

A – Arbejdet ved Retten i Første Instans i 2008

Ved Rettens præsident, Marc Jaeger

Rettens sammensætning har efter en række ændringer i 2007 på grund af såvel den delvise udskiftning af Rettens medlemmer som nytiltrædelser været mere stabil i 2008. Imidlertid fratrådte John D. Cooke, der havde været dommer ved Retten i næsten 13 år, i dette år, og han blev erstattet af Kevin O'Higgins.

Det er derimod i sine metoder og resultater, at Retten har oplevet mærkbare ændringer.

Retten har over for en konstant stigning i antallet af søgsmål og den tilsvarende ophobning af verserende retssager foretaget en fornyelse af sine arbejdsgange, sin organisation og sin virkemåde. De forskellige led i behandlingen af sagerne samt processerne med forberedelsen og udarbejdelsen af afgørelserne er gjort til genstand for en detaljeret analyse med henblik på at forbedre Rettens effektivitet, samtidig med at det sikres, at kvaliteten af de afsagte afgørelser ikke svækkes. Der er også blevet udarbejdet en række statistik- og forvaltningsværktøjer. Endvidere er procesreglementet blevet ændret med henblik på at gøre det muligt for Retten at træffe afgørelse i sager om intellektuel ejendomsret, uden at retsforhandlingerne omfatter et mundtligt stadium, medmindre en part fremsætter en anmodning, hvori det begrundes, hvorfor denne part ønsker at få lejlighed til at udtale sig.

Samtlige de vedtagne foranstaltninger og det konstante ønske om effektivitet i almindelighed har gjort det muligt fuldt ud at høste frugterne af det betydelige arbejde, der er leveret af Rettens medlemmer og personale. 605 sager har således kunnet afsluttes i det forløbne år, hvilket repræsenterer en stigning på 52% i forhold til det foregående år, mens antallet af retsmøder, der er afholdt i 2008, er fordoblet (341 i forhold til 172 i 2007). Den gennemsnitlige sagsbehandlingstid er væsentligt nedsat (24,5 måneder i forhold til 27,7 måneder i 2007), selv om der stadig er plads til forbedringer.

Retten vil fortsætte sine anstrengelser i denne retning i 2009 og forventer at drage yderligere fordel af den fulde udfoldelse af de indførte reformer. Selv om året har været usædvanligt med hensyn til antallet af afsluttede sager, har dette også været tilfældet med hensyn til antallet af anlagte sager (432 i 2006, 522 i 2007 og 629 i 2008). Antallet af verserende sager er steget svagt (1 178 mod 1 154 i 2007). Dette bærer i sig kimen til en risiko for en forlængelse af sagsbehandlingstiden. I betragtning af udviklingen i søgsmålenes systematik bør overvejelserne uddybes om, hvilke, særligt strukturelle, fremgangsmåder og midler der vil muliggøre det for Retten af hensyn til borgerne fortsat at sikre en kvalificeret behandling af sagerne, samtidig med at sagsbehandlingstiden nedsættes.

De sager, der anlægges ved Retten, vidner også i år om den stadig stigende variation i såvel de stillede retlige spørgsmål som i de berørte områder (konkurrence, statsstøtte, miljø, regionalpolitik, handelspolitik, den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik, institutionel ret, intellektuel ejendomsret, offentlige aftaler, osv.). Det fremgår ligeledes, at den tendens, der allerede blev konstateret sidste år, til en stigning i antallet af begæringer om foreløbige forholdsregler til overflod er blevet bekræftet med 58 begæringer om foreløbige forholdsregler fremsat i 2008 og 57 begæringer afsluttet. På de følgende sider er retspraksissens hovedretninger kort gengivet. Der omtales successivt søgsmål vedrøren-

de retsakters lovlighed (I), erstatningssøgsmål (II), appelsager (III) og begæringer om foreløbige forholdsregler (IV).

I. Søgsmål vedrørende retsakters lovlighed

Formaliteten vedrørende søgsmål anlagt i medfør af artikel 230 EF

1. Udstederen af restakten

Artikel 230 EF foreskriver, at Fællesskabets retsinstanser prøver lovligheden af retsakter vedtaget af Europa-Parlamentet og Rådet i fællesskab, af Rådet, af Kommissionen eller af Den Europæiske Centralbank (ECB) samt de af Europa-Parlamentets retsakter, der skal have retsvirkning over for tredjemand. Fællesskabets agenturer figurer således ikke formelt blandt de udstedere, hvis retsakter kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål ved Fællesskabets retsinstanser.

Retten har behandlet det væsentlige spørgsmål om disse organers partshabilitet i sagen *Sogelma mod AER* (dom af 8.10.2008, sag T-411/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), der angik en påstand om annullation af Det Europæiske Genopbygningsagenturs (herefter »AER«) beslutninger om offentlige kontrakter indgået i medfør af et EF-handlingsprogram. Retten fandt, at den omstændighed, at AER ikke hører til de institutioner, som er opregnet i artikel 230 EF, og at den forordning, hvorved dette agentur blev oprettet, ikke bestemmer, at Fællesskabets retsinstanser har kompetence til at træffe afgørelse i sager med påstand om annullation af andre beslutninger end vedrørende aktindsigt i dokumenter, ikke er til hinder for, at den i medfør af artikel 230 EF prøver lovligheden af agenturets retsakter.

Retten opstiller på grundlag af Domstolens dom af 23. april 1986, *Les Verts mod Parlamentet*¹, hvoraf fremgår, at Parlamentet kan optræde som part i et søgsmål, det almindelige princip, at enhver retsakt udstedt af en fællesskabsinstitution, som har til formål at have retsvirkninger i forhold til tredjemand, bør kunne gøres til genstand for en domstolskontrol. Den omstændighed, at Kommissionen har delegeret beslutningsbeføjelser til AER, kan ikke i sig selv medføre, at de beslutninger, der træffes på dette grundlag, mister deres egenskab af anfægtelige retsakter, idet der ellers opstår et retligt tomrum. Retten fremhævede endelig, at AER er en juridisk person og har kompetence til selv at gennemføre EF-bistandsprogrammerne, samt at Kommissionen ikke deltog i beslutningsprocessen. AER kan derfor som udsteder af den anfægtede beslutning personligt sagsøges ved Retten med henblik på at forsvare nævnte beslutning.

¹ Sag 294/83, Sml. s. 1339.

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

Foranstaltninger, som har retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling, udgør retsakter, der kan gøres til genstand for et annulationssøgsmål som omhandlet i artikel 230 EF ².

I sagen *Italien mod Kommissionen* (Rettens dom af 20.11.2008, sag T-185/05, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) havde Den Italienske Republik nedlagt påstand om annullation af Kommissionens afgørelse, hvorefter eksterne offentliggørelser i *Den Europæiske Unions Tidende* af meddelelser om ledige stillinger som seniormanager indtil den 1. januar 2007 skulle foretages på tysk, engelsk og fransk.

Retten bemærkede, at en foranstaltning truffet af en institution, der kun er udtryk for dens hensigt med hensyn til at følge visse retningslinjer på et bestemt område, ikke udgør en anfægtelig retsakt. Da en institution ikke kan fravige de interne ansættelsesbestemmelser, den har pålagt sig selv, og som udgør en del af de retlige rammer, institutionen nøje skal overholde, når den udøver sit vide skøn, må sådanne bestemmelser imidlertid anses for at skabe bindende retsvirkninger. En privilegeret sagsøger, såsom en medlemsstat, kan i sådanne tilfælde anfægte bestemmelsens lovlighed umiddelbart ved et annulations-søgsmål uden at behøve at afvente, at bestemmelserne anvendes i et konkret tilfælde. Retten fastslog, at afgørelsen om, på hvilke sprog offentliggørelser skal foretages, er affattet i klare, utvetydige vendinger og endeligt og bindende fastlægger et aspekt af ansættelses-procedurene, og konkluderede, at sagen kunne antages til realitetsbehandling.

I dom af 5. juni 2008, *Internationaler Hilfsfonds mod Kommissionen* (sag T-141/05, ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret), fastslog Retten i en sag angående en påstand om annullation af en skrivelse, hvorved sagsøgeren blev meddelt, at Kommissionen ikke havde til hensigt at stille andre dokumenter end dem, der allerede var blevet fremsendt i forbindelse med en tidligere afgørelse, til sagsøgerens rådighed, at efter retspraksis ³ udgør Den Europæiske Ombudsmands konklusioner vedrørende en sagsøgers klage over afgørelsen ikke nye forhold, der kan adskille den anfægtede retsakt fra denne afgørelse. Den omstændighed, at Den Europæiske Ombudsmand har konkluderet, at den pågældende institution har handlet i strid med god forvaltningsskik, gør det ikke muligt at rejse tvivl om denne konklusion. Et sådant ræsonnement ville indebære en anerkendelse af, at en sagsøger, der ikke inden for den fastsatte frist har anlagt sag med påstand om annullation af den oprindelige afgørelse, ved blot at indbringe spørgsmålet for ombudsmanden, og for så vidt som denne fastslår, at der er handlet i strid med god forvaltningsskik, kan omgå denne frist.

² Domstolens dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9.

³ Rettens kendelse af 15.10.2003, sag T-372/02, Sml. II, s. 4389, præmis 40.

3. Søgsmålskompetence

a) Individuelt berørt

Det følger af fast retspraksis, at andre fysiske eller juridiske personer end en beslutnings adressater kun kan gøre gældende, at de berøres individuelt, hvis beslutningen rammer dem på grund af visse egenskaber, som er særlige for dem, eller på grund af en faktisk situation, der adskiller dem fra alle andre og derfor individualiserer dem på lignende måde som adressaten ⁴.

Retten fremsatte herved nogle præciseringer i dom af 1. juli 2008, *Região autónoma dos Açores mod Rådet* (sag T-37/04, ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret), angående søgsmålskompetencen for enheder inden for en stat. Sagsøgeren gjorde gældende, at regionen var individuelt berørt af forordning (EF) nr. 1954/2003 ⁵, med den begrundelse dels, at den som enhed i den yderste periferi af Unionen i medfør af artikel 299, stk. 2, EF nød en særlig, navnlig miljømæssig og økonomisk, beskyttelse, som den anfægtede forordning skadede, dels at forordningen berørte dens lovgivningsmæssige og forvaltningsmæssige kompetencer på fiskeriområdet.

Retten bemærkede indledningsvis, at den almene interesse, som en region kan have i at opnå et gunstigt resultat for sin økonomiske velfærd, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at betragte denne region som værende berørt i artikel 230, stk. 4, EF's forstand. Det fremgår af retspraksis, at det system, der er indført med traktaterne, giver medlemsstaterne og ikke de regionale myndigheder ret til at forsvare den almene interesse på deres områder. Retten fastslog derefter, at selv hvis det forudsattes, at artikel 299, stk. 2, EF kunne fortolkes således, at den ikke blot giver Rådet mulighed for at vedtage specifikke undtagelsesforanstaltninger for regionerne i den yderste periferi, men også således, at den indeholder et forbud mod, at Rådet vedtager foranstaltninger, der forværrer ulemperne for disse regioner, vil le den beskyttelse, som denne artikel forskriver, ikke være tilstrækkelig til at give regionen søgsmålskompetence i overensstemmelse med Domstolens dom af 22. november 2001, *Nederlandse Antillen mod Rådet* (sag C-452/98, Sml. I, s. 8973). Retten bemærkede desuden, at sagsøgeren under alle omstændigheder ikke har fremført noget argument, der giver anledning til at anse de anfægtede bestemmelser for at indebære skadelige virkninger for fiskebestanden og for havmiljøet i Azorerne og dermed for fiskerisektoren i regionen.

Som svar på sagsøgerens anbringende om opretholdelse af regionens kompetencer bemærkede Retten endvidere, at selv om Fællesskabets retsinstanser ganske vist har anerkendt de regionale myndigheders ret til at anfægte fællesskabsretsakter, der enten hindrer dem i vedtage retsakter, som de lovligt ville kunne vedtage, hvis Fællesskabet ikke havde fastsat regler, eller pålægger dem at trække disse retsakter tilbage og at foretage visse

⁴ Domstolens dom af 15.7.1963, sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411, org.ref.: Rec. s. 197, på s. 223.

⁵ Rådets forordning af 4.11.2003 om forvaltning af fiskeriindsatsen for så vidt angår visse fiskerizoner og visse fiskeressourcer i EF, om ændring af forordning (EØF) nr. 2847/93 og om ophævelse af forordning (EF) nr. 685/95 og (EF) nr. 2027/95 (EUT L 289, s. 1).

handling⁶, vedrører de anfægtede bestemmelser i den omtvistede forordning i det foreliggende tilfælde ikke de love eller administrative bestemmelser, som sagsøgeren har vedtaget, og disses lovlighed er på ingen måde angrebet eller berørt.

Retten bemærkede endelig i forbindelse med behandlingen af et anbringende om, at Århuskonventionen bestemmer, at parterne til konventionen skal sikre, at medlemmer af offentligheden har adgang til procedurer for at anfægte offentlige myndigheders handlinger, der er i strid med de bestemmelser i national ret, der vedrører miljøet, at fællesskabslovgiver med henblik på at lette adgangen til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet har vedtaget forordning (EF) nr. 1367/2006⁷. Denne forordning foreskriver i afsnit IV en procedure, hvorefter visse ikke-statslige organisationer kan anlægge annullationssøgsmål ved Fællesskabets retsinstanser i medfør af artikel 230 EF. Da det imidlertid er åbenlyst, at betingelserne i nævnte afsnit IV ikke er opfyldt i det foreliggende tilfælde, tilkommer det ikke Retten at sætte sig i lovgivers sted og på grundlag af Århuskonventionen at acceptere, at en sag, der ikke opfylder betingelserne i artikel 230 EF, kan antages til realitetsbehandling.

I sagen *Denka International mod Kommissionen* (Rettens kendelse af 27.6.2008, sag T-30/07, ikke trykt i Samling af Afgørelser) bemærkede Retten, at den omstændighed, at en person deltager i den proces, som fører til vedtagelsen af en retsakt udstedt af Fællesskabet, udelukkende individualiserer denne person i forhold til den pågældende retsakt, såfremt fællesskabsbestemmelserne tilsikrer vedkommende processuelle garantier. Da hverken proceduren for udarbejdelse af generelle retsakter eller de generelle retsakter selv kræver deltagelse af de berørte personer, da disses interesser anses for repræsenteret af de politiske instanser, som har til opgave at vedtage de nævnte retsakter, ville det være i strid med ånden bag og ordlyden af artikel 230 EF, såfremt enhver borger, som har deltaget i forberedelsen af en lovgivningsmæssig akt, kunne anlægge sag til prøvelse heraf. Hverken det anfægtede direktiv eller det direktiv, hvori det har hjemmel, fastsætter processuelle garantier for virksomheder, der fremstiller eller distribuerer aktive stoffer. Sagsøgeren har i øvrigt endeligt gjort gældende, at virksomheden var indehaver af et registreret varemærke for det pågældende aktive stof, hvis anvendelse blev berørt af det anfægtede direktiv, hvilket ville have individualiseret den i forhold til enhver anden person i medfør af Domstolens dom af 18. maj 1994, *Codorníu mod Rådet*⁸. Retten bemærkede imidlertid, at den retlige beskyttelse, der er knyttet til et varemærke, ikke kan adskille sagsøgeren i forhold til alle andre producenter eller distributører, som fuldt så meget ville kunne påberåbe sig, at der foreligger et varemærke. Direktivet har ikke til formål at sikre en specifikt intellektuel ejendomsret for visse erhvervsdrivende, således at en eventuel påvirkning af sagsøgerens intellektuelle ejendomsrettigheder kun følger af den omstændighed, der ikke er særlig for sagsøgeren, at virksomheden fremstiller aktive stoffer.

⁶ Rettens dom af 5.10.2005, forenede sager T-366/03 og T-235/04, Land Oberösterreich og Østrig mod Kommissionen, Sml. II, s. 4005, præmis 28.

⁷ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1367/2006 af 6.9.2006 om anvendelse af Århuskonventionens bestemmelser om adgang til oplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsprøvelse på miljøområdet på Fællesskabets institutioner og organer (EUT L 264, s. 13).

⁸ Sag C-309/89, Sml. I, s. 1853, præmis 21 og 22.

Sagen *Apple Computer International mod Kommissionen* (Rettens kendelse af 19.2.2008, sag T-82/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) gav anledning til præciseringer vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt sager, der er anlagt til prøvelse af tarifieringsforordninger, kan antages til realitetsbehandling. Ifølge retspraksis er sådanne retsakter almengyldige, skønt de tilsyneladende indeholder konkrete beskrivelser. De vedrører alle varer af den beskrevne art og er bindende for alle Fællesskabets toldmyndigheder og samtlige importører⁹.

Retten bemærkede, at den omstændighed, at tarifieringen inden for den kombinerede nomenklatur er blevet udløst af sagsøgerens anmodning om en bindende tarifieringsoplysning, at intet andet lignende produkt har været gjort til genstand for en demonstration for nomenklaturudvalget, og at der på baggrund af demonstrationen af, hvorledes det omhandlede produkt fungerer, i medlemsstaterne er blevet udsendt et udkast til forordning, som henviser til de omhandlede monitorer, ikke kan individualisere sagsøgeren, således at søgsmålet af denne grund kan antages til realitetsbehandling. Således kan en erhvervsdrivendes deltagelse i den proces, der fører til vedtagelsen af en retsakt, udelukkende individualisere denne person i forhold til den pågældende retsakt, såfremt de pågældende fællesskabsbestemmelser tilsikrer vedkommende visse processuelle garantier.

Selv om der i Rettens dom af 30. september 2003, *Sony Computer Entertainment Europe mod Kommissionen*¹⁰ (herefter »Sony-dommen«), var blevet taget hensyn til lignende omstændigheder med henblik på antagelse til realitetsbehandling af en sag, har sådanne omstændigheder ikke kunnet have været en afgørende faktor. Det er kun i betragtning af de usædvanlige omstændigheder, der forelå i det omhandlede tilfælde, at sagsøgeren i denne sag blev anset for at være individuelt berørt. Retten bemærkede ligeledes, at selv om det fremgår af denne dom, at det forhold, at sagsøgeren er den eneste importør, der har tilladelse til at importere det omhandlede produkt, er relevant for vurderingen, er det ikke i sig selv tilstrækkeligt til at bevise, at sagsøgeren er individuelt berørt. Da den forholdsvis generelle beskrivelse i den anfægtede forordning af de omhandlede produkter og manglen på enhver form for visuel eller tekstmæssig faktor, som klart henviser til en konkret erhvervsdrivende, udelukker, at nogen på nogen måde skulle være individuelt berørt, konkluderede Retten endelig, at de særlige omstændigheder i Sony-dommens forstand, der ville kunne give sagsøgeren søgsmålskompetence, ikke kunne anses for opfyldt i den foreliggende sag¹¹.

b) Umiddelbart berørt

Det fremgår af fast retspraksis, at en fællesskabsretsakt – for at en borger i henhold til artikel 230, stk. 4, EF kan anses for umiddelbart berørt heraf – umiddelbart skal have indvirk-

⁹ Domstolens dom af 14.2.1985, sag 40/84, Casteels mod Kommissionen, Sml. s. 667, præmis 11.

¹⁰ Sag T-243/01, Sml. II, s. 4189.

¹¹ I denne forbindelse skal ligeledes nævnes kendelsen af 3.12.2008, *RSA Security Ireland mod Kommissionen* (sag T-227/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 87), hvori Retten fastslog, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at der foreligger usædvanlige omstændigheder som omhandlet i Sony-dommen, idet den bemærkede, at den omstændighed, at der forelå et fotografi af produktet, hvoraf logoet for Sonys spillekonsol klart fremgik, havde spillet en ikke ubetydelig rolle ved vurderingen af, om sagen kunne antages til realitetsbehandling.

ning på den pågældendes retsstilling, og dens gennemførelse skal ske helt automatisk, udelukkende i medfør af fællesskabsreglerne og uden anvendelse af andre mellemkommende regler ¹².

Retten fastslog i kendelse af 14. maj 2008, *Icuna.com mod Parlamentet* (forenede sager T-383/06 og T-71/07, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at en beslutning truffet af Parlamentet vedrørende annullation af en udbudsprocedure umiddelbart berører en bydende virksomheds retsstilling, når denne beslutning, for så vidt angår en annullation af hele udbudsproceduren, indebærer annullation af en tidligere beslutning om afvisning af virksomhedens bud, men også af beslutningen om annullation af en beslutning om tildeling af kontrakten til denne virksomhed og af en beslutning om tildeling af kontrakten til virksomheden.

Konkurrenceregler for virksomheder

1. Generelt

a) Retskraft

Ifølge Rettens dom af 1. juli 2008, *Compagnie maritime belge mod Kommissionen* (sag T-276/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), kan Kommissionen, når Fællesskabets retsinstanser på grund af en formel fejl delvis har annulleret en kommissionsbeslutning, hvorved der konstateres en overtrædelse af konkurrencereglerne og pålægges en bøde, med rette vedtage en ny beslutning med henblik på at rette de formelle fejl, som har været underkastet en kontrol ved Fællesskabets retsinstanser, og pålægge en ny bøde på grundlag af de dele af den første beslutning, der ikke er blevet annulleret. Endvidere får de dele af den første kommissionsbeslutning, der ikke er blevet annulleret – efter udtømmingen af de til rådighed stående retsmidler, eller udløbet af de frister, der er fastsat for disse retsmidler – retskraft, således at den sanktionerede virksomhed i et søgsmål om annullation af den nye beslutning ikke kan rejse tvivl om realiteten af overtrædelsen, idet denne er blevet bindende fastslået i den første beslutning.

b) Rimelig frist

I samme dom fastslog Retten, idet den udtalte, at forordning (EØF) nr. 2988/74 ¹³ indførte en fuldstændig ordning, som indeholder detaljerede bestemmelser om de frister, inden for hvilke Kommissionen uden at gøre indgreb i det grundlæggende krav om retssikkerhed er berettiget til at pålægge bøder, at enhver betragtning om en forpligtelse for Kommissionen til at udøve sin kompetence til at pålægge bøder inden for en rimelig frist må forkastes. Denne konklusion anfægtes ikke af påberåbelsen af en påstået tilsidesættelse

¹² Domstolens dom af 5.5.1998, sag C-386/96 P, Dreyfus mod Kommissionen, Sml. I, s. 2309, præmis 43.

¹³ Rådets forordning 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).

af retten til forsvar, idet alle virksomheder, der er genstand for en undersøgelse i henhold til forordning nr. 17¹⁴, så længe der ikke er indtrådt forældelse i henhold til denne forordning, kan have en vis usikkerhed vedrørende denne procedures afslutning og den eventuelle pålæggelse af sanktioner eller bøder. Forlængelsen af denne usikkerhed er således iboende i procedurer om anvendelse af forordning nr. 17 og udgør ikke i sig selv et indgreb i retten til forsvar. Hvad angår anvendelsen af konkurrencereglerne kan overskridelsen af en vis rimelig frist kun udgøre en grund til annullation af en beslutning om konstatering af en overtrædelse, såfremt det er godtgjort, at tilsidesættelsen af dette princip har påvirket de pågældende virksomheders ret til forsvar.

2. Bidrag vedrørende artikel 81 EF

a) Anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF

I dommen af 8. juli 2008, *AC-Treuhand mod Kommissionen* (sag T-99/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), fastslog Retten, at den omstændighed, at en virksomhed ikke er aktiv på det marked, konkurrencebegrænsningen omfatter, ikke udelukker dens ansvar for deltagelsen i gennemførelsen af et kartel. I det foreliggende tilfælde havde sagsøgeren, en rådgivningsvirksomhed, udført forskellige tjenester til tre producenter af organiske peroxider og spillede en væsentlig rolle i kartellet mellem disse tre producenter ved at tilrettelægge møder og skjule beviser for overtrædelsen.

b) Retten til forsvar og retten til en retfærdig rettergang

I samme dom fastslog Retten, at Kommissionen, når den første undersøgelsesforanstaltning træffes over for en virksomhed, som f.eks. en begæring om oplysninger, er forpligtet til at underrette denne om de formodede overtrædelser, som er genstand for den iværksatte undersøgelse, og om, at dette kan indebære, at Kommissionen må fremsætte klagepunkter mod den pågældende virksomhed. I det foreliggende tilfælde fandt Retten dog, at Kommissionens undladelse i denne forbindelse ikke kan medføre, at den anfægtede beslutning annulleres, da denne uregelmæssighed ikke svækkede effektiviteten af sagsøgerens forsvar.

c) Bøder

I dommen af 18. juni 2008, *Hoechst mod Kommissionen* (sag T-410/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), udøvede Retten sin fulde prøvelsesret vedrørende to aspekter. Den fandt for det første, at Kommissionen tilsidesatte princippet om god forvaltningsskik og ligebehandlingsprincippet. Selv om den således klart udtrykte, at den ikke agtede at underrette de virksomheder, der samarbejdede, herunder navnlig Hoechst, om, at andre virksomheder havde henvendt sig til Kommissionens tjenestegrene med henblik på at opnå

¹⁴ Rådets forordning af 6.2.1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [artikel 81 EF og artikel 82 EF] (EFT 1959-1662, s. 81).

bødeimmunitet, forsikrede den samtidig en anden virksomhed om, at den ville blive givet en »passende advarsel«, hvis en anden virksomhed forsøgte at komme foran den i relation til samarbejde. I det foreliggende tilfælde nedsatte Retten, i betragtning af, hvor stor vægt Kommissionen lægger på, at princippet om god forvaltningsskik og ligebehandlingsprincippet overholdes, den bøde, der blev pålagt Hoechst, med 10%.

Retten fandt for det andet, at Kommissionen begik en fejl ved at foreholde Hoechst den skærpende omstændighed at have spillet en førende rolle i kartellet, dog uden klart og præcist i klagepunktsmeddelelsen at kvalificere de faktiske omstændigheder, som blev gjort gældende mod selskabet. I øvrigt gav bestemte faktiske omstændigheder, som Kommissionen lagde til grund, ikke grundlag for med tilstrækkelig klarhed at konkludere, at klagepunktet om Hoechsts førende rolle ville blive gjort gældende mod selskabet. Retten udledte heraf, at Hoechst ikke kunne forsvare sig på fyldestgørende måde.

I dommen af 8. juli 2008, *BPB mod Kommissionen* (sag T-53/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), fastslog Retten, at den nedsættelse af bøden, Kommissionen indrømmede for BPB's samarbejde, ikke var tilstrækkelig stor, for så vidt som sidstnævnte var den første af karteldeltagerne, som efter en begæring om oplysninger fra Kommissionen, men på en måde, som gik ud over anmodningen, udleverede informationer, der supplerede de informationer, som bekræftede kartellets eksistens. Disse forhold styrkede herefter i væsentlig grad Kommissionens argumenter vedrørende eksistensen af en overordnet plan og gjorde det således muligt at forhøje bøden væsentligt på grund af overtrædelsens grovhed. Retten indrømmede herefter BPB en yderligere nedsættelse på 10% af bøden.

I dommene af 8. oktober 2008, *Schunk og Schunk Kohlenstoff-Technik mod Kommissionen* (sag T-69/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) og *Carbone Lorraine mod Kommissionen* (sag T-73/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser og appelleret til Domstolen), bemærkede Retten, at når det drejer sig om et priskartel, kan Kommissionen udlede, at overtrædelsen har haft følger, fordi deltagerne i kartellet har truffet foranstaltninger til at anvende de aftalte priser. For at kunne slutte til en indvirkning på markedet er det tilstrækkeligt, at de aftalte priser har tjent som grundlag for fastsættelsen af individuelle transaktionspriser og således begrænset kundernes forhandlingsmuligheder. Derimod fastslog Retten, at det ikke kan kræves af Kommissionen, at den, når en kartelaftales gennemførelse er godtgjort, systematisk viser, at aftalerne faktisk har gjort det muligt for de berørte virksomheder at nå et højere faktureringsprisniveau end det, som ville have været gældende, hvis der ikke havde eksisteret et kartel. En sådan påvisning ville lægge beslag på betydelige ressourcer, da den ville nødvendiggøre hypotetiske beregninger, baseret på økonomiske modeller, hvis nøjagtighed er vanskelig at efterprøve for retsinstansen, og hvis ufejlbarlighed på ingen måde er bevist. For at vurdere overtrædelsens alvor er det nemlig afgørende, at kartellets medlemmer havde gjort alt, hvad de kunne, for at give deres hensigter en konkret virkning. Hvad der efterfølgende skete med de markedspriser, der faktisk blev opnået, kunne blive påvirket af andre faktorer, som kartellets medlemmer ikke havde kontrol over. Medlemmerne kunne ikke drage fordel af eksterne faktorer, som modvirkede deres egne bestræbelser, ved at gøre dem til forhold, der begrunder en bødenedsættelse.

Retten fandt endvidere, at selv om Schunk for første gang i stævningen bestred de faktiske omstændigheder, som kritiseres i klagepunktsmeddelelsen, og på grundlag af hvilke det er fastslået, at artikel 81 EF er overtrådt, skulle den mindste nedsættelse på 10%, som

blev indrømmet Schunk i medfør af samarbejdsmeddelelsen ¹⁵, ikke ophæves, således som krævet af Kommissionen. Retten bemærkede således, at de pågældende konstateringer blev afvist i medfør af den retspraksis, hvorefter de faktiske omstændigheder, som en virksomhed udtrykkeligt anerkender rigtigheden af under den administrative procedure, idet det ikke længere står den frit for under en retssag at fremføre argumenter til sit forsvar, som tilsigter at bestride disse faktiske omstændigheder, anses for bevist.

d) Begrebet gruppe og fastsættelsen af loftet på 10% af bøden

I dommen af 8. juli 2008, *Knauf Gips mod Kommissionen* (sag T-52/03, ikke trykt i Samling af Afgørelser), understregede Retten, at Kommissionen ved beregningen af det bødeloft på 10%, der er nævnt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, kan tage hensyn til omsætningen hos alle de enheder, som udgør en økonomisk enhed i henhold til konkurrencereglerne. Retten fandt især, at selv om det er korrekt, at den omstændighed, at selskabskapitalen i særskilte erhvervsdrivende selskaber tilhører samme person eller samme familie, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at bevise, at der består en økonomisk enhed mellem disse selskaber, hvilket har til følge, at det ene selskabs adfærd kan tilregnes det andet, og at det ene selskab kan være forpligtet til at betale en bøde for det andet, er det muligt at fastslå eksistensen af en økonomisk enhed under hensyn til en lang række omstændigheder. Retten pegede navnlig på, at begrebet virksomhed skal forstås som en økonomisk enhed i relation til den pågældende aftale, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer.

e) Ansvar for ulovlig adfærd

Retten anvendte i 2008 bl.a. dens retspraksis vedrørende ansvar for ulovlig adfærd i den ovennævnte dom i sagen *Knauf Gips mod Kommissionen*. Den bemærkede i denne forbindelse, at det er muligt at pålægge et selskab ansvaret for hele koncernens adfærd, hvis dette selskab er blevet identificeret som den juridiske person, der i spidsen for koncernen var ansvarlig for samordningen af koncernens aktiviteter.

3. Bidrag vedrørende artikel 82 EF

I dommen af 10. april 2008, *Deutsche Telekom mod Kommissionen* (sag T-271/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser og appelleret til Domstolen), tog Retten stilling til lovligheden af en kommissionsbeslutning, som sanktionerer Deutsche Telekoms misbrug af en dominerende stilling, der består i at forlange priser for konkurrenters adgang til nettet (»engrostitjenester«), som var højere end de detailpriser, som blev faktureret Deutsche Telekoms slutbrugere. Denne opkrævning i form af et »prispres« tvang konkurrenterne til at opkræve højere afgifter hos slutbrugerne end dem, som Deutsche Telekom fakturerede sine egne slutbrugere for tilsvarende tjenester. Kommissionen havde derfor pålagt Deutsche Telekom en bøde på 12,6 mio. EUR.

¹⁵ Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4),

Retten bemærkede, at Kommissionen med føje kunne fastslå, at Deutsche Telekom – samtidig med at den price cap, som blev fastsat af den tyske tilsynsmyndighed for telekommunikation og post (herefter »RegTP«), blev overholdt – i perioden fra begyndelsen af 1998 til udgangen af 2001 og i perioden fra begyndelsen af 2002 indtil vedtagelsen af den anfægtede beslutning havde et råderum, der var tilstrækkeligt til, at prispresset kunne mindskes eller elimineres. Retten bemærkede endvidere, at den omstændighed, at Deutsche Telekoms afgifter skulle godkendes af RegTP, ikke fratager selskabet dettes ansvar i henhold til fællesskabsretten. Deutsche Telekom var som dominerende virksomhed forpligtet til at ansøge om ændring af sine afgifter, når disse skadede en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet.

Retten bemærkede med hensyn til den metode, som Kommissionen har anvendt til at fastslå, om der forekom prispres, at den omstændighed, at Deutsche Telekoms adfærd havde karakter af misbrug, skyldtes forskellen mellem sagsøgerens engrospriser og detailpriser, som havde form af et prispres. Kommissionen behøvede derfor ikke at påvise, at detailpriserne udgjorde misbrug i sig selv.

Det var ligeledes med føje, at Kommissionen kun lagde Deutsche Telekoms særlige situation, og dermed selskabets afgifter og omkostninger, til grund for sin undersøgelse af, om dets afgifter var udtryk for misbrug, ved ikke at tage hensyn til konkurrenternes særlige stilling på markedet. Retten bemærkede i denne forbindelse, at hvis lovligheden af en dominerende virksomheds priser afhang af konkurrerende virksomheders særlige situation, og herunder navnlig deres omkostningsstruktur – oplysninger, den dominerende virksomhed normalt ikke kender – ville den dominerende virksomhed nemlig ikke kunne vurdere, om dens egen adfærd var lovlig.

Retten bemærkede endelig, at de nationale myndigheders beføjelser i henhold til de fællesskabsretlige bestemmelser om telekommunikation ikke berører Kommissionens beføjelse til at fastslå overtrædelser af konkurrenceretten. Kommissionens beslutning kan derfor ikke kritiseres for at indebære en dobbelt regulering af Deutsche Telekoms afgifter ved at sanktionere selskabet for ikke at have anvendt sit råderum til at eliminere prispresset.

Statsstøtte

1. Formaliteten

Retspraksis i år præciserer bl.a. begreberne med hensyn til for det første en person, der er individuelt berørt af en beslutning fra Kommissionen om en støtteordning, for det andet en retsakt med bindende retsvirkninger og for det tredje søgsmålsinteresse.

I dom af 28. november 2008, *Hotel Cipriani m.fl. mod Kommissionen* (forenede sager T-254/00, T-270/00 og T-277/00, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), udtalte Retten, at de søgsmål, der blev anlagt af visse modtagere af fritagelse for og nedsættelse af de sociale bidrag for virksomheder i Venedig og Chioggia til prøvelse af en beslutning fra Kommissionen, hvori disse foranstaltninger blev anset for uforenelige med fællesmarkedet, og som krævede, at Den Italienske Republik tilbagesøgte den hos støttemodtagerne, kunne antages

til realitetsbehandling. Selv om en beslutning om en støtteordning således finder generel anvendelse, er det at tilhøre en lukket kreds af faktiske modtagere i henhold til denne støtteordning, der er fuldt ud identificerbare og særlig berørt af forpligtelsen til at tilbagesøge statsstøtten, tilstrækkeligt til at udsondre hver af disse modtagere fra enhver anden person. Hvis den søgsmålskompetence, som en faktisk støttemodtager i henhold til en støtteordning er i besiddelse af, som hævdet af Kommissionen var betinget af en gennemgang af støttemodtagerens individuelle situation i Kommissionens beslutning, som fastslog, at den pågældende støtte er uforenelig, ville denne søgsmålskompetence afhænge af denne institutions valg om ikke at foretage en individuel undersøgelse på baggrund af de oplysninger, som den bliver meddelt under den administrative procedure. Denne løsning ville medføre retsusikkerhed, for så vidt som det ofte vil være tilfældigt, at Kommissionen har kendskab til konkrete individuelle situationer.

Med hensyn til begrebet en retsakt med bindende retsvirkninger fastslog Retten i dommen af 10. april 2008, *Nederlandene mod Kommissionen* (sag T-233/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser og appelleret til Domstolen), vedrørende en beslutning fra Kommissionen, hvori en ordning for omsættelige emissionsrettigheder for nitrogenoxid, anmeldt af Kongeriget Nederlandene, blev kvalificeret som forenelig med fællesmarkedet, at denne medlemsstat, som havde anmodet Kommissionen om at fastslå, at den pågældende ordning ikke udgjorde statsstøtte, har kompetence til at anfægte den pågældende beslutning. Medlemsstaten skal som privilegeret sagsøger ikke godtgøre, at der foreligger søgsmålsinteresse, men alene, at den anfægtede beslutning har retsvirkninger. Dette er tilfældet i denne sag, da spørgsmålet om, hvordan den pågældende statsstøtteordning skal kvalificeres, dels bevirkede, at det blev muligt for Kommissionen at prøve den omhandlede ordnings forenelighed med fællesmarkedet, og desuden medførte, at proceduren for eksisterende støtteordninger finder anvendelse, dels kan influere på tildelingen af ny støtte i medfør af reglerne om kumulation af støtte fra forskellige kilder, som omhandlet i navnlig EF-rammebestemmelser for statsstøtte til miljøbeskyttelse ¹⁶.

Med hensyn til søgsmålsinteresse præciserede Retten i dommen af 9. juli 2008, *Alitalia mod Kommissionen* (sag T-301/01, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at Alitalia, en virksomhed, der blev indrømmet en kapitaltilførsel, som af Kommissionen blev kvalificeret som forenelig med fællesmarkedet under forbehold af overholdelse af visse betingelser, bevarer den personlige interesse i annullationen af denne, selv efter, at selskabet efter en anden beslutning fra Kommissionen har opnået udbetaling af denne støtte i sin helhed. Idet den anfægtede beslutning således tjener som retsgrundlag for den beslutning, som godkender udbetalingen af den sidste støtterate, ville den anden beslutning have manglet retsgrundlag, såfremt Retten havde annulleret den anfægtede beslutning i det omfang, den kvalificerede den pågældende foranstaltning som statsstøtte. Retten fastslog i øvrigt i samme dom, at selv om den anfægtede beslutning blev truffet på de betingelser, som de italienske myndigheder havde forpligtet sig til at opfylde, kan Alitalia fremsætte et anbringende om disse betingelser, eftersom de kan tilskrives Kommissionen, der har enekompetence med hensyn til konstateringen af en støtteordnings uforenelighed med fællesmarkedet.

¹⁶ EFT 2001 C 37, s. 3.

Med hensyn til søgsmålsinteressen for en modtager af en støtte, som Kommissionen har erklæret for delvist forenelig med fællesmarkedet, fastslog Retten i dommen af 22. oktober 2008, *TV 2/Danmark m.fl. mod Kommissionen* (forenede sager T-309/04, T-317/04, T-329/04 og T-336/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at de omstændigheder, under hvilke Kommissionen har vurderet den omhandlede støttes forenelighed, er til hinder for en undersøgelse af, om den anlagte sag kan antages til realitetsbehandling ved at opdele den anfægtede beslutning i to dele, hvor den ene del kvalificerer de anfægtede statsstøtteforanstaltninger som delvis uforenelige med fællesmarkedet, og den anden del kvalificerer statsstøtten som delvis forenelig hermed. Kommissionen har således undersøgt, hvorvidt alle de pågældende statslige finansieringsforanstaltninger i undersøgelsesperioden oversteg nettoomkostningerne ved tjenesteydelsen af almindelig økonomisk interesse.

Retten bemærkede i øvrigt, at der kan udledes en retlig interesse af den »risiko«, der følger af, at sagsøgernes retsstilling kan blive berørt af sagsanlæg, eller at »risikoen« for sagsanlæg er eksisterende og faktisk på tidspunktet for anlæggelsen af sagen ved Retten. TV 2 er imidlertid genstand for en sag på nationalt plan anlagt af en konkurrent med påstand om erstatning for det tab, som denne angiveligt har lidt som følge af den omstændighed, at den statsstøtte, som TV 2 fik tildelt, havde givet sidstnævnte mulighed for at føre en strategi med lave priser for salg af reklametid. Efter at have konstateret, at TV 2 havde anlagt sag ved Retten, før konkurrenten anlagde nærværende sag, fandt Retten, at den eksisterende og faktiske karakter af risikoen for sagsanlæg på tidspunktet for anlæggelsen af TV 2's søgsmål har materialiseret sig ved det sagsanlæg, som verserer ved den nationale ret.

2. Materielle bestemmelser

a) Indrømmelse af en økonomisk fordel

I sagen *SIC mod Kommissionen* (Rettens dom af 26.6.2008, sag T-442/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) angående en påstand om annullation af en beslutning fra Kommissionen, idet det navnlig blev fastslået, at visse af Den Portugisiske Republik vedtagne foranstaltninger til fordel for Radiotelevisão Portuguesa (herefter »RTP«), et selskab, der har til opgave at udøve public service-tv-virksomhed i Portugal, ikke udgør statsstøtte, og at de øvrige foranstaltninger er forenelige med fællesmarkedet, gjorde sagsøgeren navnlig gældende, at RTP på tidspunktet for en obligationsudstedelse havde opnået en implicit garanti fra staten, som var forklaringen på, at virksomheden på trods af en forringet finansiell situation fik afhændet disse obligationer på markedet. Efter at have konstateret dels, at RTP var et aktieselskab, for hvis gældsposter Den Portugisiske Republik, som ejede 100% af aktierne, ikke var undergivet en forpligtelse til ubegrænset tilbagebetaling, dels at prospektet for den pågældende obligationsudstedelse ikke indeholdt en statslig garanti, fastslog Retten, at den omstændighed, at markedet accepterede tegningen af obligationsudstedelsen i 1994, fordi staten de facto garanterede for tilbagebetalingen, ikke kan føre til, at det konkluderes, at der foreligger statsstøtte. Alene objektive konstateringer, der fører til en konklusion om, at staten er retligt forpligtet til at tilbagebetale emissionen i tilfælde af RTP's betalingsstandsning, giver mulighed for at fastslå, at der foreligger en statsgaranti.

I ovennævnte dom i sagen *Hotel Cipriani m.fl. mod Kommissionen* gjorde de virksomheder, der opnåede fritagelse for sociale bidrag, gældende, at denne fritagelse ikke medførte nogen økonomisk fordel for dem, idet de opvejede de ekstraomkostninger, der var forbundet med de strukturelle ulemper i det laguneområde, hvori de var beliggende. Retten fastslog, at virksomhederne ikke har bevist, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem de ekstraomkostninger, der faktisk er afholdt, og størrelsen af den støtte, der er modtaget. Det kan ikke af den omstændighed, at virksomheder på laguneområdet må bære højere omkostninger end de ville have gjort på fastlandet, i sig selv udledes, at ordningen ikke tillægger dem nogen fordel og ikke medfører forskelsbehandling i forhold deres konkurrenter i Italien eller andre medlemsstater.

b) En støtteforanstaltnings selektive karakter

I ovennævnte dom i sagen *Nederlandene mod Kommissionen* fastslog Retten, at ordningen for omsættelige emissionsrettigheder for nitrogenoxid (NO_x), indført af Kongeriget Nederlandene, ikke udgør en statsstøtte. Således er alle industrivirksomheder i Nederlandene, som har en eksisterende kapacitet, der overstiger en bestemt tærskel, uden hensyntagen til geografiske eller sektorspecifikke faktorer, for det første underlagt NO_x-emissionslofter, der er fastsat ved den omhandlede ordning, og de kan alle nyde ordningens fordel med omsættelige emissionsrettigheder, der er omhandlet i denne foranstaltning. I kraft af at være rettet mod de mest forurenende virksomheder anvender den pågældende ordning et objektivi kriterium i overensstemmelse med målet om beskyttelse af miljøet. For det andet må det konstateres, at det kun påhviler de virksomheder, der er omfattet af ordningen, under bødeansvar at overholde en emissionsstandard eller streng præstationsstandard. Det må derfor konstateres, at den faktiske og retlige situation for de virksomheder, der er underlagt NO_x-emissionsloft, ikke kan anses for sammenlignelig med situationen for de virksomheder, for hvilke dette loft ikke finder anvendelse. Uanset om den omhandlede ordning indfører en sondring mellem virksomheder og derfor principielt er selektiv, følger denne sondring af det systems karakter eller opbygning, som ordningen er en del af, og opfylder derfor ikke betingelsen om selektivitet. Økologiske hensyn begrundes således, at der sondres mellem virksomheder med udledninger af store mængder NO_x og andre virksomheder.

Derimod fastslog Retten i den ovennævnte dom i sagen *SIC mod Kommissionen*, at Kommissionen ikke på tilstrækkelig vis har godtgjort, at visse fordele, som RTP havde haft (fritagelsen for notarialgebyrer, registreringsgebyrer og offentliggørelsesomkostninger vedrørende omdannelsen af denne virksomhed til et aktieselskab ved lov), ikke opfylder betingelsen om selektivitet med henvisning til, at de berettiges af karakteren og opbygningen af det system, som de er et led i. Dels havde Kommissionen ikke undersøgt spørgsmålet, om den pågældende lov, der medførte fritagelsen for notarialgebyrerne, havde til formål at fritage offentlige virksomheder for udgifter, men er en del af den almindelige portugisiske retsorden. Dels burde Kommissionen have fastslået, om det bunder i den portugisiske retsordens logik, at omdannelsen af RTP til et aktieselskab ikke sker på den for private virksomheder normalt foreskrevne måde, dvs. ved notarialakt (med alle de heraf følgende sædvanlige retsvirkninger i relation til registreringsformaliteter og offentliggørelse), men ved lov.

Sagen *Government of Gibraltar og Det Forenede Kongerige mod Kommissionen* (dom af 18.12.2008, forenede sager T-211/04 og T-215/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) gav Retten mulighed for at give nye præciseringer vedrørende betingelsen om selektivitet.

I august 2002 underrettede Det Forenede Kongerige Kommissionen om den reform, som Gibraltars regering påtænkte at gennemføre vedrørende selskabsbeskatningen, hvilket omfattede indførelsen af tre former for beskatning: en registreringsafgift, en skat på antallet af ansatte (lønskat) og en formueskat (business property occupation tax, herefter »BPOT«), idet de to sidstnævnte former for beskatning er begrænset til 15% af overskuddet. Kommissionen fandt, at reformen var regionalt selektiv, i det omfang den fastsatte, at selskaber, der var beliggende i Gibraltar, blev beskattet til en lavere sats end virksomheder i Det Forenede Kongerige. Den fandt endvidere, at tre aspekter ved skattereformen var selektive på det materielle plan: for det første kravet om, at der skal være et overskud, før der pålægges lønskat og BPOT, idet dette krav begunstiger de virksomheder, der ikke har noget overskud. For det andet det loft på 15% af overskuddet med hensyn til lønskat og BPOT, idet denne skattesats begunstiger de virksomheder, som for det pågældende skatteår måtte have lave overskud i forhold til antallet af ansatte og deres besiddelse af erhvervsjendom. For det tredje lønskatten og BPOT, idet disse to former for beskatning i sagens natur begunstiger virksomheder uden nogen fysisk tilstedeværelse i Gibraltar.

Ved anvendelse af betingelserne fastsat i retspraksis vedrørende støtte ydet af regionale eller lokale myndigheder ¹⁷ fastslog Retten, at referencerammen med hensyn til vurderingen af den selektive karakter af den pågældende skattereform udelukkende er begrænset til Gibraltar, og at der derfor ikke kan foretages nogen sammenligning med den ordning, der gælder for Det Forenede Kongerige.

For så vidt angår materiel selektivitet bemærkede Retten, at kvalificeringen af en fiskal foranstaltning som selektiv, kræver en tretrinsanalyse. Kommissionen skal i første omgang identificere og undersøge den »normale« ordning i det skattesystem, som er gældende inden for det geografiske område, referencerammen udgør. Det er i forhold til dette »normale« skattesystem, at Kommissionen dernæst er forpligtet til at fastslå den eventuelle selektive karakter af den fordel, der er indrømmet i henhold til den pågældende skatteforanstaltning. Hvis Kommissionen kan godtgøre, at der foreligger undtagelser fra den »normale« skatteordning, hvilket fører til en sondring mellem virksomheder, kan den pågældende medlemsstat bevise, at denne sondring kan begrundes med skatteordningens art og opbygning. I et sådant tilfælde skal Kommissionen for det tredje undersøge, om dette faktisk er tilfældet. Retten tilføjede i denne forbindelse, at Kommissionen i det tilfælde, hvor den ikke gennemfører ovennævnte første og andet trin, ikke kan indlede det tredje, idet den i modsat fald vil overskride grænserne for sit skøn. En sådan fremgangsmåde vil således dels gøre det muligt for Kommissionen at sætte sig i medlemsstatens sted for så vidt angår fastlæggelsen af sit skattesystem og sin »normale« ordning, dels gøre det umuligt for medlemsstaten at kunne begrunde de pågældende sondringer med den anmeldte skatteordnings art og opbygning.

¹⁷ Domstolens dom af 6.9.2006, sag C-88/03, Portugal mod Kommissionen, Sml. I, s. 7115, præmis 67.

Idet den konstaterede, at Kommissionen hverken først klarlagde den »normale« ordning i den anmeldte skatteordning, eller bestred den af Gibraltars myndigheder foretagne kvalificering, fandt Retten, at det ikke var muligt for denne institution at fastslå, at visse af elementerne i den anmeldte skatteordning havde karakter af undtagelser og således var umiddelbart selektive i forhold til den »normale« ordning. Retten fandt ligeledes, at det ikke var muligt for Kommissionen at foretage en rigtig bedømmelse af, om en eventuel differentieret behandling af virksomheder kunne begrundes med den anmeldte skatteordnings art og opbygning.

c) Kriteriet om den private investor, som opererer på markedsøkonomiske vilkår

I dommen af 17. december 2008 i sagen *Ryanair mod Kommissionen* (sag T-196/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) annullerede Retten den beslutning, hvorved Kommissionen særskilt undersøgte to aftaler, som blev indgået af luftfartsselskabet Ryanair med henholdsvis regionen Vallonien, som er ejer af lufthavnen i Charleroi, og med Brussels South Charleroi Airport (herefter »BSCA«), som er en offentlig virksomhed, der kontrolleres af regionen Vallonien, og som administrerer og driver denne lufthavn. Ifølge den anfægtede beslutning indebar disse to aftaler statsstøtte, der var uforenelige med fællesmarkedet. Kommissionen bemærkede bl.a., at regionen Vallonien havde indgået den første aftale med Ryanair som offentlig myndighed, og at dens rolle i denne aftale derfor ikke kunne undersøges ved anvendelsen af princippet om den private investor. Retten bemærkede for det første, at Kommissionen, idet BSCA var en enhed, som var økonomisk afhængig af regionen Vallonien, burde have anset disse for en enkelt virksomhed. Retten fastslog herefter, at regionen Vallonien ved at indgå aftalen med Ryanair har udøvet en økonomisk aktivitet. At denne aktivitet således udøves på det offentlige område, kunne ikke allerede af denne grund anses for udøvelse af offentlig myndighed. I øvrigt udelukker den omstændighed alene, at regionen Vallonien har beføjelse til at udstede administrative retsakter om fastsættelse af lufthavnsgebyrer, ikke, at undersøgelsen af en rabatordning for disse gebyrer skal foretages på grundlag af princippet om den private investor, der opererer på markedsøkonomiske vilkår.

d) Den tidsmæssige anvendelse af fravigelser fra forbuddet mod statsstøtte

I sagen *SIDE mod Kommissionen* (Rettens dom af 15.4.2008, sag T-348/04, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) havde Kommissionen benyttet undtagelsen vedrørende foranstaltninger til fremme af kulturen og bevarelse af kulturarven i artikel 87, stk. 3, litra d), EF, en bestemmelse, der trådte i kraft den 1. november 1993, på en støtte, som blev ydet af Frankrig inden denne dato. Efter at den havde bemærket, at fællesskabsrettens materielle regler i princippet ikke omfatter forhold, som ligger forud for ikrafttrædelsen, og præciseret, at denne konklusion gælder, uanset om disse regler måtte være til gunst eller ugunst for den pågældende, fastslog Retten dels, at al ny statsstøtte nødvendigvis må være uforenelig med fællesmarkedet, hvis den kunne fordreje konkurrencevilkårene i støtteperioden, og hvis den ikke var omfattet af nogen af undtagelserne, dels at den omhandlede støtte under alle omstændigheder er enten forenelig eller uforenelig med fællesmarkedet, når den har fået virkning. Det skal derfor ved bedømmelsen af, om en støtte er forenelig med fæl-

lesmarkedet, ikke blot afgøres, om fællesskabsinteresser – på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen om støtten – krævede tilbagebetaling af støtten, men Kommissionen skal også prøve, om den omhandlede støtte kunne fordreje konkurrencevilkårene i den periode, hvor den blev udbetalt. På baggrund af disse overvejelser fastslog Retten, at Kommissionen begik en retlig fejl ved at anvende den ovennævnte undtagelse på perioden forud for den 1. november 1993.

e) Tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse

Sagen *BUPA m.fl. mod Kommissionen* (Rettens dom af 12.2.2008, sag T-289/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) gav Retten mulighed for at videreudvikle sin praksis vedrørende spørgsmålet, om den compensation, som en virksomhed modtager som vederlag for en tjenesteydelse af almindelig økonomisk interesse (herefter »SIEG«), som den yder, udgør statsstøtte. Tvisten vedrørte opbygningen af en privat sygeforsikringsordning (herefter »AMP«) i Irland, der i perioden mellem 1994 og 1996 havde været genstand for en liberalisering, hvor Voluntary Health Insurance Board (VHI) havde konkurreret med andre erhvervsdrivende, herunder sagsøgeren. Som led i denne liberalisering var der blevet planlagt en indførelse af en risikoudligningsordning (herefter »RES«), forvaltet af Health Insurance Authority (herefter »HIA«). RES er nærmere bestemt en mekanisme, som indebærer, dels at private sygeforsikringsselskaber, der har en mindre risikoprofil end den gennemsnitlige risikoprofil på markedet, skal betale en afgift til HIA, dels at HIA skal foretage modsvarende betalinger til private sygeforsikringsselskaber, som har en højere risikoprofil end den gennemsnitlige risikoprofil. Mekanismen præciserer de forskellige grænser, som udløser risikoudligningsbetalinger. Kommissionen, der havde modtaget en klage fra BUPA og Irlands anmeldelse af RES, havde besluttet, at RES-betalingerne udgjorde en godtgørelse for forpligtelsen til at yde tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, nemlig forpligtelsen til at sikre, at alle personer, som bor i Irland, har adgang til et vist minimumsniveau af private sygeforsikringsydelser til samme pris, uafhængigt af sundhedstilstand, alder og køn (herefter »AMP-forpligtelser«) ¹⁸.

Retten fastslog, at selv om Domstolens dom af 24. juli 2003 i sagen *Altmark Trans og Regierungspräsidium Magdeburg* ¹⁹ (herefter »Altmark-dommen«) på tidspunktet for Kommissionens analyse endnu ikke var afsagt, var det i lyset af de fire betingelser, som Domstolen opstillede heri (herefter »Altmark-betingelserne«), at lovligheden af den anfægtede beslutning skulle undersøges. Dels har Domstolen ikke tidsmæssigt begrænset retsvirkningerne af sine bemærkninger i Altmark-dommen, dels begrænser den fortolkning, som Domstolen foretager af en fællesskabsretlig regel, sig til at belyse og præcisere betydningen og rækkevidden af den pågældende regel, således som den skal forstås og anvendes, henholdsvis burde have været forstået og anvendt, herunder også af fællesskabsinstitutionerne, fra sin ikrafttræden. Retten præciserede, at Altmark-betingelserne i det foreliggende tilfælde, hvis rækkevidde i øvrigt i vid udstrækning er sammenfaldende med kriterierne i artikel 86, stk. 2, EF, skal anvendes i overensstemmelse med ånden i og formålet med disse kriterier, men således at der tages hensyn til de faktiske omstændigheder i denne sag.

¹⁸ Beslutning K(2003) 1322 endelig udg. af 13.5.2003 (statsstøtte N 46/2003 – Irland).

¹⁹ Sag C-280/00, Sml. I, s. 7747.

I forbindelse med den første Altmark-betingelse, hvorefter den virksomhed, der modtager kompensation, faktisk skal være pålagt at opfylde forpligtelser til offentlig tjeneste, som skal være klart definerede, fastslog Retten, at der i fællesskabsretten ikke findes hverken en klar og præcis retlig definition af begrebet SIEG-opgave eller et fast juridisk begreb, der endeligt fastsætter de betingelser, der skal være opfyldt, for at en medlemsstat gyldigt kan påberåbe sig eksistensen og beskyttelsen af en SIEG-opgave. Medlemsstaterne har således en vid skønsmåling med hensyn til definitionen af, hvad de anser for en SIEG-ydelse, og Kommissionen kan kun stille spørgsmålstejn ved denne definition i tilfælde af en åbenbar fejl. Denne vide skønsmåling indebærer imidlertid ikke, at en medlemsstat er fritaget fra forpligtelsen til at overvåge, at den påberåbte SIEG-opgave opfylder bestemte minimumskriterier (navnlig hvorvidt der foreligger en offentlig myndighedsakt, der pålægger de omhandlede erhvervsdrivende opgaven, og den generelle og bindende karakter af opgaven), der er fælles for enhver SIEG-opgave i henhold til EF-traktaten, og bevise, at disse kriterier er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Medlemsstatens manglende dokumentation for, at disse kriterier overholdes, kan udgøre et åbenbart urigtigt skøn, som Kommissionen skal sanktionere. Hertil kommer, at medlemsstaten skal anføre årsagerne til, at den finder, at den omhandlede tjenesteydelse, på grund af dens særlige karakter, fortjener at kvalificeres som en SIEG-ydelse. Uden en sådan begrundelse er en, selv marginal, kontrol udøvet af Fællesskabets institutioner ikke mulig. Retten præciserede i øvrigt, at overdragelsen af en SIEG-opgave ikke nødvendigvis forudsætter, at den erhvervsdrivende, som har ansvaret herfor, tillægges en eksklusiv eller særlig rettighed til udførelsen heraf, og at overdragelsen af en SIEG-opgave endvidere kan bestå i en forpligtelse for flere eller alle de erhvervsdrivende, der er aktive på det samme marked. Derimod er de væsentligste krav for at fastslå, om der foreligger en SIEG-opgave, dens generelle og bindende karakter: Selv om det første krav indebærer, at tjenesteyderen har pligt til, under faste vilkår, at kontrahere, uden at kunne udelukke den anden kontraherende part, indebærer det andet krav ikke, at den pågældende tjenesteydelse nødvendigvis skal ydes til hele befolkningen i en medlemsstat, forudsat at den tilbydes til ensartede takster uden at forskelsbehandle, og efter ensartede kvalitetskrav til alle kunder. Ved at anvende disse kriterier på det foreliggende tilfælde fastslog Retten, at RES opfyldte den første Altmark-betingelse.

Med hensyn til den anden Altmark-betingelse, hvori det er fastsat, at de kriterier, der er grundlaget for beregningen af kompensationen for udførelsen af en SIEG-opgave, skal være fastlagt på forhånd på en objektiv og gennemsigtig måde, fastslog Retten, at denne betingelse også er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Således er de irske myndigheders eventuelle skønsmåling med hensyn til RES-udbetalinger ikke i sig selv uforenelig med objektive og gennemsigtige kriterier. I øvrigt anfægter alene den omstændighed, at de økonomiske og matematiske formler, der finder anvendelse for den beregning, der skal udføres, er komplicerede, ikke den præcise og klart definerede karakter af de relevante kriterier.

I forbindelse med undersøgelsen af den tredje Altmark-betingelse, hvorefter kompensationen skal være nødvendig og forholdsmæssig i forhold til de udgifter, der skyldes opfyldelsen af SIEG-opgaven, bemærkede Retten, at RES-udbetalingerne ikke har til formål at kompensere for eventuelle udgifter eller merudgifter i forbindelse med en særlig levering af bestemte private sygeforsikringsydelser, men udelukkende at udligne de yderligere udgifter, der følger af en negativ difference af et privat sygeforsikringsselskabs risikoprofil i forhold til den gennemsnitlige risiko på markedet. Dette indebærer imidlertid ikke en til-

sidesættelse af den pågældende betingelse. For så vidt som den kompensationsordning, som der er tale om, navnlig adskiller sig radikalt fra den kompensationsordning, der var genstand for Altmark-dommen, kan den ikke fuldt ud opfylde den tredje Altmark-betingelse, hvorefter udgifterne til gennemførelsen af en SIEG-opgave skal kunne fastlægges. Fastsættelsen af størrelsen af merudgifterne ved hjælp af en sammenligning af et privat sygeforsikringsselskabs reelle risikoprofil og den gennemsnitlige risikoprofil på markedet, under hensyn til de beløb, der er godtgjort af alle de private sygeforsikringsselskaber, som er undergivet RES, er imidlertid i overensstemmelse med formålet med og tankegangen bag denne betingelse, idet beregningen af compensationen er baseret på elementer, der er objektivt konkrete, gennemsigtige og kontrollerbare.

For så vidt angår den fjerde Altmark-betingelse, som kræver, at de udgifter, som er afholdt i forbindelse med opfyldelsen af SIEG-opgaven, svarer til udgifterne for en effektiv virksomhed, fastslog Retten, at Kommissionen med rette kunne fastslå, at der i det foreliggende tilfælde ikke var behov for en sammenligning af de potentielle modtagere af RES-udbetalinger og en veldreven virksomhed. Der skal tages hensyn til den omstændighed, at denne betingelse strengt taget ikke finder anvendelse på RES-ordningen på grund af følgende to specielle forhold: Neutraliteten af den kompensationsordning, der er indført ved RES i forhold til de private sygeforsikringsselskabers indtægter og fortjenester, og den særlige art merudgifter, der er forbundet med de private sygeforsikringsselskabers negative risikoprofil²⁰.

Andre domme gjorde det muligt for Retten i 2008 at supplere de kriterier, som finder anvendelse på compensation som følge af gennemførelse af en SIEG.

I dommen af 1. juli 2008 i sagen *Deutsche Post mod Kommissionen* (sag T-266/02, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser og appelleret til Domstolen) understregede Retten for det første, at når statsmidler er tildelt som compensation for meromkostninger forbundet med opfyldelsen af en SIEG under overholdelse af Altmark-betingelserne, kan Kommissionen ikke uden at fratage artikel 86, stk. 2, EF sin effektive virkning fastslå, at de tildelte offentlige midler er statsstøtte, hvis det samlede beløb er lavere end de meromkostninger, der er forbundet med udførelsen af nævnte SIEG-opgave. Hvis Kommissionen således ikke efterprøver, om beløbet for compensationen overstiger de meromkostninger, som er forbundet med en SIEG, har den ikke i tilstrækkelig grad godtgjort, at denne compensation bibringer en fordel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF, og herefter kan udgøre en statsstøtteforanstaltning. Når Kommissionen i øvrigt hverken har foretaget nogen undersøgelse eller nogen bedømmelse i denne henseende, tilkommer det ikke Fællesskabets retsinstanser at sætte sig i denne institutions sted og gennemføre en undersøgelse, som denne ikke har gennemført, ved at foretage en vurdering af de konklusioner, Kommissionen er nået til.

I ovennævnte dom i sagen *SIC mod Kommissionen* fastslog Retten, at Den Portugisiske Republik ikke var forpligtet til at iværksætte en udbudsprocedure forud for tildelingen af SIEG med hensyn til tv-virksomhed til RTP. Dette særkende ved offentlig radio- og tv-virksom-

²⁰ I den ovennævnte dom i sagen Cipriani m.fl. mod Kommissionen bekræftede Retten med hensyn til de beslutninger, som Kommissionen vedtog inden Altmark-dommen, at det skal undersøges, om den anvendte overordnede strategi er forenelig med indholdet af kriterierne i Altmark-dommen.

hed i medlemsstaterne, især dens sammenhæng med de demokratiske, sociale og kulturelle behov i de enkelte samfund, forklarer og begrundet den omstændighed, at en medlemsstat ikke er forpligtet til at iværksætte en udbudsprocedure forud for tildelingen af denne SIEG, i hvert fald når den beslutter selv at varetage denne public service via, som i det foreliggende tilfælde, en offentlig virksomhed.

Retten bemærkede, at medlemsstaterne er kompetente til at definere SIEG med hensyn til radio- og tv-virksomhed således, at definitionen omfatter sending af en bred vifte af programmer, og at operatøren, der forestår denne SIEG, samtidig indrømmes adgang til at udøve kommercielle aktiviteter, såsom salg af reklametid. Hvis dette ikke var tilfældet, ville man gøre selve definitionen af SIEG med hensyn til radio- og tv-virksomhed afhængig af dens finansiering, hvorimod en SIEG defineres, hypotetisk, i forhold til den almindelige interesse, som den har til formål at opfylde, og ikke i forhold til de midler, der sikrer leveringen.

For så vidt angår kontrollen med RTP's overholdelse af public service-opgaven, præciserede Retten, at det alene er medlemsstaten, der er i stand til at bedømme public service-operatørens overholdelse af de kvalitetsnormer, der defineres i public service-mandatet. Kommissionen bør begrænse sig til at konstatere tilstedeværelsen på nationalt plan af en uafhængig kontrolmekanisme, hvilket var tilfældet i den foreliggende sag. Med hensyn til proportionaliteten af finansieringen af public service-omkostningerne konkluderede Retten, at Kommissionen, idet den ikke havde anmodet Den Portugisiske Republik om at fremsende visse revisionsrapporter, tilsidesatte sin undersøgelsespligt. Kommissionen kan således ikke undlade at anmode om fremlæggelse af oplysninger, der vil kunne bekræfte eller afkræfte eksistensen af andre oplysninger med relevans for undersøgelsen af den omhandlede foranstaltning, men hvis pålidelighed ikke kan anses for at være tilstrækkeligt godtgjort.

Retten præciserede endvidere i den ovennævnte dom i sagen *TV 2/Danmark m.fl. mod Kommissionen*, at tjenesteydelser af almen økonomisk interesse med hensyn til radio- og tv-virksomhed ikke nødvendigvis skal begrænses til udsendelsen af ikke-rentable programmer. Påstanden om, at virksomheden TV 2, der leverer en tjenesteydelse af almen økonomisk interesse (TV 2), uundgåeligt ville støtte sine kommercielle aktiviteter ved statslig finansiering af public service-virksomheden, anså Retten for højst at udgøre en risiko, som det tilkom medlemsstaterne af undgå og Kommissionen i givet fald at sanktionere. Retten fastslog i øvrigt med hensyn til den frihed, som de danske myndigheder har overladt TV 2 ved den konkrete fastlæggelse af programfladen, at det på ingen måde er unormalt, at et public service-tv-selskab, med forbehold om overholdelse af kvalitetskrav, har redaktionel uafhængighed i forhold til den politiske magt ved valget af programmer.

f) **Støtte, hvis formål er at råde bod på skader, der er forårsaget af usædvanlige begivenheder**

I henhold til artikel 87, stk. 2, litra b), EF er støtte, som ydes for at råde bod på skader, der er forårsaget af usædvanlige begivenheder, forenelige med fællesmarkedet.

Efter terrorangrebene den 11. september 2001 vedtog Kommissionen den 10. oktober 2001 en meddelelse ²¹, hvori den fastslog, at der navnlig kunne ydes kompensation for omkostninger som følge af lukningen af det amerikanske luftrum i perioden fra den 11. til den 14. september 2001. I dommen af 25. juni 2008, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies mod Kommissionen* (sag T-268/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), annullerede Retten delvist Kommissionens beslutning, hvorved den støtte, som Den Helleniske Republik har ydet for de tab, som opstod som følge af annulleringen af fastsatte flyvninger uden for den i meddelelsen omhandlede periode, blev erklæret for uforenelig med fællesmarkedet. Retten fastslog, at selv om artikel 87, stk. 2, litra b), EF kun tillader kompensation for de økonomiske skader, der direkte er forårsaget af usædvanlige begivenheder, kan tilstedeværelsen af en direkte forbindelse anerkendes, selv hvor skaden som i det foreliggende tilfælde er opstået kort tid efter den ovennævnte periode.

3. Processuelle regler

Retspraksis i 2008 gav endelig mulighed for at afklare de forpligtelser, som påhviler Kommissionen, når den vedtager en anden beslutning om en statsstøtte, der har været genstand for en beslutning, der er blevet annulleret af Retten. I ovennævnte dom i sagen *Alitalia mod Kommissionen* fastslog Retten, at der ikke gælder nogen forpligtelse for Kommissionen til i et sådant tilfælde at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, idet de af Retten fastslåede ulovligheder ikke går tilbage til procedures indledning. Kommissionen var endvidere ikke forpligtet til på ny at give interesserede tredjeparter, hvis ret til at tilkendegive deres bemærkninger i forbindelse med den første beslutning var blevet sikret ved offentliggørelse af en meddelelse i EU-Tidende om dens beslutning om at indlede en formel undersøgelsesprocedure, denne mulighed i forbindelse med vedtagelsen af den anden beslutning.

EF-varemærker

Afgørelserne vedrørende anvendelsen af forordning (EF) nr. 40/94 ²² udgør også i 2008 en væsentlig del (171 afgørelser) af de sager, der er blevet afsluttet af Retten, selv om de dog udgør en mindre procentdel end i 2007.

1. Absolutte registreringshindringer

Retten har for første gang i dom af 12. november 2008, *Lego Juris mod KHIM – Mega Brands (legoklods)* (sag T-270/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), i forbindelse med en ugyldighedssag taget stilling til rækkevidden af den relative registreringshindring i artikel 7, stk. 1, litra e), nr. ii), i forordning nr. 40/94, hvorefter tegn, som udelukkende består af en udformning af varen, som er nødvendig for at opnå et teknisk resultat, udelukkes fra registrering. Retten fandt, at bestemmelsen var til hinder for registreringen af enhver udform-

²¹ KOM(2001) 574 endelig udg.

²² Rådets forordning af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).

ning, hvis væsentlige kendetegn udelukkende består af en udformning af varen, som teknisk set er nødvendig for at opnå det ønskede tekniske resultat, selv om dette resultat kan opnås ved andre udformninger, som anvender den samme eller en anden teknisk løsning. Disse kendetegn skal bestemmes på objektiv vis på grundlag af den grafiske gengivelse af den berørte udformning og den eventuelle beskrivelse, som er indleveret i forbindelse med varemærkeansøgningen, og ikke på grundlag af den relevante forbrugers opfattelse.

I forbindelse med en anden ugyldighedssag har Retten i dom af 15. oktober 2008, *Power-serv Personalservice mod KHIM – Manpower (MANPOWER)* (sag T-405/05, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret til Domstolen), præciseret den geografiske udstrækning, inden for hvilken den relevante kundekreds vil opfatte tegnet, der består af det engelske ord »manpower« som beskrivende. I denne henseende fandt Retten, at dette endog kan være tilfældet i de ikke-engelsksprogede medlemsstater forudsat, for det første, at dette engelske ord er blevet en del af det sprog, der tales i det pågældende land, og at det der kan anvendes i stedet for det ord, som på dette sprog betyder »arbejdskraft« eller »personale«, og for det andet, at engelsk anvendes for at henvende sig til personer fra den relevante kundekreds, i den sammenhæng, hvori de varer og tjenesteydelser, der er beskyttet af varemærket MANPOWER, indgår, selv om det kun sker som alternativ til det nationale sprog. Ved anvendelse af disse kriterier konkluderede Retten, at det var med rette, at appelkammeret fandt, at det omhandlede tegn var beskrivende i Tyskland og i Østrig, hvori mod det var med urette, at appelkammeret fandt, at dette også var gældende i Nederlandene, Sverige og Danmark. Andre udviklingstendenser vedrørende betydningen af den relevante kundekreds kendskab til sprog fremgår af dom af 26. november 2008, *New Look mod KHIM (NEW LOOK)* (sag T-435/07), hvori Retten fandt, at appelkammeret, eftersom det er almindelig kendt, at den brede offentlighed i de skandinaviske lande, Nederlandene og Finland har en grundlæggende forståelse af engelsk, med rette kunne finde, at tegnet NEW LOOK, der er et banalt udtryk fra almindeligt engelsk, og som ikke medfører sproglige vanskeligheder, savnede ethvert fornødent særpræg i disse lande.

Et andet væsentligt bidrag fra dette års retspraksis på dette område vedrører rækkevidden af henvisningen i artikel 7, stk. 1, litra h), i forordning nr. 40/94 til de absolutte registreringshindringer i artikel 6c i Pariserkonventionen²³. I sagen, der gav anledning til dom af 28. februar 2008, *American Clothing Associates mod KHIM (gengivelse af et ahornblad)* (sag T-215/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret til Domstolen), der følger af et søgsmål indgivet af et selskab, der fra Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) fik afslag på registrering af et tegn, der bl.a. bestod af et ahornblad, med den begrundelse, at dette findes på det canadiske flag, fandt Retten, at på grund af konventionens sondring mellem »varemærker« og »servicemærker«, finder artikel 6c, litra a), der medfører afslag på registrering af bl.a. flag og andre statselementer, ikke anvendelse på »servicemærker«. Såfremt fællesskabslovgiver havde haft til hensigt at udstrække dette forbud til servicemærker, ville lovgiver nemlig ikke have begrænset sig til blot at henvise til Pariserkonventionens artikel 6c, men ville i selve ordlyden af artikel 7 i forordning nr. 40/94 have nævnt dette forbud. Desuden fastslog Retten, at i modsætning til, hvad der gælder for vurderingen af et sammensat vare-

²³ Pariserkonventionen om industriel ejendomsret af 20.3.1883, som revideret og ændret (United Nations Treaty Series, bind 828, nr. 11847, s. 108).

mærkes særpræg ved anvendelsen af Pariserkonventionens artikel 6c, skal der tages hensyn til hver enkelt af det pågældende varemærkes bestanddele, og det er tilstrækkeligt, at en af disse bestanddele udgør et statselement eller en efterligning heraf, for at være til hinder for registreringen af varemærket, uanset hvilket helhedsindtryk det giver. Endelig er anvendelsen af Pariserkonventionens artikel 6c, stk. 1, litra a), ikke betinget af, at der er en mulighed for, at den berørte kundekreds tager fejl med hensyn til oprindelsen af de varer, det ansøgte varemærke betegner, eller med hensyn til, hvorvidt der er en forbindelse mellem indehaveren af dette varemærke og den stat, hvis emblem indgår i varemærket.

I dom af 9. juli 2008, *Hartmann mod KHIM (E)* (sag T-302/06, ikke trykt i Samling af Afgørelser), foretog Retten en væsentlig præcisering af retspraksis, hvorefter Harmoniseringskontoret kan støtte sin analyse på omstændigheder, der er et resultat af den generelle praktiske erfaring, der er opnået ved markedsføring af almindelige forbrugsvarer, uden at det er forpligtet til at fremlægge eksempler på en sådan erfaring. Retten fandt, at eftersom de varer, der var omfattet af det ansøgte varemærke, var blevet defineret af Harmoniseringskontorets instanser som ikke bestemt til almindeligt forbrug, men til en specialiseret kundekreds, kunne det ikke accepteres, at disse instanser støttede deres analyse på konkrete omstændigheder, som enhver har kendskab til.

En række domme har givet Retten mulighed for at præcisere den forbindelse, der skal være mellem et varemærke og de omfattede varer eller tjenesteydelser, for at varemærket kan anses for at være beskrivende, bl.a. dom af 2. april 2008, *Eurocopter mod KHIM (STEADYCONTROL)* (sag T-181/07, ikke trykt i Samling af Afgørelser), af 24. september 2008, *HUP Usługi Polska mod KHIM – Manpower (I.T.@MANPOWER)* (sag T-248/05, ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret til Domstolen), af 15.10.2008, *REWE-Zentral mod KHIM (Port Louis)* (sag T-230/06, ikke trykt i Samling af Afgørelser), af 25. november 2008, *CFCMCEE mod KHIM (SURFCARD)* (sag T-325/07, ikke trykt i Samling af Afgørelser) og af 2. december 2008, *Ford Motor mod KHIM (FUN)* (sag T-67/07, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). Retten konstaterede bl.a. i sidstnævnte dom, at forbindelsen mellem betydningen af ordet »fun« på den ene side og motordrevne landkøretøjer samt dele og tilbehør hertil på den anden side ikke var tilstrækkelig direkte og konkret til, at det ansøgte varemærke kunne udelukkes fra registrering, i modsætning til det af appelkammeret anførte.

Endelig præciserede Retten i dom af 12. marts 2008, *Compagnie générale de diététique mod KHIM (GARUM)* (sag T-341/06), at man i analysen af et tegns særpræg skal henholde sig til en markedserfaring, der er konkret og aktuel, eller som i det mindste er meget sandsynlig og tilstrækkeligt nærliggende i tidsmæssig henseende. Til gengæld er en antaget eller endda hypotetisk udvikling uden nogen forbindelse med de konkrete og kontrollerbare bestanddele i princippet ikke tilstrækkeligt.

2. Relative registreringshindringer

Sagen mellem det tjekkiske selskab Budějovický Budvar og det amerikanske selskab Anheuser-Busch gav som i 2007 Retten anledning til i dom af 16. december 2008, *Budějovický Budvar mod KHIM – Anheuser-Busch (BUD)* (forenede sager T-225/06, T-255/06, T-257/06 og T-309/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at fortolke artikel 8, stk. 4, i forordning nr. 40/94, der giver mulighed for at rejse indsigelse mod registrering af et EF-varemærke

ved at påberåbe sig et ældre tegn, der ikke er et varemærke. For det første har Retten anført, at Harmoniseringskontoret bør tage hensyn til de ældre rettigheder, der er beskyttet i medlemsstaterne, uden at der kan rejses tvivl om deres kvalificering. Eftersom beskyttelsen af oprindelsesbetegnelsen »bud« i Østrig og Frankrig er gældende i henhold til disse staters nationale regler, skal Harmoniseringskontoret således tage hensyn til virkningerne af denne beskyttelse. Dernæst konstaterede Retten, at Harmoniseringskontoret, i stedet for at anvende artikel 43 i forordning nr. 40/94 analogt og kræve, at Budějovický Budvar fremlagde bevis for »reel« brug af betegnelsen »bud«, burde have undersøgt, om de omhandlede tegn blev brugt i forbindelse med en erhvervsmæssig virksomhed, hvorved der søgtes opnået økonomisk vinding, og ikke i private forhold, uanset hvilket område denne brug vedrørte. Retten fandt, at det tjekkiske selskab havde godtgjort, at de omhandlede betegnelser blev brugt erhvervsmæssigt. Endvidere konstaterede Retten, at Harmoniseringskontoret begik en fejl, idet det ikke tog hensyn til alle de relevante faktiske og retlige omstændigheder, for at afgøre, om de berørte nationale regler gav Budějovický Budvar ret til at forbyde brugen af et yngre varemærke.

Et af de væsentligste bidrag i retspraksis i 2008 på dette område vedrører spørgsmålet om lighed mellem de varer og/eller tjenesteydelser, der er omfattet af det ældre varemærke og det ansøgte varemærke, med henblik på en vurdering af, om der er risiko for forveksling. For det første konstaterede Retten i dom af 18. juni 2008, *Coca-Cola mod KHIM – San Polo (MEZZOPANE)* (sag T-175/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at der kun er en svag grad af lighed mellem vin og øl. Selv om vin og øl til en vis grad kan opfylde samme behov for at nyde en drik i forbindelse med et måltid eller som en aperitif, opfatter den relevante forbruger dem som forskellige varer. Desuden er der ikke noget, der giver anledning til at fastslå, at køberen af en af disse varer foranlediges til at købe den anden, og at de således supplerer hinanden. Til gengæld er vin og øl under hensyntagen til prisforskellen i et vist omfang konkurrerende.

Retten konstaterede i dom af 4. november 2008, *Group Lottuss mod KHIM – Ugly (COYOTE UGLY)* (sag T-161/07), at der er en høj grad af komplementaritet mellem »øl« på den ene side og »tjenesteydelser i forbindelse med cocktailbarer« såvel som »tjenesteydelser i forbindelse med underholdning, diskoteker og natklubber« på den anden side. Øl drikkes således for at slukke tørsten eller for nydelsen, mens disse tjenesteydelser dækker den aktivitet, der består i at forberede og servere alkoholholdige drikke på et sted, hvor man indfinder sig for at more sig. Retten fandt, at Harmoniseringskontoret derfor med rette kunne fastslå, at der var en svag grad af lighed mellem disse varer og tjenesteydelser. Dette gælder dog ikke for ligheden mellem øl og »kulturelle aktiviteter«, idet disse aktiviteter har et langt svagere komplementærforhold med øl end de ovennævnte tjenesteydelser.

Komplementærforholdet mellem varer og tjenesteydelser var ligeledes genstand for to andre domme afsagt i forbindelse med ugyldighedssager. I dom af 24. september 2008, *Oakley mod KHIM – Venticinque (O STORE)* (sag T-116/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), fastslog Retten, at forholdet mellem de tjenesteydelser, der præsteres som led i detailhandel med visse beklædningsgenstande og disse samme genstande, er karakteriseret ved en tæt forbindelse i den forstand, at varerne er vigtige eller endda uundværlige for leveringen af nævnte tjenesteydelser. Sidstnævnte præsteres netop i forbindelse med salget af nævnte varer, og detailhandlen omfatter enhver aktivitet, som den erhvervsdrivende udfører med henblik på at fremme indgåelsen af en salgsaftale. Derimod eksisterer der

ikke et sådant forhold, når de salgstjenester, der er dækket af et varemærke, vedrører tilbehør, og det andet varemærke omfatter beklædningsgenstande og lædervarer.

I dom af 12. november 2008, *Weiler mod KHIM – IQNet Association – The International Certification Network (Q2WEB)* (sag T-242/07, ikke trykt i Samling af Afgørelser), anførte Retten som begrundelse for konstateringen af, at de omhandlede varer og tjenesteydelser, der var omfattet af varemærket Q2WEB, alle kunne anvendes og/eller præsteres i forbindelse hermed eller efterfølgende med henblik på at yde forbrugerne de omhandlede tjenesteydelser omfattet af varemærket QWEB Certified Site, at udbyderne af telekommunikationstjenester, især telekommunikationstjenester via internettet, som dem, der er omfattet af varemærket QWEB Certified Site, almindeligvis tilbyder deres kunder et softwareprogram samt tjenesteydelser til vedligeholdelse og installering af dette software, der således hypotetisk er væsentligt for anvendelsen af den præsterede telekommunikationstjeneste, og at sådanne softwareprogrammer og tjenesteydelser er en del af de varer og tjenesteydelser, der er omfattet af varemærket Q2WEB.

Dette års retspraksis indeholder desuden bidrag vedrørende den begrebsmæssige sammenligning mellem de omtvistede tegn i forbindelse med inter partes-procedurer. Da Retten skulle tage stilling til ligheden mellem ordmærkerne EL TIEMPO og TELETIEMPO, fandt den i dom af 22. april 2008, *Casa Editorial el Tiempo mod KHIM – Instituto Nacional de Meteorología (EL TIEMPO)* (sag T-233/06, ikke trykt i Samling af Afgørelser), at der ikke var noget i ordlyden af beskrivelsen af de omhandlede varer eller tjenesteydelser, der gav anledning til at antage, at ordet »tiempo« nødvendigvis skulle fortolkes i kronologisk forstand for det ansøgte varemærke og i klimatologisk forstand for de ældre varemærker.

Desuden udtalte Retten i dom af 2. december 2008, *Harman International Industries mod KHIM – Becker (Barbara Becker)* (sag T-212/07, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at når et ordmærke udgøres af to bestanddele, hvoraf den ene er den samme som den eneste bestanddel i et andet ordmærke, kræves det for at kunne fastslå en risiko for forveksling ikke, at den fælles bestanddel udgør det dominerende element i helhedsindtrykket af det sammensatte varemærke. Hvis en sådan betingelse var påkrævet, selv om den fælles bestanddel har en selvstændig adskillelsesevne i det sammensatte varemærke, ville indehaveren af det ældre varemærke således være frataget den eneret, som varemærket giver.

Endelig har Retten præciseret gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau, når denne køber billigt møbeludstyr. Eftersom denne forbruger handler på baggrund af en række funktionelle og æstetiske betragtninger med henblik på at skabe en harmoni med de øvrige møbeldele, som forbrugeren allerede er i besiddelse af, fandt Retten i dom af 16. januar 2008, *Inter-IKEA mod KHIM – Waibel (idea)* (sag T-112/06, ikke trykt i Samling af Afgørelser), at hvis købshandlingen som sådan kan foretages hurtigt for visse inventardele, kræver den sammenligning og refleksion, der går forud for valget, et højt opmærksomhedsniveau.

3. Spørgsmål vedrørende form og procedure

a) Bevis for reel brug af det ældre varemærke

I dom af 10. september 2008, *Boston Scientific mod KHIM – Terumo (CAPIO)* (sag T-325/06, ikke trykt i Samling af Afgørelser), fandt Retten, at bevisværdien af de tal, der er indeholdt i salgslisterne over de varer, der er omfattet af det ældre varemærke, og som fremlægges for Harmoniseringskontoret af indehaveren heraf, kan fastlægges ved andre midler end det for notaren bekræftede dokument eller erklæringen omhandlet i artikel 76, stk. 1, i forordning nr. 40/94 og i regel 22 i forordning (EF) nr. 2868/95²⁴. Den omstændighed, at visse dele af fakturaerne, der svarer til disse salg, fremgår af listen, beviser dens sammenhæng og rigtighed. Desuden viser fremlæggelsen af en faktura, at det ældre varemærke er blevet brugt offentligt og udadtil og ikke kun inden for den virksomhed, der er indehaver af varemærket, eller i et distributionsnet, der er ejet eller kontrolleret af denne.

I dom af 26. november 2008, *Rajani mod KHIM – Artoz-Papier (ATOZ)* (sag T-100/06, ikke trykt i Samling af Afgørelser), undersøgte Retten spørgsmålet om, hvilken dato der skal tages i betragtning som datoen for beregningen af den femårsperiode, hvori et ældre varemærke ikke er betinget af, at reel brug kan godtgøres, når dette varemærke har været genstand for en international registreringsansøgning ved Den Internationale Organisation for Intellectuel Ejendomsret (IOIE), indgivet på en bestemt dato, men at den var godkendt til fordel for beskyttelse i en medlemsstat på en senere dato. Efter at have konstateret, at spørgsmålet henhører under de berørte nationale regler, fandt Retten, at såfremt beskyttelsen af et internationalt registreret varemærke ved anvendelse af disse regler afslås midlertidigt, men efterfølgende tildes, anses registreringen for at være foretaget på datoen for IOIE's modtagelse af den endelige anmeldelse vedrørende tildelingen af beskyttelsen.

b) Funktionel kontinuitet

Retten anvendte principperne fastlagt i Domstolens dom af 13. marts 2007, *KHIM mod Kaul*²⁵ ved i dom af 17. juni 2008, *El Corte Inglés mod KHIM – Abril Sánchez og Ricote Saugar (BOOMERANGTV)* (sag T-420/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), at præcisere, at selv om appelkammeret ikke var forpligtet til at tage hensyn til de faktiske omstændigheder og beviser, der for første gang blev fremlagt for det, skal det dog efterprøves, om appelkammeret ved denne afvisning har tilsidesat artikel 74, stk. 2, i forordning nr. 40/94, idet det var af den opfattelse, at det ikke havde nogen skønsmargen. Retten fandt, at arten af de omhandlede omstændigheder og beviser kun er et af de forhold, der kan tages i betragtning som led i Harmoniseringskontorets udøvelse af den skønsmæssige bedømmelse, det tilkommer det at udøve. Idet appelkammeret lagde den omstændighed til grund, at sagsøgeren havde haft mulighed for at fremlægge de omhandlede dokumenter for Indsigelsesafdelingen, var det indirekte af den opfattelse, at de foreliggende omstændigheder var til hinder for, at disse blev taget i betragtning. Appelkammeret havde således ikke den prin-

²⁴ Kommissionens forordning af 13.12.1995 om gennemførelsesbestemmelser til forordning nr. 40/94 (EFT L 303, s. 1).

²⁵ Sag C-29/05 P, Sml. I, s. 2213.

ciipelle opfattelse, at de dokumenter, som sagsøgeren fremlagde for første gang for dette kammer, skulle afvises, men begrundede afgørelsen på dette punkt.

c) Søagsmålsinteresse og ugyldighedssager

I sag af 8. juli 2008, *Lancôme mod KHIM – CMS Hasche Sigle (COLOR EDITION)* (sag T-160/07, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret til Domstolen), fandt Retten, at det følger af opbygningen af artikel 55, stk. 1, i forordning nr. 40/94, at lovgiver har ønsket at give enhver fysisk eller juridisk person og enhver sammenslutning, der kan optræde som part i en retssag, mulighed for at indgive begæringer om ugyldighed, der støttes på absolutte ugyldighedsgrunde, uden at det er nødvendigt at godtgøre en retlig interesse, mens den for så vidt angår begæringer om ugyldighed, der støttes på relative ugyldighedsgrunde, udtrykkeligt har begrænset den personkreds, der kan begære ugyldighed, til indehavere af varemærker eller ældre rettigheder samt til personer, der er bemyndigede til at udøve disse ældre rettigheder.

d) Appellkamrenes forpligtelser

Med støtte i fast retspraksis vedrørende begrundelsespligten²⁶ har Retten i sin dom af 9. juli 2008, *Reber mod KHIM – Chocladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)* (sag T-304/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), bekræftet, at appellammeret som hovedregel ikke er forpligtet til i sin afgørelse at give et specifikt svar på ethvert argument om, at der foreligger afgørelser fra dets egne instanser eller fra nationale instanser eller domstole i lignende sager, der går i en bestemt retning, såfremt begrundelsen for den afgørelse, der træffes i en konkret sag, i det mindste indirekte, men klart og utvetydigt angiver grunden til, at disse andre afgørelser ikke er relevante eller ikke tages i betragtning ved kontorets bedømmelse.

I *COYOTE UGLY*-dommen fandt Retten, at selv om appellammeret, når det påviser, at der er lighed – selv hvis den kun er delvis – mellem de omhandlede varer og tjenesteydelser i forbindelse med en indsigelsesprocedure, med rette uden videre kan opdele de tjenesteydelser, der er omfattet af det ansøgte varemærke, ved præcist at angive de undergrupper, der er forenelige med det ældre varemærke, er det ikke forpligtet hertil.

Sortsbeskyttelse

Forordning (EF) nr. 2100/94²⁷ indfører en ordning for EF-sortsbeskyttelse, der giver mulighed for at tildele intellektuelle ejendomsrettigheder for sorter, der gælder på hele Fællesskabets område. Iværksættelsen og anvendelsen af denne fællesskabsordning varetages

²⁶ Domstolens dom af 7.1.2004, forende sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, og af 8.2.2007, sag C-3/06 P, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. I, s. 1331.

²⁷ Rådets forordning af 27.7.1994 om EF-sortsbeskyttelse (EFT L 227, s. 1).

af EF-sortsmyndigheden (herefter »CPVO«), der er et decentralt fællesskabsorgan, beliggende i Angers (Frankrig), og som fungerer siden den 27. april 1995. Ved CPVO er der blevet oprettet et appelkammer med kompetence til at træffe afgørelse i søgsmål indgivet til prøvelse af visse typer af beslutninger truffet af CPVO. I overensstemmelse med nævnte forordnings artikel 73 kan afgørelserne truffet af CPVO's appelkammer påklages til Fællesskabets retsinstanser.

I løbet af 2008 har Retten afsagt to første domme vedrørende beslutninger vedtaget af CPVO's appelkammer. Efter først at have taget stilling til, om sagen skulle antages til realitetsbehandling, definerede Retten i dom af 31. januar 2008, *Federación de Cooperativas Agrarias de la Comunidad Valenciana mod CPVO – Nador Cott Protection (Nadorcott)* (sag T-95/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), udstrækningen af den domstolskontrol, som den udøver på dette område i dom af 19. november 2008, *Schröder mod CPVO (SUMCOL 01)* (sag T-187/06, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser). I denne forbindelse anførte Retten, at når Fællesskabets retsinstanser træffer afgørelse om beslutninger vedtaget af en administrativ fællesskabsmyndighed på grundlag af komplicerede tekniske vurderinger, udøver de i princippet en begrænset kontrol og sætter ikke sine vurderinger af de faktiske omstændigheder i stedet for myndighedens uden dog at afholde sig fra at kontrollere myndighedens fortolkning af de tekniske oplysninger. Denne tilgang kan overføres på de tilfælde, hvor den administrative afgørelse er resultatet af komplicerede vurderinger inden for andre videnskabelige områder såsom botanik eller genetik. I det foreliggende tilfælde indebærer vurderingen af en plantearts selvstændige karakter i lyset af de kriterier, der er fastlagt i artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 2100/94, en kompliceret videnskabelig og teknisk vurdering, der kan begrunde, at omfanget af domstolskontrollen begrænses. I henhold til disse kriterier skal det således undersøges, om den ansøgte sort er selvstændig, når den på grundlag af forekomsten af kendetegn, der skyldes en given genotype eller kombination af genotyper, tydeligt adskiller sig fra enhver anden sort. Derimod kræves der ved vurderingen af, om der findes en anden sort, som er almindeligt kendt i henhold til de kriterier, som er fastlagt i forordningens artikel 7, stk. 2, ingen ekspertise eller særlige tekniske kundskaber, og vurderingen er ikke så kompliceret, at den kan begrunde, at omfanget af domstolskontrollen begrænses. Disse kriterier omfatter alene et krav om, at det f.eks. undersøges, om en anden plantesort på tidspunktet for indgivelsen af ansøgningen om sortsbeskyttelse var omfattet af en beskyttelse eller optaget i et officielt register over plantesorter.

Aktindsigt

I dom af 9. september 2008, *MyTravel mod Kommissionen* (sag T-403/05, endnu ikke trykt i Samling i Afgørelser, appelleret til Domstolen), har Retten præciseret omfanget af retten til aktindsigt, jf. forordning (EF) nr. 1049/2001²⁸, i visse dokumenter i Kommissionens sagsakter i forbindelse med vurderingen af en fusions forenelighed med fællesmarkedet, samt i dokumenter udfærdiget af Kommissionens tjenestegrene som følge af Rettens annullation af en af Kommissionens beslutninger.

²⁸ Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 30.5.2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter (EFT L 145, s. 43).

Denne dom er afsagt vedrørende en fusion mellem virksomhederne Airtours og First Choice, der af Kommissionen blev erklæret uforenelig med fællesmarkedet. Da denne beslutning blev annulleret af Retten i dom af 6. juni 2002, *Airtours mod Kommissionen* (sag T-342/99, Sml. II, s. 2585), nedsatte Kommissionen en arbejdsgruppe, som samlede tjenestemænd fra Generaldirektoratet (GD) for »Konkurrence« og Den Juridiske Tjeneste, for at undersøge muligheden for at indgive en appel til prøvelse af Rettens dom og for at vurdere dommens konsekvenser for de procedurer, der fandt anvendelse på fusionskontrol og på andre områder. MyTravel, der var efterfølger for Airtours, henvendte sig til Kommissionen for at få aktindsigt i to typer dokumenter: de forberedende dokumenter og arbejdsgruppens rapport på den ene side og dokumenterne i sagsakterne i sagen Airtours/First Choice, som rapporten var støttet på, på den anden side. Kommissionen gav afslag på aktindsigt i det fleste af dokumenterne på grundlag af tre af undtagelserne i forordning nr. 1049/2001.

Hvad for det første angår undtagelsen om beskyttelse af beslutningsprocessen har Retten anført, at arbejdsgruppens rapport henhører under Kommissionens rent administrative funktioner og ikke de lovgivningsmæssige. Offentlighedens interesse i at få udleveret et dokument i henhold til åbenhedsprincippet kan imidlertid ikke tillægges samme vægt, når det drejer sig om et dokument, som vedrører en administrativ procedure, som har til formål at anvende reglerne om konkurrenceretten, som når det drejer sig om et dokument, der vedrører en lovgivningsprocedure. Efter at have anført, at udleveringen af rapporten ville medføre en risiko for at afdække Kommissionens tjenestemænds eventuelt kritiske holdning og gøre det muligt at sammenholde indholdet af rapporten og den endelige beslutning truffet af Kommissionen, konkluderede Retten, at det var med rette, at Kommissionen havde afvist at give aktindsigt heri, idet den udtalte, at udleveringen af rapporten ville være til alvorlig skade for et kommissionsmedlems mulighed for at få en fri og fuldstændig meningstilkendegivelse fra Kommissionens egne tjenestegrene. Desuden var Retten af den opfattelse, at for så vidt angik de interne dokumenter vedrørende Airtours-First Choice-fusionen, var det med rette, at Kommissionen vurderede, at udleveringen af disse dokumenter ville mindske tjenestegrenenes mulighed for at tilkendegive deres mening og ville være til alvorlig skade for Kommissionens beslutningsproces inden for rammerne af fusionskontrol, idet de kan være udtryk for de anskuelser, som Kommissionens tjenestegrene har tilkendegivet, og som måske ikke længere optræder i den endelige version af beslutningen. En sådan udlevering kan give anledning til selvcensur og skade den frie og fuldstændige tværtjenestelige kommunikation. Desuden er denne risiko rimeligt forudsigelig, idet det forekommer sandsynligt, at sådanne dokumenter kan anvendes til at påvirke holdningerne hos Kommissionens tjenestegrene, som skal holde sig frie og uafhængige af ethvert pres udefra.

Hvad for det andet angår undtagelsen om beskyttelse af retslige procedurer og juridisk rådgivning, som ifølge sagsøgeren ikke fandt anvendelse på notaterne fra Den Juridiske Tjeneste til GD »Konkurrence« i forbindelse med udarbejdelsen af Airtours-beslutningen, har Retten anført, at udleveringen af de pågældende notater kan indebære, at Den Juridiske Tjeneste fremover vil udvise tilbageholdenhed og forsigtighed for ikke at påvirke Kommissionens beslutningsdygtighed på områder, hvor den handler i sin egenskab af administration. Retten har tilføjet, at der ville være risiko for, at udbredelsen af denne rådgivning vil sætte Kommissionen i en vanskelig situation, hvor Kommissionens Juridiske Tjeneste vil blive nødt til for Retten at forsvare et andet synspunkt end det, den fremsatte under den

interne procedure. En sådan modsætning vil væsentligt kunne påvirke Den Juridiske Tjenestes frihed til at udtrykke sin mening og tjenestens mulighed for effektivt at forsvare Kommissionens endelige standpunkt ved Fællesskabets retsinstanser på lige fod med de øvrige parter advokater.

Hvad for det tredje angår undtagelsen om beskyttelse af inspektioner, undersøgelser og revision, annullerede Retten – efter at have konstateret, at Kommissionens beslutning for et af de dokumenter, der blev søgt udleveret, alene indeholdt vage og generelle betragtninger, der ikke gav mulighed for at forstå, hvorledes inspektioner, undersøgelser og revision bringes i fare – beslutningen, for så vidt som den giver afslag på aktindsigt i dette dokument.

Retten dom af 18. december 2008, *Muñiz mod Kommissionen* (sag T-144/05, ikke trykt i Samling af Afgørelser), behandler ligeledes spørgsmålet om anvendelsen af undtagelsen om beskyttelse af beslutningsprocessen i forbindelse med en anmodning om aktindsigt i forberedende dokumenter indgivet til en arbejdsgruppe under nomenklaturudvalget, der griber ind i lovgivningsproceduren for vedtagelse af foranstaltninger til tarifiering af varer truffet af Kommissionen, når tarifiering af en bestemt vare kan give anledning til vanskeligheder. Retten fandt, at hvis beskyttelsen af beslutningsprocessen mod pres udefra kan udgøre en lovlig begrundelse for at begrænse adgangen til aktindsigt i dokumenter, skal et sådan pres imidlertid med sikkerhed være til stede, og forudsigeligheden af risikoen for, at beslutningen om tarifiering i væsentlig grad er påvirket heraf, skal kunne godtgøres. Selv om der skal tages hensyn til Kommissionens ønske om at bevare personalets og eksperternes mulighed for frit at udtrykke deres synspunkter, skal der imidlertid tages stilling til, om disse bekymringer er objektivt begrundede. Retten fandt, at dette ikke var tilfældet i den omhandlede sag, idet Kommissionen ikke havde understøttet sine påstande med beviser, og Retten annullerede den anfægtede beslutning.

Undtagelsen vedrørende beskyttelsen af kommercielle interesser var genstand for udtalelser i dom af 30. januar 2008, *Terezakis mod Kommissionen* (sag T-380/04, ikke trykt i Samling af Afgørelser). Kommissionen afviste bl.a. at give sagsøgeren aktindsigt i en kontrakt indgået mellem Athens International Airport og Hochtief-konsortiet vedrørende opførelsen af en ny lufthavn i Athen i Spata, med den begrundelse, at udleveringen af denne kontrakt ville påføre de kontraherende parter kommercielle interesser alvorlig skade. Retten anførte, at et sådant dokument efter sin natur kan indeholde fortrolige oplysninger vedrørende såvel de omhandlede selskaber som deres forretningsforbindelser, og at præcise oplysninger vedrørende en virksomheds omkostningsstruktur i princippet udgør forretningshemmeligheder, hvis udlevering til tredjemand kan skade virksomhedens kommercielle interesser. Selv om visse afsnit i kontrakten indeholder oplysninger om de kontraherende parter og deres kommercielle forbindelser, giver Kommissionens undersøgelse ikke mulighed for konkret at vurdere, om den påberåbte undtagelse faktisk gælder samtlige oplysninger i kontrakten. Eftersom det ikke forekommer at være umuligt for Kommissionen at angive begrundelserne for fortroligheden, henset til den primære kontrakt som helhed uden at afsløre indholdet heri og derfor uden at fratage undtagelsen dens væsentlige formål, og at det ikke tilkommer Retten at sætte sin vurdering i stedet for Kommissionens, annullerede Retten den anfægtede beslutning, for så vidt som den i det mindste delvist gav afslag på aktindsigt i kontrakten.

I dom af 10. september 2008, *Williams mod Kommissionen* (sag T-42/05, ikke trykt i Samling af Afgørelser), rejste Retten spørgsmålet, hvorvidt beslutningen om delvist afslag på aktindsigt i visse dokumenter, som den identificerer, kan fortolkes således, at den medfører et indirekte afslag på aktindsigt i visse typer af andre dokumenter, som f.eks. memoranda og e-mails udvekslet i forbindelse med forarbejderne til direktiv 2001/18/EF²⁹ om GMO, der ikke er identificeret heri, men som også var omfattet af anmodningen om aktindsigt. Hertil fortsatte Retten i tre led. For det første konstaterede den, at Kommissionen havde et væsentligt antal forberedende dokumenter, der ikke var nævnt i den anfægtede beslutning, og i mangel af en erklæring fra Kommissionens side herom er der ikke anledning til at antage, at de omhandlede dokumenter ikke fandtes. Dernæst efterprøvede Retten, om anmodningen om aktindsigt var tilstrækkelig præcis til, at Kommissionen kunne forstå, at den vedrørte sådanne dokumenter. Efter en undersøgelse af de foreliggende omstændigheder fandt Retten, at dette var tilfældet, og udledte heraf, at den omstændighed, at Kommissionen ikke i den anfægtede beslutning havde identificeret alle de interne dokumenter, der vedrørte sammenhængen for vedtagelsen af direktiv 2001/18, i overensstemmelse med artikel 8 i forordning nr. 1049/2001, svarede til et indirekte afslag på aktindsigt, der kan indbringes for Retten. Endelig undersøgte Retten, om den omstændighed, at den anfægtede beslutning ikke gav anledning til udlevering af nævnte dokumenter, kan begrundes med de foreliggende særlige omstændigheder, bl.a. fordi anmodningen om aktindsigt i givet fald er omfattende og upræcis. Idet Retten erindrede om, at institutionens mulighed for at afveje interessen i at få aktindsigt i dokumenter og den hermed forbundne arbejdsbyrde kun kan finde anvendelse undtagelsesvist, begrænset til tilfælde, hvor den konkrete og individuelle undersøgelse af dokumenterne vil påføre institutionen en uforholdsmæssig administrativ byrde, og idet den konstaterede, at Kommissionen ikke formelt havde påberåbt sig en sådan undtagelse, udtalte Retten, at Kommissionen ikke havde begrundet det indirekte afslag på aktindsigt i dokumenter, der ikke var identificeret i den anfægtede beslutning. Pr. definition er dette afslag en fuldkommen begrundelsesmangel, som ikke kan afhjælpes ved de betragtninger, der blev fremlagt for Retten, og den anfægtede beslutning blev annulleret på dette punkt.

Fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik – terrorbekæmpelse

I 2008 traf Retten på ny afgørelse på terrorbekæmpelsesområdet i to domme, dom af 23. oktober 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran mod Rådet* (sag T-256/07, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, appelleret til Domstolen), og af 4. december 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran mod Rådet* (sag T-284/08, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), idet den samme sagsøger allerede havde fået delvist medhold i 2006³⁰. I den første dom præciserede Retten, at Rådet, når det skal bedømme, om indefrysning af midler, der tilhører en person, en gruppe eller en enhed, er eller stadig er berettiget, først og fremmest skal vurdere risikoen for, at nævnte midler, såfremt en sådan foranstaltning ikke træffes, kan anvendes til finansiering eller til forberedelse af terrorhandlinger. Hvad angår

²⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 12.3.2001 om udsætning i miljøet af genetisk modificerede organismer og om ophævelse af Rådets direktiv 90/220/EØF (EFT L 106, s. 1).

³⁰ Rettens dom af 12.12.2006, sag T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran mod Rådet*, Sml. II, s. 4665 (jf. årsrapporten 2006).

Retten opgave indebærer den vide skønsebeføjelse, som det må anerkendes, at Rådet har, ikke, at den skal afholde sig fra at efterprøve denne institutions fortolkning af de relevante oplysninger. Fællesskabets retsinstanser skal således ikke blot tage stilling til den materielle rigtighed af de beviser, der henvises til, oplysningernes troværdighed og indbyrdes sammenhæng, men ligeledes kontrollere, om disse oplysninger udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med en bedømmelse af situationen, og om disse oplysninger taler til støtte for de heraf dragne konklusioner. Inden for rammerne af denne kontrol tilkommer det imidlertid ikke Fællesskabets retsinstanser at sætte deres eget skøn vedrørende hensigtsmæssigheden i stedet for Rådets. Retten bemærkede desuden, at i tilfælde, hvor en fællesskabsinstitution råder over en betydelig skønsebeføjelse, skal der lægges stor vægt på kontrollen af overholdelsen af visse garantier med hensyn til den administrative sagsbehandling. Retten fastslog, at en prøvelse af spørgsmålet om, hvorvidt Rådet havde rimelig grund til at opretholde indefrysningen af midler, der tilhører sagsøgeren, ubestrideligt ligger inden for grænserne af Fællesskabets retsinstansers prøvelsesret, for så vidt som det i det væsentlige svarer til prøvelsen af, om der foreligger et åbenbart urigtigt skøn.

Efter at have foretaget en sådan prøvelse annullerede Retten en af de anfægtede afgørelser med den begrundelse, at Rådet ikke i tilstrækkeligt omfang havde begrundet, hvorfor det ikke havde taget hensyn til den afgørelse, der var truffet af en retsinstans i Det Forenede Kongerige, Proscribed Organisations Appeals Commission (herefter »POAC«), hvorved sagsøgeren blev slettet af listen over terroristorganisationer i dette land. Retten bemærkede, at det er afgørende med henblik på vedtagelse af fællesskabsforanstaltninger vedrørende indefrysning af midler, at Rådet sikrer sig, at der foreligger en afgørelse fra en kompetent national dømmende myndighed, samt hvilke følger afgørelsen har på nationalt plan. POAC havde med sin afgørelse bl.a. kvalificeret den vurdering, der var anlagt af Det Forenede Kongeriges Home Secretary (indenrigsminister), hvorefter sagsøgeren stadig var en organisation involveret i terrorisme, som fornuftsstridigt.

I den anden af disse domme, der allerede dagen efter retsmødet blev afsagt efter en fremskyndet procedure, fastslog Retten – idet den fremhævede, at det var nødvendigt at sikre en rimelig afvejning af hensynene til bekæmpelse af terrorisme og beskyttelse af de grundlæggende rettigheder – at Fællesskabets retsinstanser, eftersom de af Rådet indførte begrænsninger i de pågældendes ret til forsvar skal modsvares af en streng, uafhængig og upartisk domstolskontrol, skal være i stand til at kontrollere lovligheden og berettigelsen af indefrysningen af midler, uden at der kan rejses indsigelser om hemmeligholdelse og fortrolighed for så vidt angår de beviser og oplysninger, som Rådet har lagt til grund. Retten annullerede den anfægtede afgørelse bl.a. med den begrundelse, at Rådet ikke er berettiget til at basere sin afgørelse om indefrysning af midler på oplysninger eller sagsakter fra en medlemsstat, hvis denne medlemsstat ikke er indstillet på at tillade, at de videregives til fællesskabsretsinstansen.

Privilegier og immuniteter

I dom af 15. oktober 2008, *Mote mod Parlamentet* (sag T-345/05, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), traf Retten afgørelse om en afgørelse truffet af Parlamentet om at ophæve et af sine medlemmers immunitet. I denne sag havde Ashley Neil Mote, som er statsbor-

ger i Det Forenede Kongerige, været genstand for strafferetlig forfølgning, fordi han havde oppebåret offentlig støtte som følge af afgivelse af urigtige erklæringer. Efter at Ashley Neil Mote var blevet valgt til Europa-Parlamentet, begærede han straffesagen udsat under henvisning til sine privilegier og immuniteter som medlem af Europa-Parlamentet. Straffesagen blev udsat af den kompetente nationale ret, som fandt, at løsladelsen af Ashley Neil Mote mod sikkerhedsstilling udgjorde en begrænsning af hans bevægelsesfrihed som medlem af Parlamentet og dermed var i strid med artikel 8 i protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter³¹. Parlamentets plenum vedtog på begæring af Det Forenede Kongerige at ophæve Ashley Neil Motes immunitet. Ashley Neil Mote anlagde derfor sag ved Retten med påstand om annullation denne afgørelse.

Retten fastslog i dommen, at det fremgår af artikel 10, sidste stykke, i protokollen vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter, hvorefter immuniteten ikke kan hindre Parlamentets ret til at ophæve et af dets medlemmers immunitet, at Parlamentet er kompetent til at træffe afgørelse vedrørende en begæring om ophævelse af et parlamentsmedlems immunitet. Der er derimod ingen regler, hvori bestemmes, at Parlamentet er den kompetente myndighed til at fastslå, om der består et privilegium i henhold til protokollens artikel 8. Protokollens artikel 8 og 10 har desuden ikke samme anvendelsesområde, idet formålet med artikel 10 er at sikre parlamentsmedlemmernes uafhængighed ved at forhindre, at der under Parlamentets mødeperioder kan udøves pression over for dem i form af trusler om arrestation eller strafforfølgning, og formålet med artikel 8 er at beskytte Parlamentets medlemmer mod andre begrænsninger i deres bevægelsesfrihed end judicielle begrænsninger. Retten konkluderede, at Parlamentet ikke gjorde sig skyldig i nogen retsvildfarelse, da det besluttede at ophæve Ashley Neil Motes immunitet uden at udtale sig om det privilegium, der tilkom ham som medlem af Parlamentet, idet den bemærkede, at Ashley Neil Mote udelukkende havde påberåbt sig restriktioner af retlig karakter.

II. Erstatningssager

De væsentligste bidrag til dette års retspraksis på dette område vedrører de betingelser, der skal være opfyldt, for at Fællesskabet kan ifalde ansvar, dels på grund af at en fællesskabsinstitution eller et fællesskabsorgan har udleveret oplysninger om borgere, dels på grund af fejl begået af Kommissionen i forbindelse med den økonomiske analyse, der ligger til grund for en beslutning, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet.

³¹ Protokol vedrørende De Europæiske Fællesskabers privilegier og immuniteter af 8.4.1965, som er knyttet til traktaten om oprettelse af et fælles Råd og en fælles Kommission (JO 1967, 152, s. 13).

Forholdet til de nationale procedurer

I dom af 8. juli 2008, *Franchet og Byk mod Kommissionen* (sag T-48/05, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), fortolkede Retten forordning (EF) nr. 1073/1999³², der indeholder bestemmelser om de former for kontrol, inspektion og andre foranstaltninger, som iværksættes af ansatte ved Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig (OLAF), der bl.a. skal udføre interne administrative undersøgelser med henblik på at efterspore alvorlige forseelser, der kan udgøre en tilsidesættelse af tjenestemændenes og de øvrige ansattes pligter, og som kan give anledning til disciplinære sager og i givet fald straffesager. Forordningen foreskriver, at disse undersøgelser bør gennemføres i overensstemmelse med traktaten, bl.a. under fuld respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder, samt for den berørte persons ret til at udtale sig om de forhold, der vedrører ham. I den pågældende sag blev der ved flere interne revisioner hos De Europæiske Fællesskabers Statistiske Kontor (Eurostat) konstateret eventuelle uregelmæssigheder i forbindelse med den finansielle forvaltning, og OLAF indledte undersøgelser, der bl.a. vedrørte de kontrakter, som Eurostat havde indgået med forskellige selskaber. I 2002 og 2003 fremsendte OLAF sagsakter vedrørende de interne undersøgelser om disse uregelmæssigheder, som involverede Yves Franchet og Daniel Byk, der henholdsvis er tidligere generaldirektør og tidligere direktør for Eurostat, til de luxembourgske og de franske retslige myndigheder. Franchet og Byk anlagde en erstatningssag ved Retten og gjorde gældende, at både OLAF og Kommissionen havde begået fejl under undersøgelserne.

Retten forkastede Kommissionens argument, hvorefter en del af erstatningssøgsmålet blev anlagt for tidligt, eftersom de nationale sager stadig verserede. I forbindelse med sagen for Retten var der nemlig ikke tale om, hvorvidt de forhold, der foreholdes, er godtgjort, men om at vurdere, hvorledes OLAF havde gennemført og afsluttet en undersøgelse, som betegner Franchet og Byk med navns nævnelse og pålægger dem ansvar for offentligt konstaterede uregelmæssigheder væsentligt før en endelig afgørelse, samt hvilken adfærd Kommissionen udviste i sammenhæng med denne undersøgelse. Hvis sagsøgerne skulle anses for uskyldige af de nationale retsmyndigheder, vil dette nemlig ikke nødvendigvis erstatte den eventuelle skade, som disse alligevel måtte have lidt. Eftersom den påståede skade, der blev påberåbt for Retten, er forskellig fra den, som kan godtgøres, hvis de nationale retsmyndigheder frikender sagsøgerne, kunne sagsøgernes erstatningspåstande ikke forkastes som for tidligt fremsatte.

Tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en regel, der tillægger borgerne rettigheder

Hvad angår realiteten i dommen i sagen *Franchet og Byk mod Kommissionen* har Retten for det første anført, at OLAF forudgående burde have underrettet Franchet og Byk om fremsendelsen af de sagsakter, der vedrørte dem, til de luxembourgske og franske retsmyndigheder, og at reglen om en sådan forpligtelse tillægger borgerne rettigheder. Selv om OLAF besidder et skøn i tilfælde, der nødvendiggør absolut hemmeligholdelse af hensyn til undersøgelsen, gælder dette ikke, når det drejer sig om de nærmere vilkår for beslutningen

³² Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 25.5.1999 om undersøgelser, der foretages af Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig (OLAF) (EFT L 136, s. 1).

om at udsætte underretningen af de berørte tjenestemænd. Således udgjorde den manglende overholdelse af denne forudgående underretningspligt en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse.

For det andet konstaterede Retten, at OLAF-Overvågningsudvalget i strid med forordning nr. 1073/1999 ikke var blevet konsulteret, før oplysningerne vedrørende sagsøgerne blev fremsendt til de nationale myndigheder. Dette udvalg skal beskytte rettighederne for de personer, der er genstand for OLAF's undersøgelser, og da konsultation af udvalget er en ubetinget forpligtelse, har OLAF således begået en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en regel, der pålægger borgerne rettigheder.

For det tredje fandt Retten, at den omstændighed, at OLAF offentligt betegnede sagsøgerne som skyldige i strafbare forhold – herunder ved at lade oplysninger lække til pressen – udgjorde en tilsidesættelse af principperne om uskyldsformodning, tavshedspligt om undersøgelse og god forvaltningsskik. For så vidt angår disse læk fandt Retten, at OLAF i mangel af beviser fra Kommissionens side med henblik på at godtgøre, at de kunne komme andre steder fra, skulle holdes ansvarligt. De nævnte principper tillægger borgerne rettigheder, og OLAF's tilsidesættelse heraf var tilstrækkelig kvalificeret, idet det påhviler OLAF at sørge for, at sådanne læk ikke forekommer, og at OLAF ikke besidder noget skøn ved overholdelsen af denne forpligtelse.

Endelig undersøgte Retten, om Kommissionen udviste en ulovlig adfærd, da den videregav forskellige oplysninger i forbindelse med de pågældende undersøgelser, navnlig ved en pressemeddelelse, der klart knyttede sagsøgernes navne sammen med påstandene i Eurostat-sagen. Efter at have bemærket, at institutioner ikke må hindres i at oplyse offentligheden om igangværende undersøgelser, fandt Retten, at Kommissionen ikke i det foreliggende tilfælde kunne anses for at have taget et sådant skridt med den fornødne diskretion og forsigtighed under overholdelse af en retfærdig ligevægt mellem Franchets og Byks interesser og institutionens. Eftersom Kommissionen ikke havde noget råderum i forbindelse med forpligtelsen til at overholde princippet om uskyldsformodning, foretog den en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af dette.

Spørgsmålet om omtale af en tjenestemand med navns nævnelse i dokumenter vedrørende en sag om fejladministration udleveret af en fællesskabsinstitution eller et fællesskabsorgan behandledes ligeledes af Retten i dom af 24. september 2008, *M mod Ombudsmanden* (sag T-412/05, ikke trykt i Samling af Afgørelser). Sagsøgeren, der var tjenestemand ved Kommissionen, anmodede om godtgørelse for skade, som han påstod at have lidt på grund af omtalen af ham med navns nævnelse i en beslutning truffet af Ombudsmanden vedrørende en klage over et påstået tilfælde af fejladministration foretaget af Kommissionens tjenestegren, som vedkommende var ansat ved, og som bl.a. vedrørte opførelse af et rensningsanlæg, der havde negative indvirkninger på miljøet.

Retten fandt, at det er alene er fællesskabsinstitutioner og -organer, der kan være genstand for Ombudsmandens undersøgelser, og ikke borgerne. Ved analog anvendelse af retspraksis i henhold til dom af 15. juni 1999, *Ismeri Europa mod Revisionsretten*³³, udtalte Retten

³³ Sag T-277/97, Sml. II, s. 1825. Afgørelsen stadfæstet ved Domstolens dom af 10.7.2001, *Ismeri Europa mod Revisionsretten* (sag C-315/99 P, Sml. I, s. 5281).

imidlertid, at hensynet til at udføre sin opgave korrekt kan foranledige Ombudsmanden til undtagelsesvist at rapportere de fastslåede omstændigheder i deres helhed og dermed at nævne de implicerede personer. Når der foreligger særlige omstændigheder, som kan vedrøre tilsidesættelsens grovhed eller risikoen for en forveksling, der kan være skadelig for tredjemands interesser, kan det være berettiget, at Ombudsmanden i sine beslutninger med navns nævnelse omtaler personer, som i princippet ikke er undergivet dens kontrolbeføjelse, forudsat de pågældende er indrømmet ret til kontradiktion. I den foreliggende sag konstaterede Retten, dels at omtalen af sagsøgeren ikke var uundværlig for at nå målet med rapporteringen af et tilfælde af fejladministration og heller ikke var nødvendig for at undgå en risiko for forveksling med andre tjenestemænd, der var undtaget fra ethvert ansvar i den rapporterede situation, dels at Ombudsmanden ikke havde hørt sagsøgeren, før beslutningen blev vedtaget.

Retten konkluderede, at Ombudsmandens tilsidesættelse var tilstrækkeligt kvalificeret til at pådrage Fællesskabet ansvar uden for kontrakt, selv om dette, på trods af at dette organ har et vidt skøn for så vidt angår klagerens genstand samt følgerne heraf, ikke gælder for så vidt angår bedømmelse af, om fortrolighedsreglen i et konkret tilfælde kan fraviges.

Det andet særligt væsentlige spørgsmål, som Retten har behandlet i år på dette område, er muligheden for at pådrage Fællesskabet ansvar for fejl begået af Kommissionen ved at erklære en anmeldt fusion uforenelig med fællesmarkedet. Sagen *MyTravel mod Kommissionen* (Rettens dom af 9.9.2008, sag T-212/03, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) udspringer af en sag anlagt af den britiske rejsearrangør MyTravel, tidligere kendt under navnet Airtours, der fik afslag fra Kommissionen på muligheden for at overtage hele kapitalen i en af dens konkurrenter i Det Forenede Kongerige. Airtours anfægtede Kommissionens analyse og anlagde sag ved Retten og fik herved i dommen i sagen *Airtours mod Kommissionen* annulleret den anfægtede beslutning med den begrundelse, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang havde godtgjort fusionens negative virkninger.

Som følge af denne dom anlagde MyTravel en erstatningssag med henblik på at få erstatet den skade, som angiveligt var lidt som følge af, at Kommissionens kontrolprocedure var behæftet med fejl.

Ved at vælge en tilgang, der ligner den, som blev anvendt i dom af 11. juli 2007, *Schneider Electric mod Kommissionen*³⁴, traf Retten afgørelse om, at det principielt ikke kan udelukkes, at alvorlige og åbenbare mangler ved Kommissionens økonomiske analyse, som danner grundlag for en beslutning, hvorved en fusion erklæres uforenelig med fællesmarkedet, kan udgøre tilsidesættelser, som er tilstrækkeligt kvalificerede til, at Fællesskabet ifalder ansvar uden for kontraktforhold. Retten præciserede imidlertid i forbindelse med dens analyse af erstatningssøgsmålet, at den nødvendigvis må tage de uforudsete begivenheder samt de vanskeligheder, der er forbundet med fusionskontrollen i almindelighed samt med de komplicerede oligopolistiske strukturer i særdeleshed, i betragtning. En sådan øvelse er i sig selv mere krævende end den, der er foreskrevet i forbindelse med en undersøgelse af et annulationssøgsmål, hvor Retten inden for grænserne af de af sagsøgerne fremsatte anbringender lader det blive ved en undersøgelse af lovligheden af den

³⁴ Sag T-351/03, Sml. II, s. 2237, appelleret til Domstolen.

anfægtede beslutning med henblik på at sikre sig, at Kommissionen har bedømt de forskellige oplysninger korrekt, som gør det muligt for den at erklære den anmeldte fusion for uforenelig med fællesmarkedet. Derfor er simple skønsmæssige fejl samt manglende fremlæggelse af de relevante beviser, der indgik i dommen i sagen *Airtours mod Kommissionen*, ikke i sig selv tilstrækkelige til at konstatere en klar og grov tilsidesættelse af grænserne for Kommissionens skøn ved fusionskontrol, og når der foreligger en kompliceret situation med oligopol. På trods af sine fejl havde Kommissionen i det foreliggende tilfælde faktisk et bevismateriale i de administrative sagsakter, der rimeligvis kunne støtte dens konstateringer. De ulovligheder, som Retten konstaterede i dommen i sagen *Airtours mod Kommissionen*, betyder ikke, at Kommissionen har foretaget en åbenbar og grov tilsidesættelse af sit skøn vedrørende fusionskontrol, når den som i det foreliggende tilfælde er i stand til at redegøre for de grunde, der gav den anledning til rimeligvis at finde, at dens vurdering var begrundet. Selv om Kommissionens argumentation vedrørende gennemsigtheden på markedet ikke kunne overbevise Retten, for så vidt som dette ræsonnement ikke var tilstrækkeligt understøttet af beviser eller blev dårligt forklaret, forholder det sig ikke desto mindre således, at Kommissionen udtalte sig efter en omhyggelig undersøgelse af de indgivne oplysninger i forbindelse med den administrative procedure.

Endelig konstaterede Retten, at *Airtours'* forpligtelser med henblik på at afhjælpe problemerne vedrørende fusionens potentielle negative virkninger på konkurrencen, der blev identificeret af Kommissionen, blev undersøgt af denne og ikke var af en art, der klart svarede til dens indvendinger.

På baggrund af disse betragtninger konstaterede Retten, at Kommissionen ikke havde foretaget en tilstrækkelig kvalificeret tilsidesættelse af en regel, der tillægger borgerne rettigheder.

III. Appelsager

I løbet af 2008 blev der indbragt 37 appelsager for Retten til prøvelse af afgørelser truffet af Personaleretten. I alt 21 af disse sager blev afsluttet af appelafdelingen sammensat af fem dommere, dvs. præsidenten for Retten og fire afdelingsformænd efter en rotationsordning. I seks domme annullerede Retten delvist de anfægtede afgørelser, og tre af disse afgørelser blev hjemvist til Personaleretten ³⁵.

En af afgørelserne afsagt på området i 2008 (Rettens dom af 5.3.2008, sag T-414/06 P, *Combescot mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser) blev genstand for et forslag om genundersøgelse fremsat af Domstolens førstegeneraladvokat på grundlag af artikel 225, stk. 2, andet afsnit, EF og artikel 62 i statuten for Domstolen. Dette forslag blev imidlertid ikke fulgt ³⁶.

³⁵ Rettens dom af 1.7.2008, sag T-262/06 P, *Kommissionen mod D*, af 19.9.2008, sag T-253/06 P, *Chassagne mod Kommissionen*, og af 13.10.2008, sag T-43/07 P, *Neophytou mod Kommissionen*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser. Derimod traf Retten endelig afgørelse i dom af 22.5.2008, sag T-250/06 P, *Ott m.fl. mod Kommissionen*, af 8.7.2008, sag T-56/07 P, *Kommissionen mod Economidis*, samt af 18.12.2008, forenede sager T-90/07 P og T-99/07 P, *Belgien og Kommissionen mod Genette*, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser.

³⁶ Domstolens afgørelse af 16.4.2008, sag C-216/08 RX, ikke trykt i Samling af Afgørelser.

På det organisatoriske plan besluttede Retten, at for sager, der anlægges mellem den 1. oktober 2008 og den 30. september 2009, skal appelafdelingen fremover alene bestå af tre dommer, nemlig præsidenten for Retten og efter en rotationsordning to afdelingsformænd, med mulighed for at henvise sagen til et udvidet dommerkolegium på fem dommere (beslutning af 8.7.2008, EUT C 197, s. 17).

IV. Begæringer om foreløbige forholdsregler

Retten fik i dette år forelagt 58 begæringer om foreløbige forholdsregler, hvilket er en væsentlig stigning i forhold til antallet af begæringer indgivet i 2007 (34), som allerede var væsentlig højere end det foregående år. I 2008 traf Fællesskabets retsinstanser afgørelse i forbindelse med 57 begæringer om foreløbige forholdsregler, mod 41 i 2007. Der blev alene givet medhold i en begæring om udsættelse af gennemførelse i kendelse afsagt af Rettens præsident af 30. oktober 2008, *Frankrig mod Kommissionen* (sag T-257/07 RII, ikke trykt i Samling af Afgørelser).

For så vidt angår sagen, der gav anledning til nævnte kendelse, *Frankrig mod Kommissionen*, skal det bemærkes, at dommeren i sagen om foreløbige forholdsregler allerede ved kendelse af 28. september 2007, *Frankrig mod Kommissionen* (sag T-257/07 R, Sml. II, s. 4153), under hensyn til den alvorlige karakter af anbringendet om tilsidesættelse af forsigtighedsprincippet, havde udsat anvendelsen af den ordning, der lempet de veterinærpolitiforanstaltninger, der finder anvendelse på transmissible spongiforme encephalopatiser, som Kommissionen havde vedtaget i 2007 på grundlag af udviklingen i den videnskabelige viden. Nævnte kendelse af 28. september 2007 blev ikke appelleret til Domstolen. Derimod ophævede Kommissionen denne lempelsesordning og vedtog nye regler, hvis dispositive afsnit stort set var identiske med den ophævede ordnings dispositive afsnit. Alene begrundelsen for de nye regler var forskellig, idet den gav videnskabelige og tekniske forklaringer bestemt til at supplere den gamle ordnings begrundelse. Under disse omstændigheder indgav Den Franske Republik en ny begæring om udsættelse af gennemførelsen af de nye regler ³⁷.

Rettens præsident fandt, at man, henset til, at den nye og den gamle ordning var stort set identiske, i forbindelse med betingelsen om *fumus boni juris* kunne begrænse sig til at efterprøve, om der i den nye begrundelse var elementer, der kunne berettige en anden vurdering end den, der blev lagt til grund i kendelsen af 28. september 2007 vedrørende den gamle ordning. Denne selektive undersøgelse førte til, at præsidenten konkluderede, at der ikke forelå sådanne elementer for så vidt angår bedømmelsen og forvaltningen af risikoen, som de blev gennemført i henhold til den nye begrundelse. Præsidenten fandt derfor, at Den Franske Republiks påstande, hvorefter de nye regler kunne tilsidesætte forsigtighedsprincippet, ikke umiddelbart synes at være ugrundet og berettigede en nærmere undersøgelse, som skal foretages af retten i hovedsagen. For så vidt angår uopsættelighedsbetingelsen konkluderede præsidenten, at der var en stor risiko for, at menneskers sundhed ville lide alvorlig og uoprettelig skade i tilfælde af, at den begærede udsættelse

³⁷ I hovedsagen (sag T-257/07) fik Den Franske Republik tilladelse til også at lade sine påstande og anbringender omfatte de nye regler.

af gennemførelsen ikke blev imødekommet. Angående den foreliggende interesseafvejning blev det understreget, at de krav, der var forbundet med folkesundheden, i det foreliggende tilfælde skulle veje tungere end de betragtninger, der var fremsat for at begrunde en lempelse af de veterinærpolitiforanstaltninger, der fandt anvendelse på området.

De øvrige begæringer om foreløbige forholdsregler blev ikke taget til følge, de fleste på grund af manglende uopsættelighed, idet sagsøgerne ikke var i stand til at godtgøre, at der var overhængende risiko for alvorlig og uoprettelig skade. Opmærksomheden henledes navnlig på tre væsentlige grupper af hovedsager ³⁸.

Den første gruppe vedrører otte begæringer om foreløbige forholdsregler indgivet af Republiken Cypern med henblik på at få udsat gennemførelsen af udbudsbekendtgørelserne iværksat af Kommissionen og beregnet på at tilskynde den økonomiske udvikling i det nordlige Cypern. Republiken Cypern gjorde gældende, at Kommissionen i disse bekendtgørelser behandlede det tyrkisk-cypriotiske samfund, som om det var en selvstændig statslig enhed, og som om »Den Tyrkiske Republik Nordcypern« blev anerkendt. Republiken Cypern var af den opfattelse, at disse bekendtgørelser udgjorde en alvorlig fare for dens suverænitet, dens uafhængighed, dens territoriale integritet og dens helhed.

I tre kendelser i sagerne *Cypern mod Kommissionen* ³⁹ anerkendte Rettens præsident – efter at have anført, at Republiken Cypern er øens eneste statslige enhed, der er internationalt anerkendt, og at det nordlige Cypern er en del af dens territorium og omfattet af dens eneste suverænitet – at Republiken Cyperns argumentation kunne anses for at være tilstrækkeligt afgørende for at karakterisere fumus boni juris. Præsidenten konkluderede imidlertid, at der ikke var sket en åbenbar og alvorlig tilsidesættelse af international ret og fællesskabsret, hvorfor den påståede skade ikke kunne betegnes som alvorlig. De pågældende bekendtgørelser har ikke iboende politiske målsætninger og har navnlig ikke til formål at behandle problemerne vedrørende en eventuel genforening af øen Cypern. Der er tale om tekster af teknisk art, bestemt til at give de bydende parter anvendelige oplysninger, der giver dem mulighed for at beslutte, om de vil deltage i udbudsproceduren, og forberede deres bud. Ifølge præsidenten synes den påståede skade, der udelukkende var af ikke-økonomisk art, heller ikke at være uoprettelig, idet en eventuel annulation af de anfægtede bekendtgørelser efter hovedsagernes afslutning ville være en tilstrækkelig genoprettelse.

³⁸ En fjerde gruppe vedrører 19 begæringer om foreløbige forholdsregler indgivet af italienske virksomheder i Venedig-regionen, som havde modtaget statsstøtte, der var uforenelig med fællesmarkedet. I kendelse afsagt af Rettens præsident den 8.7.2008, forenede sager T-234/00 R, T-235/00 R og T-283/00 R, Fondazione Opera S. Maria della Carità m.fl. mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, blev tre af disse begæringer afvist, idet sagsøgerne havde begrænset sig til at henvise til hovedsagen og ændringen i den italienske lovgivning på området for foreløbige forholdsregler, uden dog at fremstille de faktiske og de retlige omstændigheder, der gav dommeren i sagen om foreløbige forholdsregler mulighed for at undersøge betingelserne for fumus boni juris og uopsætteligheden. De 16 øvrige begæringer blev frafaldet.

³⁹ Kendelse afsagt af Rettens præsident den 8.4.2008, forenede sager T-54/08 R, T-87/08 R, T-88/08 R og T-91/08 R – T-93/08 R, Cypern mod Kommissionen, og kendelser afsagt den 11.4.2008, sag T-119/08 R, Cypern mod Kommissionen, og sag T-122/08 R, Cypern mod Kommissionen; kendelserne ikke trykt i Samling af Afgørelser. Da de otte begæringer om foreløbige forholdsregler ikke blev taget til følge, hævdede Republiken Cypern samtlige søgsmål i hovedsagerne.

Den anden gruppe af sager vedrører den indefrysning af midler, som Rådet foretog over for den iranske bank Bank Melli Iran (herefter »BMI«) og dens datterselskab i London, Melli Bank, i forbindelse med en sanktionsordning indført med det formål at lægge pres på Den Islamiske Republik Iran med henblik på, at denne ophørte med visse aspekter af sit atom-program.

Begæringen blev ikke taget til følge ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 27. august 2008, *Melli Bank mod Rådet* (sag T-246/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser). Angående det påståede finansielle tab fandt Retten, at det i mangel af konkrete oplysninger i begæringen om foreløbige forholdsregler vedrørende den finansielle situation for BMI, der fuldt ud kontrollerede sagsøgeren, ikke var muligt at undersøge, om sagsøgerens manglende evne til at gennemføre bankoperationer, på grund af bankens tilhørsforhold til BMI-koncernen, under hensyntagen til koncernens samlede omsætning, påførte sagsøgeren et tab, der kunne betegnes som et alvorligt finansielt tab. Retten tilføjede, at det snarere forekom realistisk, at forvente, at sagsøgeren havde de nødvendige midler til at sikre datterselskabets eksistens frem til afsigelse af dommen i hovedsagen, samt at BMI-koncernen i denne periode kunne bære det økonomiske tab, som påførtes dets datterselskab i London. For så vidt angår den påståede skade på sagsøgerens omdømme var præsidenten af den opfattelse, at såfremt en sådan skade måtte anses for godtgjort, ville den allerede være blevet fremkaldt ved den anfægtede afgørelse. Ifølge præsidenten er formålet med proceduren for foreløbige foranstaltninger ikke at sikre, at en allerede lidt skade genoprettes, men at sikre den fulde virkning af dommen i hovedsagen. Under alle omstændigheder ville en annullation af den anfægtede afgørelse efter hovedsagens afslutning udgøre en tilstrækkelig genoprettelse af det påståede ikke-økonomiske tab.

Den 17. september 2008 anlagde Melli Bank en ny sag om annullation af samme beslutning ⁴⁰. Den begæring om foreløbige forholdsregler, som blev fremsat i forbindelse med dette nye søgsmål, blev ikke taget til følge ved kendelse afsagt af Rettens præsident den 17. september 2008, *Melli Bank mod Rådet* (sag T-332/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), af samme årsager, som havde begrundet, at den første begæring ikke blev taget til følge. Endelig blev – ved kendelse afsagt den 15. oktober 2008, *Bank Melli Iran mod Rådet* (sag T-390/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser) – begæringen om foreløbige forholdsregler, som blev fremsat i forbindelse med sagen anlagt af BMI, sagsøgerens moderselskab, med det formål at få annulleret samme beslutning, ikke taget til følge.

Den tredje gruppe af sager er forbundet med en beslutning, hvorved Kommissionen, uden at pålægge bøder, bl.a. pålagde 24 ophavsretsselskaber i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) og medlemmerne af International Confederation of Societies of Authors and Composers (CISAC) at revidere de gensidige repræsentationsaftaler, som de alle havde indgået bilateralt med henblik på forvaltning af de rettigheder til offentlig fremførelse, som ophavsmanden (komponister og tekstforfattere) har over musikalske værker ⁴¹. Ifølge Kommissionen var dette net af bilaterale aftaler baseret på en sam-

⁴⁰ For så vidt angår disse to søgsmål var betingelserne for litispændens ikke opfyldt, idet det andet var indgivet inden for fristen i artikel 230, stk. 5, EF og var støttet på selvstændige anbringender i forhold til dem, der var påberåbt i forbindelse med det første søgsmål.

⁴¹ Kommissionens beslutning K(2008) 3435 endelig udg. af 16.7.2008 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/C2/38.698 – CISAC).

ordnet praksis, som var forbudt i henhold til artikel 81 EF og artikel 53 i EØS-aftalen. CISAC og 20 af ophavsretsselskaberne anlagde sag om annullation af denne beslutning. Ni selskaber – det tyske, italienske, franske, polske, finske, ungarske, danske, græske og norske – tilføjede til deres søgsmål begæringer om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutning.

Rettenens præsident og dommeren i sager om foreløbige forholdsregler (S. Papasavvas) har ved kendelser af henholdsvis den 14. november 2008, *Stowarzyszenie Autorów, ZAiKS mod Kommissionen* (sag T-398/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), *Säveltäjän Tekijänoikeustoimisto Teosto mod Kommissionen* (sag T-401/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), *GEMA mod Kommissionen* (sag T-410/08 R), *Artisjus mod Kommissionen* (sag T-411/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), *Sacem mod Kommissionen* (sag T-422/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), af 20. november 2008, *SIAE mod Kommissionen* (sag T-433/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), og af 5. december 2008, *KODA mod Kommissionen* (sag T-425/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), såvel som af 19. november 2008, *AEPI mod Kommissionen* (sag T-392/08 R, ikke trykt i Samling af Afgørelser), ikke taget otte af disse begæringer om foreløbige forholdsregler til følge på grund af manglende uopsættelighed, idet sagsøgerne ikke havde godtgjort, at der var overhængende risiko for alvorlig og uoprettelig skade i tilfælde af umiddelbar gennemførelse af den anfægtede beslutning. I disse kendelser blev det bl.a. anført, at den anfægtede beslutning, der på ingen måde berører sagsøgernes såkaldte »off-line«-aktivitetsområde (koncerter, radio, diskoteker, barer osv.), alene vedrører den såkaldte »on-line«-udnyttelse af ophavsrettighederne (via internet, satellit og kabelviderespredning), som ingen af sagsøgerne har godtgjort repræsenterer en betydelig del af deres indkomster. Endvidere har Kommissionen ifølge de nævnte kendelser ikke i den anfægtede beslutning forbudt ordningen med gensidige repræsentationsaftaler som sådan, og den forhindrer heller ikke sagsøgerne i at anvende visse territoriale afgrænsninger, men begrænser sig til at kritisere den samordnede karakter af den tilgang, der i denne forbindelse var vedtaget af samtlige forvaltningsselskaber. Endelig, for så vidt som sagsøgerne frygtede, at den anfægtede beslutning – på grund af den retsikkerhed, som den medfører for så vidt angår gyldigheden og indholdet af fremtidige gensidige repræsentationsaftaler – kunne udsætte dem for sanktioner fra Kommissionens side for tilsidesættelse af deres pligt til at revidere, fandt Retten, at den påberåbte risiko var af rent hypotetisk karakter, og at det påhviler Kommissionen at godtgøre, at sagsøgernes fremtidige adfærd udgør tilsidesættelse, hvis den har til hensigt at pålægge dem en sanktion, og sagsøgerne vil på ingen måde være forhindret i at anlægge sag ved Fællesskabets retsinstanser med henblik på at anfægte lovligheden af en pålagt sanktion, ved henvisning til tvetydigheden af den pligt til revidering, som er pålagt i den anfægtede beslutning.

Endelig skal kendelsen afsagt af Rettenens præsident den 18. marts 2008, *Aer Lingus Group mod Kommissionen* (sag T-411/07 R, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser), nævnes på grund af de væsentlige præciseringer vedrørende spørgsmålet, om begæringer om foreløbige forholdsregler kan antages til realitetsbehandling. Det er anført i kendelsen, at dommeren i sager om foreløbige forholdsregler i princippet ikke har mulighed for at anordne foreløbige foranstaltninger, som ville udgøre et indgreb i udøvelsen af en anden institutions beføjelser. Derfor må en begæring om foreløbige forholdsregler, hvorved sagsøgeren øn-

sker, at der gives Kommissionen pålæg om at anvende artikel 8, stk. 4 og 5, i forordning (EF) nr. 139/2004⁴² på en bestemt måde ved, at denne træffer visse foranstaltninger over for den anden part i en ulovlig fusion, afvises fra realitetsbehandling. Hvis der blev truffet afgørelse i hovedsagen om, at Kommissionen har beføjelse til at træffe de nævnte foranstaltninger i henhold til forordningens artikel 8, stk. 4 og 5, ville det nemlig tilkomme Kommissionen – såfremt den anså dette for nødvendigt som led i de kontrolbeføjelser, der er tillagt den på fusionsområdet – at vedtage de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dommen i overensstemmelse med artikel 233 EF.

Desuden blev det understreget, at den vide ordlyd af artikel 243 EF åbenbart har til formål at give dommeren i sager om foreløbige forholdsregler tilstrækkelige beføjelser til at foreskrive de forholdsregler, som den anser for nødvendige for at sikre, at den endelige afgørelse, der bliver truffet, får fuld virkning, således at der undgås en lakune i den retsbeskyttelse, som Domstolen skal sikre. Det kan derfor ikke udelukkes, at dommeren i sager om foreløbige forholdsregler om nødvendigt giver tredjemand direkte pålæg, dog med den nødvendige hensyntagen til de bestående processuelle rettigheder, og navnlig retten til forsvar for dem, som de foreløbige forholdsregler er rettet til, og for de parter, som er direkte berørt heraf, på den ene side og til nødvendigheden af, at begæringen umiddelbart skal forekomme berettiget, såvel som til, at der skal være risiko for, at der indtræder et alvorligt og uopretteligt tab på den anden side. Selv om en tredjepart ikke er blevet hørt under en sag om foreløbige forholdsregler, kan det ikke udelukkes, at denne under særlige omstændigheder og i betragtning af de foreløbige forholdsreglers midlertidige karakter kan være adressat for sådanne foreløbige forholdsregler, hvis det viser sig, at den begærende part vil komme i en situation, der kan bringe selve dennes eksistens i fare, hvis der ikke træffes sådanne forholdsregler. Fællesskabets retsinstanser skal foretage disse vurderinger ved afvejning af de forskellige involverede interesser.

⁴² Rådets forordning af 20.1.2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 24, s. 1).