

BESLUT MEDDELAT AV FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE
den 20 december 2001 *

I mål T-214/01 R,

Bank für Arbeit und Wirtschaft AG, Wien (Österrike), företrädd av advokaten H.J. Niemeyer,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av S. Rating, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående en ansökan, i första hand, om uppskov med verkställigheten av beslut COMP/D-1/36.571 av den 25 juli 2001 och, i andra hand, om att kommissionen skall föreläggas att inte lämna ut meddelandet om anmärkningar

* Rättegångsspråk: tyska.

av den 10 september 1999 och det kompletterande meddelandet om anmärkningar av den 21 november 2000 i ärende COMP/36.571 till Freiheitliche Partei Österreichs,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande

Beslut

Bakgrund och förfarande

- 1 Sökanden är ett österrikiskt kreditinstitut.
- 2 Kommissionen fick den 6 maj 1997 kännedom om en handling med titeln ”Lombard 8.5” och inledde med anledning av denna handling, på eget initiativ, ett överträdelseförfarande avseende artikel 81 EG mot sökanden och sju andra österrikiska banker i enlighet med artikel 3.1 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

- 3 Genom skrivelse av den 24 juni 1997 överlämnade Freiheitliche Partei Österreichs (nedan kallat FPÖ) handlingen "Lombard 8.5" till kommissionen och ansökte om att ett överträdelseförfarande avseende artikel 81 EG skulle inledas mot åtta banker, däribland sökanden.

- 4 Genom skrivelse av den 26 februari 1998 underrättade kommissionen FPÖ, inom ramen för förfarande COMP/36.571 och i enlighet med artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i förordning nr 17 (EGT 127, 1963, s. 2268; svensk specialutgåva område 8, volym 1, s. 32), om sin avsikt att avslå dess ansökan. Kommissionen motiverade sin ståndpunkt med att endast de personer eller sammanslutningar av personer som har ett berättigat intresse i saken, i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning nr 17, har rätt att framställa en ansökan om att åtgärder skall vidtas för att få en överträdelse att upphöra.

- 5 FPÖ svarade genom skrivelse av den 2 juni 1998 att partiet och dess medlemmar deltar i det ekonomiska livet och att de därför är berörda i ekonomiskt hänseende. FPÖ uppgav även att partiet dagligen utför ett oräkneligt antal banktransaktioner. Av dessa skäl begärde det på nytt att få delta i överträdelseförfarandet och att således få kännedom om anmärkningarna.

- 6 De berörda bankerna överlämnade den 16 december 1998 till kommissionen, inom ramen för förfarande COMP/36.571, en gemensam redogörelse för de faktiska omständigheterna samt 40 000 sidor med verifikationshandlingar. I en inledande anmärkning begärde de att kommissionen skulle behandla redogörelsen konfidentiellt. Anmärkningen har följande innehåll:

"Bifogade redogörelse för de faktiska omständigheterna är tillgänglig för alla banker som berörs av förfarande IV/36.571. Kommissionen ombeds att i enlighet med artikel 20 i förordning nr 17/62 avstå från att lämna ut den till tredje man."

- 7 Genom skrivelse av den 13 september 1999 överlämnade kommissionen till sökanden meddelandet om anmärkningar av den 10 september 1999, i vilket kommissionen anklagade sökanden för att ha ingått konkurrensbegränsande avtal med andra österrikiska banker om vilka avgifter och villkor som skulle tillämpas i förhållande till kunder — såväl enskilda som företag — och att följaktligen ha gjort sig skyldig till överträdelse av artikel 81 EG.
- 8 I början av oktober 1999 underrättades sökanden muntligen om kommissionens avsikt att till FPÖ överlämna alla de anmärkningar som framställts under förfarandet i enlighet med artikel 7 i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna [81] och [82] i fördraget (EGT L 354, 1998, s. 18).
- 9 Sökanden svarade genom två skrivelser av den 6 och 12 oktober 1999. Sökanden anförde i dessa att FPÖ inte kunde åberopa något berättigat intresse i saken i den mening som avses i artikel 3.2 i förordning nr 17 och att FPÖ därför inte kunde betraktas som sökande enligt denna bestämmelse.
- 10 Kommissionen svarade genom skrivelse av den 5 november 1999. I skrivelsen anförde kommissionen att FPÖ, i egenskap av bankkund, hade ett berättigat intresse av att delges anmärkningarna i enlighet med artikel 7 i förordning nr 2842/98 och försedde samtidigt sökanden med en förteckning över avsnitt som inte fick delges FPÖ.
- 11 Ett förhör anordnades den 18 och 19 januari 2000 med anledning av de beteenden som påtalats i meddelandet om anmärkningar av den 10 september 1999. FPÖ deltog inte vid förhöret.
- 12 Kommissionen delgav sökanden ett kompletterande meddelande om anmärkningar den 21 november 2000 i vilket kommissionen anklagade sökanden för att

ha ingått konkurrensbegränsande avtal med andra österrikiska banker om vilka bankavgifter som skulle tillämpas vid växling mellan olika valutor och euro.

- 13 Ett andra förhör ägde rum den 27 februari 2001, även denna gång utan FPÖ:s medverkan.
- 14 Genom skrivelse av den 27 mars 2001 underrättade förhørsombudet sökanden om att FPÖ hade förnyat sin ansökan om att en icke konfidentiell kopia av meddelandena om anmärkningar skulle överlämnas till partiet och att han hade för avsikt att bifalla denna ansökan. Förhørsombudet bifogade skrivelsen en förteckning som enligt hans mening borde säkerställa att affärshemligheter bevarades och där det föreskrevs att namn på olika fysiska personer och deras befattningsbeskrivningar skulle avlägsnas. Förhørsombudet angav vidare att endast bilaga A till meddelandet om anmärkningar av den 10 september 1999, vilken innehåller en förteckning med hänvisningar till alla handlingar som bifogats meddelandet om anmärkningar, fick överlämnas och inte de sistnämnda handlingarna.
- 15 Genom skrivelse av den 18 april 2001 motsatte sig sökanden på nytt att anmärkningarna lämnades ut.
- 16 Genom skrivelse av den 5 juni 2001 bekräftade förhørsombudet sin uppfattning och han tillade i sin skrivelse att den omständigheten att ställningen som sökanden tillerkändes FPÖ inte kunde bli föremål för en särskild talan.
- 17 Sökanden gav i en skrivelse av den 25 juni 2001 till förhørsombudet på nytt uttryck för sin ståndpunkt och bad honom att bli informerad om hur förfarandet fortgick.

- 18 Genom förhørsombudets skrivelse, som delgavs den 25 juli 2001, underrättades slutligen sökanden om det beslut genom vilket förfarandet avslutades för sökandens del i ärende COMP/36.571 avseende överlämnandet till FPÖ av meddelandet om anmärkningar av den 10 september 1999 och det kompletterande meddelandet om anmärkningar av den 21 november 2000 (nedan kallat det omtvistade beslutet).
- 19 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 september 2001 har sökanden väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
- 20 Genom särskild handling som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag, har sökanden ingett till förstainstansrätten denna ansökan om, i första hand, uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet och, i andra hand, att kommissionen skall föreläggas att inte överlämna meddelandet om anmärkningar av den 10 september 1999 och det kompletterande meddelandet om anmärkningar av den 21 november 2000 i ärende COMP/36.571 till FPÖ.
- 21 Kommissionen inkom med sitt skriftliga yttrande över ansökan om interimistiska åtgärder den 5 oktober 2001.
- 22 Parterna utvecklade sina argument vid förhandlingen den 8 november 2001. Efter förhandlingen anmodade förstainstansrätten kommissionen att uppge om den hade för avsikt att godta en uppgörelse i godo genom att avstå från att lämna ut meddelandena om anmärkningar till FPÖ fram till dess att dom avkunnats i huvudsaken, under förutsättning att sökanden i gengäld godtog att förfarandet skyndades på genom att avstå från att inge en replik och genom att ansöka om förtur för målet vid förstainstansrätten. Förstainstansrätten fastställde en tidsfrist fram till den 15 november 2001 inom vilken kommissionen skulle ta ställning till förslaget.

- 23 Genom skrivelse av den 15 november 2001 meddelade kommissionen att den inte kunde godta den föreslagna uppgörelsen i godo.
- 24 I ett faxmeddelande daterat den 28 november 2001 yttrade sig sökanden över kommissionens skrivelse av den 15 oktober 2001.

Rättslig bedömning

- 25 Enligt bestämmelserna i artiklarna 242 EG och 243 EG, jämförda med artikel 4 i rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom av den 24 oktober 1988 om upprättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (EGT L 319, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 2, s. 89), i dess lydelse enligt rådets beslut 93/350/Euratom, EKSG, EEG av den 8 juni 1993 (EGT L 144, s. 21; svensk specialutgåva, område 1, volym 3, s. 21), får förstainstansrätten, om den anser att omständigheterna så kräver, förordna om uppskov med verkställigheten av den påtalade rättsakten eller föreskriva nödvändiga interimistiska åtgärder.
- 26 Enligt bestämmelserna i artikel 104.1 första stycket i förstainstansrättens rättegångsregler kan en ansökan om uppskov med verkställigheten av en rättsakt endast prövas om sökanden har väckt talan om prövning av rättsakten vid rätten. Denna regel är inte endast en formalitet utan förutsätter att talan rörande huvudsaken som ligger till grund för ansökan om interimistiska åtgärder verkligen kan prövas av förstainstansrätten.
- 27 I artikel 104.2 i rättegångsreglerna föreskrivs att en ansökan om interimistiska åtgärder skall ange de omständigheter som ställer krav på skyndsamhet och de faktiska och rättsliga grunder på vilka den begärda åtgärden omedelbart framstår som befogad (*fumus boni juris*). Dessa villkor är kumulativa, vilket innebär att en ansökan om uppskov med verkställigheten skall avslås när ett av villkoren inte är uppfyllt (beslut av domstolens ordförande av den 14 oktober 1996 i mål C-268/96 P(R), SCK och FNK mot kommissionen, REG 1996, s. I-4971, punkt 30). Förstainstansrätten skall även i förekommande fall göra en avvägning

mellan de föreliggande intressena (beslut av domstolens ordförande av den 29 juni 1999 i mål C-107/99 R, Italien mot kommissionen, REG 1999, s. I-4011, punkt 59).

Upptagande till sakprövning

Parternas argument

- 28 Kommissionen har gjort gällande att det ankommer på förstainstansrätten att fastställa huruvida talan rörande huvudsaken, vid ett första påseende, innehåller omständigheter som gör det möjligt att dra slutsatsen att den med en viss sannolikhet kommer att upptas till sakprövning. I förevarande mål är det dock uppenbart att talan rörande huvudsaken inte kan upptas till sakprövning.

- 29 Kommissionen har här framhållit att talan rörande huvudsaken avser ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Det enda beslut som det omtvistade beslutet innehåller är dock avslaget på sökandens begäran om att ett nytt beslut skulle fattas innebärande att inte ens en icke konfidentiell version av meddelandena om anmärkningar får överlämnas till FPÖ. För övrigt nöjer sig förhørsombudet med att i det omtvistade beslutet bekräfta de föregående besluten.

- 30 Sökanden vill således, i sitt yrkande i huvudsaken, att en åtgärd skall vidtas som uppenbarligen är verkningslös, det vill säga ett uppskov med verkställigheten av ett beslut om att en ansökan inte kan upptas till sakprövning, vilket inte skulle medföra någon skyldighet för kommissionen att fatta det beslut som sökanden verkligen önskar angående huruvida dennas yrkande är välgrundat. Den yrkade åtgärden kan således inte beslutas inom ramen för ett interimistiskt förfarande (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 2 oktober 1997 i mål T-213/97 R, Eurocoton m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-1609, punkt 41). Följaktligen kan inte heller ansökan om interimistiska åtgärder upptas till sakprövning.

- 31 Talan kan inte heller upptas till sakprövning av det skälet att sökanden strävar efter att förhindra varje överlämnande av meddelandena om anmärkningar till FPÖ innan beslut meddelats i sakfrågan, fastän sökanden har medgett att de versioner av meddelandena om anmärkningar som planeras att lämnas ut inte innehåller några affärshemligheter. Det följer nämligen med nödvändighet av artikel 7 i förordning nr 2842/98 att en icke konfidentiell version av meddelandena om anmärkningar skall överlämnas till "sökandena". Ett överlämnande förutsätter inte att det föreligger ett beslut och det kan således inte väckas någon talan mot detta.
- 32 För övrigt har kommissionen redan varskott sökanden, genom skrivelse av den 5 november 1999, att den hade för avsikt att agera i enlighet med denna bestämmelse. Emellertid avser denna ansökan inte ogiltigförklaring av ett beslut antaget vid den tidpunkten.
- 33 Om det slutligen antas att kommissionen fattade ett beslut om huruvida FPÖ skulle godtas som sökande är det endast frågan om en organisatorisk åtgärd i samband med förfarandet. Beslutet har inga rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning och kan således inte bli föremål för en särskild talan. Förhørsombudet inskränkte sig i sin skrivelse av den 27 mars 2001 till att bekräfta för sökanden att FPÖ:s intresse av att framställa en ansökan hade erkänts och han upprepade sin förklaring till detta. Vad beträffar erkännandet av FPÖ:s intresse, utgör denna skrivelse inte ett nytt beslut utan enbart en bekräftelse mot vilken talan inte kan väckas.
- 34 Sökanden har gjort gällande att talan kan väckas mot det omtvistade beslutet. Genom underrättelsen i den omtvistade rättsakten om att meddelandena om anmärkningar skulle överlämnas till FPÖ slås förhørsombudets ståndpunkt slutgiltigt fast. Sökandens rättsliga ställning påverkas således på ett oåterkalleligt sätt.
- 35 Det handlar inte endast om en intermediär åtgärd avsedd att förbereda ett slutgiltigt beslut. I domstolens dom av den 24 juni 1986 i mål 53/85, AKZO

Chemie mot kommissionen (REG 1986, s. 1965, punkt 17; svensk specialutgåva, volym 8, s. 649), och förstainstansrättens dom av den 18 september 1996 i mål T-353/94, Postbank mot kommissionen (REG 1996, s. II-921, punkt 35), medgav domstolen och förstainstansrätten att en skrivelse från kommissionen, i vilken det meddelades att handlingar skulle överlämnas till en person som ansökte om detta, hade karaktär av beslut.

- 36 Sökandens intresse av att agera är en följd av det eventuella åsidosättandet av dess rätt till skydd mot att den information som finns i meddelandena om anmärkningar lämnas ut, för det fall att kommissionen överlämnar dessa meddelanden till FPÖ, till och med innan förfarandet i huvudsaken har avslutats. Förhørsombudet förklarade genom skrivelse av den 2 augusti 2001 att han skulle senarelägga överlämnandet av meddelandena om anmärkningar till FPÖ endast om sökanden ingav en ansökan om interimistiska åtgärder. Denna ansökan är således oundgänglig för att sökandens rättigheter skall tillvaratas.
- 37 Detsamma gäller i fråga om yrkandet — i andra hand — att kommissionen skall föreläggas att inte överlämna meddelandena om anmärkningar till FPÖ innan dom avkunnats i huvudsaken.

Förstainstansrättens bedömning

- 38 Enligt fast rättspraxis skall frågan huruvida talan i huvudsaken kan upptas till sakprövning i princip inte prövas i ett interimistiskt förfarande för att inte föregripa prövningen av saken i målet. Det kan emellertid visa sig nödvändigt att fastställa om vissa omständigheter föreligger som gör det möjligt att omedelbart avgöra huruvida talan rörande huvudsaken, som ansökan om interimistiska åtgärder hänför sig till, kan prövas, när det, såsom i detta fall, har hävdats att det är uppenbart att en sådan talan skall avvisas (beslut av domstolens ordförande av den 27 januari 1988 i mål 376/87 R, Distriktet mot rådet, REG 1988, s. 209, punkt 21, och av den 12 oktober 2000 i mål C-300/00 P(R), Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa m.fl. mot rådet, REG 2000, s. I-8797, punkt 34; beslut av förstainstansrättens ordförande av den 30 juni 1999 i mål T-13/99 R, Pfizer Animal Health mot rådet, REG 1999, s. II-1961, punkt 121).

- 39 I förevarande mål anser förstainstansrätten att det mot bakgrund av de argument som framförts av kommissionen bör undersökas om talan om ogiltigförklaring är av sådan karaktär att det är uppenbart att den skall avvisas.
- 40 Det bör undersökas om, i likhet med vad domstolen krävde i sin dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (REG 1981, s. 2639, punkt 9; svensk specialutgåva, volym 6, s. 225), det omtvistade beslutet utgör en åtgärd som medför bindande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning, eller om det endast utgör en förberedande åtgärd och att ett tillräckligt skydd mot dess eventuella rättsstridighet skulle kunna säkerställas om talan väcks mot det beslut genom vilket förfarandet avslutas.
- 41 Beslutet att överlämna meddelandena om anmärkningar till FPÖ utgör i formellt hänseende en rättsakt. Denna rättsakt förutsätter att det finns ett tidigare beslut i vilket kommissionen har funnit att FPÖ hade ställning som sökande i den mening som avses i artikel 3.2 b i förordning nr 17 och att denna sökande således, i enlighet med artikel 7 i förordning nr 2842/98, hade rätt att motta en kopia av den icke konfidentiella versionen av meddelandena om anmärkningar.
- 42 Vad beträffar det beslut vari FPÖ:s ställning i förfarandet fastställdes, har dock kommissionen i sitt skriftliga yttrande endast förmått uppge att beslutet fattades år 1999. I sin skrivelse av den 27 mars 2001 meddelade emellertid förhørsombudet att den nya utvecklingen i ärendet föranlett honom att återkomma till ett problem som diskuterades under andra halvåret 1999, ett problem som inte hade fått någon lösning. Det gällde FPÖ:s begäran om att bli betraktad som sökande i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 17 och att således kunna delta i förfarandet och erhålla de icke konfidentiella versionerna av meddelandena om anmärkningar. Härav följer, vid ett första påseende, att det beslut i vilket FPÖ:s ställning i förfarandet fastställs, tog form först i samband med att det omtvistade beslutet antogs.

- 43 När det gäller de skrivelser som kommissionen och förhørsombudet ställde till sökanden innan det omtvistade beslutet antogs, meddelades det inte i någon av dessa att kommissionen automatiskt skulle överlämna icke konfidentiella versioner av meddelandena om anmärkningar till FPÖ. I dessa skrivelser gavs tvärtom sökanden möjligheten att yttra sig över de icke konfidentiella versioner av sagda meddelanden som eventuellt skulle lämnas ut. Härav följer att dessa skrivelser förefaller utgöra förberedande rättsakter, medan det omtvistade beslutet, vid ett första påseende, innehåller kommissionens slutgiltiga ställningstagande i fråga om överlämnandet av de icke konfidentiella versionerna av meddelandena om anmärkningar till FPÖ (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens beslut av den 2 maj 1997 i mål T-90/96, Peugeot mot kommissionen, REG 1997, s. II-663, punkterna 34 och 36).
- 44 Dessa omständigheter stöder slutsatsen *prima facie* att det inte var förrän det omtvistade beslutet antogs som sökandens rättsliga ställning väsentligt kunde förändras och dess intressen kunde påverkas.
- 45 Det är visserligen riktigt att ett eventuellt överlämnande av handlingarna är avsett att underlätta undersökningen av ärendet. Härvidlag och utöver den omständigheten att det inte kan uteslutas att det omtvistade beslutet är slutgiltigt till sin karaktär, bör emellertid tas i beaktande att detta är oberoende av det beslut som skall fattas angående huruvida en överträdelse av artikel 81 EG föreligger. Sökandens möjlighet att väcka talan mot ett slutgiltigt beslut i vilket en överträdelse av konkurrensreglerna konstateras ger inte sökanden ett tillräckligt skydd av dess rättigheter på detta område (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet AKZO Chemie mot kommissionen, punkt 20). Å ena sidan är det möjligt att det administrativa förfarandet inte leder till ett beslut i vilket det konstateras att en överträdelse föreligger. Å andra sidan ger en talan, som eventuellt väcks mot detta beslut, i vart fall inte sökanden möjlighet att förhindra de verkningar som en rättsstridig delgivning av ifrågavarande meddelanden om anmärkningar skulle medföra.
- 46 Det är under dessa förhållanden inte uteslutet att det omtvistade beslutet utgör en rättsakt mot vilken talan kan väckas och att sökanden därför har rätt att väcka talan om ogiltigförklaring av beslutet enligt artikel 230 fjärde stycket EG. Följaktligen kan det inte uteslutas att denna ansökan om interimistiska åtgärder kan upptas till sakprövning.

- 47 Under dessa förhållanden anser förstainstansrätten att det bör undersökas huruvida kraven på skyndsamhet och intresseavvägning är uppfyllda.

Kravet på skyndsamhet och intresseavvägningen

Parternas argument

- 48 Sökanden har gjort gällande att en verkställighet av det omtvistade beslutet skulle åsamka sökanden allvarlig och irreparabel skada.
- 49 En omedelbar verkställighet av det omtvistade beslutet skulle innebära en risk för att FPÖ, på ett målinriktat sätt och för politiska syften, sprider de anklagelser som anmärkningarna innehåller. FPÖ och dess ledning har som strategi att systematiskt inleda rättsliga förfaranden mot sina politiska motståndare för att tvinga dem till tystnad. Sökanden har därför anledning att frukta att FPÖ och dess ledning använder upplysningar som de erhållit ur meddelandena om anmärkningar för att utöva press på bankerna eller ledamöterna i dessas styrelser.
- 50 En målinriktad spridning av vissa detaljer tagna från anmärkningarna skulle få till följd att allmänheten dömde sökanden och ledamöterna i styrelsen i förväg, att sökandens anseende i hög grad skadades och att sökanden följaktligen åsamkades irreparabel ekonomisk skada genom förlust av kunder.

- 51 Sannolikheten för att en allvarlig och irreparabel skada skulle uppstå grundas även på den omständigheten att i en grupptalan som anhängiggjorts vid District Court i Southern District i New York, har ett stort antal amerikanska medborgare krävt skadestånd av flera europeiska banker, bland dem sökanden och dess dotterbolag (Österreichische Postsparkasse), som ersättning för att dessa, enligt vad som påstås, tagit ut för hög kommission i samband med växling av kontanter. Denna grupptalan har blivit föremål för ett flertal ingående artiklar i den österrikiska pressen. Sökanden har således anledning befara att medlemmarna i FPÖ eller pressen gör meddelandena om anmärkningar tillgängliga för sökanden som begär det i samband med denna grupptalan.
- 52 Eftersom bankernas namn anges i den icke konfidentiella versionen av meddelandena om anmärkningar och den påstådda konkurrensbegränsande samverkan beskrivs detaljerat, skulle en användning av anmärkningarna få en mycket negativ inverkan på de österrikiska bankerna. Särskilt de kompletterande anmärkningarna innehåller en mängd insinuationer som är vilseledande till sin karaktär samt grundlösa anklagelser riktade mot sökanden. Om dessa anmärkningar formellt framfördes i förfarandet vid den amerikanska domstolen skulle iakttagandet av principen om likabehandling av parterna vid nationell domstol inte kunna säkerställas (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 1 december 1994 i mål T-353/94 R, Postbank mot kommissionen, REG 1994, s. II-1141, punkt 31).
- 53 Förfarandet vid amerikansk domstol är dessutom offentligt. En omfattande spridning av anmärkningarna skulle medföra en betydande risk för att talan väcks av andra personer på grundval av dessa anmärkningar.
- 54 Om kommissionen slutligen hade rätt att omedelbart överlämna meddelandena om anmärkningar till FPÖ skulle en senare ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet vara meningslös.

- 55 Vad beträffar intresseavvägningen har sökanden gjort gällande att, med hänsyn till dess argument avseende kravet på skyndsamhet, dess intresse av att erhålla uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet har företräde framför de intressen kommissionen eller FPÖ eventuellt kan ha. Kommissionens eventuella intresse av att snabbt avsluta förfarandet är inte skyddsvärt. Kommissionen hade kunnat fatta ett definitivt beslut om överlämnandet av anmärkningarna till FPÖ redan i oktober 1999, efter förhöret med sökanden. Tvisten om beslutets lagenlighet hade då kunnat föras vidare till förstainstansrätten och avgöras redan för två år sedan. Om förstainstansrätten biföll den aktuella ansökan skulle detta för övrigt inte innebära något problem för kommissionen — bortsett från förseningen.
- 56 Sökanden kan inte urskilja något skyddsvärt intresse som FPÖ skulle kunna åberopa mot att uppskov med verkställigheten beviljas. Från sökandens ursprungliga ansökan i juni 1998 och förnyelsen av denna ansökan i mars 2001 har FPÖ låtit nära tre år förflyta. Följaktligen kan inte ett uppskov med verkställigheten vare sig allvarligt eller på ett oproportionerligt sätt hindra FPÖ från att utöva sina rättigheter.
- 57 Kommissionen har gjort gällande att sökandens argument att ansökan om interimistiska åtgärder kräver skyndsamhet är obegripligt. Sökanden kan endast motsätta sig att meddelandena om anmärkningar överlämnas till FPÖ om detta överlämnande får till följd sådan ”allvarlig och irreparabel skada” som sökanden har gjort gällande. Enligt sökandens egen utsaga skulle detta endast kunna ske på två sätt, antingen genom målinriktat utlämnande av vissa detaljer för politiska syften eller genom användning av meddelandena om anmärkningar som bevisning inom ramen för den grupp talan som för närvarande prövas i Amerikas förenta stater.
- 58 Det sätt på vilket tredje man skulle kunna använda meddelandena om anmärkningar är endast relevant för bedömningen av huruvida det är tillåtet att lämna ut dem, om dessa meddelanden innehåller sådana uppgifter som omfattas av den garanti om konfidentiell behandling som säkerställs genom gemenskapsrätten (domen i det ovannämnda målet AKZO Chemie mot kommissionen, punkt 17). Sökanden har i skrivelsen av den 18 april 2001 svarat nekande på denna fråga. I sin ansökan om interimistiska åtgärder har inte sökanden förklarat vad som gör

de versioner av meddelandena om anmärkningar konfidentiella vars utlämnande förhørsombudet informerade om i skrivelsen av den 5 juni 2001.

- 59 Förstainstansrätten har definierat begreppet affärshemlighet i domen i det ovannämnda målet Postbank mot kommissionen (punkt 87). Detta begrepp utgör den avgörande aspekten vid bedömningen av om handlingar skall lämnas ut. I motsats till vad förstainstansrätten uttalade har sökanden inte påstått att enbart utlämnandet av meddelandena om anmärkningar skulle orsaka den direkt skada. Risken för att meddelandena om anmärkningar missbrukas efter det att de lämnats ut har således inte något samband med att de innehåller konfidentiella uppgifter.
- 60 Sökanden skulle i vart fall kunna skydda sig mot en eventuell risk för missbruk genom adekvata åtgärder och ytterligare information. Följaktligen bör företräde ges åt intresset hos den sökanden, som skyddas enligt förordning nr 2842/98, av att få veta hur kommissionen ställer sig till dennes ansökan om åtgärder för att överträdelserna skall fås att upphöra och att få möjlighet att yttra sig i frågan.

Förstainstansrättens bedömning

- 61 Det följer av fast rättspraxis att frågan huruvida en ansökan om interimistiska åtgärder ställer krav på skyndsamhet skall bedömas med beaktande av om det är nödvändigt att fatta ett interimistiskt beslut för att undvika att den som ansöker om den interimistiska åtgärden orsakas allvarlig och irreparabel skada. Det ankommer på den senare att bevisa att han inte kan avvakta utgången av talan i huvudsaken utan att lida sådan skada (beslut av domstolens ordförande av den 12 oktober 2000 i mål C-278/00 R, Grekland mot kommissionen, REG 2000, s. I-8787, punkt 14; beslut av förstainstansrättens ordförande av den 15 juli 1998 i mål T-73/98 R, Prayon-Rupel mot kommissionen, REG 1998, s. II-2769, punkt 36, och av den 20 juli 2000 i mål T-169/00 R, Esedra mot kommissionen, REG 2000, s. II-2951, punkt 43).

- 62 Även om det är riktigt att man för att styrka en allvarlig och irreparabel skada inte behöver bevisa att nämnda skada kommer att inträffa med absolut säkerhet utan att det räcker med att skadan är förutsebar med en tillräcklig grad av sannolikhet, är sökanden dock skyldig att bevisa de omständigheter som ligger till grund för antagandet att en sådan allvarlig och irreparabel skada kommer att inträffa (beslut av domstolens ordförande av den 14 december 1999 i mål C-335/99 P(R), HFB m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. I-8705, punkt 67, och beslutet i det ovannämnda målet Grekland mot kommissionen, punkt 15).
- 63 Den av sökanden påstådda allvarliga och irreparabla skadan utgörs för det första av materiell skada, det vill säga förlust av kunder, och för det andra av ideell skada, det vill säga en inverkan på bankens anseende. Denna skada följer av det fördömande i förväg som sökanden befarar att den riskerar att utsättas för av tredje man, samt av det enligt sökanden troliga förebringandet av meddelandena om anmärkningar i den grupptalan som är anhängig i Amerikas förenta stater.
- 64 När det gäller den påstådda materiella skadan och närmare bestämt den påstådda förlusten av kunder, är denna av ekonomisk art, med hänsyn till det faktum att den består i en förlust av intäkter. Emellertid är det vedertaget att en rent ekonomisk skada inte kan anses som en irreparabel skada eller ens som en skada som är svår att avhjälpa, utom i undantagsfall, eftersom den senare kan ersättas ekonomiskt (beslut av domstolens ordförande av den 18 oktober 1991 i mål C-213/91 R, Abertal m.fl. mot kommissionen, REG 1991, s. I-5109, punkt 24, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 7 november 1995 i mål T-168/95 R, Eridania m.fl. mot rådet, REG 1995, s. II-2817, punkt 42).
- 65 Med tillämpning av dessa principer är det begärda uppskovet berättigat under förevarande omständigheter endast om det visar sig att sökanden i avsaknad av uppskovet skulle befinna sig i en situation där dess existens är i fara eller dess marknadsandelar ohjälpligt kan förändras. Sökanden har dock inte tillhandahållit något bevis som gör det möjligt att anse att sökanden i avsaknad av ett sådant uppskov med verkställigheten skulle befinna sig i en sådan situation.

- 66 Det skall i vart fall konstateras att den förlust av kunder som sökanden befarar är en skada av helt hypotetisk karaktär eftersom den grundar sig på framtida och osäkra händelser, nämligen att FPÖ i kränkande syfte skulle exploatera meddelandena om anmärkningar offentligt (se, för ett liknande resonemang, beslut av förstainstansrättens ordförande av den 15 juli 1994 i mål T-239/94 R, EISA mot kommissionen, REG 1994, s. II-703, punkt 20, av den 2 december 1994 i mål T-322/94 R, Union Carbide mot kommissionen, REG 1994, s. II-1159, punkt 31, samt av den 15 januari 2001 i mål T-241/00 R, Le Canne mot kommissionen, REG 2001, s. II-37, punkt 37).
- 67 Vad beträffar den allvarliga och irreparabla skada som enligt sökanden följer om meddelandena om anmärkningar förebringas i den grupptalan som är anhängig i Amerikas förenta stater samt om talan kan väckas på nytt av andra personer med stöd av dessa meddelanden om anmärkningar, skall det konstateras att även den utgör en rent hypotetisk skada, så till vida att den förutsätter, för det första, att sagda meddelanden om anmärkningar överlämnas av FPÖ till sökandena i denna grupptalan och att dessa handlingar godkänns som bevisning av amerikansk domstol samt, för det andra, att talan väcks på nytt på grundval av dessa handlingar.
- 68 När det gäller den påstådda ideella skada som åberopats av sökanden vilken skulle bli en följd av att FPÖ missbrukade meddelandena om anmärkningar för politiska syften, skall det först och främst erinras om att de versioner av meddelandena om anmärkningar som det rör sig om är icke konfidentiella versioner som upprättats av kommissionen.
- 69 Det skall även erinras om att det framgår av fast rättspraxis att endast den skada som kan komma att drabba sökanden kan beaktas vid prövningen av om kravet på skyndsamhet är uppfyllt (beslutet i det ovannämnda målet Pfizer Animal Health mot rådet, punkt 136). Härav följer att den eventuella skada som kan ha åsamkats vissa av sökandens anställda och styrelseledamöters personliga anseende, eller den omständigheten att FPÖ skulle kunna utöva press på dessa personer, inte kan beaktas vid prövningen av om sagda krav är uppfyllt, utom om

sökanden lyckas visa att ett sådant angrepp allvarligt kan skada sökandens eget anseende. Så är dock inte fallet i förevarande mål.

- 70 Sökanden har nämligen inte åberopat några omständigheter som med en tillräcklig grad av sannolikhet kan läggas till grund för antagandet att sökandens eget anseende kan komma att åsamkas allvarlig och irreparabel skada. Blotta utsikten, som för övrigt är hypotetisk, att FPÖ använder meddelandena om anmärkningar för politiska syften gör det inte möjligt för förstainstansrätten att komma fram till någon annan slutsats. Det bör här slås fast att det, åtminstone vid ett första påseende, inte förefaller som om enbart ett offentliggörande från FPÖ:s sida av icke konfidentiell information avseende sökanden skulle kunna åsamka den en irreparabel skada. Det skall i vart fall framhållas, såsom förhørsombudet väsentligen erinrade sökanden om i skrivelsen av den 27 mars 2001, att överlämnandet av meddelandet om anmärkningar till klaganden endast äger rum inom ramen för det förfarande som inletts av kommissionen och endast för dettas syften. Klaganden förväntas således använda den information som finns i detta meddelande endast i detta sammanhang. Varje olämplig eller bedräglig användning av den information som meddelandena om anmärkningar innehåller kan i förekommande fall bestridas vid nationell domstol.
- 71 Även om den påstådda skadan skulle kunna betraktas som allvarlig och irreparabel, leder intresseavvägningen mellan, å ena sidan, sökandens intresse av att erhålla uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet och, å andra sidan, det allmänintresse som är förbundet med verkställigheten av beslut som fattas inom ramen för förordningarna nr 17 och nr 2842/98, samt tredje mans intressen som direkt skulle beröras av ett sådant uppskov med verkställigheten, till att denna ansökan skall avslås.
- 72 I förevarande mål skall gemenskapens intresse av att tredje man, som kommissionen har tillerkänt ett berättigat intresse att framställa en ansökan i enlighet med artikel 3 i förordning nr 17, har möjlighet att lägga fram synpunkter på de av kommissionen fastställda anmärkningarna, ges företräde framför sökandens intresse av att skjuta upp överlämnandet av meddelandena om anmärkningar.

- 73 Eftersom kravet på skyndsamhet inte är uppfyllt och intresseavvägningen inte väger över till förmån för uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet, skall denna ansökan avslås utan att det är nödvändigt att pröva de övriga argument som framförts av sökanden och som gäller frågan huruvida sökandens ansökan vid ett första påseende framstår som befogad (*fumus boni juris*).

På dessa grunder fattar

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS ORDFÖRANDE

följande beslut:

- 1) Ansökan om interimistiska åtgärder avslås.
- 2) Beslut om rättegångskostnader kommer att meddelas senare.

Luxemburg den 20 december 2001

H. Jung

B. Vesterdorf

Justitiesekreterare

Ordförande