dienen normaliter als voorbereiding voor zowel het caseteam als de andere partijen die een vergadering bijwonen, om kennis te maken met mogelijke onderwerpen die tijdens een vergadering kunnen worden besproken. In de loop van een vergadering wijken de besprekingen echter vaak af van de in dergelijke nota's geschetste onderwerpen, afhankelijk van de beperkte tijd die voor dergelijke vergaderingen beschikbaar is en de onderwerpen die



daarin aan de orde komen.

55. De Commissie merkte op dat Intel stelt dat de behandeling door de Commissie van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 een daad van wanbeheer vormt. Volgens de Commissie berust het argument van Intel op drie verschillende gronden. In de eerste plaats stelt Intel dat de tijdens die bijeenkomst besproken onderwerpen ontlastend waren en dat de Commissie deze derhalve had moeten vastleggen. Ter onderbouwing van haar bewering dient Intel een document in waarin staat dat het „*een agenda lijkt te zijn die door het caseteam voor de vergadering is opgesteld*” en stelt hij dat de in dat document genoemde onderwerpen daadwerkelijk tijdens de vergadering zijn besproken. Bovendien verwijst Intel naar de getuigenis van A (een van de deelnemers aan de bijeenkomst van 23 augustus 2006) voor de FTC op 26 maart 2003 en stelt zij dat 1) de inhoud van deze getuigenis ontlastend zou zijn voor Intel en 2) dat A soortgelijke verklaringen moet hebben afgelegd als in zijn FTC-depositie. In de tweede plaats stelt Intel dat de Commissie het feit heeft verborgen dat er een bijeenkomst met vertegenwoordigers van Dell heeft plaatsgevonden en dat een nota over die bijeenkomst was opgesteld. Ten slotte leidt Intel af dat de Commissie door haar behandeling van de bijeenkomst met Dell gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheden voor doeleinden die rechtens geen grondslag hebben en niet zijn gemotiveerd door het algemeen belang, en dat de Commissie niet onpartijdig en onafhankelijk is geweest door alle relevante factoren in aanmerking te nemen en elk van deze factoren zijn eigen gewicht toe te kennen.

56. Met betrekking tot het voorgaande merkt de Commissie op dat § 12 van de mededeling betreffende de toegang tot het dossier [22] bepaalt dat:

*„De diensten van de Commissie zijn niet verplicht om notulen van vergaderingen met personen of ondernemingen op te stellen. Indien de Commissie ervoor kiest om nota's van dergelijke vergaderingen te maken, vormen dergelijke documenten de eigen interpretatie van wat de Commissie tijdens de vergaderingen heeft gezegd, om welke reden zij als interne documenten worden aangemerkt.*

57. De Commissie verklaart dat de rechtspraak die ten grondslag ligt aan het bovenstaande punt van de mededeling is uiteengezet in de punten 349 tot en met 359 van het TACA -arrest. [23] Zij merkt op dat het Gerecht in punt 351 van TACA verklaart dat „[d]e Commissie daarentegen geen algemene verplichting [is] om notulen op te stellen van besprekingen in vergaderingen of telefoongesprekken met klagers die in de loop van de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag plaatsvinden”. De Commissie stelt vervolgens dat het Gerecht deze vaststelling in de zaak *Group Danone* verder heeft bevestigd [24] .

58. De Commissie voegt hieraan toe dat het Hof in punt 358 TACA , waarnaar de Ombudsman in zijn brief tot inleiding van het onderzoek heeft verwezen, en punt 67 van het arrest *Group Danone* , heeft geoordeeld dat „[d]e inbreuken op de rechten van de verdediging [moeten] worden onderzocht aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk concreet geval”. In beide arresten stelt het Gerecht echter het volgende:

*„indien de Commissie voornemens is in haar beschikking gebruik te maken van door een andere*





*partij mondeling verstrekte belastende bewijzen, dient zij dit aan de betrokken onderneming ter beschikking te stellen, zodat zij op basis van dat bewijsmateriaal daadwerkelijk opmerkingen kan maken over de conclusies van de Commissie. Waar nodig moet zij een schriftelijk document aanmaken dat in het dossier moet worden geplaatst”.*

59. Met betrekking tot de beweringen van Intel dat tijdens de betrokken bijeenkomst ontlastende informatie aan de Commissie is doorgegeven en dat er een verplichting bestaat om dergelijke informatie vast te leggen, merkt de Commissie op dat de inhoud van de bijeenkomst deels betrekking had op documenten die reeds in het dossier van de Commissie waren opgenomen en deels dienden om latere verzoeken om inlichtingen te formuleren die vervolgens door Dell bij brief van 22 september 2006 werden beantwoord. Met betrekking tot de beweringen van Intel dat de bijeenkomst ontlastende informatie moet hebben behandeld die niet in het dossier van de Commissie is opgenomen, merkt de Commissie op dat Intel, ter onderbouwing van haar stelling, verwijst naar de getuigenis van A van de FTC die meer dan drie jaar vóór de bijeenkomst van 23 augustus 2006 is afgelegd, en naar een document waaruit zou blijken welke indicatieve onderwerpen tijdens de vergadering moeten worden besproken. De Commissie stelt dat geen van deze documenten bewijs bevat van hetgeen daadwerkelijk tijdens de vergadering is besproken. Onverminderd de vraag of eventuele verklaringen die A drie jaar eerder aan de FTC heeft afgelegd, ontlastend zijn, toont het feit dat A dergelijke verklaringen aan de FTC heeft afgelegd, niet aan dat A alle informatie heeft verstrekt die de Commissie zou kunnen ontlasten. Volgens de Commissie heeft de verklaring van A vóór de FTC grotendeels betrekking op een periode die voorafging aan de praktijken waar de Commissie bezwaar tegen had gemaakt in haar mededeling van punten van bezwaar van 26 juli 2007. [25] Dit wordt verder bevestigd door de vragen die tijdens de bijeenkomst zijn gesteld, waarop Dell schriftelijk heeft geantwoord en die grotendeels betrekking hadden op de prestaties van een AMD-product (Hammer) in de loop van het jaar 2002. Evenzo betekent de indicatieve lijst van onderwerpen [26] niet dat deze onderwerpen inderdaad (gedeeltelijk of volledig) tijdens de vergadering werden behandeld en, indien zij werden behandeld, met welke mate van gedetailleerdheid. De „*voorlopige beoordeling*” van de Commissie is derhalve dat de vergadering geen ontlastende informatie dekte. [27] Intel heeft naar de mening van de Commissie geen bewijs geleverd dat deze voorlopige beoordeling ongeldig zou maken. De Commissie merkte op dat de definitieve vaststelling van welke informatie ontlastend of belastend zou zijn, pas kan worden gemaakt nadat de Commissie de onderzoeksfase van de procedure heeft afgerond.

60. Ten slotte bekleemtoonde de Commissie dat de relevante jurisprudentie, die bij wijze van uitzondering een verplichting inhoudt om een schriftelijk document voor het dossier op te stellen met betrekking tot belastend bewijsmateriaal, in casu niet van toepassing is omdat de vergadering geen betrekking had op informatie die de Commissie „*in [eventuele] beschikking wil gebruiken*”. Zij merkte op dat geen van de twee in deze zaak toegezonden mededelingen van punten van bezwaar zich baseert op de inhoud van de bijeenkomst van 23 augustus 2006. Met betrekking tot de vraag of de bijeenkomst betrekking had op ontlastende informatie, kan deze pas in de toekomst definitief worden beantwoord, zodra de Commissie over alle gegevens beschikt die zij nodig heeft om in de onderhavige zaak een besluit te nemen. [28]

61. De Commissie merkte op dat het feit dat een procesbehandelaar heeft besloten een nota bij



het dossier op te stellen waarin *onder* meer zijn indrukken van de bijeenkomst worden samengevat, dit louter interne document niet tot een toegankelijk document maakt dat de Commissie aan Intel moest verstrekken. Dit werd ook bevestigd door de raadadviseur-auditeur en het document werd daarom op 19 december 2008 „*uit hoffelijkheid*” aan Intel verstrekt.

62. De Commissie heeft vervolgens de door de Ombudsman bij de opening van dit onderzoek aan de orde gestelde kwesties behandeld (zie paragraaf 7 hierboven). Wat de eerste door de Ombudsman aan de orde gestelde kwestie betreft, concludeert de Commissie dat zij volledig heeft gehandeld in overeenstemming met de mededeling betreffende toegang tot het dossier en de arresten van het Hof in de zaken *TACA* [29] en *Groupe Danone* [30], toen zij geen notulen van de vergadering met Dell-vertegenwoordigers van 23 augustus 2006 heeft genomen, aangezien deze bepalingen en arresten haar in het kader van de onderhavige zaak niet verplichten dit te doen.

63. Wat de tweede door de Ombudsman aan de orde gestelde kwestie betreft, concludeert de Commissie dat niet kan worden vastgesteld wie de auteur van het document „*Indicatieve lijst van te bespreken onderwerpen*” was, maar dat dit document hoogstwaarschijnlijk vóór of tijdens de vergadering door een zaakbehandelaar van de Commissie aan Dell is voorgelegd. Typisch, dergelijke notities dienen als een manier om de voorbereiding van vergaderingen te organiseren en worden niet noodzakelijkerwijs strikt gevolgd tijdens de vergadering. Bovendien bevestigt de Commissie dat de vragen waarop Dell schriftelijk heeft geantwoord (in de schriftelijke follow-up van de vergadering) „naar *alle waarschijnlijkheid*” zijn besproken tijdens de vergadering van 23 augustus 2006.

64. Wat de derde kwestie betreft die door de Ombudsman aan de orde is gesteld, concludeert de Commissie dat er geen notulen van de vergadering van 23 augustus 2006 zijn opgesteld. De nota van 29 augustus 2006 vormt geen „*notulen*”, aangezien zij niet was opgesteld met het oog op het verstrekken van een volledige samenvatting van de inhoud van de vergadering, maar met het oog op de voorbereiding van verdere onderzoeksmaatregelen met betrekking tot Dell. Bovendien kan niet worden bepaald welke inhoud van de nota van 29 augustus 2006 uit de bijeenkomst voortvloeit en welke uit andere bronnen afkomstig is. De nota van 29 augustus 2006 was ook niet bedoeld om door Dell medeondertekend te worden. De onderzoeksmaatregelen naar aanleiding van die nota hebben geleid tot omvangrijke inzendingen van Dell die volledig ter beschikking van Intel zijn gesteld.

65. Wat de vierde door de Ombudsman aan de orde gestelde kwestie betreft, concludeert de Commissie dat de vertegenwoordigers van Dell niet zijn verzocht om een notulen te ondertekenen, aangezien de vergadering van 23 augustus 2006 niet tot doel had een artikel 19-verklaring over te leggen. Bovendien was de nota bij het dossier die in dezelfde punten hierboven is behandeld, niet bedoeld om notulen van de vergadering op te stellen en is het niet bedoeld om de inhoud van de vergadering nauwkeurig of volledig weer te geven. Bijgevolg is het in dit stadium niet mogelijk om Dell te verzoeken notulen van de vergadering te ondertekenen, aangezien dergelijke notulen niet bestaan.

66. De Commissie heeft aangevoerd dat zij het feit dat er een bijeenkomst heeft



plaatsgevonden, niet heeft verdoezeld. Intel is op de hoogte gesteld van een nota bij het dossier betreffende de hoorzitting in de loop van de tweede fase van de gebruikelijke toegangsprocedure, waarbij besluiten over toegang eerst door DG COMP worden genomen en vervolgens door de raadadviseur-auditeur worden getoetst.

67. Op basis van de hierboven beschreven feiten betoogt de Commissie dat de behandeling van bovengenoemde bijeenkomst volledig in overeenstemming was met de toepasselijke wettelijke bepalingen en geenszins de objectiviteit en de gelijkmatigheid van het onderzoek van de Commissie in twijfel trekt. Zij stelt dat Intel's verslag van de gebeurtenissen onjuist en onvolledig is. Volgens de Commissie zijn er elementen ter ondersteuning van deze conclusie, namelijk de nota van 29 augustus 2006 zelf.

68. In zijn opmerkingen van 14 april 2009 en 16 april 2009, ingediend naar aanleiding van het advies van de Commissie van 20 maart 2009, verklaarde klager dat de agenda, die door de Commissie was opgesteld vóór de bijeenkomst van 23 augustus 2006, de belangrijkste onderwerpen uiteenzette. Hij merkte op dat veel van deze onderwerpen de basis zullen vormen voor de beweringen van de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar van 26 juli 2007. Klager verklaarde dat de Commissie vóór de vergadering van 23 augustus 2006 de getuigenissen van de heer A voor de FTC in 2003 heeft onderzocht. Zoals de agenda aangeeft, wist de Commissie immers van tevoren dat een groot deel van de eerdere getuigenissen van de heer A nauw verband hield met de onderwerpen op de agenda. Bovendien was de Commissie zich er ten volle van bewust dat A **[een senior Dell executive]** was en dat hij **[de Dell executive]** verantwoordelijk was voor de relatie van Dell met Intel. Bijgevolg is het eenvoudigweg niet geloofwaardig dat de Commissie niet had verwacht dat A tijdens de bijeenkomst belangrijke bewijzen zou leveren en, gelet op de getuigenis van A van 2003 voor de FTC, dat dit bewijsmateriaal waarschijnlijk ontlastend zou zijn voor Intel.

69. Klager verklaart dat de Commissie in haar opmerkingen probeert af te leiden van de voor de hand liggende conclusie dat het interview met de heer A gericht was op de belangrijkste beweringen van de Commissie met betrekking tot Dell. De Commissie probeert de betrouwbaarheid van de agenda van de vergadering af te wijzen door te stellen dat „*deze nota's een manier zijn om de voorbereiding van vergaderingen te organiseren en niet noodzakelijkerwijs strikt worden gevolgd tijdens de vergadering*”. In haar advies aan de Ombudsman geeft de Commissie echter ook toe dat „*de vragen waarop Dell in bijlage VII bij de klacht van Intel heeft geantwoord, naar alle waarschijnlijkheid tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken*”. Bovendien bevestigt de nota van 29 augustus 2006 ondubbelzinnig dat de vergadering de voorgestelde agenda op de voet heeft gevolgd. Zo wordt in de nota van 29 augustus 2006 duidelijk gesteld dat de „*Q & A zich richtte op [de] depositie van [de heer A] aan de FTC*” en in het bijzonder op „*de productstrategie van Dell*”, „*[de beslissing van Dell om van Intel en haar relatie tot het kortingsprogramma van Intel]*” en „*[Intel's response, mocht Dell haar aanpak wijzigen]*”. Al deze onderwerpen zijn opgenomen in de agenda.

70. Klager verklaart dat de nota van 29 augustus 2006 en de consistente getuigenis van A voor de FTC in 2003 en in de civiele rechtszaak van AMD tegen Intel in **2009** ondubbelzinnig



aantonen dat A tijdens de bijeenkomst bewijsmateriaal moet hebben verstrekt dat de Commissie destijds erkende dat Intel ontlastend was. Een van de niet-geredacteerde delen van de nota **[geredacteerd]** ondersteunt duidelijk een van de centrale verdedigingsargumenten van Intel en is dus duidelijk ontlastend.

71. Klager verklaart dat Intel heeft vastgesteld dat A in zijn getuigenis van 2003 voor de FTC over precies dezelfde onderwerpen die tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 aan de orde waren, zeer ontlastend bewijsmateriaal heeft verstrekt. Het argument van de Commissie strekt tot afwijzing van de bewijskracht van de FTC- *verklaring van A, die Intel zeer ontlastend was en die, door de Commissie zelf toegegeven, de „ focus ” van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 vormde door te stellen dat „de verklaringen van A vóór de FTC grotendeels betrekking hebben op een periode die voorafging aan de praktijken waartegen de Commissie in de [verweerschriften] bezwaar heeft gemaakt* ”. Met betrekking tot de suggestie van de Commissie dat de antwoorden van de heer A op de bijeenkomst van 23 augustus 2006 mogelijk verschillen van zijn FTC-getuigenis, verklaart klager dat: (i) de FTC-verklaring van de heer A is onder ede afgelegd; en (ii) **[redacteerde]** 2009, de heer A heeft opnieuw een verklaring afgelegd waarin hij bevestigt dat de belangrijkste punten die hij in zijn FTC-verklaring van 2003 heeft gemaakt, dat Dell geen exclusieve relatie met Intel had en dat Intel Dell niet „bedreigde ” of „ straf ” voor het overwegen van een dual-sourcestrategie, gedurende de vermeende inbreukperiode evenzeer van toepassing was.

72. Klager stelt dat het tegen deze achtergrond eenvoudigweg niet geloofwaardig is dat A in 2003 en 2009 één manier onder ede zou hebben getuigd, maar de Commissie in 2006 tegenbewijs over dezelfde kwesties zou hebben verstrekt. In het bijzonder laat de getuigenis van FTC van 2003 geen twijfel bestaan over het feit dat de informatie die A tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 aan de Commissie heeft verstrekt, de belangrijkste beweringen van de Commissie over Dell heeft ondermijnd en dus zeer ontlastend was voor Intel.

73. Klager stelt dat de Commissie ten tijde van de vergadering zou hebben geweten dat het bewijsmateriaal dat de heer A aan de FTC heeft verstrekt, Intel ontlastend was, aangezien de verklaring van de heer A en A het voorwerp van de bijeenkomst was. Dientengevolge moest de Commissie tijdens de vergadering een transcriptie maken of vervolgens een adequate registratie van de overgelegde ontlastende bewijzen opstellen. De klager stelt echter dat de Commissie ondubbelzinnig heeft toegegeven dat zij geen adequate staat van dienst heeft gemaakt. Bovendien is het feit dat het zelfs nodig is om een discussie aan te gaan over wat tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 is gezegd, het rechtstreekse gevolg van het wanbeheer door de Commissie. Indien de Commissie een volledige nota had genomen of een transcriptie van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 had opgenomen, zoals een goede administratieve praktijk vereist, zou er geen onzekerheid bestaan over wat de heer A precies heeft gezegd, en bijgevolg geen debat over de vraag of de verklaringen van de heer A relevant zijn voor de beweringen van de Commissie en/of ontlasting van Intel.

74. Wat de juridische argumenten van de Commissie betreft, stelt klager dat de Commissie tracht te ontwijken aan de ernst van haar verzuim om de vergadering van 23 augustus 2006



volledig te registreren door te stellen dat „ *de vraag of de vergadering betrekking had op ontlastende informatie, alleen definitief kan worden beantwoord wanneer de Commissie over alle gegevens beschikt om in deze zaak een besluit te nemen* ”. Met andere woorden, de Commissie lijkt te stellen dat zij als enige de exclusieve beoordelingsmarge behoudt om te beslissen: i) of bewijs in feite ontlastend is en derhalve het voorwerp moet zijn van een gedetailleerd schriftelijk verslag; en (ii) wanneer het, indien ooit, dergelijke ontlastende bewijzen aan een verweerder zal bekendmaken in een lopend onderzoek. Dit kan onmogelijk een correcte formulering van een aanvaardbare administratieve procedure zijn. In de eerste plaats zou de Commissie nooit kunnen weten wanneer een volledig verslag van een vergadering moest worden opgesteld, indien alleen kan worden vastgesteld of het bewijs na afloop van het onderzoek ontlastend is. In de tweede plaats zou de Commissie, indien de benadering van de Commissie zou worden gevolgd, zoals zij in casu heeft willen doen, het bestaan van ontlastende bewijzen voor verweerder kunnen verhullen. Volgens klager is het duidelijk dat een dergelijke uitlegging zou leiden tot een ernstige schending van het recht van verdediging van een verweerder. Volgens klager is het volgens vaste rechtspraak „ *in een procedure op tegenspraak die is ingesteld bij de verordeningen voor de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG, niet aan de Commissie om alleen te beslissen welke documenten voor de verdediging van ondernemingen in procedures die inbreuk maken op de mededingingsregels worden gebruikt* ” [31] In het bijzonder is het, gelet op het algemene beginsel van „gelijkheid van wapens”, niet aanvaardbaar dat de Commissie zelf kan beslissen of zij documenten tegen verzoekster al dan niet zal gebruiken, wanneer verzoekster geen toegang tot deze documenten had en dus niet in staat is om te beslissen of zij ze al dan niet in haar verweerschrift zou gebruiken.

75. Klager stelt dat de Commissie de indruk wil wekken dat zij Intel in het kader van haar toegang tot het dossier de aandacht heeft gevestigd op het bestaan van de ontmoeting met A in de documenten die haar ter beschikking zijn gesteld. De verwijzing naar de ontmoeting met de heer A verscheen zelfs in één Dell-document, temidden van de honderdduizenden pagina's met dossiermateriaal die aan Intel werden verstrekt. Intel is zich er niet van bewust dat dit document een verwijzing bevatte naar een ontmoeting met A tot ergens rond medio januari 2008, nadat Intel haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar had ingediend. Klager verklaarde dat, indien er nog meer nodig is om de geloofwaardigheid van het standpunt van de Commissie te beoordelen, het volstaat om eraan te herinneren dat de Commissie, toen zij werd ondervraagd over de bijeenkomst, aanvankelijk ontkende dat er een interview met de heer A was geweest en dat elke nota van dat onderhoud was opgesteld. Uit deze gebeurtenissen blijkt duidelijk dat de Commissie heeft getracht ontlastend bewijsmateriaal te verbergen en te onderdrukken. Ook volgens klager vormt dit wangedrag (en het ontbreken van een volledige nota van de vergadering die elk debat over wat de heer A heeft gezegd) een ernstige daad van wanbeheer.

76. Kortom, volgens de klager is het in het licht van de jurisprudentie van de communautaire rechterlijke instanties duidelijk dat het argument van de Commissie dat het alleen aan de Commissie staat om „ *definitief* ” te beslissen of materiaal ontlastend is en of het aan verweerder moet worden verstrekt, onhoudbaar is en door de communautaire rechterlijke instanties is afgewezen.



77. Ten slotte stelt de klager dat de Commissie stelt dat de jurisprudentie waarbij de Commissie wordt verplicht een adequaat dossier op te stellen, niet van toepassing was op de nota van 29 augustus 2006, „ *omdat de vergadering geen informatie betrof die de Commissie voornemens is te gebruiken in [mogelijke] beschikking*”. Dit argument dient slechts om het fundamentele misverstand van de Commissie met betrekking tot de relevante kwesties aan het licht te brengen. De erkenning van de Commissie dat zij niet voornemens is de informatie van de bijeenkomst met de heer A in een definitief besluit te gebruiken, onderstreept de kern van de eerste bewering van klager. Anders gezegd, juist omdat de Commissie niet van plan is gebruik te maken van de ontlastende bewijzen, zijn de rechten van de verdediging van Intel geschonden. De verweerder moet toegang krijgen tot de ontlastende bewijzen, opdat hij die bewijzen in haar eigen verweer kan gebruiken. Het standpunt van de Commissie zou de rechten van de verdediging van Intel volledig ondermijnen en in feite verhinderen dat Intel, en elke andere verweerder in een mededingingszaak, gebruikmaakt van bestaande ontlastende bewijzen waarover de Commissie beschikt. Dit resultaat is noch aanvaardbaar noch in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht. Kortom, uit de rechtspraak blijkt ondubbelzinnig dat het met betrekking tot ontlastende bewijzen volstaat dat de onderneming aantoont dat zij de ontlastende stukken in haar verweerschrift zou kunnen gebruiken, in die zin dat zij, indien zij zich tijdens de administratieve procedure daarop had kunnen beroepen, bewijzen had kunnen aanvoeren die niet in overeenstemming waren met de bevindingen van de Commissie in dat stadium en dus enige invloed hadden kunnen uitoefenen op de beoordeling van de Commissie in een door haar gegeven beschikking. De benadering van de Rekenkamer ten aanzien van ontlastende documenten komt ook tot uiting in de jurisprudentie betreffende de verplichting van de Commissie om een adequaat verslag van vergaderingen op te stellen waarin ontlastende informatie is verstrekt.

78. Volgens klager wordt in het *TACA*- arrest (waarop de Commissie zich in haar advies aan de Ombudsman wil beroepen) het argument van Intel bevestigd en ondersteund dat de Commissie verplicht was de bijeenkomst met de heer A naar behoren te registreren. In *TACA* werd het middel van verweersters ontleend aan het verzuim van de Commissie om de notulen van een bijeenkomst met klager openbaar te maken, afgewezen op basis van de specifieke feiten van de zaak. Kortom, in het arrest *TACA* konden verweersters de gevraagde ontlastende bewijzen niet specificeren of de geringste aanwijzing geven dat dergelijke bewijzen bestonden en dus niet van belang zijn voor die zaak. Bovendien is het tweede middel van verweersters in de zaak *TACA*, te weten dat de Commissie geen notulen van een bijeenkomst met een derde heeft opgesteld, eveneens afgewezen omdat verweersters de betrokken ontlastende bewijzen niet konden identificeren en geen enkel bewijs van het bestaan ervan en dus van het nut ervan in die zaak hebben aangevoerd. De klager voerde aan dat Intel, in tegenstelling tot de situatie in *TACA*, het gevraagde ontlastende bewijsmateriaal voldoende heeft gespecificeerd en voldoende heeft aangetoond dat dit bewijsmateriaal bestond en dat het relevant en nuttig is voor het onderzoek van de Commissie. Klager voerde derhalve aan dat het *TACA*- arrest niets afdoet aan de conclusie dat de Commissie duidelijk verplicht was om (i) een adequaat verslag van het onderhoud met de heer A op te stellen gezien het kennelijk ontlastende karakter van de door A tijdens de vergadering verstrekte informatie, en ii) dat dossier ter beschikking van Intel te stellen.





79. In haar tweede vervolgadvis, dat op 10 juni 2009 aan de Ombudsman is voorgelegd, voert de Commissie aan dat, zoals in het advies van de Commissie van 20 maart 2009 is benadrukt, de vraag of eventuele verklaringen van de heer A op 23 augustus 2006 van ontlastende aard kunnen zijn, alleen met zekerheid kan worden beslist in het licht van de definitieve conclusies van de Commissie over de praktijken van Intel, zoals die in een definitief besluit tot uitdrukking zijn gebracht. Voordat een dergelijk besluit wordt genomen, beoordeelt de Commissie op basis van haar voorlopige beoordeling van de zaak die zij voortdurend ontwikkelt, welke informatie relevant is voor de zaak. Op basis daarvan heeft de Commissie te allen tijde een voorlopig standpunt over het ontlastende of belastende karakter van de informatie. Het is echter pas op het moment van de definitieve beslissing dat deze opvatting definitief wordt. Bijgevolg heeft de Commissie niet vóór het ontwerp van eindbeschikking definitief beoordeeld of eventuele verklaringen van A op 23 augustus 2006 ontlastend konden zijn. In de definitieve beschikking [32] wordt in feite uitgebreid ingegaan op de verklaringen van A in de VS, voor zover zij betrekking hebben op de voorwaarden die verbonden zijn aan de aan Dell verleende kortingen door Intel. Daarin concludeert de Commissie in wezen dat A gedurende zijn getuigenissen zijn standpunt met betrekking tot de relevante vraag of de kortingen van Intel aan Dell voorwaardelijk waren, niet heeft gewijzigd. Voorts concludeert de Commissie dat geen van de verklaringen van A tijdens zijn getuigenissen in tegenspraak is met de vaststellingen van de Commissie betreffende het misbruik van Intel. In het licht hiervan is het niet aannemelijk om aan te nemen dat A tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006, die nog niet in het dossier van de Commissie stond, iets relevant aan de zaak zou hebben toegevoegd. Er zijn geen aanwijzingen dat A tussen maart 2003 en februari 2009 reden zou hebben gehad om zijn standpunt te wijzigen en de Commissie een andere versie van de feiten te verstrekken dan die welke aan de FTC en de Delaware Court zijn voorgelegd. Er is geen reden om aan te nemen dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met aanvullende feiten die relevant zijn voor het verweer van Intel en die haar tijdens die bijeenkomst zijn meegedeeld.

80. De Commissie handhaafde haar rechtspositie, zoals uiteengezet in de punten 22 tot en met 30 van haar opmerkingen aan de Ombudsman van 20 maart 2009, en weergegeven in de overwegingen 39 tot en met 49 van het besluit van 13 mei 2009, dat zij niet verplicht was het onderhoud met A vast te leggen of er nota van te nemen. Deze vraag is echter irrelevant voor de onderhavige zaak, aangezien Intel niet kan onderbouwen hoe de door A op 23 augustus 2006 aangevoerde feiten de bevindingen van de Commissie in het besluit zouden hebben weerlegd.

81. In zijn opmerkingen van 15 juni 2009 over het verdere advies van de Commissie van 10 juni 2009 heeft klager verklaard dat de Commissie grotendeels de argumenten heeft herhaald die zijn uiteengezet in haar eerdere opmerkingen van 20 maart 2009. De Commissie herhaalde met name dat zij over een uitsluitende discretionaire bevoegdheid beschikt om te beslissen: i) de vraag of bewijs ontlastend is en derhalve het voorwerp moet uitmaken van een gedetailleerd schriftelijk verslag; en (ii) wanneer het, indien ooit, dergelijke ontlastende bewijzen aan een beklagde zal bekendmaken. Volgens de Commissie kon het ontlastende karakter van de verklaringen die A tijdens het onderhoud van 23 augustus 2006 heeft afgelegd, „ *met zekerheid worden vastgesteld in het licht van de definitieve conclusies van de Commissie over de praktijken van Intel, zoals die in een definitieve beschikking zijn verwoord* ”, zodat „ *de Commissie niet vóór*



*het ontwerp van eindbeschikking definitief heeft beoordeeld of eventuele verklaringen die A op 23 augustus 2006 heeft afgelegd, van ontlastende aard kunnen zijn* ". Klager verklaart dat, zoals uitvoerig uiteengezet in zijn opmerkingen van 14 april 2009, het standpunt van de Commissie door de communautaire rechtbanken is verworpen. [33] De klager heeft opnieuw de ondubbelzinnige vaststelling van de communautaire rechterlijke instanties uiteengezet dat een verweerder „in de loop van de administratieve procedure ” gebruik moet kunnen maken van en een beroep moet kunnen doen op ontlastend materiaal om tegemoet te komen aan de bevindingen van de Commissie „in dat stadium ” en met het oog op „een zekere invloed op de beoordeling van de Commissie in de eindbeschikking ” rechtstreeks in tegenspraak is met het argument van de Commissie dat zij tot de eindbeschikking mogelijk ontlastend materiaal kan achterhouden. Klager herhaalde zijn argument dat het niet alleen aan de Commissie is om te beslissen welk bewijsmateriaal voor Intel in haar verweerschrift wordt gebruikt. Hij herhaalde zijn argument dat Intel, indien de Commissie een (juiste) nota van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 had gemaakt, zich in haar verweerschrift op deze nota had kunnen beroepen.

#### *Beoordeling van de Ombudsman*

82. Om te beginnen merkt de Ombudsman op dat de rol van de Commissie als hoedster van het Verdrag, en in het bijzonder haar rol om ervoor te zorgen dat de artikelen 81 EG en 82 EG worden nageleefd, vereist dat zij, zodra zij besluit een onderzoek in te stellen naar een vermoedelijke inbreuk op artikel 81 EG of artikel 82 EG, zich voldoende informeert over alle relevante feiten [34] Hoewel de Commissie over een redelijke beoordelingsmarge beschikt [35] met betrekking tot haar beoordeling van wat een relevant feit is, wanneer de Commissie de relevante feiten tracht te achterhalen, mag zij geen onderscheid maken tussen bewijzen die erop kunnen wijzen dat een onderneming inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG of artikel 82 EG (lastende bewijzen) en bewijsmateriaal waaruit kan blijken dat een onderneming geen inbreuk heeft gemaakt op artikel 81 EG of artikel 82 EG (ontlastend bewijs). Kortom, de Commissie moet onafhankelijk, objectief en onpartijdig blijven [36] bij het verzamelen van relevante informatie in het kader van de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden overeenkomstig de artikelen 81 EG en 82 EG.

83. De onderzoeksbevoegdheden van de Commissie met betrekking tot de artikelen 81 EG en 82 EG zijn vastgelegd in Verordening (EG) nr. 1/2003. [37] De inwerkingtreding, op 1 mei 2004, [38] van Verordening 1/2003 heeft geleid tot een uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie ten opzichte van die waarin de voorloper van Verordening 1/2003 voorziet, namelijk Verordening 17/62 [39] Wat het afleggen van verklaringen betreft, luidt overweging 25 van Verordening 1/2003 als volgt:

„De opsporing van inbreuken op de mededingingsregels wordt steeds moeilijker en om de mededinging doeltreffend te beschermen, moeten de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie worden aangevuld. De Commissie moet met name de bevoegdheid krijgen om personen die in het bezit kunnen zijn van nuttige informatie te ondervragen en de afgelegde verklaringen vast te leggen.”

84. Artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (bevoegdheid tot het afleggen van verklaringen)



vormt de rechtsgrondslag die de Commissie machtigt om gesprekken te voeren met het oog op het verzamelen van informatie over het voorwerp van een onderzoek. Artikel 19, lid 1, luidt als volgt:

*„ Om de haar bij deze verordening opgedragen taken uit te voeren, kan de Commissie elke natuurlijke of rechtspersoon die ermee instemt te worden ondervraagd, ondervragen met het oog op het verzamelen van informatie over het voorwerp van een onderzoek.”.*

85. In haar adviezen aan de Ombudsman [40] betoogt de Commissie dat zij niet verplicht is om „ notulen ” van vergaderingen met personen of ondernemingen op te stellen (cursivering van de Ombudsman). Zij voert aan dat, overeenkomstig haar eigen mededeling betreffende de toegang tot het dossier, indien zij, de Commissie, *ervoor kiest* om nota's van vergaderingen te maken, dergelijke documenten haar eigen interpretatie vormen van wat tijdens de vergaderingen is gezegd, om welke reden zij als interne documenten worden aangemerkt. [41] De Commissie verklaart dat zij in overeenstemming is met de arresten van het Gerecht van eerste aanleg in de zaken *TACA* [42] en *Group Danone* . [43] De Commissie betoogt met name dat de bijeenkomst van 23 augustus 2006 geen „ *verhoor* ” was in de zin van artikel 19 van verordening nr. 1/2003.

86. De Ombudsman merkt op dat de analyse bij het onderzoek van de kwalificatie van een rechtshandeling niet beperkt kan blijven tot de beoordeling van de officiële titel van een handeling, maar gebaseerd moet zijn op objectieve factoren die vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing. Deze factoren omvatten met name het doel en de inhoud van de handeling. [44] Aangezien de keuze van de vorm de aard van een handeling niet kan wijzigen, moet worden nagegaan of de inhoud van een handeling volledig in overeenstemming is met de door de betrokken instelling toegekende vorm. [45]

87. De Ombudsman is van mening dat een onderhoud [46] alleen binnen het toepassingsgebied van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 zal vallen indien het tot doel heeft informatie te verzamelen over het voorwerp van een onderzoek. Zo zijn bijvoorbeeld een vergadering die tot doel en inhoud heeft om te bepalen of reeds verzamelde informatie als vertrouwelijk zakengeheim moet worden aangemerkt, of een vergadering die de organisatie van een procedurele stap in het kader van het onderzoek als doel en inhoud heeft, geen „ *gesprekken* ” in de zin van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (hierna „ *artikel 19 gesprekken* ” genoemd). Voorts zal een vergadering die tot doel en inhoud heeft om een derde partij informatie te *verschaffen* over de standpunten van de Commissie, geen „ *artikel 19-interview* ” zijn. Voorts zal een vergadering die tot doel en inhoud heeft de verzameling van informatie die geen betrekking heeft op het „ *onderwerp van een onderzoek* ” (bijvoorbeeld het verzamelen van informatie die moet worden gebruikt bij de evaluatie van het mededingingsbeleid in het algemeen [47] ) geen „ *artikel 19-interview* ” zijn. [48]

88. De Ombudsman merkt ook op dat de Commissie over een redelijke beoordelingsmarge beschikt met betrekking tot het al dan niet voeren van een „ *artikel 19-verhoor* ”. [49] Wanneer de Commissie deze discretionaire bevoegdheid uitoefent en ervoor kiest een derde te verhoren met het oog op het verzamelen van informatie over het voorwerp van een onderzoek, mag de



indeling van het resulterende gesprek echter niet willekeurig zijn, maar veeleer gebaseerd zijn op het doel en de inhoud van het onderhoud.

89. De Ombudsman heeft het bewijsmateriaal in verband met de vergadering van 23 augustus 2006 zorgvuldig onderzocht en heeft het volgende opgemerkt:

A. De agenda van de vergadering van 23 augustus 2006 geeft aan dat de kwesties die tijdens die vergadering moeten worden besproken, verband hielden met het onderwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990. Als zodanig is het duidelijk dat de Commissie, door deze agenda vast te stellen, tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 tot doel had informatie te verzamelen.

B. In de nota van 29 augustus 2006 worden de indrukken samengevat van een van de procesbehandelaars die aanwezig zijn op de vergadering van 23 augustus 2006. Hoewel de nota een samenvatting is, bevat zij echter uitgebreide feitelijke informatie die door de heer A (een senior executive bij Dell) is verstrekt met betrekking tot ten minste een aantal van de kwesties die tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken. Uit een onderzoek van de nota van 29 augustus 2006 blijkt dat het doel en de inhoud van deze bijeenkomst rechtstreeks betrekking hadden op het verzamelen van informatie van Dell, die betrekking had op het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990. In de nota van 29 augustus 2006 wordt in tal van gevallen verwezen naar vragen die de Commissie aan A heeft gesteld en naar de antwoorden van A. Als zodanig is het duidelijk dat de Commissie, door vragen te stellen aan A, tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 tot doel had informatie te verzamelen. Deze antwoorden vormden informatie die rechtstreeks verband hield met het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990. De inhoud van de vergadering was dus informatie die rechtstreeks verband hield met het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990.

C. Uit een onderzoek naar de schriftelijke follow-up van Dell op de bijeenkomst van 23 augustus 2006 blijkt dat het doel en de inhoud van die bijeenkomst rechtstreeks betrekking hadden op het bij Dell verzamelen van informatie over het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990. Het antwoord van Dell is getiteld „*Ontmoeting met [de heer A] 23 augustus 2006 follow-up van mondelinge vragen die door de Europese Commissie zijn verhoogd*”. In haar antwoord geeft Dell antwoord op acht vragen van de Commissie. Zo blijkt uit de eerste alinea van het antwoord op de vierde vraag duidelijk dat de Commissie tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 A vragen heeft gesteld die rechtstreeks verband hielden met het voorwerp van het onderzoek, en dat A in diezelfde bijeenkomst van 23 augustus 2006 de Commissie in antwoord op die vragen informatie heeft verstrekt. Soortgelijke conclusies kunnen worden getrokken uit het onderzoek van de eerste alinea van het antwoord op de zesde vraag. Als zodanig is het duidelijk dat de Commissie, door vragen te stellen aan A, tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 tot doel had informatie te verzamelen. De inhoud van de vergadering was informatie die rechtstreeks verband hield met het onderwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990.

90. De Ombudsman concludeert derhalve dat de Commissie in de vergadering van 23 augustus 2006 informatie heeft ingewonnen van de heer A die rechtstreeks verband hield met het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990, dat de kwesties die daadwerkelijk tijdens



de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken, rechtstreeks verband hielden met het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990 en dat de heer A de Commissie concrete informatie heeft verstrekt die rechtstreeks verband hield met het voorwerp van het onderzoek in zaak COMP/37.990. In het licht van het bovenstaande concludeert de Ombudsman dat de vergadering van 23 augustus 2006 in het licht van het doel en de inhoud ervan als een „*artikel 19-interview*” had moeten worden aangemerkt. Na deze conclusie merkt de Ombudsman op dat de communautaire rechterlijke instanties nog niet de gelegenheid hebben gehad om artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 uit te leggen. Er zij aan herinnerd dat het Hof van Justitie het hoogste gezag heeft over de betekenis en de uitlegging van het gemeenschapsrecht. [50]

91. Verordening (EG) nr. 773/2004 bevat specifieke regels voor de inleiding van de procedure door de Commissie, de behandeling van klachten en het horen van de betrokken partijen. Artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 (bevoegdheid tot het afleggen van verklaringen) luidt als volgt:

*„ 1. Wanneer de Commissie een persoon met zijn toestemming overeenkomstig artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 ondervraagt, vermeldt zij aan het begin van het onderhoud de rechtsgrondslag en het doel van het onderhoud en herinnert zij aan het vrijwillige karakter ervan. Zij stelt de verhoorde persoon ook in kennis van zijn voornemen om een verslag van het onderhoud op te stellen.*

*2. Het onderhoud kan op alle mogelijke manieren worden gevoerd, ook per telefoon of langs elektronische weg.*

*3. De Commissie kan de verklaringen van de ondervraagde personen in welke vorm dan ook vastleggen. Een kopie van elke opname wordt ter goedkeuring ter beschikking gesteld van de geïnterviewde. Indien nodig stelt de Commissie een termijn vast waarbinnen de geïnterviewde haar alle in de verklaring aan te brengen correcties kan meedelen. ”.*

92. Artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 bevat dus een reeks verplichtingen waaraan de Commissie moet voldoen *wanneer* een vergadering wegens het doel en de inhoud ervan moet worden aangemerkt als een „*verhoor*” in de zin van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003. Deze interpretatie wordt bevestigd door het gebruik van het dwingende geval („*zal*”) met betrekking tot elk van deze verplichtingen. Er zij op gewezen dat artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 niet aldus moet worden uitgelegd dat het de voorwaarden bevat waaraan moet worden voldaan om een onderhoud als een „*artikel 19-gesprek*” te kunnen kwalificeren, maar veeleer een reeks verplichtingen bevat waaraan moet worden voldaan, *zodra* een onderhoud correct is aangemerkt als een „*artikel 19 onderhoud*”. Zoals blijkt uit punt 88 van het onderhavige arrest, moet, wanneer de Commissie een derde ondervraagt *met het oog op het verzamelen van informatie over het voorwerp van een onderzoek*, het onderhoud, gelet op het doel en de inhoud ervan, worden aangemerkt als een „*verhoor krachtens artikel 19*”. In feite betekent niet-naleving van een verplichting van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 niet dat een onderhoud geen „*artikel 19-gesprek*” is, maar dat de Commissie een verplichting met betrekking tot een „*artikel 19-verhoor*” niet is nagekomen.



93. De verplichtingen waaraan de Commissie moet voldoen, telkens wanneer een vergadering moet worden aangemerkt als een „*artikel 19 onderhoud*”, omvatten de verplichting om de rechtsgrondslag en het doel van het onderhoud te vermelden, en de verplichting om aan het begin van het onderhoud het vrijwillige karakter van het onderhoud in herinnering te brengen. Het omvat ook de verplichting voor de Commissie om de verhoorde persoon in kennis te stellen van haar voornemen om een verslag van het onderhoud te maken.

94. Artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 bepaalt dat de Commissie „*de verklaringen van de ondervraagden in welke vorm dan ook [ kan ] registreren*” (cursivering van mij). Artikel 3 van verordening (EG) nr. 773/2004 geeft de Commissie dus duidelijk een beoordelingsmarge met betrekking tot de wijze *waarop* zij een gesprek op grond van artikel 19 opneemt. [51] Artikel 3 van verordening 773/2004 bepaalt ook dat, zodra een opname is gemaakt, een kopie van een dergelijke opname ter beschikking moet worden gesteld van de persoon die ter goedkeuring is ondervraagd. De formulering van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 is echter niet noodzakelijkerwijs even duidelijk wat betreft de vraag of de Commissie wettelijk verplicht is een artikel 19- *gesprek op te nemen*. [52] *Samenvattend bepaalt artikel 3 van Verordening 773/2004 niet specifiek dat een „ artikel 19-gesprek moet worden geregistreerd”.* [53] *Bovendien bepaalt artikel 3, lid 3, van Verordening 773/2004 dat „[een] kopie van elke opname ter beschikking [wordt ] gesteld van de persoon die ter goedkeuring wordt verhoord.* ” (cursivering toegevoegd) Het gebruik van het woord „ *elke* ” in artikel 3, lid 3, van Verordening 773/2004 zou kunnen worden begrepen dat de Commissie juridisch gezien een beoordelingsvrijheid heeft met betrekking tot de vraag of *artikel 19 van Verordening 773/2004 wordt geregistreerd*.

95. Zelfs indien wordt aanvaard dat artikel 3 van verordening 773/2004 geen *wettelijke* verplichting oplegt om een „ *artikel 19-gesprek* ” te registreren [55] , maar de Commissie veeleer een beoordelingsmarge geeft met betrekking tot het al dan niet opnemen van een „ *artikel 19-ondervraging* ”, merkt de Ombudsman op dat de niet-naleving van de rechtsregels weliswaar een vorm van wanbeheer is, maar dat het begrip wanbeheer breder is dan het begrip wettigheid. In het bijzonder moet de overheid bij de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid altijd goede en legitieme redenen hebben om de ene handelwijze te kiezen in plaats van een andere.

96. Zoals in punt 82 hierboven is opgemerkt, vereist de rol van de Commissie bij het waarborgen van de eerbiediging van de artikelen 81 EG en 82 EG dat zij zich, zodra zij een onderzoek opent naar een vermoedelijke inbreuk op artikel 81 EG of artikel 82 EG, volledig in kennis stelt van alle relevante feiten. Zelfs indien zou worden aanvaard dat de Commissie over een zekere beoordelingsmarge beschikt met betrekking tot het opstellen van een „ *artikel 19-verhoor* ”, en *zelfs* indien wordt gesteld dat een onderhoud met een derde waarin informatie over het voorwerp van een onderzoek wordt verzameld, niet als een „ *artikel 19-verhoor* ” moet worden aangemerkt, is de Ombudsman van mening dat het de beoordelingsmarge van de Commissie zou overschrijden en daarmee een beginsel van behoorlijk bestuur zou schenden, indien de Commissie deze beoordelingsmarge zou gebruiken op een wijze die zou impliceren dat zij er niet voor zou zorgen dat alle „ *informatie betreffende het voorwerp van een onderzoek*” die haar in het kader van een onderzoek wordt verstrekt, in een of andere vorm wordt





geregistreerd, en dat het dossier vervolgens in het dossier wordt opgenomen.

97. Ook al *beschikt* de Commissie over een zekere beoordelingsmarge met betrekking tot het maken van een verslag van een onderhoud met een derde waarin informatie over het voorwerp van een onderzoek wordt verzameld [57] is het aannemelijk dat er bij wijze van uitzondering situaties kunnen zijn waarin beginselen van behoorlijk bestuur wellicht niet vereisen dat een behoorlijke gespreksnota wordt opgesteld.

98. Ten eerste, indien de aan de Commissie verstrekte informatie reeds in het dossier van de Commissie is opgenomen, omdat zij door de Commissie uit een andere bron is verkregen, is het wellicht niet nodig om, overeenkomstig de beginselen van behoorlijk bestuur, een behoorlijke gespreksnota op te stellen. (Indien dit het geval is, moet de Commissie in ieder geval een interne nota opstellen waarin wordt aangegeven dat de door de ondervraagde personen verstrekte informatie reeds in het dossier was opgenomen. [58]) Deze redenering geldt echter niet voor informatie die de Commissie *na het betrokken onderhoud kan verkrijgen*. De mogelijkheid van de Commissie om op een later tijdstip in haar onderzoek de precieze informatie te verzamelen die haar reeds in het (niet-opgenomen) interview is verstrekt, is noodzakelijkerwijs onzeker. Als zodanig zou het voor de Commissie geen goed bestuur vormen om, door het ontbreken van een behoorlijk verslag van een verhoor, in het dossier „*informatie betreffende het voorwerp van een onderzoek*” die haar is verstrekt, niet op te nemen. Indien de (niet-geregistreerde) informatie belastend bewijsmateriaal zou vormen, zou de Commissie het risico lopen om in haar uiteindelijke besluit gebruik te maken van dit belastende bewijs. Dit zou het vermogen van de Commissie om ervoor te zorgen dat de artikelen 81 EG en 82 EG worden nageleefd, beperken. Indien de (niet-geregistreerde) informatie ontlastend bewijsmateriaal zou vormen, zou de Commissie het risico lopen de rechten van verdediging van de onderzochte partij te schenden indien zij een beschikking zou geven waarin zij zou vaststellen dat de onderzochte partij artikel 81 EG of artikel 82 EG had geschonden. De Ombudsman is van mening dat, ongeacht of de hierboven geschetste risico's zich al dan niet voordoen [59], het voor de Commissie geen behoorlijk bestuur vormt om dergelijke risico's te lopen door geen deugdelijke gespreksnota op te stellen wanneer zij mondeling bewijsmateriaal verkrijgt dat nog niet in een of andere vorm in het dossier voorkomt.

99. Indien na analyse van de informatie die is verzameld bij de personen die worden gehoord, blijkt dat de verstrekte informatie in feite geen informatie over het voorwerp van een onderzoek is, zou het niet nodig zijn een uitgebreide gespreksnota op te stellen. [60] Indien dit echter het geval is, moet de Commissie ten minste een interne nota opstellen waarin wordt aangegeven dat de door de ondervraagde personen verstrekte informatie geen „*informatie betreffende het voorwerp van een onderzoek*” vormt.

100. Een factor waarmee de Commissie rekening moet houden bij de uitoefening van haar beoordelingsbevoegdheid met betrekking tot het al dan niet vastleggen van een onderhoud, is de identiteit van de persoon/personen die wordt/worden verhoord. De Ombudsman merkt op dat het belang van de vergadering van 23 augustus 2006 voor zaak COMP/37.990 wordt versterkt door het feit dat A **[een senior Dell executive]** was. [61] Hij was ook verantwoordelijk **voor de** relatie van Dell met Intel. Hij was dus rechtstreeks getuige van de



door hem beschreven omstandigheden. [62] Hij werd ook vergezeld door zijn hogere interne raadsman en door een senior externe raadsman. [63] Ten slotte wist A dat de Commissie documenten in haar bezit had met betrekking tot zijn getuigenis voor de FTC in 2003. Hij had dus de gelegenheid om na te denken over het antwoord dat hij zou geven, voor het geval de Commissie hem vragen over deze kwesties zou stellen. Uit al deze omstandigheden volgt dat de verklaringen van A moeten worden geacht opzettelijk en na rijpe bezinning te zijn afgelegd, waardoor zij bijzonder geloofwaardig zijn. Deze factoren zouden het belangrijker hebben gemaakt om dergelijke verklaringen op passende wijze vast te leggen. [64]

101. De Ombudsman is ook van mening dat een behoorlijk verslag van een onderhoud alle informatie met betrekking tot het onderwerp van het onderzoek die in het kader van een dergelijk onderhoud aan de Commissie is verstrekt, nauwkeurig moet beschrijven.

102. Om ervoor te zorgen dat dit het geval is voor een „*artikel 19 interviewnota*”, legt artikel 3.3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 een wettelijke verplichting op om een kopie van elke gemaakte opname ter beschikking te stellen van de persoon die ter goedkeuring is verhoord. Een „*artikel 19-gespreksnota*” wordt dus een „*artikel 19-verklaring*”, zodra deze door de ondervraagde persoon/personen is goedgekeurd. [65] Aangezien het doel van een onderhoud in artikel 19 is om informatie van derden te verzamelen, mag een „gespreksnota van *artikel 19*” alleen de in het onderhoud verstrekte informatie vastleggen. [66] Een naar behoren opgestelde interviewnota van artikel 19 mag bijvoorbeeld niet de beoordelingen en persoonlijke standpunten van de Commissie of haar diensten bevatten. De „*artikel 19-verklaring*” moet, wanneer deze is voltooid (dat wil zeggen, zodra het door de geïnterviewde is goedgekeurd of wanneer de termijn voor de goedkeuring ervan is verstreken), in het dossier worden opgenomen.

103. *Zelfs indien* wordt aanvaard dat een onderhoud met een derde waarbij informatie over het voorwerp van een onderzoek wordt verzameld, niet als een „*artikel 19-verhoor*” moet worden aangemerkt, is de Ombudsman van mening dat het een goede administratieve praktijk is om ervoor te zorgen dat nota's die informatie bevatten over het voorwerp van een onderzoek dat bij derden is verzameld, juist zijn. Dit is des te belangrijker in de context waarin de Commissie haar onderzoeksbevoegdheden uit hoofde van de artikelen 81 EG en 82 EG uitoefent en over uitgebreide sanctiebevoegdheden beschikt. Als de Commissie twijfels had over de juistheid van een notitie van een onderhoud waarin zij informatie over het voorwerp van een onderzoek had verkregen, zou zij in overeenstemming zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur om haar begrip van de feiten met de geïnterviewde te verifiëren.

104. Het is duidelijk dat indien de Commissie in de loop van een onderzoek informatie verzamelt over het voorwerp van een onderzoek, zij deze informatie aan het dossier moet toevoegen. Dit is het geval ongeacht of de informatie wordt weergegeven in een „*artikel 19 interviewverklaring*” of in een ander formaat.

105. De Ombudsman is van mening dat, indien er een overeengekomen agenda voor een dergelijk onderhoud bestaat, de agenda moet worden gehecht aan de „*verklaring van artikel 19*” of aan een andere relevante nota. Dit is het geval wanneer de agenda door de geïnterviewde



is opgesteld en aan de Commissie is toegezonden, of door de Commissie is opgesteld en aan de geïnterviewde is toegezonden. Indien de Commissie in het kader van een onderhoud andere documenten ontvangt van de partij die wordt verhoord, moet zij deze ook bij de desbetreffende nota voegen. Dergelijke documenten moeten ook in het dossier worden opgenomen.

106. Volgens de Commissie was het document Agenda [67] „*waarschijnlijk*” een persoonlijke nota van een zaakbehandelaar die voorafgaand aan de vergadering per e-mail aan Dell werd toegezonden of tijdens de vergadering aan Dell werd overhandigd. Ten eerste vindt de Ombudsman het verrassend dat de Commissie de bron van de agenda niet categorisch kan identificeren. Zelfs indien wordt aangenomen dat de Commissie de bron van de agenda is, staat vast dat de agenda vóór of tijdens de vergadering aan de vertegenwoordigers van Dell is overgedragen. Ten tweede is de Ombudsman het er niet mee eens dat een dergelijk document, dat in het kader van een administratieve procedure aan Dell is toegezonden, door de Commissie kan worden aangemerkt als een „*intern document*” van de Commissie, zodra het door de diensten van de Commissie aan een derde is overgedragen.

107. Volgens de Commissie „samenvat de nota van 29 augustus 2006” de indruk van een van de tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 aanwezige procesbehandelaars [68]. Deze nota bevat „*informatie uit andere bronnen, persoonlijke standpunten en de standpunten van de zaakbehandelaar over verdere onderzoeksstrategie*”. De nota is volgens de Commissie niet opgesteld om te worden medeondertekend of goedgekeurd door andere deelnemers aan de vergadering (en de nota is nooit medeondertekend of goedgekeurd door andere deelnemers van de vergadering). Volgens de Commissie was het niet de bedoeling om op enig moment deel uit te maken van de uit het onderzoek voortvloeiende feiten. Volgens de Commissie was de nota van 29 augustus 2006 veeleer een *memoire van* de zaakbehandelaar voor de voorbereiding van verdere onderzoeksmaatregelen. Als zodanig concludeert de Ombudsman dat de nota van 29 augustus 2006 niet kan worden aangemerkt als „*artikel 19-gespreksnota*”.

108. De Ombudsman is het dus met de Commissie eens dat, aangezien de nota van 29 augustus 2006 de eigen interpretatie van wat tijdens de vergaderingen is gezegd, de Commissie deze nota correct als „*intern document*” heeft aangemerkt.

109. De Ombudsman is van mening dat, aangezien de nota van 29 augustus 2006 slechts een samenvatting is en informatie uit andere bronnen bevat, evenals de standpunten van de procesbehandelaar die de nota heeft geschreven, deze nota, gezien de structuur en de specifieke inhoud ervan, niet later kon worden omgezet in overeengekomen notulen van de vergadering voor indiening, voor medeondertekening, aan de andere aanwezigen van de vergadering. De Ombudsman merkt op dat de Commissie dit standpunt deelt (zie punt 65 hierboven).

110. Volgens de Commissie zijn er in het dossier van de Commissie geen andere aantekeningen of bescheiden dan de nota van 29 augustus 2006.

111. In de punten 96 tot en met 98 hierboven merkte de Ombudsman op dat, zelfs indien wordt aangenomen dat artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 niet onder alle omstandigheden



een wettelijke verplichting schept om een „*artikel 19-verhoor*” vast te leggen [69] , en *zelfs indien* zou worden aanvaard dat een onderhoud met een derde waarbij informatie over het voorwerp van een onderzoek wordt verzameld, niet als een „*artikel 19-gesprek*” moet worden aangemerkt, de beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dat de Commissie ervoor zorgt dat alle „*informatie betreffende het voorwerp van een onderzoek*” die de Commissie in het kader van een onderzoek heeft verzameld, in zekere vorm en vervolgens in het dossier wordt opgenomen. Hij merkte ook op dat het, behoudens bepaalde uitzonderingen, op zijn minst aannemelijk is dat de beginselen van behoorlijk bestuur niet noodzakelijkerwijs vereisen dat de aan de Commissie verstrekte informatie altijd wordt geregistreerd wanneer die informatie reeds in het dossier van de Commissie is opgenomen. [70]

112. De Ombudsman merkt in dit verband op dat uit de antwoorden van Dell, zoals uiteengezet in de nota van 29 augustus 2006, [71] kan worden geconcludeerd dat niet alle informatie die Dell tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 heeft verstrekt, reeds vóór 23 augustus 2006 in het dossier van de Commissie was opgenomen [72] Uit een onderzoek van de nota van 29 augustus 2006 blijkt bijvoorbeeld dat A tijdens die bijeenkomst de Commissie heeft geactualiseerd wat het beleid van Dell betreft, door haar informatie te verstrekken over **[2005, 2006 en 2007]** .

113. Bovendien bevestigt een onderzoek van Dells schriftelijke follow-up van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 dat feiten die zich *na* de getuigenis van A van de FTC van maart 2003 hebben voorgedaan, ook tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 zijn besproken. De schriftelijke follow-up bestaat uit 1) het inzicht van Dell in de vragen die de Commissie in de loop van de vergadering van 23 augustus 2006 [73] heeft gesteld en 2) het antwoord van Dell op deze vragen. De meeste vragen van de Commissie, die zijn uiteengezet in de schriftelijke follow-up van Dell, verwijzen naar de getuigenis van A. A. Uit de schriftelijke follow-up van Dell blijkt dat de Commissie in de vergadering van 23 augustus 2006 ook om aanvullende en geactualiseerde informatie heeft verzocht (die door Dell in de schriftelijke follow-up van de vergadering zou worden verstrekt). Vraag 1 verwijst bijvoorbeeld naar een verzoek van de Commissie aan de heer A „*te bevestigen*” wanneer een geïdentificeerde softwareontwikkelaar een bepaald project startte. Uit deze formulering blijkt duidelijk dat de Commissie de heer A „*bevestigde*” informatie die op de vergadering van 23 augustus 2006 *al* , althans in detail, was verstrekt. Uit een onderzoek van de follow-up van Dell blijkt ook dat de „*bevestigde*” informatie betrekking heeft op gebeurtenissen die zich pas in **2005** hebben voorgedaan. Hoewel de kwesties die tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 zijn besproken, gebaseerd kunnen zijn op de getuigenissen van de FTC, moet de reikwijdte ervan verder zijn gegaan dan wat A in zijn getuigenis van de FTC heeft verstrekt. Er zijn tal van andere voorbeelden in de schriftelijke follow-up van Dell, waaruit vergelijkbare conclusies kunnen worden getrokken. In dit verband concludeert de Ombudsman uit de follow-up van Dell voorlopig dat niet alle door Dell tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 verstrekte informatie vóór die datum reeds in het dossier van de Commissie was opgenomen. [74]

114. Zo heeft de Commissie tijdens de bijeenkomst van 23 augustus 2006 informatie verzameld over het voorwerp van haar onderzoek, waarvan sommige op dat moment niet in het dossier waren opgenomen (zie punten 111 en 113 hierboven). De Commissie heeft van die



*vergadering* geen goede nota gemaakt, noch als „*artikel 19-onderzoekingsnota*” noch anderszins. De agenda van de vergadering is *niet* in het dossier opgenomen. In dit verband concludeert de Ombudsman dat de Commissie, door ervoor te kiezen geen passende nota van de vergadering van 23 augustus 2006 op te stellen, zich schuldig heeft gemaakt aan wanbeheer.

115. Er zij aan herinnerd dat de Commissie in haar adviezen aan de Ombudsman [75] heeft betoogd dat zij niet verplicht is om „*notulen*” van vergaderingen met personen of ondernemingen op te stellen en dat, indien zij ervoor *kiest* om nota's van dergelijke vergaderingen te maken, dergelijke documenten haar eigen interpretatie vormen van wat er tijdens de vergaderingen is gezegd. Om deze reden zijn ze geclassificeerd als interne documenten. De Commissie verklaart dat haar standpunt in overeenstemming is met de arresten van het Gerecht van eerste aanleg in de zaken *TACA* [76] en *groep Danone* . [77]

116. De Ombudsman merkt op dat verzoekers zowel in *TACA* als *groep Danone* hebben verzocht om *nietigverklaring* van de besluiten van de Commissie op grond dat hun rechten van verdediging waren geschonden doordat de Commissie een wezenlijk vormvoorschrift niet in acht heeft genomen, namelijk het recht van verzoekers op toegang tot het dossier. [78] Om de relevantie van bovengenoemde rechtspraak ten volle te kunnen beoordelen, moet in het onderhavige onderzoek van de Ombudsman worden benadrukt dat niet elke procedurele onregelmatigheid volstaat om een besluit van de Commissie aan te tasten. Het is een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht dat een verzoeker die om nietigverklaring van een administratief besluit op grond van een procedurele onregelmatigheid verzoekt, ten minste de mogelijkheid moet aantonen dat de uitkomst van de administratieve procedure anders zou zijn geweest, maar wegens de verweten procedurele onregelmatigheid [79] Een onregelmatigheid kan, met name wat de rechten van de verdediging betreft, slechts tot nietigverklaring van een besluit leiden indien zij daadwerkelijk afbreuk kan doen aan de rechten van de verdediging van de verzoeker, [80] Zelfs indien bijvoorbeeld een onderzochte partij niet in de gelegenheid is gesteld om zich uit te spreken over bepaalde belastende bewijzen, leidt dit gebrek alleen tot nietigverklaring van het besluit dienaangaande, indien de betrokken beweringen niet rechtens genoegzaam kunnen worden gestaafd op basis van andere elementen in het besluit waarover de betrokkene opmerkingen heeft kunnen maken. [81] De Ombudsman merkt op dat de aangehaalde rechtspraak moet worden opgevat als een verwijzing naar de procedurele vereisten die, indien inbreuk wordt gemaakt, tot *nietigverklaring* van het besluit leiden. Het is duidelijk dat niet elk verzuim om documenten openbaar te maken leidt tot de nietigverklaring van het betrokken besluit van de Commissie of een deel ervan. [82] De Ombudsman merkt echter op dat *elke vorm* van onregelmatigheid een geval van wanbeheer kan vormen, ook al vormt die procedurele onregelmatigheid uiteindelijk in een bepaald geval geen grond voor de nietigverklaring van een besluit. Als zodanig wordt de vaststelling in punt 114 van het onderhavige arrest geenszins in twijfel getrokken door de rechtspraak *TACA* en *Groupe Danone* .

117. Klager stelt dat het verzuim van de Commissie om de inhoud van de bijeenkomst naar behoren te noteren, inbreuk maakt op zijn grondrechten, namelijk zijn rechten van verdediging. Hoewel het mandaat van de Ombudsman is om *elk* geval van wanbeheer [83] te identificeren,



moet in dit stadium worden opgemerkt dat de ernst van een bepaald geval van wanbeheer inderdaad zal worden verergerd als het geval van wanbeheer een schending van een grondrecht, zoals de rechten van de verdediging, omvat. Deze rechten zijn niet alleen fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht, maar zijn ook verankerd in artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens.

118. De Ombudsman merkt op dat verzoekers in *TACA* betoogden dat hun rechten van verdediging waren geschonden omdat de Commissie geen notulen van besprekingen of telefoongesprekken had opgenomen die zij met een relevante derde in het dossier had opgenomen. In het arrest *TACA* heeft het Gerecht verklaard dat:

*„[...] het recht op toegang tot het dossier in mededingingszaken heeft tot doel de adressaten van de mededelingen van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie. De Commissie heeft daarentegen geen algemene verplichting om in het kader van de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag notulen op te stellen van besprekingen in vergaderingen of telefoongesprekken met klagers.*

De Ombudsman begrijpt uit het bovenstaande dat het recht op toegang tot het dossier en bij uitbreiding van de rechten van de verdediging niet *automatisch* zal worden geschonden indien de Commissie geen notulen opstelt van vergaderingen of telefoongesprekken die hebben plaatsgevonden in de loop van de toepassing van de mededingingsregels van het Verdrag. Inbreuken op het recht op toegang tot het dossier en, bij uitbreiding, van de rechten van de verdediging, door het niet opstellen van notulen van vergaderingen of telefoongesprekken, moeten worden onderzocht aan de hand van de *specifieke omstandigheden* van elk afzonderlijk geval.

119. De rechten van verdediging van een onderzochte partij zullen zeker worden geschonden indien de Commissie geen notulen van vergaderingen of telefoongesprekken opstelt en zich vervolgens in haar besluit baseert op belastende bewijzen die mondeling tijdens dergelijke bijeenkomsten of telefoongesprekken zijn verstrekt. [85]

120. Hieruit volgt dat de rechten van verdediging van een onderzochte partij niet worden geschonden wanneer de Commissie geen notulen van vergaderingen of telefoongesprekken opstelt waarin geen *informatie* aan de Commissie wordt verstrekt. Dit kan het geval zijn wanneer de vergaderingen of telefoongesprekken tot doel hebben zuiver procedurele kwesties te bespreken. [86]

121. Hieruit volgt ook dat, zelfs indien de Commissie in het kader van een vergadering of telefoongesprek belastend bewijsmateriaal verkrijgt en nalaat een verslag van een dergelijke bijeenkomst of telefoongesprek op te stellen en in het dossier op te nemen, zij geen inbreuk maakt op de rechten van verdediging van de onderzochte partij, mits zij in haar eventuele besluit geen gebruik maakt van dat belastende bewijs. [87]

122. Hieruit volgt ook dat indien de Commissie in het kader van een vergadering of telefonische





oproep belastend bewijsmateriaal verkrijgt dat *reeds* in het dossier is opgenomen (bijvoorbeeld omdat het reeds uit dezelfde of een andere bron is verkregen), de Commissie de rechten van verdediging van de onderzochte partij niet zal schenden indien zij nalaat een verslag van een dergelijke bijeenkomst of telefoonoproep op te stellen en in het dossier op te nemen. Dit zal het geval zijn, ook al baseert de Commissie zich in haar uiteindelijke beschikking op de belastende bewijzen.

123. Het kan ook zo zijn dat de Commissie nalaat een verslag op te maken van belastende bewijzen die tijdens een vergadering of telefoongesprek zijn verkregen, maar *vervolgens* dezelfde belastende bewijzen (uit dezelfde of een andere bron) verkrijgt en dat (later verkregen) belastende bewijzen in het dossier omvat. De Commissie zal de rechten van verdediging van de onderzochte partij niet schenden, ook al baseert zij zich in een mededeling van punten van bezwaar en in haar eventuele beschikking op het (later verkregen) belastende bewijs. [88]

124. Wat *ontlastende* bewijzen betreft, kan een verzoeker niet met succes aanvoeren dat haar rechten van verdediging zijn geschonden, wanneer zij zich in het algemeen beperkt tot de mogelijkheid dat dergelijke ontlastende bewijzen door derden aan de Commissie zijn verstrekt. Dit houdt in dat een partij die stelt dat ontlastende bewijzen in rechte zijn ontlastend, ten minste in haar memories voor het Gerecht specifieke argumenten moet aanvoeren met betrekking tot het bestaan van de ontlastende bewijzen en specifieke argumenten dat de ontlastende bewijzen aan de Commissie zijn overgelegd (maar niet in het dossier van de Commissie zijn opgenomen).

125. De Ombudsman merkt ook op dat, zelfs indien er specifieke argumenten worden aangevoerd met betrekking tot het bestaan van ontlastend bewijsmateriaal en er specifieke argumenten worden aangevoerd dat het ontlastende bewijsmateriaal aan de Commissie is verstrekt tijdens een (niet-opgenomen) vergadering of telefoongesprek, de rechten van verdediging van de onderzochte partij niet zijn geschonden, indien dat ontlastende bewijs reeds in het dossier was opgenomen, toen een vergadering of telefoon plaatsvond. Voorts worden de rechten van verdediging van de onderzochte partij niet geschonden indien het betrokken ontlastende bewijsmateriaal vervolgens uit een andere bron wordt verkregen en vervolgens aan het dossier wordt toegevoegd.

126. De Ombudsman herinnert eraan dat de bewering van klager is dat a) de Commissie geen notulen heeft gemaakt van de vergadering met Dell-vertegenwoordigers op 23 augustus 2006, ondanks het feit dat de vergadering rechtstreeks betrekking had op het onderwerp van haar onderzoek naar Intel, en dat de Commissie bijgevolg geen verslag heeft gemaakt van mogelijk ontlastend bewijsmateriaal (cursivering van mij).

127. De Ombudsman heeft het bewijsmateriaal dat hem in het kader van dit onderzoek ter beschikking is gesteld, zorgvuldig onderzocht. Na bestudering van de agenda, de nota van 29 augustus 2006 en de schriftelijke follow-up van Dell op de vergadering van 23 augustus 2006, concludeert de Ombudsman dat niet kan worden uitgesloten dat de vergadering van 23 augustus 2006 ten minste gedeeltelijk betrekking had op [bewijs] [90 ] [91] dat Intel mogelijk ontlastend zou kunnen zijn.



128. De Ombudsman merkt op dat de Commissie Intel op 19 december 2008 toegang heeft verleend tot een bewerkte versie van de nota van 29 augustus 2006 en Intel heeft verzocht daarover opmerkingen te maken.

129. De Ombudsman merkt op dat de nota van 29 augustus 2006 slechts een samenvatting geeft van de indrukken van een van de procesbehandelaars die aanwezig zijn op de vergadering van 23 augustus 2006. Afgezien van de schriftelijke follow-up van Dell heeft de Commissie de Ombudsman meegedeeld dat er geen andere documenten in het dossier betreffende de vergadering van 23 augustus 2006 zijn opgenomen. De Ombudsman heeft geen ander document in het dossier gezien en is daarvan niet op de hoogte, dat nadere informatie zou verschaffen over de precieze inhoud van de vergadering van 23 augustus 2006. [92]

130. De Ombudsman heeft reeds aangegeven dat uit een zorgvuldige analyse van de schriftelijke follow-up van Dell op de vergadering van 23 augustus 2006 blijkt dat er inderdaad kwesties zijn besproken die tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken en die niet zijn uiteengezet in de nota van 29 augustus 2006, althans op het detailniveau waarvan de schriftelijke follow-up van Dell aangeeft dat zij tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken [93] . Na een zorgvuldig onderzoek van de documenten die hem ter beschikking zijn gesteld, merkt de Ombudsman met name op dat de Commissie in het kader van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 een vraag heeft gesteld met betrekking tot een bespreking van Exhibit 12 van de FTC-verklaring van A. [94] Exhibit 12 is een e-mail van de heer G. [ 95] .

131. Zeker, deze informatie die niet in de nota van 29 augustus 2006 was opgenomen (althans in detail), maar waarvan in de schriftelijke follow-up van Dell wordt verwezen als zijnde besproken in voornoemde vergadering van 23 augustus 2006, *is* informatie die in het dossier is opgenomen (het staat in de schriftelijke follow-up van Dell). De Ombudsman merkt echter op dat hij niet kan bevestigen of de heer A tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 verdere relevante kwesties heeft besproken. De Ombudsman wil benadrukken dat hij dit niet kan doen juist omdat er geen uitputtend verslag is van de vergadering van 23 augustus 2006 . [96]

132. De Ombudsman is het met klager eens dat als de Commissie een verslag of een afschrift van de vergadering van 23 augustus 2006 had gemaakt, er geen onzekerheid zou zijn geweest over wat de heer A tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 heeft gezegd en bijgevolg geen debat zou hebben over de vraag of de verklaringen van de heer A relevant zouden zijn voor de beweringen van de Commissie en/of Intel zouden ontlasten. De Ombudsman herinnert er ook aan dat de communautaire rechterlijke instanties hebben verklaard dat „ *in het kader van een procedure op tegenspraak die is ingesteld bij de verordeningen voor de toepassing van de artikelen 81 EG en 82 EG, het niet aan de Commissie alleen kan zijn om te beslissen welke documenten voor de verdediging van ondernemingen in procedures die inbreuk maken op de mededingingsregels worden gebruikt* ” [97] .

133. De Ombudsman is echter van mening dat de vaststelling dat de rechten van de verdediging in een bepaalde mededingingszaak zijn geschonden, een zorgvuldige analyse van het gehele dossier vereist, in combinatie met een zorgvuldige analyse van de mededeling(en)



van punten van bezwaar en, uiteindelijk, van het besluit. [98] Een dergelijke herziening van het dossier zou *onder* meer tot doel hebben om elders in het dossier informatie vast te stellen die de precieze inhoud van de bijeenkomst van 23 augustus 2006 zou verduidelijken. In het onderhavige onderzoek heeft de Ombudsman het volledige dossier of de verklaringen van bezwaar niet onderzocht. [99] In het kader van dit onderzoek kan hij dus niet uitsluiten dat er andere documenten in het dossier van de Commissie kunnen bestaan die relevant zouden zijn voor de analyse.

134. Zoals de Ombudsman in punt 115 hierboven heeft opgemerkt, kan *elke* procedurele onregelmatigheid een geval van wanbeheer vormen, zelfs indien deze procedurele onregelmatigheid in het kader van dit onderzoek geen schending van de rechten van de verdediging zou opleveren. De Ombudsman concludeerde hierboven dat de Commissie geen goede nota heeft gemaakt van de vergadering van 23 augustus 2006. Als zodanig, en zonder enige conclusie te trekken met betrekking tot een mogelijke schending van de rechten van de verdediging van Intel door de Commissie, [100] concludeert de Ombudsman dat de Commissie een geval van wanbeheer heeft begaan door niet naar behoren nota te nemen van de vergadering van 23 augustus 2006.

135. In artikel 3, lid 5, van het Statuut van de Ombudsman *wordt bepaald dat „de Ombudsman, voor zover mogelijk, met de betrokken instelling of het betrokken orgaan een oplossing zoekt om het geval van wanbeheer uit te bannen en aan de klacht te voldoen.”* In zijn brief die het onderhavige onderzoek inleidt, heeft de Ombudsman de Commissie gevraagd of het nog mogelijk was, op basis van de nota's van de tijdens de vergadering aanwezige ambtenaren van de Commissie, Dell te verzoeken de notulen van de vergadering van 23 augustus 2006 te ondertekenen. In haar vervolgadvisie heeft de Commissie geantwoord dat de nota van 29 augustus 2006, die het enige document is waarin wordt uiteengezet wat tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 is besproken, „de indruk *weergeeft van een van de op de vergadering aanwezige procesbehandelaars*” (cursivering van mij). Zij wijst er vervolgens op dat de nota niet is opgesteld met het oog op medeondertekening of instemming van andere deelnemers aan de vergadering. Het was niet de bedoeling om op enig moment deel uit te maken van de feiten die uit het onderzoek voortvloeiden. De nota van 29 augustus 2006 was veeleer *een memoire* voor de zaakbehandelaar. Voorts merkt de Ombudsman op dat de Commissie nu bij besluit van 13 mei 2009 haar onderzoek naar zaak COMP/37.990 heeft afgesloten. Als zodanig kan het deze tekortkomingen nu niet verhelpen. In dit verband is de Ombudsman van mening dat in de onderhavige zaak geen minnelijke schikking mogelijk is. De Ombudsman zal daarom zijn onderzoek afsluiten door hieronder een kritische opmerking te maken.

**B. De bewering en daarmee verband houdende bewering dat de Commissie Dell en AMD heeft aangemoedigd een regeling inzake informatie-uitwisseling aan te gaan die tot gevolg had dat AMD de regels kon omzeilen die het recht van AMD op toegang tot het onderzoeksdossier van de Commissie beperken,**



## Achtergrond

136. AMD was klager in zaak COMP/37.990. Een klager in een onderzoek door de Commissie met het oog op de toepassing van artikel 81 EG of artikel 82 EG heeft tijdens het onderzoek geen recht op toegang tot het dossier. Klager heeft alleen toegang tot een bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar (d.w.z. een versie van de mededeling van punten van bezwaar waaruit „vertrouwelijke informatie”, zoals bedrijfsgeheimen, is verwijderd), om hem, dat wil zeggen de klager, in staat te stellen zijn standpunt kenbaar te maken aan de Commissie. [101]

137. In de loop van haar onderzoek heeft de Commissie verschillende documenten van Dell verkregen. Informatie uit sommige van deze documenten is door de Commissie gebruikt in de mededeling van punten van bezwaar die op 26 juli 2007 aan Intel is toegezonden. Intel en de Commissie zijn onmiddellijk begonnen met het bepalen van de precieze inhoud van de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar die aan AMD zou worden toegezonden. Intel voerde aan dat bepaalde van Dell verkregen en in de mededeling van punten van bezwaar gebruikte informatie moest worden aangemerkt als vertrouwelijke bedrijfsgeheimen van Intel. Intel verzette zich dus tegen de opname van dergelijke informatie in de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar.

138. Op 10 december 2007 heeft de raadadviseur-auditeur zijn definitieve beslissing genomen over de aanvaardbaarheid van de door Intel voorgestelde redacties. Op basis van dit besluit werd de definitieve niet-vertrouwelijke, bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar opgesteld en vervolgens op of rond 21 december 2007 aan AMD toegezonden.

## Aan de Ombudsman voorgelegde argumenten [102]

139. Klager beweert dat de Commissie de toepasselijke regels betreffende de toegang tot het dossier heeft omzeild door Dell en AMD te helpen en/of aan te moedigen een „overeenkomst inzake bestandstoegang” te sluiten. Volgens de klager was de **[overeenkomst]** illegaal en gaf AMD toegang tot „vertrouwelijke dossierdocumenten” die Dell tijdens het onderzoek van de Commissie aan de Commissie had verstrekt. Klager beweert dat de Commissie op zijn minst de AMD/Dell **[overeenkomst]** heeft „getolereerd” door AMD toe te staan deze documenten te gebruiken tijdens een hoorzitting na de publicatie van de mededeling van punten van bezwaar aan Intel. [103]

140. De klager voerde aan dat, maar voor de tussenkomst van de Commissie bij het identificeren van de uittreksels van de mededeling van punten van bezwaar dat zij Dell wenste mee te delen aan AMD, en de **[overeenkomst]** die zij heeft aangemoedigd, AMD nooit toegang zou hebben verkregen tot bepaald belangrijk materiaal dat zij tijdens de mondelinge hoorzitting heeft gebruikt. Volgens klager heeft **[het]** gebruik van dit materiaal duidelijk inbreuk gemaakt op de rechten van de verdediging van Intel.

141. Als bewijs ter staving van zijn bewering verwees klager naar een brief van Dell's externe raadsman aan de Ombudsman van 18 september 2008, waarin de raadsman van Dell verklaart



dat:

*„[ Dell ] heeft begrepen dat de Commissie in de mededeling van punten van bezwaar gebruik heeft gemaakt van een aantal citaten uit aan de Commissie overgelegde documenten [...] Dell werd door de Commissie gevraagd en gaf toestemming voor het gebruik van dergelijke citaten — waarvan sommige vertrouwelijke bedrijfsgeheimen bevatten — ten opzichte van Intel op basis van een niet-openbaarmakingsovereenkomst met Intel. Dell heeft de Commissie ook een niet-vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versie van die citaten voor AMD en andere derden verstrekt...[Om een langdurig debat over vertrouwelijkheidsclaims te voorkomen, heeft de Commissie Dell voorgesteld een overeenkomst tot niet-openbaarmaking te sluiten met de adviseurs en economen van AMD voor het delen van Dell-documenten die in de [Bezwaarschriften] worden gebruikt ”.*

142. Volgens de klager moedigde de Commissie Dell derhalve aan om uittreksels uit de mededeling van punten van bezwaar aan AMD te verstrekken, in strijd met artikel 8, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 en artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur. Volgens klager ondermijnt dit wangedrag de bewering van de Commissie dat Dell op eigen initiatief heeft gehandeld. Dit was des te ernstiger omdat de Commissie wist dat op het moment dat zij Dell aanmoedigde dit materiaal ter beschikking van AMD te stellen, de vertrouwelijkheidsclaims van Intel nog werden onderzocht.

143. Klager heeft de Ombudsman ook een e-mail gestuurd van Dell's externe raadsman (de heer C) van 3 september 2007, waarin de heer C een collega meedeelt dat een ambtenaar van de Commissie (de heer D) de heer C heeft gebeld om te vragen of Dell *zou overwegen gebruik te maken van een [overeenkomst inzake informatie -uitwisseling ] met AMD die vergelijkbaar is met [dell] die met Intel is gecontracteerd voor de [mededeling van punten van bezwaar] ”*. [104]

144. Klager heeft de Ombudsman ook een brief van Dell's externe raadsman aan de Commissie van 14 augustus 2007 verstrekt. Volgens de klager bevestigt de brief dat de Commissie Dell al op 9 augustus 2007 een lijst van citaten uit de vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt. In die brief legde de raadsman van Dell aan de Commissie uit dat de informatie waarvoor Dell om vertrouwelijkheid verzocht, *onder meer betrekking heeft op de „ vertrouwelijke zakelijke transacties en onderhandelingen met Intel”*. Met andere woorden, volgens de klager had de informatie waarvoor Dell om vertrouwelijke behandeling verzocht niet alleen betrekking op Dell, maar op vertrouwelijke transacties en onderhandelingen tussen Dell en Intel. Dit weerspiegelde een bewering die Intel ook maakte in zijn besprekingen over de redactie van de mededeling van punten van bezwaar met zowel het caseteam als de raadadviseur-auditeur. Volgens de klager bleek uit deze brief dat de Commissie reeds door Dell was geïnformeerd dat de geselecteerde offertes niet alleen bedrijfsgeheimen van Dell bevatten, maar ook bedrijfsgeheimen van Intel en/of andere vertrouwelijke informatie (waarvan de openbaarmaking aan AMD niet kon toestaan) toen de Commissie op 3 september 2007 voorstelde dat Dell **[de overeenkomst]** met AMD zou sluiten.

145. Klager heeft de Ombudsman ook een interne e-mail van de heer C (een externe raadsman van Dell) van 23 augustus 2007 verstrekt. De e-mail heeft betrekking op een telefoongesprek



tussen C en een ambtenaar van de Commissie (de heer D) waarin C uiteenzette dat „de meeste citaten afkomstig waren van vertrouwelijke onderhandelingen met Intel of [Dell's] eigen beoordeling van de interne leveringsstrategie.” Volgens klager bevestigt deze e-mail de conclusie dat de Commissie op het moment dat de Commissie voorstelde dat Dell **[de overeenkomst]** met AMD zou sluiten en haar geselecteerde citaten uit de vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar zou verstrekken, wist dat de informatie die op grond van een dergelijke overeenkomst aan AMD moest worden verstrekt, ook Intel-bedrijfsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie zou bevatten.

146. Klager heeft ook e-mails van de heer C en D van 25 en 26 september 2007 aan de Ombudsman verstrekt. Volgens de klager bevestigt deze e-mailuitwisseling dat de Commissie Dell heeft aangemoedigd de **[overeenkomst]** met AMD aan te gaan en haar vertrouwelijk materiaal uit de mededeling van punten van bezwaar te verstrekken. In een e-mail van 26 september 2007 bedankte D de heer C voor *uw constructieve hulp op dit gebied*. Volgens klager stelt de dankbetuiging van de heer D voor de „constructieve hulp” van Dell buiten kijf dat de Commissie verheugd was over het feit dat Dell bereid was **[de overeenkomst]** met AMD aan te gaan, en dat de Commissie de overeenkomst had bevorderd en aangemoedigd.

147. Volgens de klager heeft de Commissie Intel op 16 oktober 2007 een tegenvoorstel voor een redactionele versie van de mededeling van punten van bezwaar toegezonden. In dezelfde brief legde de Commissie Intel uit dat „sommige OEM's hebben besloten” om AMD vertrouwelijke informatie te verstrekken die „in de mededeling van punten van bezwaar kan worden vermeld en kan worden verwerkt in de versie van de mededeling van punten van bezwaar die de Commissie aan AMD zal verstrekken”. De klager verklaarde dat de Commissie, hoewel zij reeds een kopie van de AMD/Dell -overeenkomst had ontvangen, Intel ervan in kennis stelde dat „indien de Commissie van een dergelijke uitwisseling van informatie in kennis zou worden gesteld, zij de betrokken informatie niet langer als vertrouwelijk zal beschouwen ten aanzien van AMD.” Intel heeft vervolgens een e-mail gestuurd aan de Commissie en contact opgenomen met de raadadviseur-auditeur over de brief van de Commissie van 16 oktober 2007 en de gevolgen daarvan voor de vertrouwelijkheidsbepalingen voor het onderzoek. [105]

148. Volgens klager ontkende het onderzoeksteam echter, toen de raadadviseur-auditeur het zaakteam ondervroeg over het bestaan van dergelijke overeenkomsten, dat een dergelijke overeenkomst aan hem was meegedeeld. Dit was volgens klager een flagrante miskenning van de eerdere correspondentie van D met Dell. De raadadviseur-auditeur meldde Intel op 18 oktober 2007, bijna een maand na de indiening van het definitieve ontwerp door Dell aan D, dat geen dergelijke **[overeenkomsten]** „in welke vorm dan ook aan het caseteam waren meegedeeld, zoals aan mij is bevestigd.” Volgens de klager weigerde de raadadviseur-auditeur daarom verder onderzoek te doen, waarbij de beweringen van Intel als „zuiver hypothetisch” werden afgewezen en verklaard dat verder onderzoek gerechtvaardigd zou kunnen zijn indien een dergelijke overeenkomst ooit zou worden uitgevoerd. Klager verklaarde dat de raadadviseur-auditeur Intel hoe dan ook voorstelde dat bilaterale overeenkomsten tussen particuliere partijen om bepaalde informatie uit te wisselen buiten het toepassingsgebied van de administratieve procedure kunnen vallen. [106]





149. Als bewijs verklaarde klager ook dat de externe raadsman van AMD tijdens de mondelinge hoorzitting op 12 maart 2008 het volgende heeft verklaard:

„ **[Redacted]** ”

150. Volgens de klager heeft het Hof van Justitie de opdracht *gegeven dat „een derde die een klacht heeft ingediend, in geen geval toegang kan krijgen tot documenten die zakengeheimen bevatten”*. [107] *Volgens de klager is het onbetwistbaar dat AMD vertrouwelijke documenten van Dell mocht gebruiken tijdens de mondelinge hoorzitting* **[redacted]** .

151. De klager voerde aan dat de Commissie niet een dergelijke „ *versoepelde benadering* ” heeft gevolgd ten aanzien van andere regelingen van derden, wanneer zij van mening was dat zij haar belangen geschikt achtte om dit niet te doen. De Commissie heeft veeleer nauwlettend toezicht gehouden op de overeenkomsten inzake bestandstoegang tussen Intel en OEM's. [108]

152. Evenzo heeft de Commissie bezwaar gemaakt tegen het feit dat Intel een kopie van de mededeling van punten van bezwaar aan de FTC heeft verstrekt in antwoord op informele en formele verzoeken van de FTC om een kopie van de mededeling van punten van bezwaar. In beide gevallen heeft de Commissie haar bevoegdheden als bewaarder van het dossier en als hoedster van de vertrouwelijkheid van het dossier uitgeoefend, in tegenstelling tot het standpunt dat zij met betrekking tot de AMD/Dell **[overeenkomst]** heeft ingenomen.

153. De klager voerde aan dat het verzuim van de Commissie om de vertrouwelijkheid van haar dossier te beschermen en de in artikel 287 EG, Verordening 1/2003 en Verordening (EG) nr. 773/2004 vastgestelde regels inzake toegang tot dossiers te handhaven, een ernstige en opzettelijke schending vormt van de verplichting van de Commissie om het EG-Verdrag te handhaven. Volgens klager vormt deze schending van de verplichtingen van het Verdrag van de Commissie ook een schending van artikel 4 van de Europese Code van goed administratief gedrag (waarin ambtenaren verplicht worden om volgens de wet te handelen en de regels en procedures van de communautaire wetgeving toe te passen), artikel 10 (wettelijk vertrouwen), artikel 8 (onpartijdigheid en onafhankelijkheid) en artikel 9 (objectiviteit).

154. In haar adviezen aan de Ombudsman van 20 maart 2009 en 10 juni 2009 merkte de Commissie op dat Dell zelf zijn informatie bilateraal met AMD heeft uitgewisseld. Zij heeft verklaard dat niets uit de door Dell en Intel aan de Ombudsman verstrekte gegevens aantoont dat de Commissie in strijd met artikel 287 EG zelf informatie aan AMD heeft verstrekt. De Commissie voerde aan dat Intel de Ombudsman geen bewijs had verstrekt waarom Intel enig juridisch belang heeft bij de uitwisseling van informatie tussen Dell en AMD. Een dergelijk bewijs zou noodzakelijk zijn, aangezien de Commissie geen enkele vertrouwelijkheidsclaims van Intel met betrekking tot die informatie definitief heeft aanvaard.

155. De Commissie kwam tot de conclusie dat Dell uit eigen beweging had besloten om haar eigen eigendomsinformatie uit te wisselen met AMD. Voor de beoordeling van wanbeheer was het niet van belang of Dell daartoe zelf was geïnspireerd door eerdere uitwisselingen met Intel,



waarbij de Commissie pas in eerste instantie betrokken was en vervolgens op eigen initiatief door Dell werd ondernomen. De Commissie voerde aan dat Dell volledig vrij was om de informatie in een niet-vertrouwelijke versie te verstrekken in het kader van de normale procedure van de Commissie. Zij heeft er echter voor gekozen om haar informatie bilateraal uit te wisselen met AMD. De Commissie verklaarde dat Dell vóór het sluiten van de overeenkomst met AMD geen overleg met de Commissie had gepleegd. De Commissie is van mening dat dit geen ruimte laat voor enige toewijzing van deze uitwisseling aan de Commissie, hetgeen van belang zou zijn uit hoofde van artikel 287 van het EG-Verdrag.

156. Op 14 april 2009 en 16 april 2009 heeft klager opmerkingen ingediend over het advies van de Commissie van 20 maart 2009. Klager verwees naar wat volgens hem de pogingen van de Commissie waren om haar rol met betrekking tot de AMD/Dell **[overeenkomst]** te ontkennen. Hij verklaarde dat de Commissie in haar advies van 20 maart 2009 de beschrijving van de gebeurtenissen in de brief van 18 september 2009 van de externe raadsman van Dell wilde betwisten. Zij heeft echter geen bewijs geleverd ter staving van haar bewering. Integendeel, de Commissie heeft slechts verklaard dat zij „haar gegevens heeft gecontroleerd” en „geen aanwijzingen had dat een dergelijke suggestie is gedaan of zelfs dat een dergelijk telefoontje [zoals beschreven vanaf 3 september ] [109] zou hebben plaatsgevonden”. Op basis hiervan heeft de Commissie vervolgens *geconcludeerd* dat Dell de overeenkomst „uit eigen beweging” heeft gesloten. Deze niet-ondersteunde conclusie werd volgens klager tegengesproken door de beschrijving van de door de externe raadsman van Dell verstrekte gebeurtenissen en door de e-mails die op 25-26 september 2007 tussen de externe raadsman van Dell en D. werden uitgewisseld. Omgekeerd heeft de Commissie volgens klager geen bewijs geleverd dat zij de heer D of andere leden van het caseteam met betrekking tot deze gebeurtenissen heeft ondervraagd; hierin wordt niet beschreven welke gegevens zijn gecontroleerd en of zij de telefoongegevens van de relevante teamleden van de zaak omvatten; en het levert geen schriftelijk bewijs ter staving van zijn „conclusie” dat de raadsman van Dell, zonder duidelijk motief, de relevante feiten zou hebben uitgevonden of verkeerd zou hebben voorgesteld.

157. Klager verklaarde ook dat, hoewel de Commissie in haar advies van 20 maart 2009 aangaf dat zij een nota had opgesteld met betrekking tot een „telefoongesprek op hoog niveau” van 30 augustus 2007 met Dell, de Commissie niet heeft uitgelegd hoe details van een gesprek dat op 30 augustus 2007 heeft plaatsgevonden, duidelijk bewijs kunnen weerleggen dat zij vervolgens de **[redacted] AMD/Dell [overeenkomst]** heeft voorgesteld, ontvangen en herzien.

158. Klager verklaarde ook dat de Commissie in haar advies van 20 maart 2009 toegeeft dat a) zij de AMD/Dell-overeenkomst heeft herzien (waardoor haar bewering tegen de raadadviseur-auditeur dat geen dergelijk document niet is „in kennis gesteld” [sic]) heeft onderzocht, b) het document kennelijk was bedoeld om AMD „toegang tot dossier” te verlenen, en c) de Commissie vervolgens probeerde suggesties met betrekking tot de overeenkomst aan Dell mee te delen. Gezien deze feiten is de „conclusie” van de Commissie dat Dell „de Commissie niet heeft geraadpleegd alvorens de overeenkomst met AMD te sluiten” eenvoudigweg niet geloofwaardig.

159. Tot slot merkte de klager op dat de Commissie in haar advies van 20 maart 2009 heeft



verklaard dat zij „*geen enkele aanwijzing [heeft] dat AMD informatie heeft ontvangen die overeenstemt met haar recht, namelijk uittreksels uit de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie van 26 juli 2007*”. Volgens de klager is de bewering van de Commissie kennelijk onwaar, aangezien (i) vóór de afronding van de redactie van de mededeling van punten van bezwaar in december 2007 AMD geen recht had om materiaal van mededeling van punten van bezwaar te ontvangen; en ii) AMD, zoals de Commissie bekend is, toegang heeft gekregen tot materiaal dat in feite uit de mededeling van punten van bezwaar is verwijderd. Volgens klager hebben de acties van de Commissie er dus daadwerkelijk toe bijgedragen de bescherming van vertrouwelijke informatie in de procedures van de Commissie weg te nemen en de rol van de raadadviseur-auditeur als laatste scheidsrechter van tegenstrijdige beweringen inzake vertrouwelijkheid teniet te doen. Bovendien heeft de Commissie haar wangedrag vervolgens verergerd door AMD toe te staan **[dit materiaal tijdens de mondelinge hoorzitting] te gebruiken**.

160. In haar tweede vervolgadvis van 10 juni 2009 heeft de Commissie uitgelegd dat het rechtskader voor toegang tot het dossier door adressaten van een mededeling van punten van bezwaar van de Commissie is voorzien in artikel 27, lid 2, van Verordening 1/2003 en artikel 15, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004. Overeenkomstig deze bepalingen had Intel recht op toegang tot alle informatie in het dossier van de Commissie „*met uitzondering van interne documenten, bedrijfsgeheimen van andere ondernemingen of andere vertrouwelijke informatie*”. De vaststelling van de in Verordening (EG) nr. 773/2004 bedoelde niet-vertrouwelijke versies is een complexe exercitie omdat de vertrouwelijkheid van alle informatie moet worden gerechtvaardigd en moet worden afgewogen tegen de respectieve rechten van verdediging van de adressaat van de mededeling van punten van bezwaar. De exercitie was in casu bijzonder moeilijk en intensief, aangezien het dossier enkele honderdduizenden bladzijden bevatte.

161. De Commissie verklaarde dat zij in de zaak Intel de bovengenoemde bepalingen ten uitvoer heeft gelegd door een „*procedure van gunning door onderhandelingen*” toe te passen. Een dergelijke procedure werd voor het eerst gebruikt voor de toegang van Intel tot het dossier na de eerste mededeling van punten van bezwaar van 26 juli 2007 (aan de Commissie werd voorgesteld door een andere OEM die in de loop van haar onderzoek informatie aan de Commissie had verstrekt). [110] De reden voor een dergelijke handelwijze was dat de OEM anders veel tijd en middelen had moeten besteden aan het redigeren van haar omvangrijke bijdrage aan het dossier van de Commissie. Het essentiële element van deze procedure was dat Intel, in plaats van alleen toegang te krijgen tot een bewerkte versie van de opmerkingen die bepaalde „*informatieverstrekkers*” ter beschikking hebben gesteld om in het dossier van de Commissie op te nemen, afspraken heeft gemaakt om de indieningen van deze „*informatieverstrekkers*” in ongewijzigde vorm (d.w.z. met inbegrip van vertrouwelijke informatie in zijn geheel) te ontvangen. In ruil stemde Intel ermee in om de toegang tot deze informatie te beperken tot een beperkte kring van personen (namelijk Intel's externe adviseurs en economische adviseurs en in sommige gevallen bepaalde interne adviseurs). Kortom, de tussen Intel en de „informatieproviders” overeengekomen oplossing *sloot* Intel's toegang tot de informatie uit voor werknemers die zich bezighouden met de dagelijkse activiteiten van het bedrijf. Dergelijke overeenkomsten worden, zo stelt de Commissie, op grote schaal gebruikt in antitrustzaken in de VS, zoals die welke momenteel aanhangig zijn tussen Intel en AMD bij de



districtsrechtbank van Delaware. De Commissie merkte op dat in de zaak Intel verschillende redenen voor deze benadering spraken, *onder meer* a) het omvangrijke dossier, dat zou hebben geleid tot aanzienlijke vertragingen in de procedure en onevenredige kosten voor de informatieverstrekkers bij het opstellen van niet-vertrouwelijke versies van de verstrekte documenten, en b) de opsporingsprocedures in de procedure AMD/Intel in de VS, waar grotendeels dezelfde informatie routinematig werd uitgewisseld onder voorwaarden die vergelijkbaar zijn met de overeenkomsten die Intel in de procedure van de Commissie heeft gesloten [111] .

162. De Commissie verklaarde dat verschillende partijen dergelijke overeenkomsten met Intel hadden gesloten. De tussen Intel en Dell gesloten overeenkomst verschilde echter van de andere omdat de overeenkomst slechts betrekking had op een beperkt deel van de door Dell verstrekte informatie. Kort daarna merkte de Commissie op, uit de opmerkingen van Intel, dat Dell Intel in feite veel meer informatie in onbewerkte vorm had verstrekt. De Commissie vroeg Dell waarom dit het geval was en vernam dat Dell een andere overeenkomst met Intel had gesloten.

163. In het licht van al het bovenstaande merkte de Commissie op dat de mogelijkheid van het sluiten van overeenkomsten inzake informatie-uitwisseling een optie was die Dell ruim vóór 30 augustus 2007, toen, volgens de Commissie, een telefoongesprek op hoog niveau met Dell had gevoerd, had besproken en onderzocht. Op dat moment, of kort daarna, hield Dell zich op eigen initiatief bezig met dergelijke uitwisselingen van haar informatie met AMD.

164. De Commissie verwees vervolgens naar het feit dat de raadsman van Dell in haar brief van 18 september 2008 aan de Ombudsman verklaart dat „ *de Commissie heeft voorgesteld dat Dell ook [een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling] met de raadsleden en economen van AMD sluit* ”. Volgens de Commissie moet om te beginnen worden beklemtoond dat Dell volledig vrij stond om voor een dergelijke overeenkomst te kiezen. De motieven van Dell voor het sluiten van deze overeenkomst zijn niet bekend bij de Commissie. Een mogelijke stimulans voor een OEM om een dergelijke overeenkomst te sluiten, was om te voorkomen dat elk verzoek om vertrouwelijke behandeling van AMD gerechtvaardigd en onderbouwd werd aan de Commissie (de Commissie wees erop dat AMD het recht had om een „ *belangrijke* ” niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar te ontvangen). Volgens de Commissie zijn andere prikkels denkbaar en kunnen zij een rol hebben gespeeld voor Dell. Hoe dan ook heeft zij volgens de Commissie Dell niet verplicht een overeenkomst met AMD te sluiten, dat wil zeggen de Commissie. Zoals het geval was voor bilaterale overeenkomsten tussen Intel en informatieleveranciers, kon de Commissie echter niet eenvoudigweg de mogelijkheid van dergelijke overeenkomsten negeren.

165. Volgens de Commissie is de Commissie intern begonnen met het bespreken van de mogelijkheid van een overeenkomst tussen Dell en AMD na een telefoongesprek op hoog niveau met Dell op 30 augustus 2007. [112] De heer B (Dell's General Counsel) en de externe raadsleden van Dell (waarvan een van hen twee werkdagen later door de Commissie zou worden opgeroepen) hebben aan deze oproep deelgenomen. Uit de agenda van dit telefoongesprek, die vóór die vergadering aan Dell is toegezonden, [113] blijkt duidelijk dat de



Commissie voornemens was de verzoeken van Dell om vertrouwelijkheid ten aanzien van AMD in detail en op basis van de standaardprocedure van de Commissie uit hoofde van verordening 773/2004 te bespreken. Er werd geen melding gemaakt van een andere optie in deze agenda. Volgens de Commissie zijn tijdens dat telefoongesprek verschillende opties besproken, waaronder een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling waarmee Dell vertrouwd was, op basis van de reeds bestaande en onlangs met Intel gesloten bilaterale overeenkomst. Het is aannemelijk dat in dit telefoongesprek, hetzij de heer B, hetzij de externe raadsman van Dell, eerst de mogelijkheid van een bilaterale informatie-uitwisseling met AMD is vermeld, omdat in de agenda die de Commissie vóór het telefoongesprek heeft opgesteld en aan Dell is toegezonden, dit punt niet is vermeld. Hoe dan ook, het is zeker dat in dat telefoongesprek het idee van een AMD-Dell-informatie-uitwisselingsovereenkomst is aangezwengeld. Zoals bevestigd in de interne e-mails van de Commissie, is de Commissie pas na dit telefoongesprek begonnen met het intern bespreken van de verschillende kwesties in het kader van een dergelijke AMD-Dell-uitwisseling. Dit omvatte onder meer besprekingen met de Juridische Dienst van de Commissie. De beschrijving van Intel van de wijze waarop het idee van een Dell-AMD-overeenkomst tot stand is gekomen en haar beroep op bepaalde selectieve informatie die Dell op gespreide basis heeft verstrekt, geeft een verkeerde voorstelling van de feiten om de indruk te wekken dat de Commissie een Dell-AMD-overeenkomst zou hebben voorgesteld. De realiteit is dat de Commissie in het telefoongesprek met Dell op 30 augustus 2007 voor het eerst met deze optie werd geconfronteerd en pas daarna intern begon te analyseren.

166. Volgens de Commissie heeft Dell de Commissie op 25 september 2007 een ondertekende overeenkomst toegezonden, dat wil zeggen voordat de Commissie haar interne analyse had voltooid. Dit was de enige versie van een overeenkomst die de Commissie tot 8 juni 2009 had gezien. Deze overeenkomst was echter grotendeels in strijd met de beperktere reikwijdte van het recht van een klager op toegang tot informatie uit hoofde van het Gemeenschapsrecht. Dit was met name omdat in de overeenkomst werd verwezen naar „toegang tot het dossier” door AMD. AMD had als klager echter geen recht op toegang tot het dossier van de Commissie, maar alleen een recht op een niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar. Hoewel „*terminologische verklaringen*” in een dergelijke overeenkomst juridisch niet rechtstreeks door de Commissie werden geraakt, zou het de overeenkomstsluitende partijen tot regelingen hebben gebracht die op het eerste gezicht in strijd waren met de administratieve procedure. De externe raadsman van Dell die het aan D van het dossierteam van de Commissie heeft toegezonden, heeft verklaard dat de overeenkomst nog niet was uitgevoerd. Dit komt tot uiting in de interne e-mail van D aan zijn meerderen nadat de overeenkomst was ontvangen. De Commissie heeft Dell meegedeeld dat de ontvangen overeenkomst in strijd was met haar standpunt in verschillende telefoongesprekken, maar dat deze mededelingen niet schriftelijk zijn vastgelegd.

167. Volgens de Commissie heeft AMD de Commissie bij brief van 13 november 2007 meegedeeld dat zij een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met Dell had gesloten, zonder de Commissie de uitgevoerde overeenkomst als zodanig mee te delen. Dit is in overeenstemming met de brief van de raadadviseur-auditeur van 18 oktober 2007 aan Intel, waarin staat dat „*de overeenkomsten [intel] niet onder de aandacht van de*



*raadadviseur-auditeur zijn gebracht. Noch zijn zij in enige vorm in kennis gesteld van het caseteam, zoals aan mij is bevestigd „en de brief van de raadadviseur-auditeur aan Intel van 7 mei 2008 waarin staat dat” een dergelijke overeenkomst, waarvan de tekst niet aan mij is meegedeeld, gesloten is door een partij die als zodanig geen rechten van verdediging of recht op toegang tot het dossier heeft, zuiver bilateraal is en de Commissie niet verplicht of machtigt.*

168. Om de keten van gebeurtenissen voor de Ombudsman te verduidelijken, heeft de Commissie AMD derhalve verzocht haar het definitieve exemplaar van de overeenkomst die uiteindelijk tussen Dell en AMD werd uitgevoerd en op grond waarvan informatie tussen de twee ondernemingen werd uitgewisseld, te verstrekken [114] De Commissie heeft AMD ook verzocht de stappen te beschrijven die nodig waren na de sluiting van de oorspronkelijke ontwerpovereenkomst tussen AMD en Dell en tot de daaropvolgende ondertekening en uitvoering van de definitieve overeenkomst. AMD heeft dit gedaan bij brief van 8 juni 2009, die op 10 juni 2009 door de Ombudsman is geïnspecteerd. **[Geredacteerd]** . Uit de bij de brief van AMD gevoegde overeenkomst blijkt dat Dell en AMD vervolgens een fundamenteel andere overeenkomst hebben gesloten en uitgevoerd dan die welke drie weken eerder door Dell aan de Commissie is toegezonden. **[Redacted]** [115]

169. Vervolgens heeft de Commissie de toegang van AMD tot een niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar volgens de gebruikelijke procedure ten uitvoer gelegd. In het kader van deze procedure heeft AMD bij brief van 21 december 2007 een niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar ontvangen.

170. De Commissie wees op het argument van Intel dat, aangezien de informatie die Dell aan AMD heeft verstrekt, „ *bedrijfsgeheimen van Intel* ” vormt, zij belang heeft bij de overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD. De Commissie heeft de Ombudsman eerst uitvoerig betoogd over de redenen waarom de vertrouwelijkheidsargumenten van Intel volgens haar in feite niet gegrond zijn. De Commissie herinnerde er vervolgens aan dat Dell volledig vrij was om over haar informatie te beschikken zoals zij dat wenste. De Commissie merkte ook op dat zij Dell niet verplichtte haar informatie ter beschikking van AMD te stellen.

171. Met betrekking tot de bewering van Intel inzake wanbeheer in haar opmerkingen van 10 juli 2008, 18 september 2008 en 14 april 2009 heeft de Commissie verklaard dat Intel beweerde dat de Commissie AMD „ *toegang tot haar dossier* ” had verleend, in strijd met artikel 8, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004, artikel 28 van verordening nr. 1/2003 en artikel 287 van het EG-Verdrag. In haar opmerkingen van 14 april 2009 stelt Intel echter ook dat de Commissie Dell heeft aangemoedigd om uittreksels uit de mededeling van punten van bezwaar van 26 juli 2007 aan AMD te verstrekken in strijd met artikel 8, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 en artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur.

172. Met betrekking tot de organisatie door de Commissie van de hoorzitting van 11-12 maart 2008 merkte de Commissie op dat AMD niet mocht deelnemen aan de sessies *met* gesloten deuren waarin de door Dell aan de Commissie overgelegde feiten met Intel werden besproken. **[Redacted]** [116]





173. De Commissie voerde vervolgens aan dat de door Intel ter ondersteuning van haar zaak aangehaalde wettelijke bepalingen verschillende regels en beginselen bevatten die bindend zijn voor de Commissie en dat elk van de regels en beginselen voorwaarden en beperkingen kent. Artikel 287 van het EG-Verdrag en de desbetreffende bepalingen van Verordening (EG) nr. 1/2003 en Verordening (EG) nr. 773/2004 [117] leggen de gemeenschapsambtenaren de verplichting op om informatie die onder het beroepsgeheim valt, niet openbaar te maken. Artikel 8, lid 1, van verordening (EG) nr. 773/2004, dat volgens de Commissie de belangrijkste basis voor een klacht inzake wanbeheer lijkt te zijn, betreft de verplichtingen van de Commissie in geval van afwijzing van een klacht. Zij is derhalve in casu niet van toepassing, aangezien de verplichting van de Commissie om AMD een niet-vertrouwelijk afschrift van de mededeling van punten van bezwaar te verstrekken, voortvloeit uit artikel 6 van verordening 773/2004. Artikel 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004 stelt de regels vast op basis waarvan de Commissie vertrouwelijke informatie in haar dossier *moet identificeren, die „niet door de Commissie wordt meegedeeld of toegankelijk wordt gemaakt”*. Ten slotte bepaalt artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur [118] de procedure volgens welke de Commissie informatie openbaar maakt, indien zij vaststelt dat dergelijke informatie niet als bedrijfsgeheim wordt beschermd, of indien zij vaststelt dat er een hoger belang is dat openbaarmaking rechtvaardigt ondanks het vertrouwelijke karakter ervan, namelijk via een procedure die in eerste instantie een met redenen omkleed besluit vereist dat aan de betrokken onderneming wordt meegedeeld.

174. Intel betwist niet dat in casu Dell, en niet de Commissie, informatie aan AMD heeft doorgegeven en dat de informatie-uitwisseling dus op *tegenspraak* heeft plaatsgevonden. Alle hierboven genoemde verplichtingen gelden duidelijk alleen voor een situatie waarin de Commissie zelf informatie verstrekt. *De uitwisseling* van informatie tussen partijen vindt regelmatig plaats naast een antitrustprocedure. In casu heeft de Commissie kennis genomen van dergelijke potentiële uitwisselingen en heeft zij haar standpunt over de geschiktheid ervan kenbaar gemaakt. Dit kan echter niet worden beschouwd als een handeling op grond waarvan de daadwerkelijke uitwisseling op *tegenspraak* aan de Commissie kan worden toegerekend.

175. Wanneer Intel de Commissie verwijt dat „AMD toegang heeft verkregen tot vertrouwelijke informatie waartoe zij geen toegang had” of dat „AMD geen recht had om enig SO-materiaal te ontvangen”, verwacht Intel twee kwesties, namelijk handelingen buiten de administratieve procedure enerzijds, en rechten en verplichtingen in het kader van deze procedure en de rol van de Commissie anderzijds. Uit het feit dat bepaalde informatie tussen Dell en AMD bilateraal is uitgewisseld, moet worden geconcludeerd dat de Commissie onrechtmatig heeft gehandeld, hetgeen onjuist en misleidend is. Het vertrouwelijke karakter van informatie bestaat immers uitsluitend in het kader van de administratieve procedure van de Commissie. Naast de procedure is er geen abstracte „recht”, of het nu positief of negatief is, op „informatie” zoals het argument van Intel veronderstelt. Het feit dat AMD, voorafgaand aan een definitief besluit van de raadadviseur-auditeur, in het kader van de administratieve procedure geen recht had gehad om informatie te ontvangen en dus informatie van Dell had kunnen ontvangen in het kader van de overeenkomst inzake de uitwisseling van informatie tussen Dell en AMD die zij niet van de Commissie zou hebben ontvangen, heeft geen betrekking op de Commissie, aangezien noch rechten noch verplichtingen voor de Commissie voortvloeien uit de Dell-AMD-overeenkomst. Wat de rol van de Commissie en haar administratieve procedure



betreft, is volgens de Commissie alleen de vraag of de Commissie op enigerlei wijze de informatie waarover zij beschikte openbaar heeft gemaakt. Zoals uit het voorgaande blijkt, heeft de Commissie op geen enkel moment in het kader van de administratieve procedure vertrouwelijke informatie openbaar gemaakt. Bovendien is de Commissie niet bevoegd, laat staan enige verplichting, om derden te beletten informatie te verstrekken die zij aan de Commissie hebben verstrekt, maar die reeds in hun bezit waren voordat de Commissie met haar onderzoek begon. De enige manier waarop de Commissie de geldigheid van een vertrouwelijkheidsclaim kan bepalen, is bij besluit om ofwel toegang tot de informatie te verlenen en aldus het verzoek om vertrouwelijkheid af te wijzen, ofwel om die toegang te weigeren. In het geval van een dergelijke uitwisseling van informatie *op tegenspraak* is er geen rechtsgrondslag voor de Commissie om zich te mengen in het besluit van de informatieverstrekker om de informatie waarover zij beschikt, met andere ondernemingen te delen.

176. Ten slotte wijst de Commissie erop dat de verwijzing van Intel naar artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur geen enkele bewering van wanbeheer ondersteunt. Artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur vormt geen verplichting van de Commissie, maar geeft de raadadviseur-auditeur slechts de bevoegdheid om bij met redenen omkleed besluit verzoeken om vertrouwelijkheid af te wijzen. Zoals blijkt uit de brief van de raadadviseur-auditeur van 10 december 2007, vormt deze brief geen besluit op grond van artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur. Zelfs indien de stelling van Intel dat de Commissie, naast het voeren van interne discussies over de haalbaarheid van een dergelijke aanpak, de uitwisseling van informatie door Dell met AMD had geïnitieerd of aangemoedigd, *quod non*, zou dit dus niet in strijd zijn geweest met een van de door Intel ter ondersteuning van haar bewering inzake wanbeheer geciteerde normen. Dell bleef te allen tijde vrij om te beslissen of het een bilaterale overeenkomst met AMD wilde sluiten en bleef daarbij de enige verantwoordelijkheid van Dell om eventuele vertrouwelijkheidsovereenkomsten met Intel te respecteren. De Commissie kan geen andere regels of beginselen vaststellen die zelfs theoretisch de bewering van Intel zouden kunnen ondersteunen.

177. De Commissie benadrukte ook dat, zoals hierboven uiteengezet, ondanks het feit dat overeenkomsten tussen particuliere partijen niet rechtstreeks verband houden met de administratieve procedure en het feit dat de Commissie niet actief heeft deelgenomen aan de sluiting van de Dell/AMD-overeenkomst, zij niettemin actieve maatregelen heeft genomen om een overeenkomst tussen Dell en AMD te ontmoedigen, waarvan de terminologie verwijst naar een „toegang tot het dossier” en artikel 15 van Verordening (EG) nr. 773/2004. In dit verband merkte de Commissie op dat AMD, een klager, op grond van het Gemeenschapsrecht geen „toegang tot het dossier” had. Bovendien ontmoedigde de Commissie een overeenkomst van Dell, waarbij de raadadviseur-auditeur als arbiter zou worden betrokken en waarin werd verwezen naar de mogelijkheid van Dell om afstand te doen van zijn recht op toegang tot het dossier. In dit verband bekleemtoonde de Commissie dat zij niet wettelijk verplicht was dergelijke maatregelen te nemen om Dell ervan te weerhouden een dergelijke overeenkomst te sluiten en dat Dell en AMD niettemin het recht hadden gehad deel te nemen aan de voorgenomen informatie-uitwisseling, waardoor de Commissie geen mogelijkheid had om dit te voorkomen. Gelet op het voorgaande voert de Commissie aan dat de beweringen van Intel met betrekking



tot eventuele vermeende „toegang tot dossier” die de Commissie heeft verleend in verband met de overeenkomst inzake de uitwisseling van informatie tussen Dell en AMD, kennelijk ongegrond zijn.

178. Wat de kwestie van de overeenkomst inzake de uitwisseling van informatie tussen Dell en AMD betreft, was de Commissie van mening dat zij, ongeacht de daartoe voorbereide interne besprekingen, in geen enkel stadium Dell en AMD „aanmoedigde” een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling te sluiten om haar eigen procedures te vergemakkelijken. Met name heeft de Commissie Dell niet verplicht een overeenkomst met AMD te sluiten. Integendeel, de Commissie heeft actieve maatregelen genomen om de uitvoering van **[een eerste ontwerp van] een** overeenkomst tussen Dell en AMD **te ontmoedigen**. Tegelijkertijd was de Commissie niet verplicht zich te mengen in de uitwisseling van informatie tussen Dell en AMD *op tegenspraak*, zelfs niet toen zij kennis had genomen van het voornemen van de ondernemingen om daartoe overeenkomsten te sluiten. Het was de verantwoordelijkheid van Dell om rekening te houden met mogelijke vertrouwelijkheidsverplichtingen *ten aanzien van* Intel bij het doorgeven van informatie aan AMD. De Commissie heeft AMD een versie van de mededeling van punten van bezwaar verstrekt waarin alle informatie van Dell is verwerkt. Gezien het bovenstaande heeft de Commissie betoogd dat de beweringen van klager inzake wanbeheer ongegrond zijn.

179. In zijn verdere opmerkingen van 15 juni 2009 naar aanleiding van het verdere advies van de Commissie van 10 juni 2009 verwees klager naar drie argumenten die de Commissie in haar vervolgadvisie aanvoerde. Dit waren de volgende:

I) de **[herwerkte]** overeenkomst was louter een „bilaterale” overeenkomst tussen Dell en AMD en de Commissie was derhalve niet verplicht om maatregelen te nemen;

(II) de Commissie niet verplicht was om actie te ondernemen omdat de overeenkomst geen „overeenkomst inzake bestandstoegang” was, en

III) Intel had geen vertrouwelijkheidsbelang in het aan AMD verstrekte materiaal en raakte daarom niet gewond.

Volgens hem is de uitlegging van deze kwesties door de Commissie niet in overeenstemming met de feiten en is zij dus niet in staat haar ernstige schendingen van het gemeenschapsrecht te vrijwaren.

180. Volgens hem kan de Commissie haar niet-naleving van de procedures van de artikelen 6 en 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004 en artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur niet rechtvaardigen door te stellen dat de overeenkomst, waarvan zij de sluiting had aangemoedigd en waarvan zij volledig op de hoogte was, slechts „bilateraal” was. Hij voerde aan dat de Commissie de „hoedster” van het dossier is. Als zodanig is zij belast met de verplichting om ervoor te zorgen dat de regels inzake de toegang tot het dossier volledig worden nageleefd en dat de vertrouwelijkheid van de informatie in het dossier wordt bewaard. Tot die regels behoren de rechten van Intel uit hoofde van de artikelen 6 en 16 van verordening



773/2004 en artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur. Deze bepalingen zijn bedoeld om ervoor te zorgen dat informatie die door Intel als vertrouwelijk wordt *beschouwd „niet door de Commissie wordt meegedeeld of toegankelijk wordt gemaakt voor zover zij bedrijfsgeheimen of andere vertrouwelijke informatie van een andere persoon bevat ”* totdat de raadadviseur-auditeur heeft vastgesteld *„dat de informatie niet is beschermd en derhalve openbaar kan worden gemaakt ”* en dat de bevinding aan de verweerder is meegedeeld. Op het relevante tijdstip was de Commissie op de hoogte dat Intel de procedure van bovengenoemde wetgeving had ingeroepen met betrekking tot de materialen die de Commissie Dell aan AMD wilde verstrekken. In de brief van Dell van 14 augustus 2007 werd de Commissie nader op de hoogte gesteld van het feit dat de litigieuze citaten vertrouwelijke informatie van Intel bevatten, en als gevolg van haar besprekingen met Intel had de Commissie daadwerkelijk meegedeeld dat Intel aanspraak had gemaakt op vertrouwelijkheid met betrekking tot dit materiaal. Desondanks heeft de Commissie, ondanks deze kennis, AMD aangemoedigd en vervolgens toestemming gegeven om toegang tot dit materiaal te krijgen voordat de raadadviseur-auditeur tot een besluit kon komen over de vertrouwelijkheid ervan. Daarmee heeft de Commissie de artikelen 6 en 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004 en artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur geschonden.

181. De Commissie kan volgens klager geen excuus vormen voor haar verzuim om de rechten van Intel te beschermen door te stellen dat de overeenkomst bilateraal was of dat de besprekingen tussen AMD, Dell en de Commissie uitsluitend betrekking hebben op de juridische situatie met betrekking tot het recht van AMD op grond van artikel 6 van Verordening (EG) nr. 773/2004. In het licht van haar opening van een rechtstreekse betrokkenheid bij de aankoop van de AMD/Dell-overeenkomst kan de Commissie niet volhouden dat de overeenkomst slechts „ *bilateraal* ” was. ” Het staat buiten klage dat i) de Commissie Dell een selectie van citaten uit de vertrouwelijke mededeling van punten van bezwaar heeft verstrekt en ii) Dell heeft voorgesteld of verzocht deze offertes in ongewijzigde vorm aan AMD te verstrekken. In haar advies aan de Ombudsman ontkent de Commissie niet dat zij heeft voorgesteld dat Dell zou moeten *overwegen gebruik te maken van een [overeenkomst inzake informatie -uitwisseling ] met AMD die vergelijkbaar is met die van [ Dell] die met Intel is gecontracteerd voor de [mededeling van punten van bezwaar] ”* [119] . Bovendien geeft hij toe dat de Commissie thans erkent dat Dell, toen zij haar een definitief ontwerp van een dergelijke overeenkomst voor de herziening ervan voorlegde, voorstelde dat de overeenkomst moest worden geherstructureerd. Gelet op deze feiten stelt hij dat de Commissie „ *onoprecht* ” is wanneer zij stelt dat „ *de Commissie niet actief heeft deelgenomen aan de sluiting van de overeenkomst inzake de uitwisseling van informatie door Dell/AMD* ”. Hij voert met name aan dat de bewering van de Commissie dat „ *elke betrokkenheid van de Commissie of verwijzing ernaar in het kader van de bilaterale uitwisseling is geschrapt in de nieuwe versie van de overeenkomst die uiteindelijk bilateraal tussen Dell en AMD werd uitgevoerd* ”, niets verandert aan het feit dat de Commissie een actieve rol heeft gespeeld bij de sluiting van de **[herwerkte]** overeenkomst, noch de Commissie ontheft van haar bewaarplicht als hoedster van het dossier.

182. De klager voert aan dat de bewering van de Commissie dat de **[herwerkte]** overeenkomst uitsluitend betrekking heeft op artikel 6 van Verordening (EG) nr. 773/2004, voorbijgaat aan het feit dat juist de procedure van artikel 6 (en artikel 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004 en



artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur) werd omzeild door de aanmoediging en actieve deelname van de Commissie aan de sluiting van de overeenkomst inzake de uitwisseling van informatie over AMD/Dell.

183. Volgens de klager houdt de bewering van de Commissie dat zij „*geen enkele bevoegdheid [heeft], laat staan een verplichting om derden te beletten informatie te verstrekken die zij aan de Commissie hebben verstrekt*” geen verband met wat er werkelijk is gebeurd, omdat zij voorbijgaat aan de „*rechtstreekse en actieve rol*” die de Commissie bij de sluiting van de AMD/Dell-overeenkomst heeft gespeeld. Volgens klager is de vraag voor de Ombudsman niet de rechtmatigheid van een onafhankelijke, *inter partes* -overeenkomst die door derden wordt uitgevoerd zonder medeweten van de Commissie. Integendeel, de vraag is of de Commissie, met de wetenschap dat de vertrouwelijkheidsclaims van Intel op het materiaal nog niet waren opgelost en zelfs dat het betrokken materiaal „*in de versie van de mededeling van punten van bezwaar die de Commissie aan AMD zal verstrekken, kan worden bewerkt*”, *ten onrechte heeft gehandeld door actief aan te moedigen en deel te nemen aan de sluiting van een overeenkomst waarbij AMD ontoelaatbare toegang tot dossiermateriaal krijgt, waardoor Intel's procedurele rechten om haar vertrouwelijkheidsclaims door de raadadviseur-auditeur te laten oplossen, zijn ontweken. Als hoedster van het dossier was de Commissie verplicht de sluiting en uitvoering van een dergelijke overeenkomst te verhinderen, met name wanneer zij een ontwerp van de overeenkomst had gekregen en had geconcludeerd dat deze „op het eerste gezicht in strijd was met de administratieve procedure*”.

184. Volgens de klager moest de Commissie ook voorkomen dat AMD de informatie die zij tijdens de mondelinge **hoorzitting had verkregen**, zou gebruiken. Dit geldt met name omdat uit de definitieve vertrouwelijkheidsbepalingen van de raadadviseur-auditeur is gebleken dat de informatie in feite vertrouwelijk was en dat AMD geen toegang zou hebben verkregen tot het betrokken materiaal in het kader van een naar behoren gecontroleerde procedure. Niettemin heeft de Commissie AMD toegestaan dit „*[geredacteed] materiaal*” **[redacted]** in te voeren, zelfs nadat AMD de Commissie en de raadadviseur-auditeur bij het begin van de mondelinge hoorzitting ervan op de hoogte had gesteld dat zij voornemens was het vertrouwelijke materiaal in kwestie te gebruiken.

185. Om soortgelijke redenen wordt de Commissie niet verontschuldigd door haar bewering dat zij heeft geïntervenieerd om de meegedeelde overeenkomst om te vormen van een „*overeenkomst inzake bestandstoegang*” in een overeenkomst „*bilateraal uitgevoerd tussen Dell en AMD*”. Ten eerste, zoals hierboven is aangetoond, bevestigen de betrokkenheid van de Commissie bij het verstrekken van het materiaal en de suggestie dat het materiaal in ongewijzigde vorm wordt gedeeld met AMD, evenals haar erkenning dat zij nauw betrokken is geraakt bij de herstructurering van de overeenkomst, slechts dat de Commissie een actieve rol heeft gespeeld bij het tot stand brengen van een overeenkomst die was bedoeld om de artikelen 6 en 16 van verordening (EG) nr. 773/2004 en artikel 9 van het mandaat van de raadadviseur-auditeur te omzeilen en daadwerkelijk te omzeilen. Ten tweede, de aanwezigheid of afwezigheid in de instemming van verwijzingen naar „*opheffing van de respectieve rechten van Dell of AMD uit hoofde van Verordening (EG) nr. 773/2004*” of de bepaling „*voor de betrokkenheid van de raadadviseur-auditeur als arbiter in geval van documenten*” verandert



niets aan het doel of de werking van de oorspronkelijke overeenkomst **[redacted]** ; zij vermindert evenmin de rechtstreekse betrokkenheid van de Commissie bij de aanbesteding van de overeenkomst en de schending van deze procedures. Ten derde is het feit dat de kwalificatie van de overeenkomst als een „*bilaterale uitwisseling*” in plaats van een „*overeenkomst inzake bestandstoegang*” de Commissie zou kunnen beletten Intel of de raadadviseur-auditeur in kennis te stellen van het bestaan van de overeenkomst, te formalistisch: zij gaat voorbij aan het feit dat de overeenkomst die Dell op 25 september 2007 aan de Commissie heeft meegedeeld en de overeenkomst die AMD op 13 november 2007 aan de Commissie heeft meegedeeld, hetzelfde doel en dezelfde werking had.

186. Klager merkte ook op dat, hoewel de Commissie verklaart dat zij Intel op 13 november 2007 „op de *hoogte* heeft gebracht” van de kennisgeving door AMD van de overeenkomst, zij niet heeft vermeld dat zij tot 23 juli 2008 heeft gewacht om Intel een kopie van die brief te verstrekken, die hij als onderdeel van de toegang van Intel tot het dossier in verband met de aanvullende mededeling van punten van bezwaar heeft opgenomen. Dit was ongeveer acht maanden na de kennisgeving van 13 november en vier maanden na het gebruik door AMD van het vertrouwelijke materiaal tijdens de mondelinge hoorzitting.

187. Ten slotte had Intel, naast het belang van Intel bij de bescherming van haar procedurele rechten, ook aantoonbare vertrouwelijkheidsrechten in de feitelijke offertes die AMD **tijdens** de mondelinge hoorzitting heeft gebruikt. Hoewel de invoer en de waarheidsgetrouwheid van het materiaal in de betrokken documenten niet konden worden vastgesteld op het moment dat de redactie plaatsvond, bevestigt het onderzoek van de feitelijke uittreksels dat zij — zoals de raadadviseur-auditeur heeft geoordeeld — vertrouwelijk behandeld moesten worden omdat zij betrekking hadden op de commerciële onderhandelingen van Intel met Dell, een onderwerp dat duidelijk geschikt is voor bescherming ten opzichte van de primaire concurrent van Intel. Dit weerlegt de bewering van de Commissie dat de betrokken citaten geen bedrijfsgeheimen van Intel bevatten.

#### *Beoordeling van de Ombudsman*

188. De tweede bewering van klager is dat de Commissie Dell en AMD „aanmoedigde” een regeling inzake informatie-uitwisseling aan te gaan, waardoor AMD de regels kon omzeilen die het recht van AMD op toegang tot het onderzoeksdossier van de Commissie beperken.

189. Om de aard van de bewering tegen de Commissie duidelijk te omschrijven, acht de Ombudsman het noodzakelijk om eerst in te gaan op het argument van klager dat de „*rechten van de verdediging*” van Intel werden geschonden door AMD tijdens de hoorzitting over wat Intel beweerde „*vertrouwelijke informatie*” te zijn.

190. Een klager in een mededingingszaak heeft beperkte rechten om van de Commissie informatie in het onderzoeksdossier van de Commissie te verkrijgen. Zij heeft geen recht op „*toegang tot het dossier*” tijdens het onderzoek van de Commissie. Zij heeft alleen toegang tot een niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar. (De Ombudsman merkt in dit verband op dat de Commissie verplicht is een niet-vertrouwelijke versie van de





mededeling van punten van bezwaar aan de klager toe te zenden teneinde deze in staat te stellen schriftelijke en mondelinge opmerkingen in te dienen bij de Commissie in verband met die mededeling). [120] Het doel van het redigeren van een niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar is ervoor te zorgen dat de klager in de mededingingszaak geen kennis krijgt van vertrouwelijke informatie over derden. [121] Indien de Commissie (vanwege een vergissing) niet in de versie van de mededeling van punten van bezwaar zou kunnen voorzien, zou [de] mededeling van punten van bezwaar [vanwege] artikel 12 van [artikel 23/2004] aansprakelijk zijn voor de eventuele schending van artikel 23/EG, en de eventuele inbreuk op grond van artikel 12 van verordening nr. 283/2004, en de eventuele verplichtingen van de Commissie [vanwege] de mededeling van punten van bezwaar, en de aan een klager toegezonden mededeling van punten van bezwaar 77, zodat zij schriftelijk en mondeling opmerkingen kan indienen bij de Commissie. [120] Hoewel een dergelijke onjuiste doorgifte van vertrouwelijke informatie door de Commissie afbreuk kan doen aan de legitieme zakelijke belangen van een derde, [125] zal de (foute) doorgifte van dergelijke informatie *als zodanig* geen invloed hebben op de „*rechten van verdediging*” van de onderzochte partij. [127] Een klager kan meer kennis hebben van de inhoud van een aan de onderzochte partij toegezonden mededeling van punten van bezwaar als gevolg van het ontvangen van vertrouwelijke informatie over een derde. Dit feit alleen houdt echter niet in dat de mogelijkheid van de onderzochte partij om zich te verdedigen tegen de in de mededeling van punten van bezwaar uiteengezette beschuldigingen, wordt aangetast.

191. Indien de Commissie geen inbreuk kan maken op de „*rechten van de verdediging*” van een onderzochte partij, ook al zou zij (vanwege een vergissing) vertrouwelijke informatie in de mededeling van punten van bezwaar aan een klager doorgeven, volgt hieruit dat zij geen inbreuk zou kunnen maken op de „*rechten van de verdediging*” van een onderzochte partij, indien zij ooit werd vastgesteld dat zij een derde voorstelde of zelfs aanmoedigde om vertrouwelijke informatie aan een klager door te geven. [128] de Ombudsman is het principieel niet eens met het argument van klager dat de rechten van verdediging van een onderzochte partij zouden worden geschonden indien de klager in de mededingingszaak informatie zou krijgen of anderszins zou hebben verkregen die deze klager zou kunnen gebruiken om argumenten te formuleren die aan de Commissie moeten worden meegedeeld in het kader van een onderzoek van de Commissie [129] .

192. In de tweede plaats is de Ombudsman van mening dat het feit dat een derde (zoals Dell) de Commissie informatie verstrekt in het kader van het onderzoek van de Commissie naar een inbreuk op grond van artikel 81 EG of artikel 82 EG, de Commissie niet de bevoegdheid geeft om deze derde uit zichzelf te beletten deze informatie op een door hem passend geachte wijze te gebruiken. [130] bij gebreke van de mogelijkheid dat een informatie-uitwisseling tussen ondernemingen zelf een inbreuk in de zin van artikel 81 EG vormt, verleent het feit dat een partij (zoals Dell) de Commissie informatie verstrekt in het kader van het onderzoek van de Commissie naar een inbreuk overeenkomstig artikel 81 EG of artikel 82 EG, de Commissie niet de bevoegdheid om deze derde te beletten dezelfde informatie met een derde uit te wisselen.

193. Het beginsel dat de Commissie *door het enkele feit dat informatie door een derde aan haar is verstrekt, niet bevoegd is om te voorkomen dat die derde dezelfde informatie voor*



*andere doeleinden gebruikt, is van toepassing, ook al is de aan de Commissie verstrekte informatie voor het onderzoek van de Commissie aangemerkt als „vertrouwelijke informatie” op basis van een door de onderzochte partij ingediend verzoek om vertrouwelijkheid. In dergelijke omstandigheden kan het niet aan de Commissie zijn om de belangen van de onderzochte partij met betrekking tot die informatie te beschermen.*

194. Als derde om te beginnen merkt de Ombudsman op dat de Commissie bij het nakomen van haar verplichting om een klager een bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar te verstrekken, geen enkele toepasselijke regel of beginsel zal schenden, *tenzij* zij „*vertrouwelijke informatie*” in de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar bevat. In het kader van dit onderzoek staat immers niet ter discussie dat de Commissie geen vertrouwelijke informatie over Intel rechtstreeks aan AMD heeft verstrekt. Indien de Commissie besluit, bijvoorbeeld omdat zij in kennis is gesteld van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen de klager en een derde partij, *om bepaalde informatie niet op te nemen* in de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar, vormt deze gedraging geen schending van de vertrouwelijkheid door de Commissie.

195. Als vierde om te beginnen is de Ombudsman van mening dat het arrest *AKZO Chemie BV/Commissie* [131] dat een derde die een klacht heeft ingediend, „in geen geval toegang kan krijgen tot documenten die bedrijfsgeheimen bevatten” (cursivering van mij) aldus moet worden uitgelegd dat de regels inzake toegang *de Commissie* beletten *in alle omstandigheden* toegang te verlenen tot vertrouwelijke informatie. Dit kan worden opgevat als de Commissie die een derde verzoekt, aanmoedigt of faciliteert om een klager toegang tot die informatie te verlenen. De uitspraak in de zaak *AKZO* houdt echter niet in dat de Commissie verplicht is *te voorkomen* dat derden informatie verstrekken waarover zij *onafhankelijk van de Commissie* beschikken, aan een klager.

196. De Ombudsman is ook van mening dat, indien een klager via een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met een derde partij informatie verkrijgt die de Commissie in het kader van haar onderzoeksdossier als „*vertrouwelijke informatie*” kan hebben aangemerkt, de Commissie niet de bevoegdheid heeft om deze derde te beletten om bij het indienen van schriftelijke of mondelinge opmerkingen bij de Commissie te verwijzen naar of anderszins gebruik te maken van die informatie. [132] De Ombudsman merkt op dat een klager die schriftelijke of mondelinge opmerkingen bij de Commissie indient met betrekking tot een mededeling van punten van bezwaar, zich kan baseren op feiten en argumenten die in de niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar worden aangevoerd. Hij merkt ook op dat een klager zich ook kan beroepen op andere feiten of argumenten die hij uit andere bronnen heeft ontvangen en die hij relevant acht voor de formulering van zijn opmerkingen met betrekking tot de mededeling van punten van bezwaar. Voor zover de klager dergelijke informatie van de Commissie niet heeft ontvangen (zie de punten 189, 190 en 191 hierboven en 198 hieronder), is het niet aan de Commissie om zich af te vragen hoe de klager dergelijke feiten of argumenten heeft verkregen.

197. Als vijfde om te beginnen is de Ombudsman van mening dat de Commissie gerechtigd is derden haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de procedurele kwesties die zich



kunnen voordoen in verband met de correcte behandeling van haar procedures, indien een derde die de Commissie informatie heeft verstrekt, deze laatste meedeelt dat hij voornemens is een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met een klager aan te gaan of dat hij een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met een klager heeft gesloten. Indien de Commissie als zodanig in kennis wordt gesteld van een ontwerpovereenkomst inzake informatie-uitwisseling, of zelfs van een definitieve overeenkomst inzake informatie-uitwisseling, die ertoe strekt een klager „toegang tot het dossier” te verlenen, heeft de Commissie het recht om in een procedure van de Commissie overeenkomstig artikel 81 EG of artikel 82 van *het EG-Verdrag mede te delen dat klagers geen recht hebben op „toegang tot het dossier”*. [133] Verder zou de Commissie in dergelijke omstandigheden het recht hebben om bij het opstellen van niet-vertrouwelijke versies van punten van bezwaar rekening te houden met dergelijke overeenkomsten.

198. Niettegenstaande het bovenstaande is de Ombudsman van mening dat, hoewel het gevolg van een *onjuiste* toezending van informatie door de Commissie aan een klager in het kader van een onderzoek alleen kan zijn dat de Gemeenschap buitencontractueel aansprakelijk kan worden gesteld voor eventuele geleden schade, dit niet noodzakelijkerwijs kan worden geconcludeerd met betrekking tot een *opzettelijke* overdracht van vertrouwelijke informatie aan een klager door de Commissie. De Ombudsman is van mening dat elke *opzettelijke* overdracht van vertrouwelijke informatie aan een klager door de Commissie mogelijk ook de algehele onpartijdigheid van de Commissie in haar onderzoek in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur in twijfel zou kunnen trekken. [134] Dit zou met name het geval zijn indien de uitdrukkelijke bedoeling van de Commissie bij de overdracht van vertrouwelijke informatie aan een klager de positie van een partij in de administratieve procedure waar de Commissie verantwoordelijk voor was, zou versterken.

199. In overeenstemming met deze redenering is de Ombudsman ook van mening dat het niet in overeenstemming zou zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur dat de Commissie een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen derden zou opvragen, aanmoedigen of vergemakkelijken, met name als de Commissie zich bewust was van het risico dat de overeenkomst de overdracht van vertrouwelijke informatie van een andere derde zou inhouden. Hoewel de Ombudsman geen standpunt inneemt over de geldigheid van de vertrouwelijkheidsclaims van Intel in het kader van zaak COMP/37.990, merkt hij op dat de Commissie niet heeft uitgesloten dat bepaalde van die vertrouwelijkheidsclaims geldig kunnen zijn geweest. In dergelijke omstandigheden zou het niet in overeenstemming zijn geweest met de beginselen van behoorlijk bestuur dat de Commissie als overheidsinstantie een derde heeft verzocht, aangemoedigd of gefaciliteerd om maatregelen te nemen die (zelfs mogelijk) inbreuk zouden hebben gemaakt op het recht van een andere derde om zijn vertrouwelijke informatie te beschermen. [135]

200. Indien de Commissie een derde zou verzoeken om in een mededingingszaak vertrouwelijke informatie aan een klager bekend te maken, waartoe die klager anders geen toegang zou hebben in het kader van de toepassing van artikel 6 van Verordening (EG) nr. 773/2004, zou dit ook de algehele onpartijdigheid van de Commissie in het kader van het onderzoek in twijfel kunnen trekken. [136]



201. De klager in dit onderzoek voert aan dat de Commissie de overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD heeft aangemoedigd door Dell al op 9 augustus 2007 een lijst van citaten uit de vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar te verstrekken. De Ombudsman begrijpt uit de brief van 14 augustus 2007 dat de brief van 9 augustus 2007 tot doel had Dell in kennis te stellen van de verschillende citaten in de mededeling van punten van bezwaar, die mogelijk informatie bevatten over of betrekking hebben op Dell. De verstrekking van deze lijst van citaten uit de mededeling van punten van bezwaar aan Dell zou Dell in staat stellen vast te stellen wat zij als vertrouwelijke informatie beschouwt die niet aan AMD mag worden bekendgemaakt in het kader van de verstrekking aan AMD van de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar. Het antwoord van Dell van 14 augustus 2009 was bedoeld om de Commissie ervan te overtuigen dat zij in de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar die aan AMD moest worden toegezonden, geen informatie mag opnemen die Dell vertrouwelijk achtte. Dit akkoord wordt bevestigd door het onderzoek door de Ombudsman van een e-mail van 23 augustus 2007 van een externe raadsman van Dell (de heer C) aan een collega, waarin C stelt dat een ambtenaar van de Commissie (de heer D) met hem de redactie van de mededeling van punten van bezwaar van citaten heeft besproken die Dell vertrouwelijk achtte.

202. De brief van de Commissie en het antwoord van Dell maakten dus deel uit van de „normale procedure”, waarbij de Commissie tracht te bepalen welke informatie uit de vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar moet worden verwijderd om een niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar op te stellen. Bijgevolg is de Ombudsman van mening dat de brief van 14 augustus 2007 geen bewijs vormt dat de Commissie een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD heeft aangevraagd, aangemoedigd of vergemakkelijkt.

203. De klager in dit onderzoek voert ook aan dat de e-mail van 3 september 2007, waarin een externe raadsman van Dell (de heer C) een senior collega mededeelt dat een ambtenaar van de Commissie (de heer D) de heer C had gebeld om te vragen of Dell „overwoog gebruik te maken van een [overeenkomst inzake informatie -uitwisseling] met AMD die vergelijkbaar is met die van [dell] met Intel voor de offertes van punten van bezwaar”, het bewijs vormt dat de Commissie Dell heeft verzocht een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met AMD aan te gaan met het oog op het verstrekken van informatie waarover AMD in de gewijzigde versie van de mededeling van punten van bezwaar geen toegang zou hebben. Klager verwijst ook naar een brief van 18 september 2008 van de raadsman van Dell aan de Ombudsman, waarin de externe raadsman van Dell verklaart dat „de Commissie Dell heeft voorgesteld een overeenkomst inzake niet-openbaarmaking te sluiten met de adviseurs en economen van AMD voor het delen van Dell-documenten die in de mededeling van punten van bezwaar worden gebruikt”.

204. De Ombudsman merkt op dat de Commissie het er niet mee eens is dat zij Dell heeft voorgesteld een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met AMD te sluiten. De Commissie stelt dat zij pas intern is begonnen over de mogelijkheid van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD na een telefoongesprek op hoog niveau met Dell op 30 augustus 2007, waarin een dergelijke overeenkomst inzake informatie-uitwisseling is



besproken. De Commissie betoogt dat, aangezien in de agenda die de Commissie vóór het telefoongesprek heeft opgesteld en aan Dell is toegezonden, geen melding is gemaakt van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD, [137] het „*aannemelijk [is] dat B, [138] of de externe raadsman van Dell in dit telefoongesprek eerst de mogelijkheid van een bilaterale informatie-uitwisseling met AMD heeft genoemd*”.

205. De Commissie bevestigt categorisch dat een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD tijdens dat telefoongesprek daadwerkelijk is besproken.

206. Op basis van deze agenda voor het telefoongesprek [139] is de Ombudsman het ermee eens dat de Commissie bij het begin van het telefoongesprek van 30 augustus 2007 voornemens was de redactie van citaten van Dell uit de mededeling van punten van bezwaar te bespreken. Uit het enkele feit dat de agenda geen informatie-uitwisselingsovereenkomst tussen Dell en AMD vermeldt, kan de Ombudsman echter geen conclusie trekken over de vraag of de Commissie of Dell de kwestie aan de orde heeft gesteld.

207. De Ombudsman merkt op dat de Commissie niet categorisch verklaart dat Dell de mogelijkheid van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling aan de orde heeft gesteld, noch categorisch verklaart dat het niet de Commissie was die de mogelijkheid van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling aan de orde stelde. In plaats daarvan stelt zij dat het „*aannemelijk*” was dat de kwestie voor het eerst door Dell werd genoemd.

208. De Ombudsman erkent dat het, *ab initio*, „*aannemelijk*” is dat de Commissie of Dell de kwestie van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling in een dergelijk telefoongesprek aan de orde zou stellen. De Ombudsman begrijpt dat dergelijke overeenkomsten voordelen kunnen opleveren voor een partij die door de Commissie wordt verplicht om deze laatste bijgewerkte versies van eerder aan de Commissie overgelegd bewijsmateriaal te verstrekken. [140] De Ombudsman heeft immers bij zijn inspectie van het dossier van de Commissie kennis genomen van correspondentie tussen de Commissie en een andere OEM [141], waarin deze andere OEM de Commissie op de hoogte brengt van a) de last die gepaard gaat met het verstrekken van redacted versies van de (aantal) documenten van die OEM in het dossier van de Commissie, en b) het voordeel (voor die OEM) van het vermijden van dergelijke kosten door het aangaan van een informatie-uitwisselingsovereenkomst (met Intel). Het zou niet ongebruikelijk zijn dat een partij die door de Commissie wordt verzocht om tijdens een telefoongesprek op *hoog niveau* met laatstgenoemde de details van de aan de Commissie verstrekte informatie te bespreken, de Commissie een alternatief voorstelt dat voor die partij minder belastend zou zijn. De Ombudsman begrijpt dat de Commissie ook „*voordelen*” kan zien in dergelijke overeenkomsten inzake informatie-uitwisseling. Het bestaan van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen een partij die informatie aan de Commissie heeft verstrekt en een klager kan het voor de Commissie overbodig maken wanneer zij probeert een „*betekenisvolle*” niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar op te stellen, om de vertrouwelijkheidsclaims van de onderzochte partij met betrekking tot die informatie te verifiëren en een standpunt in te nemen. Deze opvatting van de Ombudsman wordt volgens hem bevestigd door de latere acties van de Commissie. Kortom, hoewel de Commissie niet overtuigd was van de gegrondheid van de vertrouwelijkheidsclaims van Intel,



heeft zij uit de mededeling van punten van bezwaar de offertes van Dell waarvan Intel beweerde dat zij ook vertrouwelijke informatie over Intel bevatten, uit de mededeling van punten van bezwaar geschrapt. De reden, volgens de Ombudsman, dat de Commissie niet verder heeft ingegaan op de vraag of dergelijke vorderingen al dan niet geldig waren, was omdat de Commissie wist dat de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar voor AMD zinvol was, aangezien AMD via de overeenkomst inzake informatie-uitwisseling toegang had tot de betwiste offertes van Dell.

209. Wanneer de Ombudsman met twee uiteenlopende feiten wordt gepresenteerd, die beide *ab initio* plausibel zijn, zal hij trachten na te gaan of er aanwijzingen zijn die een grotere geloofwaardigheid geven aan de ene beschrijving van de feiten boven de andere.

210. De Ombudsman merkt in de eerste plaats op dat de e-mail van 3 september 2007 het begrip van de heer C [142] van een gesprek met de heer D (een ambtenaar van de Commissie) weerspiegelt. Als zodanig kan niet zeker zijn dat de e-mail *precies* de woorden weerspiegelt die D in dat gesprek heeft gebruikt. Het kan echter worden begrepen dat de e-mail een weerspiegeling is van het eerlijke begrip van C, met name in het licht van het feit dat de e-mail *in tempore non suspecto is opgesteld, dat* wil zeggen zonder te hebben nagedacht over de vraag of deze later als bewijs zou worden gebruikt. [143] Als zodanig concludeert de Ombudsman dat voldoende is bewezen dat de kwestie van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling is vermeld in het telefoongesprek van 3 september 2007. [144]

211. In het licht van het bovenstaande is de Ombudsman van mening dat het feit dat de heer C en D in het telefoongesprek van 3 september 2007 een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling hebben besproken, niet impliceert dat dit de eerste keer was dat deze kwestie tussen de Commissie en Dell werd besproken. [145] De Ombudsman merkt op dat de heer D een (relatief) junior lid is [146] van het caseteam. De Ombudsman acht het onwaarschijnlijk dat, indien de Commissie de externe raadsman van Dell een belangrijke ontwikkeling in haar procedure met Dell zou willen meedelen, zij een dergelijk eerste gesprek zou hebben overgelaten aan een junior lid van het caseteam. De Ombudsman acht het eerder waarschijnlijker dat de kwestie eerder werd besproken in de context van wat de Commissie op 30 augustus 2007 een „*hoog niveau*” telefoongesprek noemt, waaraan Dell's meest senior interne raadsman, de senior externe raadsman van Dell en de senior leden van het caseteam van de Commissie hebben deelgenomen.

212. Wat betreft de vraag of de Commissie of Dell (of de externe raadsman van Dell) in het kader van het telefoongesprek op *hoog niveau* van 30 augustus 2007 voor het eerst de kwestie van de overeenkomst inzake informatie-uitwisseling aan de orde heeft gesteld, merkt de Ombudsman op dat de Commissie verwijst naar een „*interne nota*” betreffende het telefoongesprek op *hoog niveau* van 30 augustus 2007. De Ombudsman heeft deze nota onderzocht in het kader van zijn inspectie. De nota bevat de indrukken van de ambtenaren van de Commissie die aanwezig zijn op de vergadering van 30 augustus 2007. De betrokken nota lijkt echter geen gelijktijdige weergave te zijn van het „*hoge*” telefoongesprek in kwestie. In de nota staat dat het zeker is dat het idee van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tijdens de vergadering werd „*zweven*”. Het geeft niet precies aan wie dat idee „*zweefde*” (het





zou hooguit kunnen suggereren dat het „*aannemelijk*” was dat Dell of Dell's externe raadsman suggereerde dat Dell een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling zou gebruiken).

213. Klager verwees ook naar e-mails tussen C en D van 25 en 26 september 2007. Hij voerde aan dat deze e-mailuitwisseling bevestigt dat de Commissie Dell heeft aangemoedigd de **[overeenkomst]** met AMD aan te gaan en haar vertrouwelijk materiaal uit de mededeling van punten van bezwaar te verstrekken. De Ombudsman merkt op dat de heer D in een e-mail van 26 september 2007 de heer C „*voor uw constructieve hulp op dit gebied*” bedankte. Volgens klager stelde de dankbetuiging van de heer D voor de „*constructieve hulp*” van Dell ontegenzeggelijk vast dat de Commissie verheugd was over het feit dat Dell bereid was **[een overeenkomst]** met AMD te sluiten en zelfs dat de Commissie de overeenkomst had bevorderd en aangemoedigd.

214. De Ombudsman heeft, in het kader van zijn inzage in het dossier, interne e-mails van de Commissie in het oog gehad, waaruit blijkt dat de verwijzingen naar „*constructieve hulp op dit gebied*” van de heer A niet zijn gemaakt met betrekking tot de „*aanmoediging*” van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD, maar veeleer naar de coöperatieve houding van Dell ten aanzien van de wijziging van een ontwerp-overeenkomst inzake informatie-uitwisseling die Dell aan de Commissie heeft toegezonden. De wijzigingen die de Commissie nodig achtte (om te voldoen aan de regels voor toegang tot het dossier) hadden betrekking op de verwijdering van verwijzingen naar een recht van AMD op „*toegang tot het dossier*”. [147] Uit interne e-mails blijkt dat de Commissie in september 2007 actief de traditionele procedure voor het redigeren van de mededeling van punten van bezwaar nastreeft.

215. Gelet op het voorgaande is de Ombudsman niet van mening dat de e-mails tussen C en D van 25 en 26 september 2007 overtuigend bewijs vormen dat de Commissie Dell heeft aangemoedigd een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling te sluiten.

216. De Ombudsman is van mening dat indien de Commissie, overeenkomstig de beginselen van behoorlijk bestuur, op het relevante tijdstip een interne nota van de belangrijke elementen van het telefoongesprek van 30 augustus 2007 had opgesteld, zij in staat zou zijn geweest om belangrijke bewijzen te verstrekken over wie voor het eerst een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD voorstelde. [148] De Ombudsman betreurt dat het ontbreken van een interne nota van het telefoongesprek op het relevante moment het mogelijk maakt onzekerheid te bestaan over de precieze inhoud ervan. De Ombudsman is ook van mening dat, indien de Commissie destijds een dergelijke interne nota had opgesteld, zij ook in staat zou zijn geweest de beschuldigingen dat haar ambtenaren ten onrechte de kwestie van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling op ongepaste wijze aan de orde hadden gesteld, naar behoren te behandelen.

217. Aangezien klager geen beweringen of argumenten heeft aangevoerd met betrekking tot het niet opstellen van een interne nota van het telefoongesprek van 30 augustus 2007, zal de Ombudsman de kwestie in dit onderzoek dus niet behandelen, maar in plaats daarvan een verdere opmerking maken.



218. De Ombudsman acht het waarschijnlijk dat de mogelijkheid van een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD voor het eerst is aangekaart in het telefoongesprek van 30 augustus 2007. Aangezien er geen gelijktijdige bewijsstukken van de inhoud van dat telefoongesprek bestaan en rekening houdend met de bevindingen van de Ombudsman met betrekking tot het hem voorgelegde bewijsmateriaal (zie punten 201-215 hierboven), is de Ombudsman van oordeel dat het beschikbare bewijsmateriaal niet volstaat om een standpunt in te nemen over de vraag of de Commissie Dell eerst heeft voorgesteld een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling met AMD te sluiten. Aangezien de Ombudsman niet van mening is dat zijn onderzoeken verder bewijsmateriaal aan het licht zouden brengen dat de precieze inhoud van het telefoongesprek van 30 augustus 2007 zou kunnen verduidelijken, sluit hij zijn onderzoek derhalve af met de bevinding dat verdere onderzoeken van de Ombudsman met betrekking tot deze bewering niet gerechtvaardigd zijn.

## C. Conclusies

Op basis van zijn onderzoek naar de eerste bewering sluit de Ombudsman zijn onderzoek af met de volgende kritische opmerking:

Door geen schriftelijke nota te maken van de vergadering van 23 augustus 2006 met het oog op de opstelling van overeengekomen notulen van die vergadering, heeft de Commissie de beginselen van behoorlijk bestuur geschonden.

Op basis van zijn onderzoek naar de tweede bewering is de Ombudsman tot de bevinding gekomen dat verdere onderzoeken van de Ombudsman niet gerechtvaardigd zijn. Daarom sluit hij zijn onderzoek af.

Klager en de Europese Commissie zullen van dit besluit in kennis worden gesteld.

## VERDERE OPMERKING

Het is in het belang van een goede administratie dat de Commissie haar personeel opdracht geeft ervoor te zorgen dat een behoorlijke interne nota, die in het dossier moet worden opgenomen, wordt gemaakt van de inhoud van de vergaderingen of telefoongesprekken met derden over belangrijke procedurele kwesties.

P. Nikiforos DIAMANDOUROS



Gedaan te Straatsburg op 14 juli 2009

[1] Artikel 82 EG verbiedt misbruik van machtspositie.

[2] Zie gevoegde zaken T-191/98 en T-212/98–T-214/98, *Atlantic Container Line e.a./Commissie*, *Jurispr.* 2003, blz. II-3275 (ook bekend als *TACA*).

[3] Klager heeft een kopie van dit document aan de Ombudsman voorgelegd.

[4] De raadadviseur-auditeur is een ambtenaar van de Commissie die tot taak heeft de onpartijdigheid en objectiviteit van de mededingingsprocedures van de Commissie te verbeteren. Het mandaat van de raadadviseur-auditeur is vastgelegd in Besluit 2001/462 van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 162 van 19 juni 2001, blz. 21-24).

[5] Zie de zaken T-457/08 R *Intel/Commissie* (nog niet gerapporteerd) en T-457/08 *Intel/Commissie* (nog niet gerapporteerd).

[6] Zie beschikking van de president van het Gerecht van 27 januari 2009 in zaak T-457/08 R, *Intel Corp/Commissie* (nog niet gepubliceerd).

[7] Zie voetnoot 6 hierboven.

[8] In haar advies van 20 maart 2009 heeft de Commissie geoordeeld dat het niet zeker is dat het feit dat Intel haar verzoekschrift in zaak T-457/08 heeft ingetrokken, automatisch de klacht van Intel bij de Ombudsman opnieuw ontvankelijk maakt. Onverminderd haar standpunt in toekomstige zaken heeft de Commissie evenwel verklaard dat zij in dit specifieke geval niet verder zal gaan met de kwestie van de mogelijke niet-ontvankelijkheid van de klacht.

[9] In zijn brief van 16 februari 2009 aan de Commissie verklaarde de Ombudsman dat de zeer korte termijn gerechtvaardigd was, aangezien de Commissie sinds 22 juli 2008 op de hoogte was van de beschuldigingen en van al het bewijsmateriaal sinds 26 september 2008.

[10] De klager stelt dat de schriftelijke follow-up na de vergadering, die door Dell aan de Commissie is toegezonden, erop wijst dat de agenda inderdaad is gevolgd.

[11] Een mededeling van punten van bezwaar is een formele stap in de onderzoeken naar het mededingingsrecht van de Commissie, waarbij de Commissie de betrokken partijen schriftelijk in kennis stelt van de tegen hen aangevoerde bezwaren. De adressaat van een mededeling van punten van bezwaar kan de mededeling van punten van bezwaar (schriftelijk) beantwoorden en alle haar bekende feiten uiteenzetten die relevant zijn voor zijn verweer tegen de door de Commissie aangevoerde bezwaren. De geadresseerde kan ook verzoeken om een mondelinge behandeling om zijn opmerkingen over de zaak in te dienen. De Commissie kan vervolgens beslissen of de in de mededeling van punten van bezwaar behandelde gedraging al dan niet verenigbaar is met de mededingingsregels van het EG-Verdrag (artikelen 81 en 82 EG). De



toezending van een mededeling van punten van bezwaar loopt niet vooruit op het eindresultaat van de procedure. De Commissie kan er ook voor kiezen een of meer aanvullende mededelingen van punten van bezwaar toe te zenden.

[12] De klager heeft een volledig afschrift van dit getuigenis aan de Ombudsman verstrekt.

[13] De klager verklaart dat Intel op 22 januari 2008 de raadadviseur-auditeur van de Commissie heeft geschreven over een aantal verzoeken om toegang tot het dossier. Deze verzoeken omvatten een verzoek om een kopie van het interview met de heer A. Op 19 februari 2008 antwoordde de raadadviseur-auditeur: „Ik heb geen kennis van het interview met [de heer A] van 23 augustus 2006 en heb het Case Team gevraagd op dit verzoek te reageren”.

[14] De klager verklaart dat het zaakteam op 21 februari 2008 een e-mail heeft gestuurd waarin wordt bevestigd dat de heer A inderdaad op 23 augustus 2006 een vergadering met de Commissie heeft bijgewoond, maar dat „de Commissie tijdens deze vergadering [de heer A] niet heeft geïnterviewd en dat er geen notulen van de vergadering hebben plaatsgevonden”. Op 10 maart 2008 heeft de raadadviseur-auditeur geantwoord dat, volgens de informatie die zij van het dossier had ontvangen, „geen onderhoud overeenkomstig artikel 19 van Verordening 1/2003 heeft plaatsgevonden en dat er geen notulen zijn genomen tijdens of na de vergadering die deel uitmaakt van het dossier”.

[15] De klager verklaart dat Intel op 14 april 2008 opnieuw naar de raadadviseur-auditeur heeft geschreven, waarin het belang van de benadering van het caseteam ten aanzien van het interview met de heer A wordt toegelicht en zijn bezorgdheid wordt geuit over het feit dat het zaakteam geen gedetailleerd verslag van zo’n belangrijke bijeenkomst had gemaakt. Bij brief van 7 mei 2008 erkende de raadadviseur-auditeur dat een teamlid van een zaak een „nota in het dossier” had opgesteld over de vergadering van 23 augustus 2006. De raadadviseur-auditeur verklaarde dat de nota in kwestie in het dossier had moeten worden opgenomen. Ze oordeelde echter ook dat Intel geen toegangsrecht had omdat de nota een „interne nota” was en „ogenschijnlijk” niet was gebruikt in de aan Intel gerichte mededeling van punten van bezwaar.

[16] Artikel 11 (Fairness) bepaalt dat „de ambtenaar onpartijdig, eerlijk en redelijk handelt.”

[17] Artikel 12 (Courtesy) luidt als volgt:

„ 1. De ambtenaar is servicegericht, correct, hoffelijk en toegankelijk in relatie met het publiek. Bij het beantwoorden van correspondentie, telefoongesprekken en e-mails tracht de ambtenaar zo behulpzaam mogelijk te zijn en beantwoordt hij zo volledig en nauwkeurig mogelijk vragen die worden gesteld.

2. Indien de ambtenaar niet verantwoordelijk is voor de betrokken zaak, leidt hij de burger door naar de bevoegde ambtenaar.

3. Indien zich een fout voordoet die de rechten of belangen van een lid van het publiek negatief



*beïnvloedt, verontschuldigt de ambtenaar zich hiervoor en tracht hij de negatieve gevolgen van zijn vergissing op de meest geschikte wijze te corrigeren en het lid van het publiek op de hoogte te stellen van eventuele beroepsrechten overeenkomstig artikel 19 van het wetboek.*

[18] De artikelen 7, 8 en 9 van het Europees wetboek van goed administratief gedrag schrijven respectievelijk voor dat een Europese instelling of orgaan „geen gebruik [moet] maken van [haar] bevoegdheden voor doeleinden die geen grondslag hebben in de wet of die niet door enig algemeen belang zijn gemotiveerd, ” onpartijdig en onafhankelijk moet zijn en zich moet onthouden van willekeurige handelingen die nadelig zijn voor de burgers, en „ de relevante factoren in aanmerking [moeten] nemen en elk van hen zijn eigen gewicht in het besluit moet geven”.

[19] De Ombudsman begrijpt dat deze documenten betrekking hadden op de getuigenis van de heer A voor de FTC in 2003.

[20] De toegang tot het dossier is een belangrijke procedurele stap in mededingings- en fusiezaken. Het stelt de adressaat van een mededeling van punten van bezwaar (zie voetnoot 11 hierboven) in staat om in het dossier van de Commissie al het bewijsmateriaal te zien, ongeacht of het belastend of vrijsprekend is. Een partij kan dan de feiten begrijpen die de Commissie ertoe hebben gebracht een mededeling van punten van bezwaar toe te zenden en de aandacht van de Commissie vestigen op elementen uit het dossier die volgens de partij onvoldoende gewicht hebben gekregen. Dit is een fundamentele procedurele waarborg die de rechten van verdediging van ondernemingen waarborgt. De Commissie heeft een mededeling gepubliceerd over de regels voor toegang tot het dossier van de Commissie (Publicatieblad C 325 van 22 december 2005, blz. 7-15).

[21] De nadruk van de Commissie.

[22] Aangehaald in voetnoot 20.

[23] Aangehaald in voetnoot 2.

[24] Zie zaak T-38/02, *Groupe Danone/Commissie* , Jurispr. 2005, blz. II-4407.

[25] De Commissie merkte op dat het onderzoektijdvak waarop de mededeling van punten van bezwaar van 26 juli 2007 betrekking had, betrekking heeft op de periode vanaf december 2002, terwijl de getuigenis van A vóór de FTC van maart 2003 grotendeels betrekking heeft op de periode van december 2002.

[26] De Ombudsman begrijpt dat de Commissie naar de Agenda verwijst (zie paragraaf 36 hierboven).

[27] Gelet op de mededelingen van punten van bezwaar die de Commissie op 27 juli 2007 en 17 juli 2008 aan Intel heeft meegedeeld, is de Commissie van mening dat de getuigenis van A voor de FTC in 2003, waarop Intel zich beroept en die zij als ontlastend beschouwt, geen steun



biedt aan de bewering van Intel dat de aan Dell betaalde kortingen niet van exclusiviteit afhankelijk waren gesteld.

[28] De Ombudsman herinnert eraan dat het advies van de Commissie in maart 2009 is ingediend. Zij heeft in mei 2009 een besluit genomen.

[29] Aangehaald in voetnoot 2.

[30] Aangehaald in voetnoot 24.

Zie zaak T-30/91, *Solvay/Commissie*, Jurispr. 1995, blz. II-1775, punt 81.

[32] Zie de beschikking in zaak COMP/37.990 van 13 mei 2009 (nog niet gerapporteerd).

[33] In dit verband verwees klager naar zaak T-314/01, *Avebe/Commissie*, Jurispr. 2006, blz. II-3085, punt 66; Zaak T 30/91, *Solvay/Commissie*, Jurispr. 1995, blz. II-1775, *punten* 81 e.v.; Gevoegde zaken C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S e.a./Commissie*, Jurispr. 2004, blz. I-123, punt 75.

[34] De gemeenschapsrechter heeft verklaard dat „*de door de communautaire rechtsorde in administratieve procedures geboden waarborgen met name het beginsel van behoorlijk bestuur omvatten, dat de verplichting van het bevoegde orgaan inhoudt om alle relevante aspecten van het individuele geval zorgvuldig en onpartijdig te onderzoeken*”. Zie zaak T-339/04, *France Télécom/Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-521, punt 94. Zie ook arrest *TACA*, aangehaald in voetnoot 2, punt 404. Alvorens een onderzoek in te *stellen*, is de Commissie daarentegen slechts verplicht rekening te houden met de feitelijke en juridische elementen die de klager haar ter kennis heeft gebracht (om te beslissen of er een voldoende communautair belang is om een onderzoek in te stellen). Zie arrest *Automec Srl/Commissie (Automec II)*, Jurispr. 1992, blz. II-2223, punt 86. Zie ook zaak 210/81, *Oswald Schmidt, handelend als Demo-Studio Schmidt/Commissie*, Jurispr. 1983, blz. 3045, punt 19; Zaak C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) e.a./Commissie*, Jurispr. 1999, blz. I-1341, punt 86.

[35] Zie de gevoegde zaken 43/82 en 63/82, *VBVB en VBBB/Commissie*, Jurispr. 1984, blz. 19, r.o. 18.

[36] Zie zaak T-201/04, *Microsoft/Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-3601, punt 1275.

[37] Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, PB L 1 van 4 januari 2003, blz. 1-25.

[38] De Ombudsman merkt op dat Verordening 1/2003 in werking is getreden na de besluiten die hebben geleid tot de arresten van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *TACA* en *Groupe Danone* (respectievelijk aangehaald in voetnoten 2 en 24).





[39] Verordening nr. 17/62 van de Raad (1962) PB 204.

[40] Zie de punten 56-60 hierboven.

[41] In punt 12 van de mededeling wordt het volgende bepaald:

*„ De diensten van de Commissie zijn niet verplicht om notulen van vergaderingen met personen of ondernemingen op te stellen. Indien de Commissie ervoor kiest om nota's van dergelijke vergaderingen te maken, vormen dergelijke documenten de eigen interpretatie van wat de Commissie tijdens de vergaderingen heeft gezegd, om welke reden zij als interne documenten worden aangemerkt.*

[42] Aangehaald in voetnoot 2.

[43] Aangehaald in voetnoot 24.

[44] Zie de gevoegde zaken 16/62 en 17/62, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a./Raad* (Engelse speciale uitgave, blz. 471); Zaak 45/86, *Commissie/Raad*, Jurispr. 1987, blz. 1493; Zaak C-300/89, *Commissie/Raad*, Jurispr. 1991, blz. I-2867, punt 10; en zaak C-295/90, *Parlement/Raad*, Jurispr. 1992, blz. I-4193, punt 13.

Zaak C-322/88, *Salvatore Grimaldi*, Jurispr. 1989, blz. 4407, r.o. 14.

[46] Interviews kunnen vele vormen aannemen, zoals vergaderingen, telefoongesprekken of videoconferenties (zie artikel 3, lid 2, van Verordening (EG) nr. 773/2004).

[47] Bij voorbeeld vergaderingen die plaatsvinden in het kader van de beoordeling van groepsvrijstellingsverordeningen of vergaderingen die plaatsvinden in het kader van de beoordeling van *beleidsrichtsnoeren*.

[48] Een interview dat wordt gevoerd vóór de formele aanvang van een onderzoek (zoals een gesprek met een klager) is waarschijnlijk geen „*verhoor*” in de zin van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003. Het kan nog steeds een goede administratieve praktijk zijn om dergelijke vergaderingen op passende wijze te registreren.

[49] Deze regel vloeit voort uit de bewoordingen van artikel 19 van verordening nr. 1/2003 zelf, waarin wordt bepaald dat „*de Commissie elke natuurlijke of rechtspersoon die ermee instemt te worden gehoord en de rechtspraak [ kan ] ondervragen* (zie arrest 43/82 en 63/82, *VBVB en VBBB/Commissie*, Jurispr. 1984, blz. 19, r.o. 18), waarin wordt verklaard dat „*de Commissie over een redelijke beoordelingsmarge beschikt om te beslissen hoe nuttig het kan zijn personen te horen wier bewijsmateriaal relevant kan zijn voor het onderzoek*”.

[50] Zie bijvoorbeeld het besluit van de Europese Ombudsman betreffende klacht 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH tegen de Raad in punt 3.5.



[51] De Commissie kan het artikel 19-interview opnemen door een nota op te stellen, of door middel van een audio-opname of een video-opname. De Ombudsman is van mening dat de Commissie de meest geschikte middelen moet gebruiken om het interview in artikel 19 vast te leggen, gezien het specifieke doel, de inhoud en de context van een onderhoud. Indien het interview betrekking heeft op een zeer complexe reeks feiten, die moeilijk *ter plaatse* nauwkeurig kunnen worden vertaald, moet de Commissie ervoor kiezen een audio- of video-opname van het onderhoud te maken.

[52] Artikel 14, lid 8, van verordening (EG) nr. 773/2004 (gedrag van hoorzittingen) legt de Commissie daarentegen duidelijk de verplichting op om ervoor te zorgen dat de verklaringen die elke persoon tijdens de hoorzittingen heeft afgelegd, worden opgenomen. Daarin staat dat „*[d]e verklaringen van elke gehoorde persoon moeten worden geregistreerd*” (*cursivering van mij*).

[53] Hoewel het op grond van de *bewoordingen* van artikel 3 aanvechtbaar is dat het onduidelijk is of er een wettelijke verplichting bestaat om een „*artikel 19-verhoor*” te registreren, is het ook aannemelijk dat een teleologische uitlegging van artikel 3 van verordening 773/200 leidt tot de conclusie dat het aldus moet worden uitgelegd dat het vereist dat een verslag in enige vorm van een artikel 19-gesprek moet worden gemaakt. Kortom, het doel van artikel 19 is de Commissie in staat te stellen informatie te verzamelen over het voorwerp van een onderzoek. Het doel van artikel 19 zou wellicht worden ondermijnd indien de Commissie de door haar verzamelde informatie niet zou registreren. Het is ook aannemelijk dat een contextuele uitlegging van artikel 19 van verordening nr. 1/2003, in samenhang met artikel 3 van verordening 773/2004, zou leiden tot de conclusie dat er inderdaad een verplichting bestaat om een verslag van een artikel 19-gesprek te maken. De formulering van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 is vergelijkbaar met de bewoordingen van de artikelen 18 en 20, voor zover de artikelen 18 en 20 de Commissie ook de bevoegdheid verlenen, maar niet de verplichting om (respectievelijk) verzoeken om inlichtingen in te dienen en inspecties uit te voeren. Het valt niet te betwisten dat, telkens wanneer de Commissie *ervoor kiest* de in de artikelen 18 en 20 bedoelde bevoegdheden uit te oefenen, de resultaten van de uitoefening van deze bevoegdheden (het antwoord van de partij bij wie een verzoek om artikel 18 wordt ingediend en de documenten die in het kader van een inspectie samen met de „toelichtingen” in verband daarmee zijn verkregen) in het dossier *moeten* worden opgenomen. Een ander contextueel argument voor de uitlegging van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 met een verplichting om een „*artikel 19-gesprek*” op te nemen, kan worden afgeleid uit artikel 3 zelf. In artikel 3, lid 1, van Verordening (EG) nr. 773/2004 is bepaald dat *de Commissie „de geïnterviewde in kennis moet stellen van haar voornemen om een verslag van het onderhoud op te stellen*”. De Commissie moet dus ten minste de intentie hebben om bij aanvang van het onderhoud een verslag van een artikel 19-verhoor te maken. Het lijkt onbegrijpelijk dat artikel 3, lid 3, aldus wordt uitgelegd dat het de Commissie in staat stelt, zonder geldige reden, af te zien van het maken van een verslag van het „*artikel 19-ondervraging*”.

[54] Het gebruik van het woord „om het *even welke*” kan natuurlijk ook aldus worden opgevat dat de Commissie weliswaar de intentie moet hebben om een verklaring over het voorwerp van het onderzoek af te leggen, en deze intentie *moet* volgen indien er daadwerkelijk een verklaring over het voorwerp van het onderzoek wordt afgelegd, maar dat het niet zeker is *dat* de



geïnterviewde partij in antwoord op de vragen van de Commissie daadwerkelijk zal reageren met informatie over het voorwerp van het onderzoek. Indien daadwerkelijk geen informatie over het voorwerp van een onderzoek zou worden verstrekt, zou er geen registratie op grond van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 mogelijk zijn.

[55] De Ombudsman merkt op dat de communautaire rechtbanken nog niet de gelegenheid hebben gehad om uitspraak te doen over de juiste betekenis van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003 of artikel 3 van Verordening 773/2004. Er zij aan herinnerd dat het Hof van Justitie de hoogste autoriteit is op het gebied van de betekenis en uitlegging van het gemeenschapsrecht (zie bijvoorbeeld het besluit van de Europese Ombudsman over klacht 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH tegen de Raad, punt 3.5).

[56] Zie punt 1.7 van het besluit van de Ombudsman inzake klacht 995/98/OV en paragraaf 2.8 van het besluit van de Ombudsman inzake klacht 1999/2007/FOR (beschikbaar op de website van de Europese Ombudsman).

[57] De Ombudsman onderstreept dat hij het niet noodzakelijkerwijs eens is met deze veronderstelling. Hij merkt ook op dat de communautaire rechtbanken nog geen gelegenheid hebben gehad om een „authentieke” interpretatie van dit aspect van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 773/2004 te geven. Zie voetnoot 90 hierboven.

[58] In een dergelijke nota moet de Commissie voldoende aangeven welke informatie reeds in het dossier is opgenomen. Zij moet ook beoordelen of de opstelling van een „*aantekening op artikel 19*” en de daaropvolgende omzetting van die nota in een „*artikel 19-verklaring*” noodzakelijk zouden zijn om de reeds in het dossier opgenomen informatie te bevestigen of te verifiëren.

[59] Of deze risico's zich voordoen, hangt af van de vraag of de informatie die in het onderhoud van artikel 19 is verstrekt, in feite *tijdig in het dossier is opgenomen om de onderzochte partij in staat te stellen haar rechten van verdediging tijdens de administratieve procedure uit te oefenen*.

[60] Ondanks het feit dat de geïnterviewde personen hun toestemming hebben gegeven om te worden verhoord met betrekking tot het „*onderwerp van een onderzoek*”, kan niet worden uitgesloten dat zij tijdens het onderhoud in feite geen „*informatie betreffende het voorwerp van een onderzoek*” mogen verstrekken.

[61] Zie arrest Gerecht van 14 juli 2004, *JFE Engineering Corp./Commissie* (T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr. blz. II-2501, punt 206).

[62] *Idem* in punt 207. De Ombudsman merkt op dat, *onder meer*, de FTC-getuigenis van de heer A en de daarbij gevoegde tentoonstellingen bevestigen dat de heer A een „*rechtstreekse getuige*” was van de door hem beschreven gebeurtenissen.

[63] *Idem* in punt 208 (naar analogie).



[64] *Idem* in de punten 209 en 210.

[65] De goedkeuring kan expliciet of impliciet zijn. In artikel 3, lid 3, wordt bepaald dat een kopie van de *gespreksnota „ter goedkeuring ter beschikking van de verhoorde persoon moet worden gesteld. ” Daarnaast stelt de Commissie „indien nodig, de Commissie een termijn vast waarbinnen de geïnterviewde haar alle correcties kan meedelen die in de verklaring moeten worden aangebracht.”*. De Ombudsman begrijpt derhalve dat deze bepaling inhoudt dat, indien een partij binnen de gestelde termijn geen correcties aan de Commissie meedeelt, de Commissie bevoegd is te oordelen dat het door haar opgestelde verslag juist is.

[66] Er staat niets eraan in de weg dat de diensten van de Commissie tegelijkertijd en naast een „ *artikel 19-gespreksnota*” afzonderlijke interne nota’s opstellen die de beoordelingen en persoonlijke standpunten van de diensten van de Commissie met betrekking tot het onderhoud bevatten. Afhankelijk van de aard van het onderhoud op grond van artikel 19 kan het dienstig zijn dat de diensten van de Commissie ook dergelijke interne nota’s maken.

[67] Zie punt 36 hierboven.

[68] Uit een zorgvuldige analyse van de schriftelijke follow-up van Dell naar de vergadering van 23 augustus 2006 blijkt dat er inderdaad kwesties waren die tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 werden besproken, die niet in de nota van 29 augustus 2006 zijn uiteengezet, althans op het detailniveau waarvan de schriftelijke follow-up door Dell aangeeft dat zij tijdens de vergadering van 23 augustus 2006 zijn besproken. In antwoord op vraag 4 stelt Dell bijvoorbeeld het volgende:

*„ De Commissie heeft deze vraag gesteld in het kader van een bespreking van bewijsstuk 9 van de Testimony, met daarin een e-mail van [A] aan [de heer F] van Intel in april 2002 waarin de prestaties van [een AMD-product] worden besproken. [De] mening van de heer A, gebaseerd op een prestatieanalyse die zijn team destijds uitvoerde, was dat [het AMD-product] beter zou presteren dan [een Intel-product]. De Commissie zoekt de benchmarks die voor deze analyse zijn gebruikt .*

De Ombudsman merkt op dat, hoewel dit fragment uit de schriftelijke follow-up van Dell specifiek verwijst naar een discussie die plaatsvond tijdens de vergadering van 23 augustus 2006, de nota van 29 augustus 2006 dergelijke gedetailleerde verwijzingen niet bevat. Een soortgelijke conclusie kan worden getrokken uit een analyse van het antwoord van Dell op vraag 6.

[69] Zie voetnoot 57 hierboven.

[70] Indien artikel 3, lid 3, van verordening (EG) nr. 773/2004 aldus zou worden uitgelegd dat het wettelijk verplicht is om *alle* gesprekken te registreren waarin informatie over het voorwerp van een onderzoek aan de Commissie is verstrekt, zou dit natuurlijk betekenen dat ook de beginselen van behoorlijk bestuur een dergelijk vereiste zouden opleggen. In feite kunnen de



beginselen van behoorlijk bestuur geen norm opleggen die *lager* is dan de wettelijke norm.

[71] De Ombudsman verwijst hier naar de niet-vertrouwelijke versie van de door klager aan de Ombudsman verstrekte nota.

[72] De Ombudsman heeft niet het volledige dossier van de Commissie onderzocht, dat volgens hem uit enkele honderdduizenden bladzijden bestaat. Hij heeft echter de getuigenis van A uit 2003 onderzocht.

[73] Het feit dat deze vragen door de Commissie mondeling aan Dell zijn gesteld, wordt bevestigd door het feit dat de follow-up van Dell niet het resultaat is van een antwoord op een „*artikel 18-brief*” (artikel 18 van Verordening 1/2003 machtigt de Commissie om schriftelijk vragen te stellen aan derden).

[74] Zie voetnoot 72.

[75] Zie de punten 56-60 hierboven.

[76] Aangehaald in voetnoot 2.

[77] Aangehaald in voetnoot 24.

[78] De Ombudsman merkt op dat de toegang tot het dossier geen doel op zich is, maar veeleer tot doel heeft de rechten van de verdediging te beschermen (arrest Hof van 11 juli 1999, *Hercules Chemicals/Commissie*, C-51/92 P, Jurispr. blz. I-4235, punt 76). De toegang tot het dossier heeft met name tot doel de adressaat van een mededeling van punten van bezwaar in staat te stellen kennis te nemen van het bewijsmateriaal in het dossier van de Commissie, zodat hij op basis van deze informatie zijn standpunt naar behoren kan uiten over de conclusies die de Commissie in haar mededeling van punten van bezwaar heeft getrokken. Hieruit volgt dat de Commissie, met uitzondering van vertrouwelijke documenten, verplicht is alle documenten, al dan niet in hun voordeel, die zij tijdens het onderzoek heeft verkregen, ter beschikking te stellen van de ondernemingen aan wie een mededeling van punten van bezwaar is gericht (zie gevoegde zaken T-45/98 en T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni/Commissie*, Jurispr. 2001, blz. II-3757, punten 45 en 46). In dit verband merkt de Ombudsman op dat een onderzochte partij krachtens artikel 27, lid 2, van verordening nr. 1/2003 recht heeft op toegang tot het dossier van de Commissie, onder voorbehoud van het rechtmatige belang van ondernemingen bij de bescherming van hun zakengeheimen.

Zie zaken 90/74, *Deboeck/Commissie*, Jurispr. 1975, blz. 1123, zaak 30/78, *Distillers Company/Commissie*, Jurispr. 1980, blz. 2229, punt 26, en zaak T-50/91, *De Persio/Commissie*, Jurispr. 1992, blz. II-2365, r.o. 24.

[80] Zie bijvoorbeeld arrest T-75/06 van 9 september 2008, *Bayer Crop Science e.a./Commissie*, punt 131 (nog niet gerapporteerd). Een beschikking kan niet geheel of gedeeltelijk nietig worden verklaard op grond van een gebrek aan behoorlijke toegang, tenzij wordt vastgesteld dat dit



gebrek aan behoorlijke toegang tot het onderzoeksdossier de ondernemingen in de loop van de administratieve procedure heeft belet om documenten te raadplegen die nuttig kunnen zijn voor hun verweerschrift (zie arrest Hof van 11 juli 2004, *Aalborg Portland e.a./Commissie*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123 punt 101).

[81] Zie gevoegde zaken T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, *Bolloré e.a./Commissie*, Jurispr. 2007, blz. II-947, punten 80-81. Zie ook arrest TACA, aangehaald in voetnoot 2, punt 196; Zie ook zaak T-86/95, *Compagnie générale maritime e.a./Commissie*, Jurispr. 2002, blz. II-1011, punt 447.

[82] Zie zaak T-25/95, *Cimenteries CBR/Commissie*, Jurispr. 2000, blz. II-491, punt 156.

[83] Zie artikel 195 EG.

[84] Zie arrest TACA, aangehaald in voetnoot 2, punt 351.

[85] Zie arrest TACA, aangehaald in voetnoot 2, punt 352.

[86] In het arrest TACA (aangehaald in voetnoot 2) heeft verzoekster aangevoerd dat de Commissie haar rechten van verdediging heeft geschonden door de inhoud van een telefoongesprek tussen de advocaten van klager en de Commissie niet voor opname in het dossier op te nemen. Het Gerecht merkte op dat het specifieke telefoongesprek tussen de advocaten van klager en de Commissie tot doel had te bespreken of de informatie in de mededeling van punten van bezwaar als „vertrouwelijke informatie” moest worden aangemerkt. Het Gerecht heeft opgemerkt dat een dergelijk telefoongesprek, gelet op het doel ervan, kennelijk geen inbreuk maakt op de rechten van verdediging van verzoekster. (TACA 355) De Ombudsman begrijpt in feite dat de informatie die in dat telefoongesprek is besproken, noodzakelijkerwijs reeds in het dossier was opgenomen. Het enige doel van de oproep was de indeling van die informatie als „vertrouwelijke” of „niet-vertrouwelijke” informatie. In die specifieke omstandigheden kon het ontbreken van een registratie van dit telefoongesprek in het dossier dus niet tot gevolg hebben gehad dat verzoekster informatie werd ontzegd die relevant zou zijn voor het verweer van verzoekster. Zoals in punt 87 hierboven is opgemerkt, vormt een vergadering die tot doel en inhoud heeft een procedurele stap in het kader van het onderzoek te organiseren, geen „verhoor” in de zin van artikel 19 van Verordening (EG) nr. 1/2003.

[87] Verzoekster in het arrest TACA heeft ook aangevoerd dat de Commissie haar rechten van verdediging heeft geschonden door geen verslag van de bijeenkomst op te stellen waarin het voor mededingingszaken bevoegde lid van de Commissie en een derde aanwezig waren. Het Gerecht heeft evenwel opgemerkt dat de rechten van verdediging niet kunnen worden geschonden indien de Commissie zich in haar beschikking niet baseert op belastende bewijzen die tijdens de bijeenkomst zijn geleverd (zie arrest TACA, aangehaald in voetnoot 2, punt 387).

[88] Uiteraard zou toegang tot elk nieuw belastend bewijs moeten worden verstrekt voordat een partij op een mededeling van punten van bezwaar moest reageren (zie arrest Gerecht van 13





juli 2004, *JCB Service/Commissie*, T-67/01, Jurispr. blz. II-49, punten 50-52).

[89] Verzoeksters van *TACA* hebben zelfs niet aangevoerd dat zij bepaalde bewijzen met betrekking tot de betrokken bijeenkomst als ontlastend bewijs hadden kunnen gebruiken.

[90] **[Redacted]**

[91] **[Redacted]**

[92] In zijn opmerkingen voerde klager het argument aan dat het verzuim van de Commissie om de vergadering van 23 augustus 2006 naar behoren vast te leggen, het bewijs was van een gebrek aan onpartijdigheid. De Ombudsman is van mening dat *indien* de Commissie in de loop van een onderzoek ontlastende informatie zou ontvangen en die ontlastende informatie niet *ergens* in het dossier zou opnemen, deze tekortkoming, zelfs indien zij niet opzettelijk van de diensten van de Commissie zou zijn, een objectieve factor zou zijn die de onpartijdigheid van een onderzoek in twijfel zou kunnen trekken. Zoals in punt 133 hieronder is opgemerkt, komt de Ombudsman in het kader van dit onderzoek niet tot een conclusie met betrekking tot de vraag of het dossier van de Commissie in feite andere documenten bevat die nadere informatie verschaffen over de precieze inhoud van de vergadering van 23 augustus 2006.

[93] Zie voetnoot 68 hierboven.

[94] Zie vraag 6 van de schriftelijke follow-up van Dell.

[95] **[Redacted]**

[96] Zie naar analogie arrest Gerecht van 14 juli 2007, *WWF European Policy Programme/Raad* (T-264/04, Jurispr. blz. II-911, punten 61 e.v.) .

[97] Zie zaak T-30/91, *Solvay/Commissie*, Jurispr. 1995, blz. II-1775, punt 81. De Commissie heeft verklaard dat zij van mening is dat de getuigenis van A voor de FTC in 2003, waarop Intel zich beroept als ontlastend, de bewering van Intel dat de aan Dell betaalde kortingen niet afhankelijk waren van exclusiviteit, niet ondersteunt. Zelfs indien dit uiteindelijk waar zou zijn, zou dit op zich nog niet rechtvaardigen dat Intel de *mogelijkheid* wordt ontnomen om zich in haar verweerschrift te beroepen op bewijzen die in haar voordeel de loop van de procedure en de inhoud van de uiteindelijke beschikking *kunnen* hebben beïnvloed (zie arrest *Aalborg Portland A/S e.a./Commissie*, aangehaald in voetnoot 33 hierboven, punt 74; zie ook *arrest Solvay/Commissie*, reeds aangehaald, punt 89).

[98] In abstracto kon niet worden uitgesloten dat, *voorafgaand aan* de vaststelling van een besluit, de in een mededeling van punten van bezwaar uiteengezette beschuldigingen/lastende bewijzen niet in het uiteindelijke besluit zouden worden opgenomen. Indien de in een mededeling van punten van bezwaar vermelde beweringen/lastende bewijzen niet in een eventueel besluit waren opgenomen, zou elke tekortkoming met betrekking tot de toegang tot het dossier met betrekking tot deze beschuldigingen/lastende bewijzen de rechten van



verdediging van de betrokken partij niet aantasten. Als zodanig zou een vaststelling van de Ombudsman die vóór de vaststelling van een besluit van de Commissie is gedaan, hoogstens een vaststelling kunnen zijn dat de fout een *inbreuk* op de rechten van de verdediging kan opleveren. Een dergelijke vaststelling zou de Commissie uiteraard de mogelijkheid bieden om, indien dat nog mogelijk was, deze schending te verhelpen alvorens een besluit te nemen. De Ombudsman benadrukt dat het onder zijn mandaat valt om beschuldigingen van procedurele fouten te onderzoeken die een risico of een potentieel vormen voor schending van de rechten van verdediging (indien niet verholpen voordat een definitief besluit wordt vastgesteld).

[99] De Commissie heeft aangevoerd dat de onderzoeksmaatregelen naar aanleiding van de nota van 29 augustus 2006 aanleiding gaven tot omvangrijke opmerkingen van Dell die volgens haar volledig ter beschikking van Intel waren gesteld. De Commissie wijst er specifiek op dat Dell tussen de bijeenkomst van 23 augustus 2006 en de toezending van de eerste mededeling van punten van bezwaar aan Intel op 26 juli 2007 acht aanvullende opmerkingen bij de Commissie heeft ingediend met betrekking tot de kernpunten van het onderzoek. Deze documenten zijn niet door klager aan de Ombudsman verstrekt en zijn niet door de Ombudsman onderzocht in het kader van zijn inspectie.

[100] De Ombudsman merkt in dit verband ook op dat er geen excuus op grond van technische en juridische moeilijkheden kon worden aangevoerd voor het niet verstrekken van een uitputtende uiteenzetting van een vergadering die ertoe had *kunnen* leiden dat een derde partij ontlastende informatie aan de Commissie heeft verstrekt. Zoals het Gerecht van eerste aanleg in de zaak *Solvay* (zie zaak T-30/91, *Solvay/Commissie*, Jurispr. 1995, blz. II-1775, reeds aangehaald, punt 102) heeft geoordeeld, „*mag de eerbiediging van de rechten van de verdediging immers niet in strijd zijn met technische en juridische moeilijkheden die een efficiënte administratie kan en moet overwinnen.*” De beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dus ook dat de Commissie passende maatregelen neemt om elke bijeenkomst waarin dergelijke informatie aan haar *kan* worden verstrekt, naar behoren vast te leggen.

[101] Artikel 6 van Verordening (EG) nr. 773/2004.

[102] De klager in dit onderzoek heeft de Ombudsman nieuw bewijsmateriaal verstrekt met betrekking tot de tweede bewering in de loop van het onderzoek. Dit vereiste dat de ombudsmannen verder onderzoek moesten verrichten om het standpunt van de Commissie over het nieuwe bewijsmateriaal in te winnen. Ter wille van de duidelijkheid zal de Ombudsman hierin de verschillende feiten en argumenten van klager en de Commissie consolideren.

[103] De klager verklaarde dat AMD tijdens de mondelinge hoorzitting van de Commissie op 12 maart 2008 drie van deze documenten mocht gebruiken.

[104] Deze e-mail is aan de Ombudsman verstrekt in de verdere opmerkingen van klager van 16 april 2009. Aangezien dit bewijsmateriaal niet beschikbaar was voor de Commissie toen deze haar advies van 20 maart 2009 aan de Ombudsman indiende, heeft de Ombudsman de Commissie in de gelegenheid gesteld opmerkingen te maken over dit nieuwe bewijsmateriaal, hetgeen zij in haar advies van 10 juni 2009 deed.



[105] De klager verklaarde dat Intel in totaal op 16, 18, 19 en 25 oktober 2007 aan de Commissie en op 17 oktober 2007 en 28 november 2007 en 14 april 2008 aan de raadadviseur-auditeur had geschreven om informatie over de Dell/AMD **[overeenkomst] te verkrijgen. [Geredacteerd]**

[106] In haar brief van 7 mei 2008 heeft de raadadviseur-auditeur het standpunt ingenomen dat *de door een partij **gesloten overeenkomst** die als zodanig geen recht van verdediging of recht op toegang tot het dossier heeft, zuiver bilateraal is en de Commissie noch machtigt noch verplicht.*

[107] Zie zaak 53/85, *AKZO Chemie BV/Commissie*, Jurispr. 1986, blz. 1965, punt 28.

[108] Volgens de klager wilden deze OEM's onbewerkte dossierdocumenten ter beschikking stellen van de externe raadsman van Intel om de kosten en tijd te vermijden die betrokken zouden zijn geweest bij het opstellen van bewerkte versies.

[109] De parafrasering van klager.

[110] De OEM in kwestie was **[redacted]**.

[111] Tijdens de inspectie van 28 mei, 29 mei en 10 juni 2009 hadden de diensten van de Ombudsman zicht op een brief van **11** januari 2007.

[112] Dit wordt bevestigd door de e-mails die de Ombudsman op 28 en 29 mei 2009 en 10 juni 2009 heeft geïnspecteerd.

[113] De agenda voor de oproep is op 28 en 29 mei 2009 en 10 juni 2009 door de Ombudsman geïnspecteerd.

[114] Brief van de Commissie aan AMD van 2 juni 2009, geïnspecteerd door de Ombudsman op 10 juni 2009.

[115] **[Redacted]**

[116] De Commissie heeft verwezen naar het door Intel als bijlage 10 bij haar klacht bij de Ombudsman van 10 juli 2008 verstrekte proces-verbaal.

[117] Artikel 28 van Verordening (EG) nr. 1/2003 bepaalt:

*„ Onverminderd de uitwisseling en het gebruik van de in de artikelen 11, 12, 14, 15 en 27 bedoelde informatie, maken de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, hun ambtenaren, personeelsleden en andere personen die onder het toezicht van deze autoriteiten werkzaam zijn, alsmede ambtenaren en ambtenaren van andere autoriteiten van de lidstaten geen informatie openbaar die zij op grond van deze verordening hebben verkregen of*



*uitgewisseld en die onder de geheimhoudingsplicht vallen.*

Beschikking 2001/462 van de Commissie van 23 mei 2001 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in bepaalde mededingingsprocedures (PB L 162 van 19 juni 2001, blz. 21).

[119] De Ombudsman merkt op dat dit citaat afkomstig is van de e-mail van de heer C van 3 september 2007.

[120] Artikel 6 van Verordening (EG) nr. 773/2004 (deelname van klagers aan procedures) luidt als volgt:

*„ 1. Wanneer de Commissie een mededeling van punten van bezwaar afgeeft met betrekking tot een aangelegenheid waarvoor zij een klacht heeft ontvangen, verstrekt zij de klager een afschrift van de niet-vertrouwelijke versie van de mededeling van punten van bezwaar en stelt zij een termijn vast waarbinnen de klager zijn standpunt schriftelijk kenbaar kan maken.*

*2. De Commissie kan klagers in voorkomend geval in de gelegenheid stellen hun standpunt kenbaar te maken op de hoorzitting van de partijen aan wie een mededeling van punten van bezwaar is gedaan, indien de klagers daarom verzoeken in hun schriftelijke opmerkingen. Deze verplichting geldt ook voor alle vertegenwoordigers en deskundigen van de lidstaten die de vergaderingen van het Raadgevend Comité overeenkomstig artikel 14 bijwonen .*

[121] Deze partijen omvatten de onderzochte partij en elke andere derde partij die een geldig argument heeft dat het dossier van de Commissie vertrouwelijke informatie over haar bevat.

[122] Artikel 287 EG luidt als volgt:

*„ De leden van de instellingen van de Gemeenschap, de leden van de comités en de ambtenaren en andere personeelsleden van de Gemeenschap zijn gehouden, ook na afloop van hun functie, geen inlichtingen bekend te maken die onder de geheimhoudingsplicht vallen, met name informatie over ondernemingen, hun zakelijke betrekkingen of hun kostencomponenten. ”*

[123] Artikel 28 van Verordening (EG) nr. 1/2003 (beroepsgeheim) luidt als volgt:

*„ 1. Onverminderd de artikelen 12 en 15 wordt de overeenkomstig de artikelen 17 tot en met 22 verzamelde informatie alleen gebruikt voor het doel waarvoor zij is verkregen.*

*2. Onverminderd de uitwisseling en het gebruik van de in de artikelen 11, 12, 14, 15 en 27 bedoelde informatie, maken de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten, hun ambtenaren, personeelsleden en andere personen die onder het toezicht van deze autoriteiten werken, alsmede ambtenaren en ambtenaren van andere autoriteiten van de lidstaten geen informatie openbaar die door hen is verkregen of uitgewisseld op grond van deze verordening en van het soort waarop de geheimhoudingsplicht van toepassing is .*



[124] Artikel 16 van Verordening (EG) nr. 773/2004 bevat gedetailleerde regels voor de behandeling van vertrouwelijke informatie door de Commissie.

[125] Een partij die kan beweren dat informatie als vertrouwelijk moet worden geclassificeerd, kan de onderzochte partij zijn, of een andere partij (zoals een partij die de Commissie informatie heeft verstrekt in antwoord op een verzoek om informatie dat is ingediend overeenkomstig artikel 18 van Verordening (EG) nr. 1/2003). Een partij kan ook om vertrouwelijkheid verzoeken met betrekking tot informatie die door een andere partij aan de Commissie is verstrekt (zie arrest van 11 juli 1986, *AKZO Chemie BV/Commissie*, 53/85, Jurispr. blz. 1965, punt 28), waarin het Hof van Justitie stelt dat de Commissie „het rechtmatige belang van ondernemingen bij de bescherming van hun bedrijfsgeheimen in acht moet nemen”. *Bedrijfsgeheimen worden dus zeer speciale bescherming geboden. [ De toepasselijke regels inzake toegang die van toepassing zijn op klagers ] moeten worden beschouwd als de uitdrukking van een algemeen beginsel dat in de loop van de administratieve procedure van toepassing is. Hieruit volgt dat een derde die een klacht heeft ingediend, in geen geval toegang kan krijgen tot documenten die zakengeheimen bevatten. ”)* Het is ook vermeldenswaard dat de mogelijke negatieve gevolgen van een dergelijke onjuiste doorgifte niet afhankelijk zijn van het gebruik van deze informatie in de procedure van de Commissie, zoals wanneer een klager schriftelijke opmerkingen maakt of opmerkingen maakt tijdens de mondelinge behandeling. De negatieve gevolgen van een dergelijke doorgifte van vertrouwelijke informatie beginnen veeleer onmiddellijk na de ontvangst door de derde van die informatie. In dit verband is de Ombudsman van mening dat, indien de Commissie ten onrechte vertrouwelijke informatie aan een klager toezendt, zij, zodra zij kennis krijgt van haar fout, de klager op de hoogte moet stellen van de fout en de klager moet verzoeken deze versie van de mededeling van punten van bezwaar terug te geven.

[126] Het is echter aannemelijk dat de onderzochte partij op de hoogte moet worden gebracht van de informatie die de Commissie aan een klager heeft verstrekt, zodat de onderzochte partij tijdens de administratieve procedure, ook tijdens de hoorzitting, haar argumenten naar behoren kan formuleren. Als zodanig moet de onderzochte partij op verzoek een kopie van de bewerkte versie van de mededeling van punten van bezwaar kunnen verkrijgen.

[127] Als zodanig kan een onjuiste doorgifte van vertrouwelijke informatie aan een klager hoogstens, indien werd aangetoond dat de Commissie verantwoordelijk was voor die doorgifte, een relevante factor zijn in een schadevordering tegen de Commissie.

[128] De Ombudsman zou daarentegen niet de mogelijkheid uitsluiten dat de rechten van verdediging van een onderzochte partij zouden worden geschonden indien de Commissie zich zou inspannen om te voorkomen dat de onderzochte partij uit andere bronnen, zoals door middel van overeenkomsten inzake informatie-uitwisseling met derden, informatie zou verkrijgen die de onderzochte partij in haar verdediging zou gebruiken.

[129] Als de klager bijvoorbeeld schriftelijke opmerkingen maakt met betrekking tot de mededeling van punten van bezwaar of een presentatie geeft tijdens de mondelinge hoorzitting.

[130] De Commissie kan evenwel besluiten dat een partij die de Commissie informatie verstrekt



met betrekking tot een clementieverzoek, haar recht op clementie op grond van de clementieregeling kan verliezen of verminderen (zie artikel 12 van de mededeling van de Commissie betreffende immuniteit tegen geldboeten en vermindering van geldboeten in kartelzaken, PB C 298 van 8 december 2006, blz. 17-22), indien zij het feit of enige inhoudelijk van haar verzoek om clementie bekendmaakt voordat de Commissie in de zaak een mededeling van punten van bezwaar heeft uitgebracht. Zie ook het op 19 januari 2006 aanhangige beroep, *Deltafina/Commissie* (zaak T-12/06).

[131] Aangehaald in voetnoot 125 hierboven.

[132] In de veronderstelling dat dergelijke informatie aanvankelijk als „*vertrouwelijke informatie*” was geclassificeerd, zou dergelijke informatie, indien zij (opnieuw) in het dossier zijn opgenomen als gevolg van verklaringen van de klager in zijn schriftelijke of mondelinge opmerkingen bij de Commissie, in het onderzoeksdossier van de Commissie nog steeds als „*vertrouwelijke informatie*” worden geclassificeerd.

[133] Zie punt 136 hierboven.

[134] Zie artikel 41, lid 1, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (recht op behoorlijk bestuur), dat bepaalt dat „iedereen *het recht heeft om zijn of haar zaken onpartijdig te laten behandelen...*” Zie ook de artikelen 8 en 11 van het Europees wetboek van goed administratief gedrag.

[135] Zoals hierboven in punt 191 is opgemerkt, zouden dergelijke acties geen inbreuk maken op de rechten van verdediging van een onderzochte partij. Ondanks dit feit mag de Commissie echter niet actief trachten de belangen van een onderzochte partij bij de bescherming van haar vertrouwelijke informatie te ondermijnen.

[136] Zie punt 198 en voetnoot 134 hierboven. Dit kan het geval zijn indien de Commissie voornemens was de positie van één partij in de administratieve procedure waarvan de Commissie verantwoordelijk was, te versterken.

[137] De agenda vermeldde alleen kwesties in verband met de redactie van de mededeling van punten van bezwaar.

[138] De heer B was een senior in-house counsel voor Dell.

[139] De diensten van de Ombudsman hebben de agenda geïnspecteerd tijdens de inspectie die plaatsvond op 28 mei 2009, 29 mei 2009 en 10 juni 2009.

[140] Zie artikel 16, lid 3, van Verordening (EG) nr. 773/2004.

[141] De OEM in kwestie was **[redacted]**.

Om te herinneren, in zijn e-mail, de heer C, een externe raadsman van Dell, informeert een





collega dat een ambtenaar van de Commissie (de heer D) de heer C had gebeld om te vragen of Dell zou overwegen gebruik te maken van een [informatie -uitwisselingsovereenkomst] overeenkomst met AMD vergelijkbaar met degene die [Dell] contract met Intel voor de [mededeling van punten van bezwaar] citaten .

Zie zaak T-59/02, *Archer Daniels Midland Co./Commissie*, Jurispr. 2006, blz. II-3627, punten 275-277 en 290. Zie ook zaak T-151/94, *British Steel plc/Commissie*, Jurispr. 1999, blz. II-629, punt 429.

[144] De Ombudsman merkt ook op dat de brief van Dell's externe raadsman van 18 september 2008 een weerspiegeling is van Dells begrip met betrekking tot de betekenis van het gesprek tussen C en D.

[145] Het feit dat klager argumenten aanvoert met betrekking tot de relevantie van de besprekingen tussen de Commissie en Dell in augustus 2007 (zie punt 201 hierboven) lijkt erop te wijzen dat klager van mening was dat de Commissie voornemens was al op 9 augustus 2007 een overeenkomst inzake informatie-uitwisseling tussen Dell en AMD aan te moedigen.

[146] In het dossier wordt opgemerkt dat D een zaakbehandelaar is.

[147] De Ombudsman merkt op dat een discussie over de kwestie van de wijziging van de ontwerpovereenkomst inzake informatie-uitwisseling, die bedoeld is om verwijzingen naar een recht van AMD op „toegang tot het dossier” te schrappen, ook is opgenomen in het advies van de Commissie dat aan de Ombudsman is toegezonden.

Als opgesteld op het moment, de interne nota zou, evenals nauwkeuriger, hebben geprofiteerd van het principe van *in tempore non suspecto* .