

A – Arbejdet ved Retten i Første Instans i 2003

ved Rettens præsident, Bo Vesterdorf

De statistiske oplysninger vedrørende Rettens arbejde i 2003 bekræfter, at antallet af nye sager fortsætter med at stige (466 mod 411 i 2002), og at antallet af afsluttede sager stagnerer (339 mod 331 i 2002). Dette medfører uundgåeligt en stigning i antallet af verserende sager.

Det stigende antal nye sager kan konstateres inden for alle områder. Således udgør sagerne inden for to specifikke områder, nemlig personalesager og sager om intellektuel ejendomsret (bortset fra særlige procedurer), mere end 50% af de sager, der er indbragt for Retten. Med 100 nye sager i 2003 mod 83 i 2002 giver registreringen af EF-varemærker anledning til et stadigt stigende antal sager¹. Men det er personalesagerne, hvoraf der i 2003 blev anlagt 124, der dominerer Rettens arbejde.

Hertil kommer en kendsgerning, der ikke kan sættes tal på, men som fremover vil spille en stadig større rolle: De sager, der indbringes for Retten, bliver mere og mere komplicerede og kræver en stadigt grundigere gennemgang af sagsmateriale, der er udarbejdet af specialiserede advokater.

Disse omstændigheder, som i forening har medført en betydelig forøgelse af antallet af verserende sager – for tiden mere end 1 000 sager – kan fuldt ud begrunde, at visse af de reformer af retssystemet, Nice-traktaten åbner mulighed for, gennemføres, navnlig muligheden for, at der oprettes særlige retsinstanser, der i første instans skal træffe afgørelse i visse arter af sager inden for særlige områder (artikel 225 A EF).

Et første skridt i den retning har Kommissionen allerede taget, idet den i november 2003 fremsatte forslag til Rådets afgørelse om oprettelse af en Ret for EU-personalesager. Forslaget er under behandling.

Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid for de sager, der blev afsluttet i 2003 (bortset fra personalesager og sager om intellektuel ejendomsret), var stort set den samme som i 2002, selv om visse konkurrencesager blev behandlet efter hasteproceduren.

Endelig skal det nævnes, at antallet af begæringer om, at der træffes afgørelse efter en hasteprocedure, er faldet væsentligt, nemlig fra 25 i 2002 til 13 i 2003. Antallet af indgivne begæringer om, at der træffes afgørelse efter en hasteprocedure, og

¹ Det skal nævnes, at der endnu ikke er anlagt sager til prøvelse af en afgørelse truffet af et appelkammer under Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design), truffet inden for området EF-design.

begæringer om foreløbige forholdsregler (39 i 2003) er, set under ét, næsten det samme som i 2001, hvor der blev registreret 12 begæringer om, at der blev truffet afgørelse efter en hasteprocedure ², og 37 begæringer om foreløbige forholdsregler. Tvister, der ønskes behandlet på grundlag af hasteprocedurer, er således blevet en fast bestanddel af Rettens arbejde.

Udviklingen i retspraksis vil fremgå af de følgende afsnit af rapporten. De er opdelt i tre hovedafsnit, som ikke tilsigter at være udtømmende, men som nødvendigvis må afspejle antallet af afsagte afgørelser inden for hver enkelt søgsmålstype, nemlig søgsmål vedrørende retsaktens lovlighed (I), erstatningssøgsmål (II) og begæringer om foreløbige forholdsregler (III).

I. Søgsmål vedrørende retsaktens lovlighed

Vurderingen af en sags realitet forudsætter, at sagen kan antages til realitetsbehandling. Nedenstående gennemgang af sager, hvor der blev rejst spørgsmål om, hvorvidt et annulationsøgsmål kunne antages til realitetsbehandling (A), går således forud for gennemgangen af de sager, hvor der blev rejst væsentlige spørgsmål om anvendelse af materielle retsregler (C-J). Sidstnævnte gennemgås i relation til det område, de vedrører. Ikke alle de retsområder, der henhører under Rettens kompetence, er omfattet af nedenstående gennemgang, som således ikke er udtømmende.

En række processuelle spørgsmål er for første gang gengivet under en særskilt rubrik (A), fordi de præciseringer, som visse af disse afgørelser har medført, fortjener at blive fremhævet.

A. Processuelle spørgsmål

1. Spørgsmålet om Rettens behandling af egen drift af et annulationsgrundlag

Ved dom af 28. januar 2003, *Les Laboratoires Servier mod Kommissionen* (sag T-147/00, Sml. II, s. 85, under appel sag C-156/03 P), annullerede Retten en beslutning truffet af Kommissionen om tilbagekaldelse af markedsføringstilladelserne for visse lægemidler, idet den lagde et annulationsgrundlag til grund, som den havde rejst af egen drift. I den forbindelse bemærkede Retten, at såfremt den institution, der har vedtaget den anfægtede retsakt, er inkompetent, udgør dette et præceptivt annulationsgrundlag, som Fællesskabets retsinstanser skal behandle af egen drift. Sammenhængen mellem den kompetence, som Fællesskabets retsinstanser har til af

² Muligheden for at træffe afgørelse vedrørende realiteten i en sag efter en hasteprocedure har været hjemlet i Rettens procesreglement siden den 1.2.2001.

egen drift at rejse et annullationsgrundlag, og dette annullationsgrundlags præceptive karakter blev bekræftet i dom af 25. februar 2003, *Strabag Benelux NV mod Rådet* (sag T-183/00, Sml. II, s. 135, præmis 37, under appel C-186/03 P), og af 23. september 2003, *Henkel mod KHIM – LHS (UK) (KLEENCARE)* (sag T-308/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 34).

2. Omfanget af de rettigheder, der er tillagt intervenienter

Domstolens statut bestemmer, at påstande, der fremsættes i en begæring om intervention, kun kan gå ud på at understøtte en af parternes påstande, og Rettens procesreglement anfører, at intervenienten indtræder i sagen, som den foreligger ved hans intervention (artikel 116, stk. 3). Spørgsmålet opstod, om en part, som var givet tilladelse til at intervenere, kunne gøre et anbringende gældende, som ikke var blevet gjort gældende af den part, hvis påstande intervenienten understøttede. I domme af 3. april 2003, *BaByliss mod Kommissionen* (sag T-114/02, Sml. II, s. 1288, herefter »BaByliss-dommen«) og *Royal Philips Electronics mod Kommissionen* (sag T-119/02, Sml. II, s. 1442, herefter »Phillips-dommen«) besvarede Retten klart dette spørgsmål benægtende, idet den fandt, at selv om en intervenient kan fremsætte nye argumenter eller argumenter, der er forskellige fra dem, som den part, intervenienten er indtrådt til støtte for, gør gældende, kan det ikke tillades, at disse bestemmelser giver intervenienten mulighed for at ændre eller at omdefinere selve rammerne for retssagen, således som de er defineret i stævningen, ved at fremsætte nye anbringender.

3. Sagsomkostninger

Fremhævelsen af et spørgsmål om sagsomkostninger i en årsrapport er ganske enestående. Imidlertid fortjener det budskab, som Retten gav i dom af 30. september 2003, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen* (forenede sager T-191/98 og T-212/98 – T-214/98, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, herefter »TACA-dommen«), at blive fremhævet, fordi der ikke findes bindende retlige forskrifter, der begrænser mængden af skriftlige indlæg og dokumenter til støtte for et annullationsspørgsmål.

Selv om annullationspåstanden i denne sag faktisk blev taget delvis til følge, pålagde Retten hver af parterne at betale deres egne omkostninger, fordi længden af sagsøgernes skriftlige indlæg på urimelig måde havde bidraget til at øge Kommissionens omkostninger. Retten bemærkede, at de fire stævninger indgivet af sagsøgerne, såvel som de bilag, der var knyttet hertil, var usædvanligt omfangsrige, idet hver stævning udgjorde nær ved 500 sider, og bilagene fyldte hundredvis af ringbind, og at sagsøgerne gjorde et urimeligt stort antal påstande gældende, som for størstedelens vedkommende var grundløse.

B. Formaliteten vedrørende søgsmål anlagt i medfør af artikel 230 EF

Artikel 234, stk. 4, EF bestemmer, at »[e]nhver fysisk eller juridisk person kan [...] indbringe klage over beslutninger, der retter sig til ham, samt over beslutninger, som, skønt de er udfærdiget i form af en forordning eller en beslutning rettet til en anden person, dog berører ham umiddelbart og individuelt«.

1. Retsakter, der kan gøres til genstand for et søgsmål

Med henblik på at afgøre, om en retsakt kan gøres til genstand for søgsmål, skal der for det første lægges vægt på indholdet af den foranstaltning, der påstås annulleret, og ikke dens form, og for det andet skal det undersøges, om foranstaltningen har retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling.

Det er under hensyn til disse to kriterier, at Retten gentagne gange har fastslået, at visse retsakter ikke kan gøres til genstand for søgsmål.

Retten fastslog for det første, at Kommissionens beslutninger om at anlægge civil søgsmål mod visse amerikanske cigaretfabrikanter ved en domstol i USA ikke var foranstaltninger, der kunne gøres til genstand for søgsmål. Ved dom af 15. januar 2003, *Philip Morris International m.fl. mod Kommissionen* (forenede sager T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 og T-272/01, Sml. II, s. 1, under appel forenede sager C-131/03 P og C-146/03 P), fastslog Retten, at beslutningen om at anlægge sag ikke i sig selv ændrede den omtvistede retsstilling, men begrænsede sig til at indlede en procedure, der havde til formål at opnå en ændring af den pågældende situation ved en retsafgørelse. Retten bemærkede, at anlæggelse af en retssag kan have visse retlige konsekvenser, men at det ikke indebærer, at der fastsættes endelige forpligtelser for parterne i tvisten, og anførte videre, at den endelige fastsættelse af disse forpligtelser kun kan ske ved afgørelse, truffet af den domstol, hvor sagen er anlagt. Retten præciserede, at dette ikke kun gælder for de søgsmål, som en institution anlægger ved Domstolen, men også for søgsmål, som den anlægger ved nationale domstole i medlemsstaterne og endog i tredjelande som eksempelvis USA.

For det andet opstod der i forbindelse med en sag spørgsmål om en erklæring, som Europa-Parlamentets formand afgav under plenarforsamlingen den 23. oktober 2000, hvorved Parlamentet – i overensstemmelse med artikel 12, stk. 2, i akten om almindelige direkte valg af repræsentanterne i Europa-Parlamentet ³, som er bilagt Rådets afgørelse af 20. september 1976 – »[og] meddelelsen fra den franske regering om bortfaldet af Jean-Marie Le Pens mandat til efterretning«, udgjorde en foranstaltning, der kunne gøres til genstand for et søgsmål. Dette spørgsmål blev besvaret benægtende. I dom af 10. april 2003, *Le Pen mod Parlamentet* (sag T-353/00,

³ EFT 1976 L 278, s. 5.

Sml. II, s. 1731, under appel sag C-208/03 P), fastslog Retten, at Parlamentets rolle i henhold til artikel 12, stk. 2, første led, i ovennævnte akt begrænser sig til at tage den konstatering af sagsøgerens mandats ledighed til efterretning, som de nationale myndigheder allerede havde foretaget. Retten fastslog derfor, at den erklæring, som Europa-Parlamentets formand afgav, ikke havde til formål at skabe egentlige retsvirkninger, der var adskilte fra dem, der fulgte af den franske premierministers dekret af 31. marts 2000, hvori det blev fastslået, at sagsøgerens tab af valgbarhed medførte ophør af hans mandat som repræsentant i Europa-Parlamentet.

For det tredje følger det af dom af 17. juni 2003, *Coe Clerici Logistics mod Kommissionen* (sag T-52/00, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at en skrivelse fra Kommissionen, hvorved den afviste en virksomheds klage i henhold til artikel 82 EF og 86 EF, i princippet ikke er en foranstaltning, der kan gøres til genstand for et annulationssøgsmål. Retten mindede om, at Kommissionen ikke har nogen forpligtelse til at gribe ind i forbindelse med udøvelsen af skønnet i henhold til artikel 86, stk. 3, EF over foreneligheden af de statslige foranstaltninger med traktatens bestemmelser, og fastslog, at fysiske eller juridiske personer, som anmoder Kommissionen om at skride ind i henhold til denne traktatbestemmelse, i princippet ikke kan anlægge sag til prøvelse af Kommissionens beslutning om ikke at gøre brug af den kompetence, den har i henhold til denne bestemmelse. I denne sag konkluderede Retten, at sagsøgeren ikke var berettiget til at anlægge annulationssøgsmål til prøvelse af den anfægtede retsakt, hvori Kommissionen havde besluttet ikke at gøre brug af sine beføjelser i henhold til artikel 86, stk. 3, EF. Fordi sagsøgeren under retsmødet havde henvist til Rettens dom af 30. januar 2002, *max.mobil mod Kommissionen* (sag T-54/99, Sml. II, s. 313, under appel sag C-141/02 P) (kommenteret i *Årsrapporten 2002*), tilføjede Retten, at »såfremt det [...] antages, at den anfægtede retsakt, for så vidt som den vedrører tilsidesættelsen af artikel 82 EF, sammenholdt med artikel 86 EF, skal betragtes som en beslutning om at afvise klagen« i den forstand, hvori dette begreb anvendes i *max.mobil*-dommen, ville sagsøgeren være berettiget til som klager og adressat for beslutningen at anlægge søgsmål. I den konkrete sag var spørgsmålet, om søgsmålet kunne antages til realitetsbehandling, dog uden betydning, fordi Retten forkastede søgsmålet.

For det fjerde angik tre kendelser afsagt af Retten den 9. juli 2003 (sag T-219/01, *Commerzbank mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, sag T-250/01, *Dresdner Bank mod Kommissionen*, og sag T-216/01, *Reisebank mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) spørgsmålet om beslutninger truffet af høringskonsulenten i medfør af artikel 8 i Kommissionens afgørelse 2001/462/EF, EKSF af 23. maj 2001 om høringskonsulentens kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager ⁴, hvorefter flere banker, som var genstand for administrative procedurer med henblik på at fastslå, om de havde deltaget i en aftale i strid med artikel 81 EF, fik afslag på at få adgang til oplysninger om, hvilke omstændigheder der havde ført til, at visse administrative procedurer, der ligeledes var

⁴ EFT L 162, s. 21.

iværksat af Kommissionen mod andre banker, var blevet afsluttet. I hver af de tre sager fandt Retten, at en afgørelse truffet af høringskonsulenten i sig selv kun har begrænsede virkninger, idet det er en foreløbig foranstaltning, der træffes inden for rammerne af en administrativ procedure, der er indledt af Kommissionen, og som således ikke før afslutningen af denne procedure kan bevirke, at søgsmålet antages til realitetsbehandling. Det følger heraf, at den eventuelle tilsidesættelse af retten til kontradiktion, som måtte følge af dette afslag, og som ville bevirke, at den administrative procedure var ulovlig, først kan gøres gældende i forbindelse med en sag til prøvelse af den endelige beslutning, som fastslår, at der er sket tilsidesættelse af artikel 81 EF.

Endelig fik Retten lejlighed til på området for statsstøtte at præcisere retspraksis om muligheden for at anfægte beslutninger om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure i medfør af artikel 88, stk. 2, EF. Til forskel fra beslutninger om at indlede en formel undersøgelsesprocedure af foranstaltninger, som midlertidigt anses for at være en ny støtte, og som har selvstændige retlige virkninger i forhold til den endelige afgørelse, som disse beslutninger forbereder (Rettens dom af 30.4.2002, forenede sager T-195/01 og T-207/01, *Government of Gibraltar mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2309, og af 23.10.2002, forenede sager T-269/99, T-271/99 og T-272/99, Sml. II, s. 4217, *Territorio Histórico de Guipúzcoa m.fl. mod Kommissionen*, og forenede sager T-346/99 – T-348/99, *Territorio Histórico de Álava m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 4259, kommenteret i *Årsrapporten 2002*), var det en beslutning om indledning af en formel undersøgelsesprocedure, hvori den anfægtede belgiske ordning – en ordning med koordinationscentre – blev anset for en eksisterende støtteordning, der var genstand for kendelse af 2. juni 2003, *Forum 187 mod Kommissionen* (sag T-276/02, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Under henvisning til, at en sådan beslutning ikke medfører selvstændige retlige virkninger i relation til den suspensive virkning, som følger af artikel 88, stk. 3, EF for så vidt angår nye støtteordninger, og til, at den omtvistede kvalifikation af støtteordningen alene havde en foreløbig karakter, konkluderede Retten, at den anfægtede beslutning ikke udgjorde en retsakt, der kunne gøres til genstand for et søgsmål, idet den ikke havde nogen som helst retsvirkninger.

2. Retlig interesse i søgsmålet

Et annulationssøgsmål, der anlægges af en fysisk eller juridisk person, kan kun admitteres, såfremt sagsøgeren har en retlig interesse i, at den pågældende retsakt annulleres. Selv om kravet om søgsmålsinteresse ikke udtrykkeligt fremgår af artikel 230 EF, følger det af fast retspraksis, at sagsøgeren skal godtgøre, at han har den fornødne retlige interesse i søgsmålet. Retten præciserede, at der er tale om en afgørende og grundlæggende betingelse for al rettergang (Rettens kendelse af 30.4.2003, sag T-167/01, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1875), og at hvis kravet om søgsmålsinteresse ikke er opfyldt, er det ufornuddent at vurdere, om sagsøgeren er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede retsakt i artikel 230, stk. 4, EF's forstand (dom af 18.12.2003, sag T-326/99, *Olivieri mod*

Kommissionen og Det Europæiske Agentur for Lægemiddelvurdering, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

Det skal herved godtgøres, at den pågældende har en eksisterende og faktisk interesse, og interessen skal bedømmes på det tidspunkt, hvor søgsmålet er anlagt. Når den interesse, som en sagsøger påstår at have, vedrører en fremtidig retsstilling, skal han godtgøre, at indgrebet i retsstillingen allerede på nuværende tidspunkt er sikker. En sagsøger, som har nedlagt påstand om annullation af en beslutning rettet til en medlemsstat, og som pålægger denne stat at tilbagesøge statsstøtte hos diverse selskaber, har ikke en sådan interesse, når sagsøgeren ved denne beslutning, i modsætning til det, sagsøgeren gjorde gældende, ikke pålægges en solidarisk forpligtelse til at tilbagebetale den omtvistede støtte (jf. kendelsen i sagen *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke mod Kommissionen*).

En sagsøger, som har nedlagt påstand om annullation af en beslutning truffet af Kommissionen om tilladelse til markedsføring af et lægemiddel, har heller ikke den fornødne retlige interesse i søgsmålet, når det fremgår, at de videnskabelige oplysninger, som sagsøgeren sendte til Det Europæiske Agentur for Lægemiddelvurdering med henblik på vurdering af lægemidlerne, for det første medførte, at evalueringsproceduren blev genåbnet, og for det andet blev vurderet og taget i betragtning inden for rammerne af denne procedure (jf. dommen i sagen *Olivieri mod Kommissionen*).

3. Søgsmålskompetence

En sagsøger anses for at have søgsmålskompetence, hvis han godtgør, at han er umiddelbart og individuelt berørt af den anfægtede retsakt, der ikke retter sig til ham.

Det ligger nu helt fast, at en fællesskabsretsakt umiddelbart og individuelt berører en person, hvis den umiddelbart har indvirkning på den pågældendes retsstilling, og dens gennemførelse sker helt automatisk, udelukkende i medfør af fællesskabsreglerne og uden anvendelse af andre mellemkommende regler. Denne faste retspraksis har været anvendt i adskillige afgørelser truffet i 2003 (kendelse af 6.5.2003, sag T-45/02, *DOW AgroSciences mod Parlamentet og Rådet*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, *Phillips*-dommen og domme af 30.9.2003, sag T-243/01, *Sony Computer Entertainment Europe mod Kommissionen*, og forenede sager T-346/02 og T-347/02, *Cableuropa m.fl. mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

Sagerne har i vid udstrækning berørt spørgsmålet, om sagsøgerne var individuelt berørt. Det bør holdes for øje, at efter afsigelsen af dommen af 25. juli 2002, *Unión Pequeños Agricultores mod Rådet* (sag C-50/00 P, Sml. I, s. 6677), hvori Domstolen stadfæstede sin fortolkning af begrebet individuelt berørt, har Retten i den efterfølgende periode ved vurderingen af, hvorvidt et annullationssøgsmål skulle antages til realitetsbehandling, taget den af Domstolen anlagte fortolkning i betragtning,

og har således afstået fra at følge den anderledes fortolkning, som Retten havde givet i dom af 3. maj 2002, *Jégo-Quéré mod Kommissionen* (sag T-177/01, Sml. II, s. 2365, under appel sag C-263/02 P) (se *Årsrapporten 2002*).

Det er således med henvisning til den formulering, som Domstolen opstillede i sin dom af 15. juli 1963, sag 25/62, *Plaumann mod Kommissionen* (Sml. 1954-1964, s. 411, på s. 414, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223), at Retten har vurderet begrebet individuelt berørt. En fysisk eller juridisk person kan således kun anses for individuelt berørt af en retsakt, der ikke retter sig til ham, hvis den rammer ham på grund af visse egenskaber, som er særlige for ham, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller ham fra alle andre og derfor individualiserer ham på lignende måde som adressaten.

Af hensyn til overskueligheden opstilles der i det følgende en sontring alt efter, om de anfægtede retsakter var egentlige beslutninger, eller om der var tale om almengyldige retsakter.

a) *Beslutninger*

a.1) Beslutninger om godkendelse på området for fusioner og virksomhedsovertagelser

Ved gentagne lejligheder fastslog Retten, at annulationssøgsmål anlagt til prøvelse af beslutninger om godkendelse af fusioner iværksat af juridiske personer, som ikke var en af parterne i fusionen, kunne antages til realitetsbehandling (jf. *BaByliss*-dommen og dom af 8.7.2003, sag T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke m.fl. mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, og af 30.9.2003, sag T-158/00, *ARD mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

I januar 2002 godkendte Kommissionen – uden at iværksætte anden del af undersøgelsesproceduren – SEB's overtagelse af visse af Moulinex' aktiver på visse betingelser. BaByliss og Phillips anfægtede denne beslutning ved Retten. I *BaByliss*-dommen vurderede Retten spørgsmålet, om søgsmålet kunne antages til realitetsbehandling, og fandt, at BaByliss, som beslutningen ikke var rettet til, alligevel var umiddelbart og individuelt berørt af denne beslutning. I den forbindelse lagde Retten følgende forhold til grund: i) BaByliss havde deltaget aktivt i proceduren ved at have afgivet skriftlige og mundtlige indlæg for Kommissionen, ii) BaByliss var en potentiel konkurrent på de oligopolistiske markeder, der bl.a. var karakteriseret ved betydelige hindringer for adgangen til markedet som følge af, at forbrugerne er meget loyale over for mærkerne, og at det er vanskeligt at få adgang til detailhandelen, og iii) BaByliss havde en interesse i at købe Moulinex, eller i det mindste dele af dens aktiver, som var kommet til udtryk gennem flere tilbud om overtagelse. Det blev således anerkendt, at et annulationssøgsmål til prøvelse af en beslutning om godkendelse i tilfældet med oligopolistiske markeder – iværksat af en potentiel konkurrent til parterne i en fusion – under visse omstændigheder kan antages til realitetsbehandling.

Kommissionens beslutning af 21. marts 2000 om godkendelse på visse betingelser, men uden indledning af fase II, af den fusion, hvorved BSkyB sammen med KBB erhvervede fælles kontrol med selskabet KirchPay TV – som var aktiv på markedet for betalings-tv i Tyskland – blev anfægtet af ARD, som er aktiv på markedet for gratis tv-ydelser. I dommen i sagen *ARD mod Kommissionen* fastslog Retten, at ARD, ud over at være umiddelbart berørt af den anfægtede beslutning, ligeledes var individuelt berørt. I den forbindelse lagde Retten for det første vægt på ARD's aktive deltagelse i den administrative procedure, at virksomheden af Kommissionen blev opfordret til at fremsætte bemærkninger, og at de bemærkninger, den havde fremsat, delvist havde været bestemmende for den anfægtede beslutnings indhold og tilsagnenes art, og for det andet den (særlige) påvirkning af ARD's position som følge af, at ARD ikke var aktiv på de markeder, hvor den dominerende virksomheds stilling blev styrket som følge af fusionen, men alene var aktiv på upstream- og downstream-nabomarkederne.

a.2) Beslutninger om henvisning til en national myndighed på området for fusioner og virksomhedsovertagelser

Artikel 9 i forordning nr. 4064/89⁵ tillader under visse betingelser henvisning til medlemsstaternes kompetente myndigheder med henblik på vurderingen af en anmeldt fusion. I to domme blev annullationssøgsmål, anlagt til prøvelse af en beslutning om henvisning til de nationale myndigheder i medfør af denne bestemmelse, antaget til realitetsbehandling. Den første sag angik Kommissionens beslutning om at henvise fusionen mellem SEB og Moulinex til de franske konkurrencemyndigheder for så vidt angik spørgsmålet om de franske markeder for små elektronikvarer med henblik på anvendelsen af national lovgivning (*Phillips-sagen*). Til grund for den anden dom lå henvisningen af den fusion, hvorved Via Digital og Sogecable blev integrerede, til de spanske myndigheder (dommen i sagen *Cableuropa m.fl. mod Kommissionen*).

Det fremgår af disse domme, at individualiseringen af sagsøgerne navnlig kan følge af to typer af omstændigheder.

For det første anses sagsøgeren for individuelt berørt af beslutningen om henvisning, når sagsøgeren ville have været berørt af en beslutning om godkendelse, som Kommissionen kunne have truffet i stedet for henvisning. Det skal i den forbindelse vurderes, om sagsøgerens søgsmål – for det tilfælde, at der ikke var sket henvisning til de nationale myndigheder – ville kunne antages til realitetsbehandling med henblik på prøvelse af de vurderinger, som Kommissionen ville have foretaget vedrørende virkningerne af fusionen på de relevante markeder i den pågældende medlemsstat. Stillingen som konkurrent (potentiel i *BaByliss-sagen* og aktuel i sagen *Cableuropa m.fl. mod Kommissionen*) og sagsøgerens aktive deltagelse i løbet af den procedure,

⁵ Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 af 21.12.1989 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 395, s. 1).

der gik forud for henvisningen, er relevante omstændigheder i forbindelse med vurderingen.

For det andet anses sagsøgeren for individuelt berørt af beslutningen om henvisning, når denne beslutning fratager sagsøgeren de fordele, der er forbundet med de processuelle garantier, der er tillagt tredjemand med en berettiget interesse, i medfør af artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 (dommen i sagen *Cableuropa m.fl. mod Kommissionen*).

b) *Almengyldige retsakter*

b.1) Forordninger

I dommen i sagen *Sony Computer Entertainment Europe mod Kommissionen* fastslog Retten, at et annullationssøgsmål anlagt til prøvelse af en forordning vedtaget af Kommissionen om tarifiering af visse varer i den kombinerede nomenklatur kunne antages til realitetsbehandling. I denne sag fastslog Retten, i overensstemmelse med tidligere praksis, at Kommissionens forordninger om tarifiering af varer i den kombinerede nomenklatur er almengyldige. Under henvisning til en række omstændigheder fandt Retten ikke desto mindre, at selskabet Sony Computer Entertainment Europe var individuelt berørt af en sådan forordning, fordi det var sagsøgerens anmodning, der iværksatte den administrative procedure, der førte til udstedelsen af den anfægtede forordning, som specifikt vedrørte tarifieringen af PlayStation®2-konsollen, som selskabet importerede, fordi der på tidspunktet for forordningens ikrafttræden ikke fandtes andre tilsvarende produkter, og fordi sagsøgeren var den eneste autoriserede importør af dette produkt i Fællesskabet.

b.2) Direktiver

Direktiv 2002/2⁶ indførte en ny ordning med mærkning af foderblandinger til dyr med henblik på at give mere detaljerede oplysninger om sammensætningen af disse blandinger. En foderstofvirksomhed, *Établissement Toulorge*, nedlagde påstand om annullation af dette direktiv samt om erstatning for det tab, den hævdede at have lidt. Ved kendelse af 21. marts 2003, *Établissement Toulorge mod Parlamentet og Rådet* (sag T-167/02, Sml. II, s. 1114), afviste Retten annullationssøgsmålet fra realitetsbehandling med den begrundelse, at sagsøgeren ikke var individuelt berørt af direktivet.

Retten fastslog, at selv om et direktivs normative karakter ikke udelukker, at en erhvervsdrivende kan anses for at opfylde betingelserne for at anfægte direktivets

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/2/EF af 28.1.2002 om ændring af Rådets direktiv 79/373/EØF om handel med foderblandinger og om ophævelse af Kommissionens direktiv 91/357/EØF (EFT L 63, s. 23).

lovlighed, havde sagsøgeren i denne sag imidlertid ikke godtgjort, at han var individuelt berørt af det anfægtede direktiv. Offentliggørelsen af sammensætningen af foderstoffer udgør ikke et indgreb i sagsøgerens særlige situation, men indebærer en forpligtelse, der påhviler enhver producent af foderblandinger. Af denne grund og uden at vurdere, om sagsøgeren var umiddelbart berørt af direktivet, afviste Retten søgsmålet.

Samme ræsonnement lagde Retten til grund, da den fandt, at grundlæggeren af et web-sted ikke var individuelt berørt af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/58/EF af 12. juli 2002 om behandling af personoplysninger og beskyttelse af privatlivets fred i den elektroniske kommunikationssektor ⁷ (kendelse af 6.5.2003, sag T-321/02, *Vannieuwenhuyze-Morin mod Parlamentet og Rådet*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

b.3) Beslutninger

Til trods for sin titel kan en »beslutning« anses for en almen gyldig retsakt. I kendelsen i sagen *DOW AgroSciences BV og DOW AgroSciences Ltd mod Parlamentet og Rådet* blev det således fastslået, at Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 2455/2001/EF af 20. november 2001 om vedtagelse af en liste over prioriterede stoffer inden for vandpolitik og om ændring af direktiv 2000/60/EF ⁸ trods sin titel ikke kan anses for en beslutning i artikel 230, stk. 4, EF's forstand, idet den blev vedtaget af Parlamentet og Rådet efter proceduren med fælles beslutningstagning i artikel 251 EF og derved deler direktivets generelle karakter, og idet beslutningen ændrer direktivet ved at indsætte et bilag.

Ved samme kendelse blev et søgsmål afvist, som var iværksat af flere selskaber, der drev virksomhed med fremstilling og salg af de to stoffer, som var omfattet af beslutningen. Retten fastslog, at sagsøgere, som ikke har henvist til nogen beskyttet intellektuel ejendomsret eller særlig ret vedrørende de stoffer, der er udpeget i den anfægtede retsakt, og som ikke har godtgjort, at beslutningen har påført dem et særligt tab, og hvis særlige situation ikke skulle tages i betragtning af beslutningstagerne på tidspunktet for dens vedtagelse, ikke kan anses for at være individuelt berørt af en sådan beslutning.

C. Konkurrenceregler for virksomheder

Konkurrencen har endnu engang medført en informationsrig retspraksis inden for anvendelsesområdet for såvel artikel 81 EF og 82 EF som fusionskontrol.

⁷ EFT L 201, s. 37.

⁸ EFT L 331, s. 1.

Først og fremmest skal det fremhæves, at efter afsigelsen af domme af 28. februar 2002 (sag T-395/94, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 875, vedrørende aftalen Trans-Atlantic Agreement (herefter »TAA«), jf. *Årsrapport 2002*, sag T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1011, vedrørende FEFC-aftalen, jf. *Årsrapport 2002*), og af 19. marts 2003 (sag T-213/00, *CMA CGM m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 927, vedrørende FETTCSA-aftalen, under appel sag C-236/03 P) samt kendelse af 4. juni 2003 (sag T-224/99, *European Council of Transport Users m.fl. mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) blev rækken af sager vedrørende lovligheden af linjekonferencer i henhold til bestemmelserne i Rådets forordning nr. 4056/86 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af artikel 81 EF og 82 EF på søtransport⁹ afsluttet med den omfangsrige dom i TACA-sagen. Ved TACA-dommen (forkortelse for Trans-Atlantic Conference Agreement, en aftale indgået i juli 1994 mellem 15 rederier, som deltog i TAA, hvoraf flere bestemmelser var blevet forbudt af Kommissionen i beslutning af 19.10.1999¹⁰) afviste Retten samtlige anbringender rejst af sagsøgerne vedrørende tilsidesættelse af artikel 81 EF og gav delvist medhold i anbringenderne vedrørende tilsidesættelse af artikel 82 EF. Der vil blive henvist til denne doms mange bidrag til retspraksis under de fleste af de følgende punkter.

1. Udvikling i retspraksis på området for artikel 81 EF og 82 EF

a) Personelt anvendelsesområde

Aftaler og samordnet praksis omfattet af artikel 81 EF og 82 EF er alene forbudt under betingelse af, at de er indgået eller gennemført af en eller flere »virksomheder«. I dom af 4. marts 2003 (sag T-319/99, *FENIN mod Kommissionen*, Sml. II, s. 360, under appel sag C-205/03 P) præciserede Retten, at begrebet »virksomhed« ikke omfatter køb af produkter med henblik på anvendelse inden for rammerne af en ikke-økonomisk aktivitet.

FENIN (Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental) er en forening, hvis medlemmer er hovedparten af de virksomheder, der sælger hygiejneprodukter i Spanien, og hvorfra de organer, der administrerer det nationale sundhedsvæsen i Spanien (herefter »NSS«) køber hygiejneprodukter, som efterfølgende anvendes på de spanske hospitaler. Den 26. august 1999 afviste Kommissionen en klage fra FENIN over misbrug af dominerende stilling, som

⁹ Rådets forordning (EØF) nr. 4056/86 af 22.12.1986 om fastsættelse af de nærmere retningslinjer for anvendelsen af traktatens artikel [81] og [82] på søtransport (EFT L 378 s. 4), hvori artikel 1 definerer linjekonference som en gruppe linjerederier, som driver international linjefart med godsbeholdning i en eller flere bestemte ruter i henhold til ensartede eller fælles fragtrater.

¹⁰ Kommissionens beslutning 94/980/EF af 19.10.1994 i henhold til traktatens artikel [81] (IV/34.446 – Trans Atlantic Agreement) (EFT L 376 s. 1).

foreningen mente, at de organer, der administrerer NSS, gjorde sig skyldig i ved at betale deres gæld med en gennemsnitlig forsinkelse på 300 dage.

I dommen afsagt i annullationssøgsmålet anlagt af FENIN til prøvelse af denne beslutning bemærkede Retten indledningsvis, at begrebet virksomhed i forbindelse med Fællesskabets konkurrenceregler omfatter enhver enhed, som udøver økonomisk virksomhed, uanset denne enheds retlige status og dens finansieringsmåde. Retten præciserede imidlertid, at det er den virksomhed, der består i at udbyde varer og tjenesteydelser på markedet, der kendetegner begrebet erhvervsmæssig virksomhed, og ikke den virksomhed, der består i køb af varer som sådan. Ved vurderingen af karakteren af den virksomhed, der består i køb, skal denne således ikke adskilles fra erhververens senere brug af produkterne, idet det er den økonomiske eller ikke-økonomiske karakter af den efterfølgende anvendelse af det købte produkt, der bestemmer karakteren af den virksomhed, der består i køb.

Retten bemærkede derefter, at i henhold til Domstolens praksis er organer, hvis virksomhed har en rent social funktion, bygger på princippet om solidaritet og ikke drives med vinding for øje, ikke virksomheder (Domstolens dom af 17. 2.1993, forenede sager C-159/91 og C-160/91, *Poucet og Pistre*, Sml. I, s. 637).

Ved at anvende disse principper på den konkrete sags omstændigheder konstaterede Retten, at NSS finansieres gennem sociale bidrag, og at det leverer tjenesteydelser gratis til sine medlemmer på grundlag af en universel dækning, hvorfor det fungerer i overensstemmelse med solidaritetsprincippet. Retten fandt derfor, at NSS's organer ikke kunne betragtes som virksomheder i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 81 EF og 82 EF, hverken i forbindelse med deres administration af NSS eller som følge heraf ved deres køb i forbindelse med denne administration. Retten frifandt således sagsøgte.

b) *Konkurrencesager og rimelig frist*

Som følge af en klage indgivet i 1991 pålagde Kommissionen ved beslutning af 26. oktober 1999 ¹¹ Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie (herefter »FEG og TU«) bøder på henholdsvis 4,4 og 2,15 mio. EUR for forskellige tilsidesættelser af artikel 81 EF. Der forløb mere end otte år fra indbringelse af sagen for Kommissionen til den anfægtede beslutning. Under den administrative procedure klagede FEG og TU over undersøgelsens lange varighed. Idet Kommissionen henviste til forpligtelsen til på konkurrenceområdet at træffe afgørelse inden for en rimelig frist (Domstolens dom af

¹¹ Kommissionens beslutning 2000/117/EF af 26.10.1999 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag IV/33.884 – Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie (FEG og TU)) (EFT L 39 s. 1).

17.12.1998, sag C-185/95 P, *Baustahlgewebe mod Kommissionen*, Sml. I, s. 8417, og Rettens dom af 22.10.1997, forenede sager T-213/95 og T-18/96, *SCK og FNK mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1739), anerkendte den i den anfægtede beslutning den administrative procedures »betydelige« varighed og nedsatte bøderne med 100 000 EUR.

FEG og TU gjorde for Retten gældende, at Kommissionens tilsidesættelse af princippet om rimelig frist burde føre til annullation af den anfægtede beslutning eller i det mindste en yderligere nedsættelse af bøderne. Sagsøgerne anførte, at tidsforløbet havde gjort det vanskeligere for dem at tilrettelægge deres forsvar, og havde forlænget usikkerheden omkring deres skæbne.

Ved dom af 16. december 2003 (forenede sager T-5/00 og T-6/00, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied og Technische Unie mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) afviste Retten disse påstande, idet den fandt, at selv om Kommissionen er forpligtet til at træffe afgørelse inden for en rimelig frist, begrundes overskridelsen af denne frist ikke nødvendigvis, at beslutningen annulleres som afslutning på proceduren. Retten fandt i overensstemmelse med »PVC II«-dommen (Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 – T-307/94, T-313/94 – T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 931, kommenteret i *Årsrapport 1999*), at Kommissionens overskridelse af en vis rimelig frist kun kan udgøre en annullationsgrund, såfremt det er godtgjort, at tilsidesættelsen af dette princip har påvirket de pågældende virksomheders ret til kontradiktion. Idet Kommissionen havde anerkendt den administrative procedures lange varighed, undersøgte Retten, om retten til kontradiktion i den pågældende sag var blevet påvirket. Med henblik herpå præciserede Retten, at der skal sondres mellem procedurens egentlige undersøgelsesfase forud for meddelelsen om klagepunkter og resten af den administrative procedure. Da der ikke var rettet anklage mod de pågældende under den første fase, havde forlængelsen af denne fase ikke påvirket retten til kontradiktion. For så vidt angik anden fase fandt Retten, at de 23 måneder, der gik mellem partshøringen og den anfægtede beslutning, var en varighed af betragtelig længde og kunne tilskrives Kommissionens passivitet.

Imidlertid fandt Retten ikke, at retten til kontradiktion var blevet påvirket af varigheden af denne fase. Retten bemærkede i denne forbindelse navnlig, at så længe den i forordning nr. 2988/74¹² omhandlede forældelse ikke var indtrådt, var forlængelsen af den af sagsøgerne påståede usikkerhed med hensyn til deres skæbne og skade på deres omdømme uløseligt forbundet med procedurerne i forordning nr. 17 og udgjorde derfor ikke i sig selv en krænkelse af deres ret til forsvar.

¹² Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26.11.1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det europæiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319 s. 1).

Retten afviste ligeledes de påstande vedrørende nedsættelse af bøderne, som var forbundet med varigheden af den administrative procedure, idet den inden for rammerne af sin fulde prøvelsesret fandt, at sagsøgerne ikke havde fremført noget forhold, der kunne begrunde en yderligere nedsættelse ud over den, Kommissionen allerede havde gennemført.

c) *Artikel 81 EF*

c.1) Ulovlige aftaler

– Horisontale aftaler

Horisontale aftaler om fastsættelse af priser er udtrykkeligt forbudt i henhold til artikel 81, stk. 1, EF. Kommissionens beslutninger om konstatering af og sanktioner mod sådanne aftaler er i meget vidt omfang blevet opretholdt.

For det første opretholder dommen i sagen *CMA CGM m.fl. mod Kommissionen*, Kommissionens beslutning af 16. maj 2000¹³, for så vidt som den fastslår, at aftalen mellem rederier, der sejler i trafikken mellem Nordeuropa og Fjernøsten, Far East Tariff Charges and Surcharges Agreement, om ikke at yde rabatter på offentliggjorte tariffer for fragttillæg for visse tjenesteydelser udgør en overtrædelse af bestemmelserne i artikel 81, stk. 1, EF og artikel 2 i forordning nr. 1017/68¹⁴, og at betingelserne for fritagelse af denne aftale i henhold til artikel 81, stk. 3, EF og artikel 5 i forordning nr. 1017/68 ikke er opfyldt. Kun artiklen i konklusionen om bøderne blev annulleret.

På denne baggrund bemærkes blot, at Retten, ligesom tidligere Kommissionen, antager, at en aftale, der forbyder at yde rabatter på takster og fragttillæg indgået mellem medlemmerne af en linjekonference og uafhængige rederier, skal anses for en horisontal aftale om kollektiv fastsættelse af priser, som ikke blot er forbudt efter ordlyden af artikel 81, stk. 1, litra a), EF og af artikel 2, litra a), i forordning nr. 1017/68, men også af ånden i forordning nr. 4056/86.

Dernæst bekræfter de fem domme af 11. december 2003 i sagerne *Marlines mod Kommissionen* (sag T-56/99), *Ventouris mod Kommissionen* (sag T-59/99), *Adriatica di Navigazione mod Kommissionen* (sag T-61/99), *Strintzis Lines Shipping mod Kommissionen* (sag T-65/99) og *Minoan Lines mod Kommissionen* (sag T-66/99, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) i det væsentlige Kommissionens beslutning af 1998, som fastslår, at der foreligger en aftale i strid med artikel 81 EF inden for

¹³ Kommissionens beslutning 2000/627/EF af 16.5.2000 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag IV/34.018 – Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA) (EFT L 268, s. 1).

¹⁴ Rådets forordning (EØF) nr. 1017/68 af 19.7.1968 om anvendelse af konkurrenceregler for transport med jernbane, ad landeveje og sejlbare vandveje (EFT 1968 I, s. 295).

søtransport mellem Grækenland og Italien ¹⁵. I denne beslutning fastslog Kommissionen, at der forelå en række tilfælde af aftaler og praksis, der fastsatte priserne på færgetransport mellem havnene i Patras (Grækenland) og Ancona (Italien) og på transport af lastbiler på ruterne fra Patras til Bari (Italien) og fra Patras til Brindisi (Italien). De syv selskaber, der havde deltaget i overtrædelserne, blev pålagt bøder på i alt ca. 9 mio. EUR. Fem af de syv selskaber, der var blevet pålagt sanktioner af Kommissionen, anlagde sag med påstand om annullation af beslutningen og nedsættelse af bødernes størrelse. Bortset fra de bøder, der blev pålagt Ventouris og Adriatica, og som blev nedsat, fordi Kommissionen havde vurderet deres respektive overtrædelsers grovhed og rækkevidde urigtigt, blev Kommissionen frifundet i alle sager.

Retten fastslog, at de faktiske omstændigheder, som Kommissionen havde lagt til grund, var behørigt godtgjort. I modsætning til hvad sagsøgerne anførte, antog Retten, at den pågældende konkurrencestridige adfærd ikke var blevet pålagt dem af de græske myndigheder, og at sagsøgerne følgelig ikke blev berøvet deres autonomi ved fastlæggelsen af deres prispolitik. Retten fastslog også, at disse aftaler fordrejer konkurrencen på det fælles marked.

I øvrigt vil man bemærke, at Retten antog, at Kommissionen ikke havde overskredet sine beføjelser ved at foretage en kontrolundersøgelse i lokaler, som tilhørte et andet selskab end det selskab, der var adressat for beslutningen om kontrolundersøgelse. Retten tog i betragtning, at det sidstnævnte selskab anvendte disse lokaler til at udøve sin forretningsvirksomhed, og at de kunne sidestilles med forretningslokaler tilhørende den virksomhed, der var adressat for beslutningen.

Desuden udtalte den, at det var berettiget, at et selskabs handlinger og initiativer af Kommissionen blev tilregnet et andet selskab, som var en selvstændig juridisk person i forhold til det første, da de to selskaber var henholdsvis kommittent og dennes handelsagent og udgjorde en og samme økonomiske enhed.

– Vertikale restriktioner

Med hensyn til vertikale restriktioner annullerede Retten to af Kommissionens beslutninger under henvisning til fast retspraksis, hvorefter en ensidig adfærd uden en anden virksomheds udtrykkelige eller stiltiende medvirken ikke er omfattet af artikel 81, stk. 1, EF.

Først annullerede Retten i dommen af 3. december 2003, *Volkswagen mod Kommissionen* (sag T-208/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser),

¹⁵ Kommissionens beslutning 1999/271/EF af 9.12.1998 vedrørende en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (IV/34.466 – Græske færges) (EFT 1999 L 109, s. 24).

Kommissionens beslutning ¹⁶, hvorved Kommissionen antog, at Volkswagen – i strid med artikel 81 EF – havde fastsat salgspriserne på den nye Volkswagen Passat-model ved at opfordre de tyske forhandlere til ved salg af denne model ikke at sælge denne under den anbefalede pris og at begrænse eller afskaffe rabatter til kunderne.

Retten henviste først til retspraksis, hvorefter Kommissionen ikke har bevist, at en ensidig adfærd, som en fabrikant følger i sin forretningsforbindelse med sine sælgere, reelt udgør en aftale i strid med konkurrenceretten, medmindre den har godtgjort, at der foreligger et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke fra sælgerne til fabrikantens handlemåde.

Retten udtalte dernæst, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde ikke havde bevist, at forhandlerne reelt havde samtykket i Volkswagens opfordringer, da de blev bekendt hermed. Kommissionen havde nemlig antaget, at et sådant bevis ikke var nødvendigt, når forhandlerne ved at underskrive forandleraftalen stiltiende og på forhånd havde accepteret disse opfordringer.

Retten fastslog endelig, at det ikke var bestridt, at den af forhandlerne underskrevne forandleraftale var i overensstemmelse med fællesskabsretten. Retten fandt således, at Kommissionens opfattelse var ensbetydende med at hævde, at forhandlere, der underskriver en forandleraftale, som er forenelig med konkurrenceretten, på tidspunktet for underskrivelsen antages på forhånd at have accepteret en efterfølgende ulovlig udvikling af aftalen på trods af, at den netop på grund af sin forenelighed med konkurrenceretten ikke gør det muligt for forhandleren at forudse denne udvikling. Da det ikke var bevist, at Volkswagen og dennes forhandlere havde en fælles vilje, annullerede Retten Kommissionens beslutning om at pålægge Volkswagen en bøde på 30,96 mio. EUR.

De samme principper blev dernæst anvendt i dommen af 21. oktober 2003, *General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen* (sag T-368/00, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, under appel sag C-551/03 P), men de førte i denne sag kun til en nedsættelse af den bøde, som Kommissionen havde pålagt.

Opel Nederland, som varetager salg, import, eksport og engrossalg af motorkøretøjer og reservedele af mærket Opel i Nederlandene, havde indgået forandleraftaler med ca. 150 autoriserede forhandlere. Fællesskabsbestemmelserne om distribution af biler ¹⁷ tillader ikke en fabrikant eller hans importør at forbyde forhandlerne at levere varer til

¹⁶ Kommissionens beslutning 2001/711/EØF af 20.6.2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/F-2/36.693 – Volkswagen) (EFT L 262, s. 14).

¹⁷ Jf. navnlig Kommissionens (EØF) nr. 123/85 af 12.12.1984 om anvendelse af traktatens artikel 81, stk. 3, på kategorier af salgs- og serviceaftaler vedrørende motorkøretøjer (EFT 1985 L 15, s. 16), som fra den 1.10.1995 er afløst af Kommissionens forordning (EF) nr. 1475/95 af 28.6.1995 (EFT L 145, s. 25).

endelige forbrugere, disses befuldmægtigede forhandlerne eller andre forhandlere tilhørende fabrikantens og/eller importørens salgsnet. Under henvisning til disse principper havde Kommissionen ved en beslutning af 20.9.2000¹⁸ pålagt Opel Nederland at betale en bøde på 43 mio. EUR for at have iværksat en generel strategi, som tilsigtede at begrænse eller forhindre eksportsalg fra Nederlandene; denne strategi omfattede 3 led, nemlig for det første en restriktiv leveringspolitik, for det andet en restriktiv bonuspolitik og for det tredje et direkte forbud mod eksport.

I dommen opretholdt Retten i det væsentlige Kommissionens beslutning. Retten fandt imidlertid, at Kommissionen ikke tilstrækkeligt havde godtgjort, at Opel Nederland faktisk havde meddelt sine forhandlere leveringsbegrænsningsforanstaltningen, som selskabets ledelse forud havde besluttet, således at det end mindre var godtgjort, at denne foranstaltning indgik i kontraktforholdet mellem Opel Nederland og virksomhedens forhandlere.

Derimod fandt Retten, at Kommissionen tilstrækkeligt havde godtgjort, dels at Opel Nederlands restriktive politik med hensyn til bonus indgik i en helhed af faste forrentingsforbindelser, der var reguleret ved en på forhånd truffet generel aftale, og således var en aftale som omhandlet i artikel 81, stk. 1, EF, og dels at de pågældende forhandlere efter tilskyndelse fra Opel Nederland havde forpligtet sig til ikke længere at foretage eksportsalg.

Skønt overtrædelsen med rette blev betegnet som »meget alvorlig«, fandt Retten, at grundbeløbet på 40 mio. EUR burde nedsættes under hensyn til, at foranstaltningen om en restriktiv leveringspolitik ikke var godtgjort, hvilket betød, at bøden herefter i alt udgjorde 35 475 000 EUR.

I dommen af 23. oktober 2003, *Van den Bergh Foods mod Kommissionen* (sag T-65/98, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, under appel sag C-552/03 P), udtalte Retten sig om foreneligheden med artikel 81 EF og 82 EF af aftaler, hvorved Van den Bergh Foods (herefter »HB«), den førende producent af is i Irland, stiller fryserie til rådighed for irske detailhandlere for is til umiddelbar fortæring, på betingelse af, at de kun blev benyttet til opbevaring af HB's is. I en beslutning af 11. marts 1998¹⁹ havde Kommissionen antaget, at disse aftaler var i strid med artikel 81 EF og 82 EF.

Retten tog stilling til et anbringende om åbenbart fejlskøn og tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF og fastslog, at den pågældende eksklusivitetsklausul ikke formelt udgør en købsforpligtelse, da den ikke hindrer detailhandlerne i at sælge varer, der

¹⁸ Kommissionens beslutning 2001/146/EF af 20.9.2000 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/36.653 – Opel) (EFT L 59, s. 1).

¹⁹ Kommissionens beslutning 98/531/EF af 11.3.1998 om en procedure i henhold til traktatens artikel [81] og [82] (sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/436 – Van den Berghs Ltd) (EFT L 246, s. 1).

konkurrerer med HB's varer, såfremt de fryser, som HB stiller til deres rådighed, udelukkende anvendes til denne virksomheds produkter. Retten fandt, at det først måtte undersøges, om denne klausul i realiteten fungerede som en eksklusivitet, der blev pålagt visse forretninger, og dernæst, om Kommissionen beregnede den heraf følgende grad af afskærmning korrekt, og endelig, om afskærmningsgraden var tilstrækkelig høj til at udgøre en tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF.

Under henvisning til fast retspraksis udtalte Retten i øvrigt, at det ved vurderingen af denne afskærmningsgrad dels måtte undersøges, om alle lignende aftaler, der er indgået på det relevante marked, og de øvrige økonomiske og retlige omstændigheder omkring de pågældende aftaler førte til, at de tilsammen bevirkede, at nye konkurrenter hindredes adgang til markedet, og dels i tilfælde af et bekræftende svar, om de omtvistede aftaler bidrog til den kumulative virkning (Domstolens dom af 28.2.1991, sag C-234/89, *Delimitis*, Sml. I, s. 935, præmis 23 og 24, og Rettens dom af 8.6.1995, sag T-7/93, *Langnese-Iglo mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1533, præmis 99).

Retten anvendte dernæst disse principper og foretog en detaljeret gennemgang af den omtvistede klausuls virkninger. Blandt andre omstændigheder fastslog den, at den gratis levering af en fryser, HB's is' popularitet, udstrækningen af dets produktsortiment og fordelene forbundet med salget af disse produkter var betragtninger af stor betydning for detailhandlerne, når de undersøgte muligheden for at installere en yderligere fryser til salg af et andet sortiment af produkter eller muligheden for at opsige deres aftale med HB.

Retten fastslog ligeledes, at en betydelig del af forhandlerne ville være rede til at føre et større produktsortiment uden eksklusivitetsklausulen i distributionsaftalerne med isleverandørerne.

Endelig fastslog Retten, at selv om de med HB indgåede aftaler kun vedrørte ca. 40% af samtlige forretninger på markedet, havde Kommissionen taget hensyn til virkningerne på konkurrencen af samtlige de aftaler, som for alle fabrikanten tilsammen var gældende for 83% af forretningerne på det relevante marked, således at leverandører, der ønskede at komme ind på markedet, kunne blive afholdt derfra, fordi det var nødvendigt først at erhverve et antal fryser.

Retten konkluderede deraf, at HB's aftaler kunne påvirke konkurrencen mærkbart og bidrog betydeligt til afskærmning af markedet.

c.2) Undtagelser

Betingelserne for undtagelse fra forbuddet mod en aftale, der strider mod konkurrencereglerne, således som de vurderes af Kommissionen, er blevet undersøgt i Retten i dommen i sagen *CMA CGM m.fl. mod Kommissionen* og i *TACA-dommen*.

Til støtte for deres annullationspåstand anførte CMA CGM m.fl. en række anbringender om manglende eller urigtig afgrænsning af markederne.

Retten udtalte, at en nøjagtig afgrænsning af alle relevante markeder ikke nødvendigvis var fornøden for at kunne afgøre, om en aftale opfyldte de fire betingelser for at meddele en individuel fritagelse, som er opregnet i artikel 81, stk. 3, EF og i artikel 5 i forordning nr. 1017/68. Ganske vist kræver efterprøvelsen af, om den fjerde betingelse i artikel 81, stk. 3, litra b), EF og artikel 5, litra b), i den nævnte forordning er opfyldt, at Kommissionen undersøger, om den kan udelukke konkurrence for en væsentlig del af de relevante produkter, henholdsvis det relevante transportmarked. Imidlertid er de fire betingelser for at meddele fritagelse kumulative, og der må derfor meddeles afslag på fritagelse, blot en af disse betingelser ikke er opfyldt. Følgelig fastslog Retten, at når Kommissionen konstaterer, at de tre første betingelser for at meddele en individuel fritagelse ikke er opfyldt, og det ikke er nødvendigt at tage stilling til den fjerde betingelse, må det anerkendes, at den ikke er forpligtet til at afgrænse samtlige relevante markeder med henblik på efterprøvelsen af, om aftalen kan indrømmes en individuel fritagelse. Med henblik på at afgøre, om de tre første betingelser er opfyldt, skal der nemlig tages hensyn til fordelene ved den omtvistede aftale, ikke alene for det relevante marked, men også for ethvert andet marked, hvorpå aftalen kan have gavnlige virkninger.

Baggrunden for TACA-dommen var indgåelsen af Trans-Atlantic Conference Agreement (herefter »TACA«), hvorved 15 rederier, som deltagere i TAA, ville imødekomme de indsigelser, som Kommissionen havde rejst mod den sidstnævnte aftale. To rederier, som ikke deltog i den transatlantiske trafik (Hanjin og Hyundai), tilsluttede sig senere TACA.

Ligesom TAA omfatter TACA transatlantiske skibsforbindelser i retning vest-øst og øst-vest mellem Nordeuropa og USA. TACA indeholder bestemmelser om fastsættelse af priser på søtransport i egentlig forstand, fastsættelse af priser på kombineret transport over land, fastsættelsen af de betingelser, på hvilke der kan indgås servicekontrakter med afskiberne, samt indholdet af disse kontrakter (servicekontrakter er kontrakter, hvorved en afskiber forpligter sig til at lade en mindstelast transportere enten af konferencen (konferenceservicekontrakt) eller af et eller flere individuelle rederier (individuelle servicekontrakter) i en given periode mod en bestemt takst og udførelse af bestemte tjenesteydelser), fastsættelse af vederlaget til speditører, når de optræder som agenter for afskiberne ved at organisere varetransporten, forhandle de betingelser, hvorpå transporten vil blive udført, og ved at opfylde forskellige administrative formaliteter.

TACA blev anmeldt til Kommissionen med henblik på at opnå en individuel fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF.

Ved beslutning af 16. september 1998 ²⁰ (herefter »TACA-beslutningen«) afslog Kommissionen for det første at give fritagelse fra de nævnte bestemmelser for den pågældende aftale, bortset fra fastsættelsen af søtransportprisen, som er omfattet af gruppefritagelsen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 4056/86, og antog for det andet, at deltagerne i TACA havde en kollektiv dominerende stilling på det relevante marked, og at de misbrugte denne dominerende stilling, og pålagde for det tredje hver af deltagerne i TACA bøder på grund af de to fastslåede overtrædelser af artikel 82 EF.

For Retten anførte sagsøgerne bl.a., at afslaget på at give fritagelse for TACA's bestemmelser, med undtagelse af fastsættelsen af prisen på søtransport, der var omfattet af gruppefritagelsen i forordning nr. 4056/86, var ulovligt.

Hvad for det første angår aftalen om fastsættelse af prisen for landtransport havde Retten allerede i dommen i sagen *Compagnie générale maritime m.fl. mod Kommissionen* fastslået, at en sådan aftale ikke er omfattet af gruppefritagelsen i forordning nr. 4056/86, da denne fritagelse kun angår sødelen af transporten og ikke kan få individuel fritagelse, da der kunne tænkes andre, mindre restriktive aftaler, som f.eks. en aftale om anvendelse af »no below cost rule« (regel, hvorefter prisen for landtransporten ikke kan være lavere end omkostningerne ved denne). I betragtning af disse omstændigheder frafaldt sagsøgerne deres anbringende under retsmødet.

Hvad dernæst angår aftalen om de betingelser, på hvilke der kan indgås servicekontrakter, og deres indhold, fastslog Retten, at TACA-beslutningen, i modsætning til, hvad sagsøgerne hævdede, ikke i henhold til artikel 81 EF forbød linjekonferencer at indgå konferenceservicekontrakter og frit at bestemme deres indhold. Da størstedelen af sagsøgernes anbringender havde til formål at bestride, at der var et sådant forbud i TACA-beslutningen, blev de forkastet som værende uden genstand.

Hvad endelig angik aftalen om vederlag til speditører fastslog Retten, at en sådan horisontal aftale om fastsættelse af priser ikke er omfattet af gruppefritagelsen i forordning nr. 4056/86 til fordel for aftaler om indførelse af en ensartet eller fælles fragtrate. Hertil bemærkede Retten navnlig, at formålet med den pågældende aftale ikke var at give vederlag for søtransport, men for særskilte tjenesteydelser, som ikke kunne sidestilles hermed.

c.3) Bøder for overtrædelse af artikel 81 EF

Størrelsen af de bøder, som Kommissionen pålægger for overtrædelse af artikel 81 EF, bliver i almindelighed anfægtet af de virksomheder, der pålægges sanktioner, og de

²⁰ Kommissionens beslutning 1999/243/EF af 16.9.1998 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel [81] og [82] (sag IV/35.134 – Trans-Atlantic Conference Agreement) (EFT 1999 L 95, s. 1).

fremførte anbringender vedrører bl.a. den anvendte metode eller vurderingerne af overtrædelsens grovhed, af dens varighed, af formildende eller skærpende omstændigheder eller samarbejdet med Kommissionen. Sådanne anbringender har givet Retten mulighed for at udtale sig om de kriterier, der tages i betragtning ved fastsættelsen af bøders størrelse.

Disse afklaringer findes først og fremmest i »Lysine«-sagerne (domme af 9.7.2003, sag C-220/00, Cheil Jedang mod Kommissionen, sag T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo og Kyowa Hako Europe mod Kommissionen, sag T-224/00, Archer Daniels Midland Company og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen (under appel sag C-397/03 P), og sag T-230/00, Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Nogle af de virksomheder, der blev pålagt sanktioner for at have deltaget i en aftale på Lysin-markedet, koncentrerede deres annullationssøgsmål mod Kommissionens beslutning af 7. juni 2000 ²¹ om aspekterne vedrørende fastsættelsen af bødernes størrelse. Som bekendt fastslog Kommissionen ved denne beslutning, at der forelå en række aftaler mellem virksomheder, der omfattede hele Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), om priser og salgsmængder samt udveksling af individuelle oplysninger om salgsmængder for syntetisk lysin – en aminosyre, som anvendes som tilsætningsstof i foder – for perioden fra juli 1990 til juni 1995, og pålagde dem på dette grundlag bøder på i alt ca. 110 mio. EUR. Kommissionen anvendte herved den metode, som er indeholdt i retningslinjerne for beregningen af bøder ²² samt samarbejdsmeddelelsen af 1996 ²³.

Mens nogle af Rettens vurderinger blot bekræfter allerede fastslåede principper (bl.a. i de såkaldte »fjernvarmesager«, jf. *Årsrapporten for 2002*), bidrager andre til at afklare de nærmere regler for anvendelse af kriterierne i retningslinjerne og bekræfter den retlige prøvelse af de vurderinger, som Kommissionen foretager af virksomhedernes grad af samarbejde under den administrative procedure. De har desuden givet Retten mulighed for at præcisere rækkevidden af princippet *ne bis in idem*, hvorefter en allerede domfældt person ikke længere kan retsforfølges eller pålægges sanktioner for det samme forhold. Det skal bemærkes, at størrelsen af de bøder, som var pålagt de sagsøgende virksomheder, og som androg lidt over 81 mio. EUR, blev nedsat til ca. 74 mio. EUR.

²¹ Kommissionens beslutning 2001/418/EF af 7.6.2000 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/36.545/F3 – Aminosyrer) (EFT 2001 L 152, s. 24).

²² Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3).

²³ Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4). Det må dog understreges, at denne meddelelse af 1996 i 2002 er blevet afløst af Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3).

Generelt kan det uddrages af disse »Lysin-sager«, at de faktiske omstændigheder, som Kommissionen kunne lægge til grund ved fastsættelsen af bødens størrelse, ikke længere kan drages i tvivl for Retten, hvis sagsøgeren udtrykkeligt har anerkendt rigtigheden heraf under den administrative procedure (dommen i sagen *Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen*). Det er i denne forbindelse uden betydning, om bødens størrelse er blevet nedsat til gengæld for den udtrykkelige anerkendelse som udtryk for samarbejde med Kommissionen.

Nogle bidrag fra dommen i *General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen*, som delvis annullerer den anfægtede beslutning og følgelig nedsætter den pålagte bødes størrelse, sættes ligeledes i relief.

Endelig kan det nævnes, at størrelsen af de bøder, som Kommissionen pålagde i den beslutning, der gav anledning til de nævnte domme af 11. september 2003, i sagerne *Marlines mod Kommissionen*, *Ventouris mod Kommissionen*, *Adriatica di Navigazione mod Kommissionen*, *Srintzis Lines Shipping mod Kommissionen* og *Minoan Lines mod Kommissionen*, kun blev nedsat for rederierne Ventouris og Adriatica, hvis overtrædelsers grovhed og omfang var blevet vurderet ukorrekt af Kommissionen ved fastsættelsen af bødernes størrelse. Retten fandt kort sammenfattet, at da Kommissionen i beslutningen havde sanktioneret to forskellige overtrædelser – alt efter de forskellige berørte søruter – kunne den ud fra rimeligheds- og proportionalitetsbetragtninger ikke med samme strenghed sanktionere rederier, som kun havde deltaget i én overtrædelse (Ventouris og Adriatica med hensyn til ruten Patras-Bari og Patras-Brindisi), og rederier, som havde deltaget i to aftaler. Retten tog hensyn til disse virksomheders størrelse og det forholdsmæssige omfang af trafikken på hver af de pågældende ruter.

– Retningslinjerne

Retten henviste først til, at Kommissionen i forbindelse med forordning nr. 17²⁴ har et vist skøn ved udmålingen af bøderne, således at virksomhederne tilskyndes til at overholde konkurrencereglerne, at Kommissionen til enhver tid må have mulighed for at tilpasse bødeniveauet efter konkurrencepolitikens krav (navnlig dommen i sagen *Archer Daniels Midland Company og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen*), og at den har beføjelse til at fastsætte bødernes størrelse således, at deres forebyggende virkning forstærkes. Retten fastslog imidlertid, at Kommissionen ikke kan fravige regler, den har pålagt sig selv, og som under overholdelse af traktaten skal præcisere de kriterier, den agter at anvende ved udøvelsen af sin skønsmæssige beføjelse med hensyn til en overtrædelses grovhed (samme dom). Den kan ikke fravige retningslinjerne på et bestemt punkt, udtaler Retten i dommen *CMA CGM mod*

²⁴ Rådets forordning nr. 17 af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81).

*Kommissionen*²⁵, medmindre den specifikt forklarer grundene til, at den ikke følger dem, hvilket den netop ikke havde gjort med hensyn til et af de selskaber, der var blevet pålagt sanktioner.

Som det fremgår af retningslinjerne, fastsættes bødens grundbeløb på grundlag af graden af overtrædelsens grovhed og dens varighed. Ved vurderingen af overtrædelsens grovhed²⁶ tager Kommissionen hensyn til overtrædelsens art, dens konkrete indvirkning på markedet, når den kan måles, og det berørte markeds udstrækning.

Med hensyn til overtrædelsens art fastslog Retten i dommen *Archer Daniels Midland Company og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen*, at fastsættelse mellem konkurrerende erhvervsdrivende af vejledende priser for en vare i EØS og af salgskvoter på dette marked var »meget alvorlig«, idet en sådan adfærd er et indgreb i virksomhedernes selvstændighed²⁷. Den har ligeledes fastslået, at en overtrædelse, der havde til formål at opdele det indre marked, var »meget alvorlig«, da den modvirkede de mest grundlæggende formål med Fællesskabet (dommen i sagen *General Motors Nederland og Opel Nederland mod Kommissionen*).

Dommen i sagen *Archer Daniels Midland Company og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen* bekræfter ligeledes Kommissionens vurdering af den konkrete virkning af kartellet på det pågældende marked, nemlig i dette tilfælde, at priserne steg mere, end de ellers ville have gjort, og at salgets omfang blev begrænset. På denne baggrund udtaler Retten, at Kommissionen for at påvise virkningen af et priskartel dels skal fastslå, at aftalerne reelt tillod de berørte virksomheder at opnå et højere prisniveau, end det ville have været tilfældet uden et kartel, og dels skal tage hensyn til alle objektive vilkår på det omhandlede marked under hensyn til den foreliggende økonomiske og retlige sammenhæng.

En anden problematik, som sagsøgerne fremførte, vedrørte spørgsmålet, om Kommissionen uden at tilsidesætte proportionalitetsprincippet og retningslinjerne kunne lægge omsætningen på verdensplan til grund frem for omsætningen ved salg af den pågældende vare i EØS. Retten skulle altså tage stilling til, om Kommissionen havde anvendt et af kriterierne i retningslinjerne korrekt (punkt 1 A, fjerde afsnit), nemlig overtrædelsens ophavsmænds reelle økonomiske mulighed for at påføre andre

²⁵ I denne dom anerkender Retten, at Kommissionen kan anvende retningslinjerne analogt ved beregningen af bøder, når den anvender forordning nr. 4056/86 og nr. 1017/68.

²⁶ Ifølge retningslinjerne inddeles overtrædelser i tre kategorier, nemlig »lidet alvorlige overtrædelser«, »alvorlige overtrædelser« og »meget alvorlige overtrædelser«.

²⁷ I dommen i sagen *CMA CGM m.fl. mod Kommissionen* finder Retten, at bedømmelsen af prisaftale som en »alvorlig overtrædelse« er en formildet bedømmelse, som i det foreliggende tilfælde blev forklaret af, at der ikke forelå bevis for indvirkningen på prisniveauet, og at overtrædelsens eventuelle skadelige virkninger sandsynligvis ville være kortvarige.

økonomiske erhvervsdrivende betydelig skade. Når der imidlertid er tale om en analyse, som indebærer en vurdering af de pågældende virksomheders reelle betydning på det berørte marked, fandt Retten, at den samlede omsætning, til forskel fra markedsandele, ikke giver mulighed for at afgøre, hvilken indflydelse de kan udøve på dette marked. Den fastslog desuden, at det ikke fremgår af beslutningen, at Kommissionen, skønt den var forpligtet til det, havde fastslået omfanget af den overtrædelse, som hver virksomhed havde begået, og som den del af omsætningen, som hidrører fra salget af varerne på det geografisk berørte marked, er en korrekt indikator for. Denne tilsidesættelse af retningslinjerne førte imidlertid ikke til, at Retten under udøvelse af sin fulde prøvelsesret fastslog, at Kommissionen havde tilsidesat proportionalitetsprincippet. I denne forbindelse fandt Retten, som baserede sin vurdering på oplysninger, der ikke fandtes i Kommissionens beslutning, at den omstændighed, at sagsøgernes omsætning på verdensmarkedet for lysin blev taget i betragtning, ikke var tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, for så vidt omsætningen ved salg af lysin i EØS blev anset for »betydningsfuld« eller »vigtig«, alt efter om den androg henholdsvis 20% (dommene i sagerne *Archer Daniels Midland Company* og *Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen*; *Kyowa Hakko Kogyo* og *Kyowa Hako Europe mod Kommissionen* og *Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen*) eller mellem 30 og 40% (dommen i sagen *Cheil Jedang mod Kommissionen*) af den pågældende omsætning på verdensplan.

Med hensyn til spørgsmålet om hensyntagen til overtrædelsens varighed bemærkede Retten, at skønt Kommissionen anfører i beslutningen, at den har forhøjet bødens grundbeløb med 10% pr. år, kunne den ikke forhøje grundbeløbet med 30% for en virksomhed, hvis deltagelse i kartellet havde varet under tre år. Under hensyn til det kriterium, som Kommissionen havde lagt til grund, nedsatte Retten som led i sin fulde prøvelsesret forholdsmæssigt forhøjelsen af den bøde, *Cheil Jedang* var blevet pålagt (dommen i sagen *Cheil Jedang mod Kommissionen*).

Retten har dog fremhævet, som den har fastslået i dommen i sagen *General Motors Nederland* og *Opel Nederland mod Kommissionen*, at retningslinjerne ikke foregriber den bedømmelse af bøden, som foretages af Fællesskabets retsinstanser, der i denne forbindelse har fuld prøvelsesret.

– Skærpende eller formildende omstændigheder

I retningslinjerne hedder det, at skærpende omstændigheder, som en virksomheds ledende position eller rolle som anstifter af overtrædelsen, eller formildende omstændigheder, som en virksomheds passive rolle (jf. på dette punkt dommen i sagen *Cheil Jedang mod Kommissionen*), for hver enkelt virksomheds vedkommende kan tages i betragtning ved forhøjelse eller nedsættelse af grundbeløbet.

For det første skal det nævnes, at rækkevidden af et punkt i retningslinjerne vedrørende manglende effektiv anvendelse af en aftale, der nævnes som formildende

omstændigheder, er blevet præciseret således, at det ikke angår den situation, hvor et kartel i sin helhed ikke er blevet gennemført, men hver enkelt virksomheds individuelle adfærd (dommene i sagerne *Archer Daniels Midland Company* og *Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen* og *Cheil Jedang mod Kommissionen*).

Dernæst har Retten fastslået, at på grundlag af retningslinjernes ordlyd skulle de procentsatser, som svarer til forhøjelserne og nedsættelserne som følge af skærpende eller formildende omstændigheder, anvendes på bødens grundbeløb, fastsat under hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed, og ikke på det beløb, hvormed bøden forinden er blevet forhøjet under hensyn til overtrædelsens varighed, eller på resultatet af en første forhøjelse eller nedsættelse som følge af en skærpende eller formildende omstændighed. Da Kommissionen ikke havde fulgt denne metode, ændrede Retten under anvendelse af denne metode bødernes størrelse i sagerne *Archer Daniels Midland Company* og *Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen* og *Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen*.

– Meddelelsen om samarbejde

De betingelser, på hvilke virksomheder, der samarbejder med Kommissionen under dens undersøgelse af et kartel, kan fritages for bøden eller få nedsat størrelsen af den bøde, som de ellers skulle have betalt, er fastsat i Kommissionens meddelelse om samarbejde af 1996²⁸.

Størrelsen af den nedsættelse af bødebeløbet, som Kommissionen giver i henhold til meddelelsen om samarbejde, har været en kilde til tvistigheder, da flere virksomheder har hævdet, at deres bistand berettigede en større nedsættelse af bødebeløbet.

Retten har således antaget, at Kommissionen med urette havde afslået at give Daesang en nedsættelse, da ingen af de anførte grunde var en lovlig begrundelse for dette afslag, og Retten nedsatte bødebeløbet. Den præciserede ved denne lejlighed, at mens et samarbejde under den af Kommissionen indledte undersøgelse af, om fællesskabsreglerne om konkurrence eventuelt er tilsidesat, som ikke går ud over, hvad der følger af de forpligtelser, som påhviler virksomhederne i henhold til artikel 11, stk. 4 og 5, i forordning nr. 17, ikke berettiger en nedsættelse af bøden, er en nedsættelse derimod berettiget, når virksomheden har givet oplysninger, der går ud over dem, som Kommissionen kan kræve fremlagt i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17. Med hensyn til den omstændighed, at en begæring om oplysninger er blevet rettet til den virksomhed, der har samarbejdet, i henhold til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17, kan den ikke være afgørende for en udelukkelse fra en betydelig bødenedsættelse på mellem 50% og 75% i henhold til punkt C i meddelelsen om samarbejde, så meget

²⁸ Allerede nævnt i fodnote 23. Denne meddelelse af 1996 er senere blevet afløst af Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3).

desto mindre som en sådan begæring er en mindre indgribende handling end en kontrolundersøgelse foretaget i henhold til en beslutning (dommen i sagen *Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen*).

Dommen i sagen *Archer Daniels Midland Company og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen* fortjener ligeledes opmærksomhed, fordi Retten, skønt den fastslog, at sagsøgeren ikke opfyldte betingelserne i samarbejdsmeddelelsen for en yderligere nedsættelse af bødens størrelse, dog antog, at leveringen af en række oplysninger til Kommissionen burde anerkendes, fordi den var en formildende omstændighed, der nævnes i retningslinjerne. Retten nedsatte derfor bødebeløbet med yderligere 10%.

– Princippet ne bis in idem

Som svar på flere sagsøgers anbringende om, at Kommissionen har tilsidesat et forbud om kumulation af sanktioner for samme overtrædelse ved at afslå at trække bøder, som allerede var blevet pålagt dem i USA og Canada, fra de bøder, som Kommissionen havde pålagt dem, fastslog Retten, at Kommissionen ikke tilsidesætter princippet ne bis in idem ved at pålægge virksomheder bøde for deltagelse i et kartel, der allerede er blevet pålagt sanktioner af de amerikanske og canadiske myndigheder (dommene i sagerne *Kyowa Hakko Kogyo og Kyowa Hako Europe mod Kommissionen* og *Archer Daniels Midland Company og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen*).

Retten henviste til, at dette almindelige fællesskabsretlige princip på konkurrenceområdet forbyder, at en virksomhed dømmes eller retsforfølges på ny af Kommissionen for en adfærd i strid med konkurrencereglerne, for hvilken den er blevet pålagt sanktioner, eller som den er blevet erklæret ikke-ansvarlig for ved en tidligere beslutning fra Kommissionen, som ikke længere kan indbringes for Fællesskabets retsinstanser.

Retten præciserede desuden, at på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er dette princip imidlertid ikke til hinder for kumulation af fællesskabssanktioner og nationale sanktioner, når disse pålægges som udfald af to parallelle procedurer, der forfølger forskellige formål. Imidlertid indebærer et almindeligt krav om billighed, at Kommissionen, når den fastsætter bødebeløbet, er forpligtet til at tage hensyn til sanktioner, som den samme virksomhed allerede har båret for samme forhold, når der er tale om sanktioner, der pålægges for overtrædelser af kartelretten af en medlemsstat, og som følgelig er begået på Fællesskabets område.

På baggrund af de således nævnte regler fastslog Retten, at princippet ne bis in idem ikke kan finde anvendelse i et tilfælde, hvor de procedurer, der er indledt, og de sanktioner, der er pålagt af Kommissionen på den ene side og af en tredjestats myndigheder eller domstole på den anden side, åbenbart ikke forfølger samme formål.

Denne opfattelse støttes af den omstændighed, at ifølge artikel 4 i protokol nr. 7 til den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder er dette princip begrænset til en enkelt medlemsstats område, og at der i øjeblikket ikke findes noget folkeretligt princip, der forbyder myndigheder eller domstole i forskellige stater at retsforfølge og dømme en person på grundlag af de samme forhold.

Når Kommissionen i øvrigt i henhold til et krav om billighed er forpligtet til, når den fastsætter en bødes størrelse, at tage hensyn til sanktioner, som allerede er pålagt samme virksomhed for overtrædelser af en medlemsstats kartelret, som følgelig er begået på Fællesskabets område, er det på grund af den særlige situation, som følger dels af den snævre indbyrdes afhængighed mellem medlemsstaternes nationale markeder og fællesmarkedet, og dels af den særlige ordning for kompetencefordeling mellem Fællesskabet og medlemsstaterne med hensyn til karteller på samme område, nemlig fællesmarkedets område. Denne begrundelse foreligger naturligvis ikke i de tilfælde, hvor de første beslutninger om strafforfølgning er blevet truffet mod en virksomhed af myndighederne eller domstolene i en tredjestat på grund af overtrædelse af deres konkurrenceregler, og Kommissionen har følgelig ingen forpligtelse til ved fastsættelsen af størrelsen af en bøde, som er pålagt den nævnte virksomhed for overtrædelse af fællesskabsrettens konkurrenceregler, at tage hensyn til de nævnte beslutninger.

– Rimelig frist og forældelse

Som der henvises til i dommen i sagen *CMA og CGM m.fl. mod Kommissionen*, er Kommissionens overholdelse af en rimelig frist, når den træffer beslutninger ved afslutningen af administrative procedurer på konkurrencepolitikens område, et almindeligt fællesskabsretligt princip, som er knyttet til princippet om god forvaltningsskik. Kommissionen kan således ikke udskyde sin stillingtagen på ubestemt tid, og for at sikre retssikkerhed og en passende domstolsbeskyttelse er den forpligtet til at træffe en beslutning eller fremsende en administrativ skrivelse, såfremt der er blevet anmodet om en sådan skrivelse, inden for en rimelig frist. Retten har i denne dom ligeledes henvist til, at overskridelse af en rimelig frist, navnlig når den medfører tilsidesættelse af de berørtes ret til kontradiktion, giver grundlag for annullation af en beslutning, der fastslår en overtrædelse af konkurrencereglerne. Derimod, udtaler Retten for første gang, kan det samme ikke gælde, når størrelsen af de ved denne beslutning pålagte bøder anfægtes, da Kommissionens kompetence til at pålægge bøder er omfattet af forordning nr. 2988/74²⁹, som har indført en forældelsesfrist herfor. Ved sidstnævnte forordning er der nemlig indført en fuldstændig ordning, som indeholder detaljerede bestemmelser om de frister, inden for hvilke Kommissionen,

²⁹ Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26.11.1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til fuldbyrdelse af disse sanktioner (EFT L 319, s. 1).

uden at gøre indgreb i det grundlæggende krav om retssikkerhed, er berettiget til at pålægge de virksomheder bøder, som er genstand for procedurer i henhold til fællesskabsrettens konkurrenceregler. I forordningens artikel 2, stk. 3, bestemmes, at forældelse under alle omstændigheder indtræder ti år efter, at forældelsen er afbrudt i henhold til artikel 2, stk. 1, i denne forordning, således at Kommissionen ikke, uden at der indtræder forældelse, i det uendelige kan udsætte sin beslutning om bøderne. Når henses til denne ordning, må enhver betragtning i sammenhæng med Kommissionens forpligtelse til at udøve sin kompetence til at pålægge bøder inden for en rimelig frist forkastes. Denne institution er dog ikke afskåret fra inden for rammerne af et skøn af billighedshensyn at nedsætte bødernes størrelse, såfremt den finder, at den administrative frists procedure, skønt den ligger inden for forældelsesfristen, har været for langvarig.

Det fremgår af samme dom, at en årsag til afbrydelse af den femårige forældelse, der er fastsat i forordning nr. 2988/74, kan være en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17, for så vidt som denne begæring er nødvendig for undersøgelsen eller retsforfølgningen af overtrædelsen. Da Kommissionen ikke havde godtgjort, at nogle begæringer var nødvendige, måtte Retten fastslå, at Kommissionen havde pålagt bøder den 16. maj 2000, skønt den femårige forældelsesfrist, der er fastsat ved forordningen, og som begyndte at løbe den 24. marts 1995, var udløbet. Retten annullerede følgelig beslutningen, for så vidt som den pålagde bøder.

d) *Artikel 82 EF*

d.1) Dominerende stilling og misbrug

Retten tog i 2003 stilling til fire sager vedrørende de grundlæggende betingelser for anvendelsen af artikel 82 EF.

For det første fastslog Retten i dommen i sagen *Van den Bergh Foods Ltd mod Kommissionen*, at de ovenfor nævnte aftaler, som udgjorde en tilsidesættelsen af artikel 81 EF, ligeledes var en tilsidesættelse af artikel 82 EF på grund af HB's dominerende stilling på det irske marked for enkeltemballerede is til umiddelbar fortæring.

For det andet fastslog Retten i dom af 17. december 2003 (sag T-219/99, *British Airways mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) flere præcisioner vedrørende de generelle betingelser for anvendelsen af artikel 82 EF.

Retten understregede indledningsvis, at artikel 82 finder anvendelse såvel på virksomheder, om hvem det er konstateret, at de har en dominerende stilling i forhold til deres leverandører, som på virksomheder, der kan have en dominerende stilling i forhold til deres kunder.

For det tredje præciserede Retten i dom af 30. september 2003 (sag T-203/01, *Michelin mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) og efterfølgende i dommen i sagen *British Airways mod Kommissionen* de betingelser, der skal være opfyldt, for at en markedsdominerende virksomheds praksis med at yde rabat kan udgøre misbrug.

Dommen i sagen *Michelin mod Kommissionen* vedrørte en beslutning af 20. juni 2001³⁰, hvori Kommissionen fastslog, at Michelin havde misbrugt sin dominerende stilling på det franske marked for nye udskiftningsdæk og markedet for vulkaniserede dæk. Kommissionen sanktionerede Michelins forretnings- og prispolitik over for forhandlerne, der var baseret på et meget komplekst system med rabatter, bonusser og/eller forskellige økonomiske fordele. Navnlig blev visse mængdeafhængige rabatforanstaltninger (»kvantumsrabatter«) og visse rabatter baseret på forhandlernes servicekvalitet over for kunderne (»servicebonus«), som ikke var fakturarabatter, men blev udbetalt i året efter referenceperioden, anset for misbrug. Endvidere var en »aftale om samarbejde og servicebistand« (den såkaldte »Club des amis Michelin«) omfattet af beslutningen.

Michelin anlagde sag til prøvelse af beslutningen, og Retten tog i denne forbindelse stilling til hver af de forretningspolitikker, som Kommissionen heri havde anført var udtryk for misbrug.

Retten vurderede for det første Michelins rabatsystemer og henviste til Domstolens og Rettens praksis vedrørende loyalitetsrabatter³¹ for generelt at bemærke, at ved afgørelsen af, om et rabatsystem er udtryk for misbrug, skal samtlige omstændigheder tages i betragtning, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det måtte endvidere undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke kan retfærdiggøres af en økonomisk modydelse, har fjernet eller begrænset køberens mulighed for frit at vælge sine leverandører, har hindret konkurrenternes adgang til markedet, over for dets handelspartnere har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi, eller har styrket den dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen.

Retten tog på baggrund af disse principper stilling til de af Michelin ydede rabatter og bemærkede, at den anfægtede rabat blev beregnet ud fra forhandlerens samlede

³⁰ Kommissionens beslutning 2002/405/EF af 20.6.2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (COMP/E-2/36.041/PO – Michelin) (EFT L 143, s. 1).

³¹ Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, *Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 1663, af 13.2.1979, sag 85/76, *Hoffmann-La-Roche mod Kommissionen*, Sml. s. 461, af 9.11.1983, sag 322/81, *Michelin mod Kommissionen*, Sml. s. 3461, og af 29.3.2001, sag C-163/99, *Portugal mod Kommissionen*, Sml. I, s. 2613, og Rettens dom af 1.4.1993, sag T-65/89, *BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen*, Sml. II, s. 389.

omsætning med Michelin, og at den anvendte referenceperiode for at opnå rabatten var et år. Retten bemærkede videre, at kvantumsrabatsystemet, som indeholder en betydelig variation af rabatsatsen mellem de nedre og de øvre satstrin, og som er karakteriseret ved en referenceperiode på et år og en fastlæggelse af rabatten på baggrund af den samlede omsætning inden for referenceperioden, udviser kendetegnene for et loyalitetsskabende rabatsystem.

Retten henviste til fast retspraksis, hvorefter rabatter, som tildeles af en markedsdominerende virksomhed, skal bero på en økonomisk begrundet modydelse for ikke at være i strid med artikel 82 EF ³², og tog stilling til, om dette var tilfældet i sagen. Retten fastslog, at Michelin ikke var fremkommet med nogen konkrete oplysninger til godtgørelse heraf. Retten konkluderede således, at det var med rette, at Kommissionen havde fastslået, at det af Michelin anvendte kvantumsrabatsystem var i strid med artikel 82 EF.

Retten tog herefter stilling til den servicebonus, Michelin anvendte, og som gav dækforhandleren yderligere tilskyndelse til at forbedre sit udstyr og sin eftersalgsservice. Bonussen byggede på et system af »points«, som afhang af forhandlerens overholdelse af visse forpligtelser. Retten fastslog, at en markedsdominerende virksomheds bonussystem, der, som i den pågældende sag, tildeler denne virksomhed en ikke-ubetydelig og diskretionær skønsmargen med hensyn til forhandlerens mulighed for at opnå bonussen, skal anses som urimelig og udgør misbrug af virksomhedens dominerende stilling på markedet i henhold til artikel 82 EF. Retten fandt endvidere, at bonussen ud over sin urimelige karakter havde en loyalitetsskabende virkning, for så vidt som den særligt omfattede tildeling af ekstra »points« i tilfælde af, at forhandleren købte nye Michelin-produkter i mængder svarende til en bestemt procentdel af det pågældende regionale markeds forudsatte andel af disse produkter. Endelig fandt Retten, at det var med rette, at Kommissionen havde anført, at den mulighed, forhandlerne havde for at opnå et yderligere »point« for systematisk at lade brugte Michelin-dæk vulkanisere hos denne, tilskyndede forhandleren til fortrinsvis at lade Michelin vulkanisere dæk og således havde således karakter af koblingssalg.

Endelig tog Retten stilling til den såkaldte »Club des amis Michelin«. Klubben var sammensat af dækforhandlere, som ønskede at indgå i et tættere samarbejde med Michelin. I henhold til aftalen ydede Michelin forhandleren finansiell bistand bl.a. gennem bidrag til investeringer og uddannelse. Til gengæld skulle forhandleren opfylde visse forpligtelser vedrørende markedsandele, opretholde et vist varelager af Michelin-dæk og promovere dette mærke. Kommissionen havde anført, at aftalen gav Michelin en ekstraordinær indsigt i medlemmernes aktiviteter og omfattede visse forpligtelser, der havde karakter af koblingssalg. Retten fandt, at det var med rette, at

³²

Dommen i sagen *Michelin mod Kommissionen*, præmis 85, dommen i sagen *Portugal mod Kommissionen*, præmis 52, og Rettens dom af 7.10.1999, sag T-228/97, *Irish Sugar mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2969, præmis 114.

Kommissionen havde konkluderet, at klubbens forskellige kendetegn udgjorde misbrug fra Michelins side.

Retten præciserede endvidere som besvarelse på et anbringende vedrørende den konkrete økonomiske virkning af den kritiserede adfærd, at det ikke er nødvendigt til fastlæggelse af, om artikel 82 EF er blevet overtrådt, at bevise, at den omhandlede adfærd har en konkret virkning. Det er tilstrækkeligt at bevise, at en dominerende virksomhed med misbruget har til hensigt at begrænse konkurrencen eller med andre ord, at adfærden er egnet til at have denne virkning.

Denne betragtning blev endvidere understreget af Retten i dommen i sagen *British Airways mod Kommissionen*. Den 14. juli 1999 vedtog Kommissionen en beslutning³³, hvori den anførte, at British Airways (herefter »BA«) var en dominerende aftager på det britiske marked for rejsebureautjenester for flyrejser. Rejsebureauerne leverer visse ydelser i form af markedsføring og administrativ bistand til luftfartsselskaberne, som til gengæld betaler rejsebureauerne en provision beregnet på basis af billetsalg.

BA havde indgået aftaler med visse rejsebureauer, som bl.a. omfattede en resultatpræmie beregnet på basis af mængden af sektorer fløjet med BA og efter en glidende skala, der var baseret på stigningen i værdien af rejsebureauets salg af BA-billetter.

Efter at have bemærket, at der var en indiskutabel tilknytning mellem rejsebureautjenester i Det Forenede Kongerige og lufttransportydelser på de britiske lufttransportmarkeder, og at BA havde en dominerende stilling på markederne for rejsebureautjenester for flyrejser, fastslog Retten, at den præmieordning, der var omhandlet af Kommissionens beslutning, var udtryk for misbrug.

Retten fastslog for det første, at den ordning, BA havde gennemført, var diskriminerende. Retten bemærkede i denne forbindelse, at hvis de britiske rejsebureauer nåede målene for en stigning i salget af BA-billetter, medførte dette en forøgelse af deres provision ikke kun for så vidt angik de billetter, de havde solgt efter at have nået målet, men for så vidt angik samtlige BA-billetter, som var formidlet af rejsebureauerne i den pågældende referenceperiode, hvilket kunne medføre, at der anvendtes forskellige provisionssatser for ét og samme beløb, som var indkommet ved to rejsebureauers salg af BA-billetter.

Retten udledte for det andet af Domstolens og Rettens praksis vedrørende rabatter, at generelt skal enhver »loyalitäts«-bonusordning, som anvendes af en dominerende virksomhed, i strid med artikel 82 EF hindre, at kunderne foretager indkøb hos konkurrenterne, uanset om bonusordningen er diskriminerende eller ej, og at det

³³ Kommissionens beslutning 2000/74/EF af 14.7.1999 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 82 (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways) (EFT L 30, s. 1).

samme gælder en »loyalitets«-resultatpræmieordning, som anvendes af en dominerende aftager over for tjenesteyderne.

Retten fastslog, at de af BA anvendte rabatter havde karakter af loyalitetsbonus. Provisionssatserne kunne, som følge af deres progressivitet, som udviste en væsentlig marginaleffekt, blive forhøjet eksponentielt fra den ene referenceperiode til den næste. Hertil kom, at BA's fem største konkurrenter på det britiske marked for rejsebureau tjenester for flyrejser ikke var i stand til at yde rejsebureauerne de samme fordele, idet de ikke kunne opnå tilstrækkelige salgsindtægter til at indføre en præmieordning magen til BA's, med henblik på at modvirke den udelukkelsesvirkning, der mødte dem på det britiske marked for rejsebureau tjenester for flyrejser.

Retten fandt endvidere ikke, at BA havde påvist, at selskabets resultatpræmieordningers loyalitetsskabende karakter var baseret på en modydelse, som var økonomisk begrundet, eller at BA's resultatpræmieordninger kunne anses for en modydelse for effektivitetsgevinster eller besparelser, som var opnået ved salget af BA-billetter efter opnåelsen af de nævnte mål.

Endelig indeholder TACA-dommen visse præcisioner vedrørende den kollektive karakter, en dominerende stilling kan antage. I denne forbindelse havde sagsøgerne anført, at i kraft af, at TACA virkede via anvendelsen af en ensartet eller fælles fragtrate, var deltagerne i TACA underlagt en intern konkurrence, som udelukkede, at de kollektivt kunne have en dominerende stilling. I denne forbindelse fastslog Retten, at der faktisk var en vis konkurrence mellem deltagerne i TACA ikke alene vedrørende ydelser, men også vedrørende priser, særligt i form af tjenesteydelseskontrakter (som indrømmede rabatter til gengæld for visse aftalte minimumsmængder) og uafhængige foranstaltninger. Retten fandt imidlertid, at denne konkurrence var forholdsvis begrænset og ikke var tilstrækkelig til at sætte spørgsmålstejn ved den kollektive karakter, som kunne udledes af anvendelsen af ensartede eller fælles fragtrater og af de andre forbindelser mellem deltagerne i TACA, som skyldtes aftalen om en linjekonference.

For så vidt angår den dominerende karakter af den stilling, deltagerne i TACA indtog, bemærkede Retten, at uanset hvilke oplysninger, der lægges til grund (sagsøgernes eller Kommissionens), udgjorde deltagerne i TACA's markedsandele i løbet af den omhandlede periode nemlig mindst 56% i tre på hinanden følgende år, en »stærk formodning« for dominerende stilling. I denne forbindelse bemærkede Retten, at i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, er grænsen for dominans for at anvende artikel 82 EF på en kollektiv stilling den samme som for en individuel stilling. Selv om Retten fastslog, at Kommissionens vurdering vedrørende den potentielle konkurrence og de af TACA anvendte priser var behæftet med visse fejl, fandt den, at den formodning om dominerende stilling, som deltagerne i TACA's markedsandele havde medført, i det mindste var tilstrækkeligt bekræftet af andre forhold, som var anført i TACA-beslutningen, såsom særligt afstanden i markedsandele til de nærmeste

konkurrenter, den omstændighed, at deltagerne i TACA havde 70% af den disponible kapacitet, at de førte an for så vidt angik priser (konkurrenterne havde status af »medløbere« på dette område) og deltagerne i TACA's kapacitet til at diskriminere afskiberne via priserne i forhold til varernes værdi.

Deltagerne i TACA blev kritiseret for at have misbrugt deres kollektivt dominerende stilling på to måder mellem 1994 og 1996, for det første ved at pålægge visse begrænsninger i forhold til adgangen til at indgå tjenesteydelsesaftaler og disses indhold (»det første misbrug«) og for det andet ved at have truffet visse foranstaltninger, som skulle tilskynde potentielle konkurrenter til at tilslutte sig TACA i stedet for at deltage i den transatlantiske trafik som uafhængige virksomheder, hvorved konkurrencesituationen på det omhandlede marked blev fordrejet (»det andet misbrug«).

Retten stadfæstede i det væsentlige det første misbrug efter først at have afklaret den nærmere rækkevidde heraf, bl.a. efter de forklaringer, Kommissionen fremkom med under retsmødet. Retten fastslog således, at det første misbrug ikke alene omfattede en praksis, som begrænsede adgangen til at indgå individuelle tjenesteydelseskontrakter og disses indhold (som ligeledes blev betragtet som konkurrencebegrænsende), men også praksis vedrørende konferencens tjenesteydelsesaftaler, nemlig forpligtelsen til at overholde de af TACA fastsatte bestemmelser for så vidt angik varighed, forbud mod at indgå flere aftaler med samme afskiber samt mod såkaldte »contingency clauses« og betaling af et fast godtgørelsesbeløb.

De begrundelser, sagsøgerne fremførte til godtgørelse af den praksis, der udgjorde første misbrug, blev afvist af Retten, bortset fra begrundelsen for udvekslingen af informationer vedrørende vilkårene i de individuelle serviceydelseskontrakter.

Retten anerkendte i denne forbindelse, at amerikansk ret pålagde deltagerne i TACA at meddele deres individuelle serviceydelseskontrakter til Federal Maritim Commission, som offentliggjorde »væsentlige vilkår«. Retten bemærkede, at henset til denne offentliggørelse var indholdet af de individuelle tjenesteydelseskontrakter blevet offentlige, og var således tilgængelige for såvel afskiberne som rederierne. Under sådanne omstændigheder fandt Retten ikke, at deltagerne i TACA kunne kritiseres for at have »udbredt« indholdet af disse kontrakter. I henhold til retspraksis er udveksling af offentligt tilgængelige informationer ikke i strid med traktatens konkurrencebestemmelser.

Retten anerkendte derimod ikke, at amerikansk ret kunne påberåbes som begrundelse for andre former for praksis, som udgjorde det første misbrug, såsom forbuddet mod individuelle serviceydelseskontrakter eller forbuddet mod de såkaldte »contingency clauses«. Retten understregede i denne forbindelse, at sådan praksis ikke var påbudt,

men alene tilladt, endsige tilskyndet, i amerikansk ret, hvilket ikke udelukker anvendelsen af traktatens konkurrencebestemmelser.

For så vidt angår det andet misbrug bemærkede Retten indledningsvis, at selv om styrkelse af en dominerende stilling i henhold til dommen i sagen *Continental Can*³⁴ kan udgøre et misbrug, er det ikke sådan et misbrug, der er konstateret i den pågældende sag, idet Kommissionen ikke har kritiseret TACA for at have accepteret nye medlemmer i konferencen, men alene at have vedtaget foranstaltninger, nogle særlige og nogle generelle, for at tilskynde potentielle konkurrenter til at deltage i TACA. De særlige foranstaltninger, TACA havde gennemført gav sig for det første udslag i, at Hanjin havde fået meddelelse om visse fortrolige oplysninger fra deltagerne i TACA, og at disse havde givet udtryk for en vilje til at indrømme Hanjin en vis »slot«-kapacitet på de omhandlede ruter, og for det andet havde Hyundai fået løfte om øjeblikkelig indtræden i konferencens løbende tjenesteydelseskontrakter. Hvad angår de generelle foranstaltninger resulterede disse i indgåelsen af et stort antal serviceydelseskontrakter med dobbelte fragtrater og i, at de tidligere medlemmer i TAA (konferencens traditionelle medlemmer) afholdt sig fra at indgå tjenesteydelseskontrakter vedrørende en vis fragtkategori.

For så vidt angik de særlige foranstaltninger konkluderede Retten, efter at have foretaget en detaljeret undersøgelse af, hvilke forhold der førte til, at Hanjin og Hyundai blev medlemmer af TACA, at Kommissionen ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for, at de særlige foranstaltninger og ikke forretningsmæssige overvejelser førte til, at de to rederier blev medlemmer af konferencen. Retten understregede i denne forbindelse, at Kommissionen ikke havde redegjort for, hvorfor de omhandlede særlige foranstaltninger ikke udgjorde en praksis, som kunne give Hanjin og Hyundai mulighed for at udøve deres aktiviteter i henhold til gruppefritagelsen for linjekonferencer, og dermed deltage i TACA på samme vilkår som de eksisterende medlemmer.

Retten fastslog i denne forbindelse, at Kommissionen havde tilsidesat deltagerne i TACA's ret til kontradiktion, idet den havde anvendt dokumenter til støtte for sine klagepunkter, der var fremkommet efter den administrative høring, uden at give deltagerne i TACA lejlighed til at blive hørt. Retten understregede i denne forbindelse, at selv om de omhandlede dokumenter stammede fra TACA (det drejede sig om dokumenter skrevet af TACA eller dets deltagere, som var blevet udleveret af deltagerne i TACA selv efter anmodning om oplysninger), og deres indhold derfor var kendt, burde Kommissionen have givet dem lejlighed til at fremkomme med bemærkninger til dokumenternes relevans og bevismæssige værdi, idet hverken meddelelsen om klagepunkter eller anmodningerne om oplysninger, som havde givet anledning til fremsendelsen af dokumenterne, eller indholdet af dokumenterne, gav deltagerne i TACA mulighed for at udlede, hvilke konklusioner Kommissionen ville drage på baggrund heraf. Retten udelukkede således disse dokumenter som

³⁴ Domstolens dom af 21.2.1973, sag 6/72, *Europemballage Corporation og Continental Can Company mod Kommissionen*, Sml. s. 215.

bevisgrundlag for de særlige foranstaltninger og fastslog, at da de særlige foranstaltninger alene var bevist ved de omhandlede dokumenter, var der ikke ført gyldigt bevis for foranstaltningerne.

For så vidt angik de generelle foranstaltninger, fandt Retten, at for at kunne betragtes som foranstaltninger, der havde »tilskyndet« de potentielle konkurrenter til at deltage i TACA, skulle sådanne foranstaltninger nødvendigvis have haft den virkning, at potentielle konkurrenter blev ført til, at de deltog i konferencen. En foranstaltning med det formål at tilskynde til deltagelse i konferencen, som ikke efterfølges af nogen deltagelse, viser således, at denne foranstaltning faktisk ikke var en tilskyndelse til at deltage i konferencen. Retten fastslog, at ingen oplysninger i sagens akter pegede på, at de eneste to rederier, der havde tilsluttet sig konferencen i løbet af den periode, overtrædelserne fandt sted, nemlig Hanjin og Hyundai, havde taget denne beslutning på grundlag af de i beslutningen anførte generelle foranstaltninger.

Retten annullerede derfor TACA-beslutningen, for så vidt som den kritiserede deltagerne i TACA for på ulovlig vis at have ændret markedsstrukturen.

d.2) Bøder

Endnu engang er der grund til at henvise til TACA-dommen. Kommissionen pålagde ikke bøder for tilsidesættelserne af artikel 81 EF, men pålagde til gengæld hver deltager i TACA bøder for de to tilsidesættelser af artikel 82 EF med et samlet beløb på 273 mio. EUR. Henset til den konstaterede ulovlighed af det andet misbrug, skulle alene de bøder, der var pålagt for det første misbrug, bortset fra den gensidige underretning om vilkårene i de individuelle serviceydelseskontrakter, undersøges af Retten.

– Bødeimmunitet

Retten tog indledningsvis stilling til, om bøderne var omfattet af bødeimmuniteten i artikel 19 i forordning nr. 4056/86.

Efter at have undersøgt bestemmelsens ordlyd og formål afviste Retten Kommissionens synspunkt om, at immuniteten alene omfatter overtrædelser af artikel 81 EF, men ikke overtrædelser af artikel 82 EF. Selv om Retten anerkendte, at immuniteten skal fortolkes indskrænkende, fandt den, at artikel 19 i forordning nr. 4056/86 udtrykkeligt bestemmer, at immuniteten kan finde anvendelse på overtrædelser af artikel 82 EF. Immuniteten kan alene gøres gældende for handlinger, der er blevet anmeldt med henblik på at opnå en erklæring om fritagelse i henhold til artikel 81, stk. 3, EF, og alene inden for »grænserne af den aktivitet, der er beskrevet i anmeldelsen«. Dette betyder imidlertid ikke, at alene overtrædelser af artikel 81 EF kan opnå immunitet. Retten bemærkede, at i henhold til retspraksis kan restriktive

konkurrenceaftaler anmeldt med henblik på at opnå fritagelse blive kvalificeret som misbrug af Kommissionen, når de omhandler dominerende virksomheder.

Retten fandt i øvrigt, at anvendelsen af immunitet over for overtrædelser af artikel 82 EF er forenelig med det formål, der forfølges med bestemmelsen, idet en dominerende virksomhed, der anmelder aftaler, som kan blive kvalificeret som misbrug, selv oplyser om en mulig tilsidesættelse af artikel 82 EF og derfor letter Kommissionens arbejde. Da al ulovlig praksis, som faldt ind under første misbrug, i den omhandlede sag var blevet anmeldt til Kommissionen, konkluderede Retten, at de pålagte bøder skulle annulleres.

Retten bemærkede imidlertid, at immuniteten ikke fandt anvendelse på det samlede bødebeløb pålagt for det første misbrug. Således var bøderne blevet pålagt ikke alene i henhold til forordning nr. 4056/86, men også i henhold til forordning nr. 1017/68 for så vidt angik landtransportdelen af tjenesteydelseskontrakterne. I dom af 28. februar 2002 (sag T-18/97, *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1125) fastslog Retten, at forordning nr. 1017/68 ikke indeholder bestemmelser om immunitet, og at en sådan ordning ikke kan udledes af nogen generelle principper i fællesskabsretten.

Retten tog derfor stilling til lovligheden af den del af bøderne, der var pålagt i henhold til forordning nr. 1017/68.

– Inddeling i grupper

Retten fastslog i denne forbindelse, at den metode, der i sagen blev anvendt til at beregne bødernes størrelse, overholdt de retlige rammer på området, henset til, at TACA-beslutningen var en af de første beslutninger, der anvendte de retningslinjer vedrørende beregning af bøder, som Kommissionen havde offentliggjort.

Som det også skete i dommen i sagen *CMA CGM m.fl. mod Kommissionen*, fastsatte Kommissionen bøderne efter at have inddelt deltagerne i TACA i fire adskilte grupper. Hensigten var at tage den betydelige forskel i størrelsen på de forskellige deltagere i TACA i betragtning.

I dommen i sagen *CMA CGM m.fl. mod Kommissionen* fandt Retten ikke, at Kommissionens inddeling i fire grupper var objektivt begrundet eller dækkede over en intern sammenhæng. Inddelingen af sagsøgerne i grupper blev i sagen betragtet som værende i strid med ligebehandlingsprincippet eller i det mindste som utilstrækkeligt begrundet.

Derimod fastslog Retten i *TACA*-dommen, at Kommissionens inddeling i grupper var begrundet, for så vidt som den var sammenhængende, idet Kommissionen havde

afgrænset hver gruppe på basis af størrelsen af den største deltager i TACA ved gradvise nedsættelser med halvdelen af dennes størrelse.

- Formildende omstændigheder

Retten konkluderede ikke desto mindre inden for rammerne af dens fulde prøvelsesret, at der ikke burde have været pålagt nogen bøder for den praksis, der hørte under første misbrug.

Retten afviste i denne forbindelse Kommissionens synspunkt, hvorefter deltagerne i TACA ikke kunne gøre nogen formildende omstændigheder gældende. Retten bemærkede således, at:

- Deltagerne i TACA samarbejdede med Kommissionen ved at anmelde al omhandlet praksis, også selv om denne anmeldelse i henhold til forordning nr. 4056/86 og nr. 1017/68 ikke var obligatorisk for at opnå en fritagelse.
- TACA-beslutningen var den første beslutning, hvori Kommissionen direkte havde vurderet lovligheden af linjekonferencernes praksis vedrørende serviceydelseskontrakter.
- Den retlige behandling, denne form for praksis skulle underkastes, rejste komplekse spørgsmål, hvilket ses af de vanskeligheder, der er forbundet med at fastlægge rækkevidden af beslutningen på dette punkt.
- Det misbrug, som fulgte af den omhandlede praksis vedrørende serviceydelseskontrakter, var ikke en klassisk form for ulovlig praksis i henhold til artikel 82 EF.
- Deltagerne i TACA var berettigede til at tro, at Kommissionen ikke ville pålægge dem bøder, særligt henset til den omstændighed, at der ikke var blevet pålagt bøder i flere tidligere beslutninger, hvori en anmeldt aftale var blevet betragtet som misbrug.

2. Forordning nr. 4064/89

a) Annullationssøgsmål angående godkendelsesbeslutninger

- *BaByliss- og Philips-sagerne*

I januar 2002 godkendte Kommissionen, uden at indlede undersøgelsens fase II, SEB's overtagelse af visse af Moulinex' aktiver, bl.a. på den betingelse, at SEB

meddelte en femårig eksklusiv licens på Moulinex-mærket for salg af alle små elektriske husholdningsapparater i ni medlemsstater, hvor der var konstateret konkurrenceproblemer, og at det blev forbudt SEB at benytte dette mærke i yderligere tre år. Beslutningen vedrørte ikke det franske marked, idet Kommissionen havde taget de franske myndigheders anmodning om delvis henvisning til følge.

BaByliss og Philips indbragte Kommissionens beslutning om betinget godkendelse for Retten. *BaByliss*- og *Philips*-dommene bidrager til retspraksis på flere punkter.

For det første, vedrørende realiteten, bekræfter *BaByliss*- og *Philips*- dommene, at Kommissionen er berettiget til i fase II at acceptere tilsagn, som er afgivet af fusionsparterne inden for den treugersfrist, som er fastsat i de gældende regler (artikel 18, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 af 1.3.1998 om anmeldelser, frister og udtalelser i henhold til forordning nr. 4064/89³⁵), men som senere er blevet ændret efter udløbet af denne frist. Fristen er bindende for fusionsparterne og har til formål at undgå, at tilsagn afgives så sent, at Kommissionen ikke har tilstrækkelig tid til at vurdere tilsagnene og foretage høring af udenforstående virksomheder. Fristen er derimod ikke bindende for Kommissionen, som – hvis den mener at have tilstrækkelig tid til at undersøge de ændringer, som er foretaget i tilsagnene efter fristens udløb, og at den tilbageværende del af fristen er tilstrækkelig til at foretage de nødvendige vurderinger og høringer af udenforstående – skal have adgang til at godkende fusionen under hensyn til de ændrede tilsagn.

For det andet præciserede Retten betingelserne for indledning af fase II. I denne forbindelse fastslog Retten, at Kommissionen ikke råder over noget skøn med hensyn til indledningen af fase II, når der består alvorlig tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet. Kommissionen råder dog over et vist skøn ved indkredsningen og undersøgelsen af sagens konkrete omstændigheder, når den skal afgøre, om disse rejser alvorlig tvivl eller, hvis der er afgivet tilsagn, om der fortsat består alvorlig tvivl (*Philips*-dommen).

Retten præciserede, at det – i betragtning af de komplekse økonomiske vurderinger, Kommissionen skal foretage under udøvelsen af det skøn, den råder over ved vurderingen af fusionsparternes tilsagn – påhviler den sagsøger, der vil opnå annullation af en beslutning om godkendelse af en fusion med den begrundelse, at tilsagnene er utilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl, at godtgøre, at Kommissionen har begået en åbenbar skønsfejl (*Philips*-dommen). Retten skal dog under udøvelsen af sin kontrolbeføjelse tage hensyn til det specifikke formål med de tilsagn, der er afgivet i fase I, og som i modsætning til de tilsagn, der afgives i fase II, ikke har til formål at forhindre, at en dominerende stilling skabes eller styrkes, men derimod at fjerne enhver alvorlig tvivl om foreneligheden med fællesmarkedet. Det følger heraf, at de i fase I afgivne tilsagn skal være en direkte og tilstrækkelig reaktion,

³⁵

EFT L 61, s. 1.

der klart fjerner den alvorlige tvivl, der er givet udtryk for. Når Retten skal tage stilling til, om de i fase I afgivne tilsagn med hensyn til rækkevidde og indhold gør det muligt for Kommissionen at vedtage en beslutning om godkendelse uden at indlede fase II, påhviler det således Retten at undersøge, om Kommissionen uden at begå en åbenbar skønsfejl har været i stand til at vurdere, at de nævnte tilsagn er en direkte og tilstrækkelig reaktion, der klart fjerner enhver alvorlig tvivl (*Philips-dommen*).

I de nævnte sager var spørgsmålet, om Kommissionen kunne anse tilsagnene for tilstrækkelige til at afbøde de konkurrenceproblemer, fusionen gav anledning til. Mens ingen af Philips' anbringender og argumenter førte til, at Retten kunne fastslå, at Kommissionen havde begået en åbenbar skønsfejl, gav Retten delvis BaByliss medhold i selskabets argumenter.

I BaByliss-dommen bekræftede Retten, at et tilsagn af adfærdsmæssig karakter, som f.eks. et tilsagn om en varemærkelicens, kan løse de problemer, fusionen giver anledning til, og at tilsagnets varighed i det konkrete tilfælde var tilstrækkeligt til at give licenstagernes mulighed for at konkurrere effektivt med den fusionerede enhed i udnyttelsesperioden. Retten fandt derimod ikke, at Kommissionen kunne fastslå, at fusionen ikke rejste alvorlig tvivl på bestemte geografiske markeder, hvor der ikke var afgivet tilsagn. Først undersøgte Retten den måde, hvorpå Kommissionen havde anvendt vurderingskriterierne (markedsandelstærskel for dominans, ingen væsentlig overlapning, den fusionerede enheds position i forhold til konkurrenterne og sortimenteffekt), på grundlag af hvilke Kommissionen havde afvist, at der bestod alvorlig tvivl på de enkelte geografiske markeder, for hvilke den ikke havde forlangt afgivelse af tilsagn (Spanien, Italien, Irland, Finland og Det Forenede Kongerige), på alle de øvrige markeder, som var berørt af fusionen, og konkluderede, at to af de fire anvendte kriterier ikke var tilstrækkeligt præcise (ingen væsentlig overlapning og sortimenteffekt). Dernæst konstaterede Retten, at Kommissionens vurdering af de markeder, som ikke var omfattet af tilsagnene, var behæftet med fejl. Retten tog således BaByliss' påstand delvis til følge, idet den annullerede beslutningen for så vidt angår de spanske, finske, irske, italienske og britiske markeder.

– ARD-sagen

Ved beslutning af 21. marts 2002 godkendte Kommissionen på visse betingelser den fusion, hvorved BSKyB sammen med KVV erhvervede fælles kontrol over selskabet KirchPay TV, som driver virksomhed på det tyske marked for betalings-tv. Denne beslutning blev truffet uden indledning af fase II.

ARD, som driver virksomhed på markedet for gratis-tv, anlagde sag med påstand om annullation af denne beslutning.

Sagsøgeren gjorde gældende, at de mange tilsagn, som var blevet accepteret af Kommissionen i fase I, ikke var tilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl, som var

beskrevet i den anfægtede beslutning. Retten bekræftede i sin dom af 30. september 2003, *ARD mod Kommissionen* (sag T-158/00, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at det – i betragtning af de komplekse økonomiske vurderinger, Kommissionen skal foretage under udøvelsen af det skøn, den råder over ved vurderingen af fusionsparternes tilsagn – påhviler den sagsøger, der vil opnå annullation af en beslutning om godkendelse af en fusion med den begrundelse, at tilsagnene var utilstrækkelige til at fjerne den alvorlige tvivl, at godtgøre, at Kommissionen har begået en åbenbar skønsfejl. Retten bekræftede ligeledes, at Kommissionen har et vidt skøn med hensyn til vurderingen af, om det er nødvendigt at indhente tilsagn for at fjerne den alvorlige tvivl, en fusion rejser, og at undladelsen af at tage visse tilsagn, som er foreslået af en tredjepart, i betragtning, ikke fører til annullation af beslutningen, når Kommissionen har haft rimelig grund til at konkludere, at de tilsagn, som er anført i beslutningen, gør det muligt at fjerne den alvorlige tvivl. Sagsøgerens argumentation blev således i sin helhed forkastet.

ARD gjorde ligeledes gældende, at Kommissionen, der havde givet udtryk for alvorlig tvivl med hensyn til fusionens forenelighed med fællesmarkedet, var forpligtet til at indlede fase II. Retten bemærkede, at den omstændighed, at der er konstateret alvorlig tvivl, ikke udelukker muligheden for, at denne tvivl kan fjernes ved de afgivne tilsagn. Retten forkastede navnlig den af sagsøgeren foretagne sidestilling af konsekvenserne for de berørte tredjeparter, såfremt der ikke indledes en formel undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF på statsstøtteområdet, og konsekvenserne for de berørte tredjeparter, såfremt fase II ikke indledes i henhold til artikel 6, stk. 1, litra c), i forordning nr. 4064/89. Kommissionens undersøgelsesprocedurer i henhold til artikel 6 i forordning nr. 4064/89 kan således ikke sammenlignes med dem, der foretages i medfør af artikel 88 EF. Retten understregede navnlig, at de interesserede tredjeparter under den indledende fase af proceduren i statsstøttesager ikke har nogen ret til at deltage i proceduren. Retten fremhævede endvidere, at hvis Kommissionen under den indledende procedure i henhold til artikel 88 EF konstaterer, at støtteforanstaltningen udgør statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand, og at der på dette grundlag består tvivl om dens forenelighed med fællesmarkedet, er den forpligtet til at indlede den formelle procedure, mens Kommissionen ikke, hvis den konstaterer, at en fusion rejser alvorlig tvivl, er forpligtet til at indlede undersøgelsens fase II, hvis ændringer i fusionsplanen eller tilsagn fra de deltagende virksomheder fjerner disse tvivl.

Retten fastslog endelig, at Kommissionen er berettiget til i fase II at acceptere tilsagn, som er afgivet af fusionsparterne inden for den treugersfrist, som er fastsat i de gældende regler (artikel 18, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98), men som senere er ændret efter udløbet af denne frist. Denne frist er bindende for fusionsparterne, men ikke for Kommissionen, som, hvis den mener at have tilstrækkelig tid til at undersøge de ændrede tilsagn, skal være i stand til at godkende

fusionen under hensyn til disse, selv om ændringerne er foretaget efter udløbet af treugersfristen ³⁶.

– *Sagen Verband der freien Rohrwerke eV m.fl.*

Ved beslutninger af 5. september 2000 og 14. september 2000 godkendte Kommissionen, henholdsvis på grundlag af forordning nr. 4064/89 og traktatens artikel 66, stk. 2, EA Salzgitters erhvervelse af kontrollen over Mannesmannröhren Werke. Verband der freien Rohrwerke eV, som er en sammenslutning af virksomheder, og to af sammenslutningens medlemmer anlagde sag med påstand om annullation af disse beslutninger. Den sag, som var anlagt i medfør af artikel 33 EA blev afvist, mens Kommissionen blev frifundet i den sag, som var anlagt i medfør af traktatens artikel 230 EF (Rettens dom af 8.7.2003, sag T-374/00, *Verband der freien Rohrwerke eV m.fl. mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), idet Retten fastslog, at Kommissionens vurdering af den omtvistede fusions virkninger ikke var behæftet med åbenbare fejl.

b) *Annullationssøgsmål angående beslutninger om henvisning til en national myndighed*

Artikel 9 i forordning nr. 4064/89 giver på visse betingelser Kommissionen adgang til at henvise en anmeldt fusion til en medlemsstats kompetente myndigheder.

Retten har i to sager haft lejlighed til at tage stilling til lovligheden af beslutninger om henvisning til de nationale myndigheder. Anledningen til den første sag var Kommissionens beslutning om at henvise fusionen mellem SEB og Moulinex til de franske konkurrencemyndigheder for så vidt angår de franske markeder for små elektriske husholdningsapparater, med henblik på anvendelse af de nationale regler (*Philips-dommen*). I den anden sag blev undersøgelsen af en fusion, som indebar en sammenslutning af Vía Digital og Sogecable, henvist til de spanske myndigheder (Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-346/02 og T-347/02, *Cableuropa m.fl. mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

For så vidt angår realiteten skulle Retten efterprøve, om betingelserne for henvisning [i artikel 9, stk. 2, litra a)] var opfyldt, og om det var med rette, at Kommissionen (i medfør af artikel 9, stk. 3) havde besluttet at henvise undersøgelsen af fusionens virkninger til de nationale myndigheder i stedet for selv at behandle dette spørgsmål.

³⁶ Til forskel fra *Philips-* og *BaByliss-*dommene fastslog Retten blot, at fristen skal være tilstrækkelig lang til, at Kommissionen har mulighed for at undersøge de foreslåede tilsagn, uden at nævne, at den tilbageværende frist skal være tilstrækkelig til, at der kan foretages høring af tredjeparter. Retten har således implicit accepteret, at det kan undlades at foretage høring af tredjeparter vedrørende de sidste, ændrede udgaver af tilsagnene.

Ifølge disse bestemmelser kan Kommissionen beslutte at henvise undersøgelsen af fusionen til de nationale myndigheder, såfremt to kumulative betingelser er opfyldt: Fusionen skal true med at skabe eller styrke en dominerende stilling, som vil hæmme den effektive konkurrence på et marked i den pågældende medlemsstat betydeligt, og dette marked skal fremstå som et særskilt marked.

– *Philips-sagen*

Retten fastslog, at de to betingelser var opfyldt. For så vidt angår betingelsen om, at fusionen truer med at skabe eller styrke en dominerende stilling, som vil hæmme den effektive konkurrence på et marked i den pågældende medlemsstat betydeligt, bemærkede Retten, at den nye enhed i Frankrig havde et uovertruffet produktudvalg og en varemærkeportefølje uden sidestykke. For så vidt angår den anden betingelse, nemlig at der skal foreligge et særskilt marked, bemærkede Retten, at Frankrig faktisk udgør et sådant marked, navnlig under hensyntagen til prisforskellene, de forskellige varemærker og den nationale struktur for så vidt angår distribution, forsyning og logistik.

Hvad angår det vide skøn, Kommissionen er tillagt, når den skal afgøre, om der skal ske henvisning, bemærkede Retten – efter først at have anført, at Kommissionen ikke kan beslutte at henvise sagen, såfremt det på tidspunktet for behandlingen af henvisningsanmodningen fra den pågældende medlemsstat på grundlag af en række præcise og samstemmende indicier står klart, at henvisningen ikke vil føre til bevarelse eller genoprettelse af en effektiv konkurrence på de pågældende markeder, og dernæst at have præciseret, at den kontrol, Fællesskabets retsinstanser udøver heraf, »skal begrænse sig til en undersøgelse af, om Kommissionen uden at begå en åbenbar skønsfejl kan nå til den konklusion, at henvisningen til de nationale myndigheder gør det muligt at bevare eller genoprette en effektiv konkurrence på det pågældende marked, således at det ikke er nødvendigt, at Kommissionen behandler sagen selv« – at Kommissionen havde udøvet dette skøn korrekt. Retten fastslog ganske vist, at en henvisning til medlemsstaterne kan være i strid med »one-stop-shop«-princippet (de europæiske myndigheder foretager kun én kontrol), når de pågældende produkter henhører under særskilte nationale markeder, men at dette er en risiko, som må anses for at være uadskilleligt forbundet med henvisningsproceduren, således som denne er fastlagt i forordningen.

Retten frifandt som følge heraf Kommissionen for den af Philips nedlagte påstand om annullation af henvisningsbeslutningen.

– *Cableuropa-sagen*

Som i den foregående sag fastslog Retten, at de to betingelser for at henvise undersøgelsen af fusionen til de nationale myndigheder var opfyldt.

I forbindelse med undersøgelsen af Kommissionens vurdering af den anden betingelse præciserede Retten, at markedets karakter af et særskilt marked skal bestemmes på grundlag af, for det første, en afgrænsning af det relevante produkt- eller tjenesteydelsesmarked, og, for det andet, en afgrænsning af det relevante geografiske marked. I det konkrete tilfælde fandt Retten ikke, at Kommissionen havde begået en åbenbart skønsfejl ved at lægge til grund, at de relevante markeder var særskilte nationale markeder. Sagsøgernes argumentation (som byggede på fusionsparternes og deres moderselskabers stærke fodfæste i Europa for så vidt angår såvel aktiviteter inden for telekommunikationsområdet som inden for betalings-tv, på den grænseoverskridende dimension af markedet for audiovisuelle rettigheder til transmission af sportsudsendelser og markedet for visse film, på den omstændighed, at sprogfaktoren er irrelevant for afgrænsningen af den geografiske udstrækning af markederne for betalings-tv, transmission i henhold til audiovisuelle rettigheder og telekommunikation samt på den grænseoverskridende dimension af markederne for telekommunikation, Internet og tilknyttede tjenester) blev således forkastet.

Hvad angår det vide skøn, Kommissionen er tillagt, når den skal afgøre, om der skal ske henvisning af en fusion eller ej, fastslog Retten, at Kommissionen havde udøvet dette skøn uden åbenbare fejl. Retten fastslog således, idet den anvendte den i Philips-dommen fastlagte regel, at Kommissionen havde rimelig grund til at henvise fusionen, eftersom der ikke forelå præcise og samstemmende indicier for, at henvisningen ville være til skade for bevarelsen af en effektiv konkurrence på de relevante markeder, og eftersom de spanske myndigheder havde foretaget en nøjagtig beskrivelse af de konkurrenceproblemer, fusionen gav anledning til.

Retten bemærkede endvidere, at den omstændighed, at en fusion, hvis virkninger er begrænset til de nationale markeder, i det hele henvises til en national konkurrencemyndighed, ikke er i strid med reglen om, at henvisning til nationale myndigheder af en fusion af fællesskabsdimension kun bør ske i undtagelsestilfælde, når de relevante markeder udgør en væsentlig del af det fælles marked.

Under disse omstændigheder frifandt Retten Kommissionen for påstandene om annullation af dens beslutning vedrørende sammenslutningen af Vía Digital og Sogecable.

c) *Annullationssøgsmål angående afslag på godkendelse*

Forslag om tilsagn og Kommissionens accept eller afvisning heraf giver anledning til en række tvister. En anden kilde til tvister er gennemførelsen af de tilsagn, som Kommissionen har forhåndsgodkendt. Navnlig indebærer gennemførelsen i visse tilfælde, at Kommissionen skal godkende køberne af de aktiver, som skal frasælges. Kommissionen kontrollerer i denne forbindelse, at køberen er uafhængig af fusionsparterne, at køberen kan blive en konkurrent på markedet, og at køberens erhvervelse af aktiverne ikke umiddelbart giver anledning til konkurrenceproblemer.

Afslag på godkendelse af de valgte købere kan give anledning til tvist. I *TotalFina/Elf*-sagen havde Kommissionen afvist at godkende de erhververe, som oprindeligt var blevet foreslået af fusionsparterne.

Erklæringen om forenelighed med det fælles marked af fusionen, som bestod i TotalFinas køb af virksomheden Elf Aquitaine, var betinget af, at visse tilsagn blev indfriet³⁷. Ifølge disse tilsagn skulle TotalFina inden for en nærmere angivet frist afhænde 70 servicestationer på de franske motorveje. I september 2000 besluttede Kommissionen inden for rammerne af den foreslåede »pakkelsning« at meddele afslag på godkendelse af to af de købere, som var foreslået af TotalFina, med den begrundelse, at de ikke var i stand til at bevare eller udvikle en effektiv konkurrence på det relevante marked. En af de to vragede købere, SG 2R, som drev virksomhed under navnet »Le Mirabellier«, anlagde sag ved Retten med påstand om annullation af Kommissionens beslutning og indgav samtidig en begæring til Rettens præsident om fastsættelse af foreløbige forholdsregler. Begæringen om foreløbige forholdsregler blev ikke taget til følge, og Kommissionen blev frifundet i hovedsøgsmålet (kendelse afsagt af Rettens præsident den 17.1.2001, sag T-342/00 R, *Petrolessence og SG2R mod Kommissionen*, Sml. II, s. 67, og dom af 3.4.2003, sag T-342/00, *Petrolessence og SG2R mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, Sml. II, s. 1163).

Sagsøgerne havde – i forbindelse med deres anbringende om, at der skulle ske annullation som følge af, at Kommissionen havde foretaget en fejlagtig vurdering af deres ansøgning – anfægtet de betragtninger, Kommissionen havde anført til støtte for sin antagelse af, at sagsøgerne ikke var i stand til at udøve en effektiv konkurrence på det relevante marked.

Retten bemærkede hertil, at de materielle bestemmelser i forordning nr. 4064/89, og navnlig artikel 2, om vurdering af fusioner tillægger Kommissionen et vist skøn, navnlig for så vidt angår de økonomiske vurderinger. Følgelig skal den kontrol, som Fællesskabets retsinstanser udøver med de komplicerede økonomiske vurderinger, Kommissionen foretager som led i sin skønsbeføjelse efter forordning nr. 4064/89, begrænse sig til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, og om der foreligger et åbenbart fejlskøn eller er begået magtfordrejning. Navnlig tilkommer det ikke Retten at sætte sit skøn vedrørende økonomiske forhold i stedet for Kommissionens.

Ved den kontrol med fusioner, som er foreskrevet i forordning nr. 4064/89, skal Kommissionen på grundlag af en analyse af den forventede situation på det pågældende marked vurdere, om den fusion, den skal tage stilling til, fører til en situation, hvor den effektive konkurrence på dette marked hæmmes betydeligt af de virksomheder, der deltager i fusionen. Endvidere kan Kommissionen i medfør af

³⁷ Kommissionens beslutning af 9.2.2000, hvorved en fusion erklæres forenelig med fællesmarkedet (sag COMP/M.1628 –TotalFina/Elf) (EFT L 143, s. 1).

forordningens artikel 8 knytte betingelser og påbud til sin beslutning vedrørende fusionens forenelighed med det fælles marked.

I den konkrete sag fastslog Retten, at sagsøgerne ikke havde godtgjort, at Kommissionens vurdering af deres ansøgning var behæftet med en åbenbar fejl. Det er således blevet bekræftet, at Kommissionen kan afvise ansøgninger fra købere, når det fremgår, at disse ikke kan opfylde formålet med tilsagnene.

d) *Ret til kontradiktion*

Forordning nr. 4064/89 tillægger tredjeparter adgang til kontradiktion (artikel 18, stk. 4). Disse kan således fremsætte deres bemærkninger skriftligt til Kommissionen, bl.a. foranlediget af offentliggørelsen i *Den Europæiske Unions Tidende* af anmeldelsen af en fusion, som er omfattet af forordning nr. 4064/89, eller som svar på en opfordring fra Kommissionen (jf. artikel 16 i forordning nr. 447/98). De kan navnlig gives mulighed for at fremsætte bemærkninger til de tilsagn, som er foreslået af de anmeldende parter, og som skal godtgøre, at fusionen hverken skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt på det relevante marked.

I den ovenfor nævnte dom i sagen *ARD mod Kommissionen* havde sagsøgeren kun haft 24 timer til at fremsætte bemærkninger til de oprindelige tilsagn. Retten fandt ikke, at denne frist kunne påvirke beslutningens lovlighed³⁸.

Dommen i sagen *ARD mod Kommissionen* viser endvidere, at når Kommissionen ikke i medfør af artikel 18, stk. 4, i forordning nr. 4064/89 er forpligtet til i fase II at fremsende den endelige udgave af de tilsagn, som er afgivet af de deltagende virksomheder på grundlag af Kommissionens indvendinger, til de tredjeparter, som har en berettiget interesse heri, efter at der bl.a. er indhentet bemærkninger fra disse tredjeparter vedrørende de forslag om tilsagn, som er affattet af de deltagende virksomheder (dom af 27.11.1997, sag T-290/94, *Kaysersberg mod Kommissionen*, Sml. II, s. 2137), er dette så meget desto mindre tilfældet for så vidt angår en beslutning truffet efter fase I. Den omstændighed, at ARD – der som interesseret tredjepart allerede var blevet hørt af Kommissionen under samme procedure – ikke var blevet hørt vedrørende en af ændringerne til de oprindelige tilsagn, kunne således ikke medføre beslutningens ugyldighed.

³⁸ Det er således oplagt, at Retten til BaByliss' anbringende om, at den frist på 12 dage, selskabet havde fået til at fremsætte sine bemærkninger, ikke var tilstrækkelig, bemærkede, at en sådan frist »åbenbart [var] mere end tilstrækkelig«.

D. Statsstøtte

1. Forhold, som skal foreligge, for at der er tale om statsstøtte

Ifølge fast retspraksis udgør offentlige myndigheders kapitaltilførsler til virksomheder ikke statsstøtte i henhold til artikel 87 EF, når en privat investor, som handler under normale markedsøkonomiske betingelser, og som er af en størrelse, der kan sammenlignes med den offentlige sektors forvaltningsorganer, under tilsvarende omstændigheder kunne være foranlediget til at foretage den omhandlede kapitaltilførsel (Domstolens dom af 21.3.1990, sag C-142/87, *Belgien mod Kommissionen*, Sml. I, s. 959).

To domme har givet Retten anledning til at præcisere begrebet »privat investor, som handler under normale markedsøkonomiske betingelser«.

Dom af 6. marts 2003 (forenede sager T-228/99 og T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen*, Sml. II, s. 445) vedrørte konsekvenserne af en lov af 18. december 1991, hvorved delstaten Nordrhein-Westfalen havde overdraget Wohnungsbauförderungsanstalt, en offentligretlig institution, som ejedes fuldstændigt af delstaten, til Westdeutsche Landesbank Girozentrale, en offentligretlig kreditinstitution. Overdragelsen gav ikke anledning til en forøgelse af delstatens andel af indskudskapitalen, men en årlig kontant godtgørelse på 0,6% efter skat. Ved beslutning af 8. juli 1999³⁹ meddelte Kommissionen, at foranstaltningen udgjorde statsstøtte, som var ulovlig og uforenelig med fællesmarkedet, for så vidt som en privat investor, som handler under normale markedsøkonomiske betingelser, ville have krævet en passende godtgørelse for kapitalindskuddet. En godtgørelse, der ville svare til markedsvilkårene, skulle have været fastsat til 9,3 % efter skat om året.

Retten afviste for det første sagsøgernes antagelse om, at artikel 295 EF, som bestemmer, at EF-traktaten »[ikke berører] de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne«, begrænser statsstøttebegrebet i henhold til artikel 87, stk. 1, EF⁴⁰.

Retten bemærkede for det andet, at med henblik på at bedømme, om en statslig foranstaltning udgør støtte, er spørgsmålet om, hvorvidt den virksomhed, der har modtaget støtten, er rentabel eller ikke, principielt ikke i sig selv afgørende. Spørgsmålet skal derimod tages i betragtning ved afgørelsen af, om den offentlige

³⁹ Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8.7.1999 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank Girozentrale (EFT L 150 s. 1).

⁴⁰ Jf. endvidere Rettens dom af 5.8.2003 (forenede sager T-116/01 og T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 152).

investor har handlet som en markedsøkonomisk investor, eller om den begunstigede virksomhed har fået en økonomisk fordel, som den ikke ville have fået under normale markedsvilkår.

Retten fandt, idet den for det tredje anvendte begrebet privat investor, som handler under normale markedsøkonomiske betingelser, at for at fastslå, om og i givet fald i hvilket omfang den begunstigede virksomhed opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår, kan Kommissionen anvende den gennemsnitlige forrentning i den pågældende sektor som et kriterium. Retten præciserede imidlertid, at anvendelsen af dette analyseredskab ikke fritager Kommissionen fra dens forpligtelse til i tilstrækkeligt omfang at begrunde sin endelige beslutning, at foretage en fuldstændig gennemgang af alle de væsentlige elementer i den omtvistede transaktion og af dens sammenhæng og særligt at tage hensyn til den mulighed, at den pågældende støtte eventuelt opfylder undtagelsesbetingelserne for at være tilladt i artikel 86, stk. 2, EF. Retten fandt ikke, at Kommissionen i tilstrækkelig grad havde begrundet valget af to af de faktorer, den havde taget i betragtning ved beregningen af satsen for en passende forrentning, nemlig dels størrelsen af basisforrentningssatsen, dels størrelsen af tillægget til denne basisforrentningssats, som skulle tilpasse den foranstaltningens særlige kendetegn. Henset til disse faktorer væsentlige betydning i den anfægtede beslutning fandt Retten, at den anfægtede beslutning skulle annulleres.

Dom af 5. august 2003 (forenede sager T-116/01 og T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya) og Diputación Foral de Vizcaya mod Kommissionen*, under appel sag C-442/03 P) var en af flere sager, der fulgte efter Rettens dom af 28. januar 1999 (sag T-14/96, *BAI mod Kommissionen*, Sml. II, s. 139), hvorved Retten havde annulleret en beslutning fra Kommissionen, som havde fastslået, at en aftale indgået mellem Diputación Foral de Vizcaya (provinsrådet i Vizcaya) og den baskiske lokalregerings ministerium for handel og turisme, på den ene side, og P&O European Ferries («P&O Ferries»), på den anden side, ikke udgjorde statsstøtte. Aftalen vedrørte rutesejlsads, hvorved de myndigheder, som havde underskrevet aftalen, købte rejsekuponer til anvendelse på ruten Bilbao-Portsmouth.

Efter at have genåbnet proceduren med henblik på at tage følgerne af Rettens dom i betragtning, konstaterede Kommissionen, at mens Vizcayas provinsråd havde anført, at formålet med dets køb af rejsekuponer var at lette og yde støtte til rejser for visse indbyggere, var det samlede antal rejsekuponer, provinsrådet havde købt, imidlertid ikke fastsat i relation til dets reelle behov og svarede således ikke til de faktiske sociale behov⁴¹.

⁴¹ Kommissionens beslutning 2001/247/EF af 29.11.2000 om Spaniens støtte til søtransportselskabet Ferries Golfo de Vizcaya (EFT L 89, s. 28).

Retten bekræftede denne vurdering ved at fastslå, at den blotte omstændighed, at en medlemsstat har købt varer og tjenesteydelser på markedsvilkår, ikke er tilstrækkeligt til, at denne transaktion må anses for at være en kommerciel disposition, gennemført på vilkår, som en privat investor ville have accepteret, hvis det skulle vise sig, at den pågældende medlemsstat ikke havde et faktisk behov for disse varer og tjenesteydelser. Retten konstaterede i øvrigt, at der var en række faktorer, som pegede i retning af, at det måtte lægges til grund, at Vizcayas provinsråd ikke indgik aftalen for at opfylde faktiske behov, og konkluderede, at det var med rette, at Kommissionen havde kvalificeret den anfægtede aftale som statsstøtte.

Retten præciserede endvidere i denne dom, at den omstændighed, at Kommissionen oprindeligt vedtog en positiv beslutning om godkendelse af den omtvistede støtte, ikke har kunnet skabe en berettiget forventning hos støttemodtageren, idet denne beslutning blev anfægtet inden for søgsmålsfristen og herefter annulleret af Fællesskabets retsinstanser.

2. Procedurespørgsmål

I to domme af 10. april 2003 (sag T-366/00, *Scott mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1766, under appel sag C-276/03 P, og sag T-369/00, *Département du Loiret mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1793) præciserede Retten betingelserne for anvendelse af Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel [88]⁴², som indeholder processuelle regler vedrørende statsstøtte. Retten bemærker i disse to domme, at processuelle regler, til forskel fra materielretlige regler, almindeligvis antages at finde anvendelse i samtlige tvister, der verserer på ikrafttrædelsestidspunktet. Da Retten fandt, at bestemmelserne i forordning nr. 659/1999, herunder forældelsesreglen i artikel 15, er af processuel karakter, udledte den heraf, at bestemmelserne finder anvendelse på alle administrative procedurer om statsstøtte, der verserede for Kommissionen på tidspunktet for ikrafttrædelsen af forordning nr. 659/1999, dvs. den 16. april 1999.

Retten præciserede endvidere, at en begæring om oplysninger, som Kommissionen tilsender en medlemsstats myndigheder, udgør en foranstaltning, som afbryder forældelsesfristen på ti år, selv om støttemodtageren på daværende tidspunkt ikke havde kendskab til denne skrivelse.

E. Handelsmæssige beskyttelsesforanstaltninger

I 2003 afsagde Retten to domme om handelsmæssige beskyttelsesforanstaltninger.

⁴²

EFT L 83, s. 1.

I dommen af 23. oktober 2003 i sagen *Changzhou Hailong Electronics & Light Fixtures og Zhejiang Yankon mod Rådet* (sag T-255/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) har Retten præciseret, på hvilke betingelser en vares normale værdi efter betydningen i Rådets forordning (EF) nr. 384/96 af 22. december 1995 om beskyttelse mod dumpingimport fra lande, der ikke er medlemmer af Det Europæiske Fællesskab⁴³, kan bestemmes efter reglerne for lande med markedsøkonomi, såfremt de pågældende indførsler hidrører fra Folkerepublikken Kina.

Man vil dernæst bemærke dommen af 8. juli 2003 i sagen *Euroalliages m.fl. mod Kommissionen* (sag T-132/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) om betingelserne for, at en handelsmæssig beskyttelsesforanstaltning, der er udløbet, kan eller skal opretholdes, samt om omfanget af Rettens prøvelse af Kommissionens vurdering af »Fællesskabets interesse« som omhandlet i forordning nr. 384/96.

I sidstnævnte sag nedlagde sagsøgerne påstand om annullation af en afgørelse truffet af Kommissionen⁴⁴ om afslutning af en antidumpingprocedure vedrørende importen af ferrosilicium med oprindelse i Brasilien, Kina, Kazakstan, Rusland, Ukraine og Venezuela, hvori Kommissionen havde antaget, at en opretholdelse af de pågældende foranstaltninger efter deres udløb ville være i strid med Fællesskabets interesser, selv om der var risiko for, at foranstaltningernes udløb ville bidrage til, at dumping og den deraf følgende skade fortsatte eller optrådte på ny.

Retten fastslog, at betingelserne for at opretholde en antidumpingforanstaltning, der udløber, mutatis mutandis var de samme som betingelserne for at indføre nye foranstaltninger. Efter at have fastslået, at forordning nr. 384/96 ikke gav den fællesskabsindustri, der optrådte som klager i sagen, en ret til indførelse af beskyttelsesforanstaltninger, heller ikke når det var godtgjort, at der forelå dumping og en skade, konkluderede Retten, at det samme gælder for opretholdelse af en foranstaltning, der udløber, selv når det er fastslået, at dumping og skaden sandsynligvis vil fortsætte eller optræde på ny.

Retten præciserede dernæst, at Kommissionens vurdering af Fællesskabets interesse indebærer en vurdering af komplicerede økonomiske forhold og udspringer af et økonomisk-politisk valg, således at det ikke tilkommer Fællesskabets retsinstanser at sætte deres vurdering i stedet for de kompetente institutioners for at foretage dette valg. Det tilkommer imidlertid Fællesskabets retsinstanser bl.a. at efterprøve, om Kommissionen har overholdt procedurereglerne i forordning nr. 384/96. Under denne efterprøvelse præciserede Retten, at Kommissionen ved vurderingen af Fællesskabets interesse ikke blot har ret, men også pligt til at foretage en samlet vurdering af

⁴³ EFT L 56, s. 1.

⁴⁴ Kommissionens afgørelse 2001/230/EF af 21.2.2001 om afslutning af antidumpingproceduren vedrørende importen af ferrosilicium med oprindelse i Brasilien, Folkerepublikken Kina, Kazakstan, Rusland, Ukraine og Venezuela (EFT L 84, s. 36).

forholdene på det marked, der berøres af foranstaltningerne, og på andre markeder, som disse foranstaltninger har virkninger på, hvilket indebærer, at den kan tage enhver omstændighed i betragtning, der kan være relevant for dens vurdering, uanset dens kilde, på betingelse af, at den sikrer sig, at den er repræsentativ og stabil.

F. EF-varemærker

Registreringen af EF-varemærker giver fremover anledning til et væsentligt antal sager. I 2003 blev der nemlig anlagt 100 sager med påstand om annullation af afgørelser truffet af appelkamrene ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM).

Selv om antallet af afgjorte sager er lavere end antallet af anlagte sager, er antallet af afgjorte sager ved Retten steget, eftersom 47 sager er blevet afgjort (24 ved domme og resten ved kendelser) mod 29 i 2002. Det bemærkes, at størstedelen af de sager, hvor der er truffet afgørelse ved dom, er såkaldte »inter partes«-sager, hvilket netop kan føres tilbage til det forhold, at sagen i det væsentligste har sin oprindelse i en indsigelsessag rejst ved Harmoniseringskontoret af en borger.

Af hensyn til klarheden bemærkes, at ifølge Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker ⁴⁵ er et varemærke udelukket fra registrering, hvis det mangler fornødent særpræg [artikel 7, stk. 1, litra b)], hvis det er beskrivende [artikel 7, stk. 1, litra c)] (absolutte registreringshindringer), eller i tilfælde af, at der rejses indsigelse på grundlag af et ældre varemærke, der er beskyttet i en medlemsstat eller som et EF-varemærke (artikel 8) (relative registreringshindringer). Et EF-varemærke kan i henhold til samme forordnings artikel 51, stk. 1, ligeledes erklæres ugyldigt af Harmoniseringskontoret efter indgivelse af begæring herom.

1. Absolutte registreringshindringer

Retten har i ti tilfælde truffet afgørelse ved dom om lovligheden af afgørelser truffet af appelkamrene vedrørende absolutte registreringshindringer, hvoraf Retten annullerede to afgørelser (dom af 6.3.2003, sag T-128/01, *DaimlerChrysler mod KHIM (kølergitter)*, Sml. II, s. 703, og af 3.12.2003, sag T-305/02, *Nestlé Waters France mod KHIM (en flaskes form)*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), men opretholdt Harmoniseringskontorets afgørelser i de øvrige sager (dom af 5.3.2003, sag T-194/01, *Unilever mod KHIM (ægformet tablet)*, Sml. II, s. 386, af 30.4.2003, forenede sager T-324/01 og T-110/02, *Axions og Belce mod KHIM (formen af en brun cigar og formen af en guldbarre)*, Sml. II, s. 1900, af 3.7.2003, sag T-122/01, *Best Buy Concepts mod KHIM (BEST BUY)*, af 9.7.2003, sag T-234/01, *Stihl mod KHIM (farvekombinationen orange og grå)*, af 15.10.2003, sag T-295/01, *Nordmilch mod KHIM (OLDENBURGER)*, af 26.11.2003, sag T-222/02, *HERON Robotunits mod KHIM*

⁴⁵

EFT 1994 L 11, s. 1.

(ROBOTUNITS) af 27.11.2003, sag T-348/02, *Quick mod KHIM (Quick)*, og af 3.12.2003, sag T-16/02, *Audi mod KHIM (TDI)*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

Hvad angår de processuelle aspekter fastslog Retten, at da formålet med en sag, der er indbragt for denne ret, er at få efterprøvet lovligheden af afgørelser fra Harmoniseringskontorets appelkamre, skal beviser, der først fremlægges for Retten, forkastes (*kølergitter*-dommen).

Hvad angår realiteten har Retten haft lejlighed til at præcisere, at ord, formen på varen, formen på varens emballage, en farve eller en farvekombination kan registreres som EF-varemærker, medmindre det bl.a. handler om tegn, der er almindeligt anvendt i markedsføringen af de pågældende varer og tjenesteydelser. Hertil bemærkede Retten, at et varemærkes fornødne særpræg skal bedømmes dels i forhold til de varer eller tjenesteydelser, der er ansøgt om registrering for, dels i forhold til opfattelsen hos den relevante kundekreds, der består af kunderne til disse varer eller tjenesteydelser. Desuden er det tilstrækkeligt med et minimum af særpræg for, at registreringshindringen i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/96 ikke finder anvendelse.

Med hensyn til disse principper fastslog Retten, at et tegn, der repræsenterer kølergitteret foran på et køretøj, kan indvirke på målgruppens hukommelse som en angivelse af den handelsmæssige oprindelse og således adskille og individualisere motorkøretøjer, der har det nævnte kølergitter, fra køretøjer, der hidrører fra andre virksomheder, således at det på grund af dets særprægede karakter ikke kan anses for et billede, der naturligt tænkes på som den typiske gengivelse af et moderne kølergitter. Som følge heraf annullerede Retten den anfægtede afgørelse (*kølergitter*-dommen). I dommen vedrørende *en flaskes form* anvendte Retten den samme tilgang og fastslog, at en flaskes form, som følge af dens særlige udseende, kan fastholde den berørte kundekreds' opmærksomhed og have fornødent særpræg.

Retten fastslog derimod – idet den opretholdt appelkamrenes afgørelser – at en ægform for produkter for opvaskemaskiner (dom vedrørende *en ægformet tablet*), en tredimensional form, der afbilder en brun cigar, og en tredimensional form, der afbilder en guldbarre for chokolade (dom vedrørende *formen af en brun cigar og formen af en guldbarre*), ordmærket BEST BUY for tjenesteydelser, der består i rådgivning ved virksomhedsledelse, samt farvekombinationen orange og grå for mekaniske apparater (dom vedrørende *farvekombinationen orange og grå*) ikke har fornødent særpræg.

I flere tilfælde fandt Retten, at et tegns særpræg ikke kan udledes af et markedsføringskoncept, hvor der er tale om »sortimenteffekten«, der består i at antyde over for forbrugeren, at forskellige varer har samme handelsmæssige oprindelse, fordi de generelt markedsføres sammen (dom vedrørende *farvekombinationen orange og*

grå), eller på grund af den høje pris på varen (dom vedrørende *formen af en brun cigar og formen af en guldbarre*).

Hvad angår appelkamrenes afgørelser, der fastslår den beskrivende egenskab af visse varemærker, der er søgt registreret, opretholdt Retten dem alle, enten fordi det ansøgte varemærke udelukkende var sammensat af et ordmærke, som oplyser eller kan oplyse den relevante kundekreds om bestemte varers geografiske oprindelse (*OLDENBURGER*-dommen), eller fordi varemærket kunne tjene til at betegne et af flere mulige anvendelsesformål ved de varer, der er nævnt i varemærkeansøgningen (*ROBOTUNITS*-dommen), eller det angav en egenskab ved de pågældende varer, i dette tilfælde den hurtighed, med hvilken de pågældende varer kan tilberedes og serveres (*Quick*-dommen), eller den væsentligste egenskab ved køretøjer og reparationstjenesteydelser (*TDI*-dommen).

Endelig bestemmer artikel 7, stk. 1, litra f), i forordning nr. 40/94, at et varemærke er udelukket fra registrering, når det strider mod den offentlige orden eller sædelighed. Ifølge Retten omfatter denne bestemmelse ikke det tilfælde, hvor en ansøger handler i ond tro (dom af 9.4.2002, sag T-224/01, *Durferrit mod KHIM – Kolene (NU-TRIDE)*, Sml. II, s. 1592).

2. Relative registreringshindringer

Først bemærkes, at en aftale indgået mellem varemærkeansøgeren og den part, der rejser indsigelser, som meddeles Harmoniseringskontoret, og som består i, at indsigelsen trækkes tilbage, fører til, at det er ufornuddent for Retten at træffe afgørelse (kendelser af 26.2.2003, sag T-7/02, *Zapf Creation mod KHIM – Jesmar (Colette Zapf Creation)*, Sml. II, s. 271, og sag T-8/02, *Zapf Creation mod KHIM – Jesmar (Colette Zapf Creation Kombi Collection)*, Sml. II, s. 279, og kendelse af 3.7.2003, sag T-10/01, *Lichter Pharma mod KHIM – Biofarma (Sedonium)*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

Endvidere tiltrådte retspraksis de elementer, der skal tages i betragtning for at fastslå, om der er en risiko for forveksling eller i givet fald en risiko for, at der antages at være en forbindelse [artikel 8, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94], og efterprøvede, om appelkamrene korrekt havde taget disse elementer i betragtning. Efter at Retten således havde udført disse sammenligninger, fastslog den – i overensstemmelse med appelkamrenes afgørelser – at der i offentlighedens bevidsthed er en risiko for forveksling mellem det varemærke, der søges registreret, og et ældre beskyttet varemærke (dom af 15.1.2003, sag T-99/01, *Mystery Drinks mod KHIM – Carlsberg Brauerei (MYSTERY)*, Sml. II, s. 43, af 3.7.2003, sag T-129/01, *José Alejandro mod KHIM – Anheuser-Busch (BUDMEN)*, af 4.11.2003, sag T-85/02, *Pedro Díaz mod KHIM – Granjas Castelló (CASTILLO)*, og af 25.11.2003, sag T-286/02, *Oriental Kitchen mod KHIM – Mou Dybfrost (KIAP MOU)*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), eller modsat, at denne risiko ikke foreligger (*NU-TRIDE*-dommen, dom af

9.7.2003, sag T-162/01, *Laboratoires RTB mod KHIM – Giorgio Beverly Hills (GEORGIO BEVERLY HILLS)*, og af 22.10.2003, sag T-311/01, *Éditions Albert René mod KHIM – Trucco (Starix)*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), lige så lidt som en risiko for, at der kan antages at være en forbindelse (*NU-TRIDE*-dommen).

Derimod omgjorde Retten i dom af 14. oktober 2003 (*Phillips-Van Heusen mod KHIM – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS)*, sag T-292/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) i henhold til artikel 63, stk. 3, i forordning nr. 40/94 et appelkammers afgørelse, der annullerede indsigelsesafdelingens afgørelse og gav medhold i indsigelsen for en kategori af varer. Retten fandt – i modsætning til appelkammeret – at der ikke var risiko for forveksling mellem ordmærket BASS, der var søgt registreret som EF-varemærke, og ordmærket PASH, der allerede var registreret som varemærke i Tyskland, og som begge anvendes for beklædningsgenstande. Retten omgjorde derfor appelkammerets afgørelse, således at klagen, som intervenienten havde indgivet til Harmoniseringskontoret, blev afvist.

Endelig bemærkede Retten, at de af Harmoniseringskontoret nedlagte påstande om, at »der tages hensyn til parternes indlæg«, ikke kan realitetsbehandles, eftersom Harmoniseringskontoret, der formelt er sagsøgt i sagen for Retten, hverken har taget stilling til sagsøgerens krav eller til den anfægtede afgørelses resultat (*MYSTERY*-dommen).

3. Ugyldighedsbegæring indgivet til Harmoniseringskontoret

Et varemærkes ugyldighed er absolut eller relativ alt efter ugyldighedsgrundene.

De absolutte grunde til et varemærkes ugyldighed er nævnt i artikel 51 i forordning nr. 40/94. Harmoniseringskontorets indsigelsesafdelings afgørelse, der ligger til grund for dommen af 5. marts 2003, *Alcon mod KHIM – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS)* (sag T-237/01, Sml. II, s. 415, under appel sag C-192/03 P), erklærede et varemærke ugyldigt på grundlag af denne forordnings artikel 7, stk. 1, litra d), der forhindrer – og der er tale om en absolut registreringshindring – registrering af varemærker, som udelukkende består af tegn eller angivelser, der i daglig sprogbrug eller efter redelig og almindelig markedsføringsskik er blevet almindelige som betegnelse for varerne eller tjenesteydelserne. Appelkammeret havde afvist klagen over denne afgørelse. Retten frifandt Harmoniseringskontoret i søgsmålet, der var anlagt til prøvelse af appelkammerets afgørelse, idet den fastslog, at »BSS« var blevet en almindeligt betegnelse for læger, at varemærket BSS ikke havde fået fornødent særpræg som følge af brug i en væsentlig del af Den Europæiske Union.

De relative grunde til et varemærkes ugyldighed er fastsat i artikel 52 i forordning nr. 40/94. Ved dom af 9. juli 2003, *Laboratorios RTB mod KHIM – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE)* (sag T-156/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) frifandt Retten Harmoniseringskontoret i en sag anlagt af selskabet Laboratorios RTB til

prøvelse af en afgørelse truffet af appelkammeret, der annullerede indsigelsesafdelingens afgørelse og ikke tog begæringen om et EF-varemærkes ugyldighed til følge. Retten opretholdt følgelig de konklusioner, hvorefter der dels ikke var ført bevis for, at der inden for de seneste fem år forud for begæringen om ugyldighed var gjort reel brug af de ældre varemærker – idet den anførte, hvilke beviser der kræves for, at reel brug betragtes som godtgjort – dels at der ikke er nogen risiko for forveksling mellem EF-varemærket GIORGIO AIRE (for toiletartikler) og de ældre spanske varemærker, der indeholdt ordene »giorgi line« og »miss giorgi« for identiske varer.

4. Spørgsmål vedrørende form

Artikel 73 i forordning nr. 40/94 bestemmer, at Harmoniseringskontorets afgørelser skal begrundes⁴⁶. I *TDI*-dommen fastslog Retten, at appelkammeret var forpligtet at anføre grundene til, at det ikke på grundlag af de beviser, som Audi havde fremlagt, kunne fastslås, at det ansøgte varemærke havde fået fornødent særpræg ved brug. Herefter udtalte Retten imidlertid, at den kendsgerning, at appelkammeret ved Harmoniseringskontoret havde tilsidesat sin begrundelsespligt, ikke er tilstrækkelig til at annullere appelkammerets afgørelse, når en ny afgørelse fra Harmoniseringskontoret nødvendigvis ville føre til samme resultat som den første afgørelse.

Samme artikel, andet led, bestemmer, at Harmoniseringskontorets afgørelser kun må støttes på grunde, som parterne har haft lejlighed til at udtale sig om. Tilsidesættelse af denne bestemmelse af en undersøger ved Harmoniseringskontoret forpligter ikke appelkammeret til at annullere afgørelsen truffet af denne undersøger, når afgørelsen ikke er retsstridig hvad angår realiteten (*TDI*-dommen).

Som det allerede blev fastslået i dom af 12. marts 2003, *Goulbourn mod KHIM – Redcats (Silk Cocoon)* (sag T-174/01, Sml. II, s. 791), kræver en retfærdig sagsbehandling og det almindelige princip om beskyttelse af den berettigede forventning i en sådan situation, at denne bestemmelse fortolkes således, at appelkammeret er forpligtet til på forhånd at oplyse den pågældende part om, at det vil tage hensyn til en omstændighed, der, idet den er blevet påberåbt af den anden part efter udløbet af den frist, der er fastsat herfor under en indsigelsessag, ikke er blevet taget i betragtning i indsigelsesafdelingens afgørelse, således at den berørte part kan vurdere muligheden for at indgive realitetsbemærkninger vedrørende denne omstændighed. En sådan forpligtelse foreligger, selv om den anden part igen påberåbte sig denne omstændighed i de bemærkninger, han indgav til appelkammeret. Appelkammerets afgørelse blev annulleret, da det ikke havde overholdt denne forpligtelse.

⁴⁶ Jf. ligeledes regel 50, stk. 2, litra h), i Kommissionens forordning (EF) nr. 2868/95 af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1).

5. Funktionel kontinuitet af Harmoniseringskontorets enheder

For at der kan gives medhold i en indsigelsesbegæring skal indehaveren af det ældre varemærke i givet fald godtgøre, at det er gjort »reel brug« heraf (artikel 43, stk. 2, i forordning nr. 40/94). Spørgsmålet er, om et appelkammer i det tilfælde, hvor indsigeren har indgivet klage over, at indsigelsen er blevet forkastet af Harmoniseringskontorets kompetente myndighed på grundlag af utilstrækkelige beviser, ligeledes skal fastslå, at det ikke var forpligtet til på udtømmende måde at prøve denne afdelings afgørelse. Dette spørgsmål besvarede Retten i dom af 23. september 2003, *Henkel mod KHIM – LHS (Det Forenede Kongerige) (KLEENCARE)* (sag T-308/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), med, at denne retspraksis, hvorefter der er funktionel kontinuitet mellem undersøgeren og appelkamrene, ligeledes finder anvendelse på forholdet mellem de andre enheder ved Harmoniseringskontoret, der træffer afgørelse i første instans, såsom indsigelses- og annullationsafdelingerne og appelkamrene, og at Harmoniseringskontorets appelkamres kompetence således indebærer en efterprøvelse af afgørelser truffet af de enheder, der træffer afgørelse i første instans. Retten fastslog, at selv om den part, der har indgivet klagen for appelkammeret, ikke har fremsat et specifikt anbringende, er appelkammeret ikke desto mindre forpligtet til – i lyset af alle de relevante retlige og faktiske oplysninger – at prøve, om en ny afgørelse med samme konklusion som den afgørelse, der er genstand for klagen, lovligt kan – eller ikke kan – træffes på det tidspunkt, hvor der træffes afgørelse om klagen. Heraf følger, at appelkammeret er forpligtet til at støtte sin afgørelse på alle de faktiske og retlige elementer, som den berørte part har fremlagt, dels i sagen for den afdeling, der har truffet afgørelse i første instans, og dels – med den ene undtagelse, der nævnes i artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94⁴⁷ – i klagesagen. I denne sag fastslog Retten, at appelkammeret havde undladt at vurdere beviserne, som sagsøgeren havde fremlagt i sagen for indsigelsesafdelingen.

G. Aktindsigt

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter⁴⁸ fastsætter en ret til aktindsigt i dokumenter, som en institution er i besiddelse af, dvs. dokumenter, som den har udarbejdet eller modtaget.

I en sag mellem en borger og Kommissionen efterprøvede Retten, om Kommissionen lovligt kunne afslå aktindsigt i dokumenter, som den havde modtaget, men som var udarbejdet af de italienske myndigheder. Retten bemærkede i den forbindelse, at

⁴⁷ Artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94 bestemmer: »Harmoniseringskontoret kan se bort fra kendsgerninger og beviser, som ikke er påberåbt eller fremført rettidigt af de pågældende parter.«

⁴⁸ EFT L 145, s. 43.

institutionerne i givet fald kan anmodes om at give indsigt i dokumenter, der stammer fra tredjemand, hvilket begreb bl.a. omfatter medlemsstaterne. Retten bemærkede dog, at medlemsstaterne indtager en særstilling, idet artikel 4, stk. 5, i forordning nr. 1049/2001 indrømmer en medlemsstat mulighed for at anmode en institution om ikke at give aktindsigt i et dokument, som hidrører fra medlemsstaten, uden dens forudgående samtykke. Da de italienske myndigheder i den foreliggende sag modsatte sig, at sagsøgeren fik aktindsigt i et af dem udarbejdet dokument, var Kommissionens afslag på aktindsigten således berettiget (dom af 17.9.2003, sag T-76/02, *Messina mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

Der var ingen andre sager i 2003, der omhandlede lovligheden af beslutninger om afslag truffet i henhold til forordning nr. 1049/2001.

H. Folkesundhed

Markedsføringstilladelse for visse stoffer eller tilbagekaldelse af sådanne gav anledning til sagsanlæg ved Retten.

Mens Retten i dom af 28. januar 2003, *Laboratoires Servier mod Kommissionen* (sag T-147/00, Sml. II, s. 85, under appel sag C-156/03 P), annullerede en kommissionsbeslutning om tilbagekaldelse af markedsføringstilladelse for humanmedicinske lægemidler, der indeholder visse stoffer, af grunde, der svarer til dem, der gav anledning til Rettens dom af 26. november 2002, *Artogodan m.fl. mod Kommissionen* (forenede sager T-74/00, T-76/00, T-83/00 – T-85/00, T-132/00, T-137/00 og T-141/00, Sml. II, s. 4945, der er kommenteret i *Årsrapporten 2002*), frifandt Retten sagsøgte i dom af 21. oktober 2003, *Solvay Pharmaceuticals mod Rådet* (sag T-392/02, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), hvorunder der var sået tvivl om lovligheden af en rådsforordning, der tilbagekalder godkendelsen af et stof – nifursol – der anvendes i foderstoffer ⁴⁹.

I denne dom gjorde sagsøgeren hovedsageligt gældende, at risikoen for menneskers sundhed, som den anfægtede forordning baserede sig på, var rent hypotetisk. Retten slog fast, at forsigtighedsprincippet er et generelt fællesskabsretligt princip, der pålægger de berørte myndigheder inden for rammerne af udøvelsen af de beføjelser, som de er tillagt ved de relevante forskrifter, at træffe passende foranstaltninger med henblik på at komme visse potentielle risici for folkesundheden, sikkerheden og miljøet i forkøbet ved at give de krav, der er forbundet med beskyttelsen af disse interesser, forrang for økonomiske interesser. Inden for sundhedsområdet indebærer dette princip ifølge en således fast retspraksis, at når der er usikkerhed med hensyn til, om og i givet

⁴⁹ Rådets forordning (EF) nr. 1756/2002 af 23.9.2002 om ændring af Rådets direktiv 70/524/EØF om tilsætningsstoffer til foderstoffer for så vidt angår tilbagekaldelse af godkendelse af et tilsætningsstof og om ændring af Kommissionens forordning (EF) nr. 2430/1999 (EFT L 265, s. 1).

fald i hvilket omfang der er risiko for menneskers sundhed, kan institutionerne træffe beskyttelsesforanstaltninger uden at afvente, at det fuldt ud påvises, at der er en risiko, og hvilket omfang denne har.

For så vidt angår udstrækningen af den kompetente institutions skønsbeføjelse bemærkede Retten, at når den videnskabelige vurdering ikke gør det muligt med tilstrækkelig sikkerhed at fastslå, at der foreligger en risiko, afhænger anvendelsen af eller den manglende anvendelse af forsigtighedsprincippet af det beskyttelsesniveau, der vælges af den kompetente myndighed under myndighedens udøvelse af sine skønsbeføjelser, henset til de prioriteter, som myndigheden har fastsat med hensyn til de formål, den forfølger i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i traktaten og afledt ret, idet Retten præciserede, at dette valg imidlertid skal stemme overens med princippet om, at beskyttelsen af folkesundheden, sikkerheden og miljøet har forrang for økonomiske interesser samt proportionalitetsprincippet og forbuddet mod forskelsbehandling.

Da anvendelsen af forsigtighedsprincippet var undergivet en begrænset domstolskontrol, fandt Retten, at der ikke var foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved vurderingen af de videnskabelige udtalelser, og at det således lovligt kunne konkluderes, at tilbagekaldelsen af godkendelsen af nifursol var begrundet i afgørende indicier, der gjorde det muligt med rimelighed at betvivle stoffets uskadelighed. Det blev i denne forbindelse bemærket, at forsigtighedsprincippet har til formål at forebygge potentielle risici, men at rent hypotetiske risici – der hviler på rene uunderbyggede videnskabelige hypoteser – derimod ikke kan lægges til grund.

I dom af 18. december 2003, *Olivieri mod Kommissionen og Det Europæiske Agentur for Lægemiddelvurdering* (sag T-326/99, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), der afviser et søgsmål om annullation af en kommissionsbeslutning om udstedelse af en markedsføringstilladelse for et lægemiddel (jf. ovenfor), understregede Retten i øvrigt, at Kommissionen bistået af Det Europæiske Agentur for Lægemiddelvurdering skal kontrollere, at de oplysninger, der fremlægges af ansøgeren om markedsføringstilladelse, er korrekte, og at de adækvat og tilstrækkeligt påviser lægemidlets kvalitet, sikkerhed og effekt.

I. Fællesskabsfinansieringer

For perioden 2000-2006 er de strukturelle finansielle aktioner, der nævnes i artikel 159 EF, reguleret ved Rådets forordning (EF) nr. 1260/1999 af 21. juni 1999 om vedtagelse af generelle bestemmelser for strukturfondene⁵⁰. I 2003 har Retten imidlertid endnu ikke afgjort tvister om den nye ordnings gennemførelse. Rettens domme har i det væsentlige vedrørt lovligheden af Kommissionens beslutninger om nedsættelse,

⁵⁰ EFT L 161, s. 1.

suspension eller ophævelse af tilskud i henhold til de bestemmelser, der gik forud for forordning nr. 1260/1999, nemlig forordning nr. 2052/88⁵¹ og nr. 4253/88⁵².

I almindelighed er de anbringender, der oftest påberåbes til støtte for påstande om annullation af Kommissionens beslutninger om nedsættelse eller bortfald af et tilskud, for det første fejlagtig vurdering af de faktiske omstændigheder, for det andet tilsidesættelse af det almindelige princip om retten til kontradiktion og for det tredje tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

Med hensyn til anbringendet om fejlagtig vurdering med hensyn til uregelmæssigheder, som Kommissionen har lagt til grund, har Retten efter en detaljeret undersøgelse i dommen af 30. september 2003 i sagen *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis mod Kommissionen* (sag T-196/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) givet sagsøgeren delvis medhold heri, hvilket har ført til annullation af en beslutning om ophævelse af en støtte fra Den Europæiske Udviklings- og Garantifond for Landbruget, Udviklingssektionen (EUGFL).

Retten til kontradiktion under enhver procedure, der iværksættes over for en person, og som kan munde ud i en retsakt, der indeholder et klagepunkt mod den pågældende, er et grundlæggende fællesskabsretligt princip, som skal overholdes, selv om der ikke er fastsat nogen bestemmelser vedrørende den pågældende procedure. Kontradiktionsprincippet indebærer, at de adressater for en beslutning, hvis interesser i væsentlig grad berøres deraf, skal have mulighed for at gøre deres synspunkter gældende. Da det i en række sager anlagt ved Retten blev gjort gældende, at dette princip var tilsidesat, skulle Retten tage stilling til, om sagsøgerne var blevet forskriftsmæssigt hørt, før de beslutninger blev truffet, hvis lovlighed de bestred med hensyn til samtlige de klagepunkter, der blev lagt til grund imod dem. Mens Retten forkastede et sådant anbringende i dommen af 9. april 2003 i sagen *Forum des migrants de l'Union européenne mod Kommissionen* (sag T-217/01, Sml. II, s. 1566, under appel sag C-369/03 P), antog Retten derimod i dommen af 9. juni 2003 i sagen *Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap mod Kommissionen* (sag T-102/00, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at sagsøgeren, som denne havde anført, ikke havde haft lejlighed til at fremsætte sine bemærkninger om et element, der var af væsentlig betydning for afgørelsen af, hvorvidt der, som

⁵¹ Rådets forordning (EØF) nr. 2052/88 af 24.6.1988 om strukturfondenes opgaver og effektivitet samt om samordningen af deres interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter (EFT L 185, s. 9).

⁵² Rådets forordning (EØF) nr. 4253/88 af 19.12.1988 om gennemførelsesbestemmelser til forordning (EØF) nr. 2052/88 for så vidt angår samordningen af de forskellige strukturfondes interventioner indbyrdes såvel som med interventionerne fra Den Europæiske Investeringsbank og de øvrige eksisterende finansielle instrumenter (EFT L 374, s. 1).

påstået, var modtaget et for stort tilskud, og i givet fald omfanget af et tilskud fra Den Europæiske Socialfond, før der blev truffet beslutning om nedsættelse af dette tilskud.

Med hensyn til anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, som er fastslået i artikel 5 EF, består det i at gøre gældende, at de begåede uregelmæssigheder ikke berettigede til at nedsætte eller ophæve tilskuddet. Det fremgår af fast retspraksis, at der ved tilsidesættelse af forpligtelser, hvis overholdelse er af fundamental betydning for en fællesskabsordnings rette funktion, pålægges en sanktion i form af fortabelse af en rettighed, som er indført i kraft af fællesskabsregler, såsom retten til støtte. Det følger heraf, at ophævelse af en støtte i princippet ikke er uforholdsmæssig, når det er godtgjort, at modtageren af denne støtte har tilsidesat en væsentlig forpligtelse af fundamental betydning for den pågældende fællesskabsordnings rette funktion, herunder EUGFL. Retten har således fastslået, at ophævelse af støtte fra EUGFL er berettiget i henhold til dette princip, når støttemodtageren har tilsidesat fundamentale forpligtelser ved at afholde sig fra at udøve økonomisk aktivitet og ved at give fejlagtige oplysninger i ansøgningen om støtte (dom af 6.3.2003, forenede sager T-61/00 og T-62/00, *APOL og AIPO mod Kommissionen*, Sml. II, s. 639), eller ved at suspendere aktiviteten for en produktionslinje og ved at anvende en anden produktionslinje til forarbejdning af et produkt, der er udelukket fra støtte (dom af 11.12.2003, sag T-305/00, *Conserve Italia mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Den er ligeledes berettiget, når støttemodtageren har vildledt Kommissionen om arbejdernes påbegyndelse og har påbegyndt disse inden datoen for denne institutions modtagelse af støtteansøgningen i strid med gældende bestemmelser (dom af 11.3.2003, sag T-186/00, *Conserve Italia mod Kommissionen*, Sml. II, s. 723), eller når den henfører uberettigede udgifter til projektet (dom af 13.3.2003, sag T-340/00, *Cumunità montana della Valnerina mod Kommissionen*, Sml. II, s. 814, under appel sag C-240/03 P).

I dommen af 11. december 2003 i sagen *Conserve Italia mod Kommissionen* (sag T-306/00, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) har Retten derimod annulleret en beslutning truffet af Kommissionen om nedsættelse af en støtte fra EUGFL. Den antog, at metoden for beregning af nedsættelsen af støtten klart stred mod proportionalitetsprincippet, fordi den ikke tog behørigt hensyn til forholdet mellem grovheden af den af sagsøgeren begåede overtrædelse og den fastsatte nedsættelse, idet det blev præciseret, at den pågældende overtrædelse bestod i, at de arbejder, der blev givet støtte til, blev påbegyndt før den dato, da Kommissionen modtog ansøgningen om støtte.

Der er ligeledes grund til at bemærke, at såfremt det ikke – hverken i de gældende bestemmelser eller i beslutningen om tildeling af støtte – anføres, at støttemodtageren er økonomisk ansvarlig over for Fællesskabet for hele projektet, hvis gennemførelse påhviler flere parter, er proportionalitetsprincippet tilsidesat, når Kommissionen, efter at have konstateret uregelmæssigheder ved dette projekts udførelse, kræver af den part, der er udpeget som støttemodtager, at den pågældende skal tilbagebetale hele den allerede udbetalte støtte, uden at begrænse kravet til den del af projektet, som skulle

udføres af denne (dommen i sagen *Cumunità montana della Valnerina mod Kommissionen*).

I øvrigt vil man bemærke, at i dommen i sagen *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis mod Kommissionen* (jf. også domme af 13.3.2003, sag T-125/01, *José Marti Peix mod Kommissionen*, Sml. II, s. 868, præmis 96-114, under appel sag T-226/03 P, af 3.4.2003, forenede sager T-44/01, T-119/01 og T-126/01, *Eduardo Vieira m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1216, præmis 165-180, under appel sag C-254/03 P, og af 17.9.2003, sag T-137/01, *Stadtssportverband Neuss mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 125-134), har Retten antaget, at på trods af, at artikel 24 i forordning nr. 4253/88 ikke foreskriver særlige frister, er Kommissionen forpligtet til under en procedure til ophævelse af en økonomisk støtte ikke at træffe afgørelse ud over en rimelig frist. I det foreliggende tilfælde fandt Retten ganske vist, at den administrative procedure havde været meget langvarig, men den bemærkede, at anbringendet om tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist ikke kunne lægges til grund, dels i betragtning af retspraksis, Rettens »PVC II-dom«⁵³ (jf. *Årsrapport 1999*), hvorefter en tilsidesættelse af princippet om en rimelig frist, såfremt den godtgøres, ikke berettiger en automatisk annullation af den anfægtede beslutning, og dels i betragtning af, at sagen var kompliceret, sammenholdt med sagsøgerens lidet samarbejdsvillige holdning.

J. Personalesager

De mange afgørelser, der i 2003 er afsagt i personalesager, vedrører meget forskellige retlige spørgsmål, bl.a. adgangen til at blive ansat ved Fællesskaberne på grundlag af en udvælgelsesprøve (dom af 23.1.2003, sag T-53/00, *Angioli mod Kommissionen*, af 27.3.2003, sag T-33/00, *Martínez Páramo mod Kommissionen*, af 25.6.2003, sag T-72/01, *Pyres mod Kommissionen*, af 17.9.2003, sag T-233/02, *Alexandratos og Panagiotou mod Rådet*, og af 30.9.2003, sag T-214/02, *Martínez Valls mod Parlamentet*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), udnævnelse af tjenestemænd i de øverste lønklasser (dom af 18.9.2003, sag T-73/01, *Pappas mod Regionsudvalget*, og af 5.11.2003, sag T-240/01, *Cougnon mod Domstolen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), forfremmelse og bedømmelse af tjenestemænd, betingelserne for at oppebære de godtgørelser, der er fastsat i tjenestemandsvedtægten, ordningen om dækning af risikoen for ulykker og sygdom, disciplinærforanstaltninger pålagt i tilfælde af manglende overholdelse af vedtægtens bestemmelser samt overførsel til Fællesskabernes pensionsordning af pensionsrettigheder erhvervet inden tjenestemandens indtræden i Fællesskabernes tjeneste (dom af 30.1.2003, forenede sager T-303/00, T-304/00 og T-322/00, *Caballero Montoya m.fl. mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

⁵³

Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 – T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 931.

For så vidt angår disse afgørelser må det fastslås, at Retten i flere tilfælde afsagde dom om frifindelse i sager med påstand om annullation af bedømmelsesrapporter, der var udfærdiget for sent, men pålagde Kommissionen at yde de tjenestemænd, hvis bedømmelsesrapport var udfærdiget for sent, erstatning eller godtgørelse (domme af 7.5.2003, sag T-278/01, *den Hamer mod Kommissionen*, og sag T-327/01, *Lavagnoli mod Kommissionen*, dom af 30.9.2003, sag T-296/01, *Tatti mod Kommissionen*, og domme af 23.10.2003, sag T-279/01, *Lebedef mod Kommissionen*, sag 24/02, *Lebedef-Caponi mod Kommissionen*, og sag T-25/02, *Sautelet mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Med hensyn til det første aspekt udtalte Retten, at medmindre der foreligger ganske særlige omstændigheder, kan en bedømmelsesrapport ikke annulleres, blot fordi den er udfærdiget for sent. Selv om en forsinket udfærdigelse af bedømmelsesrapporten kan tillægge den berørte tjenestemand en ret til erstatning eller godtgørelse, kan en sådan forsinkelse ikke påvirke bedømmelsesrapportens gyldighed og følgelig heller ikke begrunde, at den annulleres. Med hensyn til det andet aspekt understregede Retten, at en forsinket udfærdigelse af bedømmelsesrapporten kan medføre en ikke-økonomisk skade for den berørte tjenestemand, og at administrationen begik en tjenstlig fejl, der kan medføre, at den ifalder erstatningsansvar, medmindre der forelå ganske særlige omstændigheder, der kunne begrunde forsinkelsen. I dommene i sagerne *den Hamer mod Kommissionen* og *Lavagnoli mod Kommissionen* præciserede Retten, at det fremgår af retspraksis, at Kommissionen på baggrund af formuleringen af vedtægtens artikel 43 har en rimelig frist til at udfærdige bedømmelsesrapporten for sine tjenestemænd, men at denne bestemmelse ikke finder anvendelse, når der findes bestemmelser, der er bindende for Kommissionen, som f.eks. de generelle gennemførelsesbestemmelser, og hvorefter der for afviklingen af bedømmelsesproceduren gælder konkrete frister, og enhver overskridelse af den frist, som institutionen har fastsat for sig selv, derfor må tilregnes den.

Udøvelse af bibeskæftigelse uden for Fællesskaberne uden forudgående samtykke fra ansættelsesmyndigheden kan begrunde den disciplinære sanktion fjernelse fra tjenesten, hvilket Retten fastslog i dom af 16. januar 2003 (sag T-75/00, *Fichtner mod Kommissionen*, Sml. Pers. II, s. 51; dommen er appelleret (sag C-116/03 P)). I dommen præciserede Retten, at det fremgår af vedtægtens artikel 12, stk. 3, at en tjenestemand skal indhente ansættelsesmyndighedens samtykke, uanset hvilken beskæftigelse uden for Fællesskaberne han påtænker at udøve, og at han ikke må påtage sig en sådan beskæftigelse, hvis han ikke får et sådant samtykke. Retten fastslog ligeledes, at beviste tilsidesættelser af artikel 12, der har været stort set permanente i næsten ti år, kunne kvalificeres som en særlig grov adfærd, hvorfor sanktionen fjernelse fra tjenesten ikke var urimelig.

Ved dom af 30. januar 2003 afsagt af en afdeling bestående af fem dommere, hvilket er sjældent i personalesager (sag T-307/00, *C mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), erklærede Retten vedtægtens artikel 80, stk. 4⁵⁴, ugyldig og

⁵⁴

Tjenestemandsvedtægtens artikel 80, stk. 4, bestemmer:

annullerede følgelig en afgørelse, der var truffet i henhold til denne bestemmelse. Retten skulle tage stilling til, om administrationen med føje kunne afvise en ansøgning om børnepension med den begrundelse, at ordningen kun henviser til den situation, at det er ægtefællen, der afgår ved døden, men ikke omfatter det tilfælde, at det er en samlever, der afgår ved døden. Retten fastslog i dommen, at henset til formålet med vedtægtens artikel 80, stk. 4, kan situationen for en ugift tjenestemand, hvis barn mister sin anden forælder, der hverken var tjenestemand eller midlertidigt ansat ved Fællesskaberne, men som faktisk bidrog til barnets underhold i henhold til en ved lov fastsat forpligtelse som følge af anerkendelse af fadderskabet til barnet, sammenlignes med de situationer, der er omfattet af artiklens anvendelsesområde. Retten tilføjede, at en udelukkelse af ugifte tjenestemænd fra anvendelsesområdet for artikel 80 ikke er begrundet, idet de yderligere udgifter, der afholdes af en tjenestemand, der mister sin ægtefælle, også opstår i tilfælde af, at den anden forælder, der hverken var tjenestemand eller midlertidig ansat, afgår ved døden, og denne havde anerkendt fadderskabet til barnet og derfor var forpligtet til at bidrage til barnets underhold. Retten fastslog afslutningsvis, at vedtægtens artikel 80, stk. 4, er udtryk for en ubegrundet differentiering og er i strid med ligebehandlingsprincippet.

II. *Erstatningssøgsmål*⁵⁵

Fællesskabets ansvar uden for kontrakt ifølge artikel 288 EF forudsætter opfyldelsen af tre betingelser, nemlig retsstridigheden af den adfærd, som fællesskabsinstitutionerne hævdes at have udvist, eksistensen af den påberåbte skade samt årsagsforbindelsen mellem institutionens adfærd og denne skade.

Disse tre betingelser, der fører til, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontrakt, blev anset for opfyldt i dom af 26. februar 2003, *CEVA og Pharmacia Entreprise mod Kommissionen* (forenede sager T-344/00 og T345/00, Sml. II, s. 229, under appel sag C-198/03 P). Retten fastslog nemlig, at skaden som følge af den situation, som de sagsøgende medicinalvirksomheder befandt sig i, hvori det ikke var muligt at markedsføre bestemte veterinære lægemidler, var en direkte følge af Kommissionens passivitet og udgjorde en åbenbar og alvorlig tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik.

I alle de andre afgørelser blev det fastslået, at en eller flere af disse betingelser ikke var opfyldt (jf. bl.a. dom af 13.2.2003, sag T-333/01, *Meyer mod Kommissionen*, Sml. II, s. 117, under appel sag C-151/03 P, af 27.2.2003, sag T-61/01, *Vendedurias de Armadores Reunidos mod Kommissionen*, Sml. II, s. 327, domme af 6.3.2003, sag T-

»Hvis en ægtefælle til en tjenestemand eller til en tidligere tjenestemand, der er berettiget til alders- eller invalidepension, afgår ved døden, og nævnte ægtefælle selv hverken var tjenestemand eller midlertidig ansat, har de børn, over for hvilke den efterlevende ægtefælle har forsørgerpligt i henhold til artikel 2 i bilag VII, ret til børnepension, der for hvert barn fastsættes til det dobbelte af børnetilskuddet.«

⁵⁵

Bortset fra personalesager.

56/00, *Dole Fresh Fruit International mod Rådet og Kommissionen*, Sml. II, s. 579, og sag T-57/00, *Banan-kompaniet og Skandinaviska Bananimporten mod Rådet og Kommissionen*, dom af 19.3.2003, Sml. II, s. 609, sag T-273/01, *Innova Privat-Akademie mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1095, domme af 10.4.2003, forenede sager T-93/00 og T-46/01, *Alessandrini m.fl. mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1639, under appel sag C-295/03 P, og sag T-195/00, *Travelex Global and Financial Services og Interpayment Services mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1681, dom af 2.7.2003, sag T-99/98, *Hameico Stuttgart m.fl. mod Rådet og Kommissionen*, og af 17.12.2003, sag T-146/01, *DLD Trading mod Rådet*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

Hvad angår den første af de tre betingelser nævnt ovenfor – retsstridigheden af den adfærd, som fællesskabsinstitutionerne hævdes at have udvist – kræver retspraksis, at det godtgøres, at der foreligger en tilstrækkeligt kvalificeret tilsidesættelse af en bestemmelse, der har til formål at beskytte borgerne. Hvad angår kravet om, at tilsidesættelsen skal være tilstrækkeligt kvalificeret, fremgår det af Domstolens praksis, at det afgørende kriterium er, om en fællesskabsinstitution åbenbart og groft har overskredet grænserne for sine skønsmålinger, idet det blev præciseret, at når denne institution råder over et stærkt begrænset eller intet skøn, kan selve den omstændighed, at der er begået en overtrædelse af fællesskabsretten, være tilstrækkelig til at bevise, at der foreligger en tilstrækkelig kvalificeret overskridelse.

III. *Begæringer om foreløbige forholdsregler*

Formålet med proceduren med foreløbige forholdsregler er at gøre det muligt at forhindre, at der forvoldes en parts interesser uoprettelig skade. Dette sker ved at udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt (artikel 242 EF) eller ved at foreskrive enhver anden form for foreløbige forholdsregler (artikel 243 EF). I 2003 blev der modtaget 39 begæringer om foreløbige forholdsregler, mens 31 sager blev afsluttet. Det bemærkes, at en af disse sager blev afgjort af en anden dommer end Rettens præsident. Denne funktion er omhandlet i Rettens procesreglement ⁵⁶ i sin affattelse efter de seneste ændringer af 21. maj 2003 ⁵⁷.

Iværksættelse af foreløbige forholdsregler er undergivet en række betingelser. Der skal være udsigt til, at sagsøgerne får medhold i hovedsagen (også kendt som betingelsen om *fumus boni juris*), og kravet om uopsættelighed skal ligeledes være opfyldt. Endvidere skal den afvejning af de berørte interesser, som skal foretages af den dommer, der skal tage stilling til begæringen, falde ud til fordel for den part, som har fremsat begæring om foreløbige forholdsregler.

Ved kendelser af 1. august 2003, *Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen* (sag T-198/01 R II, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) og *Technische Glaswerke*

⁵⁶ Artikel 106 i Rettens procesreglement.

⁵⁷ EFT L 147, s. 22.

Illmenau mod Kommissionen (sag T-378/02 R, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), og kendelse af 31. oktober 2003, *Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen* (sag T-253/03R, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), fastslog Rettens præsident, at disse betingelser var opfyldt, og foreskrev iværksættelsen af foreløbige foranstaltninger. I alle de øvrige kendelser, der blev afsagt i 2003, blev begæringerne om iværksættelse af foreløbige foranstaltninger ikke taget til følge.

Sag T-198/01 R II blev afgjort i forlængelse af kendelse af 4. april 2002, *Technische Glaswerke Illmenau mod Kommissionen* (sag T-198/01 R, Sml. II, s. 2153, se *Årsrapporten 2002*), hvorefter gennemførelsen af en kommissionsbeslutning, der krævede, at Tyskland tilbagesøgte statsstøtte, der var erklæret uforenelig med fællesmarkedet, fra de virksomheder, der havde fået støtten tildelt, blev udsat. Denne udsættelse var tidsbegrænset, og var for så vidt angik sagsøgeren undergivet visse betingelser, navnlig at denne skulle tilbagebetale en første del af den omtvistede støtte. Da tidsfristen udløb, anmodede sagsøgeren om forlængelse af udsættelsen, hvilket blev imødekommet på visse betingelser.

Twisten mellem selskaberne Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals på den ene side og Kommissionen på den anden opstod som følge af en undersøgelse foretaget på selskabernes kontorer med henblik på at finde bevis for eventuel konkurrencestridig adfærd. Selskaberne gjorde i det væsentlige gældende, at de dokumenter, som Kommissionens ansatte havde beslaglagt ved denne undersøgelse på stedet, var omfattet af den tavshedspligt, der gælder for korrespondance med advokater (»legal professional privilege«), og at Kommissionen således ikke måtte skaffe sig kendskab hertil. I lyset af dette anbringende frasorterede Kommissionens ansatte visse dokumenter og lagde dem i en forseglet kuvert, som de tog med sig. For så vidt angik de øvrige dokumenter tog Kommissionen kopier og lagde dem i sagsmappen. Kommissionen traf efterfølgende en beslutning, hvoraf det fremgik, at den havde til hensigt at åbne kuverten indeholdende de førstnævnte dokumenter.

Ved kendelsen i sagen *Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen* besluttede Rettens præsident at udsætte gennemførelsen af denne beslutning.

Rettens præsident fastslog først og fremmest, at sagsøgernes påstande opfyldte betingelsen om *fumus boni juris*. For det første fastslog han, at påstanden om tilsidesættelse af tavshedspligten for så vidt angik førstnævnte dokumenter rejste meget afgørende og komplekse spørgsmål om nødvendigheden af i et vist omfang at udstrække området for tavshedspligt i forhold til det område, som er defineret i gældende retspraksis. I denne sag opstod således spørgsmålet, om det område, som efter gældende retspraksis omfatter korrespondance med en ekstern advokat såvel som det dokument, som gengiver teksten eller indholdet af denne korrespondance, kan udstrækkes til at også at omfatte dokumenter udarbejdet med henblik på at konsultere

en advokat. For det andet fandt Rettens præsident, at påstanden om tilsidesættelse af tavshedspligten for så vidt angik de dokumenter, som Kommissionen havde kopieret, ligeledes rejste et principielt spørgsmål om, hvorvidt den beskyttelse, der gælder for korrespondance mellem uafhængige advokater og deres klienter ⁵⁸, kan udstrækkes til at omfatte korrespondance med en advokat, som på varig måde er ansat af en virksomhed. For det tredje anførte Rettens præsident, at det ikke kunne udelukkes, at Kommissionen i forbindelse med undersøgelsen havde tilsidesat den procedure, der blev fastlagt i dommen i sagen *AM & S mod Kommissionen*, idet Kommissionen – selv om det kun var sket kortvarigt – havde set de dokumenter, som sagsøgerne havde gjort gældende var omfattet af tavshedspligten.

Videre fastslog Rettens præsident, at sagsøgerne havde godtgjort, at det var nødvendigt at udsætte gennemførelsen af den anfægtede beslutning for at undgå, at de blev påført et alvorligt og uopretteligt tab. Vedrørende dette forhold fastslog Rettens præsident bl.a., at hvis Kommissionen skaffede sig kendskab til de oplysninger, der var indeholdt i de dokumenter, der var blevet lagt i den forseglede kuvert, ville det i sig selv udgøre en væsentlig og uoprettelig tilsidesættelse af sagsøgernes ret til at kræve overholdelse af den tavshedspligt, som disse dokumenter var omfattet af.

Endelig fastslog Rettens præsident, at den almene interesse såvel som Kommissionens interesse i iagttagelsen af konkurrencereglerne ikke havde forrang for sagsøgernes interesse i, at de dokumenter, der var indeholdt i den forseglede kuvert, ikke blev afsløret.

Afslutningsvis henvises til kendelse afsagt af Rettens præsident den 15. maj 2003, *Sison mod Rådet* (sag T-47/03 R, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Til grund for denne afgørelse lå Rådets afgørelse af 12. december 2002, hvorved den liste over personer, som er omfattet af forordning nr. 2580/2001 ⁵⁹, blev ajourført. Forordningen bestemmer, at der skal ske indefrysning af midler og andre finansielle aktiver, som tilhører personer eller grupper, der er involverede i terroraktiviteter. Den således ajourførte liste omfattede navnet Jose Maria Sison. Jose Maria Sison, der er filippinsk statsborger bosat i Nederlandene, anlagde søgsmål ved Retten med påstand om annullation af denne afgørelse, og indgav parallelt hermed begæring om foreløbige forholdsregler. Denne begæring blev ikke taget til følge med henvisning til, at betingelsen om uopsættelighed ikke var opfyldt. Rettens præsident fandt, at for så vidt angik den økonomiske skade havde sagsøgeren ikke godtgjort, at den pågældende ordning ikke gjorde det muligt for ham at undgå at lide alvorlig og uoprettelig skade, idet de nationale myndigheder kan give særlige tilladelser på visse betingelser til anvendelse af midler i forbindelse med essentielle menneskelige behov for de

⁵⁸ Denne beskyttelse blev anerkendt af Domstolen ved dom af 18.5.1982, sag 155/79, *AM & S mod Kommissionen*, Sml. s. 1575.

⁵⁹ Rådets forordning (EF) nr. 2580/2001 af 27.12.2001 om specifikke restriktive foranstaltninger mod visse personer og enheder med henblik på at bekæmpe terrorisme (EFT L 344, s. 70).

personer, der er opført på listen. For så vidt angik påstanden vedrørende ikke-økonomisk skade anførte Rettens præsident, at formålet med proceduren med foreløbige forholdsregler ikke er at give godtgørelse for et tab, men at sikre den fulde virkning af den dom, der senere vil blive afsagt i hovedsagen.