

Den här sidan har genererats genom maskinöversättning [Länk]. Maskinöversättningar kan innehålla fel som riskerar att minska tydligheten och exaktheten. Ombudsmannen frånsäger sig allt ansvar för eventuella avvikelser. För den mest tillförlitliga informationen och rättssäkerheten hänvisas till källversionen i engelska via länken ovan. För mer information, se vår [språk- och översättningspolicy](#) [Länk].

Beslut i ärende 1935/2008/FOR - Förfarandefel i ett konkurrensmål

Beslut

Ärende 1935/2008/FOR - Undersökning inledd den 22/07/2008 - Beslut den 14/07/2009

Den 10 juli 2008 mottog ombudsmannen ett klagomål från Intel. Den klagande påstod att kommissionen begått förfarandefel vid en undersökning av Intel rörande konkurrensbegränsande samverkan enligt artikel 82 i EG-fördraget.

Enligt den klagande förde kommissionen inget protokoll vid ett möte med Dell den 23 augusti 2006 trots att mötet direkt berörde föremålet för kommissionens undersökning av Intel.

I sitt beslut av den 14 juli 2009 kom ombudsmannen fram till att kommissionen samlade in information avseende föremålet för sin undersökning vid mötet den 23 augusti 2006. Han kom också fram till att kommissionen inte förde några ordentliga anteckningar vid mötet och att kommissionens undersökningsakt inte innehöll dagordningen för mötet. Ombudsmannen konstaterade att kommissionen var skyldig till ett administrativt missförhållande. Ombudsmannen kom dock inte fram till huruvida kommissionen hade kränkt Intels rätt till försvar.

Den klagande påstod dessutom att kommissionen uppmuntrat Dell att ingå ett avtal om informationsutbyte med AMD. Enligt den klagande skulle effekten av detta avtal göra det möjligt för AMD att erhålla sekretessbelagd information om Intel som fanns i kommissionens undersökningsakt. Den klagande hävdade att kommissionen på detta sätt kringgick de regler som begränsade AMD:s rätt att få tillgång till undersökningsakten.

Vad gäller det andra påståendet ansåg ombudsmannen att det inte hade varit i enlighet med god förvaltningssed om kommissionen hade uppmuntrat Dell att ingå ett sådant avtal om informationsutbyte med AMD. Han noterade dock att kommissionen inte hade något ansvar för, och inte heller någon makt, att förhindra ett sådant avtal.



Ombudsmannen fann att möjligheten för Dell att ingå avtalet om informationsutbyte första gången togs upp i ett telefonsamtal den 30 augusti 2007 mellan högre företrädare för Dell och högre företrädare för kommissionen. Kommissionen hade dock inte fört några aktuella anteckningar om innehållet i telefonsamtalet. De tillgängliga bevisen var därför inte tillräckliga för ombudsmannen att ta ställning till om det var Dell eller kommissionen som först föreslagit avtalet. Ombudsmannen kunde därför inte konstatera något administrativt missförhållande vad gäller den klagandes andra påstående. Ombudsmannen rekommenderade dock att det i framtiden ska föras ordentliga interna anteckningar om innehållet vid möten och telefonsamtal med tredje parter om viktiga förfarandefrågor.

BAKGRUNDEN TILL KLAGOMÅLET

1. Klaganden företräder Intel Corporation (nedan kallat Intel), ett företag som tillverkar mikroprocessorer.
2. Vid den tidpunkt då klagomålet lämnades in till ombudsmannen undersökte Europeiska kommissionen Intel till följd av ett klagomål som den hade mottagit från AMD, en konkurrent från Intel. Kommissionens undersökning (ärende COMP/37.990) syftade till att kontrollera om Intel hade överträtt artikel 82 i EG- fördraget [1] genom att använda konkurrensbegränsande förfaranden för att utesluta konkurrenter från marknaden för vissa centralbearbetningsenheter. Under sin undersökning erhöll kommissionen omfattande information från tillverkare av originalutrustning (OEM) som köpte centralprocessorer från Intel och/eller AMD. En av dessa OEM-tillverkare var Dell.
3. Den 13 maj 2009, det vill säga under ombudsmannens undersökning, fattade kommissionen ett beslut i vilket den fann att Intel hade åsidosatt artikel 82 EG.

FÖREMÅLET FÖR UTREDNINGEN

4. Föremålet för klagomålet rör påstått att kommissionen gjort sig skyldig till förfarandefel under sina undersökningar i ärende COMP/37.990. Ombudsmannen förstod att klaganden hävdade följande:

i) Kommissionen underlät att ta protokoll från mötet med företrädare för Dell den 23 augusti 2006, trots att mötet direkt berörde föremålet för dess undersökning av Intel, vilket ledde till att kommissionen inte förde någon förteckning över bevisning som kunde vara till fördel för företaget.

II) Kommissionen uppmanade Dell och AMD att ingå ett avtal om informationsutbyte som gjorde det möjligt för AMD att kringgå de regler som begränsar AMD:s rätt att få tillgång till kommissionens utredningsakt.



5. Ombudsmannen förstod att klaganden inte begärde något annat rättsmedel eller gottgörelse inom ramen för sitt förfarande.

UTREDNINGEN

6. Klagomålet ingavs den 10 juli 2008. Den 22 juli 2008 inledde ombudsmannen en undersökning avseende klagandens första påstående, det vill säga att kommissionen underlät att ta protokoll från mötet den 23 augusti 2006 med företrädare för Dell, trots att mötet direkt berörde föremålet för dess undersökning av Intel. Till följd av detta har kommissionen inte dokumenterat eventuella bevis som kan vara till fördel för detta möte. Ombudsmannen begärde att kommissionen skulle avge ett yttrande senast den 30 november 2008.

7. För att fullständigt klargöra de frågor som klaganden tog upp i samband med det första påståendet och det därmed sammanhängande påståendet föreslog ombudsmannen i sitt brev om inledande av undersökningen att kommissionen i sitt yttrande skulle ta med sina synpunkter på följande specifika frågor och frågor:

" i) Vid utarbetandet av sitt yttrande bör kommissionen särskilt ta hänsyn till punkt 358 i TACA. [2] I detta sammanhang noterar ombudsmannen att bilaga VII till klagomålet av den 10 juli 2008 och bilaga I till den kompletterande skrivelsen av den 10 juli 2008, jämförd med bilaga VI till klagomålet av den 10 juli 2008, förefaller tyda på att mötet den 23 augusti 2006 kan ha behandlat vissa frågor som klaganden anser vara potentiellt tillfredsställande.

II) Var kommissionen upphovsman till dokumentet "Indikativ förteckning över ämnen som ska diskuteras vid Dells möte den 23 augusti 2006" [3] Ombudsmannen förstår att bilaga VII till klagomålet förefaller vara en del av ett svar från Dell på de uppföljande frågor som kommissionen ställt om frågor som diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006. Är denna förståelse korrekt?

III) Utarbetade de kommissionstjänstemän som närvarade vid mötet sina egna personliga anteckningar från mötet den 23 augusti 2006?

IV) För att anteckningar från ett möte ska utgöra "uttalanden" i enlighet med artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 måste de undertecknas av den part som intervjuats. Begärde kommissionen att Dells företrädare skulle underteckna några anteckningar som utarbetats av medlemmarna i ärendegruppen? Om så inte är fallet, kan kommissionen, om det fortfarande är möjligt, på grundval av noterna från de tjänstemän från kommissionen som är närvarande vid mötet, bekräfta att Dell undertecknar protokollet från mötet?"

8. När det gäller det andra påståendet noterade ombudsmannen i sitt brev om inledande av undersökningen att klaganden inte hade lagt fram några bevis till stöd för sitt påstående att kommissionen aktivt uppmuntrade AMD och Dell att ingå ett avtal om informationsutbyte. I sin skrivelse av den 22 juli 2008 om inledande av undersökningen underrättade ombudsmannen klaganden om att det inte fanns tillräckliga skäl för att inleda en undersökning av det andra



påståendet.

9. Den 19 september 2008 skrev klaganden till ombudsmannen. I sin skrivelse inkluderade han en kopia av ett brev från Dells externa ombud av den 18 september 2008, i vilket Dells externa ombud anger att ” för att undvika en lång debatt om påståenden om konfidentiell behandling föreslog kommissionen att Dell skulle ingå ett avtal om icke-offentliggörande med AMD:s rådgivare och ekonomer för delning av Dell-dokument som används i [meddelandet om invändningar] ”. Skrivelsen innehöll även kopior av skriftväxlingen mellan kommissionen och Dells ombud. Mot bakgrund av dessa uppgifter begärde klaganden att ombudsmannen skulle se över sin ståndpunkt när det gäller det andra påståendet i hans klagomål av den 10 juli 2008.

10. Mot bakgrund av den ytterligare skriftväxlingen från klaganden beslutade ombudsmannen den 26 september 2008 att utvidga sin undersökning till att omfatta klagandens andra påstående. I sitt brev till kommissionen om utvidgningen av undersökningens tillämpningsområde begärde ombudsmannen att kommissionen i sitt yttrande till ombudsmannen särskilt skulle kommentera Dells uttalande om att kommissionen föreslog Dell att ingå ett avtal om informationsutbyte med AMD. Han bad också kommissionen att särskilt kommentera en skrivelse från förhørsombudet [4] till klaganden av den 18 oktober 2007, i vilken det anges att överenskommelsen i fråga inte ”anmälde” i någon form till ärendegruppen.

11. Den 30 september 2008 skrev kommissionen till ombudsmannen och informerade honom om att eftersom hans skrivelse av den 26 september 2008 hade utvidgat undersökningens omfattning, krävdes ytterligare en tidsfrist, nämligen till och med den 15 januari 2009, för att avge ett yttrande till ombudsmannen. Den 15 oktober 2008 godkände ombudsmannen denna begäran.

12. Den 13 oktober 2008 skrev klaganden till ombudsmannen för att informera honom om två ansökningar som Intel hade lämnat in till Europeiska förstainstansrätten den 10 oktober 2008. Den 5 november 2008 skrev ombudsmannen till kommissionen om denna korrespondens.

13. Klaganden skickade korrespondens till ombudsmannen den 30 december 2008, den 12 januari 2009 och den 26 januari 2009 om klagomålet. Ombudsmannen vidarebefordrade denna korrespondens till kommissionen för kännedom.

14. Ombudsmannen mottog kommissionens yttrande den 20 januari 2009 och vidarebefordrade det till klaganden för sina synpunkter. Klaganden översände sina synpunkter den 3 februari 2009.

15. Den 16 februari 2009 begärde ombudsmannen ytterligare ett yttrande från kommissionen. Den 20 mars 2009 översände kommissionen sitt ytterligare yttrande till ombudsmannen, som översändes till klaganden för synpunkter. Klaganden inkom med ytterligare synpunkter den 14 april 2009 och den 16 april 2009.

16. I sina synpunkter av den 16 april 2009 försåg klaganden ombudsmannen med nya bevis. Till följd av detta begärde ombudsmannen den 23 april 2009 att kommissionen senast den 31



maj 2009 skulle lämna eventuella synpunkter på dessa nya bevis eller relevanta uppgifter om dessa. Han bad också kommissionen att låta sina avdelningar inspektera interna kommissionshandlingar som ombudsmannen hade konstaterat vara relevanta för denna undersökning.

17. Den 28 maj 2009, den 29 maj 2009 och den 10 juni 2009 inspekterade ombudsmannen handlingar i kommissionens lokaler. Ett meddelande om denna inspektion skickades till klaganden och kommissionen för kännedom den 6 juli 2009.

18. Den 10 juni 2009 tillställde kommissionen ombudsmannen sitt svar på hans skrivelse av den 23 april 2009. Detta ytterligare yttrande översändes till klaganden, som inkom med ytterligare synpunkter den 15 juni 2009. En bilaga till klagandens ytterligare synpunkter av den 15 juni 2009 mottogs av ombudsmannen den 29 juni 2009.

OMBUDSMANNENS ANALYS OCH SLUTSATSER

Inledande anmärkningar

Huruvida klagomålet kan tas upp till sakprövning

19. Den 13 oktober 2008 skrev klaganden till ombudsmannen för att informera honom om att Intel den 10 oktober 2008 hade ingett en ansökan till förstainstansrätten om ogiltigförklaring av kommissionens beslut: i) fastställa en tidsfrist till den 17 oktober 2008 för Intel för att besvara kommissionens kompletterande meddelande om invändningar av den 16 juli 2008, och ii) avslag på Intels begäran om att kommissionen skulle erhålla ytterligare handlingar från AMD, vilka Intel rimligen trodde var till fördel. Intel ansökte även hos förstainstansrättens ordförande om interimistiska åtgärder om uppskov med kommissionens förfarande i ärende COMP/37.990 i avvaktan på ett avgörande av huvudansökan. [5] I sin skrivelse av den 13 oktober 2008 underrättade klaganden ombudsmannen om att de två ansökningarna inte hade något samband med ärendet i klagomål 1935/2008/FOR. Till sitt brev bifogade klaganden en kopia av två handlingar, vilka båda har rubriken "Sammanfattning av ansökan".

20. Den 5 november 2008 skrev ombudsmannen till kommissionen. Han noterade att det i artikel 1.3 i Europeiska ombudsmannens stadga anges att ombudsmannen inte får ingripa i mål vid domstol eller ifrågasätta huruvida en domstols avgörande är välgrundad. Vidare anges i artikel 2.7 att när ett klagomål, på grund av pågående eller avslutade rättsliga förfaranden avseende de faktiska omständigheter som har anförts, måste avvisas eller avsluta behandlingen av ett sådant klagomål, ska resultatet av de undersökningar som han har utfört fram till denna punkt göras slutgiltigt. Ombudsmannen noterade att han noggrant hade granskat klagandens skrivelse av den 13 oktober 2008 för att bedöma om föremålet för ansökningarna vid förstainstansrätten var detsamma som föremålet för påståendena i klagomål 1935/2008/FOR. Ombudsmannen noterade att det första påståendet i klagomål 1935/2008/FOR var att kommissionen inte tog protokoll från ett möte med Dell. Ansökan till



förstainstansrätten avsåg däremot ett beslut genom vilket kommissionen avlog en begäran om att få fram ytterligare handlingar från AMD. Ombudsmannen drog därför slutsatsen att det första påståendet i klagomål 1935/2008/FOR, på grundval av de uppgifter som hade lämnats till honom, inte rörde föremålet för talan vid förstainstansrätten. När det gäller det andra påståendet drog ombudsmannen, på grundval av de uppgifter som hade lämnats till honom, slutsatsen att ansökningarna av den 10 oktober 2008 inte avsåg de faktiska omständigheter som klaganden anfört i klagomål 1935/2008/FOR. Mot bakgrund av ovanstående informerade ombudsmannen kommissionen om att det inte fanns någon anledning att avsluta hans undersökning avseende det första eller det andra påståendet i klagomål 1935/2008/FOR.

21. I sitt yttrande som översändes till ombudsmannen den 20 januari 2009 hävdade kommissionen att Intel kopplade båda sina ansökningar till förstainstansrätten till klagomålet inför ombudsmannen. Kommissionen påpekade att Intel hade bifogat klagomål 1935/2008/FOR och hela korrespondensen med ombudsmannen som bilagor till huvudansökan vid förstainstansrätten. Intel uppgav bland annat i huvudansökan att kommissionens undersökning var ”*diskriminerande och partiell*”. Till stöd för detta påstående hänvisade Intel till exempel på vad det ansåg vara diskriminering och partiskhet i kommissionens undersökning. Dessa exempel innehöll en särskild hänvisning till de två påstådda fall av påstådd partiskhet som ombudsmannen har inlett sin undersökning i klagomål 1935/2008/FOR. Intel inkluderade hela korrespondensen med ombudsmannen som bevis. På grundval av detta hävdade kommissionen att alla de faktiska omständigheter som anförts i klagomål 1935/2008/FOR nu var under behandling vid förstainstansrätten. Kommissionen uppgav också att Intel, när Intel den 13 oktober 2008 informerade ombudsmannen om ansökningarna till förstainstansrätten, endast lämnade in sammanfattningar av dessa ansökningar. Kommissionen noterade att sammanfattningarna inte innehöll någon hänvisning till Intels argument i klagomål 1935/2008/FOR. Kommissionen begärde därför att ombudsmannen skulle ompröva bedömningen i sin skrivelse av den 5 november 2008 genom att grunda sig på de fullständiga fakta som beskrivs i kommissionens yttrande av den 20 januari 2009 och förklara klagomål 1935/2008/FOR otillåtet i sin helhet.

22. I sitt yttrande av den 3 februari 2009 uppgav klaganden att han inte godtog kommissionens argument. Han angav att föremålet för klagomål 1935/2008/FOR och föremålet för talan vid förstainstansrätten i målen T-457/08 R och T-457/08 var helt olika. Han angav att Intel visserligen hänvisade till klagomål 1935/2008/FOR i sina skriftliga inlagor till förstainstansrätten för att få kännedom om förstainstansrättens fullständiga handläggningshistorik för kommissionens undersökning av Intel, och även för att tillhandahålla en viss bakgrund mot vilken det beslut som var föremål för Intels ansökan skulle kunna bedömas, men Intel överklagade inte de två administrativa missförhållanden som är föremål för klagomål 1935/2008/FOR. Han angav att Intels hänvisning i sina ansökningar om a) kommissionens underlåtenhet att göra en fullständig redogörelse för en intervju med högre företrädare för Dell och b) dess roll när det gäller att ge AMD tillgång till konfidentiellt Dell-material som ingår i kommissionens akt, som exempel på kommissionens partiskhet och bristande objektivitet, inte kan tolkas som att dessa handlingar i sig utgör en del av föremålet för Intels överklagande och begäran om interimistiska åtgärder. Han hävdade att hans ståndpunkt bekräftades av det faktum att domstolens ordförande i sitt beslut av den 27 januari 2009 om avslag på Intels



ansökan om interimistiska åtgärder [6] fokuserade sin analys uteslutande på de två beslut som var föremål för överklagandet och inte hänvisade till de två administrativa missförhållanden som är föremål för klagomål 1935/2008/FOR. Klaganden anser således att de två administrativa missförhållanden som är föremål för klagomål 1935/2008/FOR inte var föremål för överklagandet och begäran om interimistiska åtgärder i målen T-457/08 och T-457/08 R.

23. Klaganden hävdade också att kommissionens påstående att Intels påstående om administrativa missförhållanden för närvarande var anhängigt vid förstainstansrätten nu hade övertagits av händelser och förvrängdes. Klaganden angav i själva verket att Intel inte hade för avsikt att överklaga förstainstansrättens ordförandes beslut av den 27 januari 2009. Den 3 februari 2009 drog Intel dessutom formellt tillbaka sin huvudansökan i mål T-457/08. Eftersom förfarandet vid förstainstansrätten, som kommissionen åberopade som påstått förhindrande av ombudsmannens undersökning av klagomål nr 1935/2008/FOR, inte längre var anhängigt, var kommissionens invändningar i detta avseende således motsägelsefulla.

24. Ombudsmannen noterar att ombudsmannen i enlighet med artikel 195.1 andra stycket i EG-fördraget inte får genomföra undersökningar om de påstådda omständigheterna är eller har varit föremål för rättsliga förfaranden. I artikel 1.3 i Europeiska ombudsmannens stadga anges också att ombudsmannen inte får ingripa i mål vid domstol eller ifrågasätta giltigheten av en domstols avgörande. Vidare anges i artikel 2.7 i Europeiska ombudsmannens stadga att när ombudsmannen, på grund av pågående eller avslutade rättsliga förfaranden avseende de omständigheter som har lagts fram, måste förklara ett klagomål otillåtet eller avsluta behandlingen av det, ska resultatet av de undersökningar som han har genomfört fram till denna punkt lämnas in slutgiltigt.

25. Ombudsmannen betonar vikten av att se till att hans undersökningar inte på något sätt inkräktar på domstolarnas roll. Om fakta har fastställts eller tolkats i ett avgörande av en domstol, kommer ombudsmannen inte att ompröva förekomsten av eller tolkningen av sådana fakta.

26. Ombudsmannen noterar att förstainstansrättens ordförande den 27 januari 2009 utfärdade ett beslut avseende mål T-457/08 R. [7] I sitt beslut drog förstainstansrättens ordförande slutsatsen att ansökan om interimistiska åtgärder i mål T-457/08 R skulle avvisas. Efter en noggrann granskning av förstainstansrättens ordförandes beslut konstaterar ombudsmannen att beslutet inte fastställer förekomsten av påstådda faktiska omständigheter eller utvärderar några faktiska omständigheter som är föremål för denna undersökning. Ombudsmannen drar därför slutsatsen att beslutet från förstainstansrättens ordförande inte ifrågasätter huruvida klagomål 1935/2008/FOR kan tas upp till sakprövning.

27. Intel återkallade dessutom sin talan i mål T-457/08 den 3 februari 2009 inför förstainstansrätten. Det är därför inte nödvändigt för ombudsmannen att ta ställning till huruvida de påstådda faktiska omständigheter som förstainstansrätten har fått kännedom om inom ramen för denna ansökan är desamma som de påstådda faktiska omständigheter som är föremål för förevarande undersökning.



28. Mot bakgrund av ovanstående anser ombudsmannen att förevarande fall kan tas upp till sakprövning [8] .

Påstådda förseningar från kommissionens sida

29. I sina synpunkter av den 3 februari 2009 uppgav klaganden att han var bekymrad över att kommissionen avsiktligt försökte fördröja ombudsmannens undersökning av klagomål 1935/2008/FOR. Sammanfattningsvis hävdade han att det var svårt att tro att kommissionen inte var i stånd att inom den ursprungliga tidsfristen den 30 november 2008 inkomma med ett enda, icke-faktiskt yttrande på fem sidor, som grundade sig på ett enda förfarande (att klagomålet inte kunde tas upp till prövning), eller åtminstone före utgången av den förlängda tidsfristen den 15 januari 2009. Han påpekade att målen T-457/08 R och T-457/08 ingavs den 10 oktober 2008 och delgavs kommissionen den 14 oktober 2008 (för ansökan om interimistiska åtgärder) och den 27 oktober 2008 (för huvudansökan). Med tanke på att dess inlägga av den 20 januari 2009 var mycket begränsad borde kommissionen ha kunnat inkomma med sin inlägga kort efter det att den erhållit en kopia av Intels huvudansökan i mål T-457/08 den 27 oktober 2008, men under alla omständigheter inom den ursprungliga tidsfristen den 30 november 2008.

30. Ombudsmannen noterar att den ursprungliga tidsfristen för att avge ett yttrande till ombudsmannen var den 30 november 2008. Den 30 september 2008 skrev kommissionen till ombudsmannen och informerade honom om att eftersom hans skrivelse av den 26 september 2008 hade utvidgat undersökningens omfattning, krävde kommissionen ytterligare en tidsfrist, nämligen till och med den 15 januari 2009, för att avge ett yttrande till ombudsmannen. Med tanke på komplexiteten och känsligheten hos påståendena i klagomål 1935/2008/FOR samtyckte ombudsmannen till denna begäran.

31. Ombudsmannen noterar att eftersom kommissionens begäran av den 30 september 2008 lämnades in före ansökningarna till förstainstansrätten den 13 oktober 2008 måste det ha varit kommissionens avsikt att, när den begärde förlängning, ge ombudsmannen ett yttrande om *inhållet* i påståendena i klagomål 1935/2008/FOR.

32. Ombudsmannen anser att kommissionen skulle uppfylla sin skyldighet att samarbeta med ombudsmannen vid genomförandet av en undersökning, om den, om en sådan förlängning inte var nödvändig för att svara ombudsmannen, beslutade att inte utnyttja den förlängning som beviljats den.

33. Kommissionens yttrande av den 20 januari 2009 grundade sig enbart på frågan om upptagande till sakprövning som diskuterades i punkterna 19–28 ovan. Yttrandet bestod i själva verket endast av fem sidor. Ombudsmannen kan dock inte utesluta möjligheten att kommissionen inte snabbt kom fram till de synpunkter som framfördes i dess yttrande av den 20 januari 2009. Sammanfattningsvis kan ombudsmannen inte utesluta att kommissionen inte var säker på huruvida dess argument var välgrundade när det gäller huruvida klagomålet kunde tas upp till sakprövning under perioden mellan den 27 oktober 2008 och den 15 januari 2009, och övervägde därför även att besvara ärendet i sak senast den 15 januari 2009. Denna uppfattning bekräftas av det faktum att när ombudsmannen den 16 februari 2009 fastställde en mycket kort



tidsfrist för att inkomma med ytterligare ett yttrande från kommissionen om påståendena i sak, kunde kommissionen iaktta denna mycket korta tidsfrist. [9] Kommissionens förmåga att hålla denna tidsfrist skulle tyda på att kommissionen (åtminstone delvis) hade använt perioden mellan den 27 oktober 2008 och den 15 januari 2009 för att beakta sakinnehållet i påståendena i denna undersökning. Kommissionen besvarade dessutom utan dröjsmål ombudsmannens begäran av den 23 april 2009 om ytterligare ett yttrande. Slutligen noterar ombudsmannen att kommissionen reagerade snabbt och flexibelt på ombudsmannens begäran om att genomföra en inspektion av handlingar.

34. Ombudsmannen instämmer därför inte i klagandens uttalande att kommissionen ”*medvetet*” försökte fördröja ombudsmannens undersökning av klagomål 1935/2008/FOR.

A. Anklagelsen och det därmed sammanhängande påståendet att kommissionen underlät att föra protokoll från mötet den 23 augusti 2006 med företrädare för Dell, trots att mötet var direkt berört föremålet för dess undersökning av Intel, och att kommissionen följaktligen inte dokumenterade bevisning som kunde vara till fördel för företaget

Argument som läggs fram för ombudsmannen

35. Den klagande uppger att kommissionens ärendegrupp med ansvar för ärende COMP/37.990 träffade höga företrädare för Dell den 23 augusti 2006 för att diskutera frågor som rör ärende COMP/37.990. Klaganden hävdar att kommissionen underlät att dokumentera och i ärendehandlingarna ta med en detaljerad not från mötet. Detta utgör enligt klaganden ett mycket allvarligt administrativt missförhållande.

36. I klagomålet görs gällande att A (en ledande befattningshavare vid Dell) vid mötet den 23 augusti 2006 måste ha underrättat kommissionen om omständigheter som inom ramen för ärende COMP/37.990 skulle vara till fördel för Intel. Till stöd för detta argument försåg klaganden ombudsmannen med en kopia av ett dokument som enligt klaganden utgör en dagordning för mötet den 23 augusti 2006 (nedan kallad dagordningen). Den klagande uppger att agendan utarbetades av kommissionens ärendegrupp. Enligt klaganden framgår det av dagordningen att syftet med mötet den 23 augusti 2003 bland annat var att behandla följande frågor:

- Dells påstådda *de facto* -exklusivitet med Intel.
- Prestandaskillnader mellan Intel och AMD;
- Intels rabattsystem som infördes i slutet av 2001 och *quid pro quo*, om någon, från Dell.
- A:s vittnesmål till Förenta staternas federala handelskommission (nedan kallad FTC) om Dells intresse av att säkerställa Intels prestationsfördel jämfört med AMD,
- Dells affärsmodell för ”en enda inköp”, som ledde till att den enbart köptes från Intel.
- Intels ”förmåga att hämnas” om Dell skulle börja köpa mikroprocessorer från AMD;
- Dells osäkerhet om AMD:s ”färdplan”.
- [**Intels rabatter till Dell sedan april 2004**].



37. Enligt klaganden är det uppenbart att om dagordningen följdes [10] var mötet den 23 augusti 2006 inriktat på de viktigaste områdena i A:s vittnesmål från FTC. Klaganden hävdar att A:s vittnesmål från FTC befriar Intel och motsäger påståendena i meddelandet om invändningar [11] om Dells förhållande till Intel. Sammanfattningsvis bestod A:s vittnesmål till FTC år 2003 [12] av uppgifter avseende samma omständigheter som kommissionen undersökte i ärende COMP/37.990. Den klagande uppger att kommissionen kände till detta vittnesmål senast den 18 juli 2006.

38. Enligt klaganden omfattade mötet den 23 augusti 2006 även nytt material som inte omfattades av A:s vittnesmål från FTC, men som var lika centralt som påståendena i meddelandet om invändningar avseende Dell. Till exempel, meddelandet om invändningar **[gjorde påståenden om skälen till att Dell köpte endast från Intel]**. Det är uppenbart, enligt klaganden, att riktigheten i detta påstående var en central fråga i agendan.

39. Enligt klaganden är det också rimligt att anta att om A hade lagt fram bevisning som anklagade Intel och stödde kommissionens påståenden, skulle den ha åberopats av kommissionen i meddelandet om invändningar. Eftersom så inte var fallet förefaller det också rimligt att anta att A:s bevisning antingen var neutral eller befriad från Intel.

40. Klaganden hävdar att ärendegruppen underlät att göra en detaljerad notering av sin intervju med ett materiellt vittne som a) den kände till eller borde ha känt till från de handlingar som den redan hade tillgång till, hade lämnat bevis till förmånlig behandling som motsäger många av kommissionens viktigaste antaganden, vilka senare införlivades i meddelandet om invändningar, och b) med vilka den tycks ha diskuterat frågor som är centrala för kommissionens ärende.

41. Mot denna bakgrund är det uppenbart att kommissionens underlåtenhet att dokumentera och i handlingarna i målet ta med en detaljerad notering av A:s svar på ärendegruppens frågor utgör ett mycket allvarligt administrativt missförhållande och i själva verket ifrågasätter integriteten i kommissionens hela utredning.

42. Klaganden har anfört att kommissionen i sin korrespondens med klaganden inledningsvis förnekade att mötet hade ägt rum. [13] Den angav därefter att ett möte hade ägt rum, men att inget protokoll från detta möte hade tagits. [14] Vid en ännu senare tidpunkt angav den att en notering till handlingarna i ärendet avseende detta möte hade upprättats och att meddelandet nu skulle föras in i handlingarna i målet. Kommissionens förhørsombud informerade dock Intel om att det inte skulle ha tillgång till denna not, eftersom detta var ett " *internt dokument* " och inte utgjorde överenskommet " *protokoll* " från mötet. [15]

43. Klaganden hävdar att upprättandet av skriftliga mötesprotokoll är god förvaltningssed, vilket respekterar principen om insyn i administrativa förfaranden. Det säkerställer också opartiskhet i utredningsprocessen. Enligt klaganden utgör kommissionens underlåtenhet att registrera mötet ett administrativt missförhållande.



44. Klaganden hänvisade till artikel 24 i den europeiska kodexen för god förvaltningssed, enligt vilken kommissionen ska ”*föra lämpliga register över sin inkommande och utgående post, de handlingar som de mottar och de åtgärder de vidtar.*” Följaktligen måste skyldigheten att föra lämpliga register, enligt klaganden, även gälla för förhör med ett materiellt, tillfredsställande vittne. Den klagandes underlåtenhet att göra detta strider enligt klaganden även mot den goda administrativa praxis som åligger en institution med de omfattande befogenheter som kommissionen har.

45. Klaganden har även, när det gäller påståendet, gjort gällande att kommissionen åsidosatte principen om insyn i administrativa förfaranden. Han har anfört att ärendegruppens förnekande av att den intervjuade ett viktigt vittne, och det ursprungliga förnekandet av att en skriftlig not från mötet hade ingetts – senare omvandlats av förhørsombudet till uttalandet att ”*ingen intervju enligt artikel 19 i förordning 1/2003 ägde rum... inte heller var några protokoll tagna under eller efter det möte som ingår i akten*” – oförenliga med de faktiska omständigheter som slutligen fastställts, och med behovet av att säkerställa insyn i administrativa förfaranden. Klaganden anser att ärendegruppens agerande utgör en uppenbar överträdelse av artiklarna 11 [16] och 12 [17] i den europeiska kodexen för god förvaltningssed, enligt vilka kommissionens tjänstemän är skyldiga att visa upp ett rättvist och korrekt beteende och ”*så fullständigt och korrekt som möjligt besvara frågor som ställs*”.

46. Även när det gäller hans påstående hävdar klaganden vidare att kommissionen inte var opartisk under utredningsförfarandet. Han noterar att kommissionen har omfattande och långtgående befogenheter enligt förordning (EG) nr 1/2003 och hävdar dessutom att kommissionen i konkurrensärenden fungerar som ”*utredaren, juryn och domaren*” och är föremål för rättslig prövning först efter det att den har fattat ett beslut. I synnerhet, och i motsats till det system som finns i vissa medlemsstater, såsom Frankrike, där utrednings- och dömande funktioner delas upp mellan två organ, har kommissionen befogenhet att både genomföra en utredning av de faktiska omständigheterna och anta ett beslut som fastställer att en överträdelse av konkurrensreglerna har ägt rum. Klaganden anser att kommissionens omfattande befogenheter kräver att kommissionen iakttar särskild vaksamhet mot varje tendens till partiskhet, brist på objektivitet eller överdrivna åtal när den utför sina utrednings- och dömande uppgifter. I detta avseende anser klaganden att ärendegruppen tydligt har överträtt artiklarna 7, 8 och 9 i den europeiska kodexen för god förvaltningssed genom att 1) försöka dölja intervjun av den 23 augusti 2006, 2) försök att förneka att någon skriftlig anteckning har tagits fram; 3) underlåta att göra innehållet i intervjun till en del av protokollet, och 4) underlåtenhet att göra en detaljerad redogörelse för A:s frågor och de svar han gav. [18]

47. I sitt ytterligare yttrande till ombudsmannen av den 20 mars 2009 anger kommissionen att medlemmar i det ärendeteam som handlägger utredningen i ärende COMP/37.990 hade ett möte den 23 augusti 2006 med två av Dells ledande befattningshavare, A och B, samt med två av Dells externa ombud. Enligt kommissionen var syftet med mötet att diskutera ett antal handlingar som Dell nyligen hade överlämnat till kommissionen [19] och att förbereda kommissionens fortsatta undersökning av ärendet.

48. Kommissionen har påpekat att Dells företrädare under mötet diskuterade ett antal frågor



med kommissionen. Enligt kommissionen besvarade Dell dessa frågor formellt genom en skrivelse av den 22 september 2006.

49. Kommissionen har vidare påpekat att Dell, mellan mötet den 23 augusti 2006 och det första meddelandet om invändningar till Intel den 26 juli 2007, lämnade in ytterligare åtta inlagor till kommissionen om de viktigaste frågorna i undersökningen. Enligt kommissionen fick Intel full tillgång till alla dessa svar när företaget fick tillgång till handlingarna i ärendet den 29 juli 2007 och hade således kännedom om att mötet hade ägt rum sedan detta datum. Att mötet ägde rum bekräftades ytterligare av ärendegruppen genom e-post av den 21 februari 2008.

50. När det gäller det faktiska innehållet i mötet har kommissionen påpekat att det inte finns några andra anteckningar eller protokoll än noteringen av den 29 augusti 2006 i kommissionens ärendehandlingar. Enligt kommissionen sammanfattar meddelandet av den 29 augusti 2006 intrycket av en av handläggarna som var närvarande vid mötet. Den innehåller information från andra källor, personliga åsikter och handläggarens synpunkter på vidare utredningsstrategi. Meddelandet var därför enligt kommissionens uppfattning inte avfattat i syfte att bli kontrasignerat eller godkänt av någon annan deltagare vid mötet (och det har aldrig kontrasignerats eller godkänts av någon annan deltagare vid mötet). Det var inte meningen att den vid någon tidpunkt skulle bli en del av de omständigheter (otillförlitliga eller till nackdel) som framkommit till följd av undersökningen. Meddelandet av den 29 augusti 2006 var snarare en *hjälp till* handläggaren för att förbereda ytterligare utredningsåtgärder.

51. Dessutom noterade kommissionen att syftet med mötet med Dell var att undersöka ytterligare utredningsåtgärder med anknytning till Dell. Syftet var inte att samla in information i form av kontrasignerade protokoll eller uttalanden enligt artikel 19.

52. Kommissionen har påpekat att även om den har gjort gällande att det inte förelåg någon skyldighet att skicka meddelandet av den 29 augusti 2006 till Intel, sändes en icke-konfidentiell version av meddelandet till Intel den 19 december 2008, enligt vilken konfidentiella uppgifter om Dell och kommissionens strategiska överväganden uteslöts.

53. Kommissionen har påpekat att även om [20] Intel till följd av sin tillgång till handlingarna i ärendet kände till mötet, informerade kommissionen inte inledningsvis Intel om att meddelandet av den 29 augusti 2006 fanns, eftersom ärendegruppen ansåg att det inte ingick i den officiella ärendeakten i ärende COMP/37.990. Förhørsombudet upphävde denna ursprungliga ståndpunkt genom beslut av den 7 maj 2008 och begärde att skrivelsen till akten av den 29 augusti 2006 skulle föras in i den officiella akten i ärende COMP/37.990. Samtidigt nekade dock förhørsombudet Intel tillgång till meddelandet av den 29 augusti 2006 med motiveringen att noten var en *intern handling* och därför inte var tillgänglig för Intel.

54. När det gäller det faktum att Intel lämnade in ett dokument till ombudsmannen som ”*förefaller*” [21] vara en förteckning över ämnen som ska diskuteras vid mötet, ansåg kommissionen att det inte är möjligt att utifrån själva dokumentet avgöra vem detta dokument härrör från. Kommissionen har anført att den inte har kunnat lokalisera detta dokument och därför inte med säkerhet kan ange varifrån det kommer. Dokumentet i fråga är sannolikt en



personlig anteckning av en handläggare som antingen skickades till Dell via e-post före mötet eller överlämnades till Dell under mötet. Sådana anteckningar fungerar normalt som en förberedelse för både ärendegruppen och de andra parter som deltar i ett möte för att bekanta sig med möjliga ämnen som kan diskuteras vid ett möte. Under ett möte avviker dock diskussionerna ofta från de ämnen som beskrivs i sådana anteckningar, beroende på den begränsade tid som står till förfogande för sådana möten och de ämnen som uppstår i dem.

55. Kommissionen noterade att Intel har gjort gällande att kommissionens hantering av mötet den 23 augusti 2006 utgör ett administrativt missförhållande. Kommissionen har förstått att Intels argument grundar sig på tre olika grunder. Intel har för det första gjort gällande att de frågor som diskuterades vid detta möte var till fördel för dem och att kommissionen därför borde ha registrerat dem. För att styrka sitt påstående lämnar Intel in ett dokument som anger att *"det förefaller vara en dagordning som utarbetats av ärendegruppen för mötet"* och anser att de ämnen som anges i dokumentet faktiskt diskuterades vid mötet. Intel hänvisar dessutom till A:s vittnesmål (en av deltagarna vid mötet den 23 augusti 2006) vid FTC den 26 mars 2003 och har gjort gällande att 1) innehållet i detta vittnesmål skulle vara till fördel för Intel och 2) att A måste ha gjort liknande uttalanden som i sitt FTC-avgörande. Intel har för det andra gjort gällande att kommissionen dolde det faktum att ett möte med Dells företrädare ägde rum och att en anteckning om detta möte hade utarbetats. Intel har slutligen dragit slutsatsen att kommissionen genom sin hantering av mötet med Dell har använt sina befogenheter för ändamål som saknar rättslig grund och som inte motiveras av allmänintresset, och att kommissionen inte har varit opartisk och oberoende genom att beakta samtliga relevanta omständigheter och ge var och en av dem sin egen vikt.

56. Med avseende på det ovan anförda har kommissionen angett att det i punkt 12 i tillkännagivandet om tillgång till handlingar [22] anges följande:

" Kommissionens avdelningar är inte skyldiga att utarbeta protokoll från möten med någon person eller företag. Om kommissionen väljer att göra anteckningar från sådana möten utgör sådana handlingar kommissionens egen tolkning av vad som sades vid mötena, varför de klassificeras som interna handlingar. "

57. Kommissionen har anført att den rättspraxis som ligger till grund för ovannämnda punkt i tillkännagivandet återges i punkterna 349–359 i TACA -domen. [23] Den noterar att förstainstansrätten i punkt 351 i TACA anger att *"det däremot inte finns någon allmän skyldighet för kommissionen att upprätta protokoll från diskussioner vid möten eller telefonsamtal med de klagande som äger rum i samband med tillämpningen av fördragets konkurrensregler"*. Kommissionen har vidare påpekat att förstainstansrätten har bekräftat detta konstaterande i målet *Group Danone*. [24]

58. Kommissionen har vidare tillagt att domstolen i punkt 358 i TACA, som ombudsmannen har hänvisat till i sitt brev om inledande av undersökningen, och i punkt 67 i domen i målet *Group Danone*, slog fast att *"i enlighet med rättspraxis ska åsidosättanden av rätten till försvar prövas mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall"*. I båda domarna har förstainstansrätten emellertid anført följande:



” om kommissionen har för avsikt att i sitt beslut använda bevis till nackdel som lagts fram muntligen av en annan part, måste den ställa den till det berörda företags förfogande för att företaget effektivt ska kunna yttra sig om kommissionens slutsatser på grundval av denna bevisning. Vid behov måste den skapa ett skriftligt dokument som ska placeras i filen. ”

59. När det gäller Intels påstående att det vid det aktuella mötet översändes uppgifter till kommissionen och att det finns en skyldighet att registrera sådana uppgifter, har kommissionen anfört att innehållet i mötet delvis avsåg handlingar som redan fanns i kommissionens ärendeakt och delvis tjänade till att formulera senare begäranden om upplysningar, vilka därefter besvarades av Dell genom en skrivelse av den 22 september 2006. Vad gäller Intels påståenden att mötet måste ha behandlat uppgifter som inte finns i kommissionens akt, konstaterar kommissionen att Intel, för att styrka sitt påstående, hänvisar till A:s vittnesmål från FTC som avgavs mer än tre år före mötet den 23 augusti 2006 och till en handling som påstås visa de vägledande ämnen som ska diskuteras vid mötet. Kommissionen konstaterar att inget av dessa dokument innehåller bevis på vad som faktiskt diskuterades vid mötet. Utan att det påverkar frågan huruvida A:s uttalanden till FTC tre år tidigare är till fördel, kan den omständigheten att A har gjort sådana uttalanden till FTC inte visa att A har lämnat någon information som kan vara till fördel för kommissionen. Enligt kommissionen avser A:s uttalande inför FTC till stor del en period som föregår de förfaranden som kommissionen invände mot i sitt meddelande om invändningar av den 26 juli 2007 [25]. Detta bekräftas ytterligare av de frågor som ställdes under mötet, som Dell hade besvarat skriftligen och som till stor del avsåg prestandan hos en AMD-produkt (Hammer) under 2002. På samma sätt innebär den vägledande förteckningen över ämnen [26] inte att dessa frågor verkligen togs upp (delvis eller helt) vid mötet och, om de togs upp, med vilken detaljnivå. Därför är kommissionens ”*preliminära bedömning*” att mötet inte omfattade några uppgifter till fördel. [27] Enligt kommissionen lade Intel inte fram några bevis som skulle ogiltigförklara denna preliminära bedömning. Kommissionen noterade att det slutliga fastställandet av vilka uppgifter som skulle vara till fördel för eller till skada kan göras först när kommissionen har avslutat utredningsskedet i förfarandet.

60. Slutligen betonade kommissionen att relevant rättspraxis, som undantagsvis fastställer en skyldighet att upprätta en skriftlig handling för ärendet med avseende på bevisning till last, inte är tillämplig i detta fall, eftersom mötet inte avsåg uppgifter som kommissionen *avser att använda i [varje möjligt] beslut*. ” Den noterade att inget av de två meddelanden om invändningar som skickades i detta fall grundade sig på innehållet i mötet den 23 augusti 2006. När det gäller frågan huruvida mötet omfattade uppgifter som är till fördel för dem, kan detta endast besvaras slutgiltigt i framtiden, så snart kommissionen har tillgång till alla uppgifter som behövs för att fatta ett beslut i förevarande fall. [28]

61. Kommissionen noterade att den omständigheten att en handläggare beslutade att utarbeta en not till akten som *bland annat* sammanfattade hans intryck av mötet inte gör denna rent interna handling till en tillgänglig handling som kommissionen var skyldig att tillhandahålla Intel. Detta bekräftades också av förhørsombudet och dokumentet överlämnades därför till Intel den 19 december 2008 ”*endast av artighetsskäl*”.



62. Kommissionen tog därefter upp de frågor som ombudsmannen tog upp när den inledde denna undersökning (se punkt 7 ovan). När det gäller den första fråga som ombudsmannen tog upp drar kommissionen slutsatsen att den agerade i full överensstämmelse med tillkännagivandet om tillgång till handlingar och domstolens avgöranden i målen *TACA* [29] och *Groupe Danone* [30], när den inte tog protokoll från mötet med Dells företrädare den 23 augusti 2006, eftersom dessa bestämmelser och domar inte tvingade den att göra detta i förevarande fall.

63. När det gäller den andra frågan som ombudsmannen tog upp drar kommissionen slutsatsen att det inte kan fastställas vem som var upphovsman till dokumentet "*Indikativ förteckning över ämnen som ska diskuteras*", men att detta dokument med största sannolikhet lämnades in av en handläggare från kommissionen till Dell före eller under mötet. Vanligtvis fungerar sådana anteckningar som ett sätt att organisera förberedelserna av möten och följs inte nödvändigtvis strikt under mötet. Dessutom bekräftar kommissionen att de frågor som Dell har besvarat skriftligen (i sin skriftliga uppföljning av mötet) "med *all sannolikhet*" diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006.

64. När det gäller den tredje frågan som ombudsmannen tog upp drar kommissionen slutsatsen att inget protokoll från mötet den 23 augusti 2006 togs. Noten av den 29 augusti 2006 utgör inte "*protokoll*", eftersom den inte utarbetades i syfte att ge en fullständig sammanfattning av mötets innehåll, utan i syfte att förbereda ytterligare utredningsåtgärder avseende Dell. Det är inte heller möjligt att avgöra vilket innehåll i noten av den 29 augusti 2006 som härrör från mötet och som härrör från andra källor. Meddelandet av den 29 augusti 2006 var inte heller avsett att kontraheras av Dell. De utredningsåtgärder som följde på denna not har lett till omfattande inlagor från Dell som gjorts fullt tillgängliga för Intel.

65. När det gäller den fjärde fråga som ombudsmannen tagit upp drar kommissionen slutsatsen att Dells företrädare inte har ombetts att underteckna något protokoll, eftersom syftet med mötet den 23 augusti 2006 inte var att lägga fram ett uttalande enligt artikel 19. Den not till akten som behandlades i samma avsnitt ovan syftade inte heller till att upprätta mötesprotokoll och är inte utformad för att på ett korrekt eller fullständigt sätt återspegla mötets innehåll. Följaktligen är det i detta skede inte möjligt att begära att Dell undertecknar mötesprotokollet, eftersom det inte finns något sådant protokoll.

66. Kommissionen hävdade att den inte dolde det faktum att ett möte ägde rum. Intel fick kännedom om en notering till handlingarna i ärendet i samband med utfrågningen under den andra etappen av det vanliga förfarandet för tillgång till handlingar, där beslut om tillgång först fattas av GD Konkurrens och sedan granskas av förhørsombudet.

67. På grundval av de omständigheter som beskrivs ovan har kommissionen gjort gällande att hanteringen av ovannämnda möte var helt förenlig med tillämpliga rättsliga bestämmelser och inte på något sätt ifrågasätter objektiviteten och opartiskheten i kommissionens undersökning. Den hävdar att Intels redogörelse för händelserna är felaktig och ofullständig. Kommissionen anser att det finns faktorer som stöder denna slutsats, nämligen noten av den 29 augusti 2006.



68. I sina synpunkter av den 14 april 2009 och den 16 april 2009, som ingavs som svar på kommissionens yttrande av den 20 mars 2009, uppgav klaganden att dagordningen, som utarbetades av kommissionen före mötet den 23 augusti 2006, innehöll huvudfrågor. Han noterade att många av dessa frågor skulle utgöra grunden för kommissionens påståenden i meddelandet om invändningar av den 26 juli 2007. Klaganden uppgav att kommissionen före mötet den 23 augusti 2006 granskade A:s vittnesmål från 2003 inför FTC. Såsom framgår av dagordningen visste kommissionen inför mötet att en stor del av A:s tidigare vittnesmål var nära kopplade till frågorna på dagordningen. Kommissionen var dessutom fullt medveten om att A var **[chef för Dell]** och att han var **ansvarig** för Dells förhållande till Intel. Följaktligen är det helt enkelt inte trovärdigt att kommissionen inte förutsåg att A skulle lägga fram viktiga bevis under mötet och, med tanke på A:s vittnesmål från 2003 inför FTC, att denna bevisning sannolikt skulle vara till fördel för Intel.

69. Klaganden uppger att kommissionen i sina synpunkter försöker avleda den uppenbara slutsatsen att intervjun med A var inriktad på kommissionens viktigaste påståenden om Dell. Kommissionen försöker avfärda mötesagendans tillförlitlighet genom att ange att *"dessa anteckningar är ett sätt att organisera förberedelserna av möten och inte nödvändigtvis följs strikt under mötet"*. I sitt yttrande till ombudsmannen medger kommissionen emellertid också att *"de frågor som Dell har besvarat i bilaga VII till Intels klagomål med all sannolikhet diskuterades under mötet den 23 augusti 2006."* Dessutom bekräftar meddelandet av den 29 augusti 2006 otvetydigt att mötet följde den föreslagna dagordningen noga. I noten av den 29 augusti 2006 anges således tydligt att *"frågorna fokuserade på [Mr A:s] deposition till FTC"* och i synnerhet på *"Dells produktstrategi"*, **"[Dells beslut att hämta från Intel och dess förhållande till Intels rabattprogram]"** och **"[Intels svar, om Dell skulle ändra sitt tillvägagångssätt]"**. Alla dessa frågor tas upp i agendan.

70. Klaganden har gjort gällande att skrivelsen av den 29 augusti 2006 och A:s konsekventa vittnesmål inför FTC 2003 och i AMD:s tvistemål mot Intel **2009** otvetydigt visar att A måste ha lagt fram bevis under mötet som kommissionen vid den tidpunkten ansåg vara till nackdel för Intel. I själva verket stöder en av de icke-reagerade **delarna av noten** tydligt ett av Intels centrala försvarsargument och är därför klart till fördel.

71. Klaganden har uppgett att Intel har fastställt att A i sitt vittnesmål från 2003 inför FTC lade fram bevis som var till stor fördel för A om exakt samma frågor som behandlades vid mötet den 23 augusti 2006. Kommissionens argument syftar till att underkänna bevisvärdet av A:s vittnesmål från FTC, som båda var till stor nytta för Intel och som enligt kommissionens eget medgivande utgjorde *"fokus"* vid mötet den 23 augusti 2006 genom att hävda att *"A:s uttalanden som gjordes före FTC till stor del hänför sig till en period som föregår de förfaranden som kommissionen har invänt mot i [uttalandet av invändningar]"*. När det gäller kommissionens förslag om att A:s svar vid mötet den 23 augusti 2006 skulle ha kunnat skilja sig från hans vittnesmål från FTC anger klaganden följande: i) A:s vittnesmål från FTC avgavs under ed. och ii) **2009** avgav A på nytt svurit vittnesmål som bekräftade att de viktigaste punkterna i 2003 års FTC-uttalande, att Dell inte hade ett exklusivt förhållande till Intel och att Intel inte *"hotade"* eller *"straffade"* Dell för att ha övervägt en strategi med dubbla källor, var



lika tillämpliga under hela den påstådda överträdelseperioden.

72. Den klagande hävdar att det mot denna bakgrund helt enkelt inte är trovärdigt att A skulle ha vittnat på ett sätt under ed 2003 och 2009, utan lämnade motsatt bevisning i samma frågor till kommissionen 2006. FTC:s vittnesmål från 2003 lämnar i synnerhet inget utrymme för tvivel om att de upplysningar som A lämnade till kommissionen under mötet den 23 augusti 2006 undergrävde kommissionens viktigaste påståenden om Dell och därmed var till stor nytta för Intel.

73. Klaganden har anfört att kommissionen, med tanke på att dagordningen och A:s vittnesmål från FTC stod i centrum för mötet, vid tidpunkten för mötet skulle ha känt till att de bevis som A lade fram för FTC var till fördel för Intel. Till följd av detta var kommissionen skyldig att antingen göra en utskrift under mötet eller sedan utarbeta en lämplig förteckning över de framlagda bevisen. Enligt klaganden har kommissionen dock otvetydigt medgett att den underlåtit att föra fram en tillräcklig dokumentation. Det faktum att det till och med är nödvändigt att inleda en diskussion om vad som sades vid mötet den 23 augusti 2006 är ett direkt resultat av kommissionens administrativa missförhållanden. Om kommissionen hade tagit del av en fullständig notering eller en utskrift från mötet den 23 augusti 2006 enligt god förvaltnings sed, skulle det inte råda någon osäkerhet om exakt vad A sade och följaktligen ingen debatt om huruvida A:s uttalanden är relevanta för kommissionens påståenden och/eller till nackdel för Intel.

74. När det gäller kommissionens rättsliga argument hävdar klaganden att kommissionen försöker undvika allvaret i dess underlåtenhet att föra ett fullständigt protokoll från mötet den 23 augusti 2006 genom att hävda att "*om mötet skulle ha omfattat uppgifter som är till fördel för honom kan han endast slutgiltigt besvara när kommissionen kommer att ha tillgång till alla uppgifter som krävs för att fatta ett beslut i detta ärende*". Med andra ord förefaller kommissionen ha gjort gällande att den ensamt behåller sitt utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att besluta i) huruvida bevis faktiskt är till fördel och därför bör vara föremål för en detaljerad skriftlig uppteckning, och ii) när, om någonsin, det kommer att avslöja sådana bevis till en svarande i en pågående utredning. Detta kan inte vara en korrekt formulering av godtagbart administrativt förfarande. För det första, om det endast är möjligt att avgöra om bevisningen är till fördel efter det att undersökningen har avslutats, skulle det aldrig vara möjligt för kommissionen att veta när det var nödvändigt att förbereda en fullständig redogörelse för ett möte. För det andra, om kommissionens tillvägagångssätt godtogs, kunde kommissionen, såsom den har försökt göra i förevarande fall, dölja förekomsten av bevisning till förmån för svaranden. Enligt klaganden är det uppenbart att en sådan tolkning skulle leda till ett allvarligt åsidosättande av svarandens rätt till försvar. Klaganden har anfört att det är fast rättspraxis att "*i ett kontradiktoriskt förfarande som inrättats genom förordningarna om tillämpning av artiklarna 81 EG och 82 EG kan det inte ensamt ankomma på kommissionen att avgöra vilka handlingar som är användbara för företagets försvar i förfaranden som rör överträdelse av konkurrensreglerna*". [31] I synnerhet, med beaktande av den allmänna principen om "jämförbarhet i fråga om vapen", är det inte acceptabelt för kommissionen att på egen hand besluta huruvida sökanden ska använda handlingar mot sökanden, när sökanden inte hade tillgång till dem och därför inte heller kan avgöra om den skulle använda dem till sitt



försvar eller inte.

75. Klaganden har anfört att kommissionen försöker skapa intrycket av att den uppmärksammade Intel på att mötet med A hade ägt rum i de handlingar som företaget hade fått tillgång till som en del av sin tillgång till handlingar i ärendet. Klaganden har anfört att hänvisningen till mötet med A fanns med i ett enda Dell-dokument, bland de hundratusentals sidor med filmaterial som Intel tillhandahöll. Intel blev inte medveten om att detta dokument innehöll en hänvisning till ett möte med A förrän någon gång runt mitten av januari 2008, efter att Intel lämnat in sitt svar på meddelandet om invändningar. Klaganden uppgav att det, om något mer är nödvändigt för att bedöma trovärdigheten i kommissionens ståndpunkt, är tillräckligt att erinra om att kommissionen, när den tillfrågades om mötet, inledningsvis förnekade att det hade hållits en intervju med A och att alla anteckningar från intervjun hade utarbetats. Enligt klaganden framgår det av dessa händelser att kommissionen försökte dölja och undertrycka bevisning till förmån för dem. Klaganden anser också att detta fel (och underlåtenheten att göra en fullständig notering av mötet som skulle ha undanröjt alla diskussioner om vad A sade) utgör ett allvarligt administrativt missförhållande.

76. Sammanfattningsvis är det uppenbart, mot bakgrund av gemenskapsdomstolarnas rättspraxis, att kommissionens argument att det endast ankommer på kommissionen att ”*definitivt*” avgöra om materialet är till fördel för svaranden och om det ska lämnas till svaranden är ohållbart och har avvisats av gemenskapsdomstolarna.

77. Slutligen hävdar klaganden att kommissionen hävdar att den rättspraxis som ålägger kommissionen att upprätta ett lämpligt protokoll inte var tillämplig på noteringen av den 29 augusti 2006, ”*eftersom mötet inte avsåg information som kommissionen avser att använda i [eventuella] beslut*”. Detta argument tjänar endast till att avslöja kommissionens grundläggande missförstånd i de relevanta frågorna. Kommissionens erkännande av att den inte avser att använda informationen från mötet med A i ett slutligt beslut understryker själva kärnan i klagandens första påstående. I annat fall är det just på grund av att kommissionen inte har för avsikt att använda bevisen för att Intels rätt till försvar har kränkts. En svarande måste ges tillgång till bevisningen till förmån för svaranden för att den ska kunna använda denna bevisning i sitt eget försvar. Kommissionens ståndpunkt skulle fullständigt undergräva Intels rätt till försvar och skulle på ett effektivt sätt hindra Intel och alla andra svarande i ett konkurrensärendet från att använda befintlig bevisning som kommissionen förfogar över. Detta resultat är varken godtagbart eller förenligt med gemenskapsrätten. Sammanfattningsvis framgår det av rättspraxis otvetydigt att det i fråga om bevisning som är till fördel för företaget räcker att visa att företaget skulle ha kunnat använda handlingarna till förmån för sitt svaromål, i den meningen att det, om det hade kunnat åberopa dem under det administrativa förfarandet, skulle ha kunnat lägga fram bevisning som inte överensstämde med kommissionens konstateranden i detta skede och därför skulle ha kunnat påverka kommissionens bedömning i varje beslut som den fattade. Domstolens inställning till handlingar till förmån för dem återspeglas också i rättspraxis avseende kommissionens skyldighet att upprätta ett tillräckligt protokoll över möten, där information till förmån för dem har lämnats.

78. Enligt klaganden bekräftar och stöder domen i målet *TACA* (som kommissionen avser att



åberopa i sitt yttrande till ombudsmannen) Intels påstående att kommissionen var skyldig att tillhandahålla ett lämpligt protokoll från mötet med A. I domen i målet *TACA* avvisades svarandenas grund avseende kommissionens underlåtenhet att lämna ut protokoll från ett möte med klaganden på grundval av de särskilda omständigheterna i ärendet. Sammanfattningsvis har svarandena i domen i målet *TACA* varken kunnat precisera de åberopade bevisen eller anföra något som tyder på att det fanns sådana bevis och således inte heller att de var relevanta för det målet. Svarandenas andra grund i domen i målet *TACA*, det vill säga att kommissionen inte upprättade protokoll från ett möte med tredje man, ogillades på samma sätt, eftersom svarandena inte kunde identifiera den aktuella bevisningen och inte lade fram någon bevisning för att den fanns och således var användbar i det målet. Klaganden hävdade att det inte kan råda något tvivel om att Intel, till skillnad från situationen i *TACA*, i tillräcklig utsträckning har specificerat den begärda bevisningen och även tillräckligt visat både att sådan bevisning fanns och att den är relevant och användbar för kommissionens undersökning. Klaganden hävdade därför att *TACA*- domen inte på något sätt ändrar slutsatsen att kommissionen tydligt var skyldig att i) upprätta en lämplig förteckning över intervjun med A, med tanke på att den information som A lämnade under mötet uppenbarligen var till fördel för företaget och ii) göra detta protokoll tillgängligt för Intel.

79. I sitt andra ytterligare yttrande, som ingavs till ombudsmannen den 10 juni 2009, hävdar kommissionen att frågan huruvida A:s eventuella uttalanden den 23 augusti 2006 kunde vara till nackdel endast kunde avgöras med säkerhet mot bakgrund av kommissionens slutliga slutsatser om Intels praxis, vilket underströks i kommissionens yttrande av den 20 mars 2009. Innan ett sådant beslut fattas bedömer kommissionen, på grundval av sin preliminära bedömning av ärendet som den fortlöpande utvecklar, vilka uppgifter som är relevanta för ärendet. På grundval av detta har kommissionen alltid en preliminär uppfattning om huruvida informationen är till fördel för eller till nackdel för dem. Det är dock först vid tidpunkten för det slutliga beslutet som denna ståndpunkt blir slutgiltig. Det var således inte före utkastet till slutligt beslut som kommissionen slutgiltigt bedömde huruvida eventuella uttalanden som A kunde ha gjort den 23 augusti 2006 kunde vara till fördel. Det slutliga beslutet [32] behandlar i själva verket i stor utsträckning A:s avsättningar i Förenta staterna, i den mån de avser de villkor som är knutna till de rabatter som Intel beviljats Dell. Kommissionen har i huvudsak dragit slutsatsen att A genom sina vittnesmål inte ändrade sin ståndpunkt vad gäller frågan huruvida Intels rabatter till Dell var villkorade. Kommissionen drar vidare slutsatsen att inget av A:s uttalanden under något av hans vittnesmål strider mot kommissionens slutsatser om Intels missbruk. Mot denna bakgrund är det inte rimligt att anta att A skulle ha lagt till något relevant i ärendet vid mötet den 23 augusti 2006, vilket inte redan fanns med i kommissionens ärendeakt. Det finns inget som tyder på att A mellan mars 2003 och februari 2009 skulle ha haft anledning att ändra sin ståndpunkt och förse kommissionen med en annan version av de faktiska omständigheterna än den som lagts fram inför FTC och Delaware-domstolen. Det finns ingen grund för att anta att kommissionen har underlåtit att beakta ytterligare omständigheter som är relevanta för Intels försvar och som delgavs den under detta möte.

80. Kommissionen vidhöll sin rättsliga ståndpunkt, som beskrivs i punkterna 22–30 i dess synpunkter till ombudsmannen av den 20 mars 2009, och återspeglas i skälen 39–49 i beslutet av den 13 maj 2009, enligt vilken den inte var skyldig att registrera eller notera intervjun med A.



Denna fråga är emellertid inte relevant i förevarande fall, eftersom Intel inte kan styrka hur de omständigheter som A påstår ha lagt fram den 23 augusti 2006 skulle ha vederlagt kommissionens slutsatser i beslutet.

81. I sitt yttrande av den 15 juni 2009 avseende kommissionens ytterligare yttrande av den 10 juni 2009 uppgav klaganden att kommissionen i stor utsträckning upprepade de argument som framfördes i kommissionens tidigare inlägga av den 20 mars 2009. Kommissionen upprepade särskilt att den har ett eget utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att besluta i) huruvida bevisningen är till fördel och därför bör vara föremål för en detaljerad skriftlig uppteckning, och (ii) när, om någonsin, kommer det att avslöja sådana bevis till en svarande. Enligt kommissionen kunde de uttalanden som A gjorde under intervjun den 23 augusti 2006 endast fastställas ” *med säkerhet mot bakgrund av kommissionens slutliga slutsatser om Intels praxis, såsom de uttrycktes i ett slutligt beslut*”, så att ” *det var inte före utkastet till slutligt beslut som kommissionen slutgiltigt bedömde huruvida några uttalanden som A kunde ha gjort den 23 augusti 2006 kunde vara till fördel*”. Klaganden har gjort gällande att gemenskapsdomstolarnas ståndpunkt, såsom förklaras i detalj i hans yttrande av den 14 april 2009, har avvisats av gemenskapsdomstolarna. [33] Klaganden förklarade återigen gemenskapsdomstolarnas otvetydiga slutsats att en svarande måste kunna använda och förlita sig på material till fördel ” *under det administrativa förfarandet* ” för att ta itu med kommissionens slutsatser ” *i det skedet* ” och i syfte att ” *få ett visst inflytande på kommissionens bedömning i det slutliga beslutet*” står i direkt motsägelse mot kommissionens argument att den kan undanhålla potentiellt skadligt material fram till det slutliga beslutet. Klaganden upprepade sitt argument att det inte ankommer på kommissionen ensam att avgöra vilka bevis som är användbara för Intel i sitt svaromål. Han upprepade sitt argument att Intel, om kommissionen hade gjort ett (riktigt) meddelande från mötet den 23 augusti 2006, hade kunnat åberopa denna not i sitt svaromål.

Ombudsmannens bedömning

82. Ombudsmannen konstaterar inledningsvis att kommissionens roll som fördragets väktare, och särskilt dess roll att se till att artiklarna 81 EG och 82 EG respekteras, kräver att den, när den beslutar att inleda en utredning av en misstänkt överträdelse av artikel 81 EG eller artikel 82 EG, i tillräcklig utsträckning informerar sig om alla relevanta omständigheter. [34] Kommissionen har visserligen ett rimligt utrymme för skönsmässig bedömning [35] när den bedömer vad som utgör en relevant omständighet. när kommissionen försöker fastställa relevanta faktiska omständigheter bör den inte göra någon åtskillnad mellan bevisning som kan tyda på att ett företag har överträtt artikel 81 EG eller artikel 82 EG (otillförlitlig bevisning) och bevisning som kan tyda på att ett företag inte har överträtt artikel 81 EG eller artikel 82 EG (tillåten bevisning). Sammanfattningsvis är kommissionen skyldig att förbli oberoende, objektiv och opartisk [36] när den samlar in relevant information inom ramen för utövandet av sina utredningsbefogenheter enligt artiklarna 81 EG och 82 EG.

83. Kommissionens undersökningsbefogenheter med avseende på artiklarna 81 EG och 82 EG anges i förordning 1/2003. [37] Genom ikraftträdandet den 1 maj 2004 [38] av förordning (EG) nr 1/2003 [38] ledde till att kommissionens utredningsbefogenheter ökade jämfört med dem som föreskrevs i förordning 1/2003, det vill säga förordning 17/62. [39] När det gäller uttalandena



har skäl 25 i förordning 1/2003 följande lydelse:

”Det blir allt svårare att upptäcka överträdelser av konkurrensreglerna, och för att effektivt skydda konkurrensen måste kommissionens undersökningsbefogenheter kompletteras. Kommissionen bör särskilt ges befogenhet att intervjua personer som kan ha tillgång till användbar information och att registrera de uttalanden som gjorts.”

84. Artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 (befogenhet att yttra sig) utgör den rättsliga grund som ger kommissionen befogenhet att genomföra intervjuer i syfte att samla in uppgifter om föremålet för en utredning. Artikel 19.1 har följande lydelse:

” För att utföra de uppgifter som den tilldelas genom denna förordning får kommissionen intervjua varje fysisk eller juridisk person som samtycker till att höras i syfte att samla in information om föremålet för en utredning. ”

85. I sina yttranden till ombudsmannen [40] hävdar kommissionen att den inte är skyldig att utarbeta något ” *protokoll* ” från möten med någon person eller företag (min kursivering tillagd av ombudsmannen). Kommissionen har gjort gällande att kommissionen, i enlighet med sitt eget meddelande om tillgång till handlingarna i ärendet, *väljer* att göra anteckningar från mötena, utgör sådana handlingar en egen tolkning av vad som sades vid mötena, varför de klassificeras som interna handlingar. [41] Kommissionen har anfört att dess uppfattning är förenlig med förstainstansrättens avgöranden i målen *TACA* [42] och *Group Danone* . [43] Kommissionen har särskilt hävdad att mötet den 23 augusti 2006 inte var en ” *intervju* ” i enlighet med artikel 19 i förordning 1/2003.

86. Ombudsmannen noterar att analysen vid prövningen av kvalificeringen av en rättsakt inte kan begränsas till att beakta en rättsakts officiella titel, utan måste grundas på objektiva faktorer som kan bli föremål för domstolsprövning. Bland dessa omständigheter ingår bland annat rättsaktens syfte och innehåll. [44] Eftersom valet av form inte kan ändra rättsaktens art, ska det prövas huruvida en rättsakts innehåll är helt förenligt med den form som den berörda institutionen tillskrivit. [45]

87. Ombudsmannen anser att en intervju [46] endast kommer att omfattas av tillämpningsområdet för artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003, om syftet är att samla in information om föremålet för en utredning. Ett möte som har som syfte och innehåll att avgöra om uppgifter som redan har samlats in bör klassificeras som konfidentiella affärshemligheter, eller ett möte som har som syfte och innehåll att organisera ett förfarandesteg i samband med utredningen, är således inte ” *intervjuer* ” i enlighet med artikel 19 i förordning 1/2003 (nedan kallade *artikel 19-intervjuer*). Dessutom kommer ett möte som har som syfte och innehåll att förse en tredje part med information om kommissionens synpunkter inte att vara en ” *artikel 19-intervju* ”. Ett möte som har som syfte och innehåll att samla in information som inte avser föremålet för en utredning (t.ex. *insamling av information som ska användas vid utvärderingen av konkurrenspolitiken i allmänhet* [47]) kommer inte att vara en ” *artikel 19-intervju* ”. [48]

88. Ombudsmannen noterar också att kommissionen har ett rimligt utrymme för skönsmåssig



bedömning när det gäller att genomföra en "artikel 19-intervju". [49] När kommissionen utövar detta utrymme för skönsmässig bedömning och väljer att intervjua en tredje part i syfte att samla in information om föremålet för en utredning, bör klassificeringen av den resulterande intervjun emellertid inte vara godtycklig utan snarare grunda sig på intervjuens syfte och innehåll.

89. Ombudsmannen har noggrant granskat bevisningen i samband med mötet den 23 augusti 2006 och har noterat följande:

a. I dagordningen för mötet den 23 augusti 2006 anges att de frågor som skulle diskuteras vid nämnda möte rörde föremålet för utredningen i ärende COMP/37.990. Det är därför uppenbart att kommissionen genom att fastställa denna agenda hade som mål att samla in information vid mötet den 23 augusti 2006.

B. I skrivelsen av den 29 augusti 2006 sammanfattas intrycken av en av handläggarna som var närvarande vid mötet den 23 augusti 2006. Även om noten är en sammanfattning innehåller den omfattande faktainformation från A (en ledande befattningshavare vid Dell) om åtminstone ett antal av de frågor som diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006. Det framgår av en prövning av meddelandet av den 29 augusti 2006 att syftet med och innehållet i detta möte direkt avsåg insamlingen av uppgifter från Dell, som avsåg föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990. I meddelandet av den 29 augusti 2006 hänvisas i ett flertal fall till frågor som kommissionen ställt till A och A:s svar. Det är därför uppenbart att kommissionen, genom att ställa frågor till A, syftade till att samla in information vid mötet den 23 augusti 2006. Dessa svar utgjorde uppgifter som hade direkt samband med föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990. Mötets innehåll var således uppgifter som hade direkt samband med föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990.

C. Det framgår av en granskning av Dells skriftliga uppföljning av mötet den 23 augusti 2006 att syftet med och innehållet i detta möte direkt avsåg insamlingen av uppgifter från Dell om föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990. Dells svar är "möte med [A] den 23 augusti 2006 Uppföljning av muntliga frågor som tagits upp av Europeiska kommissionen". I sitt svar besvarade Dell åtta frågor från kommissionen. Det framgår exempelvis tydligt av första stycket i svaret på fråga 4 att kommissionen vid mötet den 23 augusti 2006 ställde A-frågor med direkt anknytning till föremålet för undersökningen och att A vid samma möte den 23 augusti 2006 lämnade upplysningar till kommissionen som svar på dessa frågor. Liknande slutsatser kan dras av en prövning av första stycket i svaret på fråga 6. Det är därför uppenbart att kommissionen, genom att ställa frågor till A, syftade till att samla in information vid mötet den 23 augusti 2006. Mötets innehåll var uppgifter med direkt anknytning till föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990.

90. Ombudsmannen drar därför slutsatsen att kommissionen vid mötet den 23 augusti 2006 begärde upplysningar från A som hade ett direkt samband med föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990, att de frågor som faktiskt diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006 direkt rörde föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990 och att A lämnade konkreta uppgifter till kommissionen som hade direkt samband med föremålet för undersökningen i ärende COMP/37.990. Mot bakgrund av ovanstående drar ombudsmannen slutsatsen att mötet



den 23 augusti 2006 mot bakgrund av dess syfte och innehåll borde ha klassificerats som en *intervju enligt artikel 19*. Efter att ha kommit fram till denna slutsats konstaterar ombudsmannen att gemenskapsdomstolarna ännu inte har haft möjlighet att göra en tolkning av artikel 19 i förordning 1/2003. Det ska erinras om att domstolen är den högsta myndigheten i fråga om innebörden och tolkningen av gemenskapsrätten [50].

91. I förordning (EG) nr 773/2004 fastställs särskilda regler för kommissionens inledande av förfaranden samt handläggning av klagomål och hörande av de berörda parterna. Artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 (Befogenhet att yttra sig) har följande lydelse:

” 1. Om kommissionen intervjuar en person med dennes samtycke i enlighet med artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 ska den i början av intervjun ange den rättsliga grunden och syftet med intervjun och erinra om att den är frivillig. Den ska också informera den intervjuade personen om sin avsikt att föra en förteckning över intervjun.

2. Intervjun får genomföras på vilket sätt som helst, även per telefon eller på elektronisk väg.

3. Kommissionen får registrera de uttalanden som gjorts av de intervjuade personerna i vilken form som helst. En kopia av alla upptagningar ska göras tillgänglig för den person som intervjuas för godkännande. Vid behov ska kommissionen fastställa en tidsfrist inom vilken den intervjuade personen får meddela den eventuella rättelser av uttalandet. ”

92. Artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 innehåller således en rad skyldigheter som kommissionen måste uppfylla *varje gång* ett möte, på grund av sitt syfte och innehåll, ska betecknas som ett *”förhör”* i enlighet med artikel 19 i förordning 1/2003. Denna tolkning bekräftas av användningen av det tvingande fallet (*”ska”*) i förhållande till var och en av dessa skyldigheter. Det bör understrykas att artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 inte bör tolkas så, att den innehåller villkor som måste *uppfyllas för* att en intervju ska kvalificeras som en *”artikel 19-intervju”*, utan snarare innehåller en rad skyldigheter som måste uppfyllas *när* en intervju väl har kategoriserats som en *”artikel 19-intervju”*. Såsom framgår av *punkt 88 ovan ska, när kommissionen intervjuar en tredje part i syfte att samla in uppgifter om föremålet för en utredning*, intervjun, med hänsyn till dess syfte och innehåll, klassificeras som en *”artikel 19-intervju”*. I själva verket innebär underlåtenhet att uppfylla en skyldighet enligt artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 inte att en intervju upphör att vara en *”artikel 19-intervju”*, utan att kommissionen har underlåtit att uppfylla en skyldighet i samband med en *”artikel 19-intervju”*.

93. De skyldigheter som kommissionen måste uppfylla när ett möte ska betecknas som en *”artikel 19-intervju”* omfattar skyldigheten att ange den rättsliga grunden och syftet med intervjun samt skyldigheten att återkalla intervjuens frivilliga karaktär i början av intervjun. Det inbegriper också en skyldighet för kommissionen att informera den intervjuade personen om sin avsikt att föra en förteckning över intervjun.

94. I artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 anges att kommissionen *”får registrera uttalandena från de intervjuade personerna i vilken form som helst”* (min kursivering). Artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 ger således kommissionen ett utrymme för skönsmässig



bedömning när det gäller *hur* den registrerar en intervju enligt artikel 19. [51] I artikel 3 i förordning 773/2004 anges också att när en upptagning görs ska en kopia av en sådan upptagning göras tillgänglig för den intervjuade personen för godkännande. Ordalydelsen i artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 är emellertid inte nödvändigtvis lika tydlig när det gäller huruvida kommissionen enligt lag är skyldig att registrera en intervju enligt artikel 19. [52] Sammanfattningsvis anges i artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 inte uttryckligen att en *upptagning ska göras av en intervju enligt artikel 19*. [53] I artikel 3.3 i förordning (EG) nr 773/2004 anges vidare att *"en kopia av alla upptagningar ska göras tillgänglig för den person som intervjuas för godkännande."* (min kursivering) Användningen av ordet *"alla"* i artikel 3.3 i förordning 773/2004 kan förstås innebära att kommissionen har ett rättsligt utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att upprätta en förteckning över en *"artikel 19 intervju"*.

95. Även om det antas att artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 inte innebär någon *rättslig* skyldighet att registrera en *intervju enligt artikel 19*, [55] utan snarare ger kommissionen utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller huruvida den registrerar en *"artikel 19-intervju"* eller inte, konstaterar ombudsmannen att även om bristande efterlevnad av rättsregler är en form av administrativa missförhållanden, är begreppet administrativa missförhållanden bredare än begreppet laglighet. I synnerhet måste administrationen, när den utövar ett utrymme för skönsmässig bedömning, alltid ha goda och legitima skäl att välja ett handlings sätt i stället för en annan.

96. Såsom påpekats i punkt 82 ovan kräver kommissionens roll, när den säkerställer att artiklarna 81 EG och 82 EG iakttas, att kommissionen, när den inleder en utredning av en misstänkt överträdelse av artikel 81 EG eller artikel 82 EG, fullt ut informerar sig om alla relevanta omständigheter. Även om det antas att kommissionen har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att upprätta en förteckning över en *"artikel 19-intervju"*, och *även* om det skulle hävdas att en intervju med en tredje part där uppgifter om föremålet för en utredning samlas in inte ska klassificeras som en *"artikel 19-intervju"*, anser ombudsmannen att den skulle överskrida kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och därmed strida mot principen om god förvaltningssed. om kommissionen skulle använda detta utrymme för skönsmässig bedömning på ett sätt som skulle innebära att den inte på något sätt säkerställer att *alla "uppgifter om föremålet för en undersökning" som den får i samband med en undersökning* dokumenteras på ett korrekt sätt, och att protokollet därefter tas med i akten.

97. Även om det antas att kommissionen har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att upprätta en förteckning över en intervju med en tredje part i vilken uppgifter om föremålet för en utredning samlas in, [57] kan det i undantagsfall finnas situationer där principerna om god förvaltningssed kanske inte kräver att en korrekt intervjunotering utarbetas.

98. För det första, om de uppgifter som lämnats till kommissionen redan finns i kommissionens akt, eftersom de har inhämtats av kommissionen från en annan källa, kan det inte vara nödvändigt att, i enlighet med principerna om god förvaltning, utarbeta en korrekt intervjunotering. (Om så är fallet bör dock kommissionen åtminstone utarbeta en intern not som anger att de uppgifter som lämnats av de intervjuade personerna redan fanns med i akten. [58]



) Samma resonemang gäller dock inte när det gäller uppgifter som kommissionen kan *erhålla efter intervjun i fråga*. Kommissionens förmåga att vid en senare tidpunkt i sin undersökning samla in de exakta uppgifter som den redan fått i den (icke-registrerade) intervjun är med nödvändighet osäker. Det skulle därför inte utgöra en god förvaltning för kommissionen att riskera att, genom att inte föra in en korrekt redogörelse för en intervju, som inte ingår i *akten "uppgifter om föremålet för en utredning"* som den har fått tillgång till. Om den (icke-registrerade) informationen utgjorde bevisning till nackdel skulle kommissionen riskera att förlora möjligheten att använda dessa tilltalade bevis i sitt slutliga beslut. Detta skulle begränsa kommissionens förmåga att se till att artiklarna 81 EG och 82 i EG-fördraget respekteras. Om de (icke registrerade) uppgifterna utgjorde bevisning till stöd för sin fördel skulle kommissionen riskera att åsidosätta den undersökta partens rätt till försvar, om den skulle fatta ett beslut i vilket den fann att den undersökta parten hade åsidosatt artikel 81 EG eller artikel 82 EG. Ombudsmannen anser att det, oberoende av om de risker som beskrivs ovan inträffar eller inte senare, [59] inte utgör en god förvaltning för kommissionen att utsättas för sådana risker genom att underlåta att utarbeta en korrekt intervjunotering när den inhämtar muntliga bevis som inte redan i någon form finns i akten.

99. Om det, efter en analys av de uppgifter som samlats in från de intervjuade personerna, visar sig att de uppgifter som lämnats inte i själva verket rör föremålet för en utredning, skulle det inte vara nödvändigt att utarbeta en uttömmande intervjunotering. [60] Om så är fallet bör kommissionen emellertid åtminstone utarbeta en intern not som anger att den information som tillhandahållits av de intervjuade personerna inte utgör "*information om föremålet för en utredning*".

100. En omständighet som kommissionen måste ta hänsyn till när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om huruvida en intervju ska föras in eller inte är identiteten på den eller de personer som intervjuas. Ombudsmannen noterar att betydelsen av mötet den 23 augusti 2006 för ärende COMP/37.990 förstärks av det faktum att A var **en [högre Dell verkställande direktör]**. [61] Han var även **ansvarig** för Dells förhållande till Intel. Han var således ett direkt vittne till de omständigheter som han beskrev. [62] Han åtföljdes också av sitt interna ombud och av ett högt externt ombud. [63] Slutligen visste A att kommissionen hade tillgång till handlingar rörande hans vittnesmål vid FTC 2003. Han hade därför tillfälle att reflektera över det svar han skulle ge, för det fall kommissionen skulle ställa frågor om dessa frågor till honom. Av samtliga dessa omständigheter följer att A:s uttalanden ska anses ha gjorts avsiktligt och efter mogna reflektioner, vilket gör dem särskilt trovärdiga. Dessa faktorer skulle ha gjort det viktigare att registrera sådana uttalanden på lämpligt sätt. [64]

101. Ombudsmannen anser också att ett korrekt protokoll från en intervju bör innehålla en korrekt beskrivning av alla uppgifter som rör föremålet för den undersökning som lämnats till kommissionen i en sådan intervju.

102. För att säkerställa att så är fallet när det gäller en "*artikel 19-intervjunotering*" föreskrivs i artikel 3.3 i förordning (EG) nr 773/2004 en rättslig skyldighet att en kopia av alla upptagningar ska göras tillgänglig för den person som intervjuas för godkännande. Eftersom syftet *med en intervju enligt artikel 19 är att samla in information från tredje part, bör en artikel*



19-intervjunotering endast innehålla uppgifter som lämnats i intervjun . [66] En korrekt utarbetad intervjunotering enligt artikel 19 bör inte innehålla t.ex. kommissionens eller dess avdelningars bedömningar och personliga synpunkter. ” *Artikel 19-uttalandet* ” bör, när det är ifyllt (det vill säga när det har godkänts av den intervjuade personen eller när tidsfristen för dess godkännande har löpt ut), tas med i ärendeakten.

103. Även om det antas att en intervju med en tredje part där uppgifter om föremålet för en utredning samlas in inte ska klassificeras som en ” *artikel 19-intervju* ”, anser ombudsmannen att det är god förvaltningssed att se till att anteckningar som innehåller information om föremålet för en utredning som samlats in från tredje part är korrekta. Detta är desto viktigare i det sammanhang där kommissionen utövar sina undersökningsbefogenheter enligt artiklarna 81 EG och 82 i EG-fördraget, och där den har omfattande sanktionsbefogenheter. Om kommissionen hyser tvivel om riktigheten i ett meddelande från en intervju i vilken den fått information om föremålet för en undersökning, skulle det vara förenligt med principerna om god förvaltningssed att kontrollera att den har förstått de faktiska omständigheterna med den intervjuade.

104. Det är uppenbart att om kommissionen under en undersökning samlar in uppgifter om föremålet för en undersökning, bör den lägga till dessa uppgifter i akten. Detta gäller oavsett om informationen återspeglas i ett intervjuutlåtande enligt *artikel 19 eller* i något annat format.

105. Ombudsmannen anser att om det finns en överenskommen dagordning för en sådan intervju bör föredragningslistan bifogas ” *artikel 19-uttalandet* ” eller någon annan relevant not. Så är fallet om föredragningslistan har utarbetats av intervjupersonen och skickats till kommissionen eller utarbetats av kommissionen och skickats till den intervjuade. Om kommissionen i samband med en intervju mottar andra handlingar från den part som intervjuas, bör den dessutom bifoga dessa handlingar till den relevanta noten. Sådana handlingar bör också ingå i akten.

106. Enligt kommissionen var Agenda [67]-dokumentet ”med största *sannolikhet* ” ett personligt meddelande från en handläggare som antingen skickades till Dell via e-post före mötet eller överlämnades till Dell under mötet. För det första anser ombudsmannen att det är förvånande att kommissionen inte kategoriskt kan identifiera källan till agendan. Även om det antas att källan till agendan är kommissionen, är det under alla omständigheter ostridigt att agendan överfördes till Dells företrädare före eller under mötet. För det andra håller ombudsmannen inte med om att en sådan handling, som överlämnades till Dell inom ramen för ett administrativt förfarande, även fortsättningsvis kan klassificeras av kommissionen som en ” *intern handling* ” från kommissionen, när den väl har överlämnats till en tredje part av kommissionens avdelningar.

107. Enligt kommissionen sammanfattar meddelandet av den 29 augusti 2006 intrycket av en av handläggarna som var närvarande vid mötet den 23 augusti 2006 [68] I meddelandet ingår ” *information från andra källor, personliga åsikter och handläggarens synpunkter på ytterligare utredningsstrategi*”. Enligt kommissionen utarbetades inte meddelandet i syfte att kontrasigneras eller godkännas av någon annan deltagare vid mötet (och det har aldrig kontrasignerats eller godkänts av någon annan deltagare vid mötet). Enligt kommissionen var



det inte meningen att den vid någon tidpunkt skulle bli en del av de omständigheter som framkommit till följd av undersökningen. Kommissionen anser snarare att meddelandet av den 29 augusti 2006 var en *bisyssla för* handläggaren för att förbereda ytterligare utredningsåtgärder. Ombudsmannen drar slutsatsen att meddelandet av den 29 augusti 2006 inte kan klassificeras som "förhørsmeddelande enligt *artikel 19*".

108. Ombudsmannen håller således med kommissionen om att eftersom meddelandet av den 29 augusti 2006 utgör kommissionens egen tolkning av vad som sades vid mötena, klassificerades denna not korrekt som ett "*internt dokument*".

109. Ombudsmannen anser att eftersom noten av den 29 augusti 2006 endast är en sammanfattning och innehåller information från andra källor, liksom synpunkterna från den handläggare som skrev meddelandet, kunde den inte, med tanke på dess struktur och specifika innehåll, senare omvandlas till överenskomna protokoll från mötet för inlämning, för kontrasignatur, till de övriga mötesdeltagarna. Ombudsmannen konstaterar att kommissionen delar denna uppfattning (se punkt 65 ovan).

110. Enligt kommissionen finns inga andra anteckningar eller handlingar än noten av den 29 augusti 2006 i kommissionens akt.

111. I punkterna 96–98 ovan konstaterade ombudsmannen att även om det antas att artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 inte medför någon rättslig skyldighet att registrera en "*artikel 19-intervju*" under alla omständigheter [69], och även om det antas att en intervju med en tredje part där uppgifter om föremålet för en utredning samlas in inte ska klassificeras som en "*artikel 19-intervju*", kräver principerna för god förvaltning att kommissionen i någon form och därefter tas med i akten av alla "uppgifter om föremålet för en utredning" som kommissionen samlat in under en utredning. Han påpekade också att det, med vissa undantag, åtminstone kan hävdas att principerna om god förvaltning inte nödvändigtvis kräver att uppgifter som lämnas till kommissionen alltid ska dokumenteras, när dessa uppgifter *redan* finns i kommissionens akt. [70]

112. Ombudsmannen noterar i detta sammanhang att det av Dells svar framgår av meddelandet av den 29 augusti 2006 [71] att inte alla de uppgifter som Dell lämnade vid mötet den 23 augusti 2006 redan fanns i kommissionens akt före den 23 augusti 2006 [72]. En granskning av noten av den 29 augusti 2006 visar till exempel att A vid detta möte uppdaterade kommissionen med avseende på Dells politik genom att tillhandahålla information om **[2005, 2006 och 2007]**.

113. En granskning av Dells skriftliga uppföljning av mötet den 23 augusti 2006 bekräftar dessutom att fakta som inträffat *efter* A:s vittnesmål från FTC i mars 2003 också diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006. Den skriftliga uppföljningen består av 1) Dells förståelse av de frågor som kommissionen ställde vid mötet den 23 augusti 2006 [73] och 2) Dells svar på dessa frågor. De flesta av kommissionens frågor, som anges i Dells skriftliga uppföljning, hänvisar till A:s vittnesmål från FTC. Dells skriftliga uppföljning visar att kommissionen vid mötet den 23 augusti 2006 också begärde ytterligare och uppdaterad information (som Dell skulle



lämna i sin skriftliga uppföljning av mötet). Till exempel hänvisar fråga 1 till en begäran från kommissionen till A " *att bekräfta* " när en identifierad programvaruutvecklare startade ett visst projekt. Det framgår tydligt av denna ordalydelse att kommissionen önskade A " *bekräfta* " uppgifter som *redan* hade lämnats, åtminstone i detalj, vid mötet den 23 augusti 2006. Det framgår också av en granskning av Dells uppföljning att den information som " *bekräftades* " avser händelser som inträffade så sent som [Redacted] 2005. Även om de frågor som diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006 kan ha grundats på vittnesmålet från FTC:s utfrågning, måste deras räckvidd ha utvidgats utöver vad A har lämnat i sitt vittnesmål från FTC. Det finns många andra exempel i Dells skriftliga uppföljning, från vilka liknande slutsatser kan dras. I detta sammanhang drar ombudsmannen preliminärt slutsatsen av Dells uppföljning att inte alla de uppgifter som Dell lämnade vid mötet den 23 augusti 2006 redan fanns i kommissionens akt före detta datum. [74]

114. Vid mötet den 23 augusti 2006 samlade kommissionen således in *uppgifter* om föremålet för sin undersökning, varav vissa inte fanns i handlingarna i målet vid den tidpunkten (se punkterna 111 och 113 ovan). Kommissionen *gjorde inte* någon ordentlig notering av detta möte, vare sig som en " *artikel 19 intervjunot* " eller på annat sätt. Dagordningen för mötet *fanns inte* med i ärendet. I detta sammanhang drar ombudsmannen slutsatsen att kommissionen begick ett administrativt missförhållande genom att välja att inte utarbeta en korrekt notering av mötet den 23 augusti 2006.

115. Det erinras om att kommissionen i sina yttranden till ombudsmannen [75] hävdade att den inte är skyldig att utarbeta något " *protokoll* " från möten med någon person eller företag och att sådana handlingar, om den *väljer* att göra anteckningar från sådana möten, utgör sin egen tolkning av vad som sades vid mötena. Därför klassificeras de som interna dokument. Kommissionen har anfört att dess ståndpunkt är förenlig med förstainstansrättens avgöranden i målen *TACA* [76] och *Group Danone* . [77]

116. Ombudsmannen har påpekat att sökandena, både i *TACA* och *Group Danone* , *yrkade ogiltigförklaring* av kommissionens beslut med motiveringen att deras rätt till försvar hade åsidosatts till följd av att kommissionen åsidosatte en väsentlig formföreskrift, nämligen sökandenas rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet. [78] För att fullt ut bedöma relevansen av ovannämnda rättspraxis är det nödvändigt att ombudsmannens undersökning understryker för det första att inte varje förfarandefel är tillräckligt för att ett kommissionsbeslut ska vara ogiltigt. Det är en allmän gemenskapsrättslig princip att en sökande som yrkar ogiltigförklaring av ett administrativt beslut på grund av ett förfarandefel åtminstone måste visa att resultatet av det administrativa förfarandet skulle ha varit annorlunda, men för det förfarandefel som har åberopats. [79] Vad närmare bestämt gäller rätten till försvar kan en oegentlighet endast leda till ogiltigförklaring av ett beslut, om det faktiskt kan påverka sökandens rätt till försvar. Även om en part som är föremål för utredning till exempel inte har getts tillfälle att yttra sig över vissa tilltalade omständigheter, kommer detta fel endast att medföra att beslutet ogiltigförklaras i detta avseende, om de berörda påståendena inte kan styrkas med tillräcklig bevisning på grundval av andra bevis i det beslut som den berörda parten har fått tillfälle att yttra sig över. [81] Ombudsmannen har påpekat att ovannämnda rättspraxis ska förstås så, att den hänvisar till de processuella krav som, om de överträds, kommer att leda till att beslutet *ogiltigförklaras* . Det är



uppenbart att varje underlåtenhet att lämna ut handlingar inte kommer att leda till att hela eller delar av kommissionens beslut ogiltigförklaras. [82] ombudsmannen noterar emellertid att *varje* förfarandefel kan utgöra ett administrativt missförhållande, även om detta förfarandefel inte slutligen, i ett visst fall, utgör skäl för ogiltigförklaring av ett beslut. Konstaterandet i punkt 114 ovan påverkas inte på något sätt av rättspraxis från *TACA* och *Groupe Danone*.

117. Klaganden har gjort gällande att kommissionens underlåtenhet att i vederbörlig ordning ta del av innehållet i mötet strider mot hans grundläggande rättigheter, det vill säga hans rätt till försvar. Även om ombudsmannens mandat är att identifiera *fall* av administrativa missförhållanden [83] är det i detta skede nödvändigt att notera att allvaret i ett visst fall av administrativa missförhållanden verkligen kommer att förvärras, om fallet med administrativa missförhållanden inbegriper ett åsidosättande av en grundläggande rättighet, såsom rätten till försvar. Dessa rättigheter är inte bara grundläggande principer i gemenskapsrätten, utan ingår även i artikel 6 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

118. Ombudsmannen noterar att sökandena i *TACA* hävdade att deras rätt till försvar hade åsidosatts på grund av att kommissionen underlät att i handlingarna i målet ta med protokoll från diskussioner eller telefonsamtal som den hade haft med en berörd tredje part. Förstainstansrätten angav i domen i målet *TACA* följande:

"... rätten till tillgång till handlingarna i konkurrensärenden syftar till att göra det möjligt för mottagarna av meddelanden om invändningar att få kännedom om bevisningen i kommissionens akt. Det finns däremot ingen allmän skyldighet för kommissionen att upprätta protokoll från diskussioner vid möten eller telefonsamtal med de klagande som äger rum i samband med tillämpningen av fördragets konkurrensregler.

Ombudsmannen är införstådd med att rätten till tillgång till handlingarna i ärendet, och i förlängningen rätten till försvar, inte *automatiskt* kommer att åsidosättas om kommissionen inte upprättar protokoll från möten eller telefonsamtal som ägde rum under tillämpningen av fördragets konkurrensregler. Åsidosättanden av rätten till tillgång till handlingarna i ärendet och i förlängningen rätten till försvar genom underlåtenhet att upprätta protokoll från möten eller telefonsamtal ska prövas mot bakgrund av de *särskilda omständigheterna* i varje enskilt fall.

119. Rätten till försvar för en part som är föremål för undersökning kommer med säkerhet att åsidosättas om kommissionen underlåter att upprätta protokoll från möten eller telefonsamtal och därefter, i sitt beslut, åberopar bevis till nackdel som lagts fram muntligen vid sådana möten eller telefonsamtal. [85]

120. Av detta följer att rätten till försvar för en part som är föremål för undersökning inte kommer att åsidosättas om kommissionen underlåter att upprätta protokoll från möten eller telefonsamtal i vilka inga *uppgifter* lämnas till kommissionen. Detta kan vara fallet när syftet med mötena eller telefonsamtalen är att diskutera rent processuella frågor. [86]

121. Härav följer även att även om kommissionen, inom ramen för ett möte eller ett



telefonsamtal, inhämtar bevisning till nackdel för den undersökta parten och underlåter att upprätta och i akten ta med en förteckning över ett sådant möte eller telefonsamtal, kommer den inte att åsidosätta den undersökta partens rätt till försvar, under förutsättning att den i sitt slutliga beslut inte använder sig av denna bevisning till last. [87]

122. Härav följer även att om kommissionen, i samband med ett möte eller ett telefonsamtal, inhämtar bevisning som *redan* finns med i akten (t.ex. på grund av att den redan har erhållits från samma eller en annan källa), kommer kommissionen inte att åsidosätta den undersökta partens rätt till försvar om den underlåter att upprätta och i akten föra in en förteckning över ett sådant möte eller ett sådant telefonsamtal. Detta kommer att vara fallet, även om kommissionen i sitt slutliga beslut förlitar sig på bevisningen till nackdel.

123. Det kan också vara så att kommissionen underlåter att registrera bevisning till nackdel som erhållits vid ett möte eller telefonsamtal, men *senare* inhämtar samma bevisning till nackdel (från samma eller en annan källa) och inkluderar (senast inhämtad) bevisning till nackdel för handlingarna i ärendet. Kommissionen kommer inte att åsidosätta den undersökta partens rätt till försvar, även om den i ett meddelande om invändningar och i sitt slutliga beslut åberopar den (senast erhållna) bevisningen till nackdel. [88]

124. När det *gäller bevisning* till fördel kan en sökande inte med framgång göra gällande att sökandens rätt till försvar har åsidosatts, om sökanden endast i allmänna ordalag hänvisar till möjligheten att tredje man tillhandahåller kommissionen sådan bevisning till kommissionen. Detta innebär att en part i ett domstolsförfarande är skyldig att i sina inlagor vid domstolen åtminstone lägga fram konkreta argument avseende förekomsten av den bevisning som är till fördel för sökanden och specifika argument för att bevisningen till fördel har lämnats till kommissionen (men som inte ingår i kommissionens akt). [89]

125. Ombudsmannen har även påpekat att även om det framförs särskilda argument om förekomsten av bevisning till fördel, och särskilda argument framförs att bevisningen till kommissionens fördel lämnades till kommissionen i samband med ett (icke-inspelat) möte eller telefonsamtal, skulle rätten till försvar för den part som är föremål för utredning inte ha åsidosatts, om denna bevisning redan fanns med i akten, när ett sammanträde eller en telefon ägde rum. Vidare kommer den undersökta partens rätt till försvar inte att åsidosättas, om den aktuella bevisningen senare inhämtas från en annan källa och sedan läggs till handlingarna i ärendet.

126. Ombudsmannen erinrar om att klagandens påstående är att a) kommissionen underlät att ta protokoll från mötet med Dells företrädare den 23 augusti 2006, trots att mötet var direkt berört föremålet för dess undersökning av Intel, och att kommissionen därför inte förde någon förteckning över potentiellt tilltalade bevis (min kursivering).

127. Ombudsmannen har noggrant granskat den bevisning som han fått tillgång till i samband med denna undersökning. Efter att ha granskat dagordningen, noten av den 29 augusti 2006 och den skriftliga Dell-uppföljningen av mötet den 23 augusti 2006 drar ombudsmannen slutsatsen att det inte kan uteslutas att mötet den 23 augusti 2006 åtminstone delvis avsåg



[bevis] [90] [91] som kunde vara till fördel för Intel.

128. Ombudsmannen noterar att kommissionen den 19 december 2008 gav Intel tillgång till en redigerad version av meddelandet av den 29 augusti 2006 och uppmanade Intel att lämna sina synpunkter på detta.

129. Ombudsmannen noterar att meddelandet av den 29 augusti 2006 endast sammanfattar intrycket av en av handläggarna som var närvarande vid mötet den 23 augusti 2006. Förutom Dells skriftliga uppföljning har kommissionen informerat ombudsmannen om att det inte finns några andra handlingar i ärendet som rör mötet den 23 augusti 2006. Ombudsmannen har inte sett, och känner inte till, någon annan handling i ärendet som skulle ge ytterligare information om det exakta innehållet i mötet den 23 augusti 2006. [92]

130. Ombudsmannen har redan angett att en noggrann analys av den skriftliga Dell-uppföljningen av mötet den 23 augusti 2006 tyder på att det faktiskt fanns frågor som diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006 och som inte anges i noten av den 29 augusti 2006, åtminstone på den detaljnivå som den skriftliga Dell-uppföljningen visar att de diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006. [93] Efter en noggrann granskning av de handlingar som han fått tillgång till noterar ombudsmannen särskilt att kommissionen ställde en fråga i samband med mötet den 23 augusti 2006 avseende en diskussion om punkt 12 i FTC:s vittnesmål från A. [94] Exhibit 12 är ett e-postmeddelande från G [95] .

131. Den information som inte ingick i meddelandet av den 29 augusti 2006 (åtminstone i detalj), men som i den skriftliga Dell-uppföljningen angavs som om den hade diskuterats vid nämnda möte den 23 augusti 2006, är uppgifter som finns i akten (den finns i Dells skriftliga uppföljning). Ombudsmannen noterar dock att han inte kan bekräfta om A diskuterade ytterligare relevanta frågor vid mötet den 23 augusti 2006. Ombudsmannen vill betona att han inte kan göra det just därför att det inte finns någon uttömmande redogörelse för mötet den 23 augusti 2006 . [96]

132. Ombudsmannen håller med klaganden om att om kommissionen hade upprättat ett protokoll eller en utskrift från mötet den 23 augusti 2006 skulle det inte ha rådt någon osäkerhet om exakt vad A sade vid mötet den 23 augusti 2006, och följaktligen inte någon debatt om huruvida A:s uttalanden skulle vara relevanta för kommissionens påståenden och/eller vara till fördel för Intel. Ombudsmannen erinrar också om att gemenskapsdomstolarna har förklarat att ” i kontradiktoriska förfaranden som inrättats genom förordningarna om tillämpning av artiklarna 81 EG och 82 i EG-fördraget kan det inte vara upp till kommissionen att ensam avgöra vilka handlingar som är till nytta för företagets försvar i förfaranden som rör överträdelse av konkurrensreglerna .” [97]

133. Ombudsmannen anser dock att ett konstaterande att rätten till försvar har åsidosatts i ett visst konkurrensärende skulle kräva en noggrann analys av hela ärendet, vilket skulle göras i samband med en noggrann analys av meddelandet om invändningar och slutligen beslutet. [98] En sådan översyn av akten skulle *bland annat* syfta till att fastställa om det fanns några uppgifter i ärendet, vilket skulle klargöra det exakta innehållet i mötet den 23 augusti 2006. I den



aktuella undersökningen har ombudsmannen inte granskat hela akten eller de meddelanden om invändningar som utfärdats. [99] Han kan således inte utesluta, inom ramen för denna undersökning, att det kan finnas andra handlingar i kommissionens ärendeakt som skulle vara relevanta för analysen.

134. Såsom ombudsmannen har påpekat i punkt 115 ovan kan *varje* förfarandefel utgöra ett fall av administrativa missförhållanden, även om detta förfarandefel inte har visats utgöra ett åsidosättande av rätten till försvar inom ramen för denna undersökning. Ombudsmannen drog ovan slutsatsen att kommissionen inte gjorde någon ordentlig notering av mötet den 23 augusti 2006. Som sådan, och utan att dra några slutsatser om ett eventuellt åsidosättande av Intels rätt till försvar från kommissionens sida, drar ombudsmannen [100] slutsatsen att kommissionen har begått ett administrativt missförhållande genom att inte göra en korrekt notering av mötet den 23 augusti 2006.

135. I artikel 3.5 i *ombudsmannens stadga* anges att "*ombudsmannen i största möjliga utsträckning ska söka en lösning med den berörda institutionen eller det berörda organet för att undanröja fall av administrativa missförhållanden och tillmötesgå klagomålet.*" I sitt brev om att inleda denna undersökning frågade ombudsmannen kommissionen om det fortfarande var möjligt, på grundval av de anteckningar som upprättats av de tjänstemän från kommissionen som var närvarande vid mötet, att begära att Dell undertecknar protokollet från mötet den 23 augusti 2006. I sitt ytterligare yttrande svarade kommissionen att meddelandet av den 29 augusti 2006, som är det enda dokument som redogjorde för vad som diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006, "sammanfattar intrycket *av en av handläggarna som var närvarande vid mötet*" (min kursivering). Den påpekade vidare att noten inte hade utarbetats i syfte att bli kontrasignerad eller överenskommen av någon annan deltagare vid mötet. Avsikten var inte att vid någon tidpunkt bli en del av de omständigheter som framkommit till följd av undersökningen. Tvärtom var anteckningen av den 29 augusti 2006 helt *enkelt en* bisyssla för handläggaren. Ombudsmannen noterar vidare att kommissionen genom beslut av den 13 maj 2009 har avslutat sin undersökning av ärende COMP/37.990. Som sådan kan den inte nu rätta till dessa brister. I detta sammanhang anser ombudsmannen inte att en vänskaplig lösning är möjlig i förevarande fall. Ombudsmannen kommer därför att avsluta sin undersökning genom att göra en kritisk anmärkning nedan.

B. Anklagelsen och det därmed sammanhängande påståendet att kommissionen uppmuntrade Dell och AMD att ingå ett avtal om informationsutbyte som gjorde det möjligt för AMD att kringgå de regler som begränsar AMD:s rätt att få tillgång till kommissionens utredningsakt

Bakgrund

136. AMD var klagande i ärende COMP/37.990. En klagande i en undersökning av kommissionen i syfte att tillämpa artikel 81 i EG-fördraget eller artikel 82 i EG-fördraget har inte rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet under undersökningen. Den klagande har endast



tillgång till en redigerad version av meddelandet om invändningar (dvs. en version av meddelandet om invändningar från vilken "konfidentiell information", såsom affärshemligheter, har tagits bort), så att den, det vill säga den klagande, kan lämna sina synpunkter till kommissionen [101] .

137. Under sin undersökning erhöll kommissionen olika handlingar från Dell. Uppgifter från vissa av dessa dokument användes av kommissionen i det meddelande om invändningar som skickades till Intel den 26 juli 2007. Intel och kommissionen inledde omedelbart förfarandet för att fastställa det exakta innehållet i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar som skulle skickas till AMD. Intel hävdade att vissa av de uppgifter som erhållits från Dell och som används i meddelandet om invändningar bör klassificeras som konfidentiella affärshemligheter för Intel. Intel motsatte sig således införandet av sådan information i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar.

138. Den 10 december 2007 fattade förhørsombudet sitt slutliga beslut om huruvida Intels föreslagna redigeringar kunde godtas. På grundval av detta beslut skapades den slutliga icke-konfidentiella, redigerade versionen av meddelandet om invändningar och översändes därefter till AMD den 21 december 2007 eller omkring den 21 december 2007.

Argument som lagts fram för ombudsmannen [102]

139. Klaganden hävdar att kommissionen kringgåde de tillämpliga reglerna om tillgång till handlingarna i ärendet genom att bistå och/eller uppmuntra Dell och AMD att ingå ett " *avtal om tillgång till handlingar* ". Enligt klaganden var **[avtalet]** olagligt och gav AMD tillgång till " *konfidentiella handlingar* " som Dell under kommissionens undersökning hade lämnat till kommissionen. Klaganden hävdar att kommissionen åtminstone "tolkat" AMD/Dell- **avtalet genom** att tillåta AMD att använda dessa handlingar vid ett muntligt hörande som hölls efter det att meddelandet om invändningar utfärdades till Intel. [103]

140. Klaganden hävdade att, men för kommissionens ingripande för att identifiera utdrag ur meddelandet om invändningar till Dell som företaget önskade att Dell skulle meddela AMD, och det **[avtal]** som företaget uppmuntrade, skulle AMD aldrig ha fått tillgång till vissa viktiga material som företaget använde vid muntlig utfrågning. Klaganden anser att **användningen** av detta material uppenbart strider mot Intels rätt till försvar.

141. Som bevisning till stöd för hans påstående hänvisade klaganden till en skrivelse från Dells externa ombud till ombudsmannen av den 18 september 2008, i vilken Dells ombud anger följande:

"[Dell] har förstått att ett antal citat från Dell-dokument som lämnats till kommissionen... användes av kommissionen i meddelandet om invändningar... Dell ombads av kommissionen och godkände användningen av sådana citat – varav vissa innehöll konfidentiella affärshemligheter – gentemot Intel på grundval av ett avtal om icke-upplysning med Intel. Dell försåg också kommissionen med en redigerad och icke-konfidentiell version av dessa citat för AMD och andra tredje parter...[För att undvika en lång debatt om sekretesskrav föreslog



kommissionen att Dell skulle ingå ett avtal om icke-offentliggörande med AMD:s rådgivare och ekonomer för delning av Dell-dokument som används i meddelandet om invändningar”.

142. Enligt klaganden uppmuntrade kommissionen därför Dell att lämna utdrag ur meddelandet om invändningar till AMD, i strid med artikel 8.1 i förordning (EG) nr 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat. Klaganden anser att detta fel undergräver kommissionens påstående att Dell agerade på eget initiativ. Detta var desto allvarigare eftersom kommissionen visste att Intels påståenden om konfidentialitet fortfarande granskades när den uppmuntrade Dell att göra detta material tillgängligt för AMD.

143. Klaganden gav också ombudsmannen ett e-postmeddelande från Dells externa ombud (C) av den 3 september 2007, i vilket C informerade en kollega om att en tjänsteman från kommissionen (D) hade ringt C för att fråga om Dell skulle *”överväga att använda ett [avtal om informationsutbyte] med AMD som liknar det [Dell] kontrakterade med Intel för [meddelande om invändningar].”* [104]

144. Klaganden överlämnade också en skrivelse till ombudsmannen från Dells externa ombud till kommissionen av den 14 augusti 2007. Enligt klaganden bekräftar skrivelsen att kommissionen så tidigt som den 9 augusti 2007 försåg Dell med en förteckning över citat från den konfidentiella versionen av meddelandet om invändningar. I skrivelsen förklarade Dells ombud för kommissionen att de uppgifter som Dell ansökte om konfidentiell behandling för *bland annat* avser Dells ”konfidentiella affärsförbindelser och förhandlingar med Intel.” Enligt klaganden var de uppgifter för vilka Dell begärde konfidentiell behandling inte enbart relaterade till Dell, utan avsåg konfidentiella kontakter och förhandlingar mellan Dell och Intel. Detta återspeglade ett påstående som Intel också gjorde i sina diskussioner om redigeringen av meddelandet om invändningar med både ärendegruppen och förhørsombudet. Enligt klaganden visade denna skrivelse att kommissionen redan hade informerats av Dell om att de utvalda citaten inte bara innehöll Dells affärshemligheter utan även Intels affärshemligheter och/eller andra konfidentiella uppgifter (vars utlämnande till AMD, Dell inte kunde godkänna) när kommissionen den 3 september 2007 föreslog att Dell skulle ingå **[avtalet]** med AMD.

145. Klaganden gav också ombudsmannen ett internt e-postmeddelande från C (ett externt ombud från Dell) av den 23 augusti 2007. E-postmeddelandet avser ett telefonsamtal mellan C och en tjänsteman vid kommissionen (D) där C förklarade att ”*de flesta citat kom från antingen konfidentiella förhandlingar med Intel eller [Dells] egna interna leveransstrategibedömningar.*” Enligt klaganden bekräftar detta e-postmeddelande slutsatsen att kommissionen vid den tidpunkt då kommissionen föreslog att Dell skulle ingå **avtalet med AMD** och förse det med utvalda citat från den konfidentiella versionen av meddelandet om invändningar, visste att den information som skulle lämnas ut till AMD enligt ett sådant avtal också skulle innehålla Intels affärshemligheter eller annan konfidentiell information.

146. Klaganden skickade också e-postmeddelanden till ombudsmannen mellan C och D av den 25–26 september 2007. Enligt klaganden bekräftar detta e-postmeddelande att kommissionen uppmuntrade Dell att ingå **avtalet med AMD** och att förse företaget med konfidentiellt material från meddelandet om invändningar. I ett e-postmeddelande av den 26 september 2007 tackade



D C ” *för er konstruktiva hjälp i denna fråga.* ” Enligt klaganden visar D:s tacksamhet för Dells ” *konstruktiva hjälp* ” att kommissionen välkomnade att Dell var villig att ingå **avtalet med** AMD, och att kommissionen hade främjat och uppmuntrat avtalet.

147. Enligt klaganden skickade kommissionen den 16 oktober 2007 ett motförslag till Intel för en redigerad version av meddelandet om invändningar. I samma skrivelse förklarade kommissionen för Intel att ” *vissa av OEM-företagen har beslutat* ” att förse AMD med konfidentiell information som ” *kan citeras i meddelandet om invändningar och kan redigeras i den version av meddelandet om invändningar som kommissionen kommer att lämna till AMD* ”. Klaganden uppgav att kommissionen, trots att den redan hade mottagit en kopia av AMD/Dell -avtalet, informerade Intel om att ” *om kommissionen skulle underrättas om ett sådant informationsutbyte kommer den inte längre att betrakta den berörda informationen som konfidentiell gentemot AMD.* ” Intel skickade sedan ett mejl till kommissionen och kontaktade förhørsombudet angående kommissionens skrivelse av den 16 oktober 2007 och de konsekvenser ett sådant tillvägagångssätt skulle få för sekretessbestämmelserna för undersökningen. [105]

148. Enligt klaganden förnekade dock ärendegruppen, när förhørsombudet ifrågasatte ärendegruppen om förekomsten av sådana avtal, att ett sådant avtal hade meddelats den. Klaganden ansåg att detta var ett uppenbart åsidosättande av D:s tidigare korrespondens med Dell. Förhørsombudet meddelade Intel den 18 oktober 2007, nästan en månad efter Dells inlämnande av det slutliga utkastet till D, att inga sådana **avtal** ” *i någon form hade anmälts till ärendegruppen, vilket har bekräftats för mig.* ” Enligt den klagande avböjde förhørsombudet därför att förhørsombudet avböjde att undersöka ytterligare, avfärdade Intels påståenden som ” *helt hypotetiska* ” och uppgav att ytterligare utredning kunde motiveras om ett sådant avtal någonsin genomfördes. Klaganden uppgav att förhørsombudet i vilket fall som helst föreslog Intel att bilaterala avtal mellan privata parter om utbyte av viss information kan falla utanför det administrativa förfarandets tillämpningsområde. [106]

149. Som bevisning uppgav klaganden även att AMD:s externa ombud vid det muntliga hörandet den 12 mars 2008 angav följande:

” **[Redigerad]** ”

150. Enligt klaganden har domstolen bemyndigat att ” *en tredje part som har ingett ett klagomål under inga omständigheter får ges tillgång till handlingar som innehåller affärshemligheter.* ” [107] Enligt klaganden är det obestridligt att AMD tilläts använda konfidentiella Dell-handlingar vid det muntliga **hörandet** .

151. Klaganden hävdade att kommissionen inte intagit en sådan ”*lättare inställning* ” till andra tredjepartsarrangemang, när den ansåg att den passade dess intressen att inte göra det. Kommissionen övervakade i stället mycket noggrant de avtal om tillgång till handlingar som ingåtts mellan Intel och OEM-företagen. [108]

152. På samma sätt invände kommissionen mot att Intel lämnade en kopia av meddelandet om



invändningar till FTC som svar på en informell och formell begäran från FTC om en kopia av meddelandet om invändningar. I båda dessa fall utövade kommissionen sina befogenheter i egenskap av vårdnadshavare och förmyndare av handlingarnas sekretess, i kontrast till den ståndpunkt som den intog i fråga om AMD/ **Dell-avtalet** .

153. Klaganden hävdade att kommissionens underlåtenhet att skydda handlingarna i ärendet och att upprätthålla de regler om tillgång till handlingar som föreskrivs i artikel 287 i EG-fördraget, förordning (EG) nr 1/2003 och förordning (EG) nr 773/2004 utgör ett allvarligt och avsiktligt åsidosättande av kommissionens skyldigheter att upprätthålla EG-fördraget. Enligt klaganden utgör denna överträdelse av kommissionens skyldigheter enligt fördraget också en överträdelse av artikel 4 i den europeiska kodexen för god förvaltningssed (enligt vilken tjänstemän ska agera enligt lag och tillämpa de regler och förfaranden som fastställs i gemenskapslagstiftningen) samt artikel 10 (legitima förväntningar), artikel 8 (opartiet och oberoende) och artikel 9 (objektivitet).

154. I sina yttranden till ombudsmannen av den 20 mars 2009 och den 10 juni 2009 noterade kommissionen att det var Dell själv som utbytte sin information med AMD bilateralt. Kommissionen angav att inget i det material som Dell och Intel lämnat till ombudsmannen visar att kommissionen själv har lämnat information till AMD i strid med artikel 287 EG. Kommissionen hävdade att Intel inte hade lämnat några bevis till ombudsmannen om varför Intel har något rättsligt intresse av ett informationsutbyte mellan Dell och AMD. Sådana bevis skulle vara nödvändiga, eftersom kommissionen inte slutgiltigt har godtagit Intels påståenden om sekretess avseende dessa uppgifter.

155. Kommissionen drog slutsatsen att Dell av egen vilja hade beslutat att utbyta vad som anses vara företagets egna äganderättsligt skyddade information med AMD. Det saknade betydelse för bedömningen av administrativa missförhållanden huruvida Dell själv inspirerades till detta genom tidigare utbyten med Intel, där kommissionen först var involverad och som sedan genomfördes av Dell på eget initiativ. Kommissionen hävdade att det stod Dell fritt att lämna upplysningarna i en icke-konfidentiell version enligt kommissionens normala förfarande. Den valde dock att utbyta sin information bilateralt med AMD. Kommissionen uppgav att Dell inte samrådde med kommissionen innan avtalet ingicks med AMD. Kommissionen anser att detta inte lämnade något utrymme för att tilldela kommissionen detta utbyte, vilket skulle vara relevant enligt artikel 287 i EG-fördraget.

156. Den 14 april 2009 och den 16 april 2009 inkom klaganden med synpunkter på kommissionens yttrande av den 20 mars 2009. Klaganden hänvisade till vad som enligt hans uppfattning var kommissionens försök att förneka dess roll när det gäller AMD/Dell -**avtalet** . Han påpekade att kommissionen i sitt yttrande av den 20 mars 2009 ville ifrågasätta beskrivningen av händelserna i skrivelsen av den 18 september 2009 från Dells externa ombud. Företaget lade dock inte fram någon bevisning till stöd för sitt påstående. Kommissionen har i stället endast angett att den har ” *kontrollerat sina register* ” och ” *inte hade någon indikation på att något sådant förslag har gjorts eller ens att ett sådant telefonsamtal [som det som beskrivs från och med den 3 september] [109] skulle ha ägt rum* ”. På grundval av detta drog kommissionen vidare *slutsatsen* att Dell ingick avtalet ” *av egen vilja* ”. Denna slutsats motsägs



enligt klagandens uppfattning av beskrivningen av de händelser som Dells externa ombud tillhandahållit och av de e-postmeddelanden som utbyttes mellan Dells externa ombud och D den 25–26 september 2007. Däremot har kommissionen, enligt klagandens uppfattning, inte lagt fram några bevis för att den intervjuade D eller andra medlemmar i ärendegruppen om dessa evenemang. det finns ingen beskrivning av vilka register som har kontrollerats och om de innehåller telefonjournaler från de berörda handläggarna. och det ger inga skriftliga bevis som styrker dess "slutsats" att Dells rådgivare, utan uppenbara motiv, skulle ha uppfunnit eller missuppfattat relevanta fakta.

157. Klaganden uppgav också att även om kommissionen i sitt yttrande av den 20 mars 2009 angav att den hade utarbetat ett meddelande om ett *telefonsamtal på hög nivå den 30 augusti 2007 med Dell, förklarade* kommissionen inte hur detaljer i ett samtal som ägde rum den 30 augusti 2007 kunde vederlägga tydliga bevis som den senare föreslog, mottog och granskade det **[redigerade]** AMD/Dell **[avtalet]** .

158. Klaganden uppgav också att kommissionen i sitt yttrande av den 20 mars 2009 medgav att a) den granskade AMD/Dell-avtalet (genom att motsäga sitt påstående till förhørsombudet att ingen sådan handling " *delgivits* " [sic] till det), b) handlingen uppenbarligen var avsedd att ge AMD *tillgång till handlingar* och c) kommissionen försökte därefter överlämna förslag till avtalet till Dell. Mot bakgrund av dessa omständigheter är kommissionens " *slutsats* " att Dell inte " *samrådde med kommissionen innan avtalet ingicks med AMD* " helt enkelt inte trovärdigt.

159. Slutligen noterade klaganden att den i sitt yttrande av den 20 mars 2009 uppgav att den " *inte har något som tyder på att AMD har mottagit något annat än information som motsvarar dess rätt, nämligen utdrag ur kommissionens meddelande om invändningar av den 26 juli 2007* ". Enligt klaganden är kommissionens påstående uppenbart osant, eftersom i) innan redigeringen av meddelandet om invändningar slutfördes, hade AMD i december 2007 ingen rätt att ta emot något meddelande om invändningar. och ii) AMD fick, som kommissionen känner till, tillgång till material som i själva verket redigerades ur meddelandet om invändningar. Enligt klaganden har kommissionens åtgärder således i praktiken bidragit till att undanröja skyddet för konfidentiella uppgifter i kommissionens förfaranden och att förneka förhørsombudets roll som slutlig skiljedomare när det gäller motstridiga krav på konfidentialitet. Dessutom förvärrade kommissionen sitt fel genom att tillåta AMD att använda **[detta material vid det muntliga hörandet]** .

160. I sitt andra ytterligare yttrande av den 10 juni 2009 förklarade kommissionen att den rättsliga ramen för att få tillgång till handlingarna i ärendet för mottagare av ett meddelande om invändningar från kommissionen föreskrivs i artikel 27.2 i förordning (EG) nr 1/2003 och i artikel 15.2 i förordning 773/2004. I enlighet med dessa bestämmelser hade Intel rätt att få tillgång till alla uppgifter i kommissionens akt " *med undantag för interna handlingar, affärshemligheter för andra företag eller andra konfidentiella uppgifter.* " Fastställandet av de icke-konfidentiella versioner som avses i förordning (EG) nr 773/2004 är en komplicerad uppgift eftersom sekretessen för varje uppgift måste motiveras och måste vägas mot respektive rätt till försvar för mottagaren av meddelandet om invändningar. Förfarandet var särskilt svårt och intensivt i förevarande mål, eftersom handlingarna i målet innehöll flera hundra tusen sidor.



161. Kommissionen uppgav att den i Intel-ärendet genomförde ovannämnda bestämmelser genom att tillämpa ett ”*förhandlat förfarande*”. Ett sådant förfarande användes först för Intels tillgång till handlingar efter det första meddelandet om invändningar av den 26 juli 2007 (det föreslogs kommissionen av en annan OEM-tillverkare som hade lämnat uppgifter till kommissionen i samband med sin undersökning). [110] Motivet för ett sådant förfarande var att OEM annars skulle ha varit tvungen att ägna betydande tid och resurser åt att redigera sitt omfattande bidrag till kommissionens handlingar. Det viktigaste inslaget i detta förfarande var att Intel, i stället för att få tillgång till endast en redigerad version av de inlagor som vissa ”*informationsleverantörer*” gjorde tillgängliga för införande i kommissionens ärendeakt, ingick avtal om att få hela eller huvuddelarna av dessa ”*informationsleverantörers*” inlagor i obearbetat format (dvs. inklusive konfidentiella uppgifter i sin helhet). I utbyte gick Intel med på att begränsa tillgången till denna information till en begränsad krets av personer (nämligen Intels externa rådgivare och ekonomiska rådgivare och i vissa fall vissa interna rådgivare). Sammanfattningsvis uteslöt den lösning som överenskommits mellan Intel och ”*informationsleverantörerna*” Intels tillgång till informationen för anställda som arbetar med företagets dagliga verksamhet. Sådana avtal används i stor utsträckning i amerikanska antitrustärenden, t.ex. i det som för närvarande pågår mellan Intel och AMD vid distriktsdomstolen i Delaware. Kommissionen noterade att det i Intel-ärendet fanns flera skäl till detta, *bland annat a*) det omfattande ärendet, vilket skulle ha lett till betydande förseningar i förfarandet och oproportionerliga kostnader för uppgiftslämnarna när de upprättade icke-konfidentiella versioner av de tillhandahållna handlingarna, och b) förfaranden för upptäckt i AMD/Intel-tvisten i USA, där i stort sett samma information utbyttes rutinmässigt på villkor som liknar de avtal som Intel ingick i kommissionens förfarande [111]

162. Kommissionen uppgav att flera parter hade ingått sådana avtal med Intel. Det avtal som ingåtts mellan Intel och Dell skilde sig emellertid från de andra, eftersom avtalet endast omfattade en begränsad del av den information som Dell tillhandahöll. Kort därefter noterade kommissionen, med stöd av Intels yttranden, att Dell faktiskt hade lämnat mycket mer information till Intel i obearbetad form. Kommissionen frågade Dell varför så var fallet och fick veta att Dell hade ingått ett annat avtal med Intel.

163. Mot bakgrund av ovanstående noterade kommissionen att möjligheten att ingå avtal om informationsutbyte var ett alternativ som Dell hade diskuterat och undersökt i god tid före den 30 augusti 2007, då, enligt kommissionen, ett telefonsamtal på hög nivå med Dell ägde rum. Vid den tidpunkten, eller kort därefter, deltog Dell på eget initiativ i ett sådant informationsutbyte med AMD.

164. Kommissionen hänvisade därefter till det faktum att Dells ombud i sin skrivelse av den 18 september 2008 till ombudsmannen angav att ”*kommissionen föreslog att Dell även skulle ingå ett avtal om informationsutbyte med AMD:s rådgivare och ekonomer*”. Enligt kommissionen bör det först understrykas att Dell hade full frihet att välja ett sådant avtal. Dells motiv för att ingå detta avtal är inte kända för kommissionen. Ett möjligt incitament för en OEM att ingå ett sådant avtal var att undvika att motivera och underbygga varje begäran om konfidentiell behandling *gentemot* AMD (det bör erinras om att AMD hade rätt att få en ”viktig” icke-konfidentiell version



av meddelandet om invändningar). Enligt kommissionen är andra incitament tänkbara och kan ha spelat en roll för Dell. Under alla omständigheter har det enligt kommissionen, det vill säga kommissionen, inte tvingat Dell att ingå ett avtal med AMD. Såsom var fallet för bilaterala avtal mellan Intel och informationsleverantörerna kunde kommissionen emellertid inte bara bortse från möjligheten till sådana avtal.

165. Enligt kommissionen började kommissionen internt diskutera möjligheten till ett avtal mellan Dell och AMD efter ett telefonsamtal på hög nivå med Dell den 30 augusti 2007. [112] B (Dells chefsjurist) och Dells externa rådgivare (varav en var den medarbetare som påstås ha ringts av kommissionen två arbetsdagar senare) deltog i detta samtal. Föredragningslistan för detta telefonsamtal, som sändes till Dell före detta möte, [113] visar tydligt att kommissionen avsåg att diskutera Dells begäran om sekretess *gentemot* AMD i detalj och på grundval av kommissionens standardförfarande enligt förordning 773/2004. Det nämndes inget annat alternativ på dagordningen. Enligt kommissionen diskuterades olika alternativ under detta telefonsamtal, bland annat ett avtal om informationsutbyte som Dell kände till, på grundval av det redan befintliga och nyligen ingångna bilaterala avtalet med Intel. Det är rimligt att i detta telefonsamtal, antingen B eller Dells externa ombud, först nämnde alternativet med ett bilateralt informationsutbyte med AMD, eftersom den dagordning som utarbetats av kommissionen och som skickades till Dell före telefonsamtalet inte nämnde denna punkt. Det är under alla omständigheter säkert att idén om ett avtal om informationsutbyte från AMD-Dell i detta telefonsamtal spreds. Såsom bekräftas av kommissionens interna e-postmeddelanden började kommissionen först efter detta telefonsamtal internt diskutera de olika frågorna inom ramen för ett sådant utbyte av AMD-Dell. Detta omfattade *bland annat* diskussioner med kommissionens rättstjänst. Intels beskrivning av hur idén om ett Dell-AMD-avtal uppstod och att den förlitade sig på vissa selektiva uppgifter som Dell lämnat in på ett förvrängt sätt ger således en felaktig bild av de faktiska omständigheterna för att ge intryck av att kommissionen skulle ha föreslagit ett Dell-AMD-avtal. Verkligheten är att kommissionen för första gången konfronterades med detta alternativ i telefonsamtalet med Dell den 30 augusti 2007 och först därefter började analysera det internt.

166. Enligt kommissionen skickade Dell den 25 september 2007 ett undertecknat avtal till kommissionen, det vill säga innan kommissionen hade slutfört sin interna analys. Detta var den enda version av ett avtal som kommissionen hade sett fram till den 8 juni 2009. Detta avtal stred dock i stor utsträckning mot den mer begränsade omfattningen av en klagandes rätt till tillgång till information enligt gemenskapsrätten. Detta berodde särskilt på att AMD i avtalet hänvisade till "tillgång till handlingar". I egenskap av klagande hade AMD emellertid ingen rätt att få tillgång till kommissionens handlingar, utan endast en rätt att få en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar. Även om " *terminologiska uttalanden* " i ett sådant avtal rättsligt sett inte direkt berörde kommissionen, skulle det ha lett de avtalsslutande parterna till arrangemang som vid *första påseendet* stred mot det administrativa förfarandet. Dells externa ombud som skickade det till D i kommissionens ärendegrupp förklarade att avtalet ännu inte hade genomförts. Detta återspeglas i det interna e-postmeddelande som D skickade till sina överordnade efter det att avtalet hade mottagits. Kommissionen meddelade Dell att det mottagna avtalet stred mot dess ståndpunkt i flera telefonsamtal, men det finns inget skriftligt protokoll över dessa meddelanden.



167. Enligt kommissionen underrättade AMD genom en skrivelse av den 13 november 2007 kommissionen om att det hade ingått ett avtal om informationsutbyte med Dell, utan att meddela kommissionen det genomförda avtalet i sig. Detta överensstämmer med förhørsombudets skrivelse av den 18 oktober 2007 till Intel, där det anges att "förhørsombudet inte har fått kännedom om *avtalen [Intel] omnämmande. De har inte heller anmälts i någon form till ärendegruppen, vilket har bekräftats till mig*" och förhørsombudets skrivelse till Intel av den 7 maj 2008 där det anges att " *ett sådant avtal, vars text inte har anmälts till mig, som ingåtts av en part som inte har någon rätt till försvar eller rätt till tillgång till handlingar, är rent bilateral och varken förpliktar eller bemyndigar kommissionen.* "

168. För att klargöra ombudsmannens händelsekedja bad kommissionen därför AMD att förse AMD med den slutliga kopian av det avtal som slutligen genomfördes mellan Dell och AMD och enligt vilket information utbyttes mellan de två företagen. [114] Kommissionen bad också AMD att beskriva de åtgärder som ingicks efter ingåendet av det ursprungliga utkastet till avtal mellan AMD och Dell och fram till dess att det slutliga avtalet undertecknades och verkställdes. AMD gjorde detta genom en skrivelse av den 8 juni 2009, som inspekterades av ombudsmannen den 10 juni 2009. **[Redigerad]** . Av det avtal som bifogats AMD:s skrivelse framgår att Dell och AMD därefter ingick och verkställde ett i grunden annat avtal än det som Dell skickade till kommissionen tre veckor tidigare. **[Redigerad]** [115]

169. Kommissionen genomförde därefter AMD:s tillgång till en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar enligt det sedvanliga förfarandet. Enligt detta förfarande mottog AMD en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar genom en skrivelse av den 21 december 2007.

170. Kommissionen noterade Intels argument att eftersom den information som Dell lämnade till AMD utgör *Intels affärshemligheter* har den ett intresse av avtalet om informationsutbyte mellan Dell och AMD. Kommissionen framförde först utförliga argument till ombudsmannen om varför Intels argument om sekretess faktiskt inte är välgrundade. Kommissionen erinrade därefter om att det stod Dell fritt att förfoga över sina uppgifter som den önskade. Kommissionen noterade också att den inte tvingade Dell att göra sina uppgifter tillgängliga för AMD.

171. När det gäller Intels påstående om administrativa missförhållanden i sina yttranden av den 10 juli 2008, den 18 september 2008 och den 14 april 2009 uppgav kommissionen att Intel gjorde gällande att kommissionen gav AMD *tillgång till sin akt* , i strid med artikel 8.1 i förordning 773/2004, artikel 28 i förordning nr 1/2003 och artikel 287 i EG-fördraget. I sitt yttrande av den 14 april 2009 hävdade Intel emellertid också att kommissionen uppmuntrade Dell att lämna utdrag ur meddelandet om invändningar till AMD den 26 juli 2007 i strid med artikel 8.1 i förordning 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat.

172. När det gäller kommissionens organisation av det muntliga hörandet den 11–12 mars 2008 noterade kommissionen att AMD inte fick närvara vid de sammanträden *inom stängda* dörrar där de omständigheter som Dell hade ingett till kommissionen diskuterades med Intel.

[Redigerad] [116]



173. Kommissionen hävdade vidare att de rättsliga bestämmelser som Intel citerade till stöd för sitt ärende innehåller en rad olika regler och principer som är bindande för kommissionen och att var och en av reglerna och principerna har villkor och begränsningar. I artikel 287 i EG-fördraget och relevanta bestämmelser i förordning (EG) nr 1/2003 och förordning (EG) nr 773/2004 [117] föreskrivs en skyldighet för gemenskapens tjänstemän att inte lämna ut uppgifter som omfattas av tystnadsplikt. Artikel 8.1 i förordning (EG) nr 773/2004, som enligt kommissionen förefaller vara Intels huvudsakliga grund för ett administrativt missförhållande, behandlar kommissionens skyldigheter vid avslag på ett klagomål. Den är således inte tillämplig i förevarande fall, eftersom kommissionens skyldighet att förse AMD med en icke-konfidentiell kopia av meddelandet om invändningar följer av artikel 6 i förordning 773/2004. I artikel 16 i förordning (EG) nr 773/2004 fastställs de regler på grundval av vilka kommissionen ska identifiera konfidentiella uppgifter i sin akt, som ” *inte ska delges eller göras tillgängliga av kommissionen* ”. Slutligen fastställs i artikel 9 i förhørsombudets uppdrag [118] det förfarande enligt vilket kommissionen lämnar ut uppgifter, om den finner att sådana uppgifter inte är skyddade som affärshemligheter eller om den finner att det finns ett övervägande intresse som motiverar utlämnandet trots att det är konfidentiellt, det vill säga genom ett förfarande som i ett första steg kräver ett motiverat beslut som meddelas det berörda företaget.

174. Intel har inte bestritt att det i förevarande fall var Dell, och inte kommissionen, som vidarebefordrade information till AMD och att informationsutbytet således ägde rum *mellan parterna* . Alla de skyldigheter som anges ovan gäller tydligt endast i en situation där kommissionen själv lämnar ut information. *Utbyte* av information sker regelbundet parallellt med antitrustförfaranden. I förevarande fall har kommissionen haft kännedom om sådana potentiella utbyten och har uttalat sig om **deras lämplighet** . Detta kan emellertid inte betraktas som någon åtgärd på grundval av vilken kommissionen kan *tillskrivas det* faktiska utbytet mellan parterna.

175. Följaktligen anser kommissionen att när Intel anklagar kommissionen för att ” *AMD fick tillgång till konfidentiella uppgifter som det inte hade rätt att få tillgång till* ” eller att ” *AMD inte hade rätt att ta emot något SO-material* ”, förväxlar Intel två frågor, nämligen åtgärder utanför det administrativa förfarandet, å ena sidan, och rättigheter och skyldigheter inom detta förfarande och kommissionens roll, å andra sidan. Att dra slutsatsen att kommissionen agerade olagligt på grund av att viss information utbyttes bilateralt mellan Dell och AMD är felaktig och vilseledande. Den konfidentiella karaktären av alla uppgifter finns nämligen uteslutande inom ramen för kommissionens administrativa förfarande. Utöver förfarandet finns det ingen abstrakt ” *rättighet* ”, vare sig det är positivt eller negativt, till ” *information* ” som Intels argument förutsätter. Den omständigheten att AMD, före förhørsombudets slutliga beslut, kanske inte hade laglig rätt att få information inom ramen för det administrativa förfarandet och således kunde ha mottagit information från Dell inom ramen för avtalet om informationsutbyte mellan Dell och AMD som det inte skulle ha fått från kommissionen, berör inte kommissionen, eftersom varken rättigheter eller skyldigheter för kommissionen härrör från Dell-AMD-avtalet. Vad gäller kommissionens roll och det administrativa förfarandet är den enda frågan, enligt kommissionen, huruvida kommissionen på något sätt har lämnat ut information som den förfogar över. Såsom framgår av det ovan anförda har kommissionen inte vid någon tidpunkt direkt eller indirekt röjt



några konfidentiella uppgifter under det administrativa förfarandet. Dessutom har kommissionen ingen befogenhet, än mindre skyldighet, att hindra tredje man från att lämna ut uppgifter som de har lämnat till kommissionen, men som de redan hade tillgång till innan kommissionen inledde sin undersökning. Kommissionens enda sätt att fastställa giltigheten av en begäran om konfidentiell behandling är genom beslut att antingen bevilja tillgång till informationen och därigenom avslå begäran om konfidentiell behandling, eller att neka sådan tillgång. I händelse av ett *sådant informationsutbyte mellan parterna* finns det ingen rättslig grund för kommissionen att ingripa i informationsleverantörens beslut att dela den information som den förfogar över med andra företag.

176. Slutligen har kommissionen påpekat att Intels hänvisning till artikel 9 i förhørsombudets mandat inte stöder något påstående om administrativa missförhållanden. Artikel 9 i förhørsombudets mandat utgör inte någon skyldighet för kommissionen, utan ger endast förhørsombudet befogenhet att avslå begäran om konfidentiell behandling genom ett motiverat beslut. Såsom framgår av förhørsombudets skrivelse av den 10 december 2007 utgör denna skrivelse inte ett beslut på grundval av artikel 9 i förhørsombudets mandat. Även om Intels påstående att kommissionen, utöver att föra interna diskussioner om genomförbarheten av ett sådant tillvägagångssätt, hade inlett eller uppmuntrat Dells informationsutbyte med AMD, skulle *detta* inte ha stred mot någon av de normer som Intel citerade till stöd för sitt påstående om administrativa missförhållanden. Dell förblev alltid fritt att avgöra om företaget ville ingå ett bilateralt avtal med AMD och det förblev Dells eget ansvar att respektera eventuella sekretessavtal gentemot Intel. Kommissionen kan inte identifiera några andra regler eller principer som rent teoretiskt skulle kunna stödja Intels påstådda påstående.

177. Kommissionen betonade också att kommissionen, som förklarats ovan, trots att avtal mellan privata parter inte har något direkt samband med det administrativa förfarandet och det faktum att kommissionen inte aktivt deltog i ingåendet av Dell/AMD-avtalet, ändå vidtog aktiva åtgärder för att avskräcka från ett avtal mellan Dell och AMD, vars terminologi hänvisade till en "*tillgång till handlingar*" och till artikel 15 i förordning 773/2004. I detta avseende noterade kommissionen att AMD, en klagande, inte hade någon rätt till "*tillgång till handlingarna*" enligt gemenskapsrätten. Kommissionen avrådde dessutom från ett avtal som lagts fram av Dell, genom vilket kommissionens förhørsombud skulle involveras som skiljeman och som hänvisade till Dells möjlighet att avstå från rätten att få tillgång till handlingar i ärendet. I detta sammanhang betonade kommissionen att den inte var rättsligt skyldig att vidta sådana åtgärder för att avskräcka Dell från att ingå ett sådant avtal och att Dell och AMD ändå skulle ha haft rätt att delta i det avsedda informationsutbytet, vilket ger kommissionen ingen möjlighet att förhindra detta. Mot bakgrund av ovanstående anser kommissionen att Intels påståenden om eventuella påstådda "*tillgång till handlingar*" som kommissionen beviljat i samband med avtalet om informationsutbyte från Dell/AMD är uppenbart ogrundade.

178. När det gäller frågan om avtalet om informationsutbyte mellan Dell och AMD ansåg kommissionen att den, oberoende av de förberedande interna diskussionerna i detta syfte, inte vid något tillfälle "*uppmnade*" Dell och AMD att ingå ett avtal om informationsutbyte för att underlätta sina egna förfaranden. Kommissionen har i synnerhet inte tvingat Dell att ingå ett avtal med AMD. Tvärtom vidtog kommissionen aktiva åtgärder för att avskräcka från



genomförandet av [ett första utkast till] avtal mellan Dell och AMD [redigerat]. Samtidigt har kommissionen inte varit skyldig att ingripa i *utbytet* av information mellan Dell och AMD, inte ens när den fick kännedom om företagets avsikt att ingå avtal om detta. Det var Dells ansvar att beakta eventuella sekretesskrav *gentemot* Intel när den vidarebefordrade information till AMD. Kommissionen har överlämnat en version av meddelandet om invändningar till AMD, i vilken all information från Dell har redigerats. Mot bakgrund av ovanstående hävdade kommissionen att klagandens påståenden om administrativa missförhållanden är ogrundade.

179. I sina ytterligare synpunkter av den 15 juni 2009 och som svar på kommissionens ytterligare yttrande av den 10 juni 2009 hänvisade klaganden till tre argument som kommissionen framförde i sitt ytterligare yttrande. Dessa var följande:

i) det [redigerade] avtalet var enbart ett "bilateralt" avtal mellan Dell och AMD och kommissionen var därför inte skyldig att vidta några åtgärder.

II) Kommissionen var inte skyldig att vidta några åtgärder eftersom avtalet inte var ett "avtal om tillgång till handlingar", och

III) Intel hade inget sekretessintresse av det material som tillhandahölls AMD och skadades därför inte.

Han anser att kommissionens tolkning av dessa frågor inte överensstämmer med de faktiska omständigheterna och kan således inte ursäkta dess allvarliga överträdelser av gemenskapsrätten.

180. Han anser att kommissionen inte kan ursäkta sin underlåtenhet att säkerställa iakttagandet av de förfaranden som anges i artiklarna 6 och 16 i förordning 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat genom att hävda att det avtal, vars ingående den uppmuntrat och som den var fullt medveten om, endast var "bilateralt". Han hävdade att kommissionen är "förmyndaren" i ärendeakten. Som sådan är den skyldig att se till att reglerna om tillgång till handlingar respekteras fullt ut och att uppgifterna i ärendeakten bevaras konfidentiellt. Dessa regler omfattar Intels rättigheter enligt artiklarna 6 och 16 i förordning 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat. Dessa bestämmelser syftar till att säkerställa att information som påstås vara konfidentiell av Intel "inte ska delges eller göras tillgänglig av kommissionen i den mån den innehåller affärshemligheter eller annan konfidentiell information från någon annan person" tills förhørsombudet "har konstaterat att informationen inte är skyddad och därför kan röjas" och att konstaterandet har meddelats svaranden. Vid den relevanta tidpunkten var kommissionen underrättad om att Intel hade åberopat det förfarande som föreskrivs i ovan nämnda lagstiftning avseende de material som kommissionen önskade att Dell skulle tillhandahålla AMD. Dells skrivelse av den 14 augusti 2007 gav kommissionen ytterligare kännedom om att de omtvistade citaten innehöll konfidentiella uppgifter från Intel, och till följd av diskussionerna med Intel hade kommissionen faktiskt kännedom om att Intel hade gjort gällande sekretesskrav avseende detta material. Trots denna kunskap uppmuntrade kommissionen, och därefter tillät, AMD att få tillgång till detta material innan förhørsombudet kunde fatta beslut om sekretess. Genom att agera på detta sätt åsidosatte kommissionen



artiklarna 6 och 16 i förordning (EG) nr 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat.

181. Enligt klagandens uppfattning kan kommissionen inte ursäktas sin underlåtenhet att skydda Intels rättigheter genom att hävda att avtalet var bilateralt eller att diskussionerna mellan AMD, Dell och kommissionen uteslutande avser den rättsliga situationen i fråga om AMD:s rätt enligt artikel 6 i förordning 773/2004. Mot bakgrund av att kommissionen har inlett och direkt deltagit i upphandlingen av AMD/Dell-avtalet kan kommissionen inte hävda att avtalet endast var ”*bilateralt*”. Det är enligt klaganden ostridigt att i) kommissionen försåg Dell med ett urval av citat från det konfidentiella meddelandet om invändningar och ii) föreslog eller begärde att Dell skulle lämna dessa citat till AMD i obearbetad form. I sitt yttrande till ombudsmannen förnekar kommissionen inte att den föreslog att Dell skulle ”*överväga att använda ett [avtal om informationsutbyte] med AMD som liknar det [Dell] kontrakterade med Intel för [meddelande om invändningar]*” [119]. Han har vidare anfört att kommissionen nu medgett att Dell, när Dell lämnade in ett slutligt, undertecknat utkast till ett sådant avtal för sin granskning, föreslog att avtalet skulle omstruktureras. Mot bakgrund av dessa omständigheter hävdar han att kommissionen är ”*oärlig*” när den hävdar att ”*kommissionen inte deltog aktivt i ingåendet av Dell/AMD [avtalet om informationsutbyte]*”. Han hävdar särskilt att kommissionens påstående att ”*kommissionens inblandning eller hänvisningar till den i samband med det bilaterala utbytet har tagits bort i den nya versionen av det avtal som till slut genomfördes bilateralt mellan Dell och AMD*” varken ändrar det faktum att kommissionen uppmuntrade och spelade en aktiv roll vid ingåendet av det **[reviderade]** avtalet, eller befriar kommissionen från sina skyldigheter som väktare av ärendet.

182. Klaganden hävdar att kommissionens påstående att det **[redigerade]** avtalet uteslutande rör artikel 6 i förordning 773/2004 bortser från det faktum att det är just det förfarande som föreskrivs i artikel 6 (liksom enligt artikel 16 i förordning 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat) som kringgådes genom kommissionens uppmuntran och aktiva deltagande i ingåendet av AMD/Dell-avtalet om informationsutbyte.

183. Klaganden anser att kommissionens påstående att den ”*inte har någon befogenhet, än mindre skyldighet att hindra tredje part från att lämna ut uppgifter som de har lämnat till kommissionen*” inte har något samband med vad som faktiskt inträffade, eftersom den bortser från den ”*direkta och aktiva roll*” som kommissionen spelar vid ingåendet av AMD/Dell-avtalet. Enligt klaganden är frågan inför ombudsmannen inte lagenligheten av ett oberoende, *kontradiktoriskt* avtal som genomförs av tredje part utan kommissionens vetskap. Frågan är snarare om kommissionen, med vetskap om att Intels sekretesskrav på materialet ännu inte hade lösts och att materialet i fråga ”*kan redigeras i den version av meddelandet om invändningar som kommissionen kommer att lämna till AMD*”, agerade felaktigt genom att aktivt uppmuntra och delta i ingåendet av ett avtal som ger AMD otillåten tillgång till handlingarna i ärendet och därigenom kringgår Intels processuella rättigheter att få sina krav på sekretess prövade av förhørsombudet. Som vårdnadshavare för ärendet var kommissionen skyldig att förhindra ingående och genomförande av ett sådant avtal, särskilt när den hade fått ett utkast till avtalet och dragit slutsatsen att det vid *första påseendet* stred mot det *administrativa förfarandet*.



184. Enligt klagandens uppfattning var kommissionen också skyldig att hindra AMD från att använda de uppgifter som företaget hade [reagerat] från det muntliga hörandet. Detta gäller särskilt eftersom förhørsombudets slutliga beslut om sekretess visade att uppgifterna i själva verket var konfidentiella och att AMD inte skulle ha fått tillgång till materialet i fråga inom ramen för ett korrekt övervakat förfarande. Kommissionen tillät dock AMD att införa detta ”redigerade] material”, även efter det att AMD hade meddelat kommissionen och förhørsombudet i början av det muntliga hörandet att den hade för avsikt att använda det konfidentiella materialet i fråga.

185. Av liknande skäl har kommissionen inte ursäktats av sitt påstående att den ingripit för att omvandla det kommunicerade avtalet från ett ”avtal om tillgång till handlingar” till ett avtal ”som genomförs bilateralt mellan Dell och AMD”. För det första, såsom har visats ovan, bekräftar kommissionens deltagande i tillhandahållandet av materialet och antydde att det skulle delas med AMD, liksom dess erkännande av att det blev intimt involverat i omstruktureringen av avtalet, endast att kommissionen spelade en aktiv roll för att få till stånd ett avtal som syftade till att kringgå artiklarna 6 och 16 i förordning 773/2004 och artikel 9 i förhørsombudets mandat. För det andra ändrar inte syftet med eller effekten av det ursprungliga avtalets syfte eller verkan av det ursprungliga avtalets syfte eller verkan i överenskommelsen om att ”förhørsombudet ska delta som skiljeman i fall av handlingar” eller att det inte finns några hänvisningar till ”undantag från Dells respektive AMD:s respektive rättigheter enligt förordning 773/2004”. det minskar inte heller kommissionens direkta deltagande i upphandlingen av avtalet och åsidosättandet av dessa förfaranden. För det tredje är begreppet att klassificeringen av avtalet som ett ”bilateralt utbyte” snarare än ett ”avtal om tillgång till handlingar” kan befria kommissionen från att informera Intel eller förhørsombudet om att avtalet existerar. kommissionen bortser från att det avtal som Dell meddelade kommissionen den 25 september 2007 och det avtal som AMD meddelade kommissionen den 13 november 2007 hade samma syfte och verkan.

186. Klaganden noterade också att kommissionen, även om den uppgav att den gjorde Intel ”kännedom” om AMD:s anmälan av avtalet den 13 november 2007, inte nämnde att den väntade till den 23 juli 2008 på att förse Intel med en kopia av denna skrivelse, som den inkluderade som en del av Intels tillgång till handlingarna i ärendet i samband med det kompletterande meddelandet om invändningar. Detta skedde cirka åtta månader efter anmälan av den 13 november och fyra månader efter det att AMD använt konfidentiellt material vid muntlig utfrågning.

187. Slutligen hade Intel, utöver Intels intresse av att skydda sina processuella rättigheter, även påvisbara sekretessrättigheter i de faktiska citat som AMD använde vid den muntliga utfrågningen. Även om importen och sanningshalten i handlingarna i fråga inte kunde fastställas vid den tidpunkt då redigeringen ägde rum, bekräftar granskningen av de faktiska utdragen att de – såsom förhørsombudet slog fast – förtjänar konfidentiell behandling eftersom de påstås ha samband med Intels affärsförhandlingar med Dell, en fråga som uppenbarligen är lämplig för skydd gentemot Intels primära konkurrent. Detta vederlägger definitivt kommissionens påstående att de aktuella citaten inte innehöll några affärshemligheter från Intel.

Ombudsmannens bedömning



188. Den klagandes andra påstående är att kommissionen "uppmuntrade" Dell och AMD att ingå ett avtal om informationsutbyte, vilket gjorde det möjligt för AMD att kringgå de regler som begränsar AMD:s rätt att få tillgång till kommissionens utredningsakt.

189. Som en första utgångspunkt och för att tydligt definiera arten av påståendet mot kommissionen anser ombudsmannen att det är nödvändigt att först ta itu med klagandens argument att Intels "rätt till försvar" kränktes av AMD:s användning vid det muntliga hörandet av vad Intel påstod sig vara Intels "förtroliga uppgifter".

190. En klagande i ett konkurrensärende har begränsad rätt att få information från kommissionen i kommissionens utredningsakt. Den har inte rätt till "*tillgång till handlingarna*" under kommissionens undersökning. Den har endast tillgång till en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar. (Ombudsmannen noterar i detta avseende att kommissionen är skyldig att sända en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar till klaganden i syfte att göra det möjligt för klaganden att lämna skriftliga och muntliga inlagor till kommissionen om detta). [120] Syftet med att redigera en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar är att säkerställa att klaganden i konkurrensärendet inte, genom sin rätt att erhålla en version av meddelandet om invändningar, får kännedom om konfidentiella uppgifter om tredje parter. [121] Om kommissionen (på grund av ett fel) genom sin rätt att erhålla en version av meddelandet om invändningar får kännedom om *konfidentiella uppgifter* om tredje parter [121] Om kommissionen (på grund av ett fel) i sin version av meddelandet om invändningar skulle kunna göra sig skyldig till konfidentiella uppgifter enligt artikel 28 i EG-förordningen, [123] skulle det vara fråga om en överträdelse enligt artikel 28 i EG-förordningen. Även om en sådan felaktig överföring av konfidentiella uppgifter från kommissionen kan påverka tredje mans legitima affärsintressen [125] kommer den (felaktiga) överföringen av sådana uppgifter inte i sig att *påverka* "rätten till försvar" för den undersökta parten. [127] En klagande kan visserligen ha större kännedom om innehållet i ett meddelande om invändningar som skickats till den undersökta parten till följd av att de mottagit konfidentiella uppgifter om en tredje part. Enbart detta faktum innebär dock inte att den undersökta partens förmåga att försvara sig mot de påståenden som anges i meddelandet om invändningar påverkas.

191. Om kommissionen inte kan åsidosätta "rätten till försvar" för en part som är föremål för utredning, även om det (på grund av ett fel) skulle vara att till en klagande överlämna konfidentiella uppgifter i meddelandet om invändningar, innebär det att den inte kan åsidosätta "rätten till försvar" för en part som är föremål för undersökning, om det någonsin skulle konstateras att den föreslog eller till och med uppmuntrade en tredje part att överföra konfidentiella uppgifter till en klagande. [128] ombudsmannen håller i princip inte med om klagandens argument att rätten till försvar för en part som är föremål för undersökning skulle åsidosättas om klaganden i konkurrensärendet fick eller på annat sätt erhöll information som klaganden skulle kunna använda för att formulera argument som ska meddelas kommissionen i samband med en kommissionsundersökning [129] .

192. För det andra anser ombudsmannen att den omständigheten att en tredje part (såsom Dell) lämnar upplysningar till kommissionen inom ramen för kommissionens undersökning av en



överträdelse enligt artikel 81 EG eller artikel 82 EG inte ger kommissionen någon befogenhet att hindra denna tredje part från att själv besluta att använda dessa uppgifter på ett sätt som parten anser lämpligt. [130] den omständigheten att en part (såsom Dell) lämnar upplysningar till kommissionen inom ramen för kommissionens undersökning av en överträdelse enligt artikel 81 EG eller artikel 82 EG ger inte kommissionen någon befogenhet att hindra denna tredje part från att utbyta samma information med en tredje part.

193. Principen att kommissionen inte *har befogenhet att hindra tredje man från att använda samma uppgifter för andra ändamål, enbart på grund av att uppgifter har översänts till kommissionen av en tredje part*, är tillämplig, även om de uppgifter som lämnats till kommissionen klassificeras som *konfidentiella uppgifter* för kommissionens undersökning på grundval av en begäran om konfidentiell behandling som lämnats in av den part som är föremål för utredning. Under sådana omständigheter kan det inte ankomma på kommissionen att skydda de intressen som den undersökta parten kan ha med avseende på dessa uppgifter.

194. Som en tredje inledande punkt noterar ombudsmannen att kommissionen, när den fullgör sin skyldighet att förse en klagande med en redigerad version av meddelandet om invändningar, inte kommer att bryta mot någon tillämplig regel eller princip, *såvida den inte innehåller "hemlig information"* i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar. Det är nämligen ostridigt inom ramen för denna undersökning att kommissionen inte direkt har översänt några konfidentiella uppgifter om Intel till AMD. Om kommissionen, till exempel på grund av att den har informerats om ett avtal om informationsutbyte mellan klaganden och en tredje part, beslutar *att avstå* från att ta med vissa uppgifter i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar, kommer detta tillvägagångssätt inte att utgöra en överträdelse av sekretessen från kommissionens sida.

195. Ombudsmannen anser inledningsvis att domen i det ovannämnda målet *AKZO Chemie BV mot kommissionen* [131] att en tredje part som har ingett ett klagomål under inga omständigheter får ges *tillgång till handlingar som innehåller affärshemligheter* (min kursivering) ska tolkas så, att bestämmelserna om tillgång *under alla omständigheter* hindrar kommissionen från att ge en klagande tillgång till konfidentiell information. Detta skulle kunna förstås som att kommissionen begär, uppmuntrar eller underlättar för en tredje part att ge en klagande tillgång till denna information. Domen i målet *AKZO* innebär emellertid inte att kommissionen är skyldig att *hindra tredje man från att* lämna upplysningar som de, *oberoende av kommissionen*, förfogar över till en klagande.

196. Ombudsmannen anser också att om en klagande genom ett avtal om informationsutbyte med en tredje part erhåller uppgifter som kommissionen kan ha klassificerat som *konfidentiella uppgifter* i sin utredningsakt, har kommissionen inte befogenhet att hindra denna tredje part från att hänvisa till eller på annat sätt använda sig av dessa uppgifter när den lämnar skriftliga eller muntliga inlagor till kommissionen. [132] ombudsmannen konstaterar att en klagande som lämnar skriftliga eller muntliga inlagor till kommissionen i samband med ett meddelande om invändningar kan åberopa fakta och argument i den icke-konfidentiella versionen av meddelandet om invändningar. Han påpekar också att en klagande också kan åberopa andra fakta eller argument som den mottagit från andra källor och som den anser vara relevanta för



formuleringen av sina synpunkter på meddelandet om invändningar. Under förutsättning att klaganden inte fick sådana uppgifter från kommissionen (se punkterna 189, 190 och 191 ovan och 198 nedan) är det inte kommissionens sak att ifrågasätta hur den klagande kan ha inhämtat sådana fakta eller argument.

197. Ombudsmannen anser inledningsvis att kommissionen har rätt att framföra sina synpunkter till tredje man när det gäller de processuella frågor som kan uppstå i samband med en korrekt hantering av dess förfaranden, om en tredje part som har lämnat information till kommissionen underrättar kommissionen om att den avser att ingå eller att den har ingått ett avtal om informationsutbyte med en klagande. Om kommissionen skulle informeras om ett utkast till avtal om informationsutbyte, eller till och med om ett slutfört avtal om informationsutbyte, som påstås ge en klagande *tillgång till ärendet*, har kommissionen rätt att informera tredje part om att klagande inte har någon rätt *till "tillgång till akten"* i ett kommissionsförfarande som tillämpar artikel 81 i EG-fördraget eller artikel 82 i EG-fördraget. [133] Vidare skulle kommissionen under sådana omständigheter ha rätt att beakta alla sådana avtal när den utarbetar icke-konfidentiella versioner av meddelanden om invändningar.

198. Trots vad som anförts ovan anser ombudsmannen att även om följden av en *felaktig* överföring av uppgifter från kommissionen till en klagande inom ramen för en undersökning endast kan bli att gemenskapen kan bli utomobligatoriskt ansvarig för eventuella skador, kan detta inte nödvändigtvis dras när det gäller *avsiktlig* överföring av konfidentiell information till en klagande från kommissionens sida. Ombudsmannen anser att varje *avsiktlig* överföring av konfidentiell information från kommissionen till en klagande också skulle kunna ifrågasätta kommissionens övergripande opartiskhet i sin undersökning, i strid med principerna om god förvaltningssed. [134] Detta skulle särskilt vara fallet om kommissionens uttryckliga avsikt när den överför konfidentiella uppgifter till en klagande skulle vara att stärka en parts ställning i de administrativa förfaranden som kommissionen ansvarade för.

199. I linje med detta resonemang anser ombudsmannen också att det inte skulle vara förenligt med principerna om god förvaltning för kommissionen att begära, uppmuntra eller underlätta ett avtal om informationsutbyte mellan tredje parter, särskilt om kommissionen var medveten om en risk för att avtalet skulle innebära överföring av konfidentiell information från en annan tredje part. Ombudsmannen anser visserligen inte att Intels begäran om konfidentiell behandling inom ramen för ärende COMP/37.990 är giltig, men konstaterar att kommissionen inte uteslöt att vissa av dessa påståenden om konfidentiell behandling kunde ha varit giltiga. Under sådana omständigheter skulle det inte ha varit förenligt med principerna om god förvaltningssed att kommissionen, i egenskap av offentlig myndighet, hade begärt, uppmuntrat eller underlättat en tredje part att vidta åtgärder som (även potentiellt) skulle ha kränkt en annan tredje parts rätt att skydda sina konfidentiella uppgifter. [135]

200. Om kommissionen dessutom skulle begära att en tredje part skulle lämna ut konfidentiella uppgifter till en klagande i ett konkurrensärende, som klaganden annars inte skulle ha tillgång till inom ramen för tillämpningen av artikel 6 i förordning 773/2004, skulle detta också kunna äventyra kommissionens övergripande opartiskhet i samband med undersökningen [136].



201. Klaganden i denna undersökning hävdar att kommissionen uppmuntrade avtalet om informationsutbyte mellan Dell och AMD genom att så tidigt som den 9 augusti 2007 förse Dell med en förteckning över citat från den konfidentiella versionen av meddelandet om invändningar. Ombudsmannen har av skrivelsen av den 14 augusti 2007 förstått att syftet med skrivelsen av den 9 augusti 2007 var att informera Dell om de olika citaten i meddelandet om invändningar, som kan ha innehållit information om eller avseende Dell. Tillhandahållandet av denna förteckning över citat från meddelandet om invändningar till Dell skulle göra det möjligt för Dell att identifiera vad som ansågs vara konfidentiell information som inte bör lämnas ut till AMD inom ramen för bestämmelsen till AMD i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar. Syftet med Dells svar av den 14 augusti 2009 var att övertyga kommissionen om att det i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar som skulle skickas till AMD inte bör innehålla uppgifter som Dell ansåg vara konfidentiella. Denna överenskommelse bekräftas av ombudsmannens granskning av ett e-postmeddelande av den 23 augusti 2007 från ett externt ombud från Dell (C) till en kollega, där C uppger att en tjänsteman från kommissionen (D) diskuterade med honom redigeringen av meddelandet om invändningar om citat som Dell ansåg vara konfidentiellt.

202. Kommissionens skrivelse och Dells svar ingick således i det ” *normala förfarandet* ”, där kommissionen försöker fastställa vilka uppgifter som bör redigeras från den konfidentiella versionen av meddelandet om invändningar för att skapa en icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar. Ombudsmannen anser därför inte att skrivelsen av den 14 augusti 2007 utgör bevis som kommissionen begärt, uppmuntrat eller underlättat ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD.

203. Klaganden i den aktuella undersökningen hävdar också att e-postmeddelandet av den 3 september 2007, i vilket ett externt ombud från Dell (C) informerar en högre kollega om att en tjänsteman från kommissionen (D) hade ringt C för att fråga om Dell ”ska överväga att använda ett [avtal om informationsutbyte] med AMD liknande det avtal som [Dell] ingick med Intel för [meddelande om invändningar] ” utgör bevis för att kommissionen begärde att Dell skulle ingå ett avtal om informationsutbyte med AMD i syfte att förse AMD med information som AMD inte skulle ha tillgång till i den redigerade versionen av meddelandet om invändningar. Klaganden hänvisar också till en skrivelse av den 18 september 2008 från Dells ombud till ombudsmannen, där Dells externa ombud anger att ” *kommissionen föreslog att Dell skulle ingå ett avtal om icke-upplysning med AMD:s rådgivare och ekonomer för delning av Dell-dokument som används i meddelandet om invändningar* ”.

204. Ombudsmannen noterar att kommissionen inte håller med om att den föreslog Dell att ingå ett avtal om informationsutbyte med AMD. Kommissionen har uppgett att den inte började diskutera möjligheten till ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD först efter ett telefonsamtal på hög nivå med Dell den 30 augusti 2007, i vilket ett sådant avtal om informationsutbyte diskuterades. Kommissionen hävdar att eftersom det i den dagordning som kommissionen upprättade och som sändes till Dell före telefonsamtalet inte nämndes något avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD [137] är det ” *sannolikt att det i detta telefonsamtal, antingen B, [138] eller Dells externa ombud, först nämndes möjligheten till bilateralt informationsutbyte även med AMD.* ”



205. Kommissionen bekräftar kategoriskt att ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD faktiskt diskuterades under detta telefonsamtal.

206. På grundval av denna dagordning för telefonsamtalet [139] håller ombudsmannen med om att kommissionens avsikt i början av telefonsamtalet av den 30 augusti 2007 var att diskutera redigeringen av Dells citat ur meddelandet om invändningar. Ombudsmannen kan emellertid inte dra någon slutsats, enbart av det faktum att föredragningslistan inte nämner ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD, om det var kommissionen eller Dell som tog upp frågan.

207. Ombudsmannen noterar att kommissionen inte kategoriskt anger att det var Dell som tog upp möjligheten till ett avtal om informationsutbyte och inte heller kategoriskt anger att det inte var kommissionen som tog upp möjligheten till ett avtal om informationsutbyte. Den hävdar snarare att det var ”*sannolikt*” att frågan först nämndes av Dell.

208. Ombudsmannen erkänner att det, *ab initio*, är ”*sannolikt*” att antingen kommissionen eller Dell skulle ta upp frågan om ett avtal om informationsutbyte i ett sådant telefonsamtal. Ombudsmannen är införstådd med att sådana avtal kan medföra fördelar för en part som kommissionen är skyldig att förse den senare med redigerade versioner av bevisning som tidigare ingetts till kommissionen. [140] I själva verket har ombudsmannen under sin granskning av kommissionens akt sett korrespondens mellan kommissionen och en annan OEM-tillverkare, [141] där denna andra OEM gör kommissionen medveten om a) den börda som är förknippad med att förse kommissionen med redigerade versioner av (numeriska) handlingar från denna OEM-tillverkare som ingår i kommissionens akt och b) fördelen (för denna OEM) att undvika sådana kostnader genom att ingå ett avtal om informationsutbyte (med Intel). Det skulle inte vara ovanligt att en part, som begärs av kommissionen, under ett ”*högt*” telefonsamtal med den senare diskuterar detaljerna i den redaktion av uppgifter som lämnats till kommissionen, att föreslå kommissionen ett alternativ som skulle vara mindre betungande för denna part. Ombudsmannen förstår att kommissionen också kan se ”*fördelar*” i sådana avtal om informationsutbyte. Förekomsten av ett avtal om informationsutbyte mellan en part som har lämnat information till kommissionen och en klagande kan göra det onödigt för kommissionen, när den försöker lägga fram en ”*relevant*” icke-konfidentiell version av meddelandet om invändningar, att kontrollera och ta ställning till begäran om konfidentiell behandling från den part som är föremål för utredning avseende dessa uppgifter. Denna förståelse av ombudsmannen bekräftas enligt honom av kommissionens efterföljande åtgärder. Sammanfattningsvis har kommissionen, trots att den inte var övertygad om giltigheten av Intels påståenden om sekretess, i meddelandet om invändningar redigerat de Dell-citat som Intel hävdade även innehöll konfidentiella uppgifter om Intel. Ombudsmannen har förstått att kommissionen inte gick vidare med frågan om huruvida sådana påståenden var giltiga eller inte var giltiga, eftersom kommissionen var medveten om att den redigerade versionen av meddelandet om invändningar var meningsfull för AMD, eftersom AMD genom avtalet om informationsutbyte hade tillgång till de omtvistade Dell-noteringarna.

209. När ombudsmannen presenteras med två olika redogörelser för fakta, vilka båda är



trovärdiga , kommer ombudsmannen att försöka kontrollera, om det finns några bevis som ger större trovärdighet åt den ena redogörelsen för de faktiska omständigheterna framför den andra.

210. Ombudsmannen noterar först att e-postmeddelandet från den 3 september 2007 återspeglar C:s förståelse av ett samtal med D (en tjänsteman vid kommissionen) [142] . Det är därför inte säkert att *e- postmeddelandet exakt* återspeglar D:s ord i detta samtal. Det är emellertid möjligt att förstå att e-postmeddelandet återspeglar C:s ärliga förståelse, särskilt mot bakgrund av att e-postmeddelandet utarbetades *i tidsmässiga icke-misstanke*, det vill säga utan att ha tänkt på om det senare skulle användas som bevis. [143] Som sådan drar ombudsmannen slutsatsen att det är tillräckligt bevisat att frågan om ett avtal om informationsutbyte nämndes i telefonsamtalet den 3 september 2007. [144]

211. Mot bakgrund av ovanstående anser ombudsmannen att det faktum att C och D diskuterade ett avtal om informationsutbyte i telefonsamtalet den 3 september 2007 inte innebär att detta var det första tillfället som denna fråga diskuterades mellan kommissionen och Dell. [145] ombudsmannen noterar att D är en (relativt) yngre medlem [146] i ärendegruppen. Ombudsmannen anser att det är osannolikt att kommissionen, om den ville meddela Dells externa rådgivare en viktig utveckling av förfarandet med Dell, skulle ha lämnat en sådan inledande diskussion till en yngre medlem i ärendegruppen. Ombudsmannen anser snarare att det är mer sannolikt att frågan tidigare diskuterades i samband med vad kommissionen kallar ett telefonsamtal på *hög nivå* den 30 augusti 2007, där Dells mest seniora interna rådgivare, Dells överordnade externa rådgivare och de högre ledamöterna i kommissionens ärendegrupp deltog.

212. När det gäller huruvida det i samband med det ” *höga*” telefonsamtalet av den 30 augusti 2007 var kommissionen eller Dell (eller Dells externa ombud) som först tog upp frågan om avtalet om informationsutbyte, noterar ombudsmannen att kommissionen hänvisar till ett *internt meddelande* om det ” *höga*” telefonsamtalet av den 30 augusti 2007. Ombudsmannen har granskat denna not i samband med sin inspektion. Meddelandet ska innehålla intrycket av de kommissionstjänstemän som var närvarande vid mötet den 30 augusti 2007. Meddelandet i fråga förefaller emellertid inte vara en samtidig redogörelse för det ” *höga*” telefonsamtalet i fråga. I meddelandet anges att det är säkert att idén om ett avtal om informationsutbyte ” *flytades* ” vid mötet. Det anges inte exakt vem som ” *flytade* ” den idén (det skulle på sin höjd kunna tyda på att det var ” *sannolikt* ” att Dell eller Dells externa rådgivare föreslog att Dell skulle använda ett avtal om informationsutbyte).

213. Klaganden hänvisade också till e-postmeddelanden mellan C och D av den 25–26 september 2007. Han hävdade att denna e-postutväxling bekräftar att kommissionen uppmuntrade Dell att **ingå avtalet med** AMD och att förse företaget med konfidentiellt material från meddelandet om invändningar. Ombudsmannen noterar att D i ett e-postmeddelande av den 26 september 2007 tackade C ” *för er konstruktiva hjälp i denna fråga.* ” Enligt klagandens uppfattning uttryckte D:s tacksamhet för Dells ” *konstruktiva hjälp* ” bortom tvist att kommissionen välkomnade det faktum att Dell var villig att ingå **ett avtal med** AMD, och att kommissionen hade främjat och uppmuntrat avtalet.



214. Ombudsmannen har i samband med sin granskning av ärendet sett interna e-postmeddelanden från kommissionen som visar att A:s hänvisningar till *konstruktiv hjälp i detta ärende* inte gjordes i samband med ”uppmuntrandet” av ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD, utan snarare till Dells samarbetsvilja när det gäller ändringen av ett utkast till avtal om informationsutbyte som Dell skickat till kommissionen. De ändringar som kommissionen ansåg nödvändiga (för att följa reglerna för tillgång till handlingar) i samband med borttagandet av hänvisningar till AMD:s rätt att *få tillgång till handlingar*. [147] I själva verket tyder interna e-postmeddelanden på att kommissionen under hela september 2007 aktivt fortsatte det traditionella förfarandet för att redigera meddelandet om invändningar.

215. Mot bakgrund av ovanstående anser ombudsmannen inte att e-postmeddelandena mellan C och D av den 25–26 september 2007 utgör avgörande bevis för att kommissionen uppmuntrade Dell att ingå ett avtal om informationsutbyte.

216. Ombudsmannen anser att om kommissionen, i enlighet med principerna om god förvaltning, vid den relevanta tidpunkten hade utarbetat en intern notering av de väsentliga delarna av telefonsamtalet av den 30 augusti 2007, skulle den ha kunnat lägga fram viktiga bevis för vem som först föreslog ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD. [148] ombudsmannen beklagar att underlåtenheten att utarbeta en intern not till telefonsamtalet vid den relevanta tidpunkten medger att det råder osäkerhet om dess exakta innehåll. Ombudsmannen anser också att om kommissionen hade utarbetat en sådan intern not vid den tidpunkten, skulle den också ha kunnat hantera anklagelserna om att dess tjänstemän på ett olämpligt sätt först tog upp frågan om ett avtal om informationsutbyte.

217. Eftersom klaganden inte framförde några påståenden eller argument avseende underlåtenheten att utarbeta ett internt meddelande om telefonsamtalet av den 30 augusti 2007, kommer ombudsmannen därför inte att fortsätta med frågan i den aktuella undersökningen, utan kommer i stället att göra ytterligare en anmärkning.

218. Ombudsmannen anser att det är troligt att möjligheten till ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD först togs upp i telefonsamtalet den 30 augusti 2007. Med tanke på att det inte finns någon samtida skriftlig bevisning för innehållet i detta telefonsamtal och med beaktande av ombudsmannens slutsatser om de bevis som lagts fram för honom (se punkterna 201–215 ovan), anser ombudsmannen att den tillgängliga bevisningen inte är tillräcklig för att han ska kunna ta ställning till huruvida det var kommissionen som först föreslog Dell att denne skulle ingå ett avtal om informationsutbyte med AMD. Eftersom ombudsmannen inte anser att hans undersökningar skulle avslöja ytterligare bevis som skulle kunna klargöra det exakta innehållet i telefonsamtalet av den 30 augusti 2007, avslutar han därför sin undersökning med ett konstaterande att inga ytterligare undersökningar av ombudsmannen om detta påstående är berättigade.

C. Slutsatser



På grundval av sin undersökning av det första påståendet avslutar ombudsmannen sin undersökning med följande kritiska anmärkning:

Kommissionen åsidosatte principerna om god förvaltningssed genom att inte i tillräcklig utsträckning anteckna mötet den 23 augusti 2006 i syfte att upprätta överenskomna protokoll från detta möte.

På grundval av sin undersökning av det andra påståendet anser ombudsmannen att inga ytterligare undersökningar från ombudsmannens sida är berättigade. Därför avslutar han sin undersökning.

Den klagande och Europeiska kommissionen kommer att informeras om detta beslut.

YTTERLIGARE ANMÄRKNING

Det ligger i en god förvaltningss intresse att kommissionen ger sina anställda i uppdrag att se till att innehållet i mötena eller telefonsamtalen med tredje man om viktiga processuella frågor görs med en korrekt intern notering, som bör föras in i akten.

P. Nikiforos DIAMANDOUROS

Utfärdat i Strasbourg den 14 juli 2009

[1] Artikel 82 EG förbjuder missbruk av dominerande ställning.

[2] Se de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T- 214/98, *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen* , REG 2003, s. II-3275 (även kallat *TACA*).

[3] En kopia av detta dokument överlämnades till ombudsmannen av klaganden.

[4] Förhørsombudet är en tjänsteman vid kommissionen vars roll är att öka opartiskheten och objektiviteten i kommissionens konkurrensförfaranden. Förhørsombudets mandat anges i kommissionens beslut 2001/462 av den 23 maj 2001 om förhørsombudets mandat i vissa konkurrensförfaranden (EGT L 162, 19 juni 2001, s. 21–24).

[5] Se mål T-457/08 R, *Intel mot kommissionen* (ännu ej rapporterat) och T-457/08, *Intel mot kommissionen* (ännu ej rapporterat).



[6] Se beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 27 januari 2009 i mål T-457/08 R, *Intel Corp mot kommissionen* (ännu ej offentliggjort).

[7] Se fotnot 6 ovan.

[8] I sitt yttrande av den 20 mars 2009 ansåg kommissionen att det inte är säkert att den omständigheten att Intel återkallade sin ansökan i mål T-457/08 automatiskt medför att Intels klagomål till ombudsmannen automatiskt kan tas upp till prövning på nytt. Kommissionen har emellertid, utan att det påverkar dess ståndpunkt i framtida ärenden, angett att den i detta specifika fall inte kommer att ytterligare behandla frågan om huruvida klagomålet eventuellt inte kan tas upp till sakprövning.

[9] I sin skrivelse av den 16 februari 2009 till kommissionen angav ombudsmannen att den mycket korta tidsfristen var berättigad, eftersom kommissionen hade varit medveten om anklagelserna sedan den 22 juli 2008 och om all bevisning sedan den 26 september 2008.

[10] Den klagande uppger att den skriftliga uppföljningen efter mötet, som skickades från Dell till kommissionen, tyder på att agendan verkligen följdes.

[11] Ett meddelande om invändningar är ett formellt steg i kommissionens konkurrensrättsliga undersökningar, där kommissionen skriftligen underrättar de berörda parterna om de invändningar som framförts mot dem. Mottagaren av ett meddelande om invändningar kan (skriftligt) besvara meddelandet om invändningar och redogöra för alla omständigheter som är relevanta för dess försvar mot kommissionens invändningar. Adressaten kan också begära ett muntligt hörande för att framföra sina synpunkter i ärendet. Kommissionen kan sedan fatta beslut om huruvida det beteende som tas upp i meddelandet om invändningar är förenligt med EG-fördragets konkurrensregler (artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget). Att skicka ett meddelande om invändningar föregriper inte det slutliga resultatet av förfarandet. Kommissionen kan också välja att skicka ett eller flera kompletterande meddelanden om invändningar.

[12] Den klagande överlämnade en fullständig kopia av detta vittnesmål till ombudsmannen.

[13] Klaganden uppger att Intel den 22 januari 2008 skrev till kommissionens förhørsombud om ett antal ansökningar om tillgång till handlingarna i ärendet. Dessa begäranden innehöll en begäran om en kopia av intervjun med A. Den 19 februari 2008 svarade förhørsombudet att ”*jag har ingen kännedom om intervjun med [A] av den 23 augusti 2006 och har bett ärendegruppen att besvara denna begäran.*”

[14] Klaganden har uppgett att ärendegruppen den 21 februari 2008 skickade ett e-postmeddelande som bekräftade att A verkligen hade deltagit i ett möte med kommissionen den 23 augusti 2006, men att ”*kommissionen inte intervjuade [A] under detta möte, och att inga protokoll från mötet hade tagits.*” Den 10 mars 2008 svarade förhørsombudet att enligt de uppgifter som hon hade mottagit från ärendegruppen ”*inte heller hade förhöret enligt artikel 19 i förordning 1/2003 ägt rum eller protokoll tagits under eller efter det möte som utgör en del av akten.*” Hon angav emellertid att hon skulle fråga om saken.



[15] Klaganden uppger att Intel på nytt skrev till förhørsombudet den 14 april 2008 och förklarade betydelsen av ärendegruppens inställning till intervjun med A och uttryckte sin oro över att ärendegruppen inte hade gjort en detaljerad redogörelse för ett så viktigt möte. I en skrivelse av den 7 maj 2008 medgav förhørsombudet att en medlem i ärendegruppen hade lagt fram en "not till ärendet" avseende mötet den 23 augusti 2006. Förhørsombudet uppgav att noten i fråga borde ha förts in i ärendeakten. Men hon slog också fast att Intel inte hade rätt till tillgång eftersom anteckningen var en "intern anteckning" och "tydligen" inte hade åberopats i meddelandet om invändningar som riktades till Intel.

[16] I artikel 11 (Rättfärdighet) anges att *"tjänstemannen ska agera opartiskt, rättvist och rimligt."*

[17] Artikel 12 (Courtesy) har följande lydelse:

" 1. Tjänstemannen ska vara serviceinriktad, korrekt, tillmötesgående och tillgänglig i förhållande till allmänheten. Vid svar på korrespondens, telefonsamtal och e-post ska tjänstemannen försöka vara så hjälpsam som möjligt och svara så fullständigt och korrekt som möjligt på frågor som ställs.

2. Om tjänstemannen inte är ansvarig för ärendet i fråga ska han hänvisa medborgaren till den berörda tjänstemannen.

3. Om ett fel inträffar som negativt påverkar en medborgares rättigheter eller intressen, ska tjänstemannen be om ursäkt för detta och sträva efter att korrigera de negativa effekterna av hans eller hennes fel så snabbt som möjligt och informera allmänheten om rätten att överklaga i enlighet med artikel 19 i kodexen. "

[18] Enligt artiklarna 7, 8 och 9 i den europeiska kodexen för god förvaltningssed ska en europeisk institution eller ett europeiskt organ *"undvika att använda sina befogenheter för ändamål som inte har någon rättslig grund eller som inte motiveras av något allmänintresse"* och bör vara *"oavhängiga och avstå från godtyckliga åtgärder som skadar allmänheten"* och *"ta hänsyn till relevanta faktorer och ge var och en av dem sin egen vikt i beslutet."*

[19] ombudsmannen förstår att dessa handlingar rörde A:s vittnesmål inför FTC 2003.

[20] Tillgång till akten är ett viktigt steg i förfarandet i konkurrens- och koncentrationsärenden. Den gör det möjligt för mottagaren av ett meddelande om invändningar (se fotnot 11 ovan) att få tillgång till all bevisning, oavsett om den är till nackdel för eller befriande, i kommissionens akt. En part kan då förstå de faktiska omständigheter som föranledde kommissionen att sända ett meddelande om invändningar och fästa kommissionens uppmärksamhet på de delar av ärendet som parten anser inte har fått tillräcklig vikt. Detta är en grundläggande rättssäkerhetsgaranti som garanterar företagets rätt till försvar. Kommissionen har offentliggjort ett tillkännagivande om reglerna för tillgång till kommissionens handlingar (EUT C 325, 22.12.2005, s. 7–15).



[21] Kommissionens betoning.

[22] citerad i fotnot 20 ovan.

[23] citerad i fotnot 2 ovan.

Se mål T-38/02, *Groupe Danone mot kommissionen*, REG 2005, s. II-4407.

[25] Kommissionen noterade att den undersökningsperiod som omfattas av meddelandet om invändningar av den 26 juli 2007 avser perioden från och med december 2002, medan A:s vittnesmål inför FTC i mars 2003 huvudsakligen avser perioden i december 2002.

[26] ombudsmannen förstår att kommissionen hänvisar till dagordningen (se punkt 36 ovan).

[27] Mot bakgrund av de meddelanden om invändningar som kommissionen meddelade Intel den 27 juli 2007 och den 17 juli 2008 anser kommissionen att A:s vittnesmål inför FTC år 2003, som Intel har åberopat och som den anser vara befriande, inte stöder Intels påstående att de rabatter som betalades till Dell inte var beroende av exklusivitet.

[28] ombudsmannen erinrar om att kommissionens yttrande lades fram i mars 2009. Rådet antog ett beslut i maj 2009.

[29] citerat i fotnot 2 ovan.

[30] citerat ovan i fotnot 24.

Se mål T-30/91, *Solvay mot kommissionen* (REG 1995, s. II-1775), punkt 81.

[32] Se beslut i ärende COMP/37.990 av den 13 maj 2009 (ännu ej rapporterat).

[33] Klaganden hänvisade i detta avseende till förstainstansrättens dom av den 11 juli 2006 i mål T-314/01, *Avebe mot kommissionen* (REG 2006, s. I-35). II-3085 i punkt 66, Mål T 30/91, *Solvay mot kommissionen*, REG 1995, s. II-1775, punkt 81 och följande punkter; De förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, *Aalborg Portland A/S m.fl. mot kommissionen*, REG 2004, s. I-123, punkt 75.

[34] Gemenskapsdomstolarna har förklarat att ”*de garantier som gemenskapens rättsordning ger i administrativa förfaranden omfattar bland annat principen om god förvaltnings sed, som innebär att den behöriga institutionen är skyldig att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla relevanta aspekter av det enskilda fallet*”. Se mål T-339/04, *France Télécom mot kommissionen*, REG 2007, s. II-521, punkt 94. Se även domen i målet *TACA* (ovan fotnot 2), punkt 404. Innan kommissionen *beslutar* att inleda en undersökning är den däremot endast skyldig att beakta de faktiska och rättsliga omständigheter som klaganden fått kännedom om (för att avgöra om det finns ett tillräckligt gemenskapsintresse att inleda en undersökning). Se *Automec Srl mot kommissionen (Automec II)*, REG 1992, s. II-2223, punkt 86. Se även mål 210/81, *Oswald*



Schmidt, handel med Demo-Studio Schmidt mot kommissionen , REG 1983, s. 3045, punkt 19; Mål C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) m.fl. mot kommissionen* , REG 1999, s. I-1341, punkt 86.

Se de förenade målen 43/82 och 63/82, *VBVB och VBBB mot kommissionen* , REG 1984, s. 19, punkt 18.

Se mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen* , REG 2007, s. II-3601, punkt 1275.

[37] Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4 januari 2003, s. 1–25.

[38] Ombudsmannen noterar att förordning 1/2003 trädde i kraft efter de beslut som gav upphov till förstainstansrättens avgöranden i målen *TACA* och *Groupe Danone* (ovan fotnot 2 respektive 24).

[39] Rådets förordning nr 17/62 (1962) EGT 204.

[40] Se punkterna 56–60 ovan.

[41] I punkt 12 i meddelandet anges följande:

” *Kommissionens avdelningar är inte skyldiga att utarbeta protokoll från möten med någon person eller företag. Om kommissionen väljer att göra anteckningar från sådana möten utgör sådana handlingar kommissionens egen tolkning av vad som sades vid mötena, varför de klassificeras som interna handlingar.* ”

[42] citerat i fotnot 2 ovan.

[43] citerat ovan i fotnot 24.

[44] Se de förenade målen 16/62 och 17/62 *Confédération nationale des producteurs de fruit et légumes m.fl. mot rådet* (ECR:s engelska specialutgåva, s. 471), Mål 45/86, *kommissionen mot rådet* , REG 1987, s. 1493; Mål C-300/89, *kommissionen mot rådet* , REG 1991, s. I-2867, punkt 10; och mål C-295/90, *parlamentet mot rådet* (REG 1992, s. I-4193), punkt 13.

Mål C-322/88, *Salvatore Grimaldi*, REG 1989 , s. 4407, punkt 14.

[46] Intervju kan ta sig många former, t.ex. möten, telefonsamtal eller videokonferenser (se artikel 3.2 i förordning (EG) nr 773/2004).

[47] Till exempel möten som äger rum i samband med bedömningen av gruppundantagsförordningar eller möten som äger rum i samband med bedömningen av policyriktlinjer .



[48] En intervju som genomförs innan en utredning formellt inleds (t.ex. en intervju med en klagande) är inte en "intervju" i enlighet med artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003. Det kan fortfarande utgöra god förvaltningssed att föra ett lämpligt protokoll över sådana möten.

[49] Denna regel härrör från själva lydelsen av artikel 19 i förordning nr 1/2003, där det anges att "kommissionen får höra varje fysisk eller juridisk person som samtycker till att höras" och rättspraxis (se domstolens dom av den 8 juli 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, *VBVB och VBBB mot kommissionen*, REG 1984, s. 19, punkt 18, där det anges att "kommissionen har ett rimligt utrymme för skönsmässig bedömning att avgöra hur lämpligt det kan vara att höra personer vars bevisning kan vara relevant för utredningen").

[50] Se till exempel Europeiska ombudsmannens beslut om klagomål 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH mot rådet i punkt 3.5.

[51] Kommissionen skulle kunna spela in intervjun enligt artikel 19 genom att utarbeta ett meddelande eller genom en ljudinspelning eller en videoinspelning. Ombudsmannen anser att kommissionen bör använda de lämpligaste metoderna för att registrera intervjun enligt artikel 19, med tanke på intervjuns specifika syfte, innehåll och sammanhang. Om intervjun avser en mycket komplex uppsättning fakta, vilket skulle vara svårt att korrekt transkribera *in situ*, bör kommissionen således välja att göra en ljud- eller videoinspelning av intervjun.

[52] Enligt artikel 14.8 i förordning (EG) nr 773/2004 (utförande av muntliga förhör) är kommissionen däremot skyldig att se till att var och en av personernas uttalanden vid de muntliga förhören registreras. Där anges att "de uttalanden som görs av varje person som hörs ska registreras." (Emphasis tillagd)

[53] Även om det på grundval av *ordalydelsen* i artikel 3 kan ifrågasättas att det är oklart huruvida det finns en rättslig skyldighet att registrera en "intervju enligt artikel 19", kan det också hävdas att en teleologisk tolkning av artikel 3 i förordning 773/2004 leder till slutsatsen att den ska tolkas så, att det krävs att en uppteckning i någon form ska göras av en intervju enligt artikel 19. Sammanfattningsvis är syftet med artikel 19 att göra det möjligt för kommissionen att samla in uppgifter om föremålet för en undersökning. Syftet med artikel 19 skulle utan tvekan undergrävas om kommissionen inte upprättade en förteckning över de uppgifter som den inhämtade. Det kan också hävdas att en kontextuell tolkning av artikel 19 i förordning 1/2003, jämförd med artikel 3 i förordning 773/2004, skulle leda till slutsatsen att det faktiskt finns en skyldighet att registrera ett förhör enligt artikel 19. Lydelsen i artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 liknar ordalydelsen i artiklarna 18 och 20, eftersom artiklarna 18 och 20 också ger kommissionen befogenhet, men inte skyldighet, att (respektivt) begära information och utföra inspektioner. Det kan inte bestridas att när kommissionen *väljer* att utöva de befogenheter som anges i artiklarna 18 och 20 ska resultaten av utövandet av dessa befogenheter (svaret från den part till vilken en begäran enligt artikel 18 lämnas in och de handlingar som erhållits vid en inspektion tillsammans med de "förklaringar" som gjorts i samband med detta) *föras* in i handlingarna i målet. Ytterligare ett kontextuellt argument för att tolka artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004 så att den innehåller en skyldighet att registrera en "artikel 19-intervju" kan härledas från artikel 3 i sig. I artikel 3.1 i förordning (EG) nr 773/2004 anges att kommissionen



ska ” underrätta den intervjuade personen om sin avsikt att föra protokoll över intervjun ”.

Kommissionen måste således åtminstone ha för avsikt att registrera en intervju enligt artikel 19 när intervjun inleds. Det förefaller inkonsekvent att artikel 3.3 tolkas så, att den tillåter kommissionen att utan goda skäl avstå från att registrera ” artikel 19-intervjun ”.

[54] Självklart kan användningen av ordet ” varje ” förstås som att även om kommissionen måste ha för avsikt att registrera alla uttalanden som gjorts i samband med föremålet för undersökningen, och *måste* följa med denna avsikt, om något uttalande faktiskt görs i samband med föremålet för undersökningen, finns det ingen säkerhet, *ab initio* , att den part som intervjuas, som svar på kommissionens frågor, faktiskt kommer att svara med information om föremålet för undersökningen. Om inga uppgifter faktiskt lämnades i samband med föremålet för en utredning skulle inget protokoll enligt artikel 19 i förordning (EG) nr 1/2003 vara möjligt.

[55] Ombudsmannen noterar att gemenskapsdomstolarna ännu inte har haft möjlighet att uttala sig om den korrekta innebörden av artikel 19 i förordning 1/2003 eller artikel 3 i förordning 773/2004. Det ska erinras om att den högsta myndigheten i fråga om innebörden och tolkningen av gemenskapsrätten är domstolen (se till exempel Europeiska ombudsmannens beslut om klagomål 1056/25.11.96/STATEWATCH/UK/IJH mot rådet i punkt 3.5).

[56] Se punkt 1.7 i ombudsmannens beslut om klagomål 995/98/OV och punkt 2.8 i ombudsmannens beslut om klagomål 1999/2007/FOR (finns på Europeiska ombudsmannens webbplats).

[57] ombudsmannen understryker att han inte nödvändigtvis håller med om detta antagande. Han konstaterar också att gemenskapsdomstolarna ännu inte har haft möjlighet att göra en ”autentisk” tolkning av denna aspekt av artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004. Se fotnot 90 ovan.

[58] I en sådan not bör kommissionen i tillräcklig utsträckning identifiera de uppgifter som redan finns i akten. Den bör också bedöma om det skulle vara nödvändigt att utarbeta en ” artikel 19-anmärkning ” och den efterföljande omvandlingen av denna not till ett ” artikel 19-uttalande ” för att bekräfta eller kontrollera uppgifter som redan finns i ärendet.

[59] Huruvida dessa risker kommer att förverkligas beror på om de uppgifter som lämnades i intervjun enligt artikel 19 i själva verket senare togs med i ärendeakten *i tid* för att den undersökta parten skulle kunna utöva sin rätt till försvar under det administrativa förfarandet.

[60] Det kan inte uteslutas att de intervjuade personerna, trots att de har gett sitt samtycke till att höras med avseende på *föremålet för en utredning* , i själva verket inte under intervjun lämnar någon ” information om föremålet för en utredning ”.

Se förstainstansrättens dom av den 6 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, *JFE Engineering Corp. mot kommissionen*, REG 2004, s. II-2501, punkt 206 (se analogt dom av den 6 mars 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, *JFE Engineering Corp. mot kommissionen* , REG 2004, s. II-2501, punkt 206).



[62] *Idem* i punkt 207. Ombudsmannen noterar *bland annat* att A:s vittnesmål från FTC och de bifogade utställningarna bekräftar att A var ett ” *direkt vittne* ” av de händelser han beskrev.

[63] *Idem* , punkt 208 (analogt).

[64] *Idem* i punkterna 209 och 210.

[65] Godkännandet kan vara uttryckligt eller underförstått. I artikel 3.3 anges *att en kopia av intervjuomeddelandet ” ska göras tillgänglig för den person som intervjuas för godkännande. ” Vid behov ska kommissionen fastställa en tidsfrist inom vilken den intervjuade personen får meddela den eventuella rättelser som ska göras av uttalandet .*

[66] Det finns inget som hindrar kommissionens avdelningar från att samtidigt utarbeta *separata* interna anmärkningar som innehåller kommissionens bedömningar och personliga synpunkter i samband med intervjun. Beroende på arten av artikel 19-intervjun kan det nämligen vara lämpligt att även kommissionens avdelningar gör sådana interna anmärkningar.

[67] Se punkt 36 ovan.

[68] En noggrann analys av den skriftliga uppföljningen av Dells möte den 23 augusti 2006 visar att det faktiskt fanns frågor som diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006 och som inte anges i meddelandet av den 29 augusti 2006, åtminstone på den detaljnivå som Dells skriftliga uppföljning visar att de diskuterades vid mötet den 23 augusti 2006. Till exempel, som svar på fråga 4, säger Dell följande:

” Kommissionen ställde denna fråga i samband med en diskussion om punkt 9 i vittnesmålet, som innehåller ett e-postmeddelande från [A] till [F] från [F] från Intel i april 2002 i vilket [en AMD-produkt] prestanda diskuteras. [Mr A:s] uppfattning, baserad på en prestationsanalys utförd av hans team vid den tidpunkten, var att [AMD-produkten] skulle överträffa [en Intel-produkt]. Kommissionen söker efter de riktmärken som användes för att genomföra denna analys. ”

Ombudsmannen noterar att även om detta utdrag från den skriftliga uppföljningen av Dell specifikt hänvisar till en diskussion som ägde rum vid mötet den 23 augusti 2006, innehåller noten av den 29 augusti 2006 inga sådana detaljerade hänvisningar. En liknande slutsats kan dras av en analys av Dells svar på fråga 6.

[69] Se fotnot 57 ovan.

[70] Om artikel 3.3 i förordning (EG) nr 773/2004 skulle tolkas så, att den införde ett rättsligt krav på att upprätta en förteckning över *alla* intervjuer där uppgifter om föremålet för en undersökning lämnades till kommissionen, skulle detta innebära att principerna om god förvaltning också skulle åläggas ett sådant krav. I själva verket kan principerna om god förvaltning inte föreskriva en norm som är *lägre* än den rättsliga normen.



[71] ombudsmannen hänvisar här till den icke-konfidentiella versionen av den not som lämnats till ombudsmannen av klaganden.

[72] ombudsmannen har inte granskat hela kommissionens akt, som han förstår består av flera hundra tusen sidor. Han har dock granskat A:s FTC-utlåtande från 2003.

[73] Det faktum att dessa frågor ställdes muntligen till Dell av kommissionen bekräftas av det faktum att uppföljningen av Dell inte är resultatet av ett svar på en *skrivelse enligt artikel 18* (artikel 18 i förordning 1/2003 ger kommissionen befogenhet att skriftligen ställa frågor till tredje man).

[74] Se fotnot 72.

[75] Se punkterna 56–60 ovan.

[76] citerat i fotnot 2 ovan.

[77] citerat ovan i fotnot 24.

[78] Ombudsmannen har påpekat att tillgång till handlingarna i ärendet inte är ett syfte i sig, utan snarare syftar till att skydda rätten till försvar (domstolens dom av den 11 juli 1999 i mål C-51/92 P, *Hercules Chemicals mot kommissionen*, REG 1999, s. I-4235, punkt 76). Syftet med tillgång till akten är bland annat att göra det möjligt för mottagaren av ett meddelande om invändningar att få kännedom om bevisningen i kommissionens akt, så att den på grundval av dessa uppgifter på ett effektivt sätt kan yttra sig över de slutsatser som kommissionen kommit fram till i sitt meddelande om invändningar. Härav följer att kommissionen, med undantag för konfidentiella handlingar, är skyldig att för de företag till vilka ett meddelande om invändningar har riktats tillhandahålla alla handlingar, oavsett om de är till deras fördel eller inte, som den har erhållit under undersökningens gång (se de förenade målen T-45/98 och T-47/98, *Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen*, REG 2001, s. II-3757, punkterna 45 och 46). I detta avseende noterar ombudsmannen att en part som är föremål för utredning enligt artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 har rätt att få tillgång till kommissionens handlingar, med förbehåll för företagets berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas.

Se dom av den 14 juli 1975 i mål 90/74, *Deboeck mot kommissionen* (REG 1975, s. 1123; svensk specialutgåva, volym 8, s. 193), av den 10 juli 1980 i mål 30/78, *Distillers Company mot kommissionen* (REG 1980, s. 2229; svensk specialutgåva, volym 1, s. 2229), punkt 26, och förstainstansrättens dom av den 14 juli 1992 i mål T-50/91, *De Persio mot kommissionen* (REG 1992, s. II-2365), punkt 24.

[80] Se till exempel dom av den 9 september 2008 i mål T-75/06, *Bayer Crop Science m.fl. mot kommissionen*, punkt 131 (ännu ej offentliggjord). Ett beslut kan inte ogiltigförklaras, helt eller delvis, på grund av bristande tillgång till handlingar, såvida det inte konstateras att denna bristande tillgång till utredningsakten har hindrat företagen från att under det administrativa



förfarandet ta del av handlingar som kan vara till nytta för deras försvar (se de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen*, REG 2004, s. I-123, punkt 101).

Se de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, *Bolloré m.fl. mot kommissionen* (REG 2007, s. II-947), punkterna 80–81. Se även domen i målet TACA (ovan fotnot 2), punkt 196. Se även mål T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen* (REG 2002, s. II-1011), punkt 447.

Se mål T-25/95, *Cimenteries CBR mot kommissionen*, REG 2000, s. II-491, punkt 156.

[83] Se artikel 195 EG.

[84] Se domen i målet TACA (ovan fotnot 2), punkt 351.

[85] Se domen i målet TACA (ovan fotnot 2), punkt 352.

[86] I domen i målet TACA (ovan fotnot 2) gjorde sökanden gällande att kommissionen åsidosatte sökandens rätt till försvar genom att inte föra upp innehållet i ett telefonsamtal mellan klagandens advokater och kommissionen för att ingå i akten. Förstainstansrätten konstaterade att syftet med det särskilda telefonsamtalet mellan klagandens advokater och kommissionen var att diskutera huruvida informationen i meddelandet om invändningar skulle klassificeras som ”konfidentiell information”. Förstainstansrätten påpekade att ett sådant telefonsamtal, med hänsyn till dess syfte, uppenbart inte strider mot sökandens rätt till försvar. (TACA 355) I själva verket har ombudsmannen förstått att de uppgifter som diskuterades i telefonsamtalet med nödvändighet *redan* fanns i akten. Det enda syftet med ansökningsomgången var att *kategorisera* dessa uppgifter som antingen *konfidentiella* eller *icke-konfidentiella uppgifter*. Under dessa särskilda omständigheter kunde underlåtenheten att föra och inkludera ett protokoll över detta telefonsamtal inte ha lett till att sökanden nekades information som var relevant för sökandens svaromål. Såsom påpekats i punkt 87 ovan utgör ett möte som syftar till att organisera en processuell åtgärd i samband med utredningen inte ett ”*förhör*” i enlighet med artikel 19 i förordning 1/2003.

[87] Sökanden i målet TACA gjorde även gällande att kommissionen åsidosatte sökandens rätt till försvar genom att inte föra protokoll över det möte där kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor och en tredje part var närvarande. Förstainstansrätten påpekade emellertid att rätten till försvar inte kan åsidosättas om kommissionen i sitt beslut inte stöder sig på någon bevisning till last som lagts fram vid mötet (se domen i det ovan i fotnot 2 nämnda målet TACA, punkt 387).

[88] Naturligtvis måste tillgång till ny bevisning till last tillhandahållas innan en part var skyldig att besvara ett meddelande om invändningar (se T-67/01, *JCB Service mot kommissionen*, REG 2004, s. II-49, punkterna 50–52).

[89] Sökandena i målet TACA har inte ens gjort gällande att vissa bevis avseende det aktuella



mötet kunde ha använts av dem som bevisning till förmån för dem.

[90] **[Redaktad]**

[91] **[Redigerad]**

[92] I sitt yttrande framförde klaganden argumentet att kommissionens underlåtenhet att korrekt registrera mötet den 23 augusti 2006 var ett bevis på bristande opartiskhet. Ombudsmannen anser att *om* kommissionen under en utredning skulle få information till sin fördel och inte dokumenterade dessa uppgifter till förmån för *någon* av handlingarna i ärendet, skulle detta misslyckande, även om det inte vore avsiktligt hos kommissionens avdelningar, utgöra en objektiv omständighet som skulle kunna ifrågasätta en utrednings opartiskhet. Såsom anges i punkt 133 nedan kommer ombudsmannen inte fram till någon slutsats inom ramen för denna undersökning vad gäller huruvida det i själva verket finns andra handlingar i kommissionens akt som skulle ge ytterligare information om det exakta innehållet i mötet den 23 augusti 2006.

[93] Se fotnot 68 ovan.

[94] Se fråga 6 i den skriftliga uppföljningen av Dell.

[95] **[Redigerad]**

Se , analogt, förstainstansrättens dom av den 15 juli 2007 i mål T-264/04, *WWF European Policy Programme mot rådet* (REG 2007, s. II-911), punkterna 61 och följande punkter.

[97] Se mål T-30/91, *Solvay mot kommissionen* , REG 1995, s. II-1775, punkt 81. Kommissionen har anfört att den anser att A:s vittnesmål inför FTC år 2003, som Intel har åberopat som till sin fördel, inte stöder Intels påstående att de rabatter som betalades till Dell inte var villkorade av exklusivitet. Även om så skulle vara fallet, skulle detta i sig inte motivera att Intel berövas *möjligheten* att i sitt svaromål beakta bevisning som *kan* ha påverkat förfarandets gång och innehållet i det slutliga beslutet till dess fördel (se domen i det ovan i fotnot 33 nämnda målet *Aalborg Portland A/S m.fl. mot kommissionen* , punkt 74; se även domen i det ovannämnda målet *Solvay mot kommissionen* , punkt 89.

[98] Det kan abstrakt sett inte uteslutas att påståenden/otillåtna bevis i ett meddelande om invändningar, *innan* ett beslut fattades, inte skulle ingå i det slutliga beslutet. Om det var så att påståenden/olagande bevis i ett meddelande om invändningar inte ingick i ett eventuellt beslut, skulle eventuella brister i tillgången till handlingarna i ärendet avseende dessa påståenden/otillåtna bevis inte påverka den berörda partens rätt till försvar. Ett konstaterande som ombudsmannen gjorde innan kommissionen antog ett beslut skulle på sin höjd kunna vara ett konstaterande att felet skapar en risk *för* ett åsidosättande av rätten till försvar. Ett sådant konstaterande skulle naturligtvis ge kommissionen möjlighet att avhjälpa denna överträdelse, om detta fortfarande var möjligt, innan ett beslut fattades. Ombudsmannen understryker att det faller inom hans mandat att undersöka påståenden om förfarandefel som skapar en risk eller en risk för att rätten till försvar åsidosätts (om den inte åtgärdas innan ett slutligt beslut antas).



[99] Kommissionen har gjort gällande att de utredningsåtgärder som följer av meddelandet av den 29 augusti 2006 gav upphov till omfattande inlagor från Dell som enligt kommissionen hade gjorts fullt tillgängliga för Intel. Kommissionen har särskilt påpekat att Dell, mellan mötet den 23 augusti 2006 och det första meddelandet om invändningar till Intel den 26 juli 2007, lämnade in ytterligare åtta inlagor till kommissionen om de viktigaste frågorna i undersökningen. Dessa handlingar överlämnades inte till ombudsmannen av klaganden och granskades inte av ombudsmannen i samband med hans inspektion.

[100] ombudsmannen noterar också i detta sammanhang att det inte kunde åberopas någon ursäkt på grund av tekniska och rättsliga svårigheter för underlåtenheten att lägga fram en uttömmande redogörelse för ett möte som *kunde* ha resulterat i att en tredje part lämnade information till kommissionens fördel. Såsom förstainstansrätten slog fast i domen i det ovannämnda målet *Solvay* (se mål T-30/91, *Solvay mot kommissionen*, REG 1995, s. II-1775, punkt 102), ”*bör iakttagandet av rätten till försvar inte tillåtas stå i strid med tekniska och rättsliga svårigheter som en effektiv förvaltning kan och måste övervinna.*” Principerna om god förvaltningssed kräver således också att kommissionen vidtar lämpliga åtgärder för att på ett korrekt sätt dokumentera alla möten där sådana uppgifter *kan* lämnas till kommissionen.

[101] Artikel 6 i förordning (EG) nr 773/2004.

[102] Den klagande i denna undersökning försåg ombudsmannen med ny bevisning avseende det andra påståendet under undersökningens gång. Detta krävde att ombudsmannen skulle genomföra ytterligare undersökningar för att inhämta kommissionens synpunkter på de nya bevisen. För tydlighetens skull kommer ombudsmannen här att konsolidera klagandens och kommissionens olika fakta och argument.

[103] Klaganden uppgav att AMD fick använda tre av dessa handlingar vid det muntliga hörandet som hölls av kommissionen den 12 mars 2008.

[104] Detta e-postmeddelande lämnades till ombudsmannen i klagandens ytterligare synpunkter av den 16 april 2009. Eftersom kommissionen inte hade tillgång till dessa bevis när den överlämnade sitt yttrande av den 20 mars 2009 till ombudsmannen, gav ombudsmannen kommissionen tillfälle att kommentera dessa nya bevis, vilket den gjorde genom sitt yttrande av den 10 juni 2009.

[105] Klaganden uppgav att Intel totalt hade skrivit till kommissionen den 16, 18, 19 och 25 oktober 2007 och till förhørsombudet den 17 oktober 2007 och den 28 november 2007 och den 14 april 2008 för att få information om Dell/AMD **[avtalet]**. **[Redigerad]**

[106] I sin skrivelse av den 7 maj 2008 intog förhørsombudet ståndpunkten att **[avtalet]** ”*av en part som sådan inte har rätt till försvar eller rätt till tillgång till handlingar i ärendet är rent bilateralt och varken bemyndigar eller förpliktar kommissionen.*”

Se mål 53/85, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, REG 1986, s. 1965, punkt 28.



[108] Enligt klaganden ville dessa OEM-tillverkare göra oredigerade dokument tillgängliga för Intels externa ombud för att undvika de kostnader och den tid som skulle ha varit inblandade i utarbetandet av redigerade versioner.

[109] Klagandens omformulering.

[110] Den aktuella OEM-tillverkaren var **[redigerad]** .

[111] Under inspektionen den 28 maj, den 29 maj och den 10 juni 2009 fick ombudsmannen tillgång till en skrivelse av **den** 11 januari 2007.

[112] Detta bekräftas av de e-postmeddelanden som ombudsmannen inspekterade den 28 och 29 maj 2009 och den 10 juni 2009.

[113] Föredragningslistan för utlysningen inspekterades av ombudsmannen den 28–29 maj 2009 och den 10 juni 2009.

[114] Kommissionens skrivelse till AMD av den 2 juni 2009, kontrollerad av ombudsmannen den 10 juni 2009.

[115] **[Redigerad]**

[116] Kommissionen hänvisade till det förhandlingsutdrag som Intel tillhandahöll som bilaga 10 till sitt klagomål till ombudsmannen av den 10 juli 2008.

[117] I artikel 28 i förordning (EG) nr 1/2003 föreskrivs följande:

” Utan att det påverkar det utbyte och användning av information som avses i artiklarna 11, 12, 14, 15 och 27 får kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, deras tjänstemän, anställda och andra personer som arbetar under dessa myndigheters övervakning samt tjänstemän och tjänstemän vid andra myndigheter i medlemsstaterna inte röja information som de erhållit eller utbytt i enlighet med denna förordning och som omfattas av tystnadsplikt. ”

[118] Kommissionens beslut 2001/462 av den 23 maj 2001 om behörighetsområdet för förhørsombud i vissa konkurrensförfaranden EGT L 162, 19 juni 2001, s. 21.

[119] ombudsmannen noterar att detta citat kommer från C:s e-postmeddelande av den 3 september 2007.

[120] Artikel 6 i förordning (EG) nr 773/2004 (Klagandes deltagande i förfaranden) har följande lydelse:

” 1. Om kommissionen utfärdar ett meddelande om invändningar i en fråga som den har



mottagit ett klagomål om, ska den förse den klagande med en kopia av den icke-konfidentiella versionen av meddelandet om invändningar och fastställa en tidsfrist inom vilken den klagande får lämna skriftliga synpunkter.

2. Kommissionen får i förekommande fall ge de klagande möjlighet att yttra sig vid det muntliga hörandet av de parter till vilka ett meddelande om invändningar har utfärdats, om de klagande begär detta i sina skriftliga synpunkter. Denna skyldighet gäller även för alla företrädare och experter från medlemsstaterna som deltar i möten i den rådgivande kommittén i enlighet med artikel 14. ”

[121] Dessa parter omfattar den undersökta parten och varje annan tredje part som har ett giltigt påstående om att kommissionens handlingar innehåller konfidentiella uppgifter om den.

[122] Artikel 287 EG har följande lydelse:

” Medlemmarna i gemenskapens institutioner, kommittéledamöterna och gemenskapens tjänstemän och övriga anställda ska, även efter det att deras uppdrag har upphört, vara skyldiga att inte lämna ut uppgifter av det slag som omfattas av tystnadsplikt, särskilt uppgifter om företag, deras affärsförbindelser eller deras kostnadskomponenter. ”

[123] Artikel 28 i förordning 1/2003 (yrkessekretess) har följande lydelse:

” 1. Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 12 och 15 ska information som samlats in i enlighet med artiklarna 17–22 endast användas för det ändamål för vilket den förvärvades.

2. Utan att det påverkar det utbyte och användning av information som avses i artiklarna 11, 12, 14, 15 och 27 får kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, deras tjänstemän, anställda och andra personer som arbetar under dessa myndigheters övervakning samt tjänstemän och tjänstemän vid andra myndigheter i medlemsstaterna inte röja information som de har inhämtat eller utbytt i enlighet med denna förordning och som omfattas av tystnadsplikt. ”

[124] I artikel 16 i förordning (EG) nr 773/2004 fastställs närmare bestämmelser om kommissionens behandling av konfidentiella uppgifter.

[125] En part som har rätt att hävda att uppgifter bör klassificeras som konfidentiella kan vara den part som är föremål för utredning eller varje annan part (t.ex. en part som lämnade uppgifter till kommissionen som svar på en begäran om upplysningar som lämnats in i enlighet med artikel 18 i förordning 1/2003). En part kan också begära sekretess i fråga om uppgifter som en annan part har lämnat till kommissionen (se dom av den 11 juli 1986 i mål 53/85, *AKZO Chemie BV mot kommissionen*, REG 1986, s. 1965, punkt 28; svensk specialutgåva, volym 9, s. 197), där domstolen slår fast att kommissionen är skyldig att *”ta hänsyn till företagets berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas”*. Affärshemligheter ges därför ett mycket särskilt skydd. [De tillämpliga bestämmelserna om tillgång till handlingar som gäller för klagande] ska anses vara ett uttryck för en allmän princip som gäller under det administrativa förfarandet.



Härav följer att en tredje part som har ingett ett klagomål under inga omständigheter får ges tillgång till handlingar som innehåller affärshemligheter. ") Det är också värt att notera att de potentiella negativa effekterna av ett sådant felaktigt översändande inte är beroende av användningen av dessa uppgifter i kommissionens förfaranden, till exempel när en klagande lämnar skriftliga synpunkter eller en inläga vid det muntliga hörandet. Den negativa inverkan av en sådan överföring av konfidentiella uppgifter börjar i stället omedelbart efter det att tredje man mottagit dessa uppgifter. I detta avseende anser ombudsmannen att om kommissionen felaktigt skickar konfidentiella uppgifter till en klagande, bör den, så snart den får kännedom om sitt fel, informera klaganden om felet och be klaganden att återkomma till den versionen av meddelandet om invändningar.

[126] Det kan emellertid hävdas att den undersökta parten bör få kännedom om de uppgifter som kommissionen har lämnat till en klagande så att den part som är föremål för undersökningen kan formulera sina argument på ett korrekt sätt under det administrativa förfarandet, även under det muntliga hörandet. Den undersökta parten bör därför ha rätt att på begäran få en kopia av den redigerade versionen av meddelandet om invändningar.

[127] En felaktig överföring av konfidentiella uppgifter till en klagande kan, om det visas att kommissionen var ansvarig för överföringen, på sin höjd utgöra en relevant faktor i en skadeståndstalan mot kommissionen.

[128] Men ombudsmannen skulle inte utesluta möjligheten att en undersökt parts rätt till försvar skulle kunna åsidosättas om kommissionen skulle göra ansträngningar för att hindra den undersökta parten från att erhålla information från andra källor, t.ex. genom avtal om informationsutbyte med tredje part, som den undersökta parten skulle använda i sitt försvar.

[129] Till exempel när klaganden lämnar skriftliga synpunkter på meddelandet om invändningar eller lämnar en presentation vid muntlig utfrågning.

[130] Kommissionen får emellertid besluta att en part som lämnar uppgifter till kommissionen om en ansökan om förmånlig behandling kan förlora eller minska sin rätt till förmånlig behandling enligt meddelandet om förmånlig behandling (se artikel 12 i kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT C 298, 8.12.2006, s. 17–22), om den avslöjar det faktum eller något av innehållet i sin ansökan om förmånlig behandling innan kommissionen har utfärdat ett meddelande om invändningar i ärendet. Se även pågående talan som väckts den 19 januari 2006, *Deltafina mot kommissionen* (mål T-12/06).

[131] Se ovan fotnot 125.

[132] Med tanke på att sådana uppgifter ursprungligen klassificerades som *konfidentiella uppgifter skulle sådana uppgifter*, om de (återigen) tas med i akten till följd av klagandens förklaringar i sina skriftliga eller muntliga inlagor till kommissionen, fortfarande klassificeras som *konfidentiella uppgifter* i kommissionens utredningsakt.



[133] Se punkt 136 ovan.

[134] Se artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rätten till god förvaltning) där det anges att "var och en *har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt...*" Se även artiklarna 8 och 11 i den europeiska kodexen för god förvaltningssed.

[135] Såsom påpekats ovan i punkt 191 skulle en sådan talan inte strida mot rätten till försvar för en part som är föremål för utredning. Trots detta bör kommissionen dock inte aktivt försöka undergräva de intressen som en part som är föremål för undersökning kan ha av att skydda sina konfidentiella uppgifter.

[136] Se ovan punkt 198 och fotnot 134. Detta kan vara fallet om kommissionens avsikt var att stärka en parts ställning i det administrativa förfarande som kommissionen ansvarade för.

[137] I föredragningslistan nämndes endast frågor som rör redigeringen av meddelandet om invändningar.

[138] Mr B var en senior intern rådgivare för Dell.

[139] ombudsmannens avdelningar inspekterade dagordningen under den inspektion som ägde rum den 28 maj 2009, den 29 maj 2009 och den 10 juni 2009.

[140] Se artikel 16.3 i förordning (EG) nr 773/2004.

[141] Den aktuella OEM-tillverkaren var **[redigerad]** .

[142] För att erinra om att C, ett externt ombud från Dell, i sitt e-postmeddelande informerade en kollega om att en tjänsteman från kommissionen (D) hade ringt C för att fråga om Dell *skulle "överväga att använda ett [avtal om informationsutbyte] med AMD som liknar det [Dell] kontrakterade med Intel för [meddelande om invändningar]"* .

Se mål T-59/02, *Archer Daniels Midland Co. mot kommissionen* , REG 2006, s. II-3627, punkterna 275–277 och 290. Se även mål T-151/94, *British Steel plc mot kommissionen* (REG 1999, s. II-629), punkt 429.

[144] ombudsmannen noterar också att skrivelsen från Dells externa ombud av den 18 september 2008 återspeglar Dells uppfattning om innebörden av samtalet mellan C och D.

[145] Det faktum att klaganden framför argument avseende relevansen av diskussionerna mellan kommissionen och Dell i augusti 2007 (se punkt 201 ovan) tycks tyda på att klaganden ansåg att kommissionen hade för avsikt att främja ett avtal om informationsutbyte mellan Dell och AMD redan den 9 augusti 2007.

[146] Det framgår av handlingarna i målet att D är handläggare.



[147] ombudsmannen noterar att en diskussion om ändringen av utkastet till avtal om informationsutbyte, som syftar till att ta bort hänvisningar till AMD:s rätt *att få tillgång till ärendet*, också finns i kommissionens yttrande till ombudsmannen.

[148] Om det utarbetades vid den tidpunkten, skulle den interna noten, förutom att vara mer exakt, ha gynnats av principen om *in tempore non suspecto* .