KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS PRÆSIDENT
18. oktober 2002 *

I sag C-232/02 P(R),

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved V. Kreuschitz og V. Di Bucci, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

appellant,

angående appel af kendelse afsagt den 4. april 2002 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Sml. II, s. 2153) i sag T-198/01 R, Technische Glaswerke Ilmenau mod Kommissionen, med påstand om ophævelse af kendelsen,

den anden part i appelsagen er:

Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, Ilmenau (Tyskland), ved Rechtsanwalt G. Schohe,

sagsøger i første instans,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

afsagt følgende

Kendelse

1 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. juni 2002 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i henhold til artikel 50, stk. 2, i EF-statutten for Domstolen iværksat appel af en kendelse afsagt af præsidenten for Retten i Første Instans den 4. april 2002 i sagen Technische Glaswerke mod Kommissionen (sag T-198/01 R, Sml. II, s. 2153), herefter »den anfægtede kendelse«), med påstand om, at:

— Den anfægtede kendelse ophæves.

— Technische Glaswerke Ilmenau GmbH's (herefter »TGI«) begæring om udsættelse af gennemførelsen af Kommissionens beslutning 2002/185/EF af 12. juni 2001 om Tysklands statsstøtte til Technische Glaswerke Ilmenau GmbH, Tyskland (EFT L 62, s. 30, herefter »den anfægtede beslutning«) afvises eller subsidiært findes ubegrundet.

— TGI dømmes til at betale sagens omkostninger for Domstolen.

2 Ved processkrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 30. juli 2002 har Kommissionen fremsat sine skriftlige bemærkninger for Domstolen.

3 Da parternes skriftlige indlæg indeholder alle de oplysninger, der er nødvendige for at påkende appellen, er det ufornødent at lade parterne afgive mundtlige indlæg.

De relevante retsregler og sagens faktiske omstændigheder

4 For så vidt angår de relevante retsregler henvises til præmis 1-6 i den anfægtede kendelse.

5 Med hensyn til sagens faktiske omstændigheder fremgår det af den anfægtede kendelse, at TGI er et tysk selskab, der driver virksomhed inden for glasfremstilling. Ved to kontrakter indgået den 26. september 1994 og den 11. december 1995 (herefter »asset-deal 1« og »asset-deal 2«) overtog TGI fire glasproduktionslinjer fra Treuhandanstalt (det offentlige forvaltningsinstitut), der siden blev til Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (herefter »BvS«), der stammer fra eksproprierede formuegenstande i Ilmenau i Freistaat Thüringen. På grund af likviditetsvanskeligheder indledte TGI forhandlinger med BvS, hvilket førte til indgåelse af en kontrakt den 16. februar 1998, hvorved BvS gav afkald på købesummen på 4 mio. DEM i henhold til asset-deal 1 (herefter »gældseftergivelsen«).

6 Ved skrivelse af 1. december 1998 anmeldte Forbundsrepublikken Tyskland forskellige foranstaltninger til fordel for TGI, herunder gældseftergivelsen, til Kommissionen.

7 Efter at have indledt den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF, hvorunder den bl.a. den 28. august 2000 modtog TGI's og den 28. september 2000 en konkurrerende virksomhed, Schott's bemærkninger, vedtog Kommissionen den 12. juni 2001 den anfægtede beslutning.

8 Efter den anfægtede beslutnings artikel 1 anses gældseftergivelsen for en statsstøtte til TGI i den i artikel 87, stk. 1, EF omhandlede forstand, der er uforenelig med fællesmarkedet. I henhold til beslutningens artikel 2 skal Forbundsrepublikken Tyskland uophørligt tilbagesøge støtten, pålagt renter, i overensstemmelse med national lovgivning. I henhold til beslutningens artikel 3 skal Forbundsrepublikken Tyskland endvidere senest to måneder efter dens meddelelse underrette Kommissionen om, hvilke foranstaltninger Forbundsrepublikken har truffet for at efterkomme den.

Retsforhandlingerne for Retten og den anfægtede kendelse

9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. august 2001 anlagde TGI sag med påstand om annullation af den anfægtede beslutning. Ved særskilt dokument indleveret til Rettens Justitskontor den 15. oktober 2001 indgav TGI derudover en begæring principalt om udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede beslutnings artikel 2, enten indtil der ved dom er truffet afgørelse i hovedsagen, eller til en anden dato, som skal fastsættes.

10 Ved den anfægtede kendelse udsatte Retten gennemførelsen af beslutningen den 17. februar 2003 og knyttede hertil flere vilkår, der er opregnet i punkt 2 i kendelsens konklusion.

11 Det fremgår af den anfægtede kendelse, at Kommissionen bestred, at begæringen om foreløbige forholdsregler kunne påkendes i realiteten, og gjorde gældende, at TGI skulle have afventet anlæggelsen af en sag ved de tyske domstole til tilbagesøgning af den omtvistede støtte, og dernæst have anvendt alle appelmuligheder i national ret, som TGI havde adgang til.

12 I denne forbindelse udtalte Retten med støtte i Domstolens dom af 9. marts 1994 (sag C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Sml. I, s. 833, præmis 17 og 18) og af 30. januar 1997 (sag C-178/95, Wiljo, Sml. I, s. 585, præmis 21) i den anfægtede kendelses præmis 54, at modtageren af en støtte ikke under en national retssag kan påberåbe sig, at en beslutning fra Kommissionen om, at den pågældende medlemsstat skal tilbagesøge den støtte, som den pågældende har modtaget, er ugyldig. Ifølge Retten følger det heraf, at når en sådan modtager har anlagt sag ved Retten med påstand om annullation af beslutningen, kan han i princippet indgive en begæring om foreløbige forholdsregler til Retten. De af Kommissionen citerede afgørelser i den anfægtede kendelses præmis 56 og 57 kunne ikke føre til den konklusion, at en sag, der anlægges ved Fællesskabets retsinstanser uden afventning af, at der formelt anlægges en national sag til tilbagesøgning af støtten, må afvises.

13 I den anfægtede kendelses præmis 55 fastslog Retten, at denne fortolkning understøttes af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel [88] (EFT L 83, s. 1), hvorefter tilbagebetaling af ulovlig støtte, der er fundet uforenelig med fællesmarkedet, skal ske omgående, i overensstemmelse med gældende procedurer i den pågældende medlemsstats nationale ret, kun med forbehold af en kendelse afsagt af Fællesskabets retsinstanser om foreløbige forholdsregler.

14 Retten fastslog herefter, at begæringen om udsættelse kunne fremmes til realitetsbehandling.

15 Med hensyn til realitetsbehandlingen af begæringen fremgår Rettens bemærkninger vedrørende henholdsvis betingelsen om fumus boni juris, uopsættelighed en samt interesseafvejningen af den anfægtede kendelse.

16 Hvad angår betingelsen om fumus boni juris henviste TGI for det første til de anbringender, som blev gjort gældende i hovedsagen, især til det første og tredje anbringende, der angår tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og TGI's ret til en retfærdig sagsbehandling.

17 For så vidt angår det første anbringende anførte TGI, at Freistaat Thüringens tilsagn ikke var statsstøtte, idet det var blevet afgivet i forbindelse med et støtteprogram for små og mellemstore virksomheder (SMV) som sagsøgeren selv i den pågældende region, som Kommissionen godkendte, således at den gældseftergivelse, der fulgte bruddet på tilsagnet, måtte være omfattet af det samme program. Med hensyn til det tredje anbringende gjorde TGI navnlig gældende, at under den formelle undersøgelsesprocedure havde Kommissionen ud over de bemærkninger, Schott havde tilstillet Kommissionen den 28. september 2000, anmodet denne virksomhed om at fremkomme med yderligere bemærkninger, som blev tilstillet Kommissionen den 23. januar 2001, men som ikke blev meddelt TGI, der således var afskåret fra at fremkomme med sine bemærkninger til en række vigtige spørgsmål, hvilket TGI havde ret til.

18 Rettens bemærkninger med hensyn til disse to anbringender er gengivet på følgende måde i den anfægtede kendelse:

»74 Det bemærkes indledningsvis med hensyn til det første anbringende, at oplysningerne om retten til tilpasning af kontrakter i tysk ret, som [TGI]

har fremført i sit supplerende indlæg, ikke kan anses for at være nye anbringender i [Rettens] procesreglement[...] artikel 48, stk. 2,'s forstand. Disse oplysninger kan snarere udgøre præciseringer af omfanget af Freistaat Thüringens påståede brud på tilsagnet, foretaget på baggrund af Kommissionens skriftlige bemærkninger.

75 Med hensyn til beviset for, at Freistaat Thüringen havde afgivet tilsagnet, bemærkes det, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke tog hensyn til bruddet på det påståede tilsagn og konsekvenserne heraf, men kun anførte, at »eventuelle krav, som [TGI] måtte have over for [Freistaat Thüringen] og BvS, skal behandles adskilt fra hinanden« (betragtning 82). Det synes således — som [TGI] har gjort gældende — at fremgå, at Kommissionen i den anfægtede beslutning ikke bestred, at der var givet det påståede tilsagn. Det bemærkes, at en beslutning skal kunne stå alene, og at dens begrundelse ikke kan fremgå af skriftlige eller mundtlige forklaringer, der er givet efterfølgende, når den allerede er genstand for et søgsmål for Fællesskabets retsinstanser (jf. Rettens dom [af 12.12.1996] i sagen Rendo m.fl. mod Kommissionen, [sag T-16/91, Sml. II, s. 1827], præmis 45, af 25.5.2000, sag T-77/95, Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2167, præmis 54, og af 26.2.2002, sag T-323/99, INMA og Itainvest mod Kommissionen, [Sml. II, s. 545], præmis 76). Den tvivl, Kommissionen gav udtryk for i sit yderligere indlæg, om, hvorvidt det pågældende tilsagn var afgivet, kan derfor i det mindste ikke uden videre anses for begrundet.

76 Da statsstøtte er et retligt begreb, skal det fortolkes på grundlag af objektive momenter. Derfor skal Kommissionens kvalificering af statslige foranstaltninger som ny eller eksisterende støtte principielt og under hensyntagen såvel til de konkrete omstændigheder i sagen som til, om Kommissionens vurderinger har en teknisk eller indviklet karakter, undergives en fuldstændig efterprøvelse ved Fællesskabets retsinstanser

(Rettens dom af 27.1.1998, sag T-67/94, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 52, stadfæstet efter appel ved Domstolens dom af 16.5.2000, sag C-83/98 P, Frankrig mod Ladbroke Racing og Kommissionen, Sml. I, s. 3271, præmis 25, og kendelse [afsagt af Rettens præsident den 19.12.2001] [forenede sager T-195/01 R og T-207/01 R, Government of Gibraltar mod Kommissionen Sml. II, s. 3915], præmis 75).

77 I den foreliggende sag har [TGI] gjort gældende, at støttetilsagnet indgik i en støtteordning for små og mellemstore virksomheder, der var godkendt forinden [...], og at gældseftergivelsen efter bruddet på tilsagnet derfor skal anses for omfattet af den samme ordning. Ifølge stævningen i hovedsagen, hvortil der henvises i nærværende begæring, kunne Tyskland i henhold til ordningen yde støtte svarende til 43% af den samlede investering, når der var tale om en lille eller mellemstor virksomhed, i stedet for det maksimum på 27%, der gjaldt i øvrigt. Kommissionen har ikke bestridt, at denne grænse ikke blev overskredet i den foreliggende sag. Kommissionens argument om, at konsekvenserne af bruddet på tilsagnet skulle bedømmes på samme måde som tilsagnet, nemlig som statsstøtte, der ikke var anmeldt, kan — i hvert fald ikke uden en mere indgående undersøgelse — ikke tilbagevise [TGI's] argument.

78 Herefter kan Kommissionens yderligere argument om, at [TGI] ikke kan påberåbe sig ovennævnte støtteordning, da [TGI] ikke uden bevis herfor kan anses for en lille eller mellemstor virksomhed, heller ikke uden videre lægges til grund. Det bemærkes for det første, at den tyske regering under den formelle undersøgelsesprocedure fremlagde en række oplysninger til godtgørelse af, at [TGI] er en lille eller mellemstor virksomhed (48. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen fandt i den anfægtede beslutning, at spørgsmålet, om [TGI] er en lille eller mellemstor virksomhed, »ikke er af betydning for vurderingen af, om afkaldet i forbindelse med købsprisen er foreneligt« (55. betragtning), men oplyste dog i syvende og ottende betragtning, at [TGI] havde 226 ansatte og en omsætning på 28 048 000 DEM (14 340 715 EUR) i 1997, men at hovedanpartshaveren, hr. Geiß, ligeledes var eneste selskabsdeltager i to andre virksomheder, der ikke længere eksisterer, hvoraf den ene havde 74 ansatte.

79 [TGI's] argument vedrørende det første anbringende kan derfor ikke uden videre forkastes.

80 Med hensyn til det tredje anbringende bemærkes det for det første, at adressaterne for beslutninger vedrørende statsstøtte, som Kommissionen træffer, er de berørte medlemsstater (jf. [Domstolens] dom [af 2.4.1998] i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, [sag C-367/95 P, Sml. I, s. 1719], præmis 45). Det er dog indlysende, at en støttemodtagers interesser risikerer at blive alvorligt skadet af den beslutning, der vedtages efter en formel undersøgelsesprocedure. Ifølge fast retspraksis er det et grundlæggende princip i fællesskabsretten, at der også uden særlige regler herom skal indrømmes ret til kontradiktion i enhver procedure, der indledes angående en person, og som kan føre til en retsakt, der er bebyrdende for den pågældende (jf. i denne retning [Domstolens] dom af [5.10.2000, sag C-288/96, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237], præmis 99, [af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 307], præmis 29, og [Rettens] dom af 14.12.2000 i Ufex-sagen, [sag T-613/97, Sml. II, s. 4055], præmis 85 og 86).

81 For så vidt angår Kommissionens pligt til at informere de interesserede parter om, at der er indledt en formel undersøgelsesprocedure, har Domstolen udtalt, at Kommissionen skal »indhente alle de nødvendige udtalelser«, hvis den efter en indledende undersøgelse finder, at der er tvivl om, hvorvidt den pågældende foranstaltning er forenelig med fællesmarkedet (dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 39). Endvidere er formålet med offentliggørelsen af en meddelelse i EF-Tidende ifølge fast retspraksis »alene at fremskaffe alle oplysninger fra de pågældende, som kan klarlægge forholdene for Kommissionen med henblik på, hvad denne videre skal foretage sig« (Domstolens dom af 12.7.1973, sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 813, præmis 19, og Rettens dom af 22.10.1996, sag T-266/94, Skibsværftsforeningen m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1399, præmis

256). Denne retspraksis tildeler i det væsentlige de interesserede parter den rolle at tjene som oplysningskilde for Kommissionen under den formelle undersøgelsesprocedure med den konsekvens, at de interesserede parter på ingen måde kan påberåbe sig en sådan kontradiktionsret, som tilkommer personer, der er genstand for en undersøgelse, men at de kun har ret til at blive inddraget i proceduren i det omfang, det må anses for formålstjenligt under hensyn til sagens konkrete omstændigheder (Rettens dom af 25.6.1998, forenede sager T-371/94 og T-394/94, British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 2405, præmis 59 og 60, og dommen af 14.12.2000 i Ufex-sagen, præmis 89).

82 Endvidere er støttemodtagerens ret til at blive hørt angående en beslutning om at indlede en formel undersøgelsesprocedure nu udtrykkeligt anerkendt i artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 659/1999.

83 [TGI] har dog nærmere bestemt gjort gældende, at det følger af principperne om god forvaltningsskik og rimelighedsbetragtninger, at Kommissionen under hensyn til, hvor alvorlige konsekvenser det kunne få for støttemodtageren, hvis der blev vedtaget en negativ beslutning efter den formelle undersøgelsesprocedure, havde pligt til at give støttemodtageren adgang til at udtale sig om de væsentlige punkter, der var blevet rejst under denne procedure. Under henvisning til, at spørgsmålet om det nøjagtige omfang af en sådan støttemodtagers rettigheder i forhold til andre interesserede parter i denne procedure endnu ikke er blevet behandlet, har [TGI] analogt henvist til Rettens seneste praksis vedrørende retten til kontradiktion ([Rettens] dom [af 19.2.1998] i sagen Eyckeler & Malt mod Kommissionen, [sag T-42/96, Sml. II, s. 401] præmis 75 ff., [af 10.5.2001] i sagen Kaufring m.fl. mod Kommissionen, [forenede sager T-186/97, T-187/97, T-190/97 — T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97 — T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 og T-147/99, Sml. II, s. 1337], præmis 153, og [af 5.6.2001], i sagen ESF Elbe-Stahlwerke Feralpi mod Kommissionen, [sag T-6/99, Sml. II, s. 1523] præmis 126, 128 og 130).

84 Uden at det er nødvendigt for nærværende sag at vide, om [TGI] kan påberåbe sig den tilsidesættelse af retten til kontradiktion i forhold til den medlemsstat, der var adressat for den anfægtede beslutning, som Kommis-

sionen foretog og har vedkendt sig, må det fastslås, at modtageren af statsstøtte ikke kan få tillagt en almindelig ret til at udtale sig om alle de potentielt væsentlige punkter, der er blevet rejst under den formelle undersøgelsesprocedure. Det fremgår af den retspraksis, hvortil der er henvist i præmis 80 ovenfor, at der ikke anerkendes en sådan ret (jf. i samme retning forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Geelhoed i de forenede sager C-328/99 og C-399/00, Italien mod Kommissionen og SIM 2 Multimédia mod Kommissionen, der verserer for Domstolen, punkt 91 og 92). En sådan ret ville være videregående end retten til at blive hørt og kunne indebære en anerkendelse af en ret for støttemodtagerne til en kontradiktorisk drøftelse med Kommissionen, hvilket hidtil altid er blevet nægtet alle de interesserede parter omfattet af artikel 88, stk. 2, EF og artikel 20 i forordning nr. 659/1999 (dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 59).

85 Det fremgår imidlertid, at Kommissionen har pligt til at forholde sig upartisk til alle de interesserede parter under en formel undersøgelsesprocedure. Den forpligtelse, der påhviler Kommissionen til ikke at forskelsbehandle de interesserede parter, svarer til retten til en god forvaltning, der henhører under de almindelige retsstatsprincipper, der er fælles for medlemsstaternes forfatningstraditioner (jf. analogt Rettens dom af 30.1.2002, sag T-54/99, [Max.mobil mod Kommissionen], [Sml. II, s. 313], præmis 48). Det bemærkes, at artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, der blev proklameret den 7. december 2000 i Nice (EFT C 364, s. 1, herefter »charteret om grundlæggende rettigheder«), bestemmer, at »enhver har ret til at få sin sag behandlet uvildigt, retfærdigt og inden for en rimelig frist af Unionens institutioner og organer«. Det følger heraf, at selv om støttemodtageren som nævnt ovenfor kun har en begrænset ret til at deltage og få oplysninger, kan Kommissionen som ansvarlig for proceduren i hvert fald ud fra en umiddelbar betragtning være forpligtet til at videregive bemærkninger til støttemodtageren, som Kommissionen udtrykkeligt har anmodet en konkurrent om på foranledning af de bemærkninger, som støttemodtageren oprindeligt havde fremsat. Hvis Kommissionen under proceduren kunne vælge at anmode en konkurrent til støttemodtageren om bestemte supplerende oplysninger uden at give støttemodtageren mulighed for at blive bekendt med bemærkningerne i svaret og for eventuelt at svare på dem, ville det risikeres, at den effektive virkning af støttemodtagerens ret til at blive hørt ville blive betydeligt mindre.

86 En sådan sagsbehandlingsfejl kan imidlertid kun medføre annullation af den anfægtede beslutning, hvis den formelle undersøgelsesprocedure kunne have ført til et andet resultat, hvis fejlen ikke var blevet begået (dommen i [sagen Tyskland mod Kommissionen], præmis 101). Kommissionen, der anerkender sagsbehandlingsfejlen, har anført, at dette ikke er tilfældet i den konkrete sag, fordi Schott's supplerende bemærkninger ikke har haft nogen indflydelse på den anfægtede beslutning. [TGI] har derimod gjort gældende, at bemærkningerne faktisk påvirkede Kommissionens beslutning om ikke at godkende den omtvistede støtte, hvilket efter [TGI's] opfattelse bl.a. fremgår af betragtning 102 og 103 [...]. Det må fastslås, at disse betragtninger udgør en væsentlig del af begrundelsen for Kommissionens konklusion om, at den omtvistede støtte ikke opfyldte det krav om proportionalitet, der stilles for, at der kan anses at foreligge omstruktureringsstøtte, der er forenelig med fællesmarkedet. Kommissionen har under det andet retsmøde oplyst, at der ikke blev taget hensyn til oplysningerne i de supplerende bemærkninger fra Schott. Da omtalen heraf i betragtning 103 — selv om der kun nævnes en »konkurrent« til [TGI] — og omtalen af de påståede »aggressive og markedsfordrejende aktiviteter« i betragtning 102 efter den almindelige forståelse af ordene imidlertid kan opfattes således, at der henvises til både de supplerende og de oprindelige bemærkninger fra den pågældende virksomhed, kan Retten, når den skal træffe afgørelse i hovedsagen, beslutte, at alle disse bemærkninger fra Schott influerede på Kommissionens konklusion vedrørende den undersøgte foranstaltning. Dette er navnlig tilfældet, fordi et af Kommissionens spørgsmål til Schott netop angik den påståede »priskrigspolitik«, [TGI] førte. Der er således en reel mulighed for, at den formelle undersøgelsesprocedure kunne have ført til et andet resultat, hvis der ikke var blevet begået den pågældende fejl.

87 Det må derfor fastslås, at [TGI's] tredje anbringende umiddelbart forekommer også at være seriøst.

88 Herefter forekommer [TGI's] faktiske og retlige anbringende ikke at savne ethvert grundlag (kendelse afsagt af Domstolens præsident den 19.7.1995, sag C-149/95 P(R), Kommissionen mod Atlantic Container Line m.fl. Sml.

I, s. 2165, præmis 26, og kendelse [afsagt af Rettens præsident den 8.12.2000] i sagen BP Nederland m.fl. mod Kommissionen [sag T-237/99 R, Sml. II, s. 3849], præmis 37). Under disse omstændigheder kan begæringen ikke afvises på grundlag af manglende fumus boni juris, hvorfor det skal undersøges, om begæringen opfylder uopsættelighedsbetingelsen.«

19 Retten fastslog herefter i den anfægtede kendelses præmis 96-109, at betingelsen om uopsættelighed ligeledes var opfyldt, idet TGI efter Rettens opfattelse havde godtgjort, at det var tilstrækkeligt sandsynligt, at en øjeblikkelig gennemførelse af den omtvistede beslutning hurtigt eller straks ville bringe selve virksomhedens eksistens i fare.

20 Endelig udtalte Retten for så vidt angår interesseafvejningen følgende:

»113 Det bemærkes for det første, at ifølge artikel 88, stk. 2, første afsnit, EF skal Kommissionen, såfremt den finder, at en støtte, som ydes af en stat eller med statsmidler, ikke er forenelig med fællesmarkedet, træffe beslutning om, at den pågældende stat skal ophæve eller ændre støtteforanstaltningen inden for den tidsfrist, som Kommissionen fastsætter. Det følger heraf, at den almene interesse, som Kommissionen varetager ved udøvelsen af de beføjelser, der er tillagt den ved artikel 88, stk. 2, EF og artikel 7 i forordning nr. 659/1999, hovedsageligt for at sikre, at fællesmarkedets funktion ikke fordrejes af statsstøtte til skade for konkurrencen, er særligt vigtig (jf. i samme retning kendelse afsagt af formanden for Rettens Fjerde Udvidede Afdeling den 2.4.1998, sag T-86/96 R, Arbeitsgemeinschaft Deutscher Luftfahrt-Unternehmen og Hapag-Lloyd mod Kommissionen, præmis 74, og kendelsen i sagen Government of Gibraltar mod Kommissionen, præmis 108). Forpligtelsen for den pågældende medlemsstat til at ophæve støtte, som er uforenelig med fællesmarkedet, har til formål at genoprette den oprindelige situation (Domstolens dom af 4.4.1995, sag C-348/93, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 673, præmis 26, og [af 20.3.1997, sag C-24/95], Alcan Deutschland, [Sml. I, s. 1591], præmis 23).

114 I forbindelse med en begæring om foreløbige forholdsregler med påstand om udsættelse af opfyldelsen af en forpligtelse, Kommissionen har pålagt til tilbagebetaling af støtte, som den har erklæret uforenelig med fællesmarkedet, skal Fællesskabets interesse derfor normalt, hvis ikke næsten altid, tillægges større vægt end støttemodtagerens interesse i at undgå at opfylde forpligtelsen til at betale støtten tilbage, inden der afsiges dom i hovedsagen.

115 Det kan dog ikke udelukkes, at modtageren af en sådan støtte kan opnå, at der træffes foreløbige forholdsregler, såfremt betingelserne om fumus boni juris og uopsættelighed er opfyldt, som i den foreliggende sag. Hvis det ikke forholdt sig således, ville det risikeres, at det i praksis ville blive umuligt også i statsstøttesager at opnå den adgang til en effektiv foreløbig retsbeskyttelse, som indrømmes i artikel 242 EF og 243 EF, og som er fastsat i artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 659/1999. Det bemærkes, at denne beskyttelse er et almindeligt fællesskabsretligt princip, der ligger til grund for medlemsstaternes fælles forfatningstraditioner [Domstolens dom af 15.5.1986, sag C-222/84], Johnston, [Sml. s. 1651], præmis 18, og Rettens kendelse af 11.1.2002, sag T-77/01, Diputación Foral de Alava m.fl. mod Kommissionen, [Sml. II, s. 81], præmis 35). Princippet har endvidere fundet udtryk i artikel 6 og 13 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder og i artikel 47 i chartret om de grundlæggende rettigheder.

116 Det skal derfor undersøges, om der foreligger ekstraordinære omstændigheder i sagen, der kunne begrunde en afvejning af de implicerede interesser til fordel for at træffe de foreløbige forholdsregler.

117 Det må for det første konstateres, at den omtvistede støtte kun beløber sig til 4 mio. DEM (2 045 167 EUR) og dermed udgør mindre end 6% af det støttebeløb på i alt 67 425 000 DEM (34 473 855 EUR), som er ydet til

[TGI] i asset-deal 1 og asset-deal 2. Endvidere har Kommissionen ikke bestridt, at de fleste af disse andre støtteforanstaltninger, med undtagelse af gældseftergivelsen, er forenelige med forskellige eksisterende støtteordninger (betragtning 56-65 til den anfægtede beslutning). Det var først, da denne gældseftergivelse blev indrømmet i 1998, at [TGI] rigtigt påbegyndte sin erhvervsvirksomhed. Det er derfor sandsynligvis urealistisk at antage, at det, hvis den omtvistede støtte blev tilbagebetalt øjeblikkeligt, ville være muligt at genetablere en bestemt konkurrencesituation, som forelå forinden på det pågældende marked eller de pågældende markeder for glas (der er ikke defineret et præcist marked i betragtning 35 og 36 til den anfægtede beslutning). Øjeblikkelig tilbagebetaling kunne, som [TGI] har gjort gældende, nemt kun bevirke en styrkelse af den dominerende stilling, Schott som [TGI's] vigtigste konkurrent inden for Fællesskabet og den eneste, der udtalte sig under den formelle undersøgelsesprocedure, indtog. Denne virksomhed, som Kommissionen ikke har bestridt har en dominerende stilling, har en betydeligt større omsætning end [TGI's]. Det er derfor udelukket, at konkurrenten ville lide et væsentlig tab, hvis der blev truffet de pågældende foreløbige forholdsregler. Endvidere har Schott også hjemsted i Freistaat Thüringen.

118 Det følger heraf, at der foreligger ekstraordinære og yderst konkrete omstændigheder i sagen, der taler for, at der træffes de foreløbige forholdsregler.

119 Under hensyn til Fællesskabets interesse i, at der foretages en effektiv tilbagesøgning af statsstøtte, herunder støtte til omstrukturering, der som udgangspunkt ydes til virksomheder i økonomiske vanskeligheder, er der imidlertid ikke tilstrækkeligt grundlag for i fuldt omfang at udsætte gennemførelsen af den anfægtede beslutning, indtil der træffes dom i hovedsagen.

120 Under sagens ganske særlige omstændigheder er der derimod grundlag for at træffe begrænsede foreløbige forholdsregler, hvorved behovet for at sikre en effektiv foreløbig retsbeskyttelse tilgodeses i tilstrækkeligt omfang.«

21 Under disse omstændigheder blev gennemførelsen af den anfægtede beslutning udsat til den 17. februar 2003, ledsaget af de vilkår, der er nævnt i punkt 2 i den anfægtede kendelses konklusion.

Appellen

22 Appellen støttes på tre anbringender, der beror på en urigtig retsanvendelse, som den anfægtede kendelse er behæftet med, vedrørende spørgsmålet, om begæringen om udsættelse kan fremmes til realitetsbehandling, vurderingen af betingelsen om fumus boni juris samt interesseafvejningen.

Det første anbringende

Parternes argumenter

23 Ifølge det første anbringende har Retten foretaget en urigtig retsanvendelse, idet den fandt, at TGI's begæring kunne realitetsbehandles og derved lagde til grund, at den var kompetent.

24 Med henvisning til kendelse af 6. februar 1986 (sag 310/85 R, Deufil mod Kommissionen, Sml. s. 537, præmis 22) og af 15. juni 1987 (sag 142/87 R, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2589, præmis 26) har Kommissionen gjort gældende, at TGI først skulle anlægge sag ved en national ret med henblik på at afværge et eventuelt tab. I de to kendelser blev begæringerne om udsættelse afvist, fordi sagsøgerne ikke først havde benyttet de nationale retsmidler. Den anfægtede

kendelse, som nærmere bestemt tillader, at der anvendes to retsmidler på samme tid, det ene ved Fællesskabets retsinstanser og det andet for de nationale retter, er en tilsidesættelse af princippet om, at flerheden af kompetencer vedrørende et og samme retsspørgsmål skal undgås.

25 Ifølge Kommissionen er det kun, hvis de nationale retsmidler ikke fører til noget, at virksomheden herefter for Fællesskabets retsinstanser med rette kan påberåbe sig, at det er nødvendigt og uopsætteligt med en udsættelse.

26 Denne opfattelse har den fordel, at den berørte virksomhed har mulighed for at påberåbe sig yderligere klagepunkter ved den nationale ret, især med hensyn til uregelmæssigheder i den nationale procedure om tilbagebetaling, eller på grundlag af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning eller retssikkerhedsprincippet.

27 Med hensyn til artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 659/1999, som blev behandlet af Retten i den anfægtede kendelses præmis 55, henvender den sig ifølge Kommissionen først og fremmest til medlemsstaterne, som da også kun kan anmode om en udsættelse for Fællesskabets retsinstanser.

28 I de skriftlige bemærkninger har TGI gjort gældende, at Kommissionens synspunkt, såfremt det lægges til grund, vil føre til en forrykkelse af kompetencefordelingen mellem de nationale retter og Fællesskabets retsinstanser, hvorefter det alene er Fællesskabets retsinstanser, som er beføjet til at prøve lovligheden af en kommissionsbeslutning og til at udsætte dens gennemførelse.

29 TGI har tilføjet, at der i den foreliggende sag ikke er nogen national gennemførelsesakt, som kan anfægtes ved de nationale retter, og at man ikke kan kræve,

at TGI afventer en sådan akt med henblik på at anfægte den for de nationale retter, når man samtidig hermed i henhold til TWD Textilwerke Deggendorf-dommen er forpligtet til for Fællesskabets retsinstanser at nedlægge påstand om annullation af den anfægtede beslutning.

Domstolens bemærkninger

30 Det første anbringende i appellen er åbenbart ugrundet og skal straks afvises.

31 For det første bemærkes, at i modsætning til det af Kommissionen i punkt 16 i appelskriftet anførte blev begæringen om udsættelse i sagen Deufil mod Kommissionen ikke afvist, men gjort til genstand for realitetsbehandling, hvorefter Domstolen fastslog, at sagsøgeren ikke havde bevist, at betingelsen om, at der forelå et alvorligt og uopretteligt tab, var opfyldt. Det samme gælder sagen Belgien mod Kommissionen, hvor det i øvrigt ikke var modtageren af statsstøtten, men den udbetalende medlemsstat, som havde fremsat begæringen.

32 For så vidt angår det øvrige skal det bemærkes, at i medfør af artikel 104, stk. 1, i Rettens procesreglement er spørgsmålet, om en begæring om udsættelse af gennemførelsen af institutions retsakt kan antages til realitetsbehandling, kun undergivet betingelsen om, at den, som har fremsat anmodningen, har anfægtet denne retsakt under en sag for Retten.

33 De af Kommissionen fremførte argumenter, som støttes på hensigtsmæssigheds-betragtninger med hensyn til forskellige procedurers effektivitet, kan på området for kontrol af statsstøtte ikke føre til en ændring af hovedreglen gengivet i den

foregående præmis, og i den særlige situation med en virksomhed, som har anlagt et annullationssøgsmål til prøvelse af en kommissionsbeslutning, der pålægger tilbagesøgning af en uforenelig statsstøtte, til en afvisning af at tillægge virksomheden en foreløbig domstolsbeskyttelse for Fællesskabets retsinstanser.

34 Med hensyn til Kommissionens bemærkninger vedrørende artikel 14, stk. 3, i forordning nr. 659/1999, nævnt i præmis 27 i denne kendelse, er det ikke nødvendigt at behandle disse yderligere.

35 De af Retten anførte bemærkninger om denne bestemmelse i den anfægtede kendelses præmis 55 illustrerer tydeligt den begrundelse, den har foretaget for at nå frem til, at begæringen om udsættelse kunne realitetsbehandles.

36 Retten har derfor med rette fastslået, at begæringen om udsættelse kunne realitetsbehandles.

Det andet anbringende

Parternes argumenter

37 Med det andet anbringende har Kommissionen gjort gældende, at Retten har gjort sig skyldig i en urigtig retsanvendelse ved vurderingen af betingelsen om fumus boni juris.

38 Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at logikken i den anfægtede kendelse indebærer, at når det drejer sig om omstruktureringsstøtte, som i sagens natur ydes for at imødegå en konkurstrussel, vil der altid foreligge uopsættelighed, og at med hensyn til en beslutning, som pålægger tilbagesøgning af sådan støtte, vil man derfor altid uden en mere tilbundsgående undersøgelse skulle anordne en udsættelse af gennemførelsen af beslutningen og derved sikre en kunstig overlevelse af den berørte virksomhed. Med henblik på at sikre loyale konkurrencebetingelser er det i forbindelse med en udsættelse af gennemførelsen af en beslutning om tilbagebetaling af omstruktureringsstøtte snarere hensigtsmæssigt at anvende særligt strenge kriterier ved vurderingen af, om betingelsen om fumus boni juris er opfyldt, idet en udsættelse kun bør anordnes undtagelsesvist.

39 Ifølge Kommissionen fremgår det imidlertid af den anfægtede kendelse, at dette restriktive synspunkt ikke er blevet fulgt af Retten ved vurderingen af, om betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

40 Ifølge det første anbringende om fumus boni juris, som TGI gjorde gældende for førsteinstansen, og hvor Retten fastslog, at det ikke uden videre kunne forkastes, kan gældseftergivelsen ikke anses for støtte, men som kompensation for et tilsagn, som tidligere blev givet til TGI om, at TGI ville blive omfattet af et støtteprogram, men dette tilsagn blev ikke overholdt.

41 I denne henseende har Kommissionen kritiseret den anfægtede kendelse ved at fremføre en række argumenter.

42 For det første forudsætter det af TGI fremførte anbringende, at en medlemsstat kan unddrage sig kravene til en støtte, hvis den i forbindelse med en privatretlig kontrakt om salg af en virksomhed lover støtte, hvoraf en del er ulovlig og

åbenbart uforenelig med fællesmarkedet, idet modtageren ved manglende efterfølgende betaling af støtten kan påberåbe sig, at en de væsentlige betingelser i kontrakten ikke er opfyldt, og dermed fremsætte krav om betalinger, som mister deres karakter af støtte og derfor antager karakter af en civilretlig skadesløsholdelse.

43 Endvidere er denne forklaring ifølge Kommissionen aldrig blevet fremført af Forbundsrepublikken Tyskland i forbindelse med den administrative procedure med henblik på at begrunde gældseftergivelsen.

44 Desuden har TGI ikke fremført noget bevis for, at der foreligger et sådant tilsagn.

45 Kommissionen har endelig anført, at Retten ikke, som den gjorde i præmis 75 i den anfægtede kendelse, kunne foreholde Kommissionen, at den ikke har begrundet dette punkt i den anfægtede beslutning, da TGI ikke har rejst dette klagepunkt i stævningen. Begrundelsen i den anfægtede beslutning er under alle omstændigheder tilstrækkelig, eftersom den berørte medlemsstat ikke havde rejst dette spørgsmål i forbindelse med den administrative procedure, hvorimod TGI, hvis den havde nævnt det, ikke havde fremført noget bevis til støtte for det, som virksomheden påstod.

46 Med det tredje anbringende har TGI for førsteinstansen gjort gældende, at dens ret til en retfærdig sagsbehandling er blevet tilsidesat, for så vidt som Kommissionen undlod at tage direkte kontakt til sagsøgeren under den formelle undersøgelsesprocedure, men samtidig hermed stillede spørgsmål til en konkurrerende virksomhed, som besvarede Kommissionens spørgsmål. TGI har anført, at virksomheden burde have haft lejlighed til at udtale sig om de væsentlige punkter, som fremkom under den formelle undersøgelsesprocedure.

47 Kommissionen har, som det fremgår af den anfægtede kendelses præmis 80-87, anført, at Retten i hvert fald for en umiddelbar betragtning fandt, at Kommissionen ved at undlade at videregive bemærkninger, der blev afgivet af en konkurrent, havde begået en fejl, og at der således var en reel mulighed for, at den formelle undersøgelsesprocedure kunne have ført til et andet resultat, hvis der ikke var blevet begået den pågældende fejl.

48 Kommissionen har i denne forbindelse gjort gældende, at den under retsforhandlingerne for Retten havde påpeget, at den ikke havde lagt bemærkningerne fra konkurrenten til grund for den anfægtede beslutning.

49 Endvidere har Kommissionen især gjort gældende, at den anfægtede kendelses præmis 85 og 86 er behæftet med en retlig fejl, for så vidt som de støttes på en angiveligt udvidet forpligtelse for Kommissionen til i forbindelse med en formel undersøgelsesprocedure at videregive de bemærkninger, som en konkurrent til støttemodtageren har forsynet Kommissionen med, til denne støttemodtager, med henblik på dennes eventuelle bemærkninger.

50 Ifølge Kommissionen har TGI, som indgav bemærkninger i forbindelse med den formelle undersøgelsesprocedure, ikke yderligere rettigheder, hverken i medfør af en angivelig pligt til ikke at forskelsbehandle de berørte parter, eller med støtte i artikel 41, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, eller ved en analog anvendelse af principperne i dommen i sagen Max.mobil mod Kommissionen.

51 I de skriftlige bemærkninger vedrørende det andet anbringende i appellen har TGI først og fremmest bestridt, at der i en sag som den foreliggende er behov for særligt strenge kriterier ved vurderingen af, om betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

52 Det af Kommissionen anlagte generelle synspunkt ville i praksis gøre det umuligt eller uforholdsmæssigt vanskeligt at opnå en effektiv foreløbig retsbeskyttelse, hvilket ville være i strid med princippet om, at retsbeskyttelsen skal være effektiv.

53 TGI har også afvist den kritik, som Kommissionen har fremført mod den i den anfægtede kendelse foretagne vurdering af fumus boni juris. Hvad angår vurderingen af det første anbringende vedrørende fumus boni juris, som TGI fremførte for førsteinstansen, har TGI i det væsentlige anført, at Kommissionen kun har gentaget sine argumenter for førsteinstansen, hvilket bevirker, at denne del af det andet anbringende i appellen skal afvises. Med hensyn til vurderingen af det tredje anbringende om fumus boni juris, som TGI gjorde gældende for førsteinstansen, og som vedrører den procedurefejl, som Kommissionen begik, har TGI gjort gældende, at Kommissionen ved at bestride, at den havde en forpligtelse til at videregive bemærkninger, reelt søger at ændre genstanden for retssagen for Domstolen, hvilket er i strid med artikel 113, stk. 2, i Domstolens procesreglement, eftersom Kommissionen for førsteinstansen har erkendt at have begået en sådan fejl.

Domstolens bemærkninger

54 Domstolen skal for det første tage stilling til Kommissionens indledende argumentation om, at der med hensyn til en beslutning, som pålægger tilbagesøgning af en omstruktureringsstøtte, altid vil foreligge uopsættelighed på grund af støttemodtagerens insolvensproblemer, således at det er nødvendigt at anvende særligt strenge kriterier for at anerkende, at der foreligger fumus boni juris.

55 Denne argumentation kan kun tiltrædes i så generelle og absolutte vendinger som dem, Kommissionen har anvendt.

56 At en virksomhed eventuelt er insolvent, indebærer ikke nødvendigvis, at uopsættelighedsbetingelsen er opfyldt. Ved vurderingen af en virksomheds økonomiske situation i forbindelse med undersøgelsen af selskabets økonomiske levedygtighed kan der navnlig tages hensyn til de forhold, der karakteriserer den koncern, som den er tilknyttet via sine aktionærer (kendelse af 15.4.1998, sag C-43/98 P(R), Camar mod Kommissionen og Rådet, Sml. I, s. 1815, præmis 36), hvilket kan føre til, at det må fastslås, at betingelsen om uopsættelighed på trods af virksomhedens forventede insolvens ikke er opfyldt.

57 Det skal desuden bemærkes, at virksomheder ved flere lejligheder ikke har været i stand til i forbindelse med begæringer om udsættelse af gennemførelsen af beslutninger om tilbagesøgning af statsstøtte, herunder omstruktureringsstøtte, at godtgøre, at betingelsen om uopsættelighed er opfyldt (jf. kendelsen i sagen BP Nederland m.fl. mod Kommissionen, kendelse af 2.8.2001, sag T-111/01 R, Saxonia Edelmetalle mod Kommissionen, Sml. II, s. 2335, og af 12.6.2002, sag T-91/02 R, Klausner Nordic Timber mod Kommissionen, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser).

58 Selv om en udsættelse af gennemførelsen af en beslutning om tilbagesøgning af en uforenelig støtte kan forlænge de negative virkninger for konkurrencen, som skabes af denne støtte, står det dog fast, at i den modsatte situation vil en øjeblikkelig gennemførelse af en sådan beslutning normalt medføre uoprettelige virkninger for den støttemodtagende virksomhed, uden at det nødvendigvis kan udelukkes, at opretholdelsen af støtten i sidste instans findes berettiget på grund af eventuelle mangler, som beslutningen måtte være behæftet med.

59 Følgelig kan Kommissionens opfattelse som sådan ikke tiltrædes, idet det herved risikerer at medføre en overdreven forringelse af den midlertidige retsbeskyttelse og at begrænse det vide skøn, som Fællesskabets retsinstanser råder over med henblik på at udøve de beføjelser, de er tillagt [jf. i denne retning kendelse af 11.4.2002, sag C-481/01 P(R), NDC Health/IMS Health mod Kommissionen, Sml. I, s. 3401, præmis 58].

60 Dette gælder så meget desto mere i den foreliggende sag, eftersom TGI har bestridt, at gældseftergivelsen kan kvalificeres som omstruktureringsstøtte, idet den ifølge TGI end ikke kan anses for at være støtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand. Under disse omstændigheder kan omfanget af den undersøgelse af fumus boni juris, som skal foretages, ikke afhænge af en forudsætning, dvs. at der foreligger en omstruktureringsstøtte, hvilket netop er det centrale ved vurderingen af fumus boni juris-betingelser.

61 Det er i højere grad ved afvejningen af de konkrete interesser, herunder hensynet til, at konkurrencen ikke må fordrejes, end i forbindelse med vurderingen af fumus boni juris-betingelserne, at Kommissionens betænkeligheder gør sig gældende.

62 Da Kommissionens indledende argumentation ikke kan tiltrædes, skal der herefter tages stilling til selve de klagepunkter, som den har fremsat over for Rettens vurdering vedrørende det første og tredje anbringende, som TGI gjorde gældende ved førsteinstansen til støtte for, at der foreligger fumus boni juris.

63 For det første skal det med hensyn til den del af den anfægtede kendelse, der vedrører det første anbringende, hvorefter gældseftergivelsen ikke kan betragtes som støtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand (den anfægtede kendelses præmis 74-79), fastslås, at appellen i det væsentlige går ud på at anfægte den fastlæggelse af de faktiske omstændigheder og bevisprøvelse, som Retten foretog.

64 Det er på baggrund af en undersøgelse af sagens akter, herunder den anfægtede beslutning, sådan som den er begrundet, at Retten fremkom med visse foreløbige vurderinger med hensyn til, hvorvidt Freistaat Thüringen havde afgivet et tilsagn (den anfægtede kendelses præmis 75), og fandt, at tilsagnet kunne have indgået i

et godkendt støtteprogram (den anfægtede kendelses præmis 77), hvoraf Retten udledte, at TGI's argument vedrørende det første anbringende om fumus boni juris på trods af Kommissionens bemærkninger ikke uden videre kunne forkastes.

65 Sådanne vurderinger kan imidlertid ikke anfægtes under en appel.

66 I henhold til artikel 225 EF og artikel 51, stk. 1, i EF-statutten for Domstolen er appellen begrænset til retsspørgsmål og skal støttes på, at Retten savner kompetence, at der er begået rettergangsfejl, som krænker appellantens interesser, eller at Retten har tilsidesat fællesskabsretten. Det er således alene Retten, der er kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, medmindre en indholdsmæssig urigtighed af dens konstateringer måtte følge af de akter, den har fået forelagt i sagen, dels at tage stilling til de faktiske omstændigheder i sagen.

67 Endvidere bemærkes, at Domstolen under en appel principielt ikke har kompetence til at undersøge de beviser, Retten har lagt til grund ved fastlæggelsen eller vurderingen af faktum. Når de almindelige retsgrundsætninger vedrørende bevisbyrde såvel som de processuelle regler for fremlæggelse af bevis er blevet iagttaget, har alene Retten kompetence til at afgøre, hvilken bevisværdi der skal tillægges de oplysninger, den har fået forelagt [kendelse af 25.6.1998, sag C-159/98 P(R), De Nederlandske Antiller mod Rådet, Sml. I, s. 4147, præmis 68].

68 Kommissionens argument om, at selv om gældseftergivelsen kompenserede for den manglende betaling af den støtte, der tidligere var afgivet tilsagn om, udgør den ikke desto mindre en støtte i samme forstand som den kompenserede foranstaltning, tager ikke hensyn til, at TGI erklærede, at den støtte, der oprindeligt var givet tilsagn om, indgik i et godkendt støtteprogram, en påstand, som Retten ikke forkastede.

69 Det andet anbringende i appellen, for så vidt som det omhandler den anfægtede kendelses præmis 74-79, skal derfor forkastes, idet det dels skal afvises, dels ikke kan tages til følge.

70 For det andet har Kommissionen med hensyn til den del af den anfægtede kendelse, der vedrører det tredje anbringende, som TGI gjorde gældende for førsteinstansen til støtte for fumus boni juris, og hvorefter TGI's ret til en retfærdig sagsbehandling er tilsidesat (den anfægtede kendelses præmis 80-87), gjort gældende, at Retten med urette dels pålagde den en forpligtelse til at videregive de bemærkninger, den havde modtaget fra en konkurrent i forbindelse med en formel undersøgelsesprocedure, til støttemodtageren, og dels fastslog, at den manglende videregivelse af disse bemærkninger i den foreliggende sag havde haft betydning for den endelige beslutning.

71 TGI's argument om, at dette anbringende i appellen er et nyt anbringende og dermed fremsat for sent, kan ikke tiltrædes. Selv om Kommissionen således for førsteinstansen erkendte, at den burde have videregivet de nævnte bemærkninger til den tyske regering, fremgår det derimod af de for Retten fremlagte akter, at den — i hvert fald indirekte — bestred, at den var forpligtet til at gøre det samme over for den støttemodtagende virksomhed.

72 Det andet anbringende i appellen, for så vidt som det omhandler den anfægtede kendelses præmis 80-87, skal derfor realitetsbehandles.

73 Med hensyn til realiteten skal det indledningsvis bemærkes, at det anbringende, som Kommissionen har gjort gældende, beror på en delvis forkert fortolkning af den anfægtede kendelse, for så vidt som Kommissionen synes at tage udgangs-

punkt i en antagelse om, at Retten pålagde den en forpligtelse til at videregive de bemærkninger, som en konkurrent fremsatte i forbindelse med en formel undersøgelsesprocedure, til støttemodtageren til kommentering.

74 Som det imidlertid fremgår af den anfægtede kendelses præmis 85, gælder den forpligtelse, der ifølge Retten påhviler Kommissionen, til at videregive sådanne bemærkninger, kun »bestemte« bemærkninger, som Kommissionen »udtrykkeligt har anmodet en konkurrent om på foranledning af de bemærkninger, som støttemodtageren oprindeligt havde fremsat«.

75 Det anbringende, som Kommissionen har fremført, skal derfor forstås således, at Kommissionen bestrider, at den har en således afgrænset forpligtelse.

76 I den forbindelse skal det fastslås, at selv således afgrænset kan den omhandlede proceduremæssige forpligtelse, som Retten midlertidigt fastslog påhviler Kommissionen, ikke støttes på hverken forordning nr. 659/1999 eller på Domstolens praksis.

77 Selv om det antages, at Kommissionens anbringende på dette punkt er begrundet, kan det ikke føre til en ændring af Rettens vurdering vedrørende fumus boni juris, således som denne er anført i den anfægtede kendelses præmis 88.

78 Som det er fastslået i nærværende kendelses præmis 63-69, har Kommissionen ikke været i stand til at afkræfte Rettens bedømmelse med hensyn til, at der foreligger fumus boni juris vedrørende det første anbringende, som TGI fremførte for førsteinstansen.

79 Under disse omstændigheder skal det andet anbringende i appellen forkastes, hvorved det er fornødent at tage yderligere stilling til, hvorvidt Kommissionens argumenter er berettiget.

Det tredje anbringende

Parternes argumenter

80 Med det tredje anbringende har Kommissionen anført, at den ikke deler Rettens opfattelse af, at der foreligger »ekstraordinære og yderst konkrete omstændigheder«, som kunne berettige en afvejning af de konkrete hensyn til fordel for, at der anordnes en udsættelse, og gør i den forbindelse gældende, at det drejer sig om en urigtig retsanvendelse.

81 Kommissionen har gjort gældende, dels at de ekstraordinære og yderst konkrete omstændigheder, som kunne tale for undtagelsesvis at yde en midlertidig retsbeskyttelse, kun kan være sådanne, som kunne tages i betragtning under en procedure om godkendelse af støtte, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag, dels at det er forkert at støtte sig på, at den støtte, som skal tilbagebetales, kun udgør en del af den samlede tildelte støtte.

Domstolens bemærkninger

82 Det bemærkes uden videre, at dette anbringende ikke kan tages til følge, idet det direkte anfægter de faktiske vurderinger, Retten har foretaget, hvilket ikke kan tillades under en appel (jf. nærværende kendelses præmis 66 og 67).

83 Det fremgår således af den anfægtede kendelse, at det er i lyset af den konkrete sags omstændigheder og med støtte i de elementer, som i øvrigt forekommer relevante, at Retten fastslog, at der forelå ekstraordinære og yderst konkrete omstændigheder.

84 Desuden har Kommissionen i appellen kun opregnet de påstande, som fremgår af nærværende kendelses præmis 81, men ikke ført nærmere bevis herfor.

85 Det tredje anbringende i appellen skal derfor afvises.

86 Det følger af ovenstående, at appellen skal forkastes.

Sagens omkostninger

87 Da Kommissionen har tabt sagen, pålægges det den at betale appelsagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

for ret:

1) **Appellen forkastes.**

2) **Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber betaler appelsagens omkostninger.**

Således bestemt i Luxembourg den 18. oktober 2002.

R. Grass

Justitssekretær

G.C. Rodríguez Iglesias

Præsident